



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 24.2007

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

O Contrato de Seguro de Vida e a Preexistência de Doença	11/14
<i>Roberto Nogueira Feijó</i>	
As Novas Tecnologias de Comunicação e Informação e seu Impacto no Poder Judiciário - Processo Virtual	15/18
<i>Maria do Socorro Portela Alves do Rego</i>	

Jurisprudência Cível

Apelações Cíveis	23/141
Agravos de Instrumento	145/165
Habeas Corpus Cível	169/174
Mandado de Segurança	177/250

Jurisprudência Criminal

Apelações Crime	255/326
Habeas Corpus	329/369
Recurso Crime em Sentido Estrito	373/401

Discursos

Discurso de posse na presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará do Des. Fernando Luiz Ximenes Rocha	405/415
Discurso da Des ^a Lúcia Maria do Nascimento Fiúza Bitu, proferida em 17 de novembro de 2006, por ocasião de sua posse	416/418
<i>Índice Alfabético Remissivo</i>	419/424

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

Presidente

Des. Fernando Luiz Ximenes Rocha

Vice-Presidente

Des. Rômulo Moreira de Deus

Corregedor Geral da Justiça

Des. José Cláudio Nogueira Carneiro

TRIBUNAL PLENO

Des. Fernando Luiz Ximenes Rocha

Des. Ernani Barreira Porto

Des. Francisco Haroldo Rodrigues de Albuquerque

Des. João de Deus Barros Bringel

Des^a. Huguette Braquehais

Des. Rômulo Moreira de Deus

Des. José Cláudio Nogueira Carneiro

Des^a. Gizela Nunes da Costa

Des^a. Maria Celeste Thomaz de Aragão

Des. José Arísio Lopes da Costa

Des. Luiz Gerardo de Pontes Brígido

Des. João Byron de Figueiredo Frota

Des. Ademar Mendes Bezerra

Des^a. Mariza Magalhães Pinheiro

Des^a. Edite Bringel Olinda Alencar

Des^a. Maria Iracema do Vale Holanda

Des. José Mário dos Martins Coelho

Des^a. Maria Sirene de Sousa Sobreira

Des. Raimundo Eymard Ribeiro de Amoreira

Des. Antônio Abelardo Benevides Moraes

Des. Francisco de Assis Filgueira Mendes

Des. Lincoln Tavares Dantas

Des. Celso Albuquerque Macedo

Des. Francisco Lincoln Araújo e Silva

Desa. Lúcia Maria do Nascimento Fiúza Bitu

Dr. Bonfim Cavalcante Carneiro - Secretário Geral

RELATORES

Des. Ernani Barreira Porto

Des. Francisco Haroldo Rodrigues de Albuquerque

Desa. Huguette Braquehais

Desa. Gizela Nunes da Costa

Desa. Luiz Gerardo de Pontes Brígido

Des. João Byron de Figueiredo Frota

Des. Ademar Mendes Bezerra

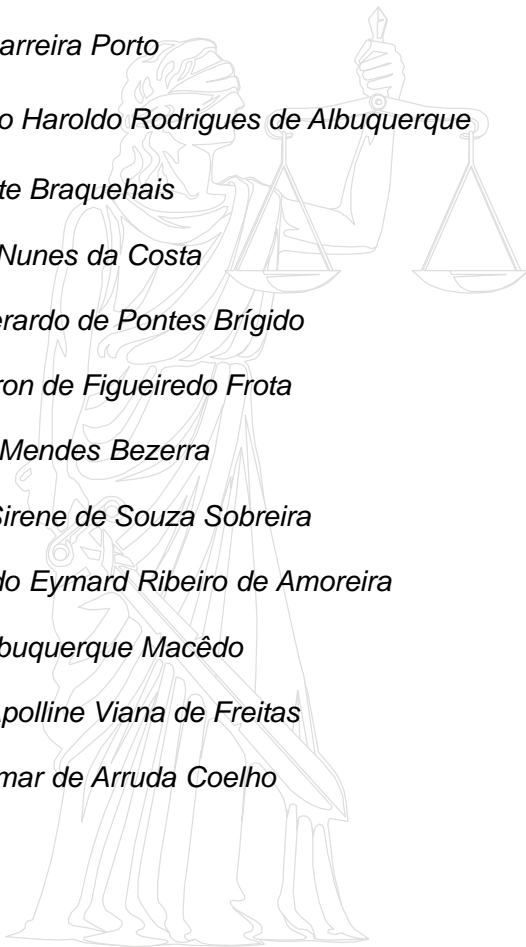
Desa. Maria Sirene de Souza Sobreira

Des. Raimundo Eymard Ribeiro de Amoreira

Des. Celso Albuquerque Macêdo

Desa. Maria Apolline Viana de Freitas

Des. José Edmar de Arruda Coelho





DOCTRINA

O Contrato de Seguro de Vida e a Preexistência de Doença

Roberto Nogueira Feijó
Bacharel em Direito Pela UFC
Assessor de Desembargador do TJ-Ce
Pós-Graduando em Direito Processual Civil

A origem do contrato de seguro no espírito humano decorre da defesa contra o risco de perda do patrimônio, da saúde e da vida. A experiência e a complexidade da sociedade no decorrer dos séculos fizeram surgir o seguro com a compreensão atual. Trata-se de importante mecanismo para financiar o risco e pulverizar a perda patrimonial.

O art. 1432 do antigo Código Civil forneceu sóbria definição do 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”***.

Diante da leitura atenta do citado dispositivo legal, chama atenção o fato de o contrato de seguro versar sobre um risco futuro, no presente caso, a morte do segurado.

Com efeito, o legislador impõe, tanto ao contratante do seguro quanto à empresa seguradora, a chamada “boa-fé qualificada”, nos seguintes termos:

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

Neste sentido, tem o contratante o dever de prestar, quando da assinatura do contrato, informações verídicas e precisas à empresa seguradora, para que esta possa avaliar os riscos inerentes ao negócio jurídico a ser celebrado, sob pena de ensejar a resolução do contrato por parte da seguradora.

Esta comunicação, via de regra, é prestada através

do preenchimento, pelo segurado, de extenso questionário, sobre os mais variados aspectos de sua vida, desde a sua preferência por algum esporte quanto a aspectos atinentes à sua saúde física.

Quanto a este último quesito – a saúde física – tem residido séria problemática, que vem diuturnamente desaguando nos tribunais pátrios, diante da constante política das empresas seguradoras em não adimplir com sua obrigação indenizatória mesmo a partir da mera possibilidade da enfermidade que vitimou o segurado ter existência preexistente à celebração do contrato de seguro.

Contudo, a jurisprudência do colendo Superior Tribunal de Justiça tem firme entendimento de que, é ônus da empresa seguradora, promover os exames físicos necessários a determinar, de forma precisa, o estado de saúde do segurado no momento da celebração do contrato, sob pena de, aceitando a proposta de adesão, assumir os riscos do negócio.

Examinemos o teor dos acórdãos do STJ:

Seguro saúde. Cobertura. Súmulas nº 05 e nº 07 da Corte. Precedentes.

1. Omissis

2. Precedentes da Corte, de ambas as Turmas da Seção de Direito Privado, assentaram que aceitando a seguradora a “proposta de adesão, mesmo quando o segurado não fornece informações sobre o seu estado de saúde, assume os riscos do negócio. Não pode, por essa razão, ocorrendo o sinistro, recusar-se a indenizar”.

3. Recurso especial conhecido mais improvido. Resp 244841/SP; Recurso Especial, DJ 04.09.2000 p. 151, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito.

Contrato de seguro. Se a seguradora aceita a proposta de adesão, mesmo quando o segurado não fornece informações sobre o seu estado de

saúde, assume os riscos do negócio. Não pode, por essa razão, ocorrendo o sinistro, recusar-se a indenizar.

REsp 198015/GO; Recurso Especial 1998/0090740-8 DJ 17.05.1999 p. 203, Rel. Min. Eduardo Ribeiro.

SEGURO-SAÚDE. AIDS. EPIDEMIA.

1. A EMPRESA QUE EXPLORA PLANO DE SEGURO-SAÚDE E RECEBE CONTRIBUIÇÕES DE ASSOCIADO SEM SUBMETÊ-LO A EXAME, NÃO PODE ESCUSAR-SE AO PAGAMENTO DA SUA CONTRAPRESTAÇÃO, ALEGANDO OMISSÃO NAS INFORMAÇÕES DO SEGURADO.

2. A INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULA CONTRATUAL, SOBRE A EXCLUSÃO DE DESPESAS DECORRENTES DE EPIDEMIA, ESTÁ FORA DO ÂMBITO DO RECURSO ESPECIAL (SUMULA 5).

RECURSO NÃO CONHECIDO.

REsp 86095/SP; RECURSO ESPECIAL 1996/0003009-0 DJ 27.05.1996 p. 17877. Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar

O posicionamento esposado pelo C. Superior Tribunal de Justiça, possui relevante valor social, guarnecendo os direitos dos segurados e coibindo o enriquecimento ilícito das empresas seguradoras, que muitas vezes, recebem o pagamento do segurado de forma “descomplicada”, sem qualquer maior questionamento, mas furtam-se a cumprir com sua obrigação diante da ocorrência do sinistro, com o falecimento do segurado.

Assim, é de se observar que, se a empresa seguradora celebrar o contrato de seguro e não exigir a realização de exames médicos por parte do contratante, esta se obriga, caso venha a sobrevir o sinistro, a pagar a devida indenização.

Isso decorre pelo simples fato de ser a imprecisão ou a inveracidade das informações prestadas à empresa

seguradora causa de resolução do contrato mais não de sua nulidade. Dessa forma, caso a seguradora verifique que as informações prestadas pelo segurado são inverídicas ou imprecisas poderá por fim ao contrato, desde que em momento anterior ao sinistro, com efeitos **ex nunc**, pois não se trata de causa de nulidade, mas apenas de justa causa para o desfazimento do pacto celebrado.

Tendo ocorrido o sinistro, somente resta a empresa seguradora o pagamento da indenização ao beneficiário. Não havendo como se imaginar, no ordenamento jurídico pátrio, que a má-fé de um contratante possa atingir o direito de um terceiro, como é o caso do direito do beneficiário à indenização. O art. 765, do Código Civil, dessa forma, somente obriga segurador e segurado.

Portanto, caso desejem, as seguradoras, protegerem-se de uma possível má-fé de seus segurados, devem exigir e promover a realização dos exames médicos necessários à avaliação da saúde dos contratantes, em momento anterior à celebração do contrato, ou mesmo sob sua vigência, sob pena de não mais poderem tecer quaisquer considerações a este respeito caso afluja o sinistro, fato jurídico que enseja tão somente o dever de indenizar, que transcende o direito subjetivo do segurado para ingressar no patrimônio jurídico do beneficiário.

AS NOVAS TECNOLOGIAS DE COMUNICAÇÃO E INFORMAÇÃO E SEU IMPACTO NO PODER JUDICIÁRIO – O PROCESSO VIRTUAL

Maria do Socorro Portela Alves do Rêgo

Analista Judiciária do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará

Bacharela em Direito pela UFC

As novas tecnologias da comunicação e informação são reconhecidas como recursos que definitivamente fortalecem o processo de mudança da cultura política e de consolidação da democracia na sociedade mundial, possibilitando que a cultura da participação encontre ressonância global, sobretudo através da Internet, que **“está provocando uma revolução cultural e social que está mudando, fundamentalmente as maneiras como as pessoas comunicam entre si”**, segundo afirma Otávio Ianni.

Depois de seis anos de tramitação no Congresso Nacional do Projeto de Lei que regulamenta o processo virtual, finalmente em 19/12/2006 foi sancionada pelo Presidente da República a Lei nº 11.419/2006, que regulamenta a comunicação de atos e a transmissão de peças processuais por meios eletrônicos nos processos da esfera civil, trabalhista, penal e nos Juizados Especiais. Com a aprovação dessa lei, cria-se um suporte jurídico para a expansão e a uniformização da informatização dos atos processuais, baseando-se nas experiências desenvolvidas em todo o território nacional.

Mas mesmo antes da aprovação de legislação específica sobre processo virtual, o Poder Judiciário já vinha paulatinamente ingressando na era digital, incorporando novas tecnologias em sua rotina de trabalho, até mesmo porque os avanços tecnológicos sempre se antecipam à regulamentação de matéria nessa área, e a legislação não consegue antecipar-se à tecnologia.

O processo virtual possibilitará a tramitação digital das ações judiciais, dispensando o oneroso uso do papel e a lenta movimentação física dos processos.

Com a universalização desse sistema, o principal ganho para o jurisdicionado será a modernização da justiça brasileira, assegurando-se maior transparência e celeridade à tramitação processual, com ampliação do acesso dos cidadãos aos serviços judiciais, contribuindo para o resgate da credibilidade do Poder Judiciário.

O processo virtual reduzirá o serviço burocrático e agilizará a tramitação processual, em um ambiente virtual seguro que impedirá a perda de autos, ao passo que democratizará a divulgação do processo, através da consulta pela Internet.

O Conselho Nacional da Justiça – CNJ vem adotando medidas efetivas para a implementação do processo virtual, por vislumbrar a importância dessas medidas para a efetiva celeridade da prestação jurisdicional, e em todas as ações da Comissão de Informatização do Judiciário, criada no âmbito do CNJ, concebe-se uma sistemática de processo virtual que contempla a implantação de mecanismos eficientes de segurança e de uma padronização de dados capaz de possibilitar uma integração de informações entre os diferentes tribunais do Brasil.

O processo virtual ou processo eletrônico concebido pelo Conselho Nacional de Justiça e que já é implementado em alguns tribunais brasileiros, é viabilizado através de um portal de Internet, e nele os usuários da justiça - pessoalmente, por meio de advogados constituídos ou através de servidores da justiça - registram suas pretensões no sistema informatizado, e ao teclarem o botão “enviar”, a petição inicial será distribuída automaticamente e, no mesmo instante, o interessado visualizará na tela do computador informações referentes ao processo (número, identificação da vara para a qual foi distribuído e nome do juiz que julgará a causa); o juiz, ao receber a ação virtual, e tendo verificado a regularidade da causa e decidido sobre eventual pedido de liminar, determinará a citação do réu, que é feita também eletronicamente.

Além da celeridade e transparência, outro relevante ganho com o processo virtual, será a preservação ecológica, assegurando-se a economia de papel, já que no Brasil são

ajuizados quase vinte milhões de novos processos anualmente, e para produzir o papel utilizado na tramitação desse novos processos, são consumidas cerca de duas mil toneladas de papel, sendo preciso cortar mais de trinta mil árvores para produzir todo esse papel.

O Superior Tribunal de Justiça inaugurou o processo virtual a partir do dia 24/05/2006, quando passou a receber pelo meio eletrônico petições que sejam referentes a processos da competência originária do presidente do Tribunal, aos **habeas-corpus** e aos recursos em **habeas-corpus** (que incluem sentenças estrangeiras, cartas rogatórias, suspensão de liminares, de sentenças e de segurança).

No dia 30/05/2007, o STJ recebeu pelo meio virtual o primeiro pedido de **habeas-corpus** encaminhado através do serviço de peticionamento eletrônico com certificação digital (**habeas-corpus** 84226, que foi distribuído para o ministro Castro Filho, da Terceira Turma do STJ, especializada em Direito Privado).

O Supremo Tribunal Federal antecipou-se à edição da Lei nº 11.419/2006 na utilização de novas tecnologias de comunicação e informação utilizadas para a prática de atos processuais. Há mais de três anos funciona o e-STF, que é um sistema que possibilita a transmissão de petições judiciais destinadas ao STF através de correio eletrônico, conforme dispõe a Lei 9.800, de 26/05/1999. O e-STF foi regulamentado pela Resolução TSE nº 287, de 14/04/2004.

O Tribunal de Justiça do Estado do Ceará – TJCE dá seus primeiros passos rumo à implementação do processo virtual, já tendo recebido do Conselho Nacional de Justiça dois potentes computadores (servidores corporativos), cada um com capacidade de 3 **terabytes** (ou 3.000 **gigabytes**), equipamentos que potencializarão a velocidade de transmissão de dados e acesso eletrônico. O TJCE também está se integrando ao Sistema Bacen-Jud, do Banco Central, que propiciará a efetivação da penhora on-line, garantindo celeridade na tramitação dos processos de execução, já que os magistrados poderão determinar o bloqueio eletrônico de contas correntes,

garantindo credibilidade, celeridade e agilidade na tramitação dos processos executivos.

Para que todas essas iniciativas prosperem e efetivamente a tecnologia alavanque mudança na sistemática de tramitação dos processos, assegurando celeridade, transparência e segurança, quebrando o paradigma da morosidade do Poder Judiciário, deve ser instalada uma infraestrutura moderna de tecnologia de informação com sistemas seguros que preservem o sigilo dos dados e informações (nas ações que tramitem em segredo de justiça) e não permita a invasão dos sistemas judiciários por **hackers**, devendo também haver investimento na qualificação dos usuários dos sistemas de informática, sobretudo dos servidores do Poder Judiciário que interagirão com os usuários da justiça e com os sistemas de informática utilizados no processo virtual.

Referências bibliográficas:

BRUNO, Gilberto Marques. O e-processo – a iniciativa da Associação dos Juízes Federais do Brasil em busca da informatização do processo judicial. Revista de Direito Eletrônico. Brasil, ano 1, nº 2, p. 58-70, setembro de 2003.

IANNI, Otávio. O Príncipe Eletrônico. In BACCEGA, M. A. Gestão de processos comunicacionais. São Paulo, Atlas. 2002.

LIMA, Eduardo Nascimento. A Tecnologia Alavancando Mudanças. In: OLIVEIRA, Fátima Bayma de Tecnologia da Informação e da Comunicação - Desafios e Propostas Estratégicas para o Desenvolvimento dos Negócios. São Paulo: Prentice Hall/FGV, 2005.



JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

APELAÇÕES CÍVEIS

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

**Nº. 2000.0014.8427-4/0 – APELAÇÃO CÍVEL
APELANTE – MANOEL FRANCISCO DE SOUSA.
APELADO – ESTADO DO CEARÁ.
RELATOR – DES. JOSÉ EDMAR DE ARRUDA COELHO.**

EMENTA

Mandado de segurança. Policiais militares. Proventos da inatividade. 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 de proventos dos inativos aos vencimentos e vantagens conferidos aos servidores em atividade, de modo que o valor da remuneração pago a estes, será igualmente pago aos aposentados, independentemente da natureza das vantagens. Recurso voluntário conhecido e provido. Sentença reformada. 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 do impetrante e dar-lhe provimento para revogar a sentença e conceder a segurança requestada”, de acordo com a ata de julgamento do Processo Apelação Cível nº 2000.0014.8427-4/0.

Fortaleza, abril de 2006.

RELATÓRIO

Manoel Francisco de Sousa, qualificado na inicial,

impetra mandado de segurança contra ato do Comandante Geral da Polícia Militar do Estado do Ceará, explanando que foi transferido para a reserva remunerada na graduação de 2º sargento PM, com direito a perceber os proventos integrais da graduação, ou seja, R\$ 611,10 (seiscentos e onze reais e dez centavos), porém, dita quantia foi reduzida para R\$ 356,53 (trezentos e cinquenta e seis reais e cinquenta e três centavos), conforme comprova com os documentos de fls. 18/19.

Pediu que lhe fosse concedida liminar a fim de passar a receber, de logo, os proventos nos valores a que tem direito e pleiteia que lhe seja outorgada a segurança requerida.

Indeferida a medida liminar, foram prestadas as informações de estilo, louvando-se a autoridade informante em doutrina e jurisprudência para sustentar que as vantagens perseguidas pelos impetrantes destinam-se exclusivamente à manutenção das despesas referentes aos policiais militares em atividade, denominadas vantagens **propter laborem** e **pro labore faciendo**, tendo a MMª. Juíza do feito acolhido tais argumentos para denegar a segurança impetrada.

Não conformado, o impetrante apelou.

O Estado do Ceará contra-razoou, com argumentos idênticos aos da informação, enquanto a douta Procuradoria de Justiça, em parecer, opinou pelo provimento parcial do recurso, no sentido de que sejam **excluídos** dos proventos do apelante vantagens como **gratificação de risco de vida e indenizações de moradia e habitação**, concordando, no entanto, com a inclusão de **diárias operacionais** e das demais verbas relacionadas na declaração de fls. 19 dos autos.

É a exposição.

VOTO

De modo geral, as informações e os recursos do 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 e 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 a emitir opiniões em conformidade com a Emenda Constitucional nº. 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 nº. 20/98, cujos paradigmas são adremente desprezados pelos advogados do Poder Público Estadual.

Segundo a tese sustentada pelo recorrido, as gratificações e vantagens denominadas **pro labore faciendo** e **propter laborem** foram instituídas exclusivamente em favor dos servidores em atividade, devendo ser expurgadas dos proventos dos inativos e das pensões por morte. Tal proposição, no entanto, não pode ser alegada permanentemente com afronta ao princípio da razoabilidade, em face do que dispõe o art. 40, §§ 3º, 7º e 8º, da Constituição Federal.

Reza o § 3º que 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 vencimento, propriamente dito, 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 § 7º, 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 em atividade, na data do seu falecimento. Trata-se, portanto, de norma auto-aplicável que impede a lei ordinária, ao ser editada, modificar o caráter isonômico da remuneração, proventos e pensões.

ALEXANDRE DE MORAES comenta:

“Os proventos de aposentadoria e as pensões serão revistos na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores na atividade, sendo também estendidos aos aposentados e aos pensionistas quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade, inclusive quando decorrentes da transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria ou que serviu de referência para a concessão da pensão, na forma da lei. Essa norma aplica-se aos pensionistas dos militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios”.

Com efeito, segundo expõe o ilustre mestre, em tópico plenamente aplicável aos aposentados:

“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” (Direito Constitucional, p. 353, 14ª ed., Atlas, SP, 2003).

Contrariamente ao que afirma a sentença apelada, assim se expressa o emérito JOSÉ AFONSO DA SILVA, *in verbis*:

“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).

Dessa forma, a despeito das vantagens remuneratórias ***pro labore faciendo*** e ***propter laborem***, cujo auferimento o apelado condiciona à efetiva prestação do serviço a que cada um se destina, a Corte Suprema, ao contrário do apregoado pelo recorrido, 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).

O Plenário desta Corte Estadual e, como não podia deixar de ocorrer, também esta eg. 1ª Câmara Cível, vêm adotando, sem divergência, uma posição consentânea ao atual espírito das disposições constitucionais pertinentes à matéria, conforme se demonstra pelos paradigmas abaixo reeditados:

“Constitucional. Proventos. Art. 40, § 4º da Constituição Federal (redação anterior à EC nº 20/98), atualmente art. 40, § 8º, da CF/88. Gratificação de risco de vida. – Os proventos do servidor devem corresponder à totalidade do que este perceberia se estivesse em efetivo exercício. Inadmissível a exclusão de vantagens ao argumento de serem próprias da atividade. Segurança concedida” (Tribunal Pleno, MS nº 2000.0014.1426-8, rel. Des. José Arísio Lopes da Costa, DJ de 13.06.2002, p. 05).

“Apelação cível. Mandado de segurança. Administrativo. Servidor policial militar aposentado. Gratificações de serviço. Incorporação aos proventos. - Os proventos de aposentadoria devem corresponder à totalidade dos vencimentos do servidor quando na ativa, incluindo-se em seu valor todas as vantagens que percebia, independentemente de sua natureza. Inteligência do art. 40, §§ 3º e 8º da Constituição Federal de 1988. Precedentes do STF. Recurso provido. Segurança concedida” (AC nº 2000.0015.0098-9, rel. Des. Rômulo Moreira de Deus, DJ de 12.11.2001, p. 45).

Por fim, este eg. Tribunal de Justiça cristalizou sua jurisprudência através da **Súmula 23**, assim ementada:

“Os proventos do inativo e as pensões por morte devem corresponder à totalidade do que perceberia o militar, se estivesse em atividade ou se vivo fosse, estendendo-se aos inativos e aos pensionistas quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos militares ativos, ainda que não sejam de caráter geral”.

DECISÃO

Face ao exposto, provê-se o recurso para reformar a sentença e conceder a segurança impetrada.

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

**Nº. 2000.0014.8543-2/0 – APELAÇÃO CÍVEL
RECORRENTE – JUIZ DE DIREITO DA COMARCA DE
PENAFORTE.
RECORRIDO – TRANSPORTADORA RÁPIDO BRASIL LTDA.
RELATOR – DES. JOSÉ EDMAR DE ARRUDA COELHO.**

EMENTA

Mandado de segurança em face da apreensão de mercadoria para coagir o contribuinte ao pagamento do tributo respectivo. É inadmissível a retenção de mercadoria pelo agente fiscal, além do tempo necessário ao exame de sua regularidade. O ato impeditivo de circulação do produto não se harmoniza com o enunciado da Súmula 323 do Supremo Tribunal Federal. Todavia, não constitui objeto do *writ* investigar acerca de nulidade, ou não, do auto de infração

decorrente do ato de apreensão. Segurança concedida, em parte. Sentença confirmada. 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 da remessa oficial e negar-lhe provimento para manter intacta a sentença, tal como foi editada,” de acordo com a ata de julgamento do Processo Apelação Cível nº 2000.0014.8543-2/0.

Fortaleza, fevereiro de 2006.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de mandado de segurança impetrado por Transportadora Rápido Brasil contra ato de apreensão de mercadoria por agentes da Fazenda Pública Estadual no Posto Fiscal de Penaforte (CE).

Liminarmente, por despacho do Juiz de Direito da Comarca de Brejo Santo, foram devolvidos ao representante da autora os lotes de tecido apreendidos, a teor da Súmula 323 do STF.

Notificada, a autoridade coatora prestou informações, expondo que o mandado de segurança não é a via adequada para decidir sobre a validade jurídica do auto de infração decorrente da apreensão da mercadoria, consoante havia requerido a impetrante em sua inicial.

Entretanto, como o magistrado limitou-se a julgar “procedente a ação” e a ratificar, “em definitivo, a segurança pretendida”, irresignada com o desfecho da sentença, a Fazenda Pública apelou, tendo esta 1ª Câmara Cível dado provimento ao recurso para devolver o feito à origem, a fim de que fosse conhecido o mérito da causa (fls. 76).

Proferida nova sentença, o Juiz deu pela procedência parcial da ação, para o fim de conceder a segurança, agora em definitivo, relativamente à liberação da mercadoria, ao mesmo tempo em que julgou improcedente o **mandamus** pertinente ao reconhecimento de ilegalidade na lavratura do auto de infração, conforme pretendia a impetrante.

Assim, os autos subiram apenas por força do princípio do duplo grau de jurisdição, já que não houve recurso voluntário das partes.

Em parecer, a douta Procuradoria de Justiça opinou pelo conhecimento do recurso oficial, a fim de ser tido como improvido, e em consequência, confirmada a sentença.

É a exposição.

VOTO

Constitui prática abusiva e ilegítima, posto ser inconstitucional, a apreensão de mercadoria, com o objetivo de coagir o contribuinte ao pagamento do tributo, conforme orientação sedimentada na Súmula 323 do Supremo Tribunal Federal. Com efeito, conforme tem decidido este eg. Tribunal, **verbis:**

“A ordem jurídica brasileira mune o Poder Público de meios jurídicos eficazes para exigência de seus créditos, sendo inadmissíveis sanções políticas com o desiderato de compelir o contribuinte ao pagamento do tributo, pelo que se afigura inválida a apreensão de mercadorias com tal fim, consoante já assentado pela Súmula 323 do Supremo Tribunal Federal. Precedentes deste colendo Tribunal e dos Tribunais Superiores” (AC nº 2000.0166.8169-0, rel. Des. Ademar Mendes Bezerra, DJ de 17.06.2004, p. 31).

Ao ser detectada irregularidade na condução de mercadoria, a sua apreensão pelo Fisco não deve exceder o

tempo estritamente necessário para a lavratura do auto de infração. Se a liberação não ocorrer após a complementação desse ciclo de fiscalização, configura-se o excesso de autoridade na conduta do agente fazendário, cuja intenção evidente é a de constranger o contribuinte a recolher o imposto, o que não condiz com as garantias do Estado de Direito.

Esta realidade, no entanto, não enseja a ampliação da finalidade do mandado de segurança para transformá-lo em via adequada para pleito que exige produção de provas. Em sede de *writ*, o direito invocado haverá que ser comprovado de plano, documentalmente, de modo a prescindir de dilação probatória e de maior debate elucidativo dos fatos, vale dizer, haverá de ser translúcido, evidente, acima de qualquer dúvida, ainda que razoável.

No caso em exame, a impetrante utilizou-se do presente remédio constitucional para liminarmente segurar-se contra o ato de apreensão das mercadorias que transportava, e no mérito, pretendeu desconstituir o auto de infração socolor de inexistência de fato gerador da obrigação tributária, não obstante o âmbito estreito da ação mandamental.

A fim de demonstrar a impossibilidade de tal pretensão, deve-se redargüir, em primeiro lugar, que a Lei Estadual nº 12.145, de 29.07.1993, permite ao contribuinte impugnar o auto de infração, sem necessidade de qualquer garantia, a qual tem efeito suspensivo (arts. 42 e 64), e que, em sintonia com isso, de conformidade com a Lei do Mandado de Segurança – Lei nº 1.533, de 21.12.1951, em seu:

“Art. 5º. Não se dará mandado de segurança quando se tratar:

I – de ato de que caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independentemente de caução”.

Assim, como segunda redargüição, é dever ressaltar que “o mandado de segurança pressupõe direito líquido e certo,

ou seja, incontestabilidade dos fatos sobre os quais irá incidir a norma jurídica, com demonstração de plano” (STJ, REsp em MS nº 5.743-7 – RJ, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 03.10.1995, DJU de 23.10.1995, LEX-JSTJ e TRF 79/104).

Portanto, haverá direito líquido e certo, pressuposto indispensável do cabimento da ação de segurança, se os fatos forem incontroversos, o que significa dizer que o direito líquido e certo é aquele que resulta de fatos incontroversos. Como faz notar Castro Nunes: “o pedido deve vir desde logo acompanhado dos documentos necessários à prova do alegado” (citado por Sérgio Ferraz, in Mandado de Segurança, p. 57, Porto Alegre, 1986).

DECISÃO

Dessa forma, decidiu acertadamente a sentença ao negar a segurança pertinente à desconstituição do auto de infração e apreensão da mercadoria, em razão do que se conhece da remessa em obediência ao princípio do duplo grau de jurisdição, mas para negar-lhe provimento e confirmar a sentença em toda a sua extensão.

ESTADO DO CEARÁ PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2000.0015.7640-3

APELANTE(S): AFAC

APELADO(A): SALC

AÇÃO DE DIVÓRCIO DIRETO

ORIGEM: 11ª VARA DE FAMÍLIA DA COMARCA DE FORTALEZA

RELATOR: DES. ADEMAR MENDES BEZERRA

EMENTA: CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE DIVÓRCIO DIRETO. CARACTERIZADO O

DIVÓRCIO DIRETO. EXISTÊNCIA DO BIÊNIO LEGAL PRECONIZADO NO ART. 226 § 6º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E NO ART. 1.580, § 2º DO NCC.

I – Necessária a comprovação da separação de fato por interregno temporal de 2 (dois) anos consecutivos para caracterizar o divórcio direto, à luz do art. 226, § 6º da CF/88 e do art. 1.580, § 2º do NCC

II – *In casu*, a apelada em sua peça contestatória afirmou que estava separada de fato do apelante por um período de 2 (dois) anos, dessa forma ficou demonstrado requisito temporal exigido por lei para a interposição da ação de divórcio direto.

III – Apelo conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos da Apelação Cível nº **2000.0015.7640-3**, em que figuram as partes acima referidas, acordam os Desembargadores integrantes da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, à unanimidade, em conhecer o recurso em referência para lhe dar total provimento, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, 14 de fevereiro de 2007.

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Cível interposta por AFAC, contra SALC, inconformado com a sentença do d. juízo da 11ª Vara de Família da Comarca de Fortaleza que, em sede de ação de divórcio direto, julgou improcedente, posto que não foi reconhecido o interregno temporal de 2 (dois) anos exigido por lei para ensejar o divórcio direto.

Sustenta o Recorrente (fls.42/47), que ocorreu a

separação de fato por um período superior a 2 (dois) anos, porquanto a própria Promovida, ora Apelada, afirmou na contestação (fls. 17/18) que a situação supramencionada era verdadeira.

Argumenta, ainda, que não bastando a declaração da Apelada, as demais testemunhas afirmaram, em seus depoimentos, que os cônjuges estavam separados por mais de 2 (dois) anos consecutivos.

Sem contra-razões.

Ouvida (fls.57/58), a d. Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo conhecimento da apelo, contudo seu desprovemento, posto que não ficou concretamente comprovado nos autos o requisito temporal do divórcio direto.

É o relatório.

VOTO

A contestação é uma peça de defesa oferecida pelo nosso ordenamento jurídico ao réu, para que se o Autor vier a solicitar justiça reclamando algo contra o demandado este deverá pedir justiça solicitando a repulsa da demanda.

Como leciona AMARAL SANTOS: **“Na ação, o autor formula uma pretensão, faz um pedido. Diversamente, na defesa não se contém pretensão, mas resistência à pretensão e ao pedido do autor”**.

Dessa forma, na contestação o réu deve argüir toda a matéria de defesa, porquanto está tipificado no Código de Processo Civil, art. 300, decorrendo do princípio da eventualidade ou da concentração, que consiste na preclusão do direito de invocar em fases posteriores do processo matérias de defesa não manifestadas na contestação.

Com igual pensamento HUMBERTO THEODORO JÚNIOR discorre: **“...incumbe ao réu formular, de uma só vez, na contestação, todas as defesas que se dispõe, de caráter formal ou material, salvo aquelas que constituem objetos específicos de outras respostas ou incidentes, como as exceções e a reconvenção.”**

Portanto, a contestação é o instrumento processual utilizado pelo réu para opor-se, formal ou materialmente, a aspiração deduzida em juízo pelo autor.

Todavia, no caso dos autos, a Promovida, em sua peça de defesa, ao invés de se insurgir sobre os fatos alegados e a pretensão do autor, confirmou-os, narrando que estava separada de fato do Promovente, ora Apelante, por um período de 2 (dois) anos. Transcrevo: “...e estão separados de fato há cerca de dois anos aproximadamente” (fls.17 e 18). Assim sendo, a Promovida confessou a existência da separação de fato pelo tempo exigido por lei, caracterizando o divórcio direto pretendido pelo Autor.

Com igual direcionamento o Tribunal de Justiça de Goiás proferiu a r. decisão:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE SOCIEDADE DE FATO C/C PARTILHA DE BENS. CONCUBINATO. CONFISSÃO. VALOR PROBANTE. 1) COMPROVADA A EXISTÊNCIA DA SOCIEDADE DE FATO E CABÍVEL A DISSOLUÇÃO JUDICIAL COM A PARTILHA DO PATRIMÔNIO ADQUIRIDO PELO ESFORÇO COMUM DO CASAL. 2) A CONFISSÃO ESPONTÂNEA ARTICULADA PELO RÉU NA CONTESTAÇÃO NÃO PODE SER DESCONSTITUÍDA SE NÃO DEMONSTRADA A EXISTÊNCIA DE DIREITO SUPERVENIENTE. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO (Apelação Civil Nº 78348-2/188, 4ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça de Goiás, Relator: DES. STENKA I. NETO, Julgado em 31.05.2005). *Sem grifos na origem.*

Dispõe o artigo 226, parágrafo 6º da Constituição Federal:

“O casamento civil pode ser dissolvido pelo

divórcio, após prévia separação judicial, por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada a separação de fato por mais de dois anos”

A luz do artigo supra mencionado, o casamento pode ser dissolvido, de forma direta, ou seja, sem que haja prévia separação judicial, mediante um estado de fato, desde de que comprovado, em divórcio, a separação de fato por mais de 2 (dois) anos consecutivos.

Assim, compulsando os fólios, restou provado, através da confissão da Promovida em sua peça contestatória (fls. 17/18), e depoimento da testemunha do Autor de nome Norma Lúcia Mesquita (fls. 30); cujo teor se transcreve: “*estão separado de fato há mais ou menos dez anos*” e Carlos Ranulfo Batista Vieira (fls. 31), “*tal separação é de no máximo, 2 anos*”, que decorreu o biênio legal exigido pelo art. 226, § 6º da CF/88 e art. 1.580, §2º do NCC; caracterizando o divórcio direto pleiteado pelo Apelante.

Pelas razões retro-expendidas, conheço do recurso, pois estão preenchidos os requisitos de sua admissibilidade, para dar-lhe total provimento.

É como voto.

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

Nº PROCESSO: 2000.0093.5015-3/1

TIPO DO PROCESSO: APELAÇÃO CÍVEL

COMARCA: FORTALEZA

PARTES:

APELANTE: CID ALCIDES CAMPOS

**APELADAS: SUL AMERICA SEGUROS DE VIDA E
PREVIDÊNCIA S.A.**

SUL AMERICA COMPANHIA NACIONAL DE SEGUROS

RELATOR: DES. ERNANI BARREIRA PORTO

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS À EXECUÇÃO – CONTRATO DE SEGURO DE VIDA EM GRUPO – ALTERAÇÃO CONTRATUAL – NECESSIDADE DE ANUÊNCIA DOS SEGURADOS.

É nula a cláusula contratual que reduz a cobertura a que faz jus o segurado, sem que haja o conhecimento e a anuência deste.

Recurso Apelatório Conhecido e Parcialmente Provido

RELATÓRIO

Cogita-se de recurso de Apelação Cível interposto por CID ALCIDES CAMPOS, contra SUL AMERICA SEGUROS DE VIDA E PREVIDÊNCIA S.A. e OUTRA por não haver se resignado com sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da 4ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza.

A sentença hostilizada julgou procedentes os embargos à execução interpostos pela empresa seguradora, vislumbrando nulidade da execução por não ter sido observado o aditivo contratual celebrado entre a empresa estipulante e a seguradora.

As razões apelatórias foram colacionadas tempestivamente às fls. 151/164.

As respectivas contra-razões foram devidamente acostadas às fls. 168/189.

É o breve relatório.

À doutra revisão.

Fortaleza, 14 de setembro de 2006.

VOTO

Conforme relatado, trata-se de recurso de Apelação Cível interposto por CID ALCIDES CAMPOS, contra SUL

AMERICA SEGUROS DE VIDA E PREVIDÊNCIA S.A. e OUTRA por não haver se resignado com sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da 4ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza que, julgou procedentes os embargos à execução interpostos pela apelada, vislumbrando nulidade da execução por não ter sido observado o aditivo contratual celebrado entre a empresa estipulante e a seguradora.

Analisando atentamente os fólios processuais verifico a plausibilidade dos argumentos recursais, ensejando a necessidade de dar-se parcial provimento ao presente recurso apelatório.

Explico.

Conforme se depreende da leitura dos autos, ingressou o apelante com ação de execução, lastreada em contrato de seguro de vida em grupo, visando obter os valores relativos à cobertura de *invalidéz total por doença*, incluída em 01.06.1989.

Contudo, ao tentar receber o pagamento do prêmio, foi informado que, de acordo com a Emenda nº 04/REEM, celebrada entre a empresa seguradora e a empresa estipulante, a invalidez total por doença passara a ser restrita aos segurados ativos com até 60 (sessenta) anos de idade.

A seguradora executada, devidamente citada, embargou tempestivamente o pleito executivo, aduzindo, em síntese, falta de interesse de agir, uma vez que o embargado não teria procurado a embargante no intuito de receber os valores que acha devido; nulidade da execução, tendo em vista que o embargado não possuía a cobertura da *invalidéz permanente por doença*, de acordo com a Emenda nº 04/REEM, com vigência a partir de 01.09.1998, assinada pela embargante e pelo estipulante do contrato, que *excluía licitamente a cobertura contratual*; e, por fim, o excesso de penhora, demandando a necessidade de realização de perícia contábil.

A alegação de ausência de interesse processual sucumbe facilmente ante ao teor do inciso XXXV do art. 5º da Magna Carta de 1988, segundo o qual *a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*.

Dessa forma, a prévia solicitação administrativa do pagamento do seguro não é pré-requisito para o ingresso de demanda judicial, máxime quando se observa, de forma nítida, o interesse da executada em não adimplir voluntariamente a obrigação em comento.

Também não é possível constatar qualquer nulidade do processo executório, sendo o contrato acostado através da exordial executória meio idôneo a lastrear a presente lide.

Ocorre que, de acordo com a melhor doutrina e jurisprudência pátrias, qualquer modificação das cláusulas contratuais do seguro em grupo, máxime quando importe a restrição de vantagens, deve ser devidamente informada aos segurados, devendo estes anuir expressamente com o aditivo contratual.

Neste sentido é a jurisprudência do colendo Tribunal de Justiça do Distrito Federal, nos seguintes termos:

DIREITO CIVIL - CONTRATO DE SEGURO DE VIDA EM GRUPO - RELAÇÃO DE CONSUMO - REDUÇÃO DA QUANTIA INDENIZATÓRIA - ADITIVO CONTRATUAL - FALTA DE COMUNICAÇÃO AO SEGURADO - DIREITO À INFORMAÇÃO.

- 1. Os contratos securitários, ainda mais quando firmados em grupo, por constituírem em típicos pactos de adesão, subordinam-se à disciplina normativa do Código de Defesa do Consumidor.**
- 2. A modificação das garantias contratuais, mesmo que formalizada por aditivo, não opera efeito em relação ao consumidor, quando promovida sem a efetiva ciência do beneficiário, sob pena de ofensa ao direito à informação prescrito no artigo 6º, III, do CDC.**(20020110914169EIC, Relator J.J. COSTA CARVALHO, 2ª Câmara Cível, julgado em 01/06/2005, DJ 22/09/2005 p. 77)

CIVIL. SEGURO EM GRUPO. ALTERAÇÃO CONTRATUAL QUE REDUZIU A INDENIZAÇÃO. NULIDADE. VALOR DA APÓLICE SEM A REDUÇÃO.

É nula a cláusula contratual que reduz o prêmio a ser recebido pelo segurado sem o conhecimento e anuência deste, mormente quando inalterado o valor do prêmio mensal, devendo o segurado ser indenizado pelo percentual constante na apólice, antes da alteração, qual seja, 100% do valor segurado para a garantia básica. Apelo não provido. (20020110099614APC, Relator ANA MARIA DUARTE AMARANTE, 6ª Turma Cível, julgado em 28/03/2005, DJ 12/05/2005 p. 59)

O egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul possui entendimento semelhante, *in verbis*:

SEGURO DE VIDA EM GRUPO. FALECIMENTO DO SEGURADO. INDENIZAÇÃO DEVIDA NOS TERMOS DO CONTRATO INICIALMENTE FIRMADO, AUSÊNCIA PROVA DE ANUÊNCIA DO SEGURADO À MODIFICAÇÃO DAS CLÁUSULAS. *Estabelecendo a Apólice do seguro originalmente contratado a forma da indenização, descabe a aplicação de novas regras de cálculo às quais o segurado não anuiu, mormente quando a modificação pretendida vem em seu prejuízo. O cálculo deve obedecer as regras estabelecidas na Apólice original. Juros moratórios devidos a contar da citação, por se tratar de responsabilidade civil decorrente de contrato. Apelo parcialmente provido.*

Eis que qualquer possibilidade de dúvida a respeito

da necessidade de anuência do segurado em seguros de grupo, deixou de existir diante do art. 801 do vigente diploma civil, que impõe:

Art. 801. O seguro de pessoas pode ser estipulado por pessoa natural ou jurídica em proveito de grupo que a ela, de qualquer modo, se vincule.

§1º. *omissis*

§2º. A modificação da apólice em vigor dependerá da anuência expressa de segurados que representem três quartos do grupo.

Com base no citado dispositivo legal é a lição de SILVIO DE SALVO VENOSA que afirma, *in verbis*:

Cada segurado terá legitimidade para discutir as condições do seguro e não somente o estipulante, como decorrência da estipulação em favor de terceiro. (Direito Civil, 3ª ed. Atlas, 2003.)

Portanto, é possível afirmar que sendo o segurado onerado pelo pagamento do seguro em grupo, não se pode cogitar de alteração contratual que ocorra à margem de sua ciência e sem a sua expressa anuência, ou ainda, após a vigência do Código Civil de 2002, da concordância de três quartos do grupo.

Isto posto, não há que se cogitar de nulidade do processo de execução, pois deverá ser aplicado ao caso em comento a apólice de seguro anterior a emenda nº 04/REEM, por ser esta modificação contratual malferidora dos direitos do segurado e, conseqüentemente, nula de pleno direito.

Porém, com relação ao derradeiro argumento utilizado pela empresa seguradora, fica explicitada a existência de excesso de execução, pois os valores indicados pela parte apelante demonstram-se em descompasso com o arcabouço

probatório carreado aos fólhos processuais.

Assim, para chegar-se ao valor da condenação é necessário que utilizemos o valor atualizado referente à cobertura básica, que, de acordo com o documento colacionado às fls. 93, é de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), que acrescida de atualização pela Taxa Referencial (TR) conforme disposição contratual e juros legais de 12% a.a., tudo a partir da interposição do processo executório (já que não há comprovação de ciência prévia da seguradora), resultará no valor final de R\$ 65.030,76 (sessenta e cinco mil e trinta reais e setenta e seis centavos).

Por todo o exposto, conheço do recurso apelatório interposto para **DAR-LHE** parcial provimento, cassando a sentença vergastada para julgar parcialmente procedentes os embargos à execução, estabelecendo a validade e a força executiva do título lastreador da execução embargada, mas reduzindo o **quantum** devido para R\$ 65.030,76 (sessenta e cinco mil e trinta reais e setenta e seis centavos). Honorários advocatícios e custas processuais, a serem reciprocamente compensados na forma do art. 21 do CPC.

É como voto.

Fortaleza, 30 de agosto de 2006.

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

**Apelação Cível n.º 2000.0116.3019-2/1
Remessa Oficial: JUIZ DE DIR. DA 7ª VARA DA FAZENDA
PÚBLICA DO ESTADO DO CEARÁ
Apelante: Estado do Ceará
Apelada: MARIA ELVIA CALOU
Relator: Desembargador Ademar Mendes Bezerra
ÓRGÃO JULGADOR: 2ª CÂMARA CÍVEL**

EMENTA. PROCESSO CIVIL E ADMINIS-

TRATIVO. APELAÇÃO CÍVEL E REMESSA OBRIGATÓRIA. DESCONTOS DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA QUANDO JÁ IMPLEMENTADOS TODOS OS REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DA APOSENTADORIA. INADMISSIBILIDADE. APLICAÇÃO DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20/1998.

-Tendo o servidor preenchido todos os requisitos necessários ao reconhecimento da aposentadoria, estando inclusive afastado do serviço, não é válida a persistência do desconto de contribuição previdenciária, no sistema vigente anterior à Emenda Constitucional nº 41/2003, ainda mais quando a demora na publicação da aposentadoria se deve, unicamente, à Administração.

-Após o advento da Emenda Constitucional nº 20/98, restou pacífico o entendimento de não ser possível o desconto previdenciário dos servidores que já obtiveram, à época, os requisitos para a aposentadoria, situação que somente foi alterada por conduto da aprovação da Emenda Constitucional nº 41/03.

-Precedentes desta colenda Corte de Justiça.

-Apelação e remessa oficial providas parcialmente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação Cível n.º 2000.0130.1918-0/1, em que figuram as partes acima indicadas. Acorda a Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Ceará, em julgamento unânime, conhecer para dar parcial provimento ao recurso e à remessa, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, 10 de janeiro de 2007.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de remessa oficial e apelação cível interposta pelo Estado do Ceará em face de decisão definitiva, a qual reconheceu a impossibilidade de descontos previdenciários na folha de pagamento da parte recorrida, relativos à contribuição previdenciária, determinando a devolução do indébito tributário, por ter a mesma implementado todos os requisitos para a aposentadoria, tendo inclusive se afastado do serviço público, cujo correlativo processo não foi finalizado em razão da demora da Administração Pública, ressalvadas, apenas, as prestações antes do quinquênio anterior à proposição da ação, que foram atingidas pela prescrição. Condenou, ainda, o Estado no pagamento das custas e verba honorária no percentual de 10% (dez por cento) sobre o total da condenação.

Em suas razões de apelação, fls. 60/73, o Estado do Ceará argüi em seu prol, a impossibilidade de concessão da isenção perseguida diante do não implemento da condição aquisitiva, o fato de a isenção ser benefício de aplicação restrita, e, finalmente, a desproporcionalidade do percentual dos honorários advocatícios e a impossibilidade do Estado ser condenado no pagamento de custas processuais.

A parte recorrida apresentou contra-razões defendendo a manutenção da sentença monocrática, aduzindo que após todo o prazo necessário à implementação da aposentadoria, o servidor é afastado do cargo enquanto aguarda a solução do processo administrativo, levando o Estado meses, às vezes anos até reconhecer o direito, não podendo o servidor sofrer com a lentidão estatal. Ademais, entende ilegais e descabidos os descontos previdenciários no período de espera perante os órgãos estatais, haja vista os artigos 331, §13, da Constituição Estadual e 153 do Estatuto dos Funcionários Públicos Cíveis do Estado do Ceará, Lei nº 9.826/1974.

Às fls. 94/108, a douta Procuradoria Geral de Justiça lançou parecer pelo improvimento tanto da apelação, quanto da

remessa oficial.

É o relatório.

VOTO

Quanto ao mérito, temos que, pelo sistema tributário vigente até a Emenda Constitucional nº 41/03, o pagamento de contribuição previdenciária possuía uma validação finalística: pagava-se com vistas à no futuro receber um correlativo benefício. No caso da aposentadoria, este raciocínio é perfeitamente aplicável. Assim, o servidor público deveria pagar o tributo até se aposentar, quando, então, cessava sua obrigação de contribuir para financiamento da Previdência Pública. Somente com a referida Emenda Constitucional o dever de contribuir passou a persistir após a aposentação.

Nessa linha de idéias, quando o servidor passava à inatividade extinguir-se-iam os descontos previdenciários realizados em sua folha de pagamento. A demora do trâmite do processo de aposentação não pode ser tomada como motivo para a persistência dos descontos, pois autorizaria um verdadeiro embaraço, no sentido de que obrigaria o servidor a continuar financiando o sistema unicamente em razão das excessivas burocracia e ineficiência que impedem o célere trâmite do processo administrativo.

Neste ponto, registre-se que o Estatuto dos Servidores Cíveis do Estado do Ceará, em seu artigo 153, estabelece um prazo razoável para a tramitação do processo administrativo:

“Art. 153. Uma vez iniciado o processo de aposentadoria, e apurado, no prazo de 60 dias, pelo órgão central do sistema de pessoal, que o funcionário satisfaz os requisitos legais para sua decretação, será ele afastado do exercício do cargo, decorrido aquele prazo, lavrando-se, a seguir, o respectivo ato declaratório”.

No presente caso, o processo administrativo perdura por longos anos, haja vista ter sido afastada desde 04.01.1991, importando injusto prejuízo com a manutenção dos descontos, os quais não possuem motivo algum para se manterem. A demora da Administração Pública não pode onerar o particular.

Nesse sentido, nossa colenda Segunda Câmara possui entendimento até aqui pacífico sobre o tema, conforme se lê das seguintes ementas de julgados:

“EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - PREVIDENCIÁRIO - PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS PARA APOSENTAÇÃO - TRANSCURSO DE QUINZE ANOS - SUSPENSÃO DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA A CARGO DO SERVIDOR ATIVO - RAZOABILIDADE, PROPORCIONALIDADE, MORALIDADE E EFICIÊNCIA - APLICAÇÃO. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

I- Preenchidos, há 15 (quinze) anos, os requisitos para a aposentação do servidor, faz-se imperiosa a suspensão imediata do desconto das contribuições previdenciárias incidentes sobre sua remuneração como servidor ativo.

II- Configura manifesta afronta aos princípios constitucionais da eficiência, razoabilidade, proporcionalidade e moralidade a falta de perfectibilização de aposentadoria cujo pedido foi formulado há quinze anos, não sendo razoável que a inércia injustificada da Administração imponha ônus pecuniário ao servidor.

III - Antecipação de tutela mantida. **Agravo conhecido, mas improvido**” (Processo nº. 2002.0001.2888-8/0, julgado em 23 de junho de 2004, relatoria da Desa. Gizela Nunes da Costa);

“Uma vez implementados os requisitos para a concessão da aposentadoria, segundo a

legislação vigente à época do requerimento, a publicação do ato aposentadoria é medida que se impõe, carecendo de legitimidade a conduta do Poder Público de continuar descontando percentuais previdenciários dos vencimentos dos servidores públicos legitimamente afastados” (Processo n. 2000.0015.8568-2/0, julgado em 19 de maio de 2004, relator o douto Desembargador José Cláudio Nogueira Carneiro);

“CONSTITUCIONAL/ADMINISTRATIVO. SERVIDOR QUE PASSA À INATIVIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE DESCONTO PREVIDENCIÁRIO NO PERÍODO.

-No caso, funcionária da rede estadual de ensino que adimpliu todos os requisitos necessários para a sua aposentadoria, mas que a própria Administração Pública, por inépcia, não a homologa.

-O servidor público, ao completar os requisitos à aposentadoria, tem o direito subjetivo de passar à inatividade, não podendo mais o Estado realizar descontos previdenciários, especialmente se o funcionário que auferia proventos muito menores do que o estipulado para a contribuição dos inativos, previstos no art. 40, §18, da CF/88.

-E este Tribunal de Justiça, em precedente exatamente igual ao caso, assim ementou: ‘uma vez implementados os requisitos para a concessão da aposentadoria é medida que se impõe, carecendo de legitimidade a conduta do Poder Público de continuar descontando percentuais previdenciários dos vencimentos dos servidores públicos legitimamente afastados’ (TJCE - 2000.0015.8568-2, j. em 19.5.2004, rel. Des. José Cláudio N. Carneiro).

-Reexame Necessário conhecido e improvido.
-Sentença confirmada, em todos os seus termos.
-Unânime (Processo nº. , julgado em 18 de setembro de 2006, relatoria da Des. Maria Iracema do Vale Holanda).

De minha parte, fui relator de vários processos, devidamente julgados por esta egrégia 2ª Câmara à unanimidade e no sentido do presente voto, dentre os quais: 2005.0001.5585-5, 2000.0118.1249-5, 2000.0116.8475-6 e 2000.0117.3712-4, todos apreciados na sessão de 13.12.2006.

É intuitivo que não pode a parte ser penalizada pela demora injustificada da Administração, provocada exclusivamente por esta, em decorrência da análise do processo administrativo respectivo.

Não impressiona o argumento segundo o qual o surgimento das Emendas Constitucionais 41 e 56 à Constituição Federal excluiriam o direito aqui reconhecido, pelo simples fato de que tais normas não operam retroativamente, para abranger situações já ultrapassadas. É certo que não se pode argüir direito adquirido a regime jurídico, e disto não se trata, mas simples aplicação do brocardo *tempus regit actum*.

Por outro lado, mesmo que se aplicasse a nova redação constitucional, o que não é o caso, o valor recebido pela parte autora/apelada é inferior ao limite mínimo de incidência previdenciária, conforme redação expressa do §18, do art. 40, da Constituição Federal, segundo o qual “incidirá contribuição sobre os proventos de aposentadorias e pensões concedidas pelo regime de que trata este artigo que superem o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201, com percentual igual ao estabelecido para os servidores titulares de cargos efetivos”. Dessa forma, de uma forma ou de outra, não haveria como incidir o tributo nos vencimentos ou proventos da parte apelada.

Quanto ao percentual de condenação da Fazenda em honorários advocatícios, fixado pelo Juiz à razão de 10% (dez por cento), tendo em vista os parâmetros legais do artigo

20, §4º, do Código de Processo Civil, entendo deva prevalecer o valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), o qual reputo equitativo, conforme já reiteradamente discutido nesta Câmara.

Finalmente, quanto à condenação ao pagamento de custas a ser assumida pelo Estado do Ceará, o Regimento de Custas, Lei estadual nº 12.381/94, dispõe que “são isentos do pagamento de custas o Estado do Ceará e seus Municípios, bem como os respectivos órgãos autárquicos e fundacionais”, sendo, portanto, o caso de ser excluída tal condenação, ante a expressa vedação legal.

Por tais razões, conheço do presente recurso e da remessa oficial, por estarem presentes seus pressupostos intrínsecos e extrínsecos, e lhes dou parcial provimento.

É como voto.

Fortaleza, 10 de janeiro de 2007.

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

**PROCESSO Nº 2000.0118.5050-8/1
APELAÇÃO CÍVEL E REMESSA NECESSÁRIA
RECORRENTE: JUÍZO DA 3ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA
DE FORTALEZA
APELANTE: ETTUSA – EMPRESA DE TRÂNSITO E
TRANSPORTE URBANO S/A.
APELADA: NILVANY GONÇALVES DANTAS.
ÓRGÃO JULGADOR: 3ª CÂMARA CÍVEL
RELATOR: DES. CELSO ALBUQUERQUE MACÊDO**

**EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL – RECURSO
INTEMPESTIVO - REEXAME OBRIGATÓRIO –
MANDADO DE SEGURANÇA – MULTAS
APLICADAS PELA ETTUSA – ANULAÇÃO –
LICENCIAMENTO DE VEÍCULO AUTOMOTOR –**

CONDICIONAMENTO AO PAGAMENTO DE EVENTUAIS MULTAS DEVIDAS – EXCLUSÃO DO DETRAN DO PÓLO PÁSSIVO DA LIDE – CONFIRMAÇÃO DA SENTENÇA – REEXAME OBRIGATÓRIO CONHECIDO E IMPROVIDO:

I - A ETTUSA na qualidade de sociedade de economia mista, desempenha atividades de natureza comercial, ou seja, lucrativa, com as quais não se coaduna a fiscalização do trânsito, que constitui exercício do poder de polícia estatal.

II - No que se refere ao condicionamento do licenciamento de veículo automotor ao prévio pagamento da infração, configura-se manifesto abuso, vez que, exclui do proprietário o direito de abordar tanto na esfera judicial como na administrativa a legalidade daquele recolhimento.

III - Remessa Voluntária e Obrigatória conhecida e improvida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a TURMA JULGADORA DA TERCEIRA CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ, à unanimidade de votos, em ratificar a sentença concessiva da segurança, ora submetida a esta instância através do reexame necessário, nos termos do voto Relator, que faz parte desta decisão.

RELATÓRIO

Trata-se de **APELAÇÃO CÍVEL E REMESSA OBRIGATÓRIA** por força da sentença de fls. 45/52, proferida pelo Juiz de Direito da 3ª Vara da Fazenda Pública, que concedeu a segurança, amparado nos precisos termos do art. 5º, incisos LXIX da Constituição Federal e art. 1º da Lei nº 1.533/51,

concedendo a segurança requestada e declarando nulas todas as multas aplicadas e lavradas pela ETTUSA em desfavor da impetrante **NILVANY GONÇALVES DANTAS**.

O *decisum a quo* declarou a impossibilidade do exercício do poder de polícia por particulares, noticiando ser a ETTUSA carecedora daquele poder para fiscalizar o trânsito, aplicar multas e quaisquer outras penalidades administrativas previstas em lei. Do mesmo modo, excluiu da relação processual o Departamento Estadual de Trânsito – DETRAN, em sede de liminar às fls. 22/24 e na sentença de mérito, afastando todos os óbices jurídico-administrativos advindos do ato anulado, permanecendo silente o Departamento Estadual de Trânsito, não combatendo as decisões proferidas pelo juízo de primeiro grau.

Regularmente notificada à fls. 64, a ETTUSA apresenta suas informações às fls. 26/37, aduzindo, em sede preliminar, a carência da ação, haja vista a inexistência de direito líquido e certo. No mérito informa acerca da legalidade do seu poder de polícia, razão pela qual resguarda a validade de seus atos.

A Empresa de Trânsito e Transporte Urbano S/A – ETTUSA, irresignada com a referida sentença, apresentou apelação pugnando, em síntese, pela reforma total da mesma, por não merecer acolhimento por este Tribunal (fls.55/60).

Embora devidamente intimada, a parte apelada deixou transcorrer *in albis* o prazo para apresentar suas contra-razões (fls. 63, verso).

A Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer de fls.74/82, manifestou-se preliminarmente pela intempestividade do recurso (art. 508, da Lei Processual Civil) e quanto ao mérito pelo seu improvimento com a manutenção da sentença recorrida em todos os seus termos.

É o breve relato.

Encaminhem-se os autos à **douta revisão**, na forma do art. 34 do Regimento Interno deste Tribunal.

VOTO

Deixo de conhecer da apelação cível por

extemporânea, recebendo o reexame obrigatório, uma vez que, a hipótese dos autos está inserida na previsão da norma contida no artigo 12, parágrafo único da Lei 1.533/51 (Lei do Mandado de Segurança), transcrevo:

Art. 12 - *Da sentença, negando ou concedendo o mandado cabe apelação. (Redação dada pela Lei nº 6.014, de 1973)*

Parágrafo único. A sentença, que conceder o mandado, fica sujeita ao duplo grau de jurisdição, podendo, entretanto, ser executada provisoriamente. (Redação dada pela Lei nº 6.071, de 1974) (grifo não-original).

A sentença prolatada pelo Juízo de primeira instância desmerece qualquer reprimenda, posto que fundamentada em consonância com as normas legais atinentes à espécie.

Com efeito, o julgador monocrático confirmando os efeitos da liminar, concedeu a ordem pleiteada, de sorte a anular as multas de trânsito lavrada pela ETTUSA em desfavor da impetrante.

A ETTUSA, sociedade de economia mista – portanto, pessoa jurídica de direito privado, como já vem sendo dirimido em todos os casos submetidos à apreciação deste Egrégio Tribunal, em conformidade com a orientação do Supremo Tribunal Federal, não tem competência para aplicar sanções de caráter administrativo decorrentes do poder de polícia.

“(...) Com efeito, não parece possível, a um primeiro exame, em face do ordenamento jurídico constitucional, mediante a interpretação conjugada dos artigos 5º, XIII, 22, XVI, 21, XXIV, 70, parágrafo único, 149 e 175 da CF, a delegação, a uma entidade privada, de atividade típica de Estado, que abrange até o poder de polícia, de tributar e de punir (...)” (STF. Pleno. ADIMC 1717. Relator Min. Sydney Sanches. DJU de 25.02.2000, p. 50).

O art. 78 do Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172, de 25/10/1966) dispõe que se considera poder de polícia a:

“... atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.”

A matéria já foi objeto de Súmula por parte deste Tribunal, lançada sob o número 29, que tem o seguinte enunciado:

“A Empresa Técnica de Transporte Urbano S.A. (ETTUSA), na qualidade de sociedade de economia mista, não tem legitimidade para o exercício de poder de polícia administrativo, sendo nulas as multas por ela aplicadas, bem como de nenhum efeito as conseqüências jurídico-administrativas decorrentes de tais autuações”.

Acerca da indelegabilidade do poder de polícia, a jurisprudência deste Egrégio Tribunal de Justiça vem decidindo, *in verbis*:

DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. PODER DE POLÍCIA. INDELEGABILIDADE. FISCALIZAÇÃO DE TRÂNSITO MUNICIPAL E APLICAÇÃO DE PENALIDADES PELA ETTUSA.

IMPOSSIBILIDADE I. As entidades de direito privado não podem exercer poder de polícia, atividade estatal típica da administração pública direta. II. Precedentes jurisprudenciais desta Corte. III. Reexame necessário conhecido e improvido.” (Apelação nº 2001.000.6118-1, Rel. Des. Edite Bringel Olinda Alencar, Terceira Câmara Cível, DJCE de 09/08/2004)

“EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL E REMESSA OBRIGATÓRIA. MULTA DE TRÂNSITO. ILEGITIMIDADE DO ENTE FISCALIZADOR PARA APLICAR SANÇÕES DE TRÂNSITO. IMPROVIMENTO DO RECURSO E DA REMESSA OFICIAL. PRECEDENTES DO TRIBUNAL.” (APELAÇÃO nº 2000.0016.2166-2, Rel. Des. Ademar Mendes Bezerra, Segunda Câmara Cível, DJCE de 07/05/2004)

“EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. ETTUSA. PODER DE POLÍCIA. INDELEGABILIDADE. 1. As entidades de direito privado não podem exercer poder de polícia, atividade estatal típica da administração pública direta. 2. É ilegal a exigência de pagamento prévio das multas para licenciar ou transferir veículos. 3. Precedentes jurisprudenciais. Recurso conhecido e improvido.” (Apelação nº 2001.0000.7420-8, Des. Rômulo Moreira de Deus, Primeira Câmara Cível, DJCE DE 10/02/2003)

“EMENTA: - APELAÇÃO CÍVEL – TRÂNSITO – ETTUSA. Ilegalidade da ETTUSA para a fiscalização do trânsito de Fortaleza. Qualquer atividade que se traduza em típico exercício do poder de polícia, inclusive as chamadas sanções de polícia, que são decorrência do mesmo, não admitem delegação a particulares. Recurso Improvido.” (Apelação nº

2001.0000.7464-0, Rel. Des. Ernani Barreira Porto, Terceira Câmara Cível, DJCE de 11/05/2004).

Dessa maneira, é forçoso reconhecer que, na condição de sociedade de economia mista, falta à ETTUSA legitimidade para o exercício do poder de polícia administrativa. Em decorrência é nula e de nenhum efeito legal as multas de trânsito aplicadas, bem como as conseqüências jurídico-administrativas decorrentes daquelas autuações.

CAIO TÁCITO, *in* “Poder de polícia e seus limites”, RDA 27/1, explica que:

“O poder de polícia é, em suma, o conjunto de atribuições concedidas à Administração para disciplinar e restringir, em favor do interesse público adequado, direitos e liberdades individuais”. (*apud* Hely Lopes Meirelles, “Direito Administrativo Brasileiro”, 25ª edição, Malheiros Editores, SP, 2000, p.123). (grifo não-original).

Diferente não é a doutrina de José dos Santos Carvalho Filho – cfr. “Revista de Direito Administrativo - RDA”, nº. 212, pg. 183/184 -, que, ao lecionar sobre a matéria em debate, proclama que:

“... revela destacar que a delegação não pode ser outorgada a pessoas de iniciativa privada, desprovidas de vinculação oficial com os entes públicos, visto que, por maior que seja a parceria com estes, jamais serão dotadas de potestade (*jus imperi*) necessária ao desempenho da atividade de polícia”.

A referida Sociedade de Economia Mista integra a administração pública indireta, com as limitações inerentes às pessoas jurídicas de direito privado, faltando-lhe, pois, o poder de império necessário para exercer a fiscalização e sanção de

motoristas infratores. Incensurável, pois, o bem lançado decreto monocrático, devendo ser preservado por esta instância revisora à míngua de justa causa para o seu reproche.

Isto posto: em consonância com o parecer da Procuradoria Geral de Justiça (fls. 74/82), deixo de tomar conhecimento da insurgência porque intempestiva, conhecendo do reexame necessário para, improvendo-o, confirmar a par de seus justos e jurídicos fundamentos, a sentença de primeiro grau.

É como voto.

Fortaleza, 19 de março de 2007.

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

Nº DO PROCESSO: 2000.0167.6238-0/1

TIPO DO PROCESSO: Apelação Cível

COMARCA: Fortaleza

PARTES:

Apelante – Ministério Público.

Apelada – Maria Onete Ferreira de Oliveira.

RELATORA: Desa. Gizela Nunes da Costa

EMENTA:

CIVIL – AÇÃO DE RETIFICAÇÃO DE REGISTRO DE CASAMENTO – ALTERAÇÃO DA PROFISSÃO – INEXISTÊNCIA DE PROVA DO ALEGADO – IMPOSSIBILIDADE – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

I - A retificação do registro civil de casamento da recorrida, nos termos do art. 109, da Lei 6.015/73 (Lei de Registros Públicos), somente poderia ocorrer caso restasse comprovado nos autos

que à época de seu casamento a requerente efetivamente exercia a profissão de agricultora, o que não ocorreu na espécie.

II - Recurso conhecido e provido.

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 da apelação, eis que presentes os seus requisitos de admissibilidade, para dar-lhe provimento, na forma do relatório e voto da relatora em acórdão acima ementado.

Cuida-se de **Ação de Retificação de Registro de Casamento** proposta por **Maria Onete Ferreira de Oliveira**, na qual postula seja retificada na sua certidão de casamento a sua profissão, na qual consta doméstica quando deveria constar agricultora.

Alegam que sempre exerceu a função de agricultora desde a mais tenra idade, juntamente com seus pais em regime de economia familiar e que após o seu casamento continuou a exercer a mesma atividade, a qual exerce até a atualidade.

Anexou documentação de fls. 09/11.

Houve depoimento testemunhal às fls. 14/15.

Parecer ministerial presente às fls. 19/20, opinando pela improcedência do pedido autoral, uma vez que somente há prova nos autos de que a requerente exerça a atividade de agricultora desde 1982, enquanto que sua certidão de casamento data de outubro de 1961, não tendo, pois restado, comprovado o erro ou a omissão do oficial de registro civil.

Sentença **a quo** às fls. 21/22, julgando procedente o pedido autoral por entender que os depoimentos testemunhais são suficientes para constatar o exercício da atividade de agricultora por parte da autora há mais de vinte anos.

Irresignado, o **Parquet** apresentou recurso de apelação às fls. 23/26, tendo sido apresentadas contra-razões às fls. 27/29.

Chamada a intervir, a Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pelo desprovimento do apelo.

É o relatório em apertada síntese.

A meu sentir, a questão posta em tablado está a merecer reforma, porquanto foi solucionada sem observância da prova colacionada ao caderno processual, senão vejamos pelas razões *infra*.

O objeto da presente demanda diz respeito a um suposto erro do Oficial de Registro Civil que ao averbar a profissão da autora no assento de casamento se equivocou, tendo atribuído-lhe a profissão de doméstica quando deveria ter apostado a de agricultora.

Entretentes, a retificação do registro civil de casamento da recorrida, nos termos do art. 109, da Lei 6.015/73 (Lei de Registros Públicos), somente poderia ocorrer caso restasse comprovado nos autos que à época de seu casamento a requerente efetivamente exercia a profissão de agricultora, o que não ocorreu na espécie, porquanto tanto os depoimentos testemunhais como o documento de fl. 10 não alcançam, ou sequer se aproximam, do longínquo ano de 1961, período da celebração das núpcias.

Destarte, ante a insuficiência das provas trazidas aos autos faz-se impossível ao magistrado imprimir a modificação do assento de casamento da requerente, mesmo porque tal alteração pode ter grande influência para a percepção de benefícios previdenciários.

A jurisprudência dos Tribunais pátrios não discrepa do entendimento ora consignado, *expressis verbis*:

RETIFICAÇÃO NO REGISTRO CIVIL – TERMO DE CASAMENTO – PROFISSÃO – FINALIDADE DE PRÉ-CONSTITUIR PROVA MATERIAL, A PARTIR DE DEPOIMENTOS TESTEMUNHAIS, CONTORNANDO O RIGOR DA LEI PREVIDENCIÁRIA – INADMISSIBILIDADE – SENTENÇA REFORMADA EM REEXAME NECESSÁRIO – 1. Diante do objetivo da pretensão e exigindo a Lei previdenciária o início de prova material para comprovação de tempo de serviço como rurícola, a retificação no termo de casamento da profissão da requerente (de

doméstica para agricultora) não pode ser deferida com base em prova exclusivamente testemunhal. 2. Em reexame necessário, reformar a decisão para julgar improcedente o pedido. (TJMG – AC 000.215.761-8/00 – 4ª C.Cív. – Rel. Des. Célio César Paduani – J. 06.09.2001)

REGISTRO CIVIL – Assento de casamento – Retificação – Inadmissibilidade – Autor que pretende obter prova de que sempre exerceu a profissão de agricultor, para conseguir o deferimento de aposentadoria – Comprovação que deve ser pleiteada através de ação própria, com participação do INSS – Recurso não provido. (TJSP – AC 89.727-4 – Guarulhos – 2ª CDPriv. – Rel. Des. Guimarães e Souza – J. 26.01.1999 – v.u.)

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE RETIFICAÇÃO DE REGISTRO DE CASAMENTO – RETIFICAÇÃO APENAS DA PROFISSÃO DE UM DOS CÔNJUGES – AUSÊNCIA DE PROVA – APELO IMPROVIDO – Unânime Impõe-se a improcedência de ação de retificação de registro de casamento, que objetiva apenas a mudança da profissão de um dos cônjuges, quando não for apresentada nenhuma prova que autoriza a retificação. Apelo improvido. Decisão unânime. (TJSE – AC 335/96 – Ac. 223/97 – Carira – Rel. Des. Fernando Ribeiro Franco – DJSE 08.04.1997)

À LUZ DE TODO O EXPOSTO, dou provimento ao apelo para julgar improcedente o pleito autoral, deixando de condenar nos ônus sucumbenciais de estilo por se tratar a autora de beneficiária da justiça gratuita.

É como voto.

Fortaleza, 13 de Setembro de 2006.

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

**Remessa Oficial do Juízo da Comarca de São Luís do Curu
Apelação nº 2000.0204.9897-8/1**

Apelante: Município de São Luís do Curu

Apelado: GILDENOR HERCULANO BARBOSA

Desembargador: Ademar Mendes Bezerra

Órgão Julgador: 2ª Câmara Cível

EMENTA. REMESSA OFICIAL E APELAÇÃO CÍVEL EM SEDE DE MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL. COMPOSIÇÃO DOS VENCIMENTOS. REMUNERAÇÃO INFERIOR AO VALOR DO SALÁRIO MÍNIMO, CONSTITUCIONALMENTE PREVISTO. IMPOSSIBILIDADE. IMPRESCINDÍVEL ATENDER ÀS NECESSIDADES VITAIS DO SER HUMANO.

-É ilegal o pagamento de servidor em quantia inferior ao valor definido para o salário mínimo, a teor do insculpido no artigo 7º, IV, combinado com o artigo 39, §3º, ambos da Carta maior.

-Nesses termos, nenhum servidor, ativo, inativo ou sujeito à disponibilidade poderá receber valor aquém do salário mínimo, sendo a norma constitucional que assegura tal direito de aplicabilidade imediata, conforme entendimento pacífico no seio do colendo Supremo Tribunal Federal, conforme se verifica no julgamento do RE nº 195315-PB, DJ de 07.08.98, Rel. Min. Sidney Sanches.

-Remessa oficial e apelação conhecidas e improvidas.

ACÓRDÃO:

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos do

processo nº 2000.0204.9897-8/1, em que figuram as partes acima identificadas.

Acorda a Segunda Câmara do egrégio Tribunal de Justiça do Ceará, à unanimidade, negar provimento à remessa oficial e à apelação, nos termos do Voto do Relator.

Fortaleza, 14 de fevereiro de 2007.

RELATÓRIO:

Tratam os autos de remessa obrigatória e recurso de apelação cível em face de sentença que concedeu a segurança pleiteada, com o objetivo de compelir a(s) autoridade(s) coatora(s) a assegurar-lhe o recebimento dos seus vencimentos ou proventos, no patamar nunca inferior ao valor do salário mínimo vigente no País.

Argumenta o impetrante, servidor público municipal, que recebe a importância de R\$ 163,78 (cento e sessenta e três reais e setenta e oito centavos), em visível afronta aos ditames da Constituição Federal de 1988 e leis posteriores, as quais garantem o recebimento de valor mínimo pela contraprestação do trabalho.

Sustenta que até para quem exerce trabalho variável, é também garantido o recebimento nunca inferior ao mínimo, conforme dispôs o artigo 7º, VII, da Constituição Federal, e que tal valor deveria assegurar os direitos à dignidade e subsistência.

Após sentença concessiva da ordem, os autos subiram em remessa oficial e em razão de recurso voluntário.

Em suas razões, o ente sucumbente alinhou os seguintes argumentos: a) impossibilidade de concessão de medida liminar em Mandado de Segurança que implique diretamente em concessão ou aumento ou extensão de vantagens; b) legalidade do pagamento de salário proporcional à jornada trabalhada; c) ofensa aos princípios da legalidade e moralidade no caso de ser assegurado o salário mínimo.

Chamada a intervir, o ilustre representante da Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo improvimento do

recurso e da remessa oficial (fls. 60 a 64).

É o relatório.

VOTO:

A sentença monocrática deve prevalecer.

É evidente o intuito do legislador constitucional em assegurar aos servidores e trabalhadores em geral recebimento de salário ou vencimentos compatíveis com o trabalho despendido, a fim de custear minimamente a sua subsistência, saúde e educação.

Nestes termos, a carta política definiu que são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social, salário mínimo, nacionalmente unificado, capaz de atender às necessidades vitais básicas e às leis de sua família, com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preserve o poder aquisitivo, sendo vedada a sua vinculação para qualquer fim.

Conforme precisamente identificado pelo Ministro Maurício Corrêa, em laborioso julgado do Rio Grande do Sul, processo de Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 201460, “a fixação de salário mínimo nacionalmente unificado pela União Federal é norma que gera conseqüência em todas as unidades da Federação, tanto estaduais e municipais. Uma vez fixado o salário mínimo pela União, não podem as unidades federadas inobservá-lo”.

Essa é a dicção normativa:

“Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...)

IV – salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia,

alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim”.

Embora o artigo 7º se refira aos direitos sociais dos trabalhadores ligados à iniciativa privada, o artigo 39, da Constituição Federal, estendeu explicitamente inúmeras garantias previstas naquele artigo aos servidores públicos, dentre elas, a de receber, quando menos, o salário mínimo.

Assim,:

“Art. 39. (omissis)

§3º. Aplica-se aos servidores ocupantes de cargo público o disposto no art. 7º, IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX, podendo a lei estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir”.

No mais, o artigo 154, parágrafo primeiro, foi direto ao afirmar que “nenhum servidor poderá receber contraprestação inferior ao salário mínimo”.

Não há qualquer sentido em se afirmar que a redução de jornada de trabalho ou de turnos de trabalho ensejariam o direito da administração pagar *quantum* inferior ao salário mínimo, haja vista que a tanto a Constituição não autoriza. Ao contrário, resguarda ao servidor um piso mínimo, incontornável por vontade do ente público.

A jurisprudência é pacífica:

“DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL. REMUNERAÇÃO INFERIOR AO SALÁRIO MÍNIMO. ILEGALIDADE.

1. É possível a concessão de liminar em mandado de segurança no visio de recompor a remuneração do servidor público ao mínimo determinado pela Constituição Federal.

2. É manifestamente inconstitucional a remuneração de servidor público inferior ao salário mínimo. Precedentes do STJ.

3. Remessa oficial e apelação conhecidas, porém desprovidas.

4. Precedentes desta Corte e do STJ. Sentença confirmada” (Apelação Cível nº 2000.0204.9875-7, Rel. José Arísio Lopes da Costa, 1ª Câmara, 31.10.2006);

“EMENTA. 1. Servidor público aposentado por invalidez, com proventos proporcionais: direito a que estes não sejam inferiores ao mínimo legal: acórdão recorrido que decidiu em consonância com a orientação da Corte, no sentido de que, a partir da Constituição de 1988 (art. 7º, IV, c/c 39, §2º - atual §3º), nenhum servidor - ativo ou inativo – poderá perceber remuneração (vencimentos ou proventos) inferior ao salário mínimo, mesmo quando se tratar de aposentadoria com proventos proporcionais: precedentes. 2. Recurso extraordinário: descabimento: falta de prequestionamento: dispositivos constitucionais suscitados no RE (CF, arts. 5º, XXXVI e 37, *caput*) não cogitados pelo acórdão recorrido, ao qual não se opuseram embargos de declaração: Súmulas 282 e 356” (STF, RE 340.599/CE, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 28.11.2003);

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. SERVIDOR PÚBLICO. APOSENTADORIA COM

PROVENTOS PROPORCIONAIS. INTELIGÊNCIA DO ART. 7º, INCISO IV, COMBINADO COM O ART. 39, §3º, AMBOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

1. Ex vi da interpretação harmônica do art. 7º, inciso IV, c/c o art. 39, §3º, ambos da Carta da República, nenhum servidor público ativo ou inativo poderá perceber remuneração inferior ao salário mínimo, na medida em que esse deve ser ‘capaz de atender às suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo’. A aludida regra aplica-se mesmo aos proventos proporcionais de aposentadoria, pois o Constituinte em nenhum momento excepcionou a garantia de salário nunca inferior ao mínimo. Precedentes do Supremo Tribunal Federal.

2. Decisão agravada mantida por seus próprios fundamentos.

3. Agravo regimental desprovido” (AgRg no RMS nº12042/PB, Min. Laurita Vaz, 5ª Turma, DJ de 20.6.2005).

Advirta-se que não tratam os autos de vinculação ao salário mínimo, mas de recebimento mensal de valor inferior a este patamar, indo, por isto, de encontro aos precedentes jurisprudenciais do País e do ordenamento jurídico.

Não prevalece, ainda mais, os argumentos de violação aos princípios da moralidade e legalidade, ou impedimento à concessão de liminar contra o poder público, notadamente porque, além de direito erigido na Carta magna, visa a resguardar a dignidade da pessoa humana, sendo esta um dos fundamentos da República, conforme descrito no art. 1º, da CF.

Imperioso reconhecer a prevalência de direito líquido

e certo em favor no caso concreto, bem como a supremacia da norma atributiva desse direito em relação às demais integrantes do sistema jurídico, por se tratar de dicção oriunda do poder constituinte.

Ante o exposto, possui o impetrante direito líquido e certo a ser amparado pela via do remédio heróico, razão pela qual nego provimento à remessa oficial e ao recurso, mantendo, incólume, a decisão recorrida.

Incide a Súmula 271 do STF, consoante a qual o mandado de segurança não é a via adequada para a cobrança das vantagens referentes a período anterior à impetração.

Custas *ex lege*. Sem honorários, a teor da Súmula 512 do Supremo Tribunal Federal.

É o meu voto.

Fortaleza, 14 de fevereiro de 2007.

**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 dos 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**

**APELAÇÃO CÍVEL DA 4ª VARA CIVEL DE FORTALEZA
Nº.2003.0001.3864-4**

**APELANTE: RAIMUNDO CARNEIRO LEITE E MARIA VILACY
FREIRE LEITE**

APELADO: ORGANIZAÇÃO MATOS PEIXOTO LTDA

ÓRGÃO JULGADOR: TERCEIRA CÂMARA CÍVEL

RELATOR: DES. CELSO ALBUQUERQUE MACÊDO

EMENTA: APELAÇÃO. PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE TERCEIRO. DECISÃO ALÉM DOS LIMITES DA LIDE. PENHORA SOBRE IMÓVEL. CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA. AUSÊNCIA DE REGISTRO. APLICAÇÃO DA SÚMULA 84 DO STJ. PRECEDENTES. FRAUDE À EXECUÇÃO. INOCORRÊNCIA.

1- CONSIDERANDO-SE QUE NÃO FOI ESTIPULADO PEDIDO EXPRESSO QUANTO À INEFICÁCIA DA VENDA DO IMÓVEL COM RELAÇÃO AO EXEQÜENTE/EMBARGADO, DEVE-SE ANULAR A SENTENÇA QUANTO A ESTE CAPÍTULO, MOSTRANDO-SE ULTRA PETITA AQUELA DECISÃO.

2- PARA QUE SE CARACTERIZE A FRAUDE À EXECUÇÃO, IMPRESCINDÍVEL NECESSÁRIO É A DEMONSTRAÇÃO, POR PARTE DO CREDOR, DE QUE O COMPRADOR TINHA CONHECIMENTO DA EXISTÊNCIA DE EXECUÇÃO CONTRA O ALIENANTE OU AGIU EM CONLUÍO COM O DEVEDOR-VENDEDOR, SENDO INSUFICIENTES OS ARGUMENTOS BASEADOS EM MERAS SUSPEITAS OU ALEGATIVAS.

3- NEM MESMO O FATO DE NÃO TER SIDO EFETIVADO O REGISTRO DE TRANSFERÊNCIA DO IMÓVEL NO CRI TEM O CONDÃO DE CARACTERIZAR FRAUDE À EXECUÇÃO, CONSOANTE ENTENDIMENTO CRISTALIZADO POR MEIO DA SÚMULA Nº. 84 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

4- APELO CONHECIDO E PROVIDO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação nº. 2003.0001.3864-4, oriundos da 4ª Vara Cível de

Fortaleza, em que são partes os acima nominados, acorda a Turma Julgadora da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, à unanimidade de votos, em conhecer do apelo dando-lhe provimento, para o fim de, reformar a sentença monocrática de fls. 47/50, que deu por subsistente a penhora levada a efeito na execução, para o propósito de excluir o imóvel indicado às fls. 52/55 da constrição pretendida em favor do Colégio Gênesis. Verba honorária arbitrada em 10% do valor atribuído à causa.

RELATÓRIO

Tratam os autos de EMBARGOS DE TERCEIRO aforados por **RAIMUNDO CARNEIRO LEITE e sua mulher MARIA VILACY FREIRE LEITE** em face da **ORGANIZAÇÃO MATOS PEIXOTO LTDA (Colégio Gênesis)**, no destaque de interposição com base em posse fundada em compromisso de Contrato de Compra e Venda, embora sem registro público, trazendo os autores a transcrição da Súmula 84 do STJ.

Asseveram na exordial que o imóvel penhorado no feito expropriatório lhes pertence, tendo em vista a concretização do instrumento translativo datado em 13 de agosto de 1999, não tendo sido ultimado o registro por existirem pendências do imóvel perante o Banco Central do Brasil, acrescentando que a venda do imóvel é anterior ao ajuizamento da demanda expropriatória.

A embargada, às fls. 25/28, afirmou que o domínio só se transfere com a inscrição do bem no Cartório de Registro Competente, não devendo prevalecer a tese do autor de que a aquisição foi anterior ao ajuizamento da ação executiva. Adiciona que o autor dos Embargos de Terceiro é advogado do executado Vicente de Paula Damasceno, nos Embargos à Execução, ensejando a mais completa má-fé.

Sobreveio sentença às fls. 47/50, vazada na presunção de fraude aos direitos do exequente, explicitando que o embargante é patrono do executado e a suposta transação de compra e venda, sem registro, foi “coincidentemente anterior à propositura da demanda”. Assim sendo, declarou o juízo

monocrático ser improcedentes os embargos, determinando a subsistência da penhora levada a efeito na execução e tornando a venda ineficaz com relação ao exeqüente/embargado.

Irresignados com o deslinde dado ao feito pelo juízo de origem, apelaram os autores. Robusteceram as informações da exordial, enunciando em síntese que o ajuizamento da obrigação assumida pelo executado/apelado é posterior à lavratura da Escritura Pública de Compra e Venda, na data já anteriormente mencionada, defendendo que é indubitável a legítima exclusão do imóvel indicado à penhora pelo Exeqüente, através de abundante jurisprudência ali incorporada.

Acrescentaram que devem ser reconhecidos como possuidores de boa-fé, vez que é pacífico o entendimento no que tange à admissão de embargos, tratando-se de posse calcada em compromisso de compra e venda, mesmo sem registro público.

Argumentaram que a má-fé, contrariamente à boa-fé, não se presume, necessitando sempre ser provada. Ao final, requereram a reforma in totum da sentença monocrática, julgando procedentes os Embargos.

A Organização Matos Peixoto (Colégio Gênese) apresentou contra-razões. Alegou que não merece reforma a sentença, pois, o domínio do imóvel somente se transfere com a transcrição ou registro do título translativo da propriedade, o que não fora feito pelo Apelante. Acrescentou que há presença de fraude contra credores, já que a Escritura de Compra e Venda mesmo anterior à propositura da Ação de Cobrança, caracteriza a fraude, em função da intenção do devedor de tornar-se incapaz de pagar a dívida pela alienação de seu único patrimônio.

Vieram-me os autos conclusos para julgamento.

Eis o relato, com revisão da Exma. Desembargadora Lúcia Maria do Nascimento Fiúza Bitu, à fl. dos autos.

VOTO

Presentes os requisitos de admissibilidade recursal, intrínsecos e extrínsecos, conheço da apelação.

Em primeiro plano, cumpre registrar que o artigo 460 do Código de Processo Civil estabelece limite à atividade jurisdicional, orientando que a decisão seja prolatada dentro do que for pleiteado, estando o juiz adstrito e vinculado aos seus termos:

“É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado”.

Com efeito, ao magistrado é vedado conceder benefício diverso do que foi pedido pela parte, uma vez que, segundo o artigo 128 do Estatuto Processual Civil, **“decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte”**, dispositivo que se afigura como expressão da máxima latina *sententia debet esse conformis libello*.

Segundo Ernane Fidélis dos Santos:

“a lide se limita pelo pedido do autor. Em consequência o juiz não pode ficar aquém nem ir além do pedido. Também lhe é vedado condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que foi demandado (art. 460). Os dois primeiros casos são de sentença citra petita e ultra petita, respectivamente. O último é de sentença extra petita” (Manual de Direito Processual Civil, Saraiva, I/197).

In casu, extrai-se da impugnação aos embargos apresentada pelos Apelados que o seu requerimento é no sentido de que, “continue a penhora sobre o bem imóvel descrito no auto de penhora de fls. 65” (fl. 28).

Destarte, resta claro que nenhuma das partes litigantes pugnou pela ineficácia da venda do imóvel com relação ao exequente, ora embargado.

Na espécie, consubstancia-se, julgamento ultra petita, calcado em objeto diverso do demandado e impugnado nos autos.

O Superior Tribunal de Justiça mantém o entendimento de que a sentença ultra petita, na qual o juiz decide além do pedido, não deve ser integralmente anulada pelo Tribunal, devendo ser reduzida aos limites do pedido:

PROCESSUAL CIVIL - SENTENÇA ULTRA PETITA - NULIDADE. DECRETAÇÃO EX OFFICIO - POSSIBILIDADE - ECONOMIA PROCESSUAL - ADEQUAÇÃO AOS LIMITES DO PEDIDO. 1. A sentença ultra petita é nula, e por se tratar de nulidade absoluta, pode ser decretada de ofício. Contudo, em nome do princípio da economia processual, quando possível, a decisão deve ser anulada apenas na parte que extrapola o pedido formulado. Precedente. 2. Recurso especial conhecido em parte. STJ, Resp. 263829/SP, 6ª T., Rel.min. Fernando Gonçalves, j. 04/12/2001.

Neste sentido, Theotônio Negrão, em sua obra “Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor”, Saraiva, 28ª ed., p. 343, anota:

“Não ocorre o mesmo com a sentença ultra petita, i.e, que decide além do pedido (ex: a que condena o réu “em quantidade superior” à pleiteada pelo autor). Ao invés de ser anulada pelo Tribunal, deverá ser reduzida aos limites do pedido”. STJ, 3ª Turma, REsp. 29.425-7-SP, Rel. Min. Dias Trindade, j. 01/12/1992, deram provimento em parte, v.u., DJU 08/02/1993, p.1.031, 2ª col., em.; STJ-RT 673/181; RTJ 89/553, 112/373, RTJESP 49/129, RP 4/406, em. 193.

No que se refere à possibilidade da interposição de

Embargos de Terceiros, reproduzo o preceito do Art. 1.046, § 1º do CPC

“Art. 1.046. Quem, não sendo parte no processo, sofrer turbacão ou esbulho na posse de seus bens por ato de apreensão judicial, em casos como o de penhora, depósito, arresto, seqüestro, alienação judicial, arrecadação, arrolamento, inventário, partilha, poderá requerer lhe sejam mantidos ou restituídos por meio de embargos.” § 1º Os embargos podem ser de terceiro senhor e possuidor, ou apenas possuidor.

A este respeito, a lição de NELSON NERY JÚNIOR:

“Não só a propriedade e a posse são passíveis de tutela por meio dos embargos de terceiro, mas outros direitos de eficácia e garantia real, móveis ou imóveis (v.g. CC 44 III), bem como os suscetíveis de penhora e, portanto, sujeitos à alienação judicial. Podem ser defendidos pelos embargos: a) quotas de sociedade (RT 477/138); b) direito de uso de linha telefônica (STF-RT 533/236); c) direito de concessão de lavra (DL 227/67 43, Código de Mineração); d) titularidade dos direitos sobre marcas e patentes (LPI, 9279, DOU 15.5.1996, p. 8353); e créditos e outros direitos patrimoniais (CPC 671 a 676); **f) direitos oriundos de compromisso de compra e venda não registrado.**” (NERY JÚNIOR, Nelson, NERY, Rosa Maria Andrade. Código de Processo Civil e legislação processual civil extravagante em vigor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 1348).(grifo não-original).

Pretendem os recorrentes seja reconhecida a fraude à execução, para tornar excluído o imóvel da penhora alienado a

terceiro, à vista da argumentação da parte apelada de que os embargantes não cuidaram de registrar a transação no Cartório de Registro Imobiliário e que tinham ciência de que o imóvel de nº 204, Bloco “B”, integrante do Edifício Icarai, situado na Praça Sarasate, s/n, em Icarai, no Município de Caucaia, encontrava-se penhorado por objeto de execução.

Releve-se que, no tocante ao exposto pelo Art. 593, abaixo trasladado, a fraude a execução considerada pelo Ilustre Juízo a Quo, não se emoldura em nenhum dos casos ali adornados, veja-se:

“Art. 593. Considera-se em fraude de execução a alienação ou oneração de bens:

I - quando sobre eles pender ação fundada em direito real;

II - quando, ao tempo da alienação ou oneração, corria contra o devedor demanda capaz de reduzi-lo à insolvência;

III - nos demais casos expressos em lei.

Vejo, contudo, que a r. sentença recorrida não imprimiu a correta solução ao caso, data venia.

O ilustre Sentenciante evidenciou que há plena afinidade entre o devedor e o terceiro erguendo-se a possibilidade de saber este da situação patrimonial insolvente do executado. Adicionou que a proximidade entre a suposta transação e o ajuizamento da demanda só servem para robustecer a presunção de que se está diante de fraude aos direitos do Exequente, tendo considerado subsistente a penhora levada a efeito na execução.

Contudo para que se caracterize a fraude à execução, necessário é a demonstração, por parte do credor, de que o comprador tinha conhecimento da existência de execução contra o alienante ou agiu em conluio com o devedor-vendedor, sendo insuficientes os argumentos baseados em meras suspeitas ou alegativas, conforme bem informam entendimentos do Superior Tribunal de Justiça:

TRIBUTÁRIO - EMBARGOS DE TERCEIRO - EXECUÇÃO FISCAL - FRAUDE À EXECUÇÃO - ALIENAÇÃO POSTERIOR À CITAÇÃO DO EXECUTADO, MAS ANTERIOR AO REGISTRO DE PENHORA OU ARRESTO - NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DO CONSILIUM FRAUDIS.

1. A jurisprudência do STJ, interpretando o art. 185 do CTN, pacificou-se, por entendimento da Primeira Seção (REsp 40.224/SP), no sentido de só ser possível presumir-se em fraude à execução a alienação de bem de devedor já citado em execução fiscal. 2. Ficou superado o entendimento de que a alienação ou oneração patrimonial do devedor da Fazenda Pública após a distribuição da execução fiscal era o bastante para caracterizar fraude, em presunção jure et de jure. 3. Afastada a presunção, cabe ao credor comprovar que houve conluio entre alienante e adquirente para fraudar a ação de cobrança. 4. No caso alienação de bens imóveis, na forma da legislação processual civil (art. 659, § 4º, do CPC, desde a redação da Lei 8.953/94), apenas a inscrição de penhora ou arresto no competente cartório torna absoluta a assertiva de que a constrição é conhecida por terceiros e invalida a alegação de boa-fé do adquirente da propriedade. **5. Ausente o registro de penhora ou arresto efetuado sobre o imóvel, não se pode supor que as partes contratantes agiram em consilium fraudis. Para tanto, é necessária a demonstração, por parte do credor, de que o comprador tinha conhecimento da existência de execução fiscal contra o alienante ou agiu em conluio com o devedor-vendedor, sendo insuficiente o argumento de que a venda foi realizada após a citação do executado.** 6. Assim, em relação ao terceiro, somente se presume fraudulenta a

alienação de bem imóvel realizada posteriormente ao registro de penhora ou arresto. 7. Recurso especial improvido. (REsp 811.898/CE, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 05.10.2006, DJ 18.10.2006 p. 233)

Processo civil. Agravo no recurso especial. Execução. Penhora. Embargos de terceiro. Fraude à execução. Venda do imóvel. Ausência de registro da penhora. Necessidade de demonstração de má-fé do adquirente. Dissídio notório. - Assentou a 2ª Seção do STJ que fica afastada a fraude à execução se, vendido o imóvel em data anterior à inscrição da penhora, não existir prova da má-fé do adquirente. - A incontroversa constatação extraída dos autos de que, em data muito anterior à própria penhora e, conseqüentemente, à sua inscrição, o imóvel já havia sido transferido ao embargante, não importa em revolvimento do substrato fático fixado pelo Tribunal de origem. - As exigências formais para a comprovação da divergência jurisprudencial devem ser mitigadas quando se cuidar de dissonância interpretativa notória. Recurso não provido. (AgReg no REsp 854.778/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 17.10.2006, DJ 30.10.2006 p. 305).

Nesse sentido, competia ao Apelado comprovar que os adquirentes do imóvel agiram de má-fé, ou seja, adquiriram o bem do devedor com o intuito de frustrar a execução.

Sobre o tema, reforço oportunamente a jurisprudência colacionada por Carlos Alberto Carmona, in Código de Processo Civil Interpretado, Coordenação de Antonio Carlos Marcato, São Paulo, Atlas, 2004, p. 1754:

“PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE TERCEIRO. FRAUDE À EXECUÇÃO. ART. 593, II, DO CPC. NÃO-CARACTERIZAÇÃO. MÁ-FÉ DOS ADQUIRENTES. INEXISTÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. INOCORRÊNCIA. SÚMULA 83/STJ. PRECEDENTES. I - O fundamento que autoriza a retirada do bem litigioso do patrimônio de terceiro, em decorrência da aplicação do art. 593, II, do CPC, consiste na demonstração de que tinha ele conhecimento da ação capaz de reduzir o devedor à insolvência, ou que a negociação tenha se dado de modo fraudulento, hipótese não caracterizada nos autos. II - Estando o acórdão recorrido em sintonia com o entendimento da Corte, impõe-se aplicar o Enunciado 83 da Súmula do STJ. III - Recurso especial conhecido e desprovido. (STJ, RESP 325584/SP, 5ª Turma, Rel.min. Gilson Dipp, j. 11.9.2001, DJ 15.10.2001, p. 291)”.

Ademais, não restam dúvidas de que a alienação do imóvel se deu no ano de 1999, como dá conta o contrato de fls. 10/14 dos autos.

Dessa forma, como noticiado pelos próprios recorrentes nas suas razões de apelo, que a ação de Cobrança foi proposta em 1º de setembro de 1999, posterior à Escritura de Compra e Venda, resta evidente que o bem estava livre e desembaraçado quando de sua alienação, em 13 de agosto do mesmo ano, não havendo como se falar em fraude à execução.

Nem mesmo o fato de não ter sido efetivado o registro de transferência do imóvel no CRI tem o condão de caracterizar fraude à execução, consoante entendimento cristalizado por meio da Súmula nº 84 do Superior Tribunal de Justiça, vazada nos seguintes termos: **É admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse advinda do compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido do registro”**.

A mais recente jurisprudência daquele egrégio Tribunal Superior corrobora esse entendimento:

“PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE TERCEIRO. PENHORA DE IMÓVEL ADQUIRIDO MEDIANTE PROMESA DE COMPRA E VENDA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 84/STJ - Consoante entendimento sumulado desta Corte são cabíveis embargos de terceiro contra penhora sobre imóvel cuja posse decorre de compromisso de compra e venda, ainda desprovido de registro” (2ª T., REsp. nº. 602.338/AL, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJ de 10/05/04). (grifo não-original).

“PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE TERCEIRO. A posse transmitida na promessa de compra e venda pode ser defendida em embargos de terceiro, ainda que fundada em instrumento desprovido de registro (Súmula n. 84).” (3ª T., REsp. n 326.306/GO, Rel Min. Ari Pargendler, DJ de 27/05/03). (grifo não-original).

Na mesma direção vem decidindo o Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Transcrevo:

EMBARGOS DE TERCEIRO - EXECUÇÃO - IMÓVEL PENHORADO - BEM DADO EM PAGAMENTO - COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA - FALTA DE REGISTRO EM CARTÓRIO - NÃO-CONFIGURAÇÃO DE FRAUDE À EXECUÇÃO - BOA-FÉ - PENHORA INSUBSISTENTE. Verificado que o imóvel penhorado é bem dado em pagamento, estando o negócio lançado em documento através de contrato de promessa de compra e venda, ainda que não registrado, é insubsistente a penhora, se o negócio não configurou fraude à execução e os terceiros estão de boa-fé. (TJMG - Ap. Cível n.

1.0026.05.019562-2/001, Rel. DES. FERNANDO CALDEIRA BRANT, DJ 15/09/2006

EMENTA: APELAÇÃO - EMBARGOS DE TERCEIRO - CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA NÃO REGISTRADO - SÚMULA 84 DO STJ - COMPROVAÇÃO DA POSSE - CLÁUSULA CONTRATUAL - INSUFICIÊNCIA - LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ - INOCORRÊNCIA - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - REDUÇÃO - POSSIBILIDADE. - Em sede de embargos de terceiro fundado em contrato de promessa de compra e venda sem registro, sua procedência está a depender da efetiva comprovação da posse exercida sobre o bem, sendo insuficiente para tal mister a simples existência de cláusula contratual neste sentido. - A condenação das partes por litigância de má-fé depende de demonstração cabal de uma das condutas previstas no art. 17 do CPC, devendo a parte agir com dolo processual, com a clara intenção de causar um dano ao processo. - Não havendo condenação, os honorários advocatícios devem ser fixados em valor determinando, em atenção ao art. 20, §4º, do CPC, podendo ser reduzidos caso tenham sido fixados em dissonância com a realidade dos autos. (TJMG - Ap. Cível n.º.1.0261.02.014579-1/001, Rel. DÍDIMO INOCÊNCIO DE PAULA, 4ªC. Cível, DJ 24/05/06).

Assim, insista-se, não resultou evidenciado, por qualquer meio, que os embargantes agiram de má-fé por ocasião do negócio jurídico que firmaram com o executado, incidindo, assim, o entendimento estratificado pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que:

“PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE TERCEIRO. EXECUÇÃO FISCAL. FRAUDE

CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA. TERCEIRO DE BOA-FÉ. PRECEDENTES. - Não há fraude á execução quando no momento do compromisso particular não existia a constrição, merecendo ser protegido o direito pessoal dos promissários-compradores - Há de se prestigiar o terceiro possuidor e adquirente de boa-fé quando a penhora recair sobre imóvel objeto de execução não mais pertencente ao devedor, uma vez que houve a transferência, embora sem o rigor formal exigido. - **Na esteira de precedentes da Corte, os embargos de terceiro podem se opostos ainda que o compromisso particular não esteja devidamente registrado**” (1ª T., Resp. 173.417/MG, REL.MIN. José Delgado, DJ de 26/10/98). (grifo não-original).

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ART. 544 DO CPC. VIOLAÇÃO A NORMA DE REGIMENTO INTERNO DE TRIBUNAL. SÚMULA N.º399 DO STF. CERCEAMENTO DE DEFESA. SÚMULA N.º7 DO STJ. RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS DE TERCEIRO. PENHORA SOBRE IMÓVEL. CONTRATO DE PERMUTA NÃO REGISTRADO EM CARTÓRIO. APLICAÇÃO DA SÚMULA 84 DO STJ. FRAUDE À EXECUÇÃO. INOCORRÊNCIA.

1. É cediço na Corte que o Recurso Especial não é o meio hábil a aferir violação de norma contida em Regimento Interno de Tribunal, porquanto tal diploma não se enquadra no conceito de norma federal, arrastando a incidência da Súmula n.º 399 do STF: “Não cabe recurso extraordinário, por violação de lei federal, quando a ofensa alegada for a regimento de tribunal.” Precedentes: REsp 542.334/RS, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, DJ de 23.05.2005; REsp

673.970/RS, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, Sexta Turma, DJ 14.02.2005. 2. A aferição acerca da necessidade ou não de produção de prova pericial impõe o reexame do conjunto fático-probatório exposto nos autos, o que é defeso ao Superior Tribunal de Justiça, face do óbice erigido pela Súmula 07/STJ, porquanto é vedado atuar como Tribunal de Apelação reiterada ou Terceira Instância revisora. Precedentes: RESP 670.852/PR, desta relatoria, DJ de 03.03.2005; RESP 445.340/RS, Relator Ministro José Delgado, DJ de 17.02.2003. **3. Assentou-se a jurisprudência no sentido de que incorre fraude à execução quando a alienação do bem opera-se antes de ajuizada a execução fiscal e, a fortiori, precedentemente à penhora.** (Precedentes: REsp 293.997/RS, Rel. Min. FRANCIULLI NETTO, DJ 18.10.2004; AgRg AG 532.177/PR, Rel. Min. Castro Meira, DJ 31.05.2004) **4. A novel exigência do registro da penhora, muito embora não produza efeitos infirmadores da regra prior in tempore prior in jure, exsurgiu com o escopo de conferir à mesma efeitos erga omnes para o fim de caracterizar a fraude à execução.** **5. Assentando o acórdão que a responsabilidade de terceiro somente poderia advir ou de fraude de execução ou de fraude contra credores, a primeira a exigir prova de alienação ilícita in re ipsa e a segunda a reclamar ação pauliana com a prova do consilium fraudis, a análise dessa questão referente à fraude é interdita nesta Eg. Corte, ante a inarredável incidência da Súmula 07** (Precedentes: AGA 563346/MG, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 30/08/2004; REsp 283.710/SP, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes de Direito, DJ de 03/09/2001; REsp 163.742/SE, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes de Direito, DJ 09/08/99). **6. Deveras, à luz do art. 530 do Código Civil de**

1916, sobressai claro que a lei reclama o registro dos títulos translativos da propriedade imóvel por ato inter vivos, onerosos ou gratuitos, posto que os negócios jurídicos em nosso ordenamento jurídico não são hábeis a transferir o domínio do bem. Assim, titular do direito é aquele em cujo nome está transcrita a propriedade imobiliária. **7. Todavia, a jurisprudência do STJ, sobrepujando a questão de fundo sobre a questão da forma, como técnica de realização da justiça, vem conferindo interpretação finalística à Lei de Registros Públicos. Assim é que foi editada a Súmula 84, com a seguinte redação: “É admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse advinda de compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido do registro”.8. “O CTN nem o CPC, em face da execução, não estabelecem a indisponibilidade de bem alforriado de constrição judicial. A pré-existência de dívida inscrita ou de execução, por si, não constitui ônus ‘erga omnes’, efeito decorrente da publicidade do registro público. Para a demonstração do ‘consilium’ ‘fraudis’ não basta o ajuizamento da ação. A demonstração de má-fé, pressupõe ato de efetiva citação ou de constrição judicial ou de atos repersecutórios vinculados a imóvel, para que as modificações na ordem patrimonial configurem a fraude. Validade da alienação a terceiro que adquiriu o bem sem conhecimento de constrição já que nenhum ônus foi dado à publicidade. Os precedentes desta Corte não consideram fraude de execução a alienação ocorrida antes da citação do executado alienante.” (REsp nº. 31321/SP, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJ de 16/11/1999) 9. Aquele que não adquire do penhorado não fica sujeito à fraude in re ipsa, senão pelo conhecimento erga omnes produzido pelo registro**

da penhora. Sobre o tema, sustentamos: “Hodiernamente, a lei exige o registro da penhora, quando imóvel o bem transcrito. A novel exigência visa à proteção do terceiro de boa-fé, e não é ato essencial à formalização da constrição judicial; por isso o registro não cria prioridade na fase de pagamento. **Entretanto, a moderna exigência do registro altera a tradicional concepção da fraude de execução; razão pela qual, somente a alienação posterior ao registro é que caracteriza a figura em exame. Trata-se de uma execução criada pela própria lei, sem que se possa argumentar que a execução em si seja uma demanda capaz de reduzir o devedor à insolvência e, por isso, a hipótese estaria enquadrada no inciso II do art. 593 do CPC.** A referida exegese esbarraria na inequívoca ratio legis que exsurgiu com o nítido objetivo de proteger terceiros adquirentes. Assim, não se pode mais afirmar que quem compra do penhorado o faz em fraude de execução. ‘É preciso verificar se a aquisição precedeu ou sucedeu o registro da penhora’. Neste passo, a reforma consagrou, no nosso sistema, aquilo que de há muito se preconiza nos nossos matizes europeus.” (Curso de Direito Processual Civil, Luiz Fux, 2ª Ed., pp. 1298/1299), 10. In casu, o juízo monocrático reconheceu, com base no contrato de permuta, contas de telefone, energia elétrica, e outros documentos acostados aos autos, que o embargante exercia a posse do referido imóvel, o que impunha a exclusão da penhora. 11. Agravo Regimental desprovido. (AgRg no Ag 641.363/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06.12.2005, DJ 13.02.2006 p. 667)

Nestas condições, conheço do apelo para dar-lhe provimento, reformando os termos da sentença monocrática de fls. 47/50, anulando-a na parte que tornou a venda do imóvel

ineficaz com relação ao exequente/embargado e excluindo o imóvel indicado às fls. 52/55, constituído do apto. 204, bloco “B”, do Edifício Icaraiá, situado na praça Paulo Sarasate S/N, em Icaraiá, Caucaia, da constrição pretendida em favor do Colégio Gênesis, por não evidenciar a comprovação do consilium fraudis.

Verba honorária fixada em 10% sobre o valor da causa.

Fortaleza, 31 de janeiro de 2007.

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

**Nº. 2003.0001.5136-5/0 – APELAÇÃO CÍVEL
APELANTE – CESAR AUGUSTO MESQUITA JUAÇABA.
APELADO – FAX ADMINISTRAÇÃO E ENGENHARIA
IMOBILIÁRIA.
RELATOR – DES. JOSÉ EDMAR DE ARRUDA COELHO.**

EMENTA

Ação ordinária de cobrança c/c indenização por perdas e danos, inclusive lucros cessantes. Tendo o apelante firmado contrato de administração do seu imóvel com cláusula que obriga a contratada a prestar contas mensais dos aluguéis, exceto quando estes estivessem sendo cobrados judicialmente, não pode exigir que a contratada lhe repasse antecipadamente valores de aluguéis que ainda estão sendo cobrados em juízo. Ação julgada improcedente. Recurso 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 a sentença hostilizada,” de acordo com a ata de julgamento do Processo Apelação Cível nº 2003.0001.5136-5/0.

Fortaleza, fevereiro de 2006.

RELATÓRIO

César Augusto Mesquita Juaçaba, qualificado nos autos, propõe ação ordinária de cobrança c/c indenização por perdas e danos, inclusive lucros cessantes, contra a empresa Fax – Administração e Engenharia Imobiliária, sediada nesta Capital, expondo que celebrou contrato com a ré para esta gerir o negócio de locação de um imóvel de sua propriedade situado na Rua Romeu Martins nº 855, loja 07, outorgando, para este fim, instrumento de procuração em favor de Rejane Ribeiro Grangeiro Barreto e de Silvano Xavier Barreto, diretores da empresa contratada, com poderes amplos e ilimitados.

Locado o imóvel, o inquilino deixou de pagar os alugueres a partir do mês de dezembro/2000, tendo a mandatária Rejane Barreto proposto ação de cobrança desses locativos junto à 3ª Unidade do Juizado Especial, terminando por entrar amigavelmente em acordo com o inquilino para que o valor da dívida fosse pago parceladamente. Todavia, esse acordo deixou de ser homologado pela Juíza porque as partes contratantes não compareceram à audiência designada para esse fim, em razão do que a magistrada decretou a extinção e arquivamento do processo.

Alegando que o compromisso firmado pelo ex-inquilino não tem nenhum valor como título extrajudicial e que o débito alusivo aos alugueis não pagos é de R\$ 3.332,40 (três mil trezentos e trinta e dois reais e quarenta centavos), pede o suplicante que a ação seja julgada procedente para condenar a demandada a pagar-lhe referida importância, além das perdas e danos que lhe causou, inclusive lucros cessantes e emergentes

a serem apurados em liquidação de sentença.

Citada, a promovida contestou o feito esclarecendo que no dia 05.10.2001 a Juíza titular da Unidade Judiciária extinguiu o feito equivocadamente, todavia, em data posterior reconheceu o engano e deferiu o desentranhamento do acordo para deferir novo pedido de sua homologação por sentença, encontrando-se o processo em fase de execução, conforme documentos que trouxe aos autos.

Assim tendo ocorrido, a contestante considera-se desobrigada de pagar os alugueres e as perdas e danos pretendidos pelo autor, uma vez que na cláusula sétima do contrato firmado entre as partes ora litigantes ficou estabelecido que a mesma se isentaria de tal obrigação quando os aluguéis estivessem sendo cobrados judicialmente.

Baseado nesta cláusula, o Juiz proferiu julgamento antecipado da lide para dar pela improcedência da ação e condenar o demandante nos encargos da sucumbência, que, inconformado, apelou da sentença.

É a exposição.

VOTO

Está assim redigida a cláusula sétima (fls. 10) do contrato de administração de imóveis celebrado entre as partes ora litigantes, **verbis**:

“A ADMINISTRADORA garante ao PROPRIETÁRIO o pagamento dos alugueres do imóvel em data prevista na Cláusula Sexta, mesmo que o locatário não efetue o pagamento do aluguel no vencimento, conforme contrato de locação, inclusive durante a cobrança administrativa e/ou advocatícia dos alugueres em atraso, **cessando quando cobrado(s) judicialmente**”. Destacou-se.

Encontrando-se o inquilino atrasado no pagamento dos alugueres alusivos aos meses de dezembro/2000 a maio/

2001, a apelada ingressou em juízo com ação de cobrança contra ele, perante a 3ª Unidade do Juizado Especial Cível e Criminal desta Capital, conforme documentos de fls. 20/22.

Foram designadas datas para três (03) audiências, que deixaram de se realizar em virtude do não comparecimento do promovido. Entretanto, tendo sido marcada outra audiência para 24.09.2001, o demandado compareceu ao escritório da apelada e firmou com Rejane Barreto o acordo de parcelamento de seu débito de fls. 31, datado 21.09.2001, o qual foi encaminhado ao Juiz do feito, na mesma data da realização da audiência, com pedido para ser homologado por sentença, conforme revela o doc. de fls. 87.

Consta do termo de audiência que “foram apregoados os nomes das partes, NÃO respondendo ao pregão, ausente o promovente que apesar de ciente às fls. 21 não compareceu, mas apresentou petição de fls. 27/28 noticiando acordo, ausente o promovido, que apesar de citado regularmente por AR não compareceu. Por esta razão faço os autos conclusos à MMª Juíza pra decidir o que for de direito” (fls. 88).

Não obstante encontrar-se inserido nos autos o pedido de homologação do acordo, a ilustre magistrada declarou extinto o processo “em virtude da ausência injustificada da parte autora à sessão conciliatória” (fls. 89), embora posteriormente o tenha homologado, conforme sentença de fls. 92.

Assim ocorrendo, aguardou a apelada que o inquilino cumprisse o pactuado. Decorridos seis (06) meses sem quitar as prestações vencidas, requereu a execução do acordo perante a mesma 3ª Unidade do Juizado Especial (fls. 93), por cujo expediente vinha se processando o feito, desde o início. Não se extinguiu, portanto, a tutela jurisdicional no espaço de tempo entremeadado pelo despacho extintivo do processo, posteriormente reconsiderado, e o pedido de execução do acordo.

Consoante anotou a sentença, o que o autor, ora recorrente, pleiteia é receber o valor dos aluguéis referente ao acordo homologado por sentença judicial, em manifesto desatendimento à cláusula sétima do contrato de administração do imóvel, segundo a qual cessará a obrigação da contratada de mensalmente prestar contas dos aluguéis, “**quando**

cobrados judicialmente”.

Acrescenta ainda a decisão em apreço:

“Ora, o acordo firmado é um acordo judicial, referente à Ação de Cobrança intentada pela Administradora de Imóveis – ação esta que é inclusive mencionada no acordo -, que foi homologada pela Magistrada competente. Trata-se, pois, de cobrança judicial dos aluguéis, os quais não foram pagos, necessitando a Administração executar o acordo, ao que vem procedendo como comprovam os documentos acostados aos autos” (fls. 119).

DECISÃO

Dessa forma, não tendo o apelante oferecido argumentos suficientes para provocar a reforma da sentença, embora se conheça do recurso, ao mesmo se nega provimento.

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

Processo: 2004.0012.4633-3/0.

Natureza: APELAÇÃO CÍVEL (Volumes I e II).

Comarca: FORTALEZA.

Apelante: STANDARD CHARTERED BANK.

Apelados: TÉCNICA BRASILEIRA DE ALIMENTOS LTDA – TBA e ANTÔNIO LIMA SALES.

Relator (sorteado): Des. José Cláudio Nogueira Carneiro

Relatora designada para lavrar o Acórdão: Des^a. GIZELA NUNES DA COSTA.

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – CONTRATO DE MÚTUO CELEBRADO NO EXTERIOR.

CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO NO PAÍS EM QUE FOI FIRMADA A AVENÇA. DISTINÇÃO ENTRE LEI APLICÁVEL E JURISDIÇÃO ELEITA. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA BRASILEIRA. A AFIRMAÇÃO OU NEGATIVA DE JURISDIÇÃO PRECEDE QUALQUER EXAME DAS CONDIÇÕES DA AÇÃO. A TEOR DO ART. 9º DA LEI DE INTRODUÇÃO AO CÓDIGO CIVIL (DECRETO-LEI Nº 4.657, DE 04 DE SETEMBRO DE 1942), “PARA QUALIFICAR E REGER AS OBRIGAÇÕES, APLICAR-SE-Á A LEI DO PAÍS EM QUE SE CONSTITUÍREM”. RECURSO CONHECIDO POR UNANIMIDADE. PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA BRASILEIRA, ACOLHIDA POR MAIORIA DE VOTOS. VENCIDO O DESEMBARGADOR RELATOR. PROCESSO EXTINTO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO (ART. 267, IV DO CPCIVIL).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível de Fortaleza n.º 2004.0012.4633-3/0 (2 Vol.), em que é apelante STANDARD CHARTERED BANK, sendo recorridos TÉCNICA BRASILEIRA DE ALIMENTOS LTDA – TBA e ANTÔNIO LIMA SALES.

ACORDA a Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, conhecer do recurso e, por maioria, vencido o Desembargador José Cláudio Nogueira Carneiro (Relator e Presidente) acolher a preliminar de incompetência da Justiça brasileira para processar o feito, ao mesmo tempo em que extinguiu o processo, sem resolução de mérito (art. 267, IV do CPCivil). Designada para escrever o Acórdão a Desembargadora Gizela Nunes da Costa, Revisora e primeiro voto vencedor.

Adoto, para todos os fins e efeitos de direito, o Relatório lançado às fls. 637/639, pelo eminente Desembargador José Cláudio Nogueira Carneiro (relator sorteado), consoante o permite o § 4º do art. 88, do RITJ/Ce.

Acréscimo, por oportuno, que, na sessão de 15 de junho de 2005, **“Feito o relato, usou da palavra o advogado Aluízio Napoleão, sustentando razões do apelante. A seguir, o Desembargador Relator rejeitou a preliminar de ilegitimidade passiva do recorrente. A Desembargadora Gizela Nunes da Costa, Revisora, acolheu a aludida preliminar, extinguindo o processo sem julgamento do mérito. O Desembargador Ademar Mendes Bezerra, terceiro julgador, pediu vista dos autos para melhor exame. Adiado o julgamento”**. (autos, fl. 645).

Quando da sessão de 29 de junho de 2005, **“O Desembargador Ademar Mendes Bezerra, que pedira vista em 15.6.2005, pondo os autos em mesa, suscitou questão de ordem para o fim de, tornado nenhum o início do julgamento ocorrido em 15.6.2005, em nova votação, fosse observada, quanto às preliminares afloradas, a ordem de prejudicialidade. O pronunciamento de Sua Excelência está consubstanciado no voto escrito ditado às fls. 647/651. O Desembargador Relator, com a palavra, disse que, em que pese, de princípio, discordar da proposição, por prudência, no entanto, pedia vista para melhor exame. Adiado o julgamento”**. (autos, fl. 646).

Em 17 de agosto de 2005, **“O Desembargador José Cláudio Nogueira Carneiro que, na sessão de 29.6.2005, pedira vista, para melhor aquilatar a questão de ordem levantada pelo Desembargador Ademar Mendes Bezerra, dissentiu do suscitante por entender não ser obrigatória, pela ordem de arguição, o julgamento das preliminares. Mantinha, pois, o que declarara no voto de 15.6.2005, qual seja, rejeitava a preliminar de ilegitimidade da parte recorrente, ao mesmo tempo em que lançou o seu voto (fls. 654/655). A Desembargadora Gizela Nunes da Costa, acolheu a questão de ordem e reformulou o pronunciamento anterior, para o fim de que o julgamento se processasse, apreciando-se, como questão primeira, a prejudicial de incompetência, da Justiça brasileira, no que foi acompanhada pelo Desembargador Ademar Mendes Bezerra. Assim, desconstituído, por maioria, o julgamento**

até então levado à efeito, os Desembargadores Gizela Nunes da Costa e Ademar Mendes Bezerra, por escrito (fls. 656/662), acataram a preliminar de incompetência da Justiça brasileira para processar e julgar a lide, declarando competente a Justiça norte-americana e extinguindo o feito sem resolução de mérito (art. 267, IV do CPCivil), podendo os recorridos, se quiserem, deduzir suas pretensões no foro competente, no caso, o do Estado de Nova York, e de acordo com a legislação daquele Estado norte-americano. Do entendimento majoritário, discordou o Desembargador José Cláudio Nogueira Carneiro – Relator”. (autos, fls. 652/653).

É o Relatório.

V O T O

Questão de ordem – O exame da jurisdição precede o das condições da ação - Examinando a questão de ordem suscitada pelo Eminent Desembargador Vogal, Ademar Mendes Bezerra, na sessão do dia 29.6.2005, que defendia a prejudicialidade da preliminar de incompetência da justiça brasileira em relação à preliminar de ilegitimidade passiva, é de rigor reconhecer-se o acerto do Desembargador suscitante.

Em verdade, a preliminar que diz respeito à incompetência deita raízes na presença, ou ausência de jurisdição, vale dizer, no poder de dizer o direito que o judiciário brasileiro teria ou não teria face a uma determinada demanda, com suas características próprias.

A afirmação ou negativa de jurisdição precede qualquer exame das condições da ação, dentre as quais a ilegitimidade passiva suscitada pelo Apelante, como segunda preliminar, logo após a prejudicial de incompetência argüida no recurso, em primeiro lugar.

Isto porque, se o entendimento desta Câmara concluir pela ausência de Jurisdição brasileira, no caso concreto, já não caberá à Corte pronunciar-se sobre as condições da ação e, tampouco, sobre o mérito. Por outro lado, somente se viesse

a ser rejeitada essa **preliminar de incompetência** poderia o Tribunal, então, enfrentar a prejudicial de ilegitimidade passiva que atine a uma das condições da ação.

Essa é uma questão que, por lógica sistemática, deve ser abordada em primeiro lugar. É mister, portanto, enfrentá-la, mesmo porque dependendo da conclusão a que chegar o órgão turmário, este não mais poderá apreciar qualquer outra questão, seja ela preliminar, ou meritória.

De outra parte e, isto é de sabença moente e corrente, o ato jurisdicional de apreciar se estão presentes as condições da ação pressupõe que o juiz ou Tribunal seja competente para fazê-lo, vale dizer, parte-se do axioma de que existe um órgão do poder judiciário que tenha efetivamente jurisdição sobre a causa. Daí a prejudicialidade desta **(incompetência da Justiça brasileira)**, em relação àquela outra **(ilegitimidade passiva do recorrente)**.

Nesta ordem de idéias e, na esteira da boa doutrina que ilustrou o voto do eminente Desembargador Vogal, assim também o entendo, daí porque, às inteiras, o acompanho, com a devida vênia do eminente Desembargador Relator sorteado que esposou entendimento diverso (autos, fls. 654/655).

Assim, superada a questão de ordem, impende atacar, de frente, a prejudicial de incompetência da Justiça brasileira. Veja-se, pois:

Da incompetência da Justiça brasileira - A primeira recorrida, empresa industrial, produtora de diversos gêneros alimentícios, representada pelo seu Presidente, o segundo recorrido, foi aos Estados Unidos e, naquele país, firmou contrato de mútuo em dólares norte-americanos que previa o pagamento do mútuo na mesma moeda e com os juros contratuais decorrentes.

O contrato estabelece em sua cláusula 12 (fl. 345) que o **local de cumprimento da obrigação é a cidade de Miami, nos Estados Unidos da América**, em um banco, com conta corrente indicada. Resumidamente, a referida cláusula tem a seguinte dicção:

“todos os pagamentos a serem feitos pelo mutuário (...) devem ser feitos para o mutuante (...) no (“art”) Standard Chartered Bank New York, ABA 026002561, em Miami, na conta corrente (“account number”) nº 3582088634-001.”

Essa cláusula é ratificada no item 13 do contrato (fl. 507):

“13. PAGAMENTOS – Todos os pagamentos a serem efetuados pela Tomadora, (...), serão efetuados (...) no Standard Chartered Bank, New York, ABA 026002561, Conta 3582-08864, Miami, Referência EXIM”

O pacto celebrado e assinado pelas partes nos Estados Unidos da América do Norte determinou que **as leis do Estado de Nova York**, nos EUA, **deveriam governar o contrato (autos, fls. 346. cláusula 14, letra (f), item (i) e 510 cláusula 14, item e)**

E, no que interessa à questão da competência, o contrato **elegeu o foro de Nova York** para solucionar qualquer disputa judicial relacionada à avença. Isso encontra-se acordado às fls. 346, na cláusula 14, (f) **“do domicílio legal”**, item (III):

“O mutuário e o mutuante, cada um deles, pelo presente concorda que ações, processos ou lides de qualquer natureza que resultem deste Contrato ou com ele se relacionem sejam instituídos pela outra parte no presente foro do Estado de Nova York, ou nos foros federais do Burgo de Manhattan, cidade de Nova York, Estado de Nova York.”

Examinem-se, agora, os contratos de câmbio que os recorridos acostaram à proemial para provar que adimpliram parte das obrigações assumidas. Trata-se de contratos de

câmbio fechados para enviar o equivalente às prestações para os Estados Unidos da América, justamente no local indicado como lugar de cumprimento da obrigação. É o que restou expressamente estabelecido no contrato que celebraram os desavindos.

Por outro lado, e, se assim não fosse, não haveria necessidade de os apelados pagarem suas prestações por meio do contrato de câmbio que, pela sua própria natureza, se destina a remeter para o exterior quantia em moeda estrangeira para satisfação de obrigações a serem cumpridas em outro país.

O Judicante do primeiro grau entendeu, **data vênia**, de forma equivocada e contra a sobeja prova dos autos, que o § 2º do art. 9º da LICC seria aplicável à hipótese em liça, independentemente da vontade das partes expressada no contrato e a cavalheiro do próprio **caput** do art. 9º da Lei de Introdução ao Código Civil, que constitui a regra geral em relação aos seus parágrafos.

Em outras palavras, o entendimento do prolator da decisão invectivada fincou-se em duas razões: **(I)** a obrigação estaria sendo cumprida aqui no Brasil, incidindo, pois, na hipótese, o artigo 88, inciso II do Código de Processo Civil e **(II)** o preponente seria o apelado, como se estivesse tratando de contrato firmado entre ausentes, o que, à todas as luzes, não é o caso sob enfoque.

Não foi feliz, neste ponto, o julgador monocrático. É que, o art. 9º da LICC dispõe sobre a **lei aplicável** e não sobre o **foro competente**, que é o de Nova York. O sentenciante confundiu a “**lei aplicável**” com a “**jurisdição eleita**” pelo foro previsto no contrato.

Tem-se, pois, que na espécie em vertência, não apenas a **lei aplicável** é a do Estado de Nova York, como também **a jurisdição de qualquer lide que postule a discussão judicial do contrato de mútuo foi confiada, pelas partes, ao foro daquele Estado norte-americano.**

Para melhor compreensão do assunto, transcreva-se o inteiro teor do art. 9º da LICC, **verbis**:

“Art. 9º Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem. § 1º Destinando-se a obrigação a ser executada no Brasil e dependendo de forma essencial, será esta observada, admitidas as peculiaridades da lei estrangeira quanto aos requisitos extrínsecos. § 2º Obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente”.

Como visto e, pela regra geral, as leis que devem regular as correspondentes obrigações, **v.g.**, o contrato objeto desta ação, são aquelas dos Estados Unidos da América, certo que o contrato, ao confirmar e ratificar essa regra dispôs, com clareza meridiana, que as leis que regem o contrato são aquelas do Estado de Nova York, situado naquele país, repita-se. Essa foi a vontade das partes, isso não se há negar, até porque o recorrido confessou na inicial **que foi aos Estados Unidos formular e assinar o contrato de mútuo.**

Os contratos de câmbio que instruem este processo constituem uma prova insofismável de que o dinheiro equivalente às parcelas do mútuo estavam sendo remetidas pelos recorridos para os Estados Unidos da América onde tomaram emprestado e receberam os dólares norte-americanos da instituição apelante. Inegável, sob todos os aspectos, ser este o lugar de cumprimento da obrigação que vinha sendo adimplida espontaneamente pelos apelados.

Ademais, não se há, pois, como invocar aleatoriamente o § 2º do art. 9º da LICC, e sobrepujá-lo no **caput** do mesmo artigo, desconsiderando a vontade soberana dos avençantes.

A ponderação que se segue interessa tanto à aferição de qual Lei seja aplicável, como também ao cumprimento da obrigação que, por vontade das partes e pela execução espontânea dos recorridos, foi cumprida, parcialmente, nos Estados Unidos da América do Norte (**como fazem prova os**

contratos de câmbio).

Tenho como razoável e em harmonia com o Direito Internacional Privado que o art. 9º da LICC era aplicável com maior freqüência em épocas outras nas quais os pactos eram celebrados de forma epistolar, por meio de cartas. O proponente formulava uma carta-contrato para aquele a quem era proposto e, se este último aceitava, devolvia a carta devidamente assinada. Tal, equivale dizer, aceito o **contrato à distância**, seria aplicável a lei do local em que residia o proponente.

Maria Helena Diniz, festejada civilista brasileira, preleciona que este artigo tem a aplicação destinada a reger as obrigações celebradas entre ausentes, quando as partes firmam seus pactos em locais distintos, o que nem sempre se confunde com a residência do proponente. Confira-se:

“O art. 9º, § 2º alude à obrigação convencional contratada entre ausentes, que se regerá pela lei do país onde residir o proponente, pouco importando o momento e o local da celebração contratual. A lei a aplicar será a do lugar da residência do proponente, ou melhor, a do local onde foi feita a proposta, não adotando, portanto, a norma de direito internacional privado a *lex domicilii* do proponente. Afastou ela o critério domiciliar por entender que o elemento de conexão “residência” seria mais adequado à mobilidade negocial, uma vez que os negócios efetivam-se, não raro, fora do domicílio dos contratantes. A residência indicaria tão-somente a lei do lugar da proposta. Os contratos inter presentes dependerão, por sua vez, como vimos, na seara internacional, da lei do lugar onde forem contraídos, não se considerando a nacionalidade, o domicílio ou a residência dos contratantes”. “Lei de Introdução do Código Civil Brasileiro Interpretada”. 11ª edição. São Paulo:Saraiva, 2005, pág. 295.

Haroldo Valadão, Mestre do Direito Internacional, amiudamente referido nas razões de apelação, ao prestigiar a autonomia da vontade, mormente nos contratos internacionais, enfatizou:

“Aliás o princípio da autonomia da vontade está, ainda no § 2º do art. 9º, no emprego ali do verbo “reputa-se”, sinônimo de “presume-se”. De fato, esta fórmula “presume-se” e “reputa-se”, cobre sempre o princípio da autonomia da vontade, abrindo a tradicional ressalva, “salvo estipulação em contrário” ou “em falta de vontade expressa ou tácita”. Havendo tal escolha expressa ou tácita, não predomina a lei da residência do proponente, substituída pela eleita pelas partes”. “Direito Internacional Privado”. 3ª edição. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1983, pág 186.

Da compreensão dos elucidantes escólios doutrinários citados assoma, evidente, que a malsinada prestação jurisdicional ditada no primeiro grau aplicou de forma desavisada o § 2º do art. 9º da LICC, e, ao assim fazê-lo, deu-lhe alcance que este artigo não o tem. É que, a norma do art. 9º trata da **lei aplicável** e não do **foro competente**. O julgador planicial, ao revés, concluiu que o § 2º do artigo 9º da Lei de Introdução ao Código Civil poderia determinar não só a **lei aplicável**, como também o **foro competente**.

E, porque assim laborou, concebeu o sentenciante **a quo** que a Jurisdição brasileira seria competente, embora de modo concorrente, porque a obrigação está sendo cumprida aqui no Brasil, incidindo, na hipótese o art. 88, inciso II do Código de Processo Civil (autos, 2º vol., fl. 563).

Do ponto de vista da lei a ser aplicada, o correto, no caso sob exame, seria aplicar o **caput**, posto que não se trata de contratos firmados entre ausentes, mas, ao revés, entre presentes nos Estados Unidos da América do Norte. Além disso,

deveria o Juiz condutor do feito ter respeitado a vontade dos avençantes que, como já referido, elegeram as leis de Nova York.

Atente-se ainda, no caso em foco, para a circunstância de que, no mundo globalizado em que se vive, reconhece-se, de um lado, a **soberania** e do outro, respeita-se a **ordem jurídica internacional**, sem a qual os países e seus cidadãos não podem validamente contratar.

Ademais, os intervenientes dessa avença são, de um lado, uma instituição financeira, do outro, uma empresa comercial existente há mais de três décadas, produtora de uma gama variada de produtos alimentícios, cujo dirigente, sobre ser empresário de sucesso, é pessoa conhecida e reconhecida na sociedade cearense, a par de dispor de um canal de distribuição dos seus alimentos com diversas outras empresas que atuam como representantes comerciais e/ou distribuidores.

Por todas essas fundadas razões, considerando-se a ordem jurídica internacional, a capacidade civil e econômica das partes, o direito internacional privado, o direito privado que rege esta relação contratual celebrada entre pessoas jurídicas, bem assim a impossibilidade de se acomodar o Código de Defesa do Consumidor à espécie **sub judice**, a legislação aplicável ao contrato deve ser aquela do Estado de Nova York.

Em arremate e, no que pertine à competência, **a jurisdição deste contrato é, ineludivelmente, de competência do Estado de Nova York**, sendo inaplicável, pois, qualquer dos dispositivos do art. 88 do Código de Processo Civil.

À vista do exposto, conheço do recurso para, de permeio com o voto do Desembargador Ademar Mendes Bezerra, acolher a **preliminar de incompetência da Justiça brasileira**, afirmando, por óbvio, a **competência da Justiça norte-americana**, foro competente para lides deste jaez e, de resto, **extinguir o processo, sem resolução de mérito (art. 267, IV do CPCivil)**, vencido o eminente Desembargador José Cláudio Nogueira Carneiro, Relator sorteado.

Fortaleza, 17 de agosto de 2005.

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

Apelação Cível n.º 2005.0003.3160-2/0

Apelante: BANCO DO ESTADO DO CEARÁ

Apelados: VALTER NOGUEIRA E VASCONCELOS FILHO E OUTRO

Relator Desembargador Ademar Mendes Bezerra

EMENTA: CONSUMIDOR. MÚTUO BANCÁRIO (CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO EM CONTA CORRENTE). CAPITALIZAÇÃO MENSAL DE JUROS. INVALIDADE. LIMITAÇÃO DE JUROS A 12% AO ANO. NÃO APLICAÇÃO. CUMULAÇÃO DE COMISSÃO DE PERMANÊNCIA COM OUTROS ENCARGOS MORATÓRIOS. IMPOSSIBILIDADE. CORREÇÃO MONETÁRIA. AUSÊNCIA DE ESTIPULAÇÃO ESPECÍFICA. MULTA MORATÓRIA. LIMITAÇÃO A 2% SOBRE O VALOR DA PRESTAÇÃO EM ATRASO. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA.

- O Código de Defesa do Consumidor é aplicável aos contratos com instituições financeiras (Súmula 297/STJ).

- Nos contratos firmados anteriormente à publicação da MP 1963-17/2000, é ilegal a capitalização mensal de juros por instituição financeira, sendo aplicável a Súmula 121 do Supremo Tribunal Federal que entende cabível a Lei de Usura à espécie.

- Prática do anatocismo evidenciada pela utilização da “Tabela Price”, em relação ao crédito fixo, e de sistema semelhante, pertinentemente ao crédito rotativo.

- Conforme entendimento sumulado do Supremo Tribunal Federal, a limitação constitucional de juros a 12% ao ano era – quando vigente – norma

de eficácia limitada, dependendo de regulamentação sem a qual não surtia efeito.

- O pretório Excelso também já assentou em súmula a não aplicação às instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional das limitações às taxas de juros impostas pela Lei de Usura.

- É inválida a cumulação da comissão de permanência com correção monetária ou quaisquer outros encargos moratórios.

- **A correção monetária é um direito do credor em caso de inadimplência do devedor (NCC, art. 389; antigo, art. 1.056), devendo, pois, substituir a comissão de permanência. E como também não constitui um plus, compondo o principal da dívida, deve ser utilizado, como índice de atualização, o estabelecido na sentença, no caso do INPC, ainda que não pactuado entre as partes.**

- **A multa moratória deve obedecer ao limite de 2% sobre o valor da prestação em atraso, previsto no art. 52, § 1º, do CDC.**

- **Considerando que os litigantes foram, em parte, vencedores e vencidos, arcarão proporcionalmente com os custos do processo, sendo 50% para o recorrente, e, o restante, igualmente, para os recorridos, cada qual respondendo pelos honorários de seus patronos (CPC, art. 21, caput).**

- **Apelação provida em parte.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação n.º **2005.0003.3160-2/0**, em que figuram as partes acima indicadas, acordam os Desembargadores integrantes da 2ª Câmara Cível do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, conhecer do recurso interposto para lhe dar parcial provimento, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, 1º de março de 2006.

RELATÓRIO

Em exame, apelação interposta pelo BANCO DO ESTADO DO CEARÁ – BEC contra decisão do MM. Juiz de Direito da 5ª Vara Cível de Fortaleza, que julgou procedente pedido de revisão de cláusulas de contrato bancário.

Na inicial (fls. 02/34), os autores VALTER NOGUEIRA E VASCONCELOS FILHO e JOSÉ DE CASTRO ANDRADE consignam haver celebrado com o demandado, ora apelante, Contrato de Adesão de Crédito Rotativo – CREDBEC, nos limites ali apontados. Entretanto, segundo afirmam, ditos contratos contêm cláusulas inválidas, pois permitem práticas abusivas, tais como: capitalização mensal de juros, cobrança destes em taxa superior ao limite legal, cumulação indevida de comissão de permanência, utilização da TR como índice de correção monetária e previsão de multa moratória com infringência ao Código de Defesa do Consumidor.

Acostaram à exordial, os documentos de fls. 35/155.

Custas pagas às fls. 156/157.

Às fls. 159/160, decisão interlocutória, concedendo tutela antecipada no sentido de que o Banco contratado se abstenha de fazer qualquer desconto nas contas correntes dos autores/apelados, em razão do referido ajuste, bem como de incluir os nomes dos mesmos nos cadastros de inadimplentes.

Na contestação (fls. 162/187), o Banco do Estado do Ceará rebate as alegações dos demandantes/recorridos, defendendo, em síntese, a validade de todas as cláusulas dos contratos de abertura de crédito em discussão (especialmente a que prevê juros remuneratórios superiores a 12% ao ano) e a inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor à espécie, tachando, ainda, de juridicamente impossível o pedido em relação à comissão de permanência e à TR, como índice de correção, já que estes encargos não estão previstos na avença.

Juntou os documentos de fls. 188/232.

A tentativa de conciliação restou infrutífera, eis que as partes não atenderam à exortação inserta no despacho de fl. 261.

Finalmente, às fls. 268/279, o MM. Juiz **a quo** julgou procedente a ação revisional, declarando inválidas as cláusulas contratuais que permitem a cobrança de juros acima de 12% ao ano, o anatocismo, a cumulação de comissão de permanência com correção monetária e a cobrança de multa contratual superior a 2% sobre o valor da prestação em atraso, elegendo, ainda, o INPC, como índice de correção monetária, e estabelecendo que os juros de mora não podem ficar acima de 1% ao ano.

Inconformado, o BEC vem de apelar (fls. 282/303) da sentença, sustentando, inicialmente, a não incidência da legislação consumerista à espécie, e se irresignando contra os seguintes capítulos da decisão em apreço: 1º) limite de juros remuneratórios em 12% ao ano, mencionando a Súmula 648 do STF; 2º) prática ilegal de anatocismo, aduzindo que sequer houve capitalização de juros; 3º) cumulação indevida de comissão de permanência com correção monetária, alegando que não há previsão contratual a respeito; 4º) utilização da “TR” como índice de correção monetária, alegando, igualmente, que isso não foi pactuado; 5º) multa moratória, dizendo que não há estipulação desconforme à lei.

Requeru, outrossim, a revogação da tutela antecipada, mantida na sentença, dada a ausência dos pressupostos legais para a sua concessão e posterior manutenção.

Contra-razões às fls. 309/318.

É o relatório.

VOTO

Inicialmente, saliente-se que, não obstante a matéria relativa à aplicação ou não do CDC às instituições financeiras tenha sido objeto de controvérsia por bastante tempo, girando a discussão em torno da exegese do **caput** do art. 2º c/c § 2º, do

art. 3º, daquele estatuto, o Superior Tribunal de Justiça pôs fim à mesma, enunciando a Súmula n.º 297, cuja redação é a seguinte:

“Súmula n.º 297: O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras”.

Conclui-se, portanto, ser plenamente válida a invocação dos preceitos publicistas do CDC para o deslinde da causa.

Pois bem. Como visto anteriormente, por ocasião da leitura do relatório, o mérito do presente recurso tem assento nas seguintes questões: **a)** existência e validade da capitalização mensal de juros; **b)** cobrança de juros (remuneratórios) acima de 12% ao ano; **c)** previsão contratual e possibilidade de cumulação de comissão de permanência com outros encargos moratórios; **d)** previsão contratual da utilização da TR como índice de correção monetária; **e)** cobrança de multa moratória em descompasso com a legislação aplicável.

Com relação à prática de capitalização mensal de juros, tem-se que o Judiciário a vem refutando há muito tempo, mediante a aplicação da chamada Lei de Usura, Decreto n.º 22.626/33, que em seu art. 4º prescreve “é proibido contar juros dos juros; esta proibição não compreende a acumulação de juros vencidos aos saldos líquidos em conta corrente de ano a ano”.

Esse entendimento jurisprudencial está consubstanciado na súmula n.º 121 do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual “é vedada a capitalização de juros, ainda que expressamente convencionada”.

De fato, atualmente, a autonomia da vontade não mais se apresenta como fonte indelével de obrigações para seu emitente. O próprio direito privado – que a tem por fundamento – vem sofrendo influência dos ramos publicistas que apregoam a tutela de interesses metaindividuais em detrimento dos meramente individuais. Assim, o Direito – através de normas cogentes – interfere nas relações privadas para limitar o âmbito de atuação da liberdade volitiva, a fim de proteger aqueles que

normalmente se encontram em posição de desvantagem nos negócios jurídicos. Esta é a **mens legislatoris** por trás da proibição da capitalização mensal de juros, ainda que expressamente pactuada.

Os tribunais pátrios vêm de maneira uniforme seguindo esse posicionamento sumulado, consoante se pode ver das seguintes ementas de julgados do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

“Contrato de empréstimo bancário. Código de Defesa do Consumidor.

Juros. Capitalização. Penhora. Lei nº 8.009/90. Súmula nº 83 da Corte.

1. Já assentou a Segunda Seção que o Código de Defesa do Consumidor tem aplicação nos contratos de empréstimo bancário (REsp nº 271.214/RS, de que fui Relator para o acórdão, julgado em 12/3/03).Aplicação da Súmula nº 83 da Corte.

2. A capitalização é vedada nos contratos de mútuo bancário.

3. Vendido o imóvel, não há falar em proteção da Lei nº 8.009/90.

4. Recurso especial conhecido e provido, em parte”.

(RESP 505152/RS; DJ: 17/11/2003; PG: 00324; Rel. Min. CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO).

* * *

“(…) CAPITALIZAÇÃO MENSAL DOS JUROS. VEDAÇÃO. LEI DE USURA (DECRETO N. 22.626/33). INCIDÊNCIA. SÚMULA N. 121 - STF. CORREÇÃO MONETÁRIA. TR. PREVISÃO CONTRATUAL. APLICAÇÃO.

(…)

III. Nos contratos de mútuo firmados com

instituições financeiras, ainda que expressamente acordada, é vedada a capitalização mensal dos juros remuneratórios, somente admitida nos casos previstos em lei, hipótese diversa dos autos. Incidência do art. 4º do Decreto n. 22.626/33 e da Súmula n. 121-STF. (...).(RESP 493812/RS; DJ: 08/09/2003; PG: 00340; Rel. Min. ALDIR PASSARINHO JUNIOR).

* * *

“(...)CAPITALIZAÇÃO MENSAL DOS JUROS. VEDAÇÃO. LEI DE USURA (DECRETO N. 22.626/33). INCIDÊNCIA. SÚMULA N. 121-STF. CORREÇÃO MONETÁRIA. TR. PREVISÃO CONTRATUAL. APLICAÇÃO. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. MULTA. INACUMULAÇÃO. LEI N. 4.595/64.

I. Inadmissível o recurso especial na parte em que debatida questão federal não enfrentada no acórdão a quo (Súmulas n. 282 e 356-STF).

II. Não se aplica a limitação de juros de 12% ao ano prevista na Lei de Usura aos contratos de mútuo bancário.

III. Nesses mesmos contratos firmados com instituições financeiras, ainda que expressamente acordada, é vedada a capitalização mensal dos juros remuneratórios, somente admitida nos casos previstos em lei, hipótese diversa dos autos. Incidência do art. 4º do Decreto n. 22.626/33 e da Súmula n. 121-STF.

IV. Ausência de vedação legal para utilização da TR como indexador de contrato de crédito bancário, desde que livremente pactuada.

V. A existência de cláusula permitindo a cobrança de comissão de permanência com suporte na Lei n. 4.595/64 c/c a Resolução n. 1.129/86-BACEN,

com a concomitante previsão contratual de multa por inadimplência exclui a comissão de permanência, de acordo com as normas pertinentes à espécie.

VI. Recuso especial conhecido em parte e, nessa parte, parcialmente provido”. (RESP 408348/RS; RECURSO ESPECIAL 2002/0010049-6 DJ DATA:10/03/2003 PG:00230 Min. ALDIR PASSARINHO JUNIOR).

É essa a jurisprudência aplicável ao caso e não a subsumida na súmula 596 do STF, onde está consignado que “as disposições do Decreto n.º 22.626/33 não se aplicam às taxas de juros e aos outros encargos cobrados nas operações realizadas por instituições públicas ou privadas, que integram o sistema financeiro nacional”.

Tal súmula (596-STF) refere-se à taxa de juros aplicável e não à sua forma de capitalização. A doutrina de Luiz Antônio Scavone Júnior, em monografia específica sobre o tema, (Juros no Direito Brasileiro, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.227/228), é bastante elucidativa a respeito:

“Cumprir observar, preliminarmente, que não há como misturar conceitos e vincular a Súmula 121 com a de n.º 596, ambas do Supremo Tribunal Federal.

É verdade que alguns autores, especialmente aqueles ligados às instituições financeiras, misturam o teor das Súmulas 121 e 596 do STF. Todavia, acorde com remansosa jurisprudência, as precitadas súmulas tratam de fatos diversos. A súmula 596 se aplica à taxa, ao valor, à limitação dos juros, referindo-se, em verdade, ao art. 1º do Decreto 22.626/33.

Por outro lado, a Súmula 121 refere-se à capitalização de juros (juros compostos ou juros sobre juros), proibida pela norma insculpida no

art. 4º do Decreto n.º 22.626/33.

Convém verificar que o Código Civil de 2002 veda expressamente a capitalização com periodicidade inferior a um ano nos contratos de mútuo, e demais disso, mesmo com o Código Civil de 2002, o Decreto 22.626/33 continuará válido, vigente e eficaz (lex posterior generalis non derogat priori speciali).

Assim, com o Código Civil de 2002, de caráter geral, não haverá revogação da ‘Lei da Usura’, nem expressa, nem tacitamente, porque o Código Civil de 2002 não regula toda a matéria tratada no Decreto 22.626/33, nem é com ele incompatível (Lei de Introdução ao Código Civil, art. 2º, §1º).

Nesse sentido, convém lembrar que a Súmula se aplica, inclusive, às instituições financeiras, como tem decidido sistematicamente o Superior Tribunal de Justiça.”

Esclareça-se, por oportuno, que o contrato perfectibilizou-se antes da entrada em vigor da Medida Provisória n.º 1.963-17, de 30 de março de 2000. E, da análise do instrumento respectivo (cláusula 22 - fl. 204), constata-se que há previsão de se fazer uso do sistema da tabela price para a amortização dos valores mutuados, isto quando houver excesso de limite, passando o crédito rotativo a ter o tratamento de crédito fixo. Não obstante, as fórmulas utilizadas na cláusula 16 do mesmo instrumento, para o cálculo dos juros referente ao limite de crédito rotativo (fls. 199/200), demonstram que há semelhança de critérios com o sistema de amortização adotado para o crédito fixo, não sendo por outra razão que os juros mensais, pactuados em 6,25% na data da assinatura do contrato (fls. 189/190), correspondam a 106,98%, ao cabo de um ano, quando não poderiam superar a casa dos 75%, caso fossem calculados na forma simples.

Ora, como é cediço, o sistema da tabela price tem

como fundamento a prática do anatocismo, conquanto se vale da utilização de juros compostos. Nesse sentido, excerto de brilhante voto proferido pelo eminente Desembargador ADÃO SÉRGIO DO NASCIMENTO CASSIANO, Relator da Apelação Cível Nº 70004954483, julgada pela 9ª Câmara Cível do Egrégio TJRS, em 17/12/2003, que depois de se debruçar detidamente sobre as fórmulas matemáticas utilizadas no referido sistema, em cotejo com cálculos que tiveram por base o uso de juros simples, concluiu, **verbis**:

“Essa realidade é comprovada **pela própria palavra do Reverendo Richard Price**, retirada de sua obra original, demonstrando a existência **congênita** de capitalização ou juros compostos no Sistema Price. O eminente autor antes referido, **JOSÉ JORGE MESCHIATTI NOGUEIRA** (op. cit. p. 57), para comprovar essa indiscutível realidade, vale-se da palavra do religioso inglês, transcrevendo verbum ad verbum, a seguinte passagem do **original** da obra de Price, apresentando, a seguir, a respectiva tradução para o português:

(...)

‘Um centavo de libra emprestado na data de nascimento de nosso Salvador a um juro composto de cinco por cento teria, no presente ano de 1781, resultado em um montante maior do que o contido em DUZENTOS MILHÕES de Terras, todas de ouro maciço. Porém, caso ele tivesse sido emprestado a juros simples ele teria, no mesmo período, totalizado não mais do que SETE XELINS E SEIS CENTAVOS.’ (Os destaques são do original).

A passagem, a despeito do exagero do Reverendo Price, dá a exata idéia **da magnitude da diferença**

de se computar juros simples e juros capitalizados ou compostos, e demonstra, de forma definitiva, que ditas Tabelas são constituídas à base de juros capitalizados”.

De maneira que fica mantida a sentença neste ponto, eis que afastou a prática indevida do anatocismo.

Todavia, quanto à cobrança de juros remuneratórios acima de 12% ao ano, tem-se que – consoante enunciado da Súmula 596 do STF acima transcrito – já está sedimentada na jurisprudência a inaplicabilidade da limitação prevista no art. 1º da Lei da Usura às instituições componentes do Sistema Financeiro Nacional. É o que se lê das ementas de recentes julgados do Superior Tribunal de Justiça:

“AGRAVO REGIMENTAL. CONTRATO BANCÁRIO. JUROS REMUNERATÓRIOS. 12% AO ANO. CAPITALIZAÇÃO MENSAL DE JUROS. TAXA DE PERMANÊNCIA.

- Não se aplica o limite da taxa de juros remuneratórios em 12% ao ano aos contratos celebrados com as instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional, por força da Súmula 596 do STF, salvo nas hipóteses excepcionadas pela legislação específica. Precedentes.

- É defesa a capitalização mensal ou semestral dos juros em contrato de abertura de crédito em conta corrente ou de mútuo (Art. 4º do Decreto 22.626/33), ainda que convencionada. Precedentes”.

(AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL - AGRESP – 540585/RS; DJ: 31/05/2004; PG: 00303; Rel. Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS 18/05/2004).

* * *

“COMERCIAL. CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO EM CONTA CORRENTE. ARTS. 120 DO CÓDIGO COMERCIAL E 5º DA MEDIDA PROVISÓRIA N. 1.963-17/2000. REQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULAS NS. 282 E 356 – STF. JUROS. LIMITAÇÃO (12% AA). LEI DE USURA (DECRETO N. 22.626/33). NÃO INCIDÊNCIA. APLICAÇÃO DA LEI N. 4.595/64. DISCIPLINAMENTO LEGISLATIVO POSTERIOR. SÚMULA N. 596 - STF. INEXISTÊNCIA DE ONEROSIDADE EXCESSIVA. CAPITALIZAÇÃO MENSAL DOS JUROS. VEDAÇÃO. LEI DE USURA (DECRETO N. 22.626/33). INCIDÊNCIA. SÚMULA N. 121 - STF. CORREÇÃO MONETÁRIA. TR. PREVISÃO CONTRATUAL. APLICAÇÃO.

I. Inadmissível recurso especial em que é debatida questão federal não objetivamente enfrentada no acórdão a quo à luz da legislação apontada.

II. Não se aplica a limitação de juros de 12% ao ano prevista na Lei de Usura aos contratos de abertura de crédito bancário, nem se considera excessivamente onerosa a taxa média do mercado. Precedente da 2ª Seção do STJ. (...).”

(RESP 493812/RS; DJ: 08/09/2003; PG: 00340; Rel. Min. ALDIR PASSARINHO JUNIOR 03/04/2003).

Nem se alegue a hipótese de aplicação do antigo art. 192, §3º, da Constituição da República, que previa a limitação dos juros reais ao percentual de 12% ao ano. O Supremo Tribunal Federal assentou que dita norma – vigente até o advento da EC n.º 40/03 – era de eficácia limitada, dependente de regulamentação que jamais aconteceu. Tanto assim que o Pretório Excelso editou a súmula n. 648, com a seguinte redação:

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

No que diz respeito à cumulação de comissão de permanência com juros moratórios, constitui também 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 inflacionárias. Desta forma, se além dela for aplicada correção monetária ou qualquer outro encargo moratório ocorrerá um indevido **bis in idem**. Neste sentido preceitua o enunciado da súmula 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 PÁDUARIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 02.06.2005, DJ 20.06.2005 p. 277).

No caso concreto, a comissão de permanência está prevista em relação ao crédito fixo (cláusula 22, alínea “d” – fl. 204), em cúmulo com juros de mora e multa moratória, como se pode ver da cláusula 23 do instrumento contratual respectivo (fl. 205), pelo que deve ser expurgada.

Todavia, constituindo a correção monetária um direito do credor em caso de inadimplência do devedor (NCC, art. 389; antigo, art. 1.056), ainda que conviva com os outros encargos ali previstos, deve substituir a comissão de permanência, aplicando-se o índice estabelecido na sentença (INPC).

Já no que concerne à utilização da TR como índice de correção monetária, embora assente na jurisprudência a sua possibilidade, desde que pactuada entre as partes (Súmula 295/STJ), as condições gerais do contrato em apreço (fls. 192/214) nada falam a respeito, cabendo, aqui também, a utilização do INPC, já que o valor de atualização, como é cediço, não constitui um plus, compondo, isto sim, o principal da dívida.

E, no que tange à cobrança de multa moratória, ainda que o contrato tenha respeitado o percentual previsto no art. 52, § 1º, do CDC, previu que ele deveria incidir sobre o saldo devedor, acrescido dos encargos financeiros e dos juros de mora (cláusula 23 – fl. 205), quando a lei claramente só permite a incidência de 2% (dois por cento) **sobre o valor da prestação em atraso**, o que também representa abuso do fornecedor, devendo, pois, referida cláusula se amoldar à legislação em vigor.

Finalmente, advirta-se que a cobrança de encargos em excesso, como **in casu**, descaracteriza a mora. Na esteira desse raciocínio, observe-se trecho do magnífico 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 CCivil (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 pacífica jurisprudência 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).

Por outro lado, não há de ser revogada a antecipação de tutela concedida **initio litis** e confirmada na sentença, posto que, como visto, os apelados sagraram-se vencedores em vários pontos da demanda, demonstração inequívoca de sua plausibilidade jurídica, isto é, de que alguns direitos dos autores estavam mesmo sendo desrespeitados, razão por que deve permanecer hígida enquanto se discute o valor do débito, ou seja, até o trânsito em julgado.

Diante do exposto, conheço do presente recurso de apelação, por estarem presentes seus pressupostos de admissibilidade, dando-lhe parcial provimento, para o fim de reformar a sentença monocrática unicamente no ponto em que expurgou a cobrança de juros remuneratórios em patamar superior a 12% ao ano.

Considerando, ainda, que os litigantes foram, em parte, vencedores e vencidos, arcarão proporcionalmente com os custos do processo, sendo 50% para o recorrente, e, o restante, em partes iguais, para os recorridos, cada qual respondendo pelos honorários de seus patronos (CPC, art. 21, **caput**).

É como voto.

Fortaleza, 1º de março de 2006.

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

Apelação Cível nº 2005.0008.9897-1/0

Apelante: Fazenda Pública do Município de Fortaleza – CE

Apelado: Instituto de Previdência do Estado do Ceará – IPEC

Órgão Julgador: 2ª Câmara Cível

Relator : Desembargador ADEMAR MENDES BEZERRA

**EMENTA. TRIBUTÁRIO E PROCESSO CIVIL.
AÇÃO DE EXECUÇÃO FISCAL EM FACE DE**

INADIMPLEMENTO DE IMPOSTO PREDIAL E TERRITORIAL URBANO - IPTU. INICIAL QUE NOMINA COMO SUJEITO PASSIVO DA EXECUÇÃO AUTARQUIA INICIALMENTE DESIGNADA COMO AGENTE FINANCEIRO DA AQUISIÇÃO DOS BENS IMÓVEIS. IMPLEMENTO DE DECRETOS GOVERNAMENTAIS EXTINGUINDO O MUNUS E DETERMINANDO SUA SUCESSÃO POR OUTRA ENTIDADE. ILEGITIMIDADE DO INSTITUTO SUCEDIDO. OCORRÊNCIA. EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO POR ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. OCORRÊNCIA.

-Havendo a sucessão de funções atribuídas à determinada autarquia anos antes da implementação do fato gerador da obrigação tributária, razoável que ingresse na condição de parte passiva a entidade sucessora por disposição legal, a teor do insculpido no art. 129, do Código Tributário Nacional.

-Ademais, o executado apenas figurou como agente financeiro na aquisição de imóveis por parte de seus associados, não se revestindo na condição de proprietário ou possuidor real dos citados bens.

-Por outro lado, incorrentes os requisitos do art. 17, do Código de Processo Civil, deixo de condenar o exequente por litigância de má-fé, haja vista que apenas exerceu seu direito de ação, constitucional e legalmente previstos no ordenamento jurídico brasileiro.

-Apelação conhecida e parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos do Processo nº 2005.0008.9897-1/0, em que figuram as partes

acima indicadas.

Acorda a Segunda Câmara do Egrégio Tribunal de Justiça do Ceará, à unanimidade, dar parcial provimento ao recurso voluntário, nos termos do Voto do Relator.

Fortaleza, 17 de janeiro de 2007.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação cível intentado pelo Município de Fortaleza, em face de sentença da lavra do Juiz da 4ª Vara das Execuções Fiscais que, nos autos da ação de execução nº 2003.02.46253-8, extinguiu a execução por ilegitimidade passiva **ad causam** do Instituto de Previdência do Estado do Ceará – IPEC (fls. 34/38).

Iniciada a execução, e em momento próprio, o Instituto de Previdência do Estado do Ceará – IPEC, então executado, opôs exceção de pré-executividade (fls. 10/21), alegando ser parte inadequada para figurar no pólo passivo da demanda, haja vista que o Decreto nº 20.547/1990 alterou a estrutura do IPEC, transpondo sua competência, no que tange ao Sistema Financeiro de Habitação, para a COHAB/CE, além dos Decretos 20.584 e 20.756, ambos de 1990, os quais extinguem o Fundo Especial de Empréstimos Imobiliários – FEIMOB e o Departamento de Operações Habitacionais - DOHAB.

Após a impugnação do incidente, o MM. Juiz reconheceu a impossibilidade de ação executiva em face de entidade autárquica que não possui mais atribuição para responder pelos débitos exeqüendos, ressaltando à parte a utilização de nova execução, desta feita contra quem tenha sucedido o sistema de habitação no âmbito estadual.

Seguiu-se, então, o recurso apelatório do sucumbente, no qual são levantados os seguintes pontos: a) convenções particulares relativas à responsabilidade pelo pagamento de tributo não podem ser opostas à Fazenda Pública; b) não é dado ao Município opinar sobre a redefinição dos

responsáveis para fins de pagamento de IPTU, não havendo, de igual modo, como aceitar que o Estado frustrar o ente local de sua competência tributária constitucional; c) a legitimidade do IPEC se revela pelo fato de necessitar de sua anuência para o imóvel ser negociado; d) as exigências previstas no art. 586, do Código de Processo Civil, no tocante aos requisitos para a execução foram obedecidas, sendo estas suficientes para o conhecimento da ação; e) o fato do IPEC, na condição de agente financiador, não ser proprietário do imóvel, não o isenta ou exime da cobrança do tributo, não se podendo falar em imunidade recíproca.

A parte adversa apresentou contra-razões às fls. 55/61, repetindo o aduzir esposado por ocasião da exceção de pré-executividade, defendendo, ao final, a manutenção da sentença recorrida.

A Procuradoria Geral de Justiça opina no feito às fls. 70/72.

É o relatório.

VOTO

Ab initio, registre-se a possibilidade, no caso concreto, de utilização da exceção de pré-executividade para discutir a matéria trazida a lume, haja vista que a legitimidade das partes diz com as condições da ação, cuja inobservância pode determinar a nulidade do processo, sendo aferível **ex officio**.

Nesse ponto, a fim de que a parte tenha direito a um julgamento de mérito, necessário que as condições da ação estejam presentes, sob pena de carência da ação, sendo pacífico na doutrina e jurisprudência o seu descortinamento a qualquer tempo e mesmo de ofício pelo julgador, abrindo, com isso, a possibilidade de utilização da exceção de pré-executividade em situações desse jaez.

Nessa linha de pensamento são as decisões do Superior Tribunal de Justiça, conforme se atém das seguintes ementas de julgados:

“A objeção de pré-executividade pressupõe que o vício seja aferível de plano e que se trate de matéria ligada à admissibilidade da execução, e seja, portanto, conhecível de ofício e a qualquer tempo” (RSTJ 163/356);

“Se o ‘thema decidendum’ diz respeito à ilegitimidade passiva de um executados (que se inclui entre as condições da ação) e pode ser decidido à vista do título, a exceção de pré-executividade deve ser processada” (STJ, 3ª Turma, Resp nº 254.315-RJ, Rel. Min. Ari Parjendler, j. 8.4.02, DJU de 27.5.02).

A ilegitimidade do Instituto de Previdência do Estado do Ceará – IPEC para figurar no pólo passivo da demanda repousa cristalina nos autos e por diversas vezes já foi reconhecida por este egrégio Tribunal, haja vista que desde 1990 a competência passou a ser da COHAB-CE, inclusive com a extinção do Fundo Especial de Empréstimos Imobiliários – FEIMOB e do Departamento de Operações Habitacionais – DOHAB, ambos ligados ao IPEC, sendo, por isso, absolutamente ilegítima a atuação deste como entidade demandada.

Os fatos são os seguintes: embora tenha o IPEC sido gerado como instituto previdenciário dos servidores estaduais, na década de oitenta recebeu a incumbência de agente financeiro para aquisição de imóveis, momento no qual foram alienados vários bens pelo sistema financeiro de habitação.

Todavia, através dos Decretos estaduais nsº 20.547, de 26 de março, 20.584, e, finalmente, 20.756, de 06 de junho, todos datados do ano 1990, o IPEC teve suprimida e extinta qualquer competência para ser agente financeiro, cujos contratos e convênios passaram para a Companhia de Habitação do Estado do Ceará – COHAB, inclusive quanto às responsabilidades no que tange às negociações implementadas.

Eis o teor normativo:

“A Companhia de Habitação do Estado do Ceará – COHAB absorve as funções do Departamento de Operações Habitacionais – DOHAB, do Instituto de Previdência do Estado do Ceará – IPEC” (Decreto nº 20.547/90);

“Art. 1º. Fica autorizada a Companhia de Habitação do Estado do Ceará – COHAB a assumir a responsabilidade plena pelos contratos e convênios celebrados entre o Instituto de Previdência do Estado do Ceará – IPEC e as Instituições do Sistema Financeiro da Habitação, através de aditamentos.

§Único. A Companhia de Habitação do Estado do Ceará – COHAB torna-se, para todos os efeitos, o agente financeiro junto às Instituições do Sistema Financeiro da Habitação” (Decreto nº 20.584/90);

No caso concreto, o Município de Fortaleza busca executar o IPEC por dívida de IPTU junto a bem imóvel alienado a servidor, cujo período de inscrição da dívida ativa refere-se a fato(s) gerador(es) ocorrido(s) no(s) ano(s) de 1997 a 2001, portanto, muito após a edição dos Decretos mencionados.

Dessa forma, ainda que fosse o IPEC, à época, sujeito passivo da tipificação tributária, anos antes do fato gerador da obrigação ocorreu a substituição, no plano do direito tributário, do sujeito passivo, sendo impraticável a cobrança do imposto ao Instituto de Previdência alencarino.

Nestes termos, indica o art. 129, do Código Tributário Nacional, recepcionado com **status** de Lei Complementar, ao tratar especificamente sobre a responsabilidade dos sucessores:

“O disposto nesta Seção aplica-se por igual aos

créditos tributários definitivamente constituídos ou em curso de constituição à data dos atos nela referidos, e aos constituídos posteriormente aos mesmos atos, desde que relativos a obrigações tributárias surgidas até a referida data”.

Assim, não se pode defender a legitimidade do IPEC na presente demanda, conclusão, aliás, rotineira nos julgados deste egrégio Tribunal:

“ADMINISTRATIVO E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO DE IPTU. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO IPEC. DECRETOS GOVERNAMENTAIS COMO ATOS ADMINISTRATIVOS NORMATIVOS. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA POR SUCESSÃO. INTELIGÊNCIA DO ART. 129, CTN.

-No ano de 1990, o então Governador do Estado, através de Decreto do Governador, que ostenta a marca de ato administrativo normativo, jamais poderá ser equiparado ao ato dos particulares. O decreto governamental constitui comando geral e abstrato, com a mesma normatividade da lei, em sentido material.

-‘A sucessão dá-se no plano da obrigação tributária, por modificação da sujeição passiva. Assim, o sucessor passa a ocupar a posição do antigo devedor, no estado em que a obrigação se encontrava na data do evento que motivou a sucessão’ (Luciano Amaro, in Direito Tributário Brasileiro, 7ª ed. Atual. – São Paulo: Saraiva, 201, p. 310).

Apelo conhecido, porém improvido, mantendo-se inalterada a sentença de 1º grau” (Apelação Cível nº 2000.0129.0713-9, 1ª Câmara Cível, Relatora Desembargadora Maria Iracema do Vale Holanda, julgado em 032.04.2006);

“ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. POSSIBILIDADE DE SUSCITAÇÃO DE EXECUÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. ILEGITIMIDADE AD CAUSAM. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA COMPROVADA DE PLANO. AUTARQUIA ESTADUAL QUE ATUOU COMO AGENTE FINANCEIRO NA AQUISIÇÃO DE IMÓVEIS NÃO PODE SER CONSIDERADA CONTRIBUINTE OU RESPONSÁVEL TRIBUTÁRIO PELO IPTU. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ NÃO COMPROVADA. INAPLICABILIDADE DA REGRA DE IMUNIDADE RECÍPROCA” (Apelação Cível nº 2000.0129.3620-1, 3ª Câmara, Relator Des. Ernani Barreira Porto, julgado em 28 de agosto de 2006, sem grifos na origem);

Portanto, considerando que o IPEC apenas intermediou a compra de imóveis a seus associados, sendo desde o ano de 1990 sucedido no múnus pela COHAB, inclusive em termos tributários, não há realmente a legitimidade passiva, devendo a sentença monocrática ser mantida em todos os seus termos.

Finalmente, inocorrentes os requisitos do art. 17, do Código de Processo Civil, deixo de condenar o exeqüente por litigância de má-fé, haja vista que apenas exerceu seu direito de ação, constitucional e legalmente previstos no ordenamento jurídico brasileiro.

Ante o exposto, conheço e dou parcial provimento ao recurso de apelação, apenas para suprimir a condenação de litigância de má-fé.

É como voto.

Fortaleza, 17 de janeiro de 2007.

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

Remessa Oficial: Juízo da 1ª Vara da Fazenda Pública do Estado do Ceará

Apelação Cível nº 2005.0009.6834-1/0

Apelante: ESTADO DO CEARÁ

Apelada: Maria Miraci de Oliveira Lessa

Relator: Desembargador Ademar Mendes Bezerra

EMENTA. APELAÇÃO CÍVEL E REMESSA OFICIAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. MILITAR. INATIVIDADE. PROVENTOS. RECEBIMENTO EM SUA INTEGRALIDADE. SUPRESSÃO. IMPOSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ART. 40, §3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 (COM REDAÇÃO DADA PELA EMENDA Nº 20/1998).

-Os proventos de aposentadoria, por ocasião de sua concessão, serão calculados com base nos valores ganhos pelo servidor no cargo efetivo em que se der a aposentadoria e corresponderão à totalidade da remuneração.

-Por isso, o pagamento de pensões e aposentadorias deve incluir as vantagens permanentemente recebidas pelo servidor, a fim de garantir a real equivalência entre trabalho e o descanso, atendendo, desta forma, a intenção constitucional.

-Precedentes do Supremo Tribunal Federal e deste egrégio Tribunal de Justiça.

-Recurso voluntário e remessa oficial conhecidos e improvidos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos do

processo nº 2005.0009.6834-1/0, em que figuram as partes acima identificadas.

Acorda a Segunda Câmara do Egrégio Tribunal de Justiça do Ceará, à unanimidade, negar provimento ao recurso voluntário e à remessa oficial, nos termos do Voto do Relator.

Fortaleza, 24 de janeiro de 2007.

RELATÓRIO:

Tratam os autos de apelação cível e remessa obrigatória em face de sentença que concedeu a segurança pleiteada, com o objetivo de compelir a(s) autoridade(s) coatora(s) a assegurar o recebimento das pensões/proventos das impetrantes, no patamar dos valores recebidos se os servidores estivessem em plena atividade.

Argumenta o recorrente (fls.42/46) que foram computadas parcelas próprias da atividade, haja vista tratarem os autos de gratificações ditas **pro labore faciendo ou propter laborem**, além de afronta aos princípios da legalidade, igualdade, impessoalidade, eficiência, da supremacia do interesse público sobre o privado, da proporcionalidade, da razoabilidade e da moralidade.

Embora reconheça que o legislador constituinte quis evitar que os ganhos da aposentadoria ficassem relegados a segundo plano, distanciando-se cada vez mais da atividade, não pode ser elástico o entendimento a ponto de incluir vantagens próprias de quem está na ativa.

As contra-razões de apelação estão colacionadas nos autos às fls. 50/53.

Chamada a intervir, o ilustre representante da Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo improvimento do recurso apelatório e da remessa oficial (fls. 66/67).

É o relatório.

VOTO

Os autos trazem questão muito debatida neste

Egrégio Tribunal, concernente ao tratamento do valor de proventos oriundos de servidor inativo, em que o Estado suprimira gratificações e demais vantagens percebidas na ativa, reduzindo bruscamente o **quantum** devido ao servidor.

Em última análise, a presente demanda circunscreve-se na discussão acerca da existência de direito ao recebimento dos proventos e pensões na mesma base dos valores a que teria direito o servidor na ativa, devendo, a nosso enfoque, ser enfrentada pelo prisma constitucional.

A Constituição brasileira de 1988 dispõe, no § 3º, do art. 40 (com redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 15.12.98), que os proventos e pensões por morte do servidor serão concedidos no mesmo patamar que receberia o servidor na atividade.

O texto constitucional denota que a intenção do legislador constituinte foi a de assegurar aos inativos - que durante longos anos prestaram serviços ao País -, e aos pensionistas, o direito à percepção dos mesmos valores que percebiam na atividade, ou seja, com paridade vencimental entre a remuneração dos servidores em atividade e os proventos concedidos por ocasião de sua aposentadoria ou recebimento das pensões por morte, preservando, por conseguinte, o poder aquisitivo do provento ou pensão.

Dessa forma, as parcelas suprimidas, oriundas da radical redução nos proventos/pensões, devem ser computadas para pagamento destes, sendo a sua supressão ato que afronta a Carta Magna, dando ensejo à utilização do remédio heróico interposto.

Imperioso reconhecer a prevalência de direito líquido e certo no caso concreto, bem como a supremacia da norma atributiva desse direito em relação às demais integrantes do sistema jurídico, por se tratar de dicção oriunda do poder constituinte.

Estabelecendo a Constituição Federal que os proventos corresponderão à totalidade da remuneração que receberia o servidor, acaso estivesse na atividade, resta caracterizada a impossibilidade de sua supressão parcial, ainda que por lei posterior, pois a norma de supremacia é auto-aplicável,

conforme entendimento já consagrado no Supremo Tribunal Federal e no Tribunal de Justiça do Ceará.

Nem se alegue, outrossim, que as gratificações suprimidas, a exemplo das diárias operacionais, não devam ser recebidas pelo fato de dizerem respeito a vantagens pagas somente a quem esteja na atividade, ou seja, em função do trabalho realizado, uma vez que, segundo já decidiu inúmeras vezes este sodalício, as gratificações percebidas durante a atividade devem integrar os proventos da aposentadoria quando são concedidas de forma genérica, indistintamente, com visível objetivo de complementação dos ganhos do servidor.

Senão, vejamos:

“MANDADO DE SEGURANÇA – PROVENTOS DE APOSENTADORIA – EQUIVALÊNCIA – REMUNERAÇÃO DOS SERVIDORES EM ATIVIDADE – ART. 40, § 3º DA CF/88 – INATIVOS E PENSIONISTAS – EXTENSÃO DE BENEFÍCIOS E VANTAGENS CONCEDIDO AOS SERVIDORES DA ATIVA – ART. 40, § 8º DA CF/88 – AUTO APLICABILIDADE – DECADÊNCIA – NÃO CONFIGURAÇÃO – PRESTAÇÃO DE TRATO SUCESSIVO – RENOVAÇÃO A CADA ATO – SEGURANÇA CONCEDIDA.;

I- Os proventos de aposentadoria, por ocasião de sua concessão, serão calculados com base na remuneração do servidor no cargo efetivo em que se der a aposentadoria e, na forma da lei, corresponderão à totalidade da remuneração (art. 40 §3º da CF/88).

II- As gratificações concedidas aos servidores públicos em atividade, de forma genérica, devem ser estendidas aos inativos e pensionistas, ainda que próprias do exercício, tendo em vista o comando inserto no art. 40 § 8º da CF/88, que é auto-aplicável.

III- O lapso decadencial de 120 dias a que se submetem as ações mandamentais, em se

tratando de relações de trato sucessivo, tais como o pagamento de vencimentos e outras prestações periódicas, renova-se mensalmente, a cada ato abusivo perpetrado.

IV- Segurança concedida (TJCE, Mandado de Segurança nº 2002.0004.0532-6, Composição Plenária, Relatora a Desembargadora Gizela Nunes da Costa, julgado de 19 de maio de 2003).

O Supremo Tribunal Federal, por seu turno, posicionou-se em tema semelhante, em festejado acórdão de que foi relator o Ministro Marco Aurélio de Mello:

“PENSÃO – VALOR. A Pensão devida aos dependentes do servidor falecido há de refletir o que este perceba em atividade. Defeso é excluir ao argumento de que se trata de vantagem própria da 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” (AGRG. no Ag. Inst. nº 265.373-2, DJ de 02.02.2001).

Merece relevo análise extraída do parecer da douta representante da Procuradoria Geral de Justiça, nos autos da apelação cível nº 2001.0000.6128-9, 2ª Câmara Cível, lançado nos seguintes termos:

“A propósito desse tema convém salientar que o Estado do Ceará efetivamente vem pagando mensalmente aos militares da ativa 30 (trinta) diárias operacionais e um abono policial militar.

Relativamente ao abono, embora se trate de verba de natureza transitória, vem sendo paga desde a edição da Lei Estadual n. 11.811/91, e, portanto, descaracterizou-se como tal. E quanto

às diárias operacionais, têm sido utilizadas como forma de mascarar um aumento concedido pelo Estado do Ceará, mas apenas em relação ao pessoal do serviço ativo, exatamente para debelar uma greve.

É manifesta a ocorrência do ardil, tanto assim que todos os militares da ativa têm recebido 30 (trinta) diárias operacionais, e mesmo aqueles que se dedicam ao policiamento ostensivo não trabalham por 30 (trinta) dias seguidos” (fls. 102/103).

A sentença, portanto, foi proferida com elevado acerto.

Ante o exposto, há direito líquido e certo a ser amparado pela via do remédio heróico, razão pela qual nego provimento à remessa oficial e à presente apelação, no sentido de ser garantido o recebimento integral dos proventos/pensões, tendo por base a totalidade dos vencimentos do servidor, como se na ativa estivesse, ressalvada, porém, a incidência da Súmula 271 do STF, consoante a qual o mandado de segurança não é a via adequada para a cobrança das vantagens referentes a período anterior à impetração.

Custas **ex lege**. Sem honorários, a teor da Súmula 512 do Supremo Tribunal Federal.

É o meu voto.

Fortaleza, 24 de janeiro de 2007.

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

**APELAÇÃO CÍVEL DA 26ª VARA CÍVEL DE FORTALEZA Nº
2005.0021.5912-2/1**

APELANTE: CPMS NEGÓCIOS IMOBILIÁRIOS LTDA

APELADO: NIEDJA MARIA DE OLIVEIRA E SOUSA
ÓRGÃO JULGADOR: TERCEIRA CÂMARA CÍVEL
RELATOR: DES. CELSO ALBUQUERQUE MACÊDO

EMENTA: EMBARGOS À EXECUÇÃO. PENHORA NÃO APERFEIÇOADA. INADMISSIBILIDADE. EXTINÇÃO DO FEITO SEM JULGAMENTO DE MÉRITO. APELO IMPROVIDO.

1. In casu, resta indubitável que a penhora não foi efetivada, haja vista a não comprovação da lavratura do respectivo termo.

2. O art. 737, I, do CPC, instrui que não são admissíveis embargos do devedor antes de seguro o juízo, pela penhora, na execução por quantia certa. Daí não poderiam ter sido recebidos os embargos, devendo o processo ser extinto sem julgamento de mérito, com base no art. 267, IV, do CPC. Recurso conhecido, porém improvido.

3. Embargos à execução. Oferecimento antes de seguro o juízo pela penhora. Inadmissibilidade. Antes de seguro o juízo pela penhora, são inadmissíveis os embargos do devedor (art. 737, I, do CPC)” (resp. 545.970/mg, STJ, rel. min. Barros Monteiro, 4ª turma, data julgamento. 01.09.05).

4. Apelação conhecida, porém improvida.

ACÓRDÃO:

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação nº. 2005.0021.5912-2/1, oriundos da 26ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza, em que são partes os acima nominados, acordam os Excelentíssimos Senhores Desembargadores integrantes da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, à unanimidade de votos, em conhecer da

Apelação, mas para negar-lhes provimento, nos termos do voto relator. Verba honorária, requerida pela Apelada, arbitrada em 10% do valor da causa.

RELATÓRIO:

Trata a espécie de **APELAÇÃO CÍVEL** contra sentença (fls.36/38) que, na 26ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza, rejeitou liminarmente os “Embargos à Execução” opostos por **CPMS NEGÓCIOS IMOBILIÁRIOS LTDA** em face de **NIEDJA MARIA DE OLIVEIRA E SOUSA** (fls. 03/07), extinguindo-os sem julgamento do mérito, ante a não efetivação da penhora uma vez que a parte adversa não aceitou a nomeação do bem.

A recorrente alega que o embargado promoveu, no dia 04 de janeiro de 2001, uma **Ação de Indenização por Danos Morais**, objetivando perceber como reparação do alegado dano o valor estimado em R\$ 211.400,00 (duzentos e onze mil e quatrocentos reais). Acrescenta que não é parte legítima para figurar no pólo passivo da Ação de Execução, sustentando que a verdadeira responsável pelo ato que deu causa à Ação Reparatória é a Sra. Sun Xiang Zhen. Pugnou pelo deferimento da ilegitimidade passiva e pela improcedência da Ação de Execução. **Documentos colacionados às fls. 09/20, referindo-se à decisão da Apelação nº 2003.0001.0486-3 (Ação de Indenização por Dano Moral), cujo Acórdão fixou a indenização dos danos morais no valor equivalente a 50 (cinquenta) salários mínimos.**

O MM. Juiz de primeiro grau (fl. 36/38) fundamenta seu decisum firmando entendimento de que **não há que se cuidar da oposição de embargos, haja vista que precedente a tal defesa, deveria ter havido a segurança do juízo pela penhora ou depósito**, por se tratar de execução por quantia certa contra devedor solvente. Salaria que a segurança do juízo pela penhora é fundamental para o exercício daquela Ação, acrescentando que apesar da nomeação de bens à penhora pela executada, referido ato não restou concretizado, haja vista não

ter a parte adversa aceitado os bens. Rejeitou liminarmente os embargos, com fundamento no art. 737, I, c/c arts. 295, III, 267, IV, **julgando extinta a ação sem julgamento do mérito, e deixando de condenar a embargante ao pagamento de honorários advocatícios, por não ter sido formado o contraditório.**

Inconformada, apela a embargante (fl. 39/44) alegando que ofereceu à penhora 1 (um) Caminhão Mercedes Benz/709 – Ano e Modelo 1994, cor branca de Placa HUK 9080, aduzindo que não poderia a exeqüente ter rejeitado a nomeação desse bem, feita pela exeqüida, sem que indicasse outro a ser empenhado. Acrescenta que a apelada apenas informou que não aceitava a indicação daquele veículo, tendo unicamente requerido a expedição de novo mandado de penhora para que fosse feita a garantia em dinheiro. Sustenta a improcedência do que fora mencionado pela exeqüente, de que a empresa CPMS é correntista do Banco do Brasil, Bradesco e Itaú, pois, deveria ter indicado as agências, o número das contas, e quanto possui em dinheiro. **Pugna, assim, pela aceitação do bem indicado à penhora e conseqüente admissão dos embargos**, a fim de que possam ser apreciadas as razões nele contidas.

Contra-razões apresentadas às fl. 47/50, sustentando que a parte exeqüente não aceitou a nomeação por não obedecer a gradação do art. 655, I, do Código de Processo Civil, tendo o apelo fim exclusivo de procrastinação do feito. Pugna pela confirmação da sentença que rejeitou liminarmente os embargos e julgou extinto os embargos, com a condenação do apelante nos ônus sucumbenciais.

Redistribuídos os autos (fl 61), vieram-me em conclusão.

Revistos na forma do art. 34 do Regimento Interno deste Tribunal, foram inclusos os autos em pauta para julgamento.

É o relatório.

VOTO:

Conheço do recurso, visto que reunidos os

pressupostos intrínsecos e extrínsecos de sua admissibilidade.

Revelam os autos, que a Empresa CPMS Negócios Imobiliários LTDA indicou à penhora um caminhão Mercedes Benz/709, de placa HUK 9080, porém, o referido bem não foi aceito pela parte contrária, haja vista não ter havido respeito à ordem legal estipulada no art. 655, I, do Código de Processo Civil.

Ao tratar do instituto nomeação de bens pelo devedor, assim dispõe o Código de Processo Civil:

“”Art. 655 - Incumbe ao devedor, ao fazer a nomeação de bens, observar a seguinte ordem:

I - dinheiro;

II - pedras e metais preciosos;

III - títulos da dívida pública da União ou dos Estados;

IV - títulos de crédito, que tenham cotação em bolsa;

V - móveis;

VI - veículos;

VII - semoventes;

VIII - imóveis;

IX - navios e aeronaves;

X - direitos e ações.

Questiona a recorrente sobre a rejeição, por parte da exeqüente, da nomeação do bem ofertado pela exeqüida, elucidando que foram plenamente observados os requisitos que devem ser utilizados no momento da indicação do bem à penhora, sendo inadmissível que haja simplesmente sua desaprovação.

Ora, nenhuma prova fez a apelante, de que na verdade a penhora teria sido efetuada em obediência aos princípios da norma acima transcrita, apenas pronunciando que obedeceu os requisitos que devem ser utilizados no momento da indicação do bem à constrição.

Observando o procedimento realizado para a nomeação do bem, transpondo sem qualquer justificativa os itens anteriores da norma legal referente à nomeação, deu a entender

a exeqüida, que buscava com a medida, tão somente, se ver livre do bem indicado, não estando a atitude a demonstrar, a real preocupação da parte em tornar efetiva a execução.

Sem razão a apelante, entanto.

In casu, não obstante tenha havido a indicação do respectivo bem, resta indubitável que a penhora não foi efetivada, haja vista não ter havido a comprovação da lavratura do termo respectivo. E neste sentido vem entendendo os Tribunais do País, conforme arestos que se transcrevem:

“EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - EXECUÇÃO - NÃO HOUE A LAVRATURA DO TERMO DE PENHORA - SENTENÇA MANTIDA. 1. Apesar de intimado o apelante não apresentou o termo assinado, não podendo, evidentemente prosperar a sua investida recursal. 2. Apelo conhecido, porém improvido. (Apelação Cível de Fortaleza, 2000.0013.3067-6/0 – 2ª CCiv. – Rel. Desa. Gizela Nunes da Costa – J. 04.02.2004, grifos meus).

“EMENTA: EXECUÇÃO – PENHORA – CONTAMINAÇÃO DE IRREGULARIDADE – A formalização do ato construtivo, com a lavratura do indispensável termo e conseqüente depósito dos bens, é que, tornando seguro o juízo executório, inaugura o prazo para a propositura dos embargos.” (TJSC – AI 96.003604-0 – Campos Novos – Rel. Des. Trindade dos Santos – 1ª C.C. – J. 12.11.1996, grifo não-original).

A propósito, faz-se necessário registrar que o artigo 737, inciso I, do Código de Processo Civil estabelece que “**não são admissíveis os embargos do devedor antes de seguro o juízo pela penhora**”. Da análise dos autos, evidencia-se que o procedimento da penhora não restou aperfeiçoado, já que a parte apelada não aceitou a nomeação do bem indicado, restando indubitável e irrepreensível o julgado recorrido.

Nesta linha de entendimento a lição de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery:

“Os embargos de devedor são misto de ação e defesa e se constituem como defesa do devedor contra a eficácia executiva do título e contra os atos de execução. **Somente podem ser opostos depois de seguro o juízo, pelo depósito da coisa ou pela penhora. O recebimento dos embargos suspende o curso do processo de execução**” (Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil extravagante em vigor, RT, 6ª ed., p. 1.041/1.042).

Idêntico o escólio de Paulo Henrique Lucon, transcrevo:

“O legislador processual foi rígido, não deixando qualquer margem de discricionariedade ao juiz, ao estabelecer a imposição, em forma invariável, de segurar o juízo por meio da penhora ou do depósito” (Código de Processo Civil Interpretado, Coordenador Antônio Carlos Marcató, p. 2.081, ed. 2004). (grifo não-original).

No mesmo sentido, preleciona Humberto Theodoro Júnior:

“Nas execuções por quantia certa ou para entrega de coisa, a admissibilidade dos embargos do devedor é condicionada à prévia segurança do juízo, que se faz pela penhora, no primeiro caso, e pelo depósito da coisa, no segundo (art. 737). Quer isto dizer que para se valer dos embargos, não basta ao devedor mostrar a existência de um processo de execução contra ele ajuizado. A segurança do juízo, na espécie, é uma condição de procedibilidade, ou seja, uma condição da ação,

a cuja falta o pedido do devedor se torna juridicamente impossível. Devedor, pois, que ainda não sofreu penhora é devedor carente de ação, em matéria de embargos” (Curso de Direito Processual Civil, vol. II, p. 275).

Do mesmo teor a posição do Superior Tribunal de Justiça:

“EMENTA: EMBARGOS À EXECUÇÃO. OFERECIMENTO ANTES DE SEGURO O JUÍZO PELA PENHORA. INADMISSIBILIDADE. INADMISSIBILIDADE. - Antes de seguro o juízo pela penhora, são inadmissíveis os embargos do devedor (art. 737, I, do CPC)” (REsp. 545.970/MG, STJ, Rel. Min. Barros Monteiro, 4ª Turma, data julgamento. 01.09.05).

Nessa esteira, verifica-se que agiu com acerto o magistrado singular, por extinguir o feito sem julgamento do mérito, ante a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo, inteligência do art. 267, IV, do CPC.

Em situação similar, já decidiu este egrégio Tribunal de Justiça:

“EMENTA:EXECUÇÃO.INEXISTÊNCIA DE PENHORA. Extinção do feito sem julgamento de mérito. Consoante disciplina o inciso I, do art. 737, do CPC, não são admissíveis embargos do devedor antes de seguro o juízo, pela penhora, na execução por quantia certa. No caso dos autos, conquanto indicado bem à penhora, não foi lavrado o respectivo termo, ato essencial à validade do ato. Daí que não poderiam ter sido recebidos os embargos, devendo o processo ser extinto sem julgamento de mérito, com base no art. 267, IV, do CPC. Recurso

improvido.(Apelação Cível nº 2001.0000.2812-5/0, 1ª Câmara Cível, Des. Relator José Arísio Lopes da Costa).(grifo não-original).

Do mesmo teor a posição do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, consoante aresto que se transcreve:

EMBARGOS DE DEVEDOR - EXECUÇÃO DE ALIMENTOS EMBARGOS OFERECIDOS ANTES DE SEGURO O JUÍZO - SENTENÇA QUE OS REJEITA POR INTEMPESTIVOS, EXTINGUINDO O PROCESSO SEM APRECIÇÃO DO MÉRITO -

Inadmissibilidade dos embargos se ainda não houve a penhora ou o depósito, garantidores do Juízo da execução, que deve prosseguir regularmente, conforme previsto nos arts. 732 e seguintes do CPC. Recurso ao qual se nega provimento. (TJRJ - AC 6463/2001 - 2ª C.Cív. - Rel. Des. Fernando Cabral - J. 16.10.2001).(grifo não-original).

Por todo o exposto, firme nas considerações supra, voto pelo conhecimento do presente recurso, mas para negar-lhe provimento, confirmando a decisão apelada, por seus expressos termos, inadentrando, assim, no mérito da lide.

No tocante à verba honorária, requerida pela Apelada, arbitro-a em 10% do valor da causa.

É como voto.

Fortaleza (CE), 05 de março de 2007.

AGRAVO DE INSTRUMENTO

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

PROCESSO Nº: 2000.0016.0796-1/0

TIPO DO PROCESSO: AGRAVO DE INSTRUMENTO COM PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO

ORIGEM DO AGRAVO DE INSTRUMENTO: COMARCA DE ACOPIARA - CEARÁ

AGRAVANTE: PREFEITURA MUNICIPAL DE ACOPIARA - CEARÁ

AGRAVADA: ANTONIA MAURA DE LIMA

ÓRGÃO JULGADOR: 3ª CÂMARA CÍVEL

RELATOR: DESEMBARGADOR CELSO ALBUQUERQUE MACÊDO

EMENTA: ADMINISTRATIVO – AGRAVO DE INSTRUMENTO EM MANDADO DE SEGURANÇA – SERVIDORA PÚBLICA MUNICIPAL – REMOÇÃO EX OFFICIO – INEXITÊNCIA DE MOTIVAÇÃO – ATO NULO – DECISÃO MANTIDA – RECURSO TEMPESTIVO - CONHECIDO E IMPROVIDO:

I – Constitui ato ilegal e abusivo a transferência de Servidora Pública, desprovido de qualquer motivação por parte da Administração Pública.

II – Imprescindível à devida fundamentação do ato, que não pode a seu turno, sofrer desvio de finalidade, como na hipótese em exame.

III – Trata-se de ato com a mancha de nulidade, por falta de motivação, justificador da transferência.

IV - Inexistindo fundamentação capaz de afastar as razões do julgado ora agravado, deve a decisão ser mantida.

V - Agravo conhecido e desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de

Agravo de Instrumento com pedido de efeito suspensivo **da Comarca de Acopiara – Ceará - nº. 2000.0016.0796-1/0**, em que são partes os acima nominados, acorda a Turma Julgadora da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, à unanimidade de votos, em conhecer do agravo de instrumento, por tempestivo, mas para que lhes seja negado provimento, confirmando o *decisum* do juízo de primeiro grau.

RELATÓRIO

Cuida-se de agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo interposto pela **PREFEITURA MUNICIPAL DE ACOPIARA - CEARÁ**, Pessoa Jurídica de Direito Público, inscrita no CNPJ/MF, sob nº 07.847.379/0001-19, através de seus Advogados habilitados, contra decisão de fls. 16 e 17, que deferiu medida liminar restabelecendo a lotação original da impetrante **ANTONIA MAURA DE LIMA** na Escola de Ensino Fundamental José Leandro Correia.

A Prefeitura Municipal de Acopiara, pessoa jurídica de direito público, representada pela Prefeita Sheila Regina Albuquerque Diniz, interpôs Agravo de Instrumento contra decisão interlocutória exarada pela Dra. Juíza da 2ª Vara, em exercício, Dra. Elizabeth dos Santos Vale, que concedeu liminar pleiteada pela Sra. Antonia Moura de Lima, Professora, contra ato da Diretora de Divisão de Pessoal da Secretaria de Administração e Finanças da PMA, consistente na lotação de Professores das diversas unidades escolares. Notícia que a agravada desempenhava a atividade de ensino na Escola Fundamental José Leandro Correia, localizada no sítio Escuro, integrante da rede escolar da sede urbana do Município, porém, como a lotação anterior não atendia aspectos de carência na zona rural, houve relotação da citada Professora para a Escola de Ensino Fundamental “José Alves do Nascimento”, na vila de Santo Antonio.

É inadmissível que o interesse pessoal da agravada possa sobrepor os ditames públicos, principalmente quando o assunto envolve educação – direito de todos – devendo a

Administração Pública priorizá-la, notadamente na zona rural, onde a carência de mão-de-obra qualificada tem destaque.

Por fim, aduz a Prefeitura agravante que o decreto nº 01, de 22 de janeiro de 2000 foi revogado pelo congêneres de nº 0004, de 20 de fevereiro de 2001, para regulamentar a Lei nº 1.101/99 que determina a lotação nominal de servidores municipais. Destaca que o ato tem caráter discricionário, além de não ser o servidor inamovível, enquanto que o ato de transferência está inserido no poder de organizar, reorganizar os serviços públicos municipais, indispensável, indubitavelmente à administração pública, requerendo a cassação da liminar.

Cópias dos documentos necessários. Agravada, intimada, não apresentou contra-razões. Informações do Juiz, Dr. Zanilton Batista de Medeiros, fl. 99, indicando que o processo foi remetido à Justiça do Trabalho em 11 de setembro de 2001. A Procuradoria Geral de Justiça, através do Dr. José Gonçalves Monteiro opina no sentido do recebimento do recurso – no mérito, pelo seu não provimento, com a consequente manutenção da decisão atacada.

É o relatório.

Redistribuídos e conclusos, os autos foram incluídos em pauta para julgamento, independentemente de revisão, na forma dos arts. 34, § 3º, e 221, § 3º, do Regimento Interno deste Tribunal.

VOTO

Conheço do agravo de instrumento com efeito suspensivo, uma vez que a hipótese dos autos está inserida na previsão da norma contida no artigo 522, combinado com o art. 524 e seguintes todos do Código de Processo Civil.

Laudelino Freire, no Dicionário de sinônimos e antônimos, diz: “O cidadão deve sobrepor os interesse públicos às vontades particulares”. *In casu*, longe qualquer discussão sobre a conveniência administrativa de editar o Decreto nº 0004/2001, incluindo a circunstância de carência de professores nas unidades de ensino da zona rural do ainda não vestuto município.

De regra, o Servidor Público estável não é inamovível. O cargo de Professor foi instituído por lei, com os requisitos de denominação própria, função específica remuneração e admissão por concurso. O Diário Oficial do Estado, edição de 19 de dezembro de 2000, publicou, nos termos da Lei municipal nº 1.101/99, de 20.12.1999, ato administrativo do Prefeito Municipal, Dr. Francisco Filipe de Almeida, subscrito pela Secretária de Educação, Maria Agarista Feitosa de Matos, lotando os Professores concursados da Rede Pública Municipal de Ensino nas zonas urbana e rural.

Consta, no referido ato, que a agravada foi lotada na EEF José Leandro Correia, integrante da Zona Rural. Notoriamente, o candidato quando aprovado em concurso público, tem a garantia da efetivação. O Professor não goza da prerrogativa da inamovibilidade. A Administração é livre para estabelecer conveniência do serviço público através da remoção:

A Constituição Federal estabelece:

“Art. 205 – A educação, direito de todos e dever do Estado e da Família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”.

O ato de remoção, discricionário, deverá respeitar os direitos e vantagens do servidor removido. Na decisão de 1º Grau restou assinalado: “A lotação ou relotação, segundo a leitura dos retos dispositivos legais, se dá mediante decreto do Chefe do Executivo, por solicitação do Servidor, ou de ofício pela Administração no interesse do serviço público, desde que a relotação não implique em prejuízo a servidor com melhor qualificação no concurso em relação ao servidor relotado”.

A Lei municipal nº 1.101/1999, que instituiu o plano de Carreira do Magistério Público do município de Acopiara tem a seguinte textualização:

“Art. 40 – Entende-se por lotação o nº de servidores que devem ter exercício em cada repartição ou serviço”

(...)

§ 2º - A lotação nominal importa na distribuição nominal dos serviços para cada repartição.

Art. 42 – A lotação processa-se mediante decreto do chefe do Executivo.

Art. 43 – A lotação nominal deverá levar em consideração a preferência do candidato aprovado, cuja manifestação obedecerá à ordem de classificação no concurso.

§ único – A lotação nominal poderá ser alterada, mediante solicitação do servidor, ou de ofício pela Administração no interesse do Serviço Público, desde que a relotação não implique em prejuízo a servidor com melhor qualificação no concurso em relação ao servidor relotado.

Aspectos legais devem ser observados. A agravada não solicitou alteração de sua lotação nominal (§ único, art. 43, da Lei Municipal nº 1.101/99). Se não o fez, a Diretora da Divisão de Pessoal da Secretaria de Administração e Finanças do Município, tinha competência para determinar a relotação, com base no Decreto nº 0004/2001 ?.

O ato de nomeação é subscrito pela Secretária de Educação. No mínimo, não poderia haver olvidamento do respectivo Órgão Municipal. A chefia do Executivo é a detentora da competência do poder jurídico manifestador da vontade da Administração Pública.

O ato de relotação não prescinde de motivação. A exigência é determinada pela Constituição Federal, sob pena de caracterização de desvio de Poder. A “relação de Professores”, pela demonstração da agravada, fere de morte os princípios da moralidade, legalidade e impessoalidade.

A Prefeitura tem o poder discricionário – que é liberdade de ação dentro dos limites legais, segundo

ensinamento de Hely Lopes Meireles. Sem motivação, a conduta do Gestor Público resvala para a arbitrariedade. As considerações do Decreto nº 0004/2001, fl. 31/32, não têm caráter genérico, abstrato, improsperados fatores próprios dos atos discricionários.

Marcelo Caetano, assinala: “ os motivos devem aparecer como premissas donde se extraia logicamente a conclusão, que é a decisão”. A Doutrina consagra: “Sem dúvida nenhuma, é preciso reconhecer que o administrador, sempre que possa, deve mesmo expressar as situações de fato que impeliram a emissão da vontade, e a razão não é difícil de conceber”: quanto mais transparente o ato da Administração, maiores as possibilidades de seu controle pelos administrados...Por outro lado, não é lícito ao Administrador adotar, à guisa de motivo do ato, fundamentos genéricos indefinidos, como, por exemplo, “ interesse público”, “critério administrativo”, e outros do gênero. Semelhantes justificativas demonstram visualmente o intuito de escamontear as verdadeiras razões do ato, com objetivo de eximí-lo do controle de legalidade pela Administração ou pela via judicial...(In Direito Administrativo, José dos Santos Carvalho Filho, 16ª edição, Ed. LUMEN JURIS, Rio de Janeiro, 2006, p.102).

O STJ, no Ag – Rg – no Recurso em Mandado de Segurança nº 18.388, PB, sob o nº 2004/0078222 – 1, em que foi Relatora a Ministra Laurita Vaz decidiu:

EMENTA. ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDORA PÚBLICA ESTADUAL. REMOÇÃO EX OFFICIO. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO. NULIDADE DO ATO. DECISÃO, MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS.

1. "O princípio da motivação possui natureza garantidora quando os atos levados a efeito pela Administração Pública atingem a seara individual dos servidores. Assim, a remoção só pode ser

efetuada se motivada em razão de interesse do serviço.” (Gilson Dipp, 5ª Turma, relator do RMS 12.856/PB, DJ de 01/07/2004).

2. Na hipótese em apreço, o ato atacado, o qual ordenou a remoção da servidora, encontra-se desacompanhado do seu motivo justificador. Não há qualquer menção, nem mesmo sucinta, referente à causa que deu ensejo ao deslocamento. Por conseguinte, trata-se de ato eivado de nulidade por ausência de motivação.

3. Inexistindo qualquer fundamento apto a afastar as razões consideradas no julgado ora agravado, deve ser a decisão mantida por seus próprios fundamentos.

4. Agravo regimental desprovido.

Nestas condições – Considerando que o ato de transferência padece da devida motivação, conheço do recurso por ser tempestivo, mas para negar provimento, confirmando, pois, a decisão monocrática que deferiu a medida liminar determinativa da imediata suspensão dos efeitos do ato impugnado.

É o voto.

Fortaleza, 26 de março de 2007.

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

**PROCESSO Nº: 2001.0000.8931-0
TIPO DO PROCESSO: AGRAVO DE INSTRUMENTO COM
PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO
ORIGEM DO AGRAVO DE INSTRUMENTO: COMARCA DE
ITAPIPOCA - CEARÁ
AGRAVANTE: BANCO DO NORDESTE DO BRASIL S.A.
AGRAVADOS: ANA LOURDES GOMES DE SOUSA E**

OUTROS**ÓRGÃO JULGADOR: 3ª CÂMARA CÍVEL****RELATOR: DESEMBARGADOR CELSO ALBUQUERQUE MACÊDO**

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO – RECURSO TEMPESTIVO – EXECUÇÃO – CÉDULA DE CRÉDITO INDUSTRIAL – ALIENAÇÃO ANTECIPADA DE BENS PENHORADOS – PROVIDÊNCIA CAUTELAR – MEDIDA NÃO IMPOSITIVA – AGRAVO CONHECIDO E IMPROVIDO:

I – A alienação antecipada dos bens penhorados nos autos da execução, art. 670, do CPC, tem pertinência quando sujeitos a deterioração ou depreciação mercadológica, além de manifesta vantagem de venda para os litigantes.

II – Para a caracterização dos incisos I e II, art. 670, do CPC, os bens devem ser de fácil perecimento ou com prazo limitado de duração, impedindo, pois, sejam guardados ou depositados por longo período.

III – Agravo conhecido, porém improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Agravo de instrumento com efeito suspensivo da Comarca de Itapipoca - Ceará nº. 2001.0000.8931-0, em que são partes os acima nominados, acorda a Turma Julgadora da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, à unanimidade de votos, em conhecer do agravo de instrumento, por tempestivo, mas para que lhes seja negado provimento, confirmando o **decisum** do juízo de primeiro grau.

RELATÓRIO

Cuida-se de agravo de instrumento com efeito

suspensivo interposto pelo Banco do Nordeste do Brasil S/A, Sociedade de Economia Mista, através de seus Advogados habilitados, contra decisão trasladada às fls.10 e verso, que rejeitou a venda judicial antecipada de bens penhorados, nos autos de execução por título executivo extrajudicial proposta contra ANA LOURDES GOMES DE SOUSA e seu marido CRISÓSTOMO DE SOUSA ALVES e EDNA MARIA ALVES SAMPAIO e seu cônjuge MÁRIO WELLINGTON BARROSO SAMPAIO.

O Agravante sustenta em suas razões de (fls. 02/06) que o despacho do Juiz **a quo** deverá ser reformado, pois, distorcido dos fatos carreados para os autos. Refere que a demora até a efetiva execução de sentença e adjudicação dos bens o saldo será zero, trazendo à colação jurisprudência chanceladora da possibilidade da venda antecipada de bens penhorados como no caso em tela, postulando no sentido do provimento do recurso.

Recurso tempestivo (intimação da decisão fls. 11, via carta de intimação - AR), com a seqüência das informações prestadas pelo juiz monocrático às fls. 39 e 40. Os agravados às fls. 43 e 44, pugnaram no sentido do improvimento do agravo, com a manutenção da decisão recorrida por ser de direito e merecida justiça, no destaque que são fiéis depositários dos referidos bens.

É o sucinto relatório.

Sem revisão (§ 3º do Art. 34 do Regimento interno do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará).

VOTO

Conheço do agravo de instrumento com efeito suspensivo, uma vez que, a hipótese dos autos está inserida na previsão da norma contida no artigo 522, combinado com o art. 524 e seguintes todos do Código de Processo Civil: transcrevo:

Art. 522. Das decisões interlocutórias caberá agravo, no prazo de 10 (dez) dias, retido nos autos ou por instrumento. (Redação determinada

pela Lei 9.139, de 30 de novembro de 1995).

O despacho interlocutório proferido pelo Juízo de primeira instância desmerece qualquer reprimenda, posto que fundamentado em consonância com as normas legais atinentes à espécie.

Com efeito, o julgador monocrático, entendeu incabível a venda judicial antecipada dos bens penhorados, pedida pelo agravante/exequente, desconsiderando serem eles sujeitos a fácil depreciação mercadológica, envolvendo, na maioria, produtos de informática.

O artigo 670, inciso I, do Código de Processo Civil, não é norma impositiva, cabendo ao juiz decidir segundo o seu prudente arbítrio e de acordo com as peculiaridades da situação concreta, observando a necessidade de comprovação da deterioração ou depreciação e ainda a manifesta vantagem da venda. É a seguinte a textualização pertinente, **verbis**:

“Art. 670. O juiz autorizará a alienação antecipada dos bens penhorados quando:

I – sujeitos a deterioração ou depreciação; “(...)

Sobre o tema em comento, merece transcrição a seguinte ementa do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

EMENTA: EXECUÇÃO – ALIENAÇÃO ANTECIPADA DE BENS PENHORADOS. CPC-670 E CPC-1113. NÃO SE TRATA DE MEDIDA IMPOSITIVA, DEVENDO SER DECIDIDA PELO JUIZ SEGUNDO O SEU PRUDENTE ARBÍTRIO E DE ACORDO COM AS PECULIARIDADES DA SITUAÇÃO CONCRETA. PEDIDO DE PENHORA SOBRE PARTE DO FATURAMENTO DA DEVEDORA. CABIMENTO, NA EVENTUAL FALTA DE OUTROS BENS SUFICIENTES. AGRAVO PARCIALMENTE PROVIDO.....

(TIPO DE PROCESSO: AGRAVO DE INSTRUMENTO -RELATOR: ROBERTO LAUX – NÚMERO DO PROCESSO 197150683).

Seguindo a mesma linha de entendimento do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, no que tange à alienação antecipada dos bens constritos, transcrevo:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO - INSOLVÊNCIA CIVIL - ALIENAÇÃO ANTECIPADA DE BENS - NECESSIDADE DA ANUÊNCIA DE TODOS OS CREDORES - PROCEDIMENTO ADEQUADO - LEILÃO PÚBLICO. A alienação antecipada dos bens penhorados somente pode ocorrer quando indispensável e nas hipóteses preconizadas no art. 670 c/c os arts. 766, IV e 773, do CPC. (grifo não-original). (Relator: GOUVÊA RIOS Data da publicação: 10/08/2002 Número do processo: 2.0000.00.347963-8/000(1)).

EMENTA: AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. A alienação antecipada de bens com suporte no art. 670 do CPC depende da necessidade de comprovação da deterioração ou depreciação dos bens constritos, ou quando manifesta a vantagem dessa venda. (Processo nº 2.0000.00.305919-0/000(1), Relator: JARBAS LADEIRA. Data da publicação: 13/06/2000).

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO – ALIENAÇÃO ANTECIPADA DOS BENS PENHORADOS – REQUISITOS – INEXISTÊNCIA. A alienação antecipada dos bens penhorados nos autos da execução se justifica somente quando os bens estiverem sujeitos a deterioração ou depreciação e houver manifesta

vantagem para ambas as partes com a alienação, devendo-se considerar como bens sujeito a deterioração ou depreciação aqueles de fácil perecimento ou com prazo limitado de duração, circunstâncias que impedem sejam guardados ou depositado por longo período, dentre os quais não se enquadra um automóvel que se encontra em regular estado de conservação. (Processo 2.0000.00.311003-4/000 (1) – Relator EDILSON FERNANDES. Data do Acórdão 28/06/2000 e publicação 12/08/2000.

Não há, nos autos, comprovação por parte do agravante de deterioração e depreciação dos bens penhorados, inclusive de manifesta vantagem da venda, circunstâncias que não autorizam a alienação antecipada dos bens especificados, devidamente assinalados pelo juiz *a quo*, notadamente quando os executados são os próprios fiéis depositários.

Isto posto: tomo conhecimento da insurgência porque tempestiva, mas para negar-lhe provimento, confirmando, em todos os seus termos a decisão monocrática atacada, por não evidenciada a comprovação da deterioração ou depreciação dos bens executados, incluindo manifesta vantagem de venda.

É o voto.

Fortaleza, 19 de março de 2007.

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

Agravo de Instrumento nº 2003.0002.0920-7/0

Agravante: Banco Itau S/A

Agravado: TBM – Têxtil Bezerra de Menezes S/A

Relator: Desembargador Ademar Mendes Bezerra

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO.

DECISÃO QUE DETERMINA A ABSTENÇÃO DE INSCRIÇÃO DOS NOMES DE DEVEDORES NOS CADASTROS DE RESTRIÇÃO AOS CRÉDITOS. CONTRATO CONTROVETIDO EM AÇÃO REVISIONAL. NÃO DEMONSTRAÇÃO DE EXISTÊNCIA DE PARTE INCONTROVERSA.

- Havendo discussão judicial acerca das cláusulas contratuais, não é possível a inscrição do nome do contratante nos cadastros de restrição ao crédito.

- Não se pode exigir, para concessão de medida preambular restritiva da dita inscrição, o depósito da parte incontroversa, se o agravante não demonstrou haver, no caso concreto, concordância sobre alguma parcela da dívida ou qual seria seu montante.

- Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. Agravo conhecido e improvido.

ACÓRDÃO:

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos do Agravo de Instrumento n.º **2003.0002.0920-7/0** em que figuram as partes acima indicadas.

Acorda a Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Ceará, em julgamento unânime, conhecer e negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, 14 de fevereiro de 2007.

RELATÓRIO

Tratam os presentes autos de Agravo de Instrumento interposto pelo Banco Itaú S.A. contra decisão interlocutória do MM. Juiz da 2ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza, que determinou à recorrente em se abster de realizar a inserção do

nome da parte agravada nos cadastros de restrição aos créditos.

Sustenta o agravante que a medida contraria o ordenamento pátrio vigente, o qual não prevê tal possibilidade. Aduz que tal medida lhe causa sérios danos.

O magistrado de primeiro grau prestou informações às fls. 111/112, reiterando os termos de sua decisão.

As contra-razões repousam às fls.114/121, defendendo, em síntese, a correção da decisão atacada.

O pedido de efeito suspensivo foi denegado por esta relatoria (fls.128/131), sob o entendimento de que a discussão judicial de ação revisional – na qual não se evidencia haver indicação de parte incontroversa - é hábil a impedir a inscrição do nome da parte nos cadastros de inadimplentes.

É o Relatório.

VOTO

O cerne da querela consiste em saber se pode o Poder Judiciário compelir as instituições financeiras a não inscreverem os nomes de litigantes nos cadastros de restrição a créditos.

O posicionamento do Superior Tribunal de Justiça nesse aspecto é oscilante. Com efeito, no Recurso Especial nº 527.618, do Rio Grande do Sul, julgado por unanimidade em 22/10/2003, a Segunda Seção daquele tribunal superior assentou entendimento de que somente seria possível a vedação de inscrição caso houvesse depósito realizado pelo devedor da parte incontroversa da dívida. É o que se lê da ementa:

“EMENTA: CIVIL. SERVIÇOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. REGISTRO NO ROL DE DEVEDORES. HIPÓTESES DE IMPEDIMENTO. A recente orientação da Segunda Seção desta Corte acerca dos juros remuneratórios e da comissão de permanência (RESP’s nº 271.214-RS, 407.097-RS, 420.111-RS), e a relativa freqüência com que devedores de quantias

elevadas buscam, abusivamente, impedir os registros de seus nomes nos cadastros restritivos de créditos só e só por terem ajuizado ação revisional de seus débitos, sem nada pagar ou depositar, recomendam que esse impedimento deva ser aplicado com cautela, segundo o prudente exame do juiz, atendendo-se às peculiaridades de cada caso.

Para tanto, deve-se ter, necessária e concomitantemente, a presença de três elementos: a) que haja ação proposta pelo devedor contestando a existência integral ou parcial do débito; b) que haja efetiva demonstração de que a contestação da cobrança indevida se funda na aparência do bom direito e em jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça; c) que, sendo a contestação apenas de parte do débito, deposite o valor referente à parte tida por incontroversa, ou preste caução idônea, ao prudente arbítrio do magistrado.

O Código de Defesa do Consumidor veio amparar o hiposuficiente, em defesa dos seus direitos, não servindo, contudo, de escudo para a perpetuação de dívidas.

Recurso conhecido pelo dissídio, mas improvido”.

Ocorre que, ao contrário do que se poderia imaginar, tal decisão não pôs fim à divergência de entendimento no Superior Tribunal de Justiça, havendo decisões posteriores, unânimes das turmas isoladas defendendo o entendimento de que basta a discussão judicial do débito para desautorizar a inscrição. É o que se lê nos seguintes julgados:

“PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO - INSCRIÇÃO NO CADIN - RECONHECIMENTO

PELA CORTE DE ORIGEM DA EXISTÊNCIA DE PROCESSO JUDICIAL A DISCUTIR O DÉBITO QUE MOTIVOU A INSCRIÇÃO – INVIABILIDADE DA INSCRIÇÃO - ITERATIVOS PRECEDENTES - IMPOSSIBILIDADE DE VERIFICAÇÃO SE HÁ DISCUSSÃO JUDICIAL ACERCA DA DÍVIDA QUE ORIGINOU A INSCRIÇÃO, SOB PENA DE AFRONTA À SÚMULA N. 7/STJ - RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.

- Há iterativos precedentes neste Superior Tribunal de Justiça, a demonstrar que, “nos termos da jurisprudência desta Corte, estando a dívida em juízo, inadequada em princípio a inscrição do devedor nos órgãos controladores de crédito” (REsp n. 180.665-PE, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, in DJ de 3/11/98). **De igual modo, o douto Ministro Barros Monteiro consignou que, “encontrando-se pendente de julgamento o litígio instaurado entre as partes acerca do alongamento do débito, não se justifica o registro do nome do devedor no CADIN ou qualquer outro órgão cadastral de proteção ao crédito”** (REsp n. 217.629-MG, in DJ de 11/9/2000). **A colenda 1ª Turma também já assentou “que a jurisprudência desta Corte consolidou-se no sentido de que a discussão judicial do débito impede a inscrição do devedor em cadastros de inadimplentes”** (AGREsp n. 501.801-RS, Rel. Min. Francisco Falcão, in DJ de 20/10/2003).

- **De qualquer modo, cumpre registrar que apreciar a natureza da dívida objeto do litígio judicial significa arredar do âmbito de cognição do recurso especial, pois necessário seria o reexame do conjunto probatório para se verificar se há discussão judicial da dívida que ensejou a inclusão do nome da contribuinte no CADIN, o**

que encontra óbice no enunciado da Súmula n. 7 deste Sodalício (“A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”).

- Recurso especial improvido.

(RESP 285097 / PB ; RECURSO ESPECIAL 2000/0110828-0 Ministro FRANCIULLI NETTO T2 - SEGUNDA TURMA 25/11/2003 DJ 22.03.2004 p. 269)

* * *

PROCESSUAL CIVIL - SFH - MEDIDA CAUTELAR - EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL - SUSPENSÃO - PRECEDENTES DO STJ.

- Esta eg. Corte pacificou o entendimento no sentido de que, havendo ação em juízo para discutir a dívida relativa às prestações do SFH, fica suspensa a execução extrajudicial e vedado o lançamento do nome do mutuário-devedor nos bancos de dados de proteção ao crédito.

- Recurso especial não conhecido.

(RESP 584631 / PB ; RECURSO ESPECIAL 2003/0161493-0 Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS T2 - SEGUNDA TURMA 19/10/2004 DJ 01.02.2005 p. 493)

No presente caso, porém, não vislumbro sequer a possibilidade de aplicação do entendimento jurisprudencial da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça – como busca o agravante -, pois, na peça de interposição, não há a indicação ou comprovação de que o autor da revisional tenha reconhecido alguma parte do débito advindo do contrato, de cujas cláusulas se busca a revisão ou, ainda, se estaria inadimplida tal parte incontroversa. Também o banco não demonstra qual parte seria incontroversa.

Ademais, parece-me inquestionavelmente presentes os pressupostos autorizadores da concessão da medida

proibitiva das inscrições nos cadastros.

Por tais razões, conheço o presente agravo, por preencher os pressupostos processuais intrínsecos e extrínsecos, para negar-lhe provimento, mantendo inalterada a decisão de primeiro grau.

É como voto.

Fortaleza, 14 de fevereiro de 2007.

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

Agravo de Instrumento nº 2003.0010.1522-8/0

Agravante: Marilza Vasconcelos Bastos

Agravado: Credcard S.A – Administradora de Cartão de Crédito

Relator: Desembargador Ademar Mendes Bezerra

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. GRATUIDADE JUDICIÁRIA. PESSOA FÍSICA. FALTA DE INFIRMAÇÃO DAS ALEGAÇÕES PELA PARTE CONTRÁRIA. DEFERIMENTO.

- O benefício da gratuidade da justiça, tratando-se de pessoa física, basta ser alegado pela parte, cabendo ao outro litigante infirmar a presunção de veracidade.

- Precedentes dos Tribunais Superiores.

- Agravo conhecido e provido.

ACÓRDÃO:

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Agravo de Instrumento nº 2003.0010.1522-8/0, em que figuram

as partes acima indicadas.

Acorda o egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por sua Segunda Câmara Cível, à unanimidade, conhecer e dar provimento ao recurso, nos termos do voto de relator.

Fortaleza, 08 de fevereiro de 2006.

RELATÓRIO:

Cuidam os presentes autos de Agravo de Instrumento com pedido de efeito suspensivo interposto por Marilza Vasconcelos Bastos contra decisão proferida pelo digno magistrado da 12ª Vara Cível de Fortaleza que, nos autos de ação ordinária, condicionou a gratuidade judiciária à comprovação documental.

Alega que a interlocutória contraria a legislação, visto que, segundo a remansosa jurisprudência do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, basta a mera alegação.

O pedido de efeito suspensivo formulado foi denegado por esta Relatoria (fls.28).

Não houve contra-razões nem informações, conforme testifica certidão de fls. 30.

É o Relatório.

VOTO:

Compulsando os autos, infere-se que houve negligência, em relação à juntada da procuração do recorrido. Todavia, tenho por suprida a irregularidade, vez que às fls. 14v consta despacho do MM Juiz *a quo* indeferindo certidão que ateste não haver procuração da parte adversa por não ter sido citada.

Ora, se o magistrado singular indefere o pleito formulado, já informando como motivo a ausência de citação, como possui presunção de fé, entendo que o recurso preenche tal pressuposto, haja vista que diligenciou no sentido de requerer a certidão demonstrando ausência de procuração do outro

litigante. Se o julgador argumentou no despacho que a parte ainda não havia sido citada, fato que ensejava, no seu conceber, a denegação do pedido de certidão à Secretaria daquela Vara Cível, tenho que não se pode apenar a agravante pela insurgência daquele juízo.

Por tais razões, a despeito de não ter sido suscitada a questão, já que sequer houve contra-minuta do recurso, como a matéria poderia ser conhecida de ofício, entendi prudente enfrentá-la, a fim de que posteriormente não houvesse qualquer irresignação da parte agravada.

Quanto ao mérito, prescinde-se de maiores indagações jurídicas.

A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça já decidiu a matéria nos seguintes termos:

“EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. JUSTIÇA GRATUITA. CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. PESSOA JURÍDICA. ALEGAÇÃO DE SITUAÇÃO ECONÔMICA-FINANCEIRA PRECÁRIA. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO MEDIANTE APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTOS. INVERSÃO DO ONUS PROBANDI.

I- A teor da reiterada jurisprudência deste Tribunal, a pessoa jurídica também pode gozar das benesses alusivas à assistência judiciária gratuita, Lei 1.060/50. Todavia, a concessão deste benefício impõe distinções entre as pessoas física e jurídica, quais sejam: a) para a pessoa física, basta o requerimento formulado junto à exordial, ocasião em que a negativa do benefício fica condicionada à comprovação da assertiva não corresponder à verdade, mediante provocação do réu. Nesta hipótese, o ônus é da parte contrária provar que a pessoa física não se encontra em estado de miserabilidade jurídica. Pode, também, o juiz, na qualidade de Presidente do processo, requerer maiores

esclarecimentos ou até provas, antes da concessão, na hipótese de encontrar-se em “estado de perplexidade”; b) já a pessoa jurídica, requer uma bipartição, ou seja, se a mesma não objetivar o lucro (entidades filantrópicas, de assistência social, etc.), o procedimento se equipara ao da pessoa física, conforme anteriormente salientado(...)

(EREsp 388045 / RS ; EMBARGOS DE DIVERGENCIA NO RECURSO ESPECIAL 2002/0048358-7, Ministro GILSON DIPP, CORTE ESPECIAL, 01/08/2003, DJ 22.09.2003 p. 252, RDDP vol. 8 p. 126).”

Pelo precedente acima aludido, nota-se que em se tratando de pessoa física, o ônus da prova incumbe ao réu, ou seja, bastam as alegações de que o litigante se enquadra nos moldes legais, cabendo à outra parte provar o contrário.

Desse modo, afasto o argumento de que o agravado teria que provar exaustivamente a falta de condições financeiras. O ônus era do recorrido, não sendo tarefa do julgador.

O aresto acima colacionado deixa a controvérsia extreme de dúvida.

Por tais razões, conheço o presente recurso, por preencher os pressupostos extrínsecos e intrínsecos, dando-lhe provimento.

É como voto.

Fortaleza, 08 de fevereiro de 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: Desembargador 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 vindencas -, 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 vindencas 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.

MANDADO DE SEGURANÇA

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

Nº 2002.0240-6 : MANDADO DE SEGURANÇA.(PLENO)

IMPETRANTE : JOSÉ RIBAMAR GOMES LEMOS.

**IMPETRADO : SECRETÁRIO DA FAZENDA DO ESTADO DO
CEARÁ.**

**IMPETRADO : SECRETÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO DO
ESTADO DO CEARÁ.**

R. DESIGNADA: DESª HUGUETTE BRAQUEHAIS

**EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA -
REAJUSTE DE VANTAGEM PESSOAL
INCORPORADA – IMPOSSIBILIDADE DE
CONCESSÃO - INEXISTÊNCIA DE DIREITO
LÍQUIDO E CERTO NO TOCANTE - PARCELA
INCORPORADA, COMO VANTAGEM PESSOAL,
QUE NÃO SE VINCULA AOS REAJUSTES
CONCEDIDOS AO VALOR DA GRATIFICAÇÃO
DOS OCUPANTES DO CARGOS EM COMISSÃO
- VINCULAÇÃO VEDADA PELO ARTIGO 98,
PARÁGRAFO ÚNICO DA CONSTITUIÇÃO DE
1967 E PELO ARTIGO 37, INCISO XIII, DA
VIGENTE CONSTITUIÇÃO(CF/88) - AUSÊNCIA
DE REDUÇÃO NOMINAL DO VALOR DA
REPRESENTAÇÃO INCORPORADA -
SEGURANÇA DENEGADA.**

- A C Ó R D Ã O -

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Mandado de Segurança, ACORDAM os Desembargadores deste Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em sua composição plenária, por maioria de votos, denegar a segurança impetrada, conforme voto da Relatora.

Adotamos o Relatório de fl. 51, ao qual

acrescentamos o seguinte: como se vê, na sessão plenária realizada no dia 09 do corrente, pedimos vista dos autos, para melhor exame da matéria debatida.

- V O T O -

Com efeito, o Relator original do feito, Des. Ernani Barreira Porto, através do voto de fls. 55 e seguintes dos autos, concedeu a segurança, no que foi acompanhado pelo eminente e saudoso Des. Edmilson da Cruz Neves.

Resolvemos, então, pedir vista dos autos após o que emitimos o nosso voto-vista, no qual nos manifestamos pela denegação da segurança impetrada.

Como se lê na Ata de fl., na sessão do dia 09 de março do corrente mês de março, o nosso voto-vista foi acolhido pela maioria dos ilustres Desembargadores integrantes deste Plenário, pelo que fomos designada para lavrar o acórdão respectivo.

Assim sendo, segue o nosso voto, cujo teor reitera, integralmente, o voto-vista já proferido acerca da matéria. Eis, em seguida, o nosso VOTO, nos seguintes termos:

Iniciaremos por dizer que, aparentemente, impressiona o questionamento suscitado pelo Impetrante, quando alega que é titular de um direito adquirido relativamente à incorporação de uma gratificação, como vantagem pessoal.

No entanto, trata-se de um assunto que não deve ser discutido aqui, porquanto, como está amplamente visto, não existe, em rigor, qualquer ataque a direito adquirido seu, eis que as autoridades impetradas não chegaram a extinguir verba incorporada aos seus vencimentos como vantagem pessoal, em decorrência do anterior exercício de um cargo público comissionado.

Em suma, ele – Impetrante - continua com o direito que adquiriu intacto, incorporando, ao seu patrimônio jurídico, a vantagem a que fez jus em virtude do exercício do sobredito cargo público comissionado, nas condições previstas na

respectiva legislação de regência.

Convém não esquecer que o mesmo é servidor ativo, como se pode depreender da inicial e dos extratos de pagamento de fls. 15/16.

Sendo assim, o fato de a lei de aumento não contemplar especificamente a parcela que incorporou como vantagem pessoal, não significa ofensa ao princípio da irredutibilidade.

É que, na verdade, **não houve redução nominal** no valor da mencionada gratificação. O que aconteceu foi que a ele não se acresceu o valor dos reajustes a que o Impetrante julga ter direito. E se não houve redução no “quantum” daquela vantagem, não há que se falar em ofensa ao princípio constitucional da irredutibilidade de vencimentos.

A sua pretensão, pelo visto, é ter direito a **um regime de remuneração** que entende lhe seja aplicável, qual seja, o de ver majorado o valor da representação incorporada, em virtude do exercício anterior de cargo comissionado, toda vez que houver aumento da representação do correspondente cargo comissionado ocupado por terceiros.

Noutros termos, ele – Impetrante - simplesmente, está pretendendo uma verdadeira vinculação remuneratória, sustentando a sobrevivência de uma regra legal que ata permanentemente o valor da vantagem pessoal, por ele percebida, ao valor da mesma vantagem nominalmente idêntica percebida por aqueles que estão em exercício.

Mas essa pretensão, “data venia”, já foi rechaçada pelo Supremo Tribunal, quando do julgamento da Representação de Inconstitucionalidade n.1.3991-0/CE., e, também, por ocasião do julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 294009/PE- Rel. Min. CEZAR PELUSO – 1ª TURMA- DJ de 25/06/2004 – p.. 18), a que aludem as Informações (fl. 32), onde restou firmado o precedente segundo o qual “(...) *não há direito adquirido do servidor público a regime jurídico-funcional, nem à permanência do regime legal de reajuste de vantagem*”.

Com efeito, a Suprema Corte, sob a vigência do regime constitucional anterior, em decisão incensurável, houve

por bem declarar a inconstitucionalidade do artigo 4º da Lei 11.171/86, onde a questão restou destramada com a declaração de inconstitucionalidade da expressão: “ e será atualizada toda vez que houver aumento da representação atribuída ao cargo pelo exercício de cujas funções houver o servidor a ela feito jus”.

Ora, se tal vinculação já era vedada pelo art. 98, § único da Constituição de 24//01/67, como proclamou o S.T.F. na referida Representação, a mesma interpretação, impõe-se reconhecer, deverá ser adotada sob a vigência do atual texto constitucional, por força do disposto numa regra de idêntico teor, qual seja, o art. 37, inc. XIII, CF/88- “É vedada a vinculação ou equiparação de quaisquer espécies remuneratórias para o efeito de remuneração de pessoal do serviço público”.

Donde a conclusão de que, tanto no regime anterior como no regime constitucional vigente, a pretensão do Impetrante esbarra em óbice intransponível, qual seja, a barreira da vinculação, prevista nos dispositivos constitucionais que vêm de ser aqui mencionados.

É dizer, não prevalece, em face da Constituição, a regra legal que manda reajustar o valor da representação incorporada, por exercício anterior de cargo comissionado, toda vez que houver reajuste do valor da representação do cargo comissionado correspondente, ocupado por aqueles que estejam em exercício no momento da vigência da lei de reajuste.

É que isso, como já anotado, caracteriza uma vedada vinculação, a teor de norma específica já prevista no parágrafo único do artigo 98, da Constituição de 1967, norma essa, integralmente, confirmada pelo disposto no artigo 37, inciso XIII, da atual Constituição Federal (CF/88).

De sorte que, em assim decidindo a Suprema Corte, quer no passado, quer no presente, torna, de todo, inane e sem proveito o argumento de que a ausência de previsão legal de reajuste da gratificação incorporada implica ofensa à garantia da irredutibilidade vencimental.

Em suma, entendemos que, sem nenhuma ofensa a princípios constitucionais, a lei nova pode deixar de conceder, ao Impetrante, reajustes que o legislador considera devidos, tão-

somente, aos que são titulares de cargos em comissão, porquanto, nesse caso, como anteriormente comentado, não se pode falar em violação ao princípio da irredutibilidade, visto que não se reduziu nominalmente o “quantum” que ele - Impetrante - percebe, mas apenas não se lhe acresceram, na proporção desejada, os reajustes vencimentais a que julga fazer jus.

Impende assim ressaltar que as autoridades impetradas, na realidade, não praticaram nenhum ato ofensivo a direito líquido e certo do Impetrante. Elas, simplesmente, comportaram-se nos estritos limites do princípio da legalidade, a que estão, constitucionalmente, vinculadas.

Isso porque, se as sucessivas leis de reajuste não contemplavam a parcela vencimental questionada, sobreditas autoridades, na ausência de autorização legal específica, não podiam, evidentemente, por conta própria, “praeter legem”, outorgar ao Postulante um reajuste vencimental não previsto - e, portanto, não autorizado - pela lei.

Diante desse contexto, impõe-se reconhecer que o Administrador, sem autorização e sem permissão legal, não pode **suprir uma lacuna legislativa**. Essa não é, seguramente, sua incumbência, principalmente, nesta complexa matéria, que, sabidamente, está submetida ao princípio da reserva legal, previsto no art. 61, § 1º, inciso II, letra “a”, da CF/88.

É que, como se sabe, em face do regime constitucional em vigor, como ensina ROBERTO ROSAS, em comentários à Súmula 339, do STF:

“A fixação de vencimentos e seu aumento competem ao Poder Legislativo, que examina o projeto de lei de iniciativa do Poder Executivo(RTJ 54/384). Ao Judiciário somente cabe examinar a lesão ao princípio constitucional da igualdade. Não cabe o exame da justa ou injusta situação do servidor, que deveria estar em nível mais alto”.

Noutro giro verbal, para resumir, os aumentos pretendidos pelo Impetrante dependiam, em cada caso, de lei específica, de iniciativa do Chefe do Executivo. E nesse sentido, como se vê, o mesmo não tomou nenhuma iniciativa.

O certo é que, nestas condições, as autoridades apontadas como coatoras não podiam, por evidente, lhe conceder tais reajustes, porque, para tanto, nunca estiveram, legalmente, autorizadas.

E o Judiciário, por sua vez, não pode, também, suprir essa lacuna legislativa, para conceder tais aumentos, a pretexto de isonomia, porque não tem função legislativa, como proclama o enunciado da **Súmula 339**, do Supremo Tribunal Federal, **verbis**:

“Não cabe ao Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia”.

E, no caso, o único fundamento invocável seria o da isonomia, diante do qual, porém, se quedam inertes o Administrador e o próprio Poder Judiciário, que, como acima está dito, não têm função legislativa, para resolver, adequadamente, a pretensão, ainda que justa, do Impetrante.

Impõe-se concluir, portanto, que, em face da ausência de previsão legal específica, o Administrador não está autorizado a conceder os aumentos postulados, e o Judiciário, por seu turno, não tendo função legislativa, não pode também conceder os reajustes reclamados, sob o pretexto de isonomia, conforme a orientação consolidada no enunciado sumular acima referido.

Em suma, ao Judiciário *“não cabe o exame da justa ou injusta situação do servidor”*, de tal sorte que eventual injustiça em relação a certa situação funcional subjetiva só poderá ser corrigida pela via legislativa adequada.

Noutros termos, **“O princípio da isonomia deve ser concretizado pelo legislador”**.(RMS 21.512-78. Ob. cit., p. 138).

Por derradeiro, de todo oportuno e proveitoso trazer

à colação acórdão do Supremo Tribunal Federal, que, examinando espécie idêntica à de que ora se cuida, assim decidiu:

“Tendo em vista a orientação da jurisprudência do STF no sentido de que não há direito adquirido a regime jurídico, o Tribunal, por maioria, conheceu e deu provimento a recurso do Estado de Santa Catarina contra acórdão do Tribunal de Justiça local que, fundado no princípio da intangibilidade do direito adquirido e no da irredutibilidade de vencimentos, determinou a observância, no reajuste da parcela remuneratória incorporada por servidor em razão do anterior exercício de cargo em comissão (estabilidade financeira), dos mesmos critérios aplicáveis ao reajuste dos vencimentos dos atuais ocupantes daqueles cargos. Considerou-se que o instituto da estabilidade financeira visa a manter o padrão de vida do servidor quando este ocupava o cargo em comissão, conservando, portanto, o valor nominal da remuneração por ele percebida, não implicando o direito a ter seus vencimentos atrelados aos dos atuais ocupantes dos cargos em comissão. Afastou-se, também, a alegada ofensa ao princípio da irredutibilidade de vencimentos, uma vez que não houve decréscimo no valor nominal da remuneração dos servidores beneficiados pela referida estabilidade financeira. Concluiu-se, ainda, não ser aplicável à espécie o § 4º, do art. 40, da CF – que determina a extensão aos inativos de quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade - porquanto não houve tratamento diferenciado entre os servidores em atividade

e os inativos. Precedentes citados: SS(AgRG)761-PE(DJU de 22.3.96); RE 193.810-SC(DJU de 6.6.97). Vencidos os Ministros Maurício Corrêa, Marco Aurélio, Néri da Silveira e Carlos Velloso. RE 226.462-SC- rel. Min. Sepúlveda Pertence, 13.05.98.(Informativo STF n. 110).

Qual se vê, interpretando-se o contexto da ementa ora transcrita, que resume acórdão, de todo, aplicável à espécie, pode-se – em síntese - asseverar o seguinte:

1- não há direito adquirido a regime jurídico de remuneração;

2- o Impetrante não sofreu nenhuma redução vencimental, porque restou preservado o valor nominal dos seus vencimentos, não havendo, portanto, nenhuma ofensa ao princípio da irredutibilidade;

3- não há direito adquirido desse Impetrante de manter os valores de suas gratificações incorporadas atrelados aos valores da representação percebida pelos atuais ocupantes de cargos em comissão;

4- não se lhe aplica a regra do § 4º, do artigo 40, da Constituição Federal, eis que, no caso, não se trata de tratamento diferenciado entre os servidores em atividade e inativos;

5- finalmente e por decorrência, inexistente direito líquido e certo a ser protegido pela via do **mandamus**.

Diante do exposto, tendo em conta, especialmente, o precedente firmado, no âmbito do STF, acerca da matéria em debate, ousamos divergir, “data venia”, do Parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça e do voto proferido pelo eminente Relator, pelo que, sem mais delongas, votamos pela denegação da segurança impetrada, por ausência de fundamento constitucional.

É como votamos.

Fortaleza, 9 de março de 2006.

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

Nº 2004.2687-2 : MANDADO SEGURANÇA (TRIBUNAL PLENO)

**IMPETRANTE: IOLANDA GOMES TEIXEIRA DE ALCÂNTARA.
IMPETRADO: SECRETÁRIO DE ADMINISTRAÇÃO DO CEARÁ.**

IMPETRADO: SECRETÁRIO DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ.

IMPETRADO: SUPERINTENDENTE DO INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA DO ESTADO DO CEARÁ- IPEC.

RELATORA : DESª HUGUETTE BRAQUEHAIS

EMENTA: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO - INCIDÊNCIA DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SOBRE OS PROVENTOS DO SERVIDOR - CONSTITUCIONALIDADE DA EXIGÊNCIA EM FACE DA DECISÃO PROFERIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NOS AUTOS DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 3.105-8/DF – OBSERVÂNCIA AO LIMITE ESTABELECIDO NO § 18 DO ARTIGO 40, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - NÃO INCIDÊNCIA DO TETO REMUNERATÓRIO ESTABELECIDO POR EMENDA CONSTITUCIONAL COM A INCLUSÃO DE VANTAGENS DE CARÁTER PESSOAL. SEGURANÇA PARCIALMENTE CONCEDIDA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Mandado de Segurança, acordam os Desembargadores do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em sessão

plenária, por unanimidade de votos, em lhe tomar conhecimento, para, em seguida, nos termos do parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça, **CONCEDER, PARCIALMENTE, A SEGURANÇA IMPETRADA**, conforme voto da Relatora.

Relatório lançado às fls. 232/236 dos autos.

- V O T O -

- P R E L I M I N A R M E N T E :

Na linha da correta orientação perfilhada pela douta Procuradoria Geral de Justiça, entendemos que o Superintendente do Instituto de Previdência do Estado do Ceará – IPEC – deve, realmente, ser excluído da presente relação processual, porquanto, na verdade, ele não praticou o ato aqui impugnado.

Aliás, nem se poderia cogitar de lhe atribuir qualquer responsabilidade na hipótese, porque, como se sabe, ele - Superintendente do IPEC - de forma alguma participou do processo de elaboração dos atos legislativos em destaque. Tampouco, a pretexto de executá-los, determinou a adoção de qualquer providência no sentido de exigir a malsinada contribuição previdenciária.

É que, atualmente, existe o Sistema Único de Previdência Social, no Estado do Ceará - SUPSEC- que é administrado pela Secretaria da Fazenda e, também, pela Secretaria de Administração, por força da Emenda Constitucional nº 39, de 05/05/1999, e art. 12 da Lei Complementar nº 12, de 23/06/1999, pelo que o IPEC já não mais detém competência previdenciária, muito menos, no que diz respeito à arrecadação das contribuições devidas ao sistema de previdência, cujos recursos foram transferidos para o sobredito SUPSEC, desde o dia 01 de outubro de 1999, como bem esclarecido nas Informações prestadas às fls. 111 e seguintes dos autos.

Nestas condições, em consonância com o Parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça, acolhemos a preliminar suscitada e determinamos seja excluído da relação processual

em causa o aludido Superintendente do IPEC, pelo que, em relação a ele, fica extinto o processo sem julgamento de mérito, nos termos do art. 267, inciso VI, do Código de Processo Civil.

- MÉRITO -

1) DA INCIDÊNCIA DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA:

Como consta do Relatório, a presente impetração, se insurge contra a cobrança da contribuição previdenciária sobre as pensões da Impetrante e, também, contra a fixação de um teto remuneratório, no qual foram incluídas vantagens de natureza pessoal, tudo, como previsto, respectivamente, nos artigos 5º e 8º da Emenda Constitucional estadual nº 56/2004.

Examinemos, em primeiro lugar, a questão pertinente à cobrança da contribuição previdenciária sobre aquelas pensões da Impetrante.

No particular, convém, de logo, esclarecer que a EC 56/2004 reproduziu, textualmente, a regra constante do artigo 4º da Emenda Constitucional federal nº 41, de 19 de dezembro de 2003.

Com efeito, naquele dispositivo, está previsto que *“Os servidores inativos e os pensionistas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, em gozo de benefício na data da publicação desta Emenda(41), (...), contribuirão para o custeio do regime de que trata o art. 40 da Constituição Federal com percentual igual ao estabelecido para os servidores titulares de cargos efetivos”*.

Sabe-se, acerca da matéria em discussão, que sobreveio uma orientação definitiva, oriunda do Supremo Tribunal Federal, adotada no julgamento da ADI nº 3.105-8-DF.

É que, como amplamente divulgado, na reunião plenária realizada no dia 18 de agosto de 2004, o Supremo Tribunal Federal, em resumo, deliberou o seguinte:

a- por maioria, julgou improcedente o pedido em relação ao *caput* do artigo 4º da EC 41/2003, vencidos a Senhora

Ministra Ellen Gracie, Relatora, e os Senhores Ministros Carlos Britto, Marco Aurélio e Celso de Mello, pelo que restou reconhecida a constitucionalidade da cobrança da contribuição previdenciária sobre proventos e pensões;

b- por unanimidade, declarou a inconstitucionalidade das expressões “*cinquenta por cento do*” e “*sessenta por cento do*” constantes, respectivamente, dos incisos I e II, do parágrafo único do artigo 4º da EC 41/2003, pelo que passou a incidir sobre a hipótese do artigo 4º da Emenda Constitucional nº 41/2003 a regra do § 18, do artigo 40, do texto permanente da CF/88, introduzido pela mesma Emenda Constitucional.

Impende, no entanto, registrarmos que o § 18, do art. 40, da CF/88, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 41/2003, estabeleceu a incidência da contribuição previdenciária sobre os proventos de aposentadoria e pensões, cujos valores superem o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social, de que trata o art. 201, da mesma Constituição.

E esse limite máximo, a que se refere o § 18, do art. 40, da CF/88, a partir de 1º maio de 2004, é de R\$ 2.508,72.

Em acréscimo, vale salientar que a decisão do Supremo Tribunal, a respeito da matéria em comento, é, sabidamente, irrecorrível, ressaltando-se, apenas, a interposição de embargos declaratórios, mas não comportando, inclusive, ação rescisória, como está, expressamente, previsto no artigo 26 da Lei nº 9.868, de 10/11/1999.

Demais disso, por derradeiro, convém assinalar que esse tipo de decisão reveste-se de força vinculante, em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal, segundo a clara dicção do Parágrafo único do Artigo 28, do sobredito diploma legal, cuja constitucionalidade, aliás, já foi proclamada em sede de Agravo Regimental na Reclamação nº 1.880/SP, da qual foi relator o Min. Maurício Corrêa.

Nestas condições, com ressalva do nosso entendimento pessoal, sem mais delongas e em estrita obediência à decisão em apreço, proferida no âmbito do STF,

quanto ao presente tópico, não nos resta outra alternativa senão reconhecer, do ponto de vista constitucional, a legitimidade da cobrança da contribuição previdenciária sobre a pensão da Impetrante.

Na cobrança dessa contribuição, todavia, deve ser respeitado o limite previsto no § 18 do art. 40 da Constituição Federal, como anteriormente comentado. E esse limite, como também já ressaltado, a partir de 1º de maio de 2004, passou a ser de R\$ 2.508,72, pelo que, neste ponto, a nossa conclusão é a de que deve ser parcialmente concedida a segurança, a fim de que o limite constitucional em questão seja inexoravelmente observado (Precedentes do TJDF: MANDADO DE SEGURANÇA 20040020034905MSG DF, Rel. Des. Mario Machado, DJU 01/02/2005; Mandado de Segurança 20040020026660MSG DF, Rel. Des. Lécio Resende, DJU 09/11/2004).

2- DO TETO REMUNERATÓRIO:

Relativamente à segunda pretensão, ou seja, quanto à questão pertinente ao teto remuneratório permitimo-nos reiterar, neste ensejo, as considerações que, em outras oportunidades, já expusemos, acerca da matéria em debate.

Como se nota, neste tópico, a questão, basicamente, diz respeito ao **teto remuneratório**, imposto pelo art. 8º da recente Emenda Constitucional estadual n. 56, de 07 de janeiro de 2004.

É que, diferentemente do que sustentam as eminentes autoridades impetradas, na excelente companhia dos mais respeitáveis constitucionalistas deste País, entendemos – sim – que a Emenda Constitucional não pode desprezar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito, nem a coisa julgada.

E começamos, a propósito, pedindo socorro ao eminente jurista JOSÉ AFONSO DA SILVA, que, em ensaio doutrinário, nos ensina que:

“A conclusão é simples e peremptória: a reforma ou emenda constitucional não pode ofender

direito adquirido, pois está sujeita a limitações, especialmente limitações materiais expressas, entre as quais está precisamente a de que não pode pretender abolir os direitos e garantias individuais, e dentre estas está o direito adquirido”.(Revista de Administrativo, n. 213, págs. 121/131).

ALEXANDRE DE MORAES, por sua vez, com a sua reconhecida autoridade científica, acerca do tema, em tom lapidar assim se manifesta:

“O Congresso Nacional, no exercício do Poder Constituinte derivado, pode reformar a norma constitucional por meio de emendas, porém respeitando as vedações impostas pelo poder constituinte originário, este sim hierarquicamente inalcançável, pois manifestação do povo e consagrado pela Constituição Federal de 1988. Assim, a Lei Magna prevê, expressamente, seguindo a tradição constitucional, a imutabilidade das cláusulas pétreas(Art. 60, § 4º, IV), ou seja, a impossibilidade de emenda constitucional prejudicar os direitos e garantias individuais, entre eles, o direito adquirido(art. 5º, XXXVI)”. (Direito Constitucional – 6ª edição – São Paulo – Atlas – 1999 – pág. 97).

No mesmo sentido, a posição do renomado e saudoso CELSO RIBEIRO BASTOS, quando, acerca do tema, assim declara:

“(…). Anote-se a impossibilidade de alegar-se direito adquirido em face de norma constitucional originária, salvo nas hipóteses em que a própria Constituição o consagra. O mesmo

não ocorre em relação às normas constitucionais derivadas, nascentes de emendas constitucionais, cujo processo legislativo deve respeitar, entre outras normas, as chamadas limitações expressas materiais, conhecidas como cláusulas pétreas. Entre elas, a previsão do art. 60, § 4º, IV, da Constituição Federal (direitos e garantias individuais), especificamente o art. 5º, XXXVI (direito adquirido)”. (cf. Dicionário de Constitucional – São Paulo – Saraiva – 1994 – p. 43).

Nessa mesma linha de pensamento, podemos alinhar figuras não menos ilustres, como, por exemplo, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, o sobredito professor PAULO BONAVIDES, CARLOS AYRES BRITTO, atualmente ministro do STF, e o professor cearense VALMIR PONTES FILHO.

O professor PAULO BONAVIDES, por exemplo, do alto da sua cátedra, em tom lapidar, acerca do tema, pontifica, em síntese:

“Tanto a lei ordinária como a emenda à constituição que afetarem, abolirem ou suprimirem a essência protetora dos direitos sociais, jacente na sua índole, espírito e natureza de nosso ordenamento maior, padecem irremissivelmente da eiva de inconstitucionalidade, e como inconstitucionais devem ser declarados por juízes e tribunais, que só assim farão, qual lhes incumbe, a guarda bem sucedida e eficaz da Constituição”. (Curso de Direito Constitucional – 12ª edição – São Paulo – 2002- p. 595).

Não há dúvida de que a pensão é um benefício previdenciário e, como tal, um direito social assegurado aos trabalhadores em geral, inclusive, do setor público, de modo que

as lições do insigne mestre se aplicam de todo à espécie em comento.

Além disso, neste caso, impende relevar que a Impetrante passou a receber o seu benefício muito antes do advento e vigência da Emenda Constitucional estadual nº 56, que é de 07 de janeiro de 2004, conforme se conclui em face da documentação anexada à inicial da ação.

Enquanto isso, como consta dos autos em exame, o marido da Impetrante, instituidor da pensão, faleceu no mês de abril do recuado ano de 1983.

Aliás, é do consenso jurisprudencial que a lei que rege a aquisição do direito à pensão por morte é a vigente na data do óbito do segurado, consoante o princípio do ***tempus regit actum***. (Ac um da 2ª Seção do TRF da 2ª Região – EI em AC 2000.02.01.072711-1/RJ – Rel. Dês. Fed. André Fontes – DJU-2 de 1º.12.04 – pág. 81 – ***in*** Repertório de Jurisprudência IOB – 2ª Quinzena de Fevereiro de 2005 – nº 4/2005 – Volume I – pág. 110)

Necessário, portanto, neste passo, repetir: *a pensão por morte de servidor público vincula-se à legislação vigente à época do óbito do instituidor e não à da sua aposentadoria.*

Portanto, a concessão de tal benefício (pensão por morte), iniludivelmente, materializa um ato jurídico perfeito e, como tal, ao lado do direito adquirido e da coisa julgada deve, ser, evidentemente, respeitado, quer pela lei ordinária, quer pela emenda constitucional, segundo o majoritário e vitorioso consenso da doutrina nacional.

A propósito, oportuno trazer, novamente, à colação o autorizado e respeitado escólio do eminente professor JOSÉ AFONSO DA SILVA, um dos mais acatados constitucionalistas do País, que, em basilar parecer acerca do assunto, textualmente, com a sua habitual precisão científica, assim se manifestou:

“(…). 3. Antes da promulgação da Constituição de 1988 entendia-se que não havia direito adquirido contra norma constitucional,

fosse ela originária ou derivada. Hoje, no entanto, é necessário distinguir entre as normas constitucionais provenientes do poder constituinte originário - normas constitucionais originárias – e as normas constitucionais derivadas. Quanto às primeiras, dúvida alguma resta de que não se submetem ao direito anterior e, por isso, não estão sujeitas a respeitar o direito adquirido. (...).

4.Quanto às normas constitucionais derivadas, a questão tomou novo rumo com a Constituição de 1988, de sorte que se pode dizer que é pacífico, na doutrina de hoje, que emendas à Constituição não podem ofender o direito adquirido. (...)”. (Parecer sobre a Reforma da Previdência - publicado pela CONAMP- Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – Rio de janeiro – 2004 – pág. 19)

E, agora, insistindo na linha do raciocínio do eminente mestre paulista, é lícito dizer, com toda a convicção, que emendas à constituição, pela mesmíssima razão, não podem, também, ofender o ato jurídico perfeito, irmão gêmeo do direito adquirido, que ostenta a mesma dignidade e tem a mesma origem constitucional. Ambos os institutos são garantias constitucionais do mesmo nível, porquanto, a teor de lição desse renomado constitucionalista, “(...) *ninguém duvida de que se configura como típica garantia individual a regra constante do inc. XXXVI do art. 5º, da Constituição de 1988, segundo o qual a lei não pode prejudicar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. O argumento é irretorquível ...*”. (ob. cit., p. 20)

Em síntese, queremos, a esta altura, ressaltar que o valor da PENSÃO percebida pela Impetrante não pode ser atingido negativamente pela Emenda Constitucional nº 56/2004, porque, como já comentado, se trata de benefício previdenciário concedido muito antes do advento e vigência da referida Emenda Constitucional, devendo-se, portanto, preservar, em toda a sua

inteireza, o princípio do “**tempus regit actum**”, de todo aplicável, sem dúvida, à espécie em comento.

Sufragando idêntico entendimento, o eminente Desembargador RÔMULO MOREIRA DE DEUS, em caso similar ao da hipótese em exame, concedendo medida liminar, o fez, registrando, em seu r. **decisum**, oportuna e corretamente, a seguinte observação:

“(…). A jurisprudência predominante nos Tribunais Superiores firmou o entendimento no sentido de que o aposentado ou pensionista tem direito a ver estabilizada a sua situação jurídica consolidada à época da implementação da concessão do benefício, albergado pelo ato jurídico perfeito, não podendo ser atingido por lei superveniente, ainda, frente ao princípio da irredutibilidade dos proventos”. (Proc. nº 2004.003.2740-2/0).

Ademais, parece de todo oportuno lembrar que, segundo o **ainda vigente inciso IV, do parágrafo único do artigo 194, da Constituição Federal**, o valor dos benefícios previdenciários é IRREDUTÍVEL.

Noutros termos, o valor do PENSÃO da Impetrante, que é, indiscutivelmente, um benefício previdenciário, é **irredutível**, por força de expresso e específico mandamento constitucional (parág. único, do art. 194- CF/88).

Como se vê, a própria Constituição Federal consagra, **expressis verbis**, em norma de teor solarmente nítido, o princípio da IRREDUTIBILIDADE do benefício previdenciário.

Por isso, a Impetrante, na qualidade de pensionista do seu falecido marido, tem o direito de receber os mesmos valores que vinha percebendo antes da vigência do sobredita Emenda Constitucional (n. 56/2004), isto é, sem o desconto que lhe está sendo imposto sob o pretexto de obediência ao teto remuneratório.

É que, no caso, insistimos, a impetrante, como

relatado ao longo da inicial, é titular de um benefício de natureza previdenciária, qual seja, uma PENSÃO, inclusive, já julgada pelo Tribunal de Contas do Estado, tudo isso concedido, rigorosamente, em conformidade com os ditames legais e constitucionais vigentes à época da concessão do benefício em apreço.

Ademais, é sabido e ressabido que as vantagens de caráter pessoal, conforme remansosa e reiterada jurisprudência dos tribunais superiores, principalmente do próprio Supremo Tribunal, a partir da ADIN 14- rel. Min. Célio Borja – não devem ser computadas para fim de aferição do chamado teto remuneratório.

Em suma, como se sabe, o Colendo Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento no sentido de que as vantagens que correspondem a situações pessoais do servidor público não estão sujeitas a abatimento.

A propósito, confira-se, exemplificativamente, o acórdão a seguir resumido:

EMENTA: “Remuneração. Teto constitucional. Auto-aplicabilidade. A norma inserta no inciso XI do artigo 37 da Constituição Federal é auto-aplicável, não dependendo, relativamente ao teto, de regulamentação. Remuneração. Teto constitucional. Vantagens pessoais. A teor da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em relação à qual guardo reserva, as vantagens pessoais não devem ser computadas para saber-se da observância do teto previsto no inciso XI do artigo 37 da Constituição Federal. Precedente: Ação Direita de Inconstitucionalidade n. 14, relatada pelo Ministro Célio Borja, cujo acórdão foi publicado no Diário da Justiça de 1º de setembro de 1.989”. (STF – RMS 21.840 – DF – 2ª Turma – votação unânime – j. 08.09.94 – Rel. Min. Marco Aurélio – RTJ 156/518).

Ex positis, votamos no sentido de:

a- conceder, parcialmente, a segurança, para, em reconhecendo a legitimidade da cobrança da contribuição previdenciária sobre o valor da pensão da Impetrante, determinar que se observe o limite previsto no § 18, do artigo 40, da Constituição Federal, revogando-se, em consequência, o provimento liminar de fls. 153/165;

b- deferir a segurança em relação ao teto remuneratório, para excluir deste as vantagens de caráter pessoal, de forma que a Impetrante continue a receber o benefício pensionário sem o desconto de qualquer importância a título de respeito àquele teto.

Custas **ex lege**.

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

É como votamos.

Fortaleza, 31 de março de 2005.

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

2004.0007.0484-2/0

Mandado de Segurança com Pedido de Liminar

Impetrante: LUCIA PINHEIRO MEIRELES

Impetrados: Secretário de Administração do Estado do Ceará e Secretário da Fazenda do Estado do Ceará

Relator: Desembargadora Maria Sirene de Souza Sobreira

MANDADO DE SEGURANÇA. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. ART. 37, XI DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. TETO REMUNERATÓRIO. PENSÃO ESTATUTÁRIA. EXCLUSÃO DAS VANTAGENS PESSOAIS DO

INSTITUIDOR DO BENEFÍCIO ATÉ QUE SEU VALOR NOMINAL SEJA ABSORVIDO PELO LIMITE MÁXIMO ESTABELECIDO EM LEI. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA DE QUE AS PARCELAS SUPRIMIDAS DEVERIAM SER ABSTRAÍDAS DO REDUTOR VENCIMENTAL.

1 - Nos termos da orientação do STF qualquer servidor público que, à época da edição da lei que fixou os subsídios do Ministro do Supremo Tribunal Federal percebesse acima do teto fixado para sua categoria em virtude de vantagens pessoais legitimamente incorporadas em seu patrimônio jurídico sob a égide de regência anterior, não poderia sofrer redução vencimental a pretexto da aplicação do inciso XI do art. 37 da Constituição da República. Contudo, experimentariam um “congelamento” financeiro no valor nominal de seus vencimentos, até que os mesmos restassem absorvidos pelo limite máximo de remuneração estabelecido.

2 - uma vez que a remuneração dos pensionistas, como é o caso da impetrante, marca-se de uma inafastável característica de derivação em relação aos estipêndios do instituidor da pensão, num primeiro momento, poder-se-ia cogitar que as eventuais vantagens imiscuídas no bojo do benefício estatutário, não dizem respeito propriamente à pessoa do respectivo beneficiário. No entanto, não vislumbro razoabilidade na concepção de que se trata. Tal entendimento, em meu juízo, além de comprometer a correspondência material da relação de custeio e benefício, subverte o escopo assistencialista da pensão previdenciária, cujo objetivo é o de suprir a ausência física e material do autor da pensão,

proporcionado a seus dependentes condições dignas de sobrevivência;

3 - Entretanto, se é verdade, a meu juízo, que a impetrante, mesmo na condição de pensionista, faz jus à ressalva em cotejo, no que diz respeito às vantagens legitimamente incorporadas sob o pálio de legislação anterior, por outro lado, não se pode ignorar o fato de que a documentação que instruiu a peça de abertura da lide mandamental, nem especificou quais das indigitadas vantagens foram efetivamente suprimidas de seus estímulos, nem esclareceu se a incidência do redutor vencimental de que ora se cuida, de fato, subtraiu-lhe vantagens que deveriam ser necessariamente abstraídas do cômputo do teto remuneratório. Assim, por mais que reconheça a razoabilidade do direito em tese, não vislumbro possibilidade de imprimir uma eficácia normativa à impetração, ou de sujeitá-la ao atendimento de uma situação meramente eventual. O mandado de segurança, em tais linhas, a despeito de sua importância constitucional, não deixa de ser uma ação como outra qualquer, que não existe por si própria, que não substitui a atuação legislativa e que não se presta a instituir ou a criar jurisprudência a partir de uma situação jurídica insólita e ociosa.

4 – *Writ* não conhecido

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança, nº 2004.0007.0484-2/0, ACORDA o Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por sua composição plenária, em não conhecer da ação, nos termos do voto condutor a seguir transcrito.

Cuidam os autos de Mandado de Segurança impetrado por LUCIA PINHEIRO MEIRELES que, na condição de pensionista do Instituto de Previdência do Estado do Ceará,

vem sofrendo repetidos cortes mensais em seus benefícios por força de ato executivo perpetrado, em tese, pelo Secretário da Fazenda do Estado do Ceará e pelo Secretário de Administração do Estado do Ceará.

Arguiu a impetrante ser beneficiária de pensão por morte deixada por seu falecido pai Sr. José de Andrade Meireles ex-servidor público estadual fazendário e contribuinte obrigatório do IPEC.

Informou que, à época da concessão do benefício, sobre os valores por ela auferidos incidia apenas a consignação obrigatória do Imposto de Renda Retido na Fonte, além de outros descontos de natureza privada voluntariamente admitidos e considerados para fins de cálculo de sua remuneração..

No entanto, com o advento das emendas constitucionais 41/03 e 56/04 às Constituições Federal e Estadual, respectivamente, as dignas autoridades apontadas como coatoras promoveram uma supressão de parcela significativa de seus vencimentos, sob a rubrica “REM MÁXIMA”, a título de conciliarem o pagamento de seu benefício às novas diretrizes do regime de subteto vencimental.

Em tais linhas, sustentando o argumento de que as Emendas Constitucionais são imprestáveis à preterição de direitos adquiridos, invocou direito líquido e certo à exclusão da base incidência do teto vencimental, das parcelas correspondentes a vantagens pessoais já então incorporadas a seus rendimentos, objurgando, por conseguinte, de ilegal e abusivo o ato administrativo objeto da impetração.

Arrimada nessas alegativas requereu medida liminar no sentido de voltar a receber seus benefícios como antes do “abate-teto” e, no mérito, pugnou pela concessão da segurança, com o cancelamento definitivo do ato supostamente coator obtemperado.

Juntou os documentos de fls. 55/63

Às fls. 67/68, o então Relator ordenou a notificação das Ilustradas autoridades, reservando-se ao apreço do requesto liminar para após a formação do contraditório.

Às fls. 36/43, as autoridades impetradas

apresentaram seus informes de estilo argüindo, em sinopse:

I – A decadência do direito de questionar a atuação administrativa, uma vez que o termo **a quo** da impetração se deu 122 (cento e vinte e dois) dias antes do ajuizamento da ação;

II – A inoponibilidade de direitos adquiridos em face de emendas constitucionais, sustentando que o art. 5º, XXXVI da Constituição, que trata do Princípio da Segurança Jurídica, ao dispor que a “lei” não pode prejudicar direito adquirido, em verdade referiu-se à lei em sentido estrito, não abrangendo as Emendas Constitucionais que, uma vez aprovadas, incorporam-se ao texto da Constituição;

III – A inexistência de direito adquirido a regime jurídico, considerando que as emendas constitucionais sobreditas, em verdade, modificaram o regime jurídico dos servidores públicos das diversas esferas de poder.

Em mérito, pugnaram pela denegação da segurança, fosse em virtude do acolhimento da argüição de decadência, fosse por força das ponderações lançadas na peça informativa de fls. 55/63.

Às fls. 51, após redistribuídos os autos na forma regimental, o então Relator, Des. José Maria de Melo indeferiu o pedido liminar, ordenando a remessa dos autos à Douta Procuradoria Geral de Justiça.

O Ministério Público, por sua vez, em parecer de fls. 56/72, opinou pela denegação da segurança, por entender que a documentação apresentada pela impetrante não trazia elementos suficientes para aferir se a mesma percebia vantagens de caráter pessoal.

É o relatório.

VOTO:

Cuidam os autos de impetração individual manejada por LÚCIA PINHEIRO MEIRELES obviando ato administrativo continuado perpetrado em tese pelas autoridades apontadas no cabeçalho de sua peça de abertura que supostamente determinaram uma retirada-corte de parcela de seus proventos

de pensão estatutária, a título de levarem a efeito o cumprimento do regime jurídico de teto remuneratório instituído pela Emenda Constitucional nº 41/2003.

Na condição de pensionista do IPEC, filha de ex-servidor público fazendário, informou a impetrante que com o advento da ação constituinte em cotejo, as dignas autoridades ilustradas, abstraindo valores jurídicos sublimes e inafastáveis, entre outros, o da segurança jurídica e o da irredutibilidade dos proventos e pensões, equacionaram seu vencimentos - então auferidos em montante superior aos estipêndios do Governador do Estado, em razão de direitos decorrentes de vantagens pessoais já absorvidas - à luz do parâmetro definido na nova redação do art. 37,XI da Carta Política como sub-teto remuneratório da esfera estadual.

Com efeito, em referência a um rosário de artigos doutrinários da lavra dos mais renomados juristas no assunto, e também apoiada em vasta ilustração jurisprudencial, a impetrante sustentou, com veemência, a imunidade do direito adquirido e do ato jurídico perfeito - em cujas definições considerou enquadrada a sua situação jurídica - à ação reformadora das emendas constitucionais, estas, em sua ótica, editadas na perspectiva de regular apenas situações futuras sem comprometer ou subjugar a segurança das relações de direitos já consolidadas no tempo.

Em tais linhas, aduzindo que sua condição de beneficiária do IPEC é anterior à data de vigência do novo texto constitucional alterado pela Emenda 41, seus benefícios estatutários - auferidos em virtude do óbito de seu genitor, ex-fazendário estadual aposentado - não poderiam se sujeitar à incidência do regime de sub-teto remuneratório supervenientemente instituído no cenário jurídico nacional.

Nesse contexto, ponderou que, uma vez que fixada sob a égide de contexto jurídico vigente à época, sua remuneração - adquirida a título de pensão estatutária em decorrência do óbito de seu genitor, ex-fazendário estadual aposentado - seria irredutível, por força dos mesmos princípios constitucionais já colacionados, ainda que diante da revogação

do regime de direito em cujo império tornou-se senhora da garantia informada.

As autoridades impetradas, a seu turno, em seus estilosos informes apresentados em harmonia à dicção do inciso I do art. 7º da lei 1.533/51, advogaram a tese de que o sistema de aplicação dos tetos remuneratórios poderia, sim, atingir situações pretensamente já consolidadas no tempo, uma vez que o Supremo Tribunal Federal já pacificou entendimento no sentido de que não há como se sustentar direito adquirido a um regime jurídico obsoleto, revogado por um outro atualmente vigente.

Nesse passo, as autoridades supostamente coatoras não sonegam o princípio da segurança jurídica, bem como não ignoram o valor jurídico da redução vencimental. Mas os relativizam, a par da noção, não menos decantada, de que mesmo os direitos fundamentais não são absolutos, a despeito de sua condição de extremo realce normativo-constitucional.

Para as dignas signatárias das informações de fls. 36/43, ao serem editadas, as emendas constitucionais tornam-se parte integrante e indissociável da Constituição. Logo, se o texto constitucional inaugura uma nova ordem jurídica sem conhecer limites materiais e uma vez que suas emendas passam a integrar o seu bojo, estas – a teor de suas regulamentações – devem prevalecer sobre os pretensos direitos adquiridos anteriormente à sua vigência.

Ou seja, segundo as ilações em apreço, defendem as autoridades legitimadas que o princípio da segurança jurídica – notadamente o direito adquirido e o ato jurídico perfeito – somente podem ser opostos à ação normativa infraconstitucional. Ao definir que a LEI não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, o legislador constituinte, no juízo das insignes impetradas, referiu-se à lei em sentido estrito (strictu sensu), entendida como norma jurídica aprovada pelo legislativo e sancionada pelo executivo, ao contrário da lei em sentido amplo que se entende como qualquer norma jurídica emanada do estado que obriga a coletividade.

Disseram mais, as promovidas, que o direito

adquirido constituía, sim, uma garantia fundamental guindada à condição de cláusula pétrea. Contudo, o teor do pretense direito adquirido não ostentava a mesma qualidade de sua figura genérica. Em outras palavras, a norma que põe o direito adquirido a salvo da dinâmica legal, não protege com a mesma desenvoltura o conteúdo de certos direitos tidos por adquiridos, uma vez que estes se referem a uma qualidade privada de seu suposto titular.

E, a exemplo do que fez a impetrante em defesa de sua tese, as impetradas também se valeram de um cabedal de referências doutrinárias e jurisprudenciais arrematando que a ação administrativa obviada pautou-se na mais absoluta legitimidade, de maneira que, o equacionamento remuneratório em exame – a título de se dar efetividade à nova redação do art. 37, XI da Constituição Republicana - não importou em qualquer lesão a direito líquido e certo, suscetível de render ensejo à utilização do remédio heróico aqui afigurado.

Nesse contexto, em face das considerações explanadas por cada uma das partes em confronto, tenho como ponto de recalitrância, para efeito de destrepe da lide mandamental de que ora se cogita aferir e esclarecer se, à impetrante, é possível a invocação do princípio da segurança jurídica, como base de argumentação para não ter os seus estípidios sujeitados ao novo regime de teto remuneratório do serviço público, instituído no ordenamento constitucional pela emenda nº 41/2003.

A propósito, por entender que a matéria impõe uma exegese sistemática e histórica dos sucessivos regimes de remuneração do serviço público, cuida-me, de início, referenciar a disciplina textual ilustrativa da redação original do art. 37, XI da Constituição de 1988, antes das alterações ensejadas pela ação constituinte derivada decorrente das emendas n.º 19/98 e 41/2003:

Art. 37. A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos

Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e, também, ao seguinte:

...

XI - a lei fixará o limite máximo e a relação de valores entre a maior e a menor remuneração dos servidores públicos, observados, como limites máximos e no âmbito dos respectivos Poderes, os valores percebidos como remuneração, em espécie, a qualquer título, por membros do Congresso Nacional, Ministros de Estado e Ministros do Supremo Tribunal Federal e seus correspondentes nos Estados, no Distrito Federal e nos Territórios, e, nos Municípios, os valores percebidos como remuneração, em espécie, pelo Prefeito;

Em nível de preceituação inaugural, a Constituição reservou à lei a fixação dos limites máximos e mínimos de remuneração do serviço público, estabelecendo como parâmetros para fins de referências em cada uma das esferas de poder – executivo, legislativo e judiciário, nessa ordem - os vencimentos dos ministros de estado, dos parlamentares membros do Congresso Nacional e dos ministros do Supremo Tribunal Federal, respectivamente e seus correspondentes nos âmbitos estadual, municipal e distrital.

Dez anos depois, resguardadas as situações jurídicas consolidadas até então, a primeira das reformas administrativas, conduzida pela Emenda Constitucional nº 19, impôs sobejas alterações ao inciso XI, do art. 37 que, por tal ensejo, passou a vigor com a seguinte redação:

XI - a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos

Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal;

A nova orientação, a seu turno, traduzia uma norma de eficácia diferida, uma vez que sua aplicabilidade sujeitava-se à ação positiva do legislador infra-constituente, a quem incumbia, para fins de efetivar o comando constitucional em alusão, editar uma lei complementar de iniciativa conjunta do Presidente da República, dos Presidentes do Senado e da Câmara Federal e do Presidente do Egrégio Supremo Tribunal Federal.

À vista de inúmeras divergências entre os líderes políticos em enfoque e, a despeito das várias tentativas frustradas de se pôr em prática o novo regime de teto vencimental do serviço público, em deliberação plenária regimental – sob os olhos de uma crítica veemente, que obtemperava a legitimidade e a constitucionalidade da ação em cotejo - o STF, por 7 votos a 4, vencidos os Ministros Sepúlveda Pertence, Carlos Velloso, Marco Aurélio e Ilmar Galvão, pacificou o entendimento de que o regime de subsídio fixado pela EC nº 19/98 somente entraria em vigor com a edição de lei de iniciativa conjunta do Presidente da República, do Presidente do Senado Federal, do Presidente da Câmara de Deputados e do Presidente do STF e que, até a edição da norma definidora do regime de subsídio, manter-se-ia a aplicação de um teto para cada esfera de Poder, **excluídas as vantagens pessoais**, na esteira da originária redação do texto constitucional.

De maneira que, de forma praticamente pacífica, os Tribunais de Justiça Estaduais passaram a se conduzir nos ditames de tal orientação, assentando o entendimento de que as gratificações ou adicionais incorporados aos vencimentos dos servidores públicos, sob o dígito de vantagem pessoal

remunerada estariam obliterados do cômputo do teto vencimental, ostentando uma índole de autêntico direito adquirido oponível, inclusive, à ação constituinte reformadora.

A EC nº 41, em vigor desde 19 de dezembro de 2003, modificou novamente o art. 37, inc. XI, da Constituição Federal, fixando como teto remuneratório do serviço público a maior remuneração atribuída por lei a Ministro do STF e, como subtetos, o subsídio dos Prefeitos, no âmbito do Poder Executivo Municipal; dos Governadores, na esfera do Poder Executivo Estadual; dos Deputados Estaduais e Distritais, no contexto do Poder Legislativo; e, por fim, dos Desembargadores, balizando a remuneração do Poder Judiciário local.

Assim, o inc. XI do art 37, recebeu a seguinte redação:

XI – a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público,

aos Procuradores e Defensores Públicos;

A seu turno, a EC 41/03 além de alterar a redação do art. 37, introduziu outras duas modificações substanciais ao regime de remuneração do servidor público: a uma, concentrou nas mãos do STF a deflagração do processo legislativo para a fixação dos subsídios de seus ministros; e, a duas, definiu que, na pendência da edição legiferante em tablado, o teto máximo de remuneração do serviço público seria o maior subsídio então atribuído a um Ministro do Supremo Tribunal Federal.

Nesse compasso, a própria Constituição contemporizou o anterior equívoco, não apenas viabilizado, sob o aspecto político, a edição da malsinada lei, como, especialmente, estabelecendo, sob a rubrica de efeitos imediatos, um critério de transição eficaz para viger no interregno da maturação legislativa.

Aos 26/07/2005, foi editada a Lei 11.143/2005, fixando o subsídio dos Ministros do STF em R\$ 24.500,00 (vinte e quatro mil e quinhentos reais). Em linhas decorrenciais, estados e municípios definiram seus respectivos subtetos, em harmonia com os ditames sugestionado no próprio texto vigente do inciso XI do art. 37 da Carta Republicana.

E na correnteza de tal definição – como já era de se esperar, à vista da hesitação normativa que se antecedeu – deflagrou-se uma celeuma hermenêutica sem precedentes, no escopo de conciliar à nova realidade vigente, as situações consolidadas e legitimadas sob a égide de regimes jurídicos então revogados. Com efeito, coube ao judiciário a árdua tarefa de aplicar, aos ditames dos princípios da razoabilidade, da moralidade e da segurança jurídica, as novas disposições resultantes da engenhosa construção de direito afigurada.

Os tribunais, pressionados a destramar a questão, começaram a dividir opiniões e a lançar entendimentos os mais diversos.

Uns posicionaram-se no sentido que o teto vencimental deveria ser imediatamente aplicado, mesmo em relação às situações consolidadas anteriormente à Emenda 41/

03, uma vez que o STF já havia pacificado a tese de inoponibilidade de direito adquirido à regime jurídico. Ademais, o próprio dispositivo constitucional em destaque além de estabelecer a inclusão das vantagens pessoais no cômputo do teto, relativizou a aplicabilidade do princípio da irredutibilidade vencimental.

Outros, a seu passo, como foi o entendimento majoritário nesta corte, continuaram, com poucas modificações, prestigiando a concepção de que as vantagens pessoais dos servidores, incorporadas anteriormente à vigência da emenda em tablado, constituíam direito adquirido e, portanto, haveriam de serem abstraídas do cômputo do teto vencimental.

O STF ainda não havia se pronunciado oficialmente sobre o tema até o julgamento do Mandado de Segurança nº 24875-1. Impetrado por quatro ministros aposentados da própria Suprema Corte que experimentaram uma redução em seus subsídios a pretexto da aplicação da política de teto remuneratório, sustentava a lide mandamental em cotejo que os então impetrantes não deveriam se sujeitar ao novo regime, uma vez que as vantagens incluídas no “abate-teto” obviado foram incorporadas legitimamente a seus estipêndios sob a égide de plexo normativo anterior.

De efeito, havia que se conciliar os valores jurídicos em aparente confronto. De um lado, a nova redação do art. 37, XI da Constituição Federal e o já consagrado entendimento acerca da inoponibilidade de direito adquirido a regime jurídico modificado. Ao passo que, de outra banda, a necessidade de se promover uma transição hermenêutica justa e politicamente adequada entre o velho e o novo regime jurídico, preservando, à medida do possível, as situações de direito já consolidadas no tempo.

O ministro relator Sepúlveda Pertence votou pela concessão parcial da segurança, no que foi acompanhado pelos Ministros Gilmar Ferreira Mendes, Ellen Gracie, Celso de Melo e Marco Aurélio Melo, este deferindo a segurança em sua plenitude. Em favor da denegação da ordem, votaram os ministros Joaquim Barbosa, Eros Grau, Cezar Pelluzo e Carlos Brito. O julgamento

ficou então sobrestado até o voto de desempate do Eminentíssimo Ministro Ricardo Lewandowski, do qual extraí o seguinte excerto:

“A conciliação da situação dos impetrantes com a nova ordem constitucional, há de fazer-se sob o prisma da irredutibilidade dos vencimentos, tradicional garantia dos magistrados – estendida pelo STF também aos proventos que repele a idéia de decesso remuneratório. Nessa linha, o Supremo tem decidido que o valor nominal da remuneração percebida pelo servidor, sob a égide de determinado plexo normativo, não pode sofrer diminuição, sob pena de vulnerar situação juridicamente estável, imune à alteração legislativa posterior.

Convém sublinhar, porém, que a jurisprudência desta Corte apenas assegura a percepção do montante global dos vencimentos ou proventos, e não a manutenção de percentuais que integram seu cálculo, porque não se pode admitir que uma situação jurídica derivada de regime remuneratório que não mais subsiste venha a perpetuar-se no tempo, em permanente contradição com o regramento normativo superveniente.

A partir dessas reflexões, e sempre no intuito de alcançar solução que melhor possa conciliar os princípios da boa-fé e da segurança jurídica com o limite remuneratório estabelecido na EC 41/2003, é que acompanho o Relator Ministro Sepúlveda Pertence, para conceder parcialmente a segurança, assegurando aos impetrantes o direito de continuar recebendo o acréscimo sobre seus proventos até que seu montante seja coberto pelo subsídio fixado em lei para os Ministros do Supremo Tribunal Federal.

Como visto, a pretensão dos então impetrantes harmonizou-se à preceituação constitucional atualmente em vigor – art. 37, XI – operando-se, pois, na esteira da irredutibilidade dos vencimentos. As vantagens pessoais legitimamente incorporadas aos estipêndios deveriam ser excluídas do cômputo do teto remuneratório, não em virtude de constituírem um direito adquirido – tese afastada pelo entendimento pretoriano – mas à vista de serem constitucionalmente irredutíveis os vencimentos dos servidores públicos.

Em interpretação do julgado em cotejo, há quem sustente que a irredutibilidade posta à salvo foi exclusivamente a que capitulada no art. 95 da Constituição Federal, representativa de uma garantia funcional do magistrado. Não compartilho de tal entendimento que, às minhas impressões, não reflete a opinião desposada pelo Eminentíssimo Ministro signatário do voto-desempate em apreço.

Assim, qualquer servidor público que, à época da edição da lei que fixou os subsídios do Ministro do Supremo Tribunal Federal percebesse acima do teto fixado para sua categoria em virtude de vantagens pessoais legitimamente incorporadas em seu patrimônio jurídico sob a égide de regência anterior, não poderia sofrer redução vencimental a pretexto da aplicação do inciso XI do art. 37 da Constituição da República. Contudo, experimentaríamos um “congelamento” financeiro no valor nominal de seus vencimentos, até que os mesmos restassem absorvidos pelo limite máximo de remuneração estabelecido.

A teor dos esclarecimentos em cotejo e voltando especificamente à aferição do caso ora em deslinde, em princípio, à impetrante não se aplicaria a solução empregada ao MS 24875-1, uma vez que, como ali ressaltado, apenas as vantagens de caráter pessoal ostentam-se imunes à base de cômputo do teto remuneratório.

Logo, uma vez que a remuneração dos pensionistas, como é o caso da impetrante, marca-se de uma inafastável característica de derivação em relação aos estipêndios do instituidor da pensão, num primeiro momento, poder-se-ia cogitar

que as eventuais vantagens imiscuídas no bojo do benefício estatutário, não dizem respeito propriamente à pessoa do respectivo beneficiário.

No entanto, não vislumbro razoabilidade na concepção de que se trata. Tal entendimento, em meu juízo, além de comprometer a correspondência material da relação de custeio e benefício, subverte o escopo assistencialista da pensão previdenciária, cujo objetivo é o de suprir a ausência física e material do autor da pensão, proporcionado a seus dependentes condições dignas de sobrevivência.

De maneira que, não vejo razões para oferecer à impetrante tratamento diverso do que dispensaria ao seu falecido pai – autor da pensão - se o mesmo tivesse, em vida, ajuizado uma ação mandamental com a mesma finalidade da impetração que ora se tem. Se a este, em harmonia com a concepção reinante, assistiria o direito líquido e certo malsinado, não se poderia negá-lo à sua filha, aqui requerente, pelos mesmos fundamentos jurídicos e por questões de ordem, de isonomia e de justiça.

Entretanto, se é verdade, a meu juízo, que a impetrante, mesmo na condição de pensionista, faz jus à ressalva em cotejo, no que diz respeito às vantagens legitimamente incorporadas sob o pálio de legislação anterior, por outro lado, não se pode ignorar o fato de que a documentação que instruiu a peça de abertura da lide mandamental, nem especificou quais das indigitadas vantagens foram efetivamente suprimidas de seus estípedios, nem esclareceu se a incidência do redutor vencimental de que ora se cuida, de fato, subtraiu-lhe vantagens que deveriam ser necessariamente abstraídas do cômputo do teto remuneratório.

Assim, por mais que reconheça a razoabilidade do direito em tese, não vislumbro possibilidade de imprimir uma eficácia normativa à impetração, ou de sujeitá-la ao atendimento de uma situação meramente eventual. O mandado de segurança, em tais linhas, a despeito de sua importância constitucional, não deixa de ser uma ação como outra qualquer, que não existe por si própria, que não substitui a atuação legislativa e que não se

presta a instituir ou a criar jurisprudência a partir de uma situação jurídica insólita e ociosa.

Em tais linhas, uma vez que a autora não instruiu suficientemente o pedido, de maneira a trazer elementos que autorizassem uma cognição exauriente afirmativa de seu eventual direito e, considerando-se que a prova pré-constituída do direito líquido e certo – por tratar-se o mandado de segurança de uma via processual estreita que não comporta dilação probatória - impõe-se como requisito de prelibação da ação mandamental, em cuja ausência, a mesma rende-se ao fadário da inépcia e da ociosidade, às minhas impressões, salvo melhor juízo, a impetração em cotejo deve ser extinta sem resolução de mérito, nos ditames do art. 267, IV do Código de Processo Civil e 8º da lei 1.533/51.

Nessas condições, em razão de não ter a impetrante arremetido à inicial prova documental suficiente no sentido de respaldar um julgamento de mérito, **VOTO PELO NÃO CONHECIMENTO DA IMPETRAÇÃO**, por entender ser essa a medida mais justa e adequada ao destre da lide mandamental que ora se tem.

Fortaleza, 15 de fevereiro de 2007.

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

**Mandado de segurança
Processo n.º 2004.0007.0924-0/0
Impetrante: Irapuan Diniz de Aguiar
Impetrados: Secretário de Administração do Estado e outro
Relatora: Desembargadora Edite Bringel Olinda Alencar
Relator designado para o acórdão: Haroldo Rodrigues**

**MANDADO DE SEGURANÇA. TETO DE
VENCIMENTOS NO SERVIÇO PÚBLICO.**

IMPOSSIBILIDADE DE OPOSIÇÃO DE DIREITO ADQUIRIDO CONTRA O LIMITE REMUNERATÓRIO. INCLUSÃO DAS VANTAGENS PESSOAIS EM TAL CÔMPUTO. SEGURANÇA DENEGADA.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Excelentíssimos Senhores Desembargadores do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado, no julgamento, em sessão plenária, do mandado de segurança n.º 2004.0007.0924-0/0, por maioria, em denegar integralmente a segurança pleiteada, nos termos do voto condutor.

Fortaleza, 07 de dezembro de 2006.

RELATÓRIO

Tratam os autos de um mandado de segurança aforado no dia 24 de junho de 2004 pelo Senhor Irapuan Diniz de Aguiar contra ato dos Senhores Secretários de Administração e da Fazenda do Estado, pelo qual o impetrante procura declarar a ilicitude do ato administrativo segundo o qual ele, o demandante, teria sofrido redução no benefício que recebe em virtude de sua aposentadoria (e de seu paralelo exercício, atual, de cargo de docência). Esse corte pecuniário estaria amparado no teto de vencimentos fixado no artigo 37, inciso XI da Carta Magna, com a redação que lhe foi dada pela Emenda Constitucional n.º 41/03 (repetida, no âmbito estadual, pela Emenda Constitucional Estadual n.º 56/04).

Pela decisão interlocutória de folhas 80/81, o Excelentíssimo Senhor Desembargador Fernando Luiz Ximenes Rocha houve por bem indeferir o pedido liminar, concebendo não estarem cumulativamente presentes, no caso concreto, os requisitos da concessão da providência *initio litis*.

As informações de folhas 84/91 e 96/120 veiculam manifestações de detração à demanda autoral –; ela deveria ser julgada improcedente, considerando-se a não-existência de

direito adquirido contra o poder constituinte (mesmo o poder constituinte derivado, de cuja lavra é a Emenda n.º 41/03).

O parecer ministerial de folhas 130/150 corporifica opinião do **Parquet** segundo a qual o pleito deveria ser julgado integralmente procedente.

O relatório do Excelentíssimo Senhor Desembargador Fernando Luiz Ximenes Rocha está nas folhas 152/153.

Como houvesse assumido a Vice-Presidência da Corte, o condutor solicitou a redistribuição do feito, o que foi admitido pela Presidência (folha 155).

O relatório da Excelentíssima Senhora Desembargadora Edite Bringel Olinda Alencar está nas folhas 158/161.

O feito foi trazido à discussão do plenário na seção homônima do dia 17 de agosto do ano em curso. Na apreciação da questão de fundo, a Senhora relatora entendeu por bem conceder integralmente a segurança requestada.

Concebendo, contudo, que a matéria merecia uma análise mais detida, pedi vista dos autos, suspendendo o julgamento.

Quando da devolução dos fólhos, suscitei questão de ordem, sufragando a necessidade de que o presente fosse convertido em diligência, pela qual a Corte estadual solicitaria do Supremo Tribunal Federal os votos e o inteiro teor do acórdão proferido no mandado de segurança n.º 24.875/DF, em que o sodalício magno teria modificado a sua posição clássica a respeito dos temas em questão.

Os pares, sabe-se, acompanharam a tese que defendi – e precisamente por isso é que o feito se encontra sobrestado até o presente momento, em que recebemos da Corte Constitucional a documentação solicitada.

Era o que havia de essencial a ser relatado. Segue o voto.

VOTO

O tema em questão não é inédito de sorte alguma

no Egrégio Tribunal de Justiça (como, de resto, em vários outros colegiados de nosso sistema judiciário). Trata-se de questão polêmica, e que não raro é decidida de forma dual, dada a pluralidade e a contradição intrínseca dos precedentes fornecidos pelas mais ilustres Cortes da Federação – notadamente pelo Supremo Tribunal Federal.

Como relatado logo acima, é digna de registro, nesse tocante, a resolução, pelo Supremo Tribunal, do mandado de segurança n.º 24.875/DF, impetrado pelos Excelentíssimos Senhores Ministros aposentados Djaci Falcão, Xavier de Albuquerque, Rafael Mayer e Oscar Dias Corrêa, pelo qual os autores desejavam manter a percepção integral de seus proventos, a despeito da modificação perfeita pela citada Emenda n.º 41/03 no artigo 37, inciso XI, da Lei Fundamental. Os magistrados aposentados, que teriam os seus patrimônios jurídicos beneficiados com o acréscimo de 20% (vinte por cento), incidentes sobre o total de sua paga – tal direito ser-lhes-ia garantido pelo revogado estatuto dos servidores públicos (Lei Federal n.º 1.711/52, artigo 184, III) –, estariam, em virtude da citada incorporação, a receber pecúnia que ultrapassava o limite remuneratório tolerado pela Constituição.

Tendo agora em mão a documentação solicitada, podemos todos observar que argumento constituiu o ponto de desequilíbrio; podemos ver *o que* levou o Supremo Tribunal a decidir como deveras decidiu.

Por respeito ao tempo dos nobilíssimos pares, abstenho-me de dissertar sobre todos os aspectos do Voto de Minerva, proferido pelo Excelentíssimo Senhor Ministro ENRIQUE RICARDO LEWANDOWSKI; o sufrágio, em realidade, é, em sua maior parte, apenas uma mui larga exposição das alterações constitucionais havidas com relação ao limite remuneratório imposto pela Carta Magna aos agentes públicos. Somente os seus últimos quatro parágrafos carregam o cerne da manifestação do magistrado, que consiste no argumento pelo qual embora não haja, *de ordinário*, direito adquirido contra o poder constituinte, há uma sorte de direito à irredutibilidade de vencimentos, a beneficiar os magistrados.

Transcrevo o excerto citado, que põe um fecho ao voto de qualidade:

“Não é possível, todavia, como querem alguns, data maxima vênia, equacionar a questão à luz da preservação de direitos adquiridos, diante do firme entendimento do Supremo no sentido de que não há como invocar tal garantia em face de regime jurídico modificado por legislação superveniente.

A conciliação das situações dos impetrantes com a nova ordem constitucional, então, há de fazer-se sob o prisma da irredutibilidade de vencimentos, tradicional garantia dos magistrados – estendida pelo STF também aos proventos –, que repele a idéia de recesso remuneratório. Nessa linha, o Supremo tem decidido que o valor nominal da remuneração percebida pelo servidor, sob a égide de determinado plexo normativo, não pode sofrer diminuição, sob pena de vulnerar situação juridicamente estável, imune à alteração legislativa posterior.

Convém sublinhar, porém, que a jurisprudência desta Corte apenas assegura a percepção do montante global dos vencimentos ou proventos, e não a manutenção de percentuais que integram o seu cálculo, porque não se pode admitir que uma situação jurídica de regime jurídico remuneratório que não mais subsiste venha a perpetuar-se no tempo, em permanente contradição com o regramento normativo superveniente.

A partir dessas reflexões, e sempre no intuito de alcançar a solução que melhor possa conciliar os princípios da boa-fé e da segurança jurídica com o limite remuneratório estabelecido na EC

41/2003, é que acompanho o relator, Ministro Sepúlveda Pertence, para conceder parcialmente a segurança, assegurando aos impetrantes o direito de continuar recebendo o acréscimo sobre os proventos até que seu montante seja coberto pelo subsídio fixado em lei para os Ministros do Supremo Tribunal Federal.

É como voto.” (Excerto final do voto do Excelentíssimo Senhor Ministro ENRIQUE RICARDO LEWANDOWSKI no mandado de segurança n.º 24.875/DF).

O que o voto apenas insinua – que existe uma espécie de regra específica a abranger a situação dos magistrados, em contraste com a dos demais servidores – o acórdão veicula, e de forma muito clara; o aresto, no que importa ao caso, veio a lume com a seguinte redação:

“MAGISTRADOS: ACRÉSCIMO DE 20% SOBRE OS PROVENTOS DA APOSENTADORIA (ART. 184, III, DA L. 1.711/52, C/C O ART. 250 DA L. 8.112/90) E O TETO CONSTITUCIONAL APÓS A EC 41/2003: GARANTIA CONSTITUCIONAL DE IRREDUTIBILIDADE DE VENCIMENTOS: INTANGIBILIDADE.

Não obstante cuidar-se de vantagem que não substantiva direito adquirido de estatura constitucional, razão por que, após a EC 41/2003, não seria possível assegurar sua percepção indefinida no tempo, fora ou além do teto a todos submetido, aos impetrantes, porque magistrados, a constituição assegurou diretamente o direito à irredutibilidade dos vencimentos – modalidade qualificada de direito adquirido, oponível às emendas constitucionais mesmas.” (Excerto do acórdão por maioria de votos do Supremo Tribunal Federal no mandado de

segurança n.º 24.875/DF, relator o Excelentíssimo Senhor Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, julgado no dia 11 de maio de 2006, e publicado no *Diário da Justiça da União* de 06 de outubro de 2006, na página 284 – o destaque não consta do original).

Eis o material jurisprudencial de cujo conhecimento carecíamos todos.

Ele é, como se vê, inteiramente inaplicável à querela, em que não se cuida de caso em que esteja em debate a incolumidade de vencimentos de um *magistrado*, mas de um servidor público civil de uma outra classe. O precedente, com todas as críticas que lhe podem ser lançadas (incluindo a ausência de isonomia no tratamento da matéria), não se prestará a dar amparo à pretensão autoral, que continua, mesmo após o julgamento, pelo STF, do mandado de segurança n.º 24.875/DF, a ser obstada pelos termos peremptórios da norma do artigo 37, inciso XI, da Carta de Outubro.

Deveras, o cerne da questão em baila consiste precisamente nisso, em saber se a percepção da remuneração integral de que seria titular o demandante pode ou não subsistir ao advento, em nosso sistema de direito positivo, da Emenda Constitucional n.º 41, de 19 de dezembro de 2003, que conferiu ao artigo 37, inciso XI da Carta Federal a seguinte redação: “a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo

e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos”. Contra a superveniência de tal norma, sabemos, reclama o impetrante ostentar direito adquirido – o que tornaria possível a manutenção de seu **status** remuneratório.

O problema, posto nesses termos, não teria uma solução sobremaneira intrincada, dado que, de há muito, o próprio Supremo Tribunal Federal tem concebido *não haver direito adquirido contra as normas constitucionais, mesmo aquelas advindas do poder constituinte derivado* (corporificado, na hipótese, pelo poder feitor da Emenda Constitucional n.º 41/03 [conferir, nesse sentido, o acórdão unânime do Supremo Tribunal Federal no julgamento, em seção plenária, do recurso extraordinário n.º 94.414/SP, relator o Excelentíssimo Senhor Ministro JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES, julgado no dia 13 de fevereiro de 1.985, e publicado no *Diário da Justiça da União* de 19 de abril de 1.985, na página 5.456]).

O demandante, assim, ao perceber acima do limite estabelecido no artigo 37, inciso XI da Constituição, *necessariamente* haveria de sofrer uma adequação de sua remuneração à moldura normativa do citado preceito.

Nesse particular, aliás, seria lícito invocar a suposta não-auto-aplicabilidade da vedação de superação do teto estabelecido pelo artigo 37, XI – condicionando-se a sua exeqüibilidade à fixação legal dos subsídios aos quais se reporta o preceito?

Responde-se: não. E isso por duas razões: **primus**, porque se trata de norma proibitiva (“...*não poderão exceder...*”) e regras tais, como bem sabem os doutos pares, são consagradas pela hermenêutica constitucional como *de aplicabilidade imediata e incondicionada* (conferir, nesse tocante, SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003 – página 101); **secundum**, porque a própria Emenda Constitucional n.º 41/03 trouxe a lume

regras que, corroborando o mencionado postulado doutrinário, possibilitaram a incidência *imediata* do teto remuneratório em referência. Sejam elas transcritas:

“Art. 8º. Até que seja fixado o valor do subsídio de que trata o artigo 37, inciso XI, da Constituição Federal, será considerado, para os fins do limite fixado naquele inciso, o valor da maior remuneração atribuída por lei na data de publicação desta Emenda a Ministro do Supremo Tribunal Federal, a título de vencimento, de representação mensal e da parcela recebida em razão de tempo de serviço, aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento da maior remuneração mensal de Ministro do Supremo Tribunal Federal a que se refere este artigo, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos.

Art. 9º. Aplica-se o disposto no artigo 17 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias aos vencimentos, remunerações e subsídios dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória percebidos cumulativamente ou

não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza.”

Não resta qualquer dúvida, portanto, de que o suplicante, ao tencionar a percepção da remuneração que deveras percebia antes da Emenda Constitucional n.º 41/03 (e da Emenda Constitucional estadual n.º 56/04), não é senhor do direito subjetivo de que alega ser titular.

Poder-se-ia contrapor, contudo, que a pretensão autoral haveria de ser reconhecida pela Corte, se não em função do direito adquirido (que no azo se reconhece inexistente), ao menos em virtude da não-inclusão das parcelas pessoais do teto remuneratório a que se reporta a Constituição. Uma tal objeção seria, de fato, perfeitamente plausível – já que amparada por julgados da Suprema Corte, que vinha excluindo do limite vencimental do artigo 37, inciso XI, da Carta de Outubro, as gratificações e vantagens de ordem pessoal (assim, conferir o acórdão unânime do Supremo Tribunal Federal no julgamento, em sessão plenária, da ação originária n.º 864/PE, relator o Excelentíssimo Senhor Ministro CARLOS MÁRIO DA SILVA VELLOSO, julgado no dia 19 de maio de 2004, e publicado no *Diário da Justiça da União* de 12 de novembro de 2004, na página 05 e o acórdão unânime da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal no julgamento do agravo regimental no agravo de instrumento n.º 239.251/RJ, relator o Excelentíssimo Senhor Ministro CEZAR PELUSO, julgado no dia 02 de março de 2004, e publicado no *Diário da Justiça da União* de 25 de junho de 2004, na página 07, dentre outros).

Verifico, sem embargo, que tal exclusão *já não é possível*, dado que mesmo o Supremo Tribunal, no seio do referido mandado de segurança n.º 24.875/DF, decidiu, *por unanimidade*, não haver qualquer inconstitucionalidade na inclusão, concretizada pela Emenda Constitucional n.º 41/03, das vantagens pessoais no teto remuneratório constitucional. Realmente, na sessão plenária do dia 09 de março do ano em curso, a Corte, embora não houvesse resolvido definitivamente o mérito da querela (cujo Voto de Minerva – citado alhures – seria

dado meses depois), julgou, desde aquele momento, que não havia invalidade na submissão dos referidos adicionais ao limite vencimental, o que pode ser visto pelo teor da ata da respectiva decisão, publicada no *Diário da Justiça da União* de 22 de maio de 2006: “O Tribunal, por unanimidade de votos, **rejeitou o pedido de declaração incidental de inconstitucionalidade do vocábulo ‘pessoais’, inserido no inciso XI do artigo 37 da Constituição, na redação que lhe atribuiu a Emenda Constitucional nº 41/2003...**”.

Ora, sendo reconhecidamente *constitucional* a compreensão das citadas gratificações no texto do artigo 37, inciso XI, da Lei Fundamental, não há a possibilidade de se conceber a exclusão de tais adicionais do limite remuneratório público – nem mesmo o Supremo Tribunal Federal poderá, doravante, assim proceder, sem incorrer em conduta judicante especiosa.

Deveras, não existe *nenhuma* plausibilidade em, ao mesmo tempo, julgar-se lícito o citado excerto da regra segundo a qual “a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos (...) **incluídas as vantagens pessoais** ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo” e, por um outro lado, decidir-se pela exclusão de um tal conjunto de vantagens do máximo vencimental. Se se adotam como premissas a) a proposição que julgou civil a inclusão da palavra “pessoais” no artigo 37, XI, e b) a literalidade da Constituição Federal, então não haverá nenhuma forma – nenhuma forma *lógica*, ao menos – de se fugir da conclusão pela qual as gratificações pessoais são, *indubitavelmente, submissas ao teto*.

Por fim, no que se refere ao princípio da irredutibilidade vencimental, nem mesmo ele, como já observamos parágrafos acima, poderá dar lastro ao deferimento da segurança: a Emenda Constitucional n.º 41/03 e a Emenda Constitucional estadual n.º 56/04 tinham, de fato, a aptidão de alterar as situações jurídicas

consolidadas antes de sua vigência – e esse era o seu efeito maior –, já que a intangibilidade da remuneração no serviço público não é cláusula pétrea, e pode, portanto, ser vulnerada pelo poder reformador (o contrário só foi admitido pelo STF *em benefício dos magistrados*, que têm, na norma que protege a sua irredutibilidade de remuneração, “regra oponível ao constituinte derivado”).

Sufrago, portanto, a integral denegação da segurança pleiteada, com a submissão do impetrante ao teto remuneratório estabelecido pelo artigo 37, XI da Constituição Federal.

É como voto, Senhor Presidente.

Fortaleza, 07 de dezembro de 2006.

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

2004.0008.0644-0/0

Mandado de Segurança com Pedido de Liminar

Impetrante: SANZIO TEIXEIRA DE PAULA

Impetrado: Secretário de Saúde do Estado do Ceará

Relator: Desembargadora Maria Sirene de Souza Sobreira

CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE. APLICABILIDADE IMEDIATA DO ART. 196 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL A DESPEITO DE REGULAMENTAÇÃO LEGAL. AUTO-APLICABILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. ACESSO GRATUITO DE PORTADOR DE HEPATITE TIPO C AOS MEDICAMENTOS NECESSÁRIOS A SEU TRATAMENTO. DEVER CONSTITUCIONAL. POSSIBILIDADE.

1) A Constituição antes de diploma formal de normas jurídicas constitui um instrumento

democrático de dignidade e de cidadania, de maneira que, os direitos fundamentais, mesmo aqueles de índole social supostamente dotados de uma mera eficácia indireta ou programática, podem ser exercidos imediatamente, independentemente de regulamentação legal.

2) Do contrário, os direitos fundamentais estariam relegados à condição de “fantoques jurídicos”, à mercê da discricionariedade normativa do legislador infraconstitucional, obstaculizados por interesses políticos dominantes, muito mais preocupados em não sobrecarregar ou diminuir as obrigações do Estado Governo, do que em imprimir efetividade social à Constituição, colocando-a verdadeiramente como um veículo de concretização os interesses coletivos.

3) Por força do posicionamento de que ora se cuida, as normas constitucionais de índole social, quando tradutoras de um direito ou garantia fundamental, são dotadas de efetividade a despeito da ação normativa do legislador infraconstituinte. Com efeito, sua eficácia, antes tida por limitada, ampliou-se na direção de permitir que situações subjetivas sejam alcançadas, através do estabelecimento de direitos suscetíveis de incondicional invocação.

4) A Constituição Federal é, sim, um instrumento democrático irradiador de cidadania e a serviço da materialização dos direitos subjetivos. Não poderia ser diferente. Conceber a Constituição apenas em seu aspecto formal e dogmático, ou suprimir-lhe a vigência em relação a dispositivos indispensáveis à contemplação plena dos interesses coletivos é transformá-la num grande “elefante branco”, numa enorme figura de retórica, recheada de dispositivos inúteis, sem

nenhum préstimo ao atendimento dos clamores políticos que lhe serviram de fonte inspiradora.

5) Ademais, sujeitar a altivez e a efetividade de um direito fundamental à iniciativa legal é subverter-lhe a condição hierárquica que o status constitucional lhe assegura. Logo o intérprete da Constituição deve analisar seu texto com o objetivo de extrair dos direitos e garantias fundamentais a máxima efetividade possível, não de modo a substituir a conveniência legislativa ainda não editada, mas com o efetivo condão de levar a efeito o cumprimento imediato do comando constitucional, de maneira a conciliar o direito no caso concreto.

6) De tal maneira que, em esgotamento cognitivo, é o impetrante senhor do direito líquido e certo a que fez prelude referêcia, convencimento de que ora me utilizo por entender que ao Poder Judiciário compete desmistificar as normas jurídicas no afã de extrair-lhes a mais adequada aplicação, aproximando-as dos indivíduos e de seus reclames quotidianos e suprimindo-lhes os estigmas dogmáticos que dificultam e comprometem seu aspecto hermenêutico.

7) Segurança Concedida.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança, nº 2004.0005.8322-0/0 ACORDA o Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por sua composição plenária, em conceder a segurança, nos termos do parecer da PGJ e do voto condutor a seguir transcrito.

SANZIO TEIXEIRA DE PAULA impetrou Mandado de Segurança contra ato perpetrado, em tese, pelo SECRETÁRIO DE SAÚDE DO ESTADO DO CEARÁ DO ESTADO DO CEARÁ e contra o SECRETÁRIO DE SAÚDE DO MUNICÍPIO DE

FORTALEZA - este já excluído da lide por força de decisão exarada no bojo destes autos – argüindo, em síntese:

1) que é portador de hepatite crônica do tipo C, com replicação viral (RNA positivo), informação que comprova através de exames e laudos médicos arremetidos nos autos;

2) que, na condição de servidor público federal, sem gozar de aumento de salários há mais de cinco anos, não reúne condições financeiras para, sem prejuízo de seu sustento arcar com os custos sobejamente elevados necessários ao tratamento da doença de que é portador;

3) que já está acometido da enfermidade há quase dezessete anos, e que seu estado de saúde atual apresenta-se por demais debilitado, razão por que precisa fazer uso do medicamento INTERFERON PEGUILOADO ALFA-2 que, para eventuais fins de custeio particular na quantidade que lhe foi prescrita corresponderia a um gasto mensal em torno de R\$ 4.000,00, a que ele, impetrante, não teria como fazer frente sem acarretar danos veementes ao sustento de sua família;

4) que, na época da impetração ele, impetrante, não fez uso de qualquer requerimento administrativo no sentido de obter um amparo do SUS em seu tratamento, porque tomou conhecimento de que o Estado estava renitente e contumazmente se negando a franquear a assistência colimada em casos que tais, ao argumento de que não dispunha de verbas orçamentárias para tanto, bem como de que o aludido medicamento não constava do relação indicada pelo Ministério da Saúde na Portaria Executiva nº 863.

5) que, nesse passo, em face da iminente renitência do agente público em fornecer gratuitamente o tratamento de saúde a que ele, impetrante, fazia jus, o mesmo se viu tolhido em direito líquido e certo, motivo porque, buscou socorro no Poder Judiciário através da impetração da que ora se cuida.

Arrimado em tais ponderações, requestou medida liminar no sentido de que as autoridades impetradas lhe disponibilizassem gratuitamente os medicamentos necessários ao custeio de seu tratamento e, no mérito, pugnou pela concessão da segurança, com o julgamento procedente da

presente ação mandamental.

Juntou a procuração de fls. 20 e os documentos de fls. 21/68.

Em decisão inicial de fls. 73/74, o então Presidente deste Sodalício, antes de ordenar a redistribuição do feito presente, indeferiu o requesto liminar, por entender que a documentação arremetida à peça de começo não traduzia prova inequívoca de que as autoridades indigitadas estavam, de fato, sonegando o fornecimento das medicações em deslinde, de maneira que ainda não vislumbrava, em tais linhas, o binômio necessidade/utilidade do provimento judicial requerido.

Inconformado, o impetrante atravessou requerimento nos autos objetivando a reconsideração da decisão em cotejo, no que foi prontamente atendido por meu antecessor, em decisão de fls. 146/150.

Às fls. 85/93 o Secretário de Saúde do Estado do Ceará apresentou seus informes, invocando preliminar de ausência de interesse processual – pugnando pela extinção terminativa do feito – e, em mérito, argumentando que a norma constitucional inserta no art. 196 da Carta de 1988, em verdade, traduz mero conteúdo programático, sem o condão de obrigar o estado juridicamente a fornecer os medicamentos na forma perseguida pelo impetrante.

Na mesma esteira, foram as informações apresentadas pela Secretário de Saúde do Município que, como dito, foi excluído da lide por força da decisão de fls. 146/150.

Em virtude da concessão da medida liminar, em reconsideração ao despacho inicial da lavra do então presidente desta Egrégia Corte, o Estado do Ceará, na qualidade de litisconsorte passivo, interpôs agravo regimental a que se negou seguimento *ex vi* da decisão de fls. 164/165.

Às fls. 168 o mesmo Estado do Ceará opôs embargos declaratórios em face da decisão sobredita, aos quais também negou seguimento a Egrégia Relatoria que me antecedeu.

O Ministério Público, em parecer de fls. 178/185, opinou pela concessão da segurança pleiteada.

Vieram-me conclusos os presente autos após redistribuição na forma regimental, aos 07 dias do mês de agosto de 2005.

É o relatório.

Cuidam os autos de mandado de segurança individual manejado por SANZIO TEIXEIRA DE PAULA contra ato supostamente coator perpetrado, em tese, pelo Secretário de Saúde do Estado do Ceará que, no ditames expendidos no esboço relatorial, estaria se recusando, a pretexto infundado, de franquear os medicamentos necessários ao tratamento de enfermidade grave de que está o mesmo comprovadamente acometido.

Informou este último, com efeito, que contraiu há 17 anos um vírus letal sendo portador de hepatite C, conforme atestam os documentos e declarações de lavra médica arremetidos ao processo, mas que, em virtude de suas limitadas condições financeiras – é servidor público federal e auferir rendimentos na ordem de R\$ 3.589,69 (três mil quinhentos e oitenta e nove reais e sessenta e nove centavos) - não pode, sem prejuízo de seu sustento, custear as medicações que lhe foram sugeridas, indispensáveis à administração de seu tratamento.

A indigitada autoridade coatora – refiro-me a apenas uma delas por que a outra apontada foi excluída da lide por força da decisão de fls. 146/150 contra a qual não se interpôs qualquer recurso ou impetração específica – devidamente notificada à prestação dos esclarecimentos informativos de que trata o inciso I do art. 7º da lei 1.533/51, tentou justificar sua inação ao argumento de que, muito embora o art. 196 da Constituição Federal preconize a saúde como sendo um direito de todos e um dever do Estado, o dispositivo em cotejo traduziria mera preceituação de índole programática insuscetível de constituir uma obrigação sistemática em face do ente público em cotejo.

Segunda a defesa, a norma constitucional de que se valeu o impetrante em resguardo de seu pretenso direito líquido e certo, é dotada de eficácia diferida e de aplicação mediata, mercê da ponderação legiferante discricionária. Assim, na ótica

da autoridade impetrada, o art. 196 da Carta Magna ostenta um conteúdo muito mais ético do que propriamente jurídico, sugerindo que o Estado, na condição de ente político democrático avoca-se na obrigação, não de subsidiar a saúde dos indivíduos de forma irrestrita e indiscriminada, mas de estabelecer meios – através de esforço legislativo, ou do exercício do Poder Constituinte Derivado – para consolidar, dentro de limites razoáveis, a programação informada no dispositivo em tablado, de modo a emprestar-lhe eficácia e aplicabilidade imediatas.

O então relator, em juízo de delibação acerca dos argumentos de ambas as partes, houve por bem deferir o pedido liminar, em caráter precário e acautelador, no sentido de determinar que o ente público estatal disponibilizasse ao impetrante toda a medicação que lhe fosse necessária em seu tratamento, sem prejuízo de ulterior cognição exauriente em sentido diverso.

Feitas essas breves considerações, resta-me levar a efeito o destrepe objetivo da lide mandamental, antes, contudo, encerrando definitivamente a discussão em volta da preliminar de mérito tocante à suposta ausência de interesse processual da impetrante invocada nos estilosos informes de fls.85/93.

A propósito, arguiu a autoridade indigitada coatora que a ação mandamental em epígrafe padecia de ociosidade à míngua de interesse de agir, a pretexto de que a impetrante não tinha, por força de suas esclarecimentos de prelúdio, demonstrado a renitência do ente público em subsidiar as medicações necessárias ao seu tratamento de saúde.

Nesse passo, muito embora tenha por forçoso o reconhecimento formal da circunstância em exame, tal ilação não me conduz ao acolhimento do pedido preliminar por que, em meu juízo, o ato ensejador da impetração traduz, em tese, um comportamento omissivo de seu ordenador responsável.

Assim, em se tratando de uma inação, de um “deixar de fazer”, a suposta lesão a direito líquido e certo dificilmente renderia algum vestígio material ou documental que se prestasse a servir de prova pré-constituída da lide de segurança que ora se tem. Nesse viés, diante da factível impossibilidade aqui

considerada, bem como da indicação verossímil de que a omissão objurgada tenha de fato acontecido de modo a ensejar o aforamento da presente ação mandamental, rejeito a preliminar de mérito aqui enfocada.

Acerca das ponderações meritórias, é de bom alvitre esclarecer que o mandado de segurança constitui instrumento de índole constitucional posto a serviço de proteger os indivíduos da ação preeminente – e algumas vezes lesiva – do Poder Público no exercício de suas prerrogativas e atribuições.

Trata-se, pois, o *writ of mandamus* de remédio jurídico utilizável no combate de ação malvazeja do Estado, por seus órgãos e representantes quando, no exercício de seus misteres, comete ilegalidades, exorbita os limites de seu poder, ou suprime direitos e garantias individuais.

Nesse contexto, exsurge examinar, para fins de deslinde definitivo da questão, se o Estado, ao recuar o fornecimento de medicação ao impetrante, portador de hepatite C, está-lhe violando algum direito líquido e certo capaz de render ensejo a impetração que ora se cuida.

Eis, portanto, que delimitado o núcleo da impetração, cumpre-me, de início, sublinhar que o direito à saúde ocupa lugar de destaque na sistemática constitucional e constitui autêntico direito fundamental, muito embora esteja disciplinado à parte do respectivo título, no art. 196 da Carta Política, cuja concepção literal ressalta-lhe como um direito de todos e um dever do Estado, a quem compete o estabelecimento de mecanismos e estratégias para levar a efeito a concretização de tal benefício, bem como torná-lo acessível a todos os indivíduos em igualdade de condições.

Cuida-se, pois, de premissa necessária à contemplação do direito à vida e à dignidade, que se erige, na esteira do sobredito dispositivo constitucional, como prerrogativa de qualquer ser humano em relação ao Estado e aos demais membros da comunidade.

Nessas condições, à vista das preliminares noções que ora se afiguram acerca da importância sublime do direito à saúde e de sua condição de prestígio no plano do ordenamento

jurídico, guindado que se mostra ao patamar de direito fundamental absoluto, em confronto à noção de que o Estado obriga-se, por força da Carta Magna, a assumir uma postura assistencialista em relação aos indivíduos, assegurando-lhes uma sobrevivência digna e em harmonia com os próprios objetos no art. 2º de seu texto de regência, impõe-se uma indagação, de cuja resposta, certamente, depende a sorte da impetração em destre: a considerar-se que o direito à saúde possui inegável caráter de direito fundamental – sendo que os direitos fundamentais, por força do que diz o art. 5º, § 1º, são auto-aplicáveis, dotando-se de eficácia imediata – poder-se-ia afirmar, categoricamente, que um indivíduo que se declara carente de recursos, é senhor de direito subjetivo de pleitear, junto ao Estado, o custeio de um tratamento médico hospitalar na rede pública, ou mesmo o fornecimento de medicamento gratuitamente, os quais não pode adquirir sem prejuízo de seu sustento?

Na tentativa de responder a indagação, a doutrina e a jurisprudência – esta, especificamente, diante da enorme quantidade de demandas que chegaram ao judiciário versando sobre a questão – dividiram-se em duas correntes principais, ambas ocupadas em aferir o alcance da eficácia do dispositivo inserto no art. 196 da Constituição Federal, partindo da premissa incontroversa de que o direito à saúde é um direito fundamental social, muito embora não capitulado no título constitucional correspondente.

A primeira delas se sustenta no argumento de que nem todas as normas constitucionais que tratem de direitos fundamentais enquadram-se na classificação de auto-executoriedade de que trata o já mencionado § 1º, do Art. 5º da **Lex Mater**. Segundo os signatários da corrente em deslinde, normas constitucionais há, tratando de direitos fundamentais - notadamente de cunho social – que, em virtude do conteúdo programático de seus dispositivos, muito embora possuam eficácia, são dotadas de mera aplicabilidade indireta, servindo-se de moldura à ação infraconstitucional concretizadora de seu programa.

Cabe aqui fazer menção às considerações de José

Afonso Silva em sua obra “Direito Constitucional Brasileiro” (2005, p. 180) a respeito da aplicabilidade das normas que disciplinam direitos fundamentais. O supracitado doutrinador, em lição clássica, menciona que a eficácia e aplicabilidade dos direitos fundamentais dependem muito de seu enunciado:

“[...] pois se trata de assunto que está em função do Direito positivo. A Constituição é expressa sobre o assunto, quando estatui que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Mas certo é que isso não resolve todas as questões, porque a Constituição mesma faz depender de legislação ulterior à aplicabilidade de algumas normas definidoras de direitos sociais, enquadrados dentre os fundamentais. Por regra, as normas que consubstanciam os direitos democráticos e individuais são de eficácia contida e aplicabilidade imediata, enquanto as que definem os critérios econômicos e sociais tendem a sê-lo também na Constituição vigente, mas algumas, especialmente as que mencionam uma lei integradora, são de eficácia limitada, de princípios programáticos e de aplicabilidade indireta, mas são tão jurídicas como as outras e exercem relevante função, porque, quanto mais se aperfeiçoam e adquirem eficácia mais ampla, mais se tornam garantias de democracia e do efetivo exercício dos demais direitos fundamentais.”

Vejamos que, na visão do insigne professor, um dos principais defensores do posicionamento doutrinário em questão, as normas constitucionais, quanto à eficácia, classificam-se em normas de eficácia plena, contida, ou limitada, sendo que apenas as duas primeiras são dotadas de efetividade, enquanto que as terceiras, correspondentes às normas de eficácia programática,

dependem de uma regulamentação legal supletiva para alcançarem aptidão no sentido de produzirem efeitos no plano obrigacional.

Em posição adversa, menos dogmática e centrada na idéia de que a Constituição antes de diploma formal de normas jurídicas constitui um instrumento democrático de dignidade e de cidadania, a outra parte da doutrina apega-se ao entendimento de que os direitos fundamentais, mesmo aqueles de índole social supostamente dotados de uma eficácia indireta ou programática, podem ser exercidos imediatamente, independentemente de regulamentação legal.

Do contrário, os direitos fundamentais estariam relegados à condição de “fantoques jurídicos”, à mercê da discricionariedade normativa do legislador infraconstitucional, obstaculizados por interesses políticos dominantes, muito mais preocupados em não sobrecarregar, ou diminuir as obrigações do Estado Governo, do que em imprimir efetividade social à Constituição, colocando-a verdadeiramente como um veículo de concretização os interesses coletivos.

Por força do posicionamento de que ora se cuida, as normas constitucionais de índole social, quando tradutoras de um direito ou garantia fundamental, são dotadas de efetividade a despeito da ação normativa do legislador infra-constituente. Com efeito, sua eficácia, antes tida por limitada, ampliou-se na direção de permitir que situações subjetivas sejam alcançadas, através do estabelecimento de direitos suscetíveis de incondicional invocação.

No que diz respeito ao direito à saúde, direito fundamental social, o Eminentíssimo Ministro Celso de Mello, figurando como relator no julgamento do Recurso Extraordinário nº 271.286 – RS, perante o Supremo Tribunal Federal – STF, em hipótese versando sobre o fornecimento de medicamentos para o tratamento da AIDS, ressaltou o caráter fundamental da norma esculpida no art. 196 da Constituição Federal de 1988. Vejamos a íntegra da Ementa, ilustrativa do atual entendimento da Pretória Corte acerca do assunto.

“PACIENTE COM HIV/AIDS - PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS - DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF, ARTS. 5º, CAPUT, E 196) - PRECEDENTES (STF) - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. - O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. - O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa conseqüência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE. - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários

todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES. - O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF.

No caso dos autos, não vejo como me conduzir de outra maneira, senão, na direção do posicionamento aqui estampado. A Constituição Federal é, sim, um instrumento democrático irradiador de cidadania e a serviço da materialização dos direitos subjetivos. Não poderia ser diferente. Conceber a Constituição apenas em seu aspecto formal e dogmático, ou suprimir-lhe a vigência em relação a dispositivos indispensáveis à contemplação plena dos interesses coletivos é transformá-la num grande “elefante branco”, numa enorme figura de retórica, recheada de dispositivos inúteis, sem nenhum préstimo ao atendimento dos clamores políticos que lhe serviram de fonte inspiradora.

Ademais, sujeitar a altivez e a efetividade de um direito fundamental à iniciativa legal é subverter-lhe a condição hierárquica que o status constitucional lhe assegura. Logo o intérprete da Constituição deve analisar seu texto com o objetivo de extrair dos direitos e garantias fundamentais a máxima efetividade possível, não de modo a substituir a conveniência legislativa ainda não editada, mas com o efetivo condão de levar a efeito o cumprimento imediato do comando constitucional, de maneira a conciliar o direito no caso concreto.

Nesses termos, sonegar a pretensão invocada na inicial pelo impetrante, que padece de enfermidade incurável e que declarou, licitamente, sua condição de insuficiência econômica é restringir-lhe, obliquamente, o próprio direito à vida, considerando-se que a doença de que é acometido pode levá-lo à morte em pouquíssimo tempo caso não venha a ser adequadamente medicada. Em casos que tais, a Constituição subscreve-se como verdadeiro instrumento de conformação social como elo de elementar coesão entre o Estado, na condição de ente concretizador dos direitos subjetivos, e as vicissitudes relacionadas à esfera jurídica de cada indivíduo em particular.

De tal maneira que, em esgotamento cognitivo, penso, salvo melhor juízo, ser o impetrante senhor do direito líquido e certo a que fez prelude referêcia, convencimento de que ora me utilizo por entender que ao Poder Judiciário compete desmistificar as normas jurídicas no afã de extrair-lhes a mais adequada aplicação, aproximando-as dos indivíduos e de seus reclames quotidianos e suprimindo-lhes os estigmas dogmáticos que dificultam e comprometem seu aspecto hermenêutico.

Nessa linha, assentado na premissa de que a regra do art. 196 da Constituição Federal que consagra a saúde como um direito de todos e um dever do Estado, em última instância, representa consequência indissociável do direito à vida, eis o entendimento do STJ acerca da matéria, que se extrai dos julgados resumidos nos seguintes excertos jurisprudenciais:

“RECURSO ESPECIAL. SUS. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. PACIENTE COM HEPATITE

C. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. DEVER DO ESTADO. UNIÃO. LEGITIMIDADE.

1. Ação objetivando a condenação da entidade pública ao fornecimento gratuito dos medicamentos necessários ao tratamento de Hepatite C.

2. O Sistema Único de Saúde-SUS visa a integralidade da assistência à saúde, seja individual ou coletiva, devendo atender aos que dela necessitem em qualquer grau de complexidade, de modo que, restando comprovado o acometimento do indivíduo ou de um grupo por determinada moléstia, necessitando de determinado medicamento para debelá-la, este deve ser fornecido, de modo a atender ao princípio maior, que é a garantia à vida digna.

3. Configurada a necessidade do recorrente de ver atendida a sua pretensão posto legítima e constitucionalmente garantida, uma vez assegurado o direito à saúde e, em última instância, à vida. A saúde, como de sabença, é direito de todos e dever do Estado.

4. A União é parte legítima para figurar no pólo passivo nas demandas cuja pretensão é o fornecimento de medicamentos imprescindíveis à saúde de pessoa carente.

5. Recurso especial desprovido. (RESP. 658323/SC – Rel. Ministro Luiz FUX – Julgado em 03/02/2005).

“ADMINISTRATIVO MEDICAMENTOS PARA TRATAMENTO DA AIDS. FORNECIMENTO PELO ESTADO. OBRIGATORIEDADE. AFASTAMENTO DA DELIMITAÇÃO CONSTANTE NA LEI Nº 9.313/96. DEVER CONSTITUCIONAL. PRECEDENTES.

1. Recurso Especial interposto contra v. Acórdão

que entendeu ser obrigatoriedade do Estado o fornecimento de medicamentos para portadores do vírus HIV.

2. No tocante à responsabilidade estatal no fornecimento gratuito de medicamentos no combate à AIDS, é conjunta e solidária com a da União e do Município. Como a Lei nº 9.313/96 atribui à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios o dever de fornecer medicamentos de forma gratuita para o tratamento de tal doença, é possível a imediata imposição para tal fornecimento, em vista da urgência e conseqüências acarretadas pela doença.

3. É dever constitucional da União, do Estado, do Distrito Federal e dos Municípios o fornecimento gratuito e imediato de medicamentos para portadores do vírus HIV e para tratamento da AIDS.

4. Pela peculiaridade de cada caso e em face da sua urgência, há que se afastar a delimitação no fornecimento de medicamentos constante na Lei nº 9.313/96.

5. A decisão que ordena que a Administração Pública forneça aos doentes os remédios ao combate da doença que sejam indicados por prescrição médica, não padece de ilegalidade.

6. Prejuízos iriam ter os recorridos se não lhes for procedente a ação em tela, haja vista que estarão sendo usurpados no direito constitucional à saúde, com a cumplicidade do Poder Judiciário. A busca pela entrega da prestação jurisdicional deve ser prestigiada pelo magistrado, de modo que o cidadão tenha, cada vez mais facilitada, com a contribuição do Poder Judiciário, a sua atuação em sociedade, quer nas relações jurídicas de direito privado, quer nas de direito público.

7. Precedentes da 1ª Turma desta Corte Superior.**8. Recurso improvido.**

Nessas condições, à vista de que, em meu sentir, é o impetrante senhor de direito líquido, a luz do art. 196 da Carta Política de 1988, a ter custeados pelo Estado os medicamentos necessários ao tratamento de sua enfermidade devidamente comprovada na esteira da documentação arremetida à impetração voto pela CONCESSÃO DA SEGURANÇA, nos termos do Parecer da Douta Procuradoria Geral de Justiça, por entender ser essa medida contemplativa da melhor e mais moderna interpretação do Constitucional Vigente.

É como Voto.

Fortaleza, fevereiro de 2007.

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

**Nº 2004.1568-1/0 : MANDADO DE SEGURANÇA(PLENO)
IMPETRANTE : LUIS NAPOLEÃO LACERDA.
IMPETRADOS : SECRETÁRIO DE SAÚDE DO ESTADO DO
CEARÁ.
RELATORA : DESª HUGUETTE BRAQUEHAIS**

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA- FALTA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA DO DIREITO LÍQUIDO E CERTO DO IMPETRANTE - EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM EXAME DE MÉRITO - Segundo a jurisprudência do colendo Superior Tribunal de Justiça, a falta de prova pré-constituída do alegado direito líquido e certo importa a extinção do processo sem julgamento de mérito e não a denegação a segurança.

- A C Ó R D Ã O -

O Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em sua composição plenária, apreciando os autos do Mandado de Segurança acima identificado, ACORDA, por unanimidade, em não conhecer da impetração e extinguir o processo sem julgamento de mérito, diante da ausência de prova pré-constituída, nos termos do voto da Relatora.

- R E L A T Ó R I O -

Trata-se de MANDADO DE SEGURANÇA, com pedido de liminar *inaudita altera parte*, impetrado por **LUIS NAPOLEÃO LACERDA**, contra ato (Circular 052/2004) do Exmo. Sr. Secretário de Saúde do Estado do Ceará, que considerou ilegal e abusivo, por ferir, segundo seu entendimento, direito líquido e certo seu.

Para ingressar com o aludido *mandamus*, convém fique aqui registrado, o Impetrante requereu, inicialmente, o benefício da Justiça Gratuita, com fundamento na Lei nº. 1.060, de 1950.

Na sua peça exordial alega que, na segunda metade do mês de julho do ano de 2004, recebeu do Sr. Secretário de Saúde do Estado a Circular nº. 052/2004, de conteúdo totalmente ilegal, ameaçando seus direitos políticos de se candidatar a cargo eletivo.

Requereu a medida liminar objetivando ser mantido no Programa Agente de Saúde durante o período de desincompatibilização eleitoral, com a garantia, ainda, de licença remunerada, conforme o disposto no artigo 1º, inciso VII, da Lei Complementar nº 60/94, e de continuar no pleno exercício de suas funções como Agente de Saúde após o referido período.

Juntou à inicial algumas xerocópias, mas deixou de juntar, exatamente, a cópia do ato que reputou abusivo e ilegal, qual seja, a mencionada Circular n.052/2004.

À fl. 21, despacho pelo qual nos reservamos o direito

de apreciar o pedido de liminar após prestadas as informações pela autoridade impetrada.

Às fls. 25/27, dita autoridade (Secretário de Saúde) esclareceu que o Impetrante não é funcionário público, mas empregado de uma entidade privada, no caso, uma Associação de Agente de Saúde de Mauriti (cf. fl. 15), submetido, portanto, ao regime jurídico da CLT e não fazendo jus ao que pleiteia, posto que o benefício legal pretendido apenas se destina aos servidores públicos.

Acrescentou, ainda, que esse mesmo Impetrante não se achava obrigado a se afastar de suas atividades com direito à percepção de seus salários, podendo, todavia, requerer o seu afastamento com suspensão do contrato de trabalho, nos termos da CLT. Continuou explicitando que seu afastamento, como empregado da referida associação, fazia-se necessário em decorrência do princípio da moralidade, porque essa entidade privada recebe recursos do Estado por via de Convênio.

Às fls. 29/32, o pleito liminar foi apreciado e indeferido.

Após, os autos foram com vista à douta Procuradoria-Geral de Justiça, para os fins do artigo 10 da Lei 1.533/51, tendo ali permanecido por nada menos de dois anos e dois meses até que nos foram devolvidos em 27 de fevereiro do corrente ano.

Em bem lançado pronunciamento (fls. 36/40), manifestou-se o **Parquet** pela extinção do processo, com fundamento no art. 267, inciso VI, do CPC, combinado com o art. 8º da Lei 1.533/51, “(...) em razão da ausência de prova pré-constituída indispensável à comprovação do alegado no vertente *mandamus* (...)”. (fl. 40).

É o sucinto relatório. Pedimos dia para julgamento

- V O T O -

No caso em apreço, como ficou consignado no Relatório, a parte Impetrante, apesar de juntar vários documentos à inicial, deixou de exhibir o ato impugnado, qual seja, a Circular nº. 052/2004, que considerou de conteúdo totalmente ilegal, e que teria sido expedida pela autoridade apontada como coatora.

A propósito, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, no seu abalizado Parecer de fls. 36/40, com toda a procedência, ressaltou, textualmente, o seguinte:

“Empós perfunctória análise dos documentos acostados à proemial heróica, constata-se que o impetrante sequer fez acostar aos autos cópia das circulares expedidas pela autoridade reputada coatora. No caso em apreciação, vê-se claramente que a matéria em foco não é merecedora de amparo heróico, conquanto não ficou evidenciado, diga-se por oportuno, a ilegalidade ou abusividade do ato praticado pela parte impetrada. No presente caso, a documentação colacionada à inicial mostra-se insuficiente, sendo necessária instrução probatória, o que não se admite em sede mandamental(...)”. (fl. 38)

Na verdade, como já salientamos no provimento denegatório do pedido de liminar, o Impetrante não teve, sequer, o cuidado de documentar o ato impugnado, impedindo, portanto, que se possa examinar a eventual ilegalidade ou ofensa ao direito líquido e certo de que se julga titular.

Como de trivial sabença, o mandado de segurança é uma ação de caráter documental, devendo, portanto, ser instruída com os documentos indispensáveis à prova do direito nela alegado.

Assim sendo, sem que haja prova pré-constituída dos fatos sobre os quais estaria a se projetar o direito líquido e certo de que o Impetrante seria supostamente detentor, não se pode falar em concessão da ordem, porquanto o mandado de segurança tem rito procedimental que não comporta, pela sua especial natureza, dilação de provas.

A propósito do tema, importa lembrarmos que o Pleno desta Corte já decidiu que

“O deferimento de segurança pressupõe a demonstração plena e cabal, através de prova pré-constituída, de existência do direito líquido e certo, insusceptível de contestação. Em tal não se configurando, por inviável é tida a impetração.” (Acórdão Unânime em reunião plenária do TJ-CE, in DJ-Ce dia 10.07.90, pag.3/4 - destaques nossos)

No mesmo sentido, por sinal, o acórdão prolatado pela E. 1ª Câmara Cível desse Tribunal, do qual foi relator o eminente Des. RÔMULO MOREIRA DE DEUS, *verbis*:

EMENTA: “(...). I- O Mandado de Segurança deve trazer com a inicial prova pré-constituída do direito violado ou ameaçado de violação. II- Inexistindo prova documental e pré-constituída do direito ou ameaçado de violação, impõe-se o indeferimento da inicial, nos termos do art. 8º da Lei nº 1.533/51. ...”. (Proc. n.º 2000-3597-9- DJ de 13 de novembro de 2002- p. 39).

Por derradeiro, não podemos deixar de colacionar os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça, que restaram assim resumidos:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL. PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. [...] 3. A ausência de prova pré-constituída autoriza a extinção do *mandamus* sem julgamento de mérito. 4. Ausência de prequestionamento que inviabiliza o processamento do recurso especial. 5. Agravo regimental desprovido. (AGRESP 511829/MG, Relator Ministro LUIZ FUX, DJ 29.09.2003 p.00168)
EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE

SEGURANÇA. PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. AUSÊNCIA. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO. LICITAÇÃO. CONCESSÃO DE SERVIÇOS DE RADIO-DIFUSÃO. HABILITAÇÃO DE LICITANTE. 1. Entre os requisitos específicos da ação mandamental está a comprovação, mediante prova pré-constituída, do direito subjetivo líquido e certo do impetrante. 2. A deficiente comprovação dos fatos impede o exame da existência do alegado direito líquido e certo, o que impõe a extinção do processo sem julgamento do mérito. 3. Segurança denegada. (MS 8439/DF, Relator Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ 25.02.2004 p.00090)

Diante do exposto, sem mais delongas, constatada a inexistência de direito líquido e certo, “**condição constitucional da ação**” (cf. *Mauro Luís Rocha Lopes, in Mandado de Segurança, Ed. Impetus, página 13*), por completa ausência de prova pré-constituída, votamos no sentido de que **não seja conhecida a impetração, declarando extinto o feito, sem resolução do mérito, nos termos do art. 267, VI do CPC.**

Sem condenação ao pagamento de honorários advocatícios, nos termos da Súmula 512 do Supremo Tribunal Federal e da Súmula 105 do Superior Tribunal de Justiça.

É como votamos.

Fortaleza, abril de 2007.

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

**Nº 2006.0023.9963-6 MANDADO DE SEGURANÇA
COMARCA: FORTALEZA
IMPETRANTE: AURINEIDE MATIAS DA SILVA**

IMPETRADO SECRETÁRIO DE EDUCAÇÃO BÁSICA DO ESTADO DO CEARÁ
LITISCONSORTE ESTADO DO CEARÁ
RELATOR: DES. RDO. EYMARD RIBEIRO DE AMOREIRA

EMENTA: CONSTITUCIONAL – MANDADO DE SEGURANÇA – SERVIDORA PÚBLICA – REDUÇÃO DO VALOR VENCIMENTAL QUANDO DO INGRESSO NA INATIVIDADE ACARRE-TANDO, VIA DE CONSEQÜÊNCIA, REDUÇÃO VALORATIVA, DA GRATIFICAÇÃO EXTRA CLASSE. IMPOSSIBILIDADE. OFENSA AO DIREITO LÍQUIDO E CERTO. WRIT CONCEDIDO.

1.A teor do art. 6º, § 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil, direito adquirido se consubstancia naquele em que seu titular ou alguém por ele possa exercer, cujo começo tenha termo prefixo, ou condição preestabelecida, inalterável a arbítrio de outrem. Demais disso, na espécie, verdadeiramente ocorreu ofensa ao direito assegurado no art. 5º, inciso XXXVI, da Carta da República, dada a irredutibilidade proclamada no art. 37, inciso XV, do diploma súpero.

2.Inadequada a via mandamental para cobrança de valores atrasados, pois “O Mandado de Segurança não é substitutivo de ação de cobrança” (Súmula 269 do STF). Bem por isso, diferenças pecuniárias anteriores à impetração, a serem havidas em sede ordinária própria.

3.Segurança concedida. Acórdão unânime.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança nº 2006.0023.9963-6, de Fortaleza, em que é impetrante Aurineide Matias da Silva e impetrado o Secretário de Educação Básica do Estado do Ceará, figurando como litisconsorte passivo o Estado do Ceará.

Acorda o Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por sua composição plenária, em conceder a segurança, em concordância com o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça.

AURINEIDE MATIAS DA SILVA, servidora pública estadual, aposentada no cargo de Professora Especialista, nível 21, por conduto de advogado constituído, manejou o presente Mandado de Segurança, com pedido de medida liminar, contra o Exmo. Sr. Secretário de Educação Básica do Estado do Ceará, imputando-lhe a prática de ato apontado como violador de direito líquido e certo de que é titular, consistente na redução de seus proventos, à míngua de qualquer justificação.

Alegou, neste passo, a impetrante, que o ato de aposentação, publicado no Diário Oficial do dia 04 de outubro de 2005, reduziu dos seus proventos, a importância de R\$ 99,66 (noventa e nove reais e sessenta e seis centavos).

Juntou à inicial a documentação estimada válida para o destribe do **mandamus** às fl.14/18.

Sem liminar, determinei a intimação da autoridade impetrada, tendo comparecido aos autos o Exmo. Sr. Secretário da Educação Básica do Estado do Ceará, às fl. 25/30, para alegar, preliminarmente, a decadência do **mandamus**, por haver sido interposto após o prazo legal de 120 (cento e vinte) dias para, no mérito, alegar, em resumo, que a redução vencimental se operou pela exclusão da chamada gratificação extra-classe, por ser juridicamente inviável a extensão de gratificação própria da atividade à servidora aposentada. Requesta, no final, a denegação da ordem.

Instada a se manifestar a douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pela concessão.

É o relatório.

DA PRELIMINAR

Pacificado está, à saciedade, o entendimento dessa Corte de que, em se tratando, como na hipótese, de prestações de trato sucessivo, é certo que o prazo para a impetração do

mandamus renova-se mês a mês, cada vez que é reiterada a prática do ato tido por abusivo ou ilegal daí porque, com supedâneo neste consenso, rejeito a preliminar suscitada pela impetrante.

DO MÉRITO

Como visto, cogita-se de ação mandamental intentada pela professora aposentada Aurineide Matias da Silva, contra o Excelentíssimo Senhor Secretário de Educação Básica do Estado do Ceará, imputando ao mesmo a prática de ato violador de direito líquido e certo seu, consistente na redução dos proventos da aposentadoria quando de seu ingresso para a inatividade, importando numa diferença mensal de R\$ 99,66 (noventa e nove reais e sessenta e seis centavos) em relação à remuneração que percebia na ativa.

Na hipótese destes autos, cuidaram as informações da autoridade coatora em esclarecer que a redução verificou-se face à exclusão da chamada gratificação extra-classe, a qual, por ser inerente à atividade desenvolvida pelo servidor, segundo seu entendimento, não pode ser levada para a inatividade.

Dessume-se do extrato de pagamento acolhido às fl.16, que a servidora ora impetrante, quando em atividade, percebia a título de vencimento/salário (especificado no código 101) a importância de R\$ 1.096,30 (hum mil, noventa e seis reais e trinta centavos) incidindo sobre este valor a gratificação de efetiva regência de classe, à base de 40% (quarenta por cento), correspondente ao Código 183, perfazendo, esta, a quantia de R\$ 438,52 (quatrocentos e trinta e oito reais e cinquenta e dois centavos).

Entretanto, com a aposentadoria da promovente, aquela parcela vencimental de R\$ 1.096,30 - a qual, no caso de servidor aposentado, é denominada de *provento* e corresponde ao código 301 - passou a ser de R\$ 996,64 (novecentos e noventa e seis reais e sessenta e quatro centavos), como indicam o ato de aposentadoria que repousa às fl. 15 e o extrato de pagamento de fl.17.

Resta assim demonstrado, à sociedade, que efetivamente houve a redução da parcela-base da remuneração, apontada pela impetrante, e não, a exclusão (sic) da gratificação de regência de classe, como pretendeu fazer crer o promovido. Basta ver que no extrato de pagamento atualizado da promovente (fl. 18) consta, de modo explícito, essa gratificação, sob o cód.183. Entretanto, ela figura em valor inferior ao percebido na atividade, justo porque se trata de percentual fixo (40%) sobre o valor vencimental básico. Assim, tendo sido o vencimento-base reduzido de R\$ 1.096,30 para R\$ 996,64, conseqüentemente operou-se a redução da citada gratificação, posto que o percentual passou a incidir sobre valor básico menor, embora mantido o mesmo índice de 40%. Outro não pode ser o raciocínio, em se tratando de mera operação matemática, infensa a sofismas e a maiores questionamentos.

Dessa sorte, tenho que a verba remuneratória efetivamente devida à impetrante vem sendo paga a menor, mês a mês, configurando prestações de trato sucessivo, sujeitas à regra da prescrição periódica (qüinqüenal). Bem por isso, a partir da impetração, ela tem jus à percepção dos valores subtraídos indevidamente de seus proventos, porquanto comprova o alegado direito adquirido.

Oportuno lembrar que, consoante dispõe o art. 6º § 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil, direito adquirido se consubstancia naquele que seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, cujo começo do exercício tenha termo pré-fixo, ou condição preestabelecida inalterável a arbítrio de outrem. Demais disso, na espécie, verdadeiramente ocorreu ofensa ao direito assegurado no art. 5º, inciso XXXVI, da Carta da República, dada a irredutibilidade preconizada no art. 37, inciso XV, do diploma súpero, que é uma forma qualificada de direito adquirido.

Neste particular, vale trazer à baila, por peculiar ao tema, as anotações ínsitas na obra de José Afonso da Silva, *in* Curso de Direito Constitucional Positivo, Malheiros, 21ª edição, São Paulo, 2002, pág. 432/433, *in verbis*:

“Para compreendermos um pouco melhor o que

seja o direito adquirido, cumpre lembrar o que se disse acima sobre o direito subjetivo: é um direito exercitável segundo a vontade do titular e exigível na via jurisdicional quando seu exercício é obstado pelo sujeito obrigado à prestação correspondente. Se tal direito é exercido, foi devidamente prestado, tornou-se situação jurídica consumada (direito consumado, direito satisfeito), extinguiu-se a relação jurídica que o fundamentava. Por exemplo, quem tinha o direito de casar de acordo com as regras de uma lei, casou-se, seu direito foi exercido, consumou-se. A lei nova não tem o poder de desfazer a situação jurídica consumada. A lei nova não pode descasar o casado, porque estabeleceu regras diferentes para o casamento. Se o direito subjetivo não foi exercido, vindo a lei nova, transforma-se em direito adquirido, porque era direito exercitável e exigível à vontade de seu titular”.

Por oportuno, é válido transcrever o que diz a Lei nº 11.820, de 31.05.91, instituidora da gratificação pela regência de classe, que no seu art. 1º disciplina que: *para realização de atividade extra-classe na Escola, poderá o docente de séries iniciais do 1º grau e o orientador de aprendizagem ter acrescida a sua carga semanal de trabalho para vinte e duas ou quarenta e quatro horas, com direito de acréscimo proporcional sobre seus vencimentos*, depreendendo-se daí que mencionada gratificação é uma vantagem geral, não pessoal e exclusiva da impetrante, tratando-se de uma gratificação de função que deve ser levada para a aposentadoria.

Por fim, merece gizar ser inadequada, a via mandamental, para se cobrar valores atrasados, como requereu a impetrante, pois “O mandado de segurança não é substitutivo de ação de cobrança” (Súmula 269 do STF). Bem por isso, diferenças pecuniárias anteriores à impetração, a serem havidas

em sede ordinária própria.

Atento, pois, a tais circunstâncias e por distinguir direito líquido e certo a ser remediado por via do presente **mandamus**, hei por bem conceder a ordem requestada, devendo a impetrante receber seus proventos referentes ao cód 301, em valor equivalente ao do vencimento (cód 101), percebido quando na atividade, inclusive com a incidência da gratificação de efetiva regência de classe.

É como voto.

Fortaleza, 15 de março de 2007.



JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

APELAÇÕES CRIME

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

Nº 2000.0001.8015-8 APELAÇÃO CRIME

COMARCA: AIUABA

APELANTE: O REPR. DO MINISTÉRIO PÚBLICO

APELADO: ANTÔNIO MARCOS DE SOUSA.

RELATOR: DES. RAIMUNDO EYMARD RIBEIRO DE AMOREIRA

EMENTA: PENAL – PROCESSUAL PENAL – APELAÇÃO CRIME – TENTATIVA DE HOMICÍDIO – ABSOLVIÇÃO A TÍTULO DE LEGÍTIMA DEFESA - JULGAMENTO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIO À PROVA DOS AUTOS – INOCORRÊNCIA.

1. Nesse passo, temos que “constituindo a legitima defesa, no sistema jurídico-penal vigente, uma causa de exclusão da antijuridicidade, tem-se que quem defende, embora violentamente, o bem próprio ou alheio, injustamente atacado, não só atua dentro da ordem jurídica, mas em defesa dessa mesma ordem. É que na legitima defesa não é o poder público que confere ao agente a faculdade de repelir a violência pela violência, visto que tal atitude constitui um direito primário do cidadão” (RT-441/405).

2. De mais a mais, se a proposta ministerial sobreviveu à decisão de pronúncia, mesmo diante da possibilidade do crime não ter sido cometido com a feição escolhida, foi porque naquela fase cuidava-se apenas de um juízo de admissibilidade da acusação, com aplicação do princípio *in dubio pro societate*, agora, porém, para um juízo de mérito, em persistindo a

hesitação que antes pairava sobre as condições do evento, há de ser solucionado o julgamento em favor do réu, pois que imperativo o brocardo *in dubio pro reu*, de feição constitucional.

3. Apelo improvido. Decisão unânime.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação crime, nº 2000.0001.8015-8, de Aiuaba, em que é recorrente o representante do Ministério Público e recorrida a Justiça Pública.

Acorda a Turma, por unanimidade de votos, em conhecer do apelo, mas para lhe negar provimento, nos termos em que opinou a douta Procuradoria Geral de Justiça.

Antônio Marcos de Sousa, qualificado nos autos, foi submetido a julgamento perante o Tribunal Constitucional do Júri da comarca de Aiuaba, como incurso nas penas do artigo 121, § 2º, II e IV, c/c art. 14, II, ambos do Código Penal Nacional, logrando absolvido, razão pela qual o representante do Ministério Público ali oficiante, interpôs o presente apelo, com espeque no art. 593, III, letra “d”, do CPP, sob a alegativa de que a decisão foi contrária a prova dos autos.

Conforme dá conta a proposta acusatória, no dia 10 de maio de 1998, durante uma festa dançante, surgiu um pequeno desentendimento entre as vítimas e um amigo do apelado. Por esse motivo, o apelado interfere tomando a defesa do companheiro, porém, referida interferência não agradou aos ofendidos, nascendo daí, um grande tumulto que culminou com o disparo de vários tiros, dados pelo apelado contra as vítimas.

Contra-razões da parte ex-adversa, requerendo a manutenção da decisão recorrida (fs. 321/322).

Nesta Instância Superior os autos foram com vista a douta Procuradoria Geral de Justiça que, com o parecer de fs. 328/331, opinou pelo improvimento do apelo.

É o relatório.

Sugere o representante do Ministério Público, de par do presente apelo, a desconstituição da decisão do Conselho de Sentença que acolheu a tese da legítima defesa, ao argumento

de que o julgamento não encontra sustentação segura no contexto da prova.

No caso em tablado o veredicto popular acusado de nulo respaldou-se em uma das versões fluentes da prova, não merecendo, por tal motivo, ser invalidado, como doravante passarei a demonstrar.

No dia do fato, o apelado circulava pelo ambiente da festa, quando se iniciou uma confusão envolvendo um amigo e seus primos, no caso as vítimas, entrando no misturado com o intuito de apaziguar os ânimos, azo em que seus primos/vítimas não gostaram da interferência e passaram a investir contra o apelado, sacando cada qual de um faca, aquando Antônio Marcos, ora apelado, sacou o revólver e fez, num primeiro momento dois disparos com a finalidade de intimidá-los, mas estavam eles irredutíveis e continuaram a cercá-lo, este, com medo de ser morto a facadas, efetuou mas dois disparos, atingindo-os.

A testemunha Francisco de Moraes Feitosa, ao ser oitivada pela autoridade judiciária, assim se manifestou, **verbis**:

“(...) que segundo soube, Reginaldo, amigo do acusado, teria se desentendido com as duas vítimas por motivo que o depoente não sabe declinar; que procurando apartar a confusão o acusado teria entrado no clube para interceder por Reginaldo; que as duas vítimas não teriam aceito de bom grado a intervenção do acusado e chegaram a discutir com este e investiram contra o acusado armadas de faca (fs.106)”.

Nesse sentido são todos os depoimentos das demais testemunhas.

Saliente-se que o próprio titular da ação penal, nas razões do seu apelo de fs. 264/266, incomodado pela dúvida, afirma que “existem indícios de que o acusado tenha agido em legítima defesa”, não descartando, todavia, outros informes testemunhais.

Ao derredor de tais fatos, carece, a meu ver, êxito à

pretensão recursal do agente ministerial, pois que pretende obter a anulação do julgamento do apelado tão-somente porque o Conselho de Sentença emprestou ao fato a tese da legítima defesa.

Nesse passo, temos que “constituindo a legítima defesa, no sistema jurídico-penal vigente, uma causa de exclusão da antijuridicidade, tem-se que quem defende, embora violentamente, o bem próprio ou alheio, injustamente atacado, não só atua dentro da ordem jurídica, mas em defesa dessa mesma ordem. É que na legítima defesa não é o poder público que confere ao agente a faculdade de repelir a violência pela violência, visto que tal atitude constitui um direito primário do cidadão” (RT-441/405).

De mais a mais, se a proposta ministerial sobreviveu à decisão de pronúncia, mesmo diante da possibilidade do crime não ter sido cometido com a feição escolhida, foi porque naquela fase cuidava-se apenas de um juízo de admissibilidade da acusação, com aplicação do princípio *in dubio pro societate*, agora, porém, para um juízo de mérito, em persistindo a hesitação que antes pairava sobre as condições do evento, há de ser solucionado o julgamento em favor do réu, pois que imperativo o brocardo *in dubio pro reu*, de feição constitucional.

De modo que, estando o julgamento do apelado consentâneo com uma das versões emergentes da prova, não se pode pretender anulá-lo sem por em cheque a soberania do Júri Popular, que somente em casos excepcionais, quando o veredicto não encontra nenhum apoio nos elementos de convicção colhidos nos autos, pode ceder lugar, com sua anulação, à nova apreciação pelo Tribunal do Júri.

Com efeito, segundo a melhor doutrina “**não é qualquer dissonância entre o veredicto e os elementos de convicção colhidos na instrução que autorizam a cassação do julgamento. Unicamente, a decisão dos jurados que nenhum apoio encontra na prova dos autos é que pode ser invalidada. É lícito ao júri, portanto, optar por uma das versões verossímeis dos autos, ainda que não seja eventualmente essa a melhor decisão**” (Júlio Fabbrini

Mirabete, *in* Código de Processo Penal Interpretado, ed. 1994, pág. 680/681).

De se aplicar, assim, na hipótese presente, a solene lição da jurisprudência pátria no sentido de que, *verbatim*:

TJSP: “A decisão do Júri que, com supedâneo nos elementos constantes dos autos, opta por uma das versões apresentadas não pode ser anulada, sob a alegação de ser contrária à prova dos autos, pois tal procedimento só se justifica quando a decisão dos jurados é arbitrária, totalmente dissociada do conjunto probatório” (RT 675/354-5). No mesmo sentido: STF: RT 667/361; TJRJ: RT 661/314; TJRS: RT 555/401; TJMS: RT 688/337.

De par disso e de tantos outros julgados, este egrégio Tribunal de Justiça fez editar a **Súmula nº 6**, segundo a qual **“As decisões dos jurados, em face do princípio constitucional de sua soberania, somente serão anuladas quando inteiramente contrárias à prova dos autos”**.

Nestas condições, por não divisar motivo de reforma da douda decisão recorrida, nego provimento ao recurso, em compasso com o parecer da douda Procuradoria Geral de Justiça. É como voto.

Fortaleza, 03 de outubro de 2006.

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

**Nº 2000.0015.6649-1/1: APELAÇÃO CRIME
COMARCA: NOVO ORIENTE
APELANTE: EMANOEL FLÁVIO BEZERRA SAMPAIO
APELADA: A JUSTIÇA PÚBLICA**

RELATOR: DES. RAIMUNDO EYMARDE RIBEIRO DE AMOREIRA

EMENTA: CONSTITUCIONAL – TRIBUNAL DO JÚRI – CRIME DOLOSO CONTRA A VIDA – LEGÍTIMA DEFESA PUTATIVA – PRELIMINAR DE NULIDADE NA QUESITAÇÃO – OCORRÊNCIA.

1. Na espécie, crime doloso contra a vida, após esquadrihar os quesitos genéricos, ou seja, sobre a autoria e a materialidade, quando indagados os senhores jurados, no quesito de número três, isto é, se o réu, em consequência de erro plenamente justificado pela inimizade entre ambos, supôs que a vítima, por um gesto feito, iria sacar de uma arma, obteve-se, positivamente, quatro votos contra três, ao passo que, no quesito subsequente, de número quatro, negaram os juízes laicos, por três votos a quatro, a licitude do ato, nestes termos compreendida esta como ter sido o crime praticado sob o manto da legítima defesa putativa.

2. Ora, em qualquer das circunstâncias da ocorrência de crimes dolosos contra a vida, de competência do Tribunal do Júri, o primeiro e o segundo quesitos se referem, respectivamente, à autoria e à materialidade. No caso da legítima defesa, quer real, quer putativa, no quesito número três indaga-se sobre a legítima defesa, na hipótese, legítima defesa putativa, enquanto nos quesitos seguintes, se faz necessário que se indague, separadamente, sobre a existência da agressão da vítima, sobre sua injustiça, sobre sua atualidade, sobre sua iminência, sobre o emprego dos meios necessários à repulsa, e sobre a moderação na utilização desses meios, e os demais sobre as circunstâncias

qualificadoras, agravantes e atenuantes.

3. Descurando-se a presidente da sessão plenária na adoção da providência suso aludida, deixou de fazer as indagações necessárias ao idôneo discernimento dos Senhores Jurados, fazendo com que o julgamento incidisse na nulidade absoluta de que trata o § único do artigo 564, do Código de Processo Penal.

4. Não se pode, pois, olvidar, com espeque no entendimento pretoriano nacional, a ocorrência de nulidade insanável no julgamento do apelante, que por tal motivo deve ser submetido a novo júri. Senão vejamos, *verbis*: QUESITO COMPLEXO QUE CAUSA PERPLEXIDADE - STF: “Nulo é o julgamento pelo Tribunal Popular quando os quesitos assumem proposições complexas, ou quando a forma de indagação causa perplexidade quanto ao sentido da resposta” (RT 619/376).

5. Apelo provido. Decisão unânime.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação crime, nº 2000.0015.6649-1/1, de Novo Oriente, em que é apelante Emanuel Flávio Bezerra Sampaio, sendo apelada a Justiça Pública.

Acorda a Turma, por unanimidade de votos, em acolher a preliminar de nulidade aventada no apelo interposto, para, em anulando o julgamento recorrido, submeter o apelante a novo júri, o que se faz em dissenso com o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça.

Consta dos autos que o representante do Ministério Público sediado na comarca de Novo Oriente denunciou a pessoa de Emanuel Flávio Bezerra Sampaio, qualificado nos autos, nas penas do art. 121, § 2º, incisos I e IV, do Código Penal da República, isso porque no dia 5 de junho do ano 2000, por volta das 9h, naquele município, o denunciado, fazendo uso de arma de fogo, homicidou a vítima Hudson Martins Batista,

conforme dá conta o auto de exame cadavérico de fs.10.

Submetido ao devido processo legal, com o resguardo do contraditório e da ampla defesa, logrou o denunciado, por sentença, pronunciado nos moldes da proposta acusatória (fs.69/74).

Submetido a julgamento perante o Tribunal do Júri, o Conselho de Sentença rejeitou a tese defensiva da legítima defesa putativa, restando, assim, condenado a uma pena de 13 (treze) anos de reclusão, em regime fechado (fs.191/193).

Não conformado com a decisão condenatória, interpôs o presente apelo, alegando como preliminar nulidade da quesitação, em face da má formulação dos quesitos atinentes à tese da legítima defesa putativa e, no mérito, alega que o julgamento foi manifestamente contrário à prova dos autos (fs.195/202).

Contra razões da parte **ex adversa** às fs. 203/213, requerendo o improvimento do apelo.

Nesta Superior Instância os autos foram com vista à douta Procuradoria Geral de Justiça que, com o parecer de fs. 223/230, opinou pelo improvimento do apelo.

É o relatório.

No caso **sub judice**, urge, desde logo, em caráter prejudicial à análise das demais questões suscitadas nos autos, reconhecer a nulidade da sessão de julgamento a que se submeteu o apelante Emanuel Flávio Bezerra Sampaio, em vista da flagrante ilegalidade em que incorreram os senhores jurados em face da incorreta formulação das perguntas relativas aos quesitos da única série submetida ao seu discernimento.

Chamo à consideração, neste particular, que, tratando-se de nulidade desse jaez, isto é, proveniente da má formulação dos quesitos, pode esta ser levantada a qualquer tempo, conhecida, inclusive, de ofício, já que se cuida de nulidade absoluta e não daquelas que obrigatoriamente devem ser repreendidas, sob pena de preclusão, na oportunidade prevista no artigo 479 do CPP. Inteligência dos artigos 489 e 564, § único do Código de Processo Penal.

Pois bem, na hipótese em debate, a defesa desde o

início da persecução penal, assentou sua tese sobre a legítima defesa, procurando demonstrar haver o apelante, Emanuel Flávio Bezerra Sampaio, agido em nome da honra, porquanto havia na cidade rumores da prática de adultério por parte de sua mulher com a vítima. Contudo, em plenário do júri, a defesa sustentou a tese da legítima defesa putativa.

Eis que, no julgamento de que se ocupa a presente inconformação, após esquadriñar os quesitos genéricos, ou seja, sobre a autoria e a materialidade, quando indagados os senhores jurados no quesito de número **três**, isto é, se o réu, em conseqüência de erro plenamente justificado pela inimizade entre ambos, supôs que a vítima, por um gesto feito, iria sacar de uma arma, obteve-se, positivamente, **quatro** votos contra **três**, ao passo que, no quesito subseqüente, de número **quatro**, negaram os juízes laicos, por **três** votos a **quatro**, a licitude do ato, nestes termos compreendida esta como ter sido o crime praticado sob o manto da legítima defesa putativa.

Ora, em qualquer das circunstâncias da ocorrência de crimes dolosos contra a vida, de competência do Tribunal do Júri, o primeiro e o segundo quesitos se referem, respectivamente, à autoria e à materialidade. No caso da legítima defesa, quer real, quer putativa, no quesito número **três** indaga-se sobre a legítima defesa, na espécie legítima defesa putativa, enquanto nos quesitos seguintes, se faz necessário que se indague, separadamente, sobre a existência da agressão da vítima, sobre sua injustiça, sobre sua atualidade, sobre sua iminência, sobre o emprego dos meios necessários à repulsa, e sobre a moderação na utilização desses meios, e os demais sobre as circunstâncias qualificadoras, agravantes e atenuantes.

Mas não, descurou-se a presidente da sessão plenária na adoção da providência suso aludida, deixando de fazer as indagações necessárias ao idôneo discernimento dos Senhores Jurados, fazendo com que o julgamento, incidisse na nulidade absoluta de que trata o § único do artigo 564, do Código de Processo Penal.

Não se pode, pois, olvidar, com espeque no entendimento pretoriano nacional, a ocorrência de nulidade insanável no julgamento do apelante, que, por tal motivo, deve

ser submetido a novo júri. Senão vejamos, **verbis**:

QUESITO COMPLEXO QUE CAUSA PERPLEXIDADE – STF: “Nulo é o julgamento pelo Tribunal Popular quando os quesitos assumem proposições complexas, ou quando a forma de indagação causa perplexidade quanto ao sentido da resposta” (RT 619/376).

Por todo o exposto, dá-se provimento à preliminar de nulidade aventada no apelo interposto, para, em anulando o julgamento recorrido, submeter o apelante a novo júri, o que se faz em dissenso com o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça.

É como voto.

Fortaleza, 05 de setembro de 2006.

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

APELAÇÃO CRIME N° 2000.0226.8762-0/1, de MONSENHOR TABOSA

APELANTE: José Arlindo Fernandes

APELADA: Martina Chaves Martins

RELATOR: DES. JOÃO BYRON DE FIGUEIREDO FROTA

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. QUEIXA-CRIME. ATENTATO VIOLENTO AO PUDOR. MENOR DE 14 ANOS. AGENTE CASADO. SENTENÇA CONDENATÓRIA. AUSÊNCIA DE NULIDADES. IMPROVIMENTO DA APELAÇÃO.

I – Apelante condenado a 07 (sete) anos e 06 (seis) meses de reclusão, inicialmente em regime

semi-aberto, pelo crime de atentado violento ao pudor praticado contra menor de 14 anos de idade, por agente casado. *Lex mittior.*

II – Recurso apelatório pautado na nulidade do processo por dois motivos: defeito da representação e falta de intervenção do Ministério Público. Diante da jurisprudência pátria, inexistente defeito de representação (TJSC: “*Exige a lei processual penal, em seu art. 44, que o instrumento de mandato contenha menção ao fato delituoso. Menção é simples referência, não a descrição completa do fato apontado como violador da norma penal*”, RT 530/412), bem como ausência de intervenção ministerial no feito (STF: “*É facultativo o aditamento da queixa pelo Ministério Público. Art. 45 da Lei Processual Penal.*”, RTJ 59/657).

III – Autoria e materialidade comprovadas nos fólios processuais.

IV – Sentença condenatória de 1ª Instância confirmada, por seus próprios motivos. Improvimento da apelação.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Crime N° 2000.0226.8762-0/1 da Comarca de Monsenhor Tabosa em que é apelante José Arlindo Fernandes e apelada Martina Chaves Martins.

ACORDA a 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por julgamento de Turma, unanimemente, em rejeitar as preliminares argüidas e, no mérito, ainda por votação unânime, ***ex officio***, negar provimento ao recurso, em conformidade com o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça, mas diminuindo a pena para o mínimo legal, 6 (seis) anos de reclusão, tudo nos termos do voto do Des. Relator.

MARTINA CHAVES MARTINS, menor de idade representada por seu genitor ANTONIO COSTA MARTINS, ofereceu queixa-crime em desfavor de JOSÉ ARLINDO

FERNANDES, como incurso nas tenazes dos arts. 214 c/c 224, alínea a, e 226, inciso III, todos do Código Penal Brasileiro (fls. 02/03).

Submetido ao devido processo legal, fundamentado no contraditório e na ampla defesa, a acusação foi tida como procedente, tendo sido julgado o Apelante e condenado a 07 (sete) anos e 06 (seis) meses de reclusão, inicialmente em regime semi-aberto, pelo crime de atentado violento ao pudor praticado contra menor de 14 anos de idade, por agente casado (art. 214 c/c 224, alínea a, 226, inciso III, todos do CPB), conforme sentença de fls. 96/113.

Irresignado com o provimento judicial adverso, o Querelado, ora Apelante, encetou o presente recurso, criticando a respeitável sentença monocrática, argüindo as nulidades de defeito da representação e falta de intervenção do Ministério Público e, no mérito, requerendo sua absolvição por ausência de provas e fundamento fático-jurídico para sua condenação.

Intimada a parte adversa para apresentar as contra-razões, esta propugnou pela manutenção da r. sentença, por seus próprios fundamentos, negando-se assim o recurso apelatório (fls. 141/149).

O Ilustre Representante do **Parquet** apresentou suas contra-razões (fls. 151/159), requerendo a manutenção do decisório de 1º grau.

Subidos os autos a esta Egrégia Corte de Justiça, a douta Procuradoria Geral de Justiça, por meio de seu Ilustre Representante Ministerial, ofereceu parecer (fl. 168/173), opinando pelo improvimento do recurso apelatório e manutenção integral da sentença recorrida.

É o relatório. Passo a votar.

A respeitável decisão recorrida não merece reparos, como bem asseveram seus próprios fundamentos.

Compulsando-se os autos, mormente a sobredita sentença, percebe-se que a ponderação do magistrado foi a mais acertada possível. A matéria cinge-se aos aspectos fáticos e jurídicos da lide, à análise e interpretação dos elementos probatórios postos à apreciação judicial.

Argüi o apelante, preliminarmente, as nulidades de defeito de representação e falta de intervenção do Ministério Público. Tais alegações não merecem prosperar, como bem asseveraram os membros do **Parquet** Estadual, tanto em sede de contra-razões como no parecer de 2ª Instância.

Não houve qualquer defeito de representação do querelante, ora Apelado, pois a procuração outorgada ao advogado Taylor Marques Barros (fl. 04) apresenta os poderes requeridos para propor a queixa-crime contra o Apelante, como se observa a seguir:

“... para o fim de apresentar queixa-crime, ou representação, na repartição policial competente, ou diretamente em juízo, contra JOSÉ ARLINDO FERNANDES, brasileiro, casado, comerciante, residente e domiciliado na Rua João Pamplona, n°.04, Centro, Monsenhor Tabosa, Ceará, como incurso no artigo 214 c/c os arts. 224, a, e 226, III, todos do Código Penal Brasileiro, podendo, para exercer seu mister, usar de todos os recursos em direito admitidos, em qualquer instância ou tribunal, apresentar provas, requerer condenações, apelar e substabelecer.”

Da análise do instrumento procuratório, percebe-se claramente que o mesmo está de acordo com os requisitos do artigo 44 do Código de Processo Penal, senão vejamos:

“Art. 44. A queixa poderá ser dada por procurador com poderes especiais, devendo constar do instrumento do mandato o nome do querelante e a menção do fato criminoso, salvo quando tais esclarecimentos dependerem de diligências que devem ser previamente requeridas no juízo criminal”. (grifamos).

A jurisprudência pátria corrobora o entendimento ora exposto quanto aos requisitos da procuração previstos no art. 44 do CPP, ***in verbis***:

STJ: “Queixa-crime – Mandato – Procuração que não descreve pormenorizadamente o fato criminoso – Irrelevância – Suficiência da indicação do artigo de lei no qual incidiu o querelado – Inteligência do art. 44 do CPP. (...) A procuração outorgada pelo querelante ao seu advogado para fins de ingresso com queixa-crime não requer a descrição pormenorizada do fato criminoso, bastando, no dizer do art. 44 do CPP, a menção a ele, a qual se perfaz com a indicação do artigo de lei no qual incidiu, em tese, o querelado”. (RT 776/525).

TJSC: “Exige a lei processual penal, em seu art. 44, que o instrumento de mandato contenha menção ao fato delituoso. Menção é simples referência, não a descrição completa do fato apontado como violador da norma penal”. (RT 530/412)

TACRSP: “O art. 44 do CPP alude à ‘menção’, e não à ‘descrição’ do fato delituoso”. (RT 532/350).

Pode-se concluir, portanto, não haver a pretendida nulidade por defeito de representação argüida pelo Apelante, razão pela qual esta deve ser rejeitada.

Quanto à outra nulidade, de falta de intervenção do Ministério Público, igualmente não merece amparo nesta Corte. Há uma previsão legal para o Ministério Público exercer uma faculdade no aditamento da queixa-crime, sendo, no entanto, obrigatória sua participação nos demais atos processuais. O presente feito seguiu exatamente os ditames legais, sem qualquer mácula na intervenção ministerial.

Neste momento, acolhemos integralmente a argumentação trazida no parecer ministerial no que tange a intervenção do Ministério Público. A correta interpretação do art.

45 do **Codex** Processual revela uma faculdade e não uma obrigatoriedade ao Representante do **Parquet** para aditar ou não a queixa. Analisemos o citado dispositivo legal: “Art. 45. A queixa, ainda quando a ação penal for privativa do ofendido, **poderá** ser aditada pelo Ministério Público, a quem caberá intervir em todos os termos subseqüentes do processo”.

Ora, cristalina fica a aplicação do mencionado artigo ao caso em apreço, pois tal se caracteriza como uma prerrogativa ministerial, em face de sua função constitucional de zelar pela regularidade da ordem jurídica. Não há, destarte, qualquer nulidade na alegada ausência de intervenção do Representante do Ministério Público Estadual.

É pacífico o entendimento da Excelsa Corte a respeito da facultatividade da intervenção do **Parquet** nestes casos de aditamento da queixa-crime:

STF: “É facultativo o aditamento da queixa pelo Ministério Público. Art. 45 da Lei Processual Penal.” (RTJ 59/657)

Nesta seara, é mister trazer à baila as lições de Julio Fabbrini Mirabete sobre o tema: “*Tratando-se de crime que se apura mediante ação privada, não vige o princípio da obrigatoriedade e o aditamento pelo órgão do Ministério Público é facultativo*”. (*In* Código de Processo Penal Interpretado, 11ª ed., São Paulo: Atlas, 2004, p. 230).

Desta feita, resta claro, diante da jurisprudência e doutrina colacionadas, inexistir qualquer nulidade na intervenção ministerial nos presentes autos, por ser o aditamento uma facultatividade, bem como o representante do **parquet** ter participado de todos os atos processuais.

Rejeita-se está outra preliminar.

Afastadas as preliminares de nulidade da sentença ora vergastada, cabe o exame meritório. Alega o Apelante, no mérito, não haverem provas suficientes para sua condenação, sendo necessária a reforma do édito condenatório diante de sua inocência.

Igualmente não merece prosperar o pedido de sua absolvição diante do farto conjunto probatório, sendo claras a autoria do evento delitivo e sua materialidade. O depoimento das testemunhas e, inclusive, da vítima menor, deixa transparecer que o Apelante realmente cometeu atentado violento ao pudor.

“Nos delitos de natureza sexual a palavra da ofendida, dada a clandestinidade da infração, assume preponderante importância, por ser a principal se não a única prova de que dispõe a acusação para demonstrar a responsabilidade do acusado, Assim, se o relato dos fatos por vítima menor é seguro, coerente e harmônico com o conjunto dos autos, deve, sem dúvida prevalecer sobre a teimosia e isolada inadmissão de responsabilidade do réu”. (TJSP – RT 671/305-6).

“Sem embargo das restrições que se possam fazer ao testemunho infantil, na espécie, além da razoável uniformidade exigida, há acompanhá-lo o restante da prova, com apoio em depoimentos originários de pessoas adultas. Aí, o valor dessa prova é inegável. Quando a prova mostra-se segura, harmônica e convincente quanto à participação do réu no evento criminoso, não se pode, de modo algum, tachá-la de contrária à evidência dos autos”. (TACRIMSP – JTACRESP 65/27).

Independentemente de exame pericial, pois quase sempre não remanescem vestígios nesses crimes, é possível concluir a prática criminosa nos presentes autos, através da prova testemunhal e declarações da vítima.

A linha dos Tribunais pátrios segue também neste sentido:

STF: “Atentado violento ao pudor. Prova. Ausência do exame de corpo de delito. Nulidade inexistente. Hipótese de crime que não deixa vestígios. (...) O exame de corpo de delito é dispensável para a apuração do crime de atentado violento ao pudor, pois este delito não está entre aqueles que exigem obrigatoriamente o exame pericial, quando a prática de atos libidinosos, sem penetração, não deixar vestígios”. (RT 752/525).

TJSP: “Inadmissível afirmar que o delito definido no art. 214 do CP de 1940 possa ser incluído no elenco daqueles que necessariamente deixam vestígios. A ausência de seqüelas físicas, em muitos casos, é, ao contrário, a regra geral, como ocorre, p. ex., na cópula anal preambular, no coito interfemural, na *fellatio*, na *irrumatio in ore*, no *osculum illicebrosum*, no toque ou afago das partes pudendas, na heteromasturbação etc”. (RT 607/304)

Ademais, é de se ressaltar que a vítima tinha, à época dos fatos 09 (nove) anos de idade, o que por si só, já se presume a violência contra ela praticada pelo Apelante, de acordo com o art. 224, alínea a, do Código Penal brasileiro.

Em suma, pelo exame da r. sentença ora atacada, não vislumbramos qualquer erro ou ilegalidade cometido por parte do magistrado **a quo**, na condução do processo, nem do Representante Ministerial. A veneranda sentença impugnada, forjada em boa técnica, operou a justiça no caso concreto, analisando pormenorizadamente todos os fatos relacionados ao delito cometido, as circunstâncias judiciais e pessoais (subjetivas) inerentes, fixando a reprimenda aplicada em concreto, em justa dosimetria (art. 59, CP), não merecendo censura.

Por todo o exposto, nega-se provimento ao recurso

apelo, nos termos do parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça.

Impõe-se, porém, **ex officio**, vez que não postulada a mitigação da pena, ante a revogação do inciso III do art. 226 do Código Penal.

O MM. Juiz sentenciante em seu bem lançado **decisum** de fls. 93/113, como lhe era lícito fazer ao tempo, na definição da transgressão, combinou ao delito o fato do réu ser casado.

Ocorre, entretanto, como de curial sabeiça, a lei nº 11.806/2005 revogou tal majorante (causa de aumento de pena) e como não fixou tal aumento na última fase do tríplice procedimento previsto em lei, entendo ser mais adequado diminuí-la em 1 (um) ano e 6 (seis) meses, estabelecendo-a, ao final, em 6 (seis) anos de reclusão, o mínimo legal cominado.

Fortaleza, 10 de Novembro de 2006.

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

**APELAÇÃO CRIME Nº 2002.0000.5288-1/0, DE SOBRAL
APELANTE: FRANCISCO WERCLE RUFINO TEIXEIRA
APELADA: A JUSTIÇA PÚBLICA
RELATOR: FRANCISCO HAROLDO RODRIGUES DE
ALBUQUERQUE**

**EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO E
ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. PALAVRA DA
VÍTIMA. CONTRADIÇÕES. INSUFICIÊNCIA
PROBATÓRIA ACERCA DA PRÁTICA DELITIVA.
PRINCÍPIO DO *IN DUBIO PRO REO*. APLICAÇÃO.
SENTENÇA REFORMADA.**

**I– Inexistindo prova segura capaz de justificar a
condenação do acusado, haja vista que a mesma**

afigura-se claudicante, impõe-se a absolvição do mesmo, em homenagem ao princípio do *in dubio pro reo*.

II – Portanto, quando o arcabouço probatório se mostrar frágil a amparar uma condenação, a absolvição é medida que se impõe, com base no artigo 386, inciso VI, do Código de Processo Penal.

III– Apelo provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de apelação-crime, acorda a Turma Julgadora da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade de votos, dar provimento ao recurso interposto, reformando a sentença condenatória, para absolver o réu, com fulcro no art. 386, inciso VI, do Código de Processo Penal, tudo nos termos do voto do relator.

Francisco Weracle Rufino Teixeira, qualificado nos autos, foi denunciado pelo representante do Ministério Público com atuação na 2ª Vara da Comarca de Sobral, como incurso nas sanções dos arts. 213 e 214, ambos do Código Penal Brasileiro, sob o argumento de ter o mesmo estuprado e praticado atos libidinosos diversos da conjunção carnal com a vítima J.M.S.C., de 15 (quinze) anos de idade.

O acusado, depois de citado, compareceu em juízo e foi interrogado, oportunidade em que confessou ter praticado conjunção carnal com a vítima, negando, entretanto, que tenha usado de violência ou ameaça.

Registre-se que a defesa prévia foi apresentada dentro do prazo legal.

Efetivada a instrução criminal e apresentadas as alegações finais, sobreveio a sentença de fls. 82/84, na qual o juiz da causa, julgando procedente a denúncia, condenou o réu à pena de 09 (nove) anos de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime fechado, por infração aos arts. 213 e 214, c/c o art. 70, todos do Código Penal Brasileiro.

Irresignado com a sentença proferida pelo

magistrado singular, o acusado interpôs o presente recurso de apelação, no qual postulou, em síntese, pela sua absolvição.

A Promotoria Pública, ao apresentar as contrarrazões, requereu a manutenção da sentença vergastada.

Remetidos os autos a este Tribunal, foram com vista à douta Procuradoria Geral da Justiça, que, manifestando-se, opinou pelo provimento do apelo.

Consta, à fl. 121, termo de redistribuição a este relator.

É o relatório.

O acusado, em suas razões de apelação, sustentou que a sentença condenatória não pode ser mantida, haja vista que baseada unicamente na palavra incoerente da vítima, carecendo de confirmação por qualquer outra prova, no que, seguramente, lhe assiste razão.

Em regra, especialmente nos crimes contra a liberdade sexual, a palavra da vítima se apresenta valiosa para comprovar a autoria e a materialidade do crime contra ela perpetrado.

Entretanto, a credibilidade a ser conferida aos depoimentos da suposta ofendida depende de sua coerência e harmonia com as demais provas colhidas durante a instrução criminal.

No caso concreto, vê-se que o depoimento da vítima, além de apresentar contradições, está em desacordo com os relatos testemunhais, carecendo, pois, de confiabilidade integral, requisito que se exige para efeito de condenação.

Com efeito, na fase investigativa, nos depoimentos de fls. 12 e 17/18, a ofendida afirmou que o acusado, dizendo que a levaria para a casa de seu namorado Jean, a conduziu, contra a sua vontade, em um carro, para o motel no qual trabalhava, na companhia de um outro indivíduo, de nome Joaquim Nogueira Cunha, que a tudo presenciou, tendo-a obrigado a entrar em um dos quartos do referido motel, ocasião em que manteve com ela relações vaginal, anal e oral, ao tempo em que lhe batia e a ameaçava com um revólver. Afirmou, ainda, que tentou saltar do carro do acusado, porém, não conseguindo,

haja vista que as portas estavam travadas.

Posteriormente, já na fase instrutória, a vítima confirmou todos os fatos anteriormente expostos, dizendo, entretanto, que foi conduzida em uma moto e não mais em um carro branco, de quatro portas.

A testemunha de nome Edilson Amâncio de Sousa, com quem a vítima residia, contrariando a versão apresentada por esta, assegurou que a mesma saiu com o acusado e o citado Joaquim, não para ir à casa de seu namorado, mas ciente de que iria para um motel. Senão, vejam-se importantes trechos de seu depoimento prestado ainda na fase inquisitiva:

(...), QUE o DOCA chegou para JEANE e perguntou se ela toparia sair com o seu amigo, QUE a mesma respondeu que não pois o mesmo, ou seja, o DOCA contaria para o seu namorado JEAN, QUE o DOCA chegou para a JEANE e disse que não precisava ficar com medo, pois não contaria nada para o JEAN, QUE JEANE aceitou, QUE DOCA disse para o depoente que seu amigo iria deixá-lo primeiro em casa e depois os dois seguiriam para o motel, ou seja, JEANE e o amigo do DOCA, que os três saíram na moto; (...).(fl.25).

Em juízo, em curto depoimento, a referida testemunha confirmou as declarações prestadas diante da autoridade policial.

A vítima afirmou que não manteve relações sexuais com Joaquim, mas, unicamente, com o acusado, sendo certo, de outra parte, que este, por sua vez, não negou que, juntamente com o seu amigo Joaquim, tivesse praticado sexo com a vítima, ressaltando, apenas, que tais atos se deram com o consentimento da ofendida.

A única testemunha ocular, Joaquim Nogueira Cunha, confirmando a tese defensiva, assegurou que tanto ele quanto o acusado mantiveram relações sexuais com a vítima, mas que não houve qualquer constrangimento, tendo a mesma agido por

sua livre vontade, negando, ainda, que o réu estivesse armado, conforme se vê a seguir:

(...): que a testemunha esteve no mesmo apartamento de motel onde ali se encontravam o acusado e a vítima; que a testemunha presenciou o acusado praticar conjunção carnal com a vítima; que não houve reação por parte da vítima à ação sexual que praticou com o acusado; que a testemunha igualmente teve conjunção carnal com a vítima; que houve aceitação por parte da vítima; que o acusado, quando se encontrava com a vítima na presença da testemunha, no mesmo apartamento, não portava arma de fogo; (...), que ao apanharem a vítima na residência onde se encontravam já ficou certo de que iriam para o motel Stylus; (...) - fl. 64.

A vítima, apesar de contar com apenas 15 (quinze) anos de idade, na época dos fatos, tinha um comportamento reprovável, tendo iniciado precocemente sua vida sexual, visto que não era mais virgem e já era mãe.

Desse modo, diante de tantas contradições, entende-se que não restou suficientemente provada a efetiva ocorrência do crime que é imputado ao réu, restando fundadas dúvidas se a conjunção carnal e os atos libidinosos diversos da conjunção carnal ocorreram com ou sem o consentimento da vítima, o que desautoriza a condenação do acusado, em estrita obediência ao princípio do *in dubio pro reo*.

Efetivamente, no nosso ordenamento jurídico, para que haja condenação, faz-se necessário certeza absoluta, não sendo suficiente precários indícios. A propósito, convém trazer à colação os julgados que se seguem:

Se o espírito do magistrado é animado pela incerteza, forçoso convir que outro caminho ele não terá senão o da absolvição, pois é máxima de processo penal que a dúvida, sentimento

alternativo que inclui o sim e o não, sempre deve prevalecer em benefício do réu. (Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, 11ª Câmara, Relator Xavier de Aquino, Apelação nº 1109945/8, v. u., julgado em 06/01/1999).

ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. MATERIALIDADE E AUTORIA NÃO DEMONSTRADAS. CONTRADIÇÃO NA PALAVRA DA VÍTIMA. No presente caso, as declarações da ofendida, prestadas em juízo, não são firmes, apresentando elevado grau de contradição com o restante do material probatório, o que torna temerária sua aceitação. Apelo improvido. (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Crime nº 70011033792, Oitava Câmara Criminal, Relator: Marco Antônio Ribeiro de Oliveira, Julgado em 27/04/2005).

ESTUPRO. PROVA. PALAVRA DA OFENDIDA. QUASE PACIFICADO PELA JURISPRUDÊNCIA O GRANDE VALOR DA VERSÃO OFERTADA PELA VITIMA DE DELITOS SEXUAIS, NOTORIAMENTE QUANTO COERENTE E AFINADA COM ALGUMA PROVA JUDICIALIZADA. TODAVIA, A CONTRADIÇÃO E A DÚVIDA GERADA NO DECORRER DO SUMÁRIO, PELA MUDANÇA DO DEPOIMENTO DA OFENDIDA, FAZEM COM QUE O VERSIONADO NÃO MAIS POSSA SE SOBREPOR SOBRE A SISTEMÁTICA NEGATIVA DE AUTORIA. COM MUITA RESERVA DEVE SER AFERIDA TAL PROVA. APELO DEFENSIVO PROVIDO. ABSOLVIÇÃO POR SER A PROVA INSUFICIENTE PARA UMA CENSURA POR CRIME HEDIONDO. UNÂNIME. (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Crime nº 692002264, Câmara de Férias Criminal, Relator:

Luiz Felipe Vasques de Magalhães, Julgado em 16/07/1992).

ESTUPRO. Acusação de prática de crime por parte do pai contra a filha menor. PALAVRA DA VÍTIMA. A palavra da vítima não gera necessariamente a condenação quando contraditória. Absolvição mantida. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO. (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul Apelação Crime nº 70005102728, Quinta Câmara Criminal, Relator: Genacéia da Silva Alberton, Julgado em 20/11/2002).

Assim, não havendo prova inquestionável de que o acusado cometeu o ilícito penal que lhe foi imputado, condená-lo, com base em provas tão inconsistentes, seria ir de encontro aos princípios basilares do nosso ordenamento penal, que impõem a observância da presunção de inocência e do *in dubio pro reo*.

Nesse ponto, é oportuna à transcrição dos ensinamentos de Júlio Fabbrini Mirabete, *in* Processo Penal, 4ª ed., Ed. Atlas, págs. 43 e 305:

O réu não tem o dever de provar sua inocência; cabe ao acusador comprovar sua culpa e para condenar o acusado, o juiz deve ter a convicção de que é ele responsável pelo delito, bastando, para sua absolvição, a dúvida a respeito de sua culpa (in dubio pro reo). (...) Não são suficientes para fundamentar uma decisão condenatória indícios isolados, que permitem uma explicação diferente, ou seja, de que o acusado poderia não ter praticado o ilícito.

Conclui-se, portanto, que o conteúdo probatório dos autos é insuficiente, como elemento de convicção, para justificar, com a segurança que se exige, o decreto condenatório, motivo

pelo qual a absolvição do réu — Francisco Wercler Rufino Teixeira, é medida que se impõe.

Por todas as razões acima esposadas, há que se dar provimento ao presente recurso, para que seja decretada a absolvição do réu, com fulcro no art. 386, inciso VI, do Código de Processo Penal.

É como voto.

Fortaleza, 16 de janeiro de 2007.

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

**APELAÇÃO CRIME N° 2002.0000.9297-2, de TAUÁ
APELANTE: O Representante do Ministério Público
APELADO: Samuel Gomes de Sousa
RELATOR: DES. JOÃO BYRON DE FIGUEIREDO FROTA**

EMENTA:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIME. TENTATIVA DE HOMICÍDIO. JÚRI. DESCLASSIFICAÇÃO PARA LESÃO CORPORAL GRAVE – DECISÃO CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS - NULIDADE.

Apelo deduzido objetivando a desconstituição do *decisum* por julgamento manifestamente contrário à prova dos autos. Caracterizado o dolo, na forma direta ou indireta, *do animus necandi*, configurada está a tentativa de homicídio.

Réu que, após anunciar que iria matar, utilizando-se de arma idônea para a prática do homicídio, bate com a mesma na cabeça da vítima, causando graves lesões àquela, percorre, integralmente, todo o *iter criminis* previsto para o crime

**consumado, incorrendo o resultado morte por circunstâncias alheias ao seu desiderato.
Julgamento anulado, para realização de outro.**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Crime N° 2002.0000.9297-2 da Comarca de Tauá em que é apelante O Representante do Ministério Público e apelada A Justiça Pública.

ACORDA a 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por julgamento de Turma, unanimemente, em dar provimento ao recurso para anular a decisão recorrida, submetendo o apelado a novo júri, divergindo do parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça.

Irresignado com a decisão do egrégio Tribunal do Júri Popular da Comarca de Tauá, que desclassificou para lesão corporal de natureza grave – art. 129, § 2º, inciso IV, do Código Penal - o delito cometido pelo acusado Samuel Gomes de Sousa, denunciado em co-autoria, com Francisco Ivan de Sousa, absolvendo o último, ambos qualificados nos autos, capitulado na denúncia no art. 121, § 2º inciso I, III e IV c/c o art. 14, II e 29, todos do mesmo Diploma Legal, por delito perpetrado contra Francisco Gonçalves de Matos, fato ocorrido no dia 14 de abril do ano de 2001, por volta das 03:00 horas, na rua Moacir Pereira Gondim, bairro “Colibris”, o ilustre representante do Ministério Público Estadual, com assento na Comarca em epígrafe, recorreu, relativamente à decisão desclassificatória, alegando esta ter sido prolatada de forma manifestamente contrária à prova dos autos.

Aduz que os primos, Samuel e Ivan, que, pouco antes, haviam ido às vias de fato com a vítima, por motivos banais, resultando ferido o primeiro, após o que esta ausentou-se dali correndo em direção ao matadouro local, caminho que os denunciados também tomaram, encontrando, momentos depois, a vítima deitada e dormindo, ao que Samuel disse para o seu parente: “Ivan, vamos matar esse filho da puta” e, como não obtivesse respaldo deste, procurou consumir o crime jogando uma pedra de concreto na cabeça da vítima, não conseguindo

o desiderato pela intercessão de uma testemunha, do próprio Ivan e de um irmão do ofendido que, chamado ao local, armado também de faca, afugentou o agressor.

Adversando o apelo, o não menos ilustre defensor público nomeado aos réus (fls. 127/129), pugna pela manutenção do veredicto, entendendo o mesmo ser fruto de opção legítima e legal dos jurados, entre as teses que lhes foram apresentadas, afirmando a intenção dos apelados ter sido apenas defender-se da vítima que já o havia lesionado e estava prestes a sacar de sua arma para novamente agredi-lo, agindo este em legítima defesa, não havendo que ser reformada a decisão do Conselho de Sentença.

Remetido o caderno processual à consideração da douta Procuradoria Geral do Estado, esta, em parecer de fls. 192/195, após expender considerações sobre as razões de seu colega de primeiro grau, contrariando-o, opinou pelo improvimento do recurso por não vislumbrar, no **decisum**, manifesta contrariedade entre o veredicto do Júri e a prova.

É o relatório. Passo a votar.

Ab initio, impende frisar o inconformismo da Instância ministerial singular ter-se dado exclusivamente em relação ao acusado Samuel Gomes de Sousa, resignando-se relativamente a absolvição do outro denunciado, Francisco Ivan de Sousa, decisão esta que transitou em julgado, cingindo-se a apreciação ao exame do julgamento do primeiro, nos exatos termos do recurso.

Do exame percuciente do processo, conclui-se que estão presentes, no caso vertente, os elementos do homicídio tentado vez que, no lamentável evento evidencia-se o **animus necandi** ou **occidendi** do apelado, a idoneidade dos meios empregados para a consecução do tipo homicídio, vez que percorrido todo o **iter criminis** do delito consumado este não se materializou por circunstâncias alheias à vontade do agente, no caso, a interferência do co-réu, da testemunha presencial e do próprio irmão da vítima e até a resistência física do ofendido, aliados ao tratamento médico a que este foi submetido, tudo o que possibilitou sua sobrevivência à violência sofrida.

De fato, as testemunhas presenciais João Paulo e José Renato (fls. 67/70), corroborando o que disseram na esfera policial e em assonia com as declarações do então co-réu Francisco Ivan (fls. 40/42), não deixam dúvidas de como se passaram os fatos naquele infausto instante, não subsistindo incerteza sobre o desejo de matar de que se encontrava possuído o recorrido, que, inclusive, o verberou em alto e bom som, bem assim de que, indubitavelmente, praticou atos eficazes a consecução do reprochável intento, batendo na cabeça da vítima com “uma pedra de concreto”, e, não satisfeito, continuou a agredi-la levando-a a coma e provocando-lhe as graves lesões descritas no laudo de fl. 44, não o consumando por circunstâncias inteiramente independentes do seu desígnio.

Com efeito, os meios e modos da prática que ora se examina ressaltam tão claros dos fólios processuais, e com tal força, que nenhuma hesitação ressaí de que se configurou o homicídio tentado, triplamente qualificado, quedando absolutamente isolada e inverossímil a versão escoteira e contraditória contida nas declarações do réu, de que a vítima teria, antes de impiedosamente agredida, feito menção de sacar de uma arma.

Acerca do crime tentado, preleciona a doutrina penal, nas palavras de renomados mestres, **verbis**:

“É a execução iniciada, que não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente. É conceito extraído do art. 14, II, do Código Penal, ao determinar que o crime se diz tentado, “quando, iniciada a execução, não se consuma, por circunstâncias alheias à vontade do agente”. (In Código Penal Anotado; Damásio E. De Jesus; Editora Saraiva, 7ª edição, pág. 41).

“... é a realização incompleta da conduta típica, que não é punida como crime autônomo. (...) Preferiu-se usar uma fórmula de extensão, ou seja para caracterizar a tentativa de homicídio,

não se encontra previsão expressa no art. 121, da Parte Especial. Nesse caso, aplica-se a figura do crime consumado em associação com o disposto no art.14, inciso II, da Parte Geral. Portanto, o crime tentado de homicídio é a união de “matar alguém” com o “início de execução, que não se consumou por circunstâncias alheias à vontade do agente”. Pode-se ler: quem, pretendendo eliminar a vida de alguém e dando início à execução, não conseguiu atingir o resultado morte, praticou uma tentativa de homicídio.” (In Código Penal Comentado; Guilherme de Souza Nucci; Editora revista dos Tribunais, 4ª edição, pág. 120).

De sua parte, os escólios tribunalícios, ratificam integralmente tal entendimento, **verbis**:

“Tentativa – Caracterização – Argumento formulado pelo réu de que, por ter habilidade com arma de fogo, atirou somente para ferir – Afirmção que corrobora com a existência de dolo eventual na prática do crime”. (TRF 5ª Reg. – RT 825/724).

“Tentativa – Pronúncia – Conversão do julgamento em diligência, visando a juntada de laudo de exame de corpo de delito – Desnecessidade – Prova das lesões da vítima que, na hipótese, não é essencial, porque, ainda que os tiros não a tivessem atingido, restaria evidenciada a intenção homicida”. (TJSP – RT 825/566).

“Dolo direto – Quem dispara arma em direção do ofendido demonstra vontade de produzir o resultado morte. Ou assume o risco de produzi-

la. Tal fato de forma alguma se ajusta à imprudência, cujo conceito é inteiramente outro”. (TJSP – RT 404/100).

“Dolo eventual – Dolo eventual é plenamente equiparado ao dolo direto. É inegável que arriscar-se conscientemente a produzir um evento equivale tanto quanto a querê-lo; ainda que sem interesse nele, o agente o ratifica ex uniu presta anuência ao seu advento”. (TJSP – RT 720/412).

Verifica-se, pela leitura dos elementos - doutrinários e jurisprudenciais – aqui colacionados, que a tentativa quer por dolo direto, como entendo ser o caso, como pelo indireto, restaria plenamente configurada, mesmo quando não acontece nenhum dano físico – hipótese da chamada tentativa branca – configurando-se inteiramente inadequada, dissociada do contexto probatório, a decisão do Tribunal do Júri da Comarca de Sobral, impondo-se a sua anulação, para serem submetidos os réus a novo julgamento.

Sobre decisão manifestamente contrária à prova dos autos, transcrevemos:

“A decisão do júri somente comporta juízo de reforma, que desatende ao respeito devido à soberania de seus pronunciamentos, quando manifestamente contrária à verdade apurada no processo, representando distorção da função de julgar”. (RT 624/287).

”É pacífico que o advérbio manifestamente (III, d) dá bem a idéia de que só se admite seja o julgamento anulado quando a decisão do Conselho de Sentença é arbitrária, porque se dissocia integralmente da prova dos autos”. (RT

526/442).

É exatamente o que se verificou no julgamento vergastado quando o Conselho de Sentença do Tribunal do Júri Popular de Tauá, decidindo pela desclassificação da tentativa de homicídio sobejamente caracterizada, para lesão corporal de natureza grave, dissociou-se integralmente da prova dos autos, razão pela qual deve ser o mesmo anulado, para a realização de um outro.

Pelos motivos expostos, a tentativa do crime de homicídio está perfeitamente caracterizada em todos os seus elementos e a responsabilidade criminal do apelado satisfatoriamente delimitada, sendo a prova testemunhal inequívoca no sentido do recorrido ter querido causar a morte da vítima, somente não consumando o homicídio por circunstâncias alheias à sua vontade.

Isto posto, dá-se provimento ao recurso para anular a decisão recorrida, submetido o réu recorrido a novo júri, divergindo dos termos do parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça.

Fortaleza, 10 de Novembro de 2006.

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

**APELAÇÃO CRIME Nº: 2002.0208.7985-8/1, DE CAPISTRANO
APELANTE: ANTÔNIO FLÁVIO MIRANDA DA SILVA
APELADA: A JUSTIÇA PÚBLICA
RELATOR: DES. FRANCISCO HAROLDO RODRIGUES DE
ALBUQUERQUE**

**EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. ROUBO
QUALIFICADO PELO EMPREGO DE ARMA
DE FOGO. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO**

MÍNIMO LEGAL. POSSIBILIDADE. ALGUMAS CIRCUNSTÂNCIAS DO ART. 59 DO CÓDIGO PENAL DESFAVORÁVEIS AO RÉU. DECISÃO FUNDAMENTADA. SENTENÇA MANTIDA. I - Não há de se reputar inadequada a pena aplicada, quando o magistrado, fazendo uso de seu livre convencimento e em decisão justificada e coerente, fixa a pena-base acima do mínimo legal, tudo em razão de circunstâncias desfavoráveis ao réu. II - Além do que, diante do reconhecimento de circunstâncias atenuantes, a sanção imposta foi a mínima legalmente prevista para o crime de roubo qualificado pelo emprego de arma. III - Apelo improvido e sentença mantida.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de apelação-crime, acorda a Turma Julgadora da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, sem divergência de votos, conhecer do recurso, por ser próprio e tempestivo, para, no entanto, negar-lhe provimento, mantendo-se, na integralidade, a sentença recorrida, tudo nos termos do voto condutor.

Antônio Flávio Miranda da Silva, qualificado nos autos, foi denunciado pelo representante do Ministério Público com atuação na Vara Única da Comarca de Capistrano, como incurso nas tenazes do art. 157, § 2º, inciso I, do Código Penal Brasileiro, sob o argumento de ter o mesmo, no dia 04/09/2003, por volta das 19:00 horas, naquela cidade, fazendo uso de uma arma de fogo, tomado de assalto a arma do vigilante Antônio Augusto Paixão Raulino, que prestava serviço no Colégio Ubiratan Diniz de Aguiar.

Depois de citado, o acusado compareceu em juízo, oportunidade em que confessou a autoria delitiva.

Apresentada a defesa prévia, efetivada a instrução criminal e oferecidas as alegações finais, sobreveio a sentença de fls. 107/112, na qual o juiz da causa, julgando procedente a

denúncia, condenou o apelante à pena de 05 anos e 04 meses de reclusão, a ser cumprida em regime aberto e, ainda, a 10 dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo, cada dia-multa.

Inconformado com a sentença condenatória, o réu interpôs o presente recurso de apelação, no qual requereu, em síntese, a diminuição da pena aplicada.

A Promotoria Pública, ao apresentar as contra-razões, pugnou pela manutenção da decisão vergastada.

A douta Procuradoria Geral de Justiça, manifestando-se, opinou pelo improvimento do apelo.

É o relatório.

O recorrente, em suas razões, requereu, unicamente, a diminuição da pena aplicada, o que, no entanto, não lhe assiste razão, haja vista que a sanção que lhe foi imposta se mostra justa, legal e adequada ao caso concreto.

Com efeito, o art. 59, inciso II, do Código Penal Brasileiro, preceitua que *o juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime: (...) a quantidade de pena aplicada, dentro dos limites previstos.*

Conforme se verifica da sentença atacada, quando o juiz de primeiro grau fixou a pena-base em 05 anos de reclusão, assim o fez por considerar que algumas das circunstâncias previstas no supracitado art. 59 se apresentam desfavoráveis ao réu, especialmente as circunstâncias e conseqüências do crime; o comportamento da vítima, que não contribuiu para a ação do acusado, e, ainda, o fato de o crime em questão ter gerado um forte sentimento de insegurança na pequena população de Capistrano, razões estas que se mostram suficientes para fundamentar a sanção imposta.

O que não se poderia admitir seria a ausência de fundamentação, já que, sem fugir dos limites estabelecidos pelo dispositivo legal infringido, o juiz sentenciante, fazendo uso de seu livre convencimento, decidiu fixar a pena-base acima do mínimo legal, em decisão motivada e compatível, o que

desautoriza a sua redução.

Sobre o assunto, destaquem-se as decisões abaixo transcritas:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. ART. 299, DO CP. DOSIMETRIA DA PENA. ART. 59, DO CP. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. A fixação da pena-base acima do mínimo legal está suficientemente fundamentada em face da existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis ao réu. Recurso desprovido. (Superior Tribunal de Justiça, 5ª Turma, Recurso Especial nº 809673/RS, Proc. nº 2006/0001670-7, Relator: Ministro Felix Fischer, julgado em 16/05/2006, publicado em 19/06/2006, pág. 201).

HABEAS CORPUS. PORTE ILEGAL DE ARMA. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO (FECHADO) DIANTE DO QUANTUM DA PENA INFLIGIDA. LEGALIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 59 E 33, § 2º, DO CP. 1. A instância ordinária, examinando as circunstâncias judiciais do caso concreto, as considerou desfavoráveis ao réu, razão pela qual, fundamentadamente, fixou a pena-base acima do mínimo legal. E, valendo-se da interpretação conjunta dos arts. 59 e 33, § 2º, ambos do CP, sem qualquer ilegalidade, impôs regime prisional mais gravoso. Precedentes do STJ. 2. Ordem denegada. (Superior Tribunal de Justiça, 5ª Turma, *Habeas Corpus* nº 55181/DF, Proc. nº 2006/0039641-3, Relatora: Ministra Laurita Vaz, julgado em 09/05/2006, publicado em 19/06/2006, pág. 170).

PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. IMPOSIÇÃO DE REGIME SEMI-ABERTO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. DECISÃO FUNDAMENTADA. REDUÇÃO DA PENA. ALTERAÇÃO DE REGIME. IMPOSSIBILIDADE. Preponderantemente desfavoráveis as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, justifica-se a fixação da pena acima do mínimo, revelando-se acertada a fixação do regime inicial semi-aberto, ainda que a sua quantidade, em tese, possibilite a aplicação de regime menos severo. (Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Proc. nº 1.0000.00.239733-9/000(1), Relator: Desembargador Roney Oliveira, julgado em 27/11/2001, publicado em 01/02/2002).

Após estabelecer a pena-base em 05 anos de reclusão, o juiz monocrático reconheceu as atenuantes da menoridade penal e da confissão espontânea, o que conduziu a reprimenda para 04 anos de reclusão, sendo esta a pena mínima estabelecida no dispositivo legal infringido.

Seguindo o sistema trifásico de aplicação da pena, o magistrado processante aumentou-a em 1/3, em razão do emprego de arma, sendo este também o aumento mínimo determinado pelo § 2º, do art. 157, do código repressivo, o que tornou a pena definitiva em 05 anos e 04 meses de reclusão, a ser cumprida em regime aberto.

Como se vê, ainda que a pena-base tenha sido estabelecida acima do mínimo legal, o que ocorreu na espécie, a sanção imposta ao acusado foi a mais branda permitida para o crime de roubo qualificado pelo uso de arma de fogo, razão pela qual não há como ser provido o presente apelo, isso porque, mesmo que a pena-base fosse reduzida para o mínimo legal, tal decisão em nada mudaria a pena definitiva, haja vista que a aplicação das mencionadas atenuantes levaram a reprimenda para o mínimo legal de 04 anos.

Caso a pena-base fosse fixada diretamente em 04 anos, obviamente que não seriam aplicadas as circunstâncias atenuantes, justamente para evitar que a citada sanção fosse conduzida para aquém do mínimo legal, o que é vedado, segundo entendimento jurisprudencial, consubstanciado na Súmula nº. 231 do Superior Tribunal de Justiça, a seguir transcrita:

Súmula 231. A incidência de circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.

Assim, não seriam aplicadas as atenuantes e seria mantido o aumento de pena mínimo de 1/3, pelo uso de arma, o que totalizaria uma pena definitiva de 05 anos e 04 meses de reclusão, tal qual a condenação definitiva imposta na sentença.

Desse modo, não há como ser provido o pleito de diminuição de pena, vez que a sanção imposta ao réu é a mínima estabelecida pela lei, para o crime de roubo qualificado pelo emprego de arma.

Conclui-se, portanto, que a sentença recorrida se mostra irretocável, pelo que deve ser mantida, em todos os seus termos.

À vista do exposto, e em consonância com o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça, conhece-se do apelo, por estarem presentes os pressupostos de sua admissibilidade, mas para negar-lhe provimento, mantendo-se, na íntegra, a decisão recorrida.

É como voto.

Fortaleza, 13 de fevereiro de 2007.

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

APELAÇÃO CRIME Nº 2003.0007.8860-6/0 de Fortaleza-CE.

APELANTE: Luís Teófilo Cavalcante Neto

APELANTE: Márcio Airton de Castro Porto Magalhães

APELADA: Justiça Pública

RELATOR: DES. JOÃO BYRON DE FIGUEIREDO FROTA

EMENTA: PENAL. PROCESSO PENAL. LEI DE ENTORPECENTES. TRÁFICO DE DROGAS. CARACTERIZAÇÃO DO TIPO PENAL. IMPOSSIBILIDADE DE DESCLASSIFICAÇÃO.

I – Há de se distinguir, no caso em exame, o crime de tráfico de drogas – tipificado no art.12 da Lei de Entorpecentes – e o crime de guarda ou depósito de substância entorpecente para uso próprio – tipificado no art. 16 da Lei de Entorpecentes. O transporte de 2Kg (dois kilos) da droga, devidamente embalada em dois pacotes de 1Kg (um kilo) cada configura claramente o tráfico de entorpecentes, vedando a possibilidade da alegação de serem os réus meros usuários de drogas. Inviável a desclassificação.

II – Precedentes jurisprudenciais. (TJCE: *EMENTA: APELAÇÃO CRIME – TRÁFICO DE DROGAS – TIPIFICAÇÃO – SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE QUE NÃO SE DESTINA AO USO PRÓPRIO*. Para a configuração do crime de tráfico de drogas é desnecessário que o agente estivesse, no momento da apreensão da droga, comercializando ou fornecendo a substância entorpecente. Para enquadrar a conduta do réu no art. 12 da Lei 6.368/76, basta que execute uma das ações ali tipificadas e que a droga não se destine, exclusivamente, ao uso próprio. RECURSO IMPROVIDO. (TJCE, 2ª Câmara Criminal, Apelação Crime nº 2000.0014.9448-2/0, Rel. Des. José Evandro Nogueira Lima, DJ 03.04.2002, p.16).

III – Redução da pena dada à atenuante da menoridade.**IV – Provimento parcial da apelação.**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Crime Nº 2003.0007.8860-6/0 da Comarca de Fortaleza, em que são apelantes Luís Teófilo Cavalcante Neto e Márcio Airton de Castro Porto Magalhães e apelada a Justiça Pública.

ACORDA a 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por julgamento de Turma, unanimemente, dar provimento parcial ao recurso apelatório, mantendo-se a condenação dos apelantes, porém, reduzindo-lhes a pena imposta, em consonância com o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça.

O ilustre representante do Ministério Público Estadual, com exercício na 1ª Vara de Delitos Sobre o Tráfico e Uso de Substâncias Entorpecentes da Comarca de Fortaleza, neste Estado, ofertou exordial delatéria (fls. 03/05) contra LUÍS TEÓFILO CAVALCANTE NETO, de agnome “Elvis”, e MÁRCIO AIRTON DE CASTRO PORTO MAGALHÃES, de agnome “mosquito”, devidamente qualificados nos autos como menores de 21 anos de idade, dando-os como incurso nas reprimendas do artigo 12 c/c art. 18, inciso III, ambos da Lei nº 6.368/76 (Lei de Tóxicos), onde estão tipificados os crimes associação e de tráfico de substância entorpecente (“*cannabis sativa linneu*”, vulgo maconha).

Consoante se infere da delação oficial, no dia 26 de julho de 2002, por volta das 16:00 horas, policiais militares abordaram os apelantes que se deslocavam em suas bicicletas, logo após terem demonstrado intenso nervosismo com a aproximação da policial. Os militares encontraram com os apenados 2Kg (dois kilos) de maconha, devidamente embalados em pacotes de 1Kg (um kilo) cada. Presos em flagrante os denunciados, foram estes imediatamente recolhidos à prisão (fls. 07/10).

Submetidos ao devido processo legal, fundamentado

no contraditório e na ampla defesa, ambos os acusados foram condenados a um total de 4 (quatro) anos de reclusão, em regime integralmente fechado, como determina o §1º do art. 2º da Lei nº.8.072/90, e ao pagamento de 50 (cinquenta) dias-multa, no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato (conforme sentença de fls. 125/128).

Irresignados com o provimento judicial adverso, os acusados encetaram recurso apelatório (fls. 145/149), criticando a respeitável sentença monocrática, requerendo sua reforma *in totum*, com a conseqüente desclassificação para o delito previsto no artigo 16 da Lei de Tóxicos.

A douta Procuradoria Geral de Justiça, em bem fundamentado relatório, pugna, com amparo na prova colhida nos autos, pela improcedência do pedido de apelação e manutenção da sentença recorrida.

É o relatório. Passo a votar.

Não está a merecer reparos a respeitável decisão recorrida, nada obstante as considerações deduzidas pelos apelantes.

Com efeito, processados os acusados por tráfico de entorpecentes, depois de autuados em flagrante delito com 2Kg (dois kilos) de maconha empacotada, após conclusão da ação penal restaram os acusados condenados pelo crime denunciado pelo *Parquet*.

A respeitável sentença impugnada assentou, com propriedade, a materialidade do fato delituoso imputado aos acusados, consubstanciada nos Laudos de Exame Toxicológico Positivo (fls. 73/74), realizado na substância apreendida – maconha (*Canabbis sativa L*) – com cada um deles.

De outro turno, a autoria também resta incontestada pela leitura do Auto de Prisão em Flagrante (fls. 07/10) dos condenados, e em seus interrogatórios (fls. 53 e 66), na fase judicial, onde asseveraram a propriedade da droga, o que baseou, inclusive, o flagrante do crime de tráfico de entorpecentes.

As alegações levantadas de que os apenados apenas encontraram a droga num mangue do Lagamar é totalmente inverossímil, como já asseverado pelo ilustre

magistrado de 1ª Instância e o douto Representante Ministerial, como se fosse possível brotar maconha empacotada de manguê.

Ademais, também não há correlação probatória nos autos de que os réus fossem usuários de substâncias entorpecentes, notadamente porque a grande quantidade de maconha encontrada (2kg) não poderia ser para uso próprio, e sim para a mercancia. Os apelantes não têm profissão definida, são pessoas pobres e com poucas condições financeiras, não tendo assim recursos suficientes para a manutenção de seus alegados vícios naquele montante.

É certo que em matéria de tóxicos, não é somente a quantidade da droga que induz à conclusão do crime perpetrado, devendo ser avaliados outros elementos probatórios conjuntamente. O depoimento testemunhal consubstancia, também, elemento probatório relevante. O trabalho policial, da forma como narrado nos depoimentos dos militares que efetuaram o flagrante, corrobora a exordial delatária, não havendo dúvidas da perpetração do delito de tráfico de entorpecentes.

Neste momento, é necessário ressaltar a jurisprudência desta Colenda Corte de Justiça quanto a matéria ora objeto de julgamento, *in verbis*:

EMENTA: APELAÇÃO CRIME – TRÁFICO DE DROGAS – TIPIFICAÇÃO – SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE QUE NÃO SE DESTINA AO USO PRÓPRIO. Para a configuração do crime de tráfico de drogas é desnecessário que o agente estivesse, no momento da apreensão da droga, comercializando ou fornecendo a substância entorpecente. Para enquadrar a conduta do réu no art. 12 da Lei 6.368/76, basta que execute uma das ações ali tipificadas e que a droga não se destine, exclusivamente, ao uso próprio. RECURSO IMPROVIDO. (TJCE, 2ª Câmara Criminal, Apelação Crime nº 2000.0014.9448-2/0, Rel. Des. José Evandro Nogueira Lima, DJ 03.04.2002, p.16)

EMENTA: TÓXICO. DESCLASSIFICAÇÃO DO ART. 12 PARA O ART. 16 DA LEI 6.368/76. HARMONIA ENTRE O CONJUNTO PROBATÓRIO E O ENQUADRAMENTO LEGAL ATRIBUÍDO NA SENTENÇA. APELO NÃO PROVIDO. CONFIRMA-SE O DECRETO CONDENATÓRIO, QUANDO APOIADO EM COERENTE E ROBUSTO ACERVO PROBATÓRIO, CONSTITUÍDO PELA PROVA TESTEMUNHAL, ALÉM DA PROVA MATERIAL CONSUBSTANCIADA NA APREENSÃO E ANÁLISE DA SUBSTÂNCIA APREENDIDA. APELAÇÃO NÃO PROVIDA. (TJCE, 1ª Câmara Criminal, Apelação Crime nº 97.00965-7, Rel. Des. Francisco de Assis Nogueira, DJ 10.02.1998, p.20)

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. TÓXICO. ART. 12 DA LEI Nº 6.368/76. PRESENÇA DE INDÍCIOS DA TRAFICÂNCIA. POLICIAIS TESTEMUNHAS.

I – O fato de alguém, sem a necessária autorização, guardar, em sua casa, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, por si só tipifica o delito do art. 12 da Lei Antitóxico.

II – Considerando a harmonia dos depoimentos que foram tomados, a confissão do réu na fase inquisitorial, bem como a forma de empacotamento da droga apreendida, caracterizado está o crime de tráfico de entorpecente.

III – A simples condição de policial não torna a testemunha impedida ou suspeita.

IV – Apelo improvido. (TJCE, 1ª Câmara Criminal, Apelação Crime nº 98.08148-0, Rel. Des. Fernando Luiz Ximenes Rocha, DJ 04.01.2000, p.34)

Em resumo: a prova coligida, tanto na vertente pericial, relacionada à natureza da erva apreendida, maconha

(*Canabbis sativa L*), quanto na ótica testemunhal, oferece conclusão segura e suficiente à condenação dos acusados por tráfico de entorpecentes.

Por derradeiro, é mister verificar a dosimetria da veneranda sentença impugnada, no que tange ao montante da pena aplicada. Como bem asseverou o douto Membro do *Parquet* em 2ª Instância, o *decisum* deixou de aplicar a atenuante genérica da menoridade dos agentes à época do fato, de acordo com o disposto no art. 65, inciso I, do Código Penal.

Os apelantes foram condenados à pena definitiva de 4 (quatro) anos de reclusão, pelos crime capitulados no art. 16 c/c art. 18, ambos da Lei de Tóxicos. Em se aplicando a atenuante da menoridade a ambos, a pena deve ser reduzida para 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão, no mesmo regime da sentença.

Isto posto, voto no sentido de se conceder provimento parcial ao recurso apelatório, mantendo-se a condenação dos apelantes, no entanto, reduzindo-lhes a pena imposta, diante da presença da atenuante genérica da menoridade, modificação esta que faço em consonância com o parecer da douda Procuradoria Geral de Justiça.

Fortaleza, 26 de fevereiro de 2007.

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

**APELAÇÃO CRIME Nº 2003.0009.8938-5/0, DE FORTALEZA
APELANTE: EDVANDRO DOS SANTOS MILITÃO
APELADA: A JUSTIÇA PÚBLICA
RELATOR: DES. FRANCISCO HAROLDO RODRIGUES DE
ALBUQUERQUE**

**EMENTA: APELAÇÃO CRIME. FURTO
QUALIFICADO. SENTENÇA CONDENATÓRIA.
PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. Conforme o**

art. 110, § 1º do CP, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação, a prescrição regula-se pela pena aplicada. No caso em alusão, o réu foi condenado à pena de 02 (dois) anos de reclusão. Assim, a prescrição se opera em 04 (quatro) anos, conforme art. 109, V, do CP, sendo certo que, *in casu*, da data da publicação da sentença condenatória, com trânsito em julgado para a acusação, até a presente, transcorreu lapso temporal superior a 04 (quatro) anos. Prescrição efetivada. Processo extinto sem julgamento do mérito.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de apelação-crime, acorda a Turma Julgadora da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, sem divergência de votos, conhecer do recurso, por ser próprio e tempestivo, mas para declará-lo extinto, sem julgamento do mérito, ante o reconhecimento da prescrição, restando prejudicada a análise do mérito, tudo na forma do voto do relator.

Edvandro dos Santos Militão, qualificado nos autos, foi denunciado, juntamente com outro comparsa, pelo representante do Ministério Público com atuação na 18ª Vara Criminal da Comarca de Fortaleza, como incurso nas sanções do art. 155, § 4º, incisos I e IV, do Código Penal Brasileiro, sob o argumento de ter o mesmo, na madrugada do dia 19/09/2000, nas imediações do Grêmio dos Ferroviários, situado na Av. Francisco Sá, nesta cidade, quebrado os vidros de um veículo, marca Volkswagen, modelo Savero, de propriedade da vítima Leonardo César Arruda da Silva e subtraído de seu interior um toca cd's, marca Pionner, série 535.

O acusado/recorrente, depois de citado, compareceu em juízo e foi interrogado, oportunidade em que negou a autoria delitiva, tendo apresentado defesa prévia (fls. 43/44), embora fora do prazo legal.

Efetivada a instrução criminal e oferecidas as

alegações finais, sobreveio a sentença de fls. 102/110, na qual o juiz da causa, julgando procedente a denúncia, condenou o réu/apelante a pena de 02 (dois) anos de reclusão, a ser cumprida em regime aberto e, ainda, a 10 (dez) dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo.

Irresignado com a sentença prolatada pelo magistrado do feito, o acusado interpôs o presente recurso de apelação, onde postulou, em resumo, pela sua absolvição.

A Promotoria Pública, ao apresentar as contra-razões (fls. 122/128), pugnou manutenção da sentença vergastada.

Remetidos os autos a este Tribunal, foram com vista à douta Procuradoria Geral da Justiça, que, manifestando-se, opinou pelo provimento parcial do apelo.

É o relatório.

Inicialmente, analisando-se a possibilidade de ocorrência da prescrição da pretensão punitiva do Estado, pela pena *in concreto*, vê-se que esta realmente se operou, em sua modalidade intercorrente, razão pela qual não há necessidade de se adentrar na questão de mérito, devendo, de logo, ser decretada a extinção da punibilidade do réu, com base no art. 107, IV, do CP.

Outro não vem sendo o entendimento dos nossos tribunais, conforme se vê das decisões abaixo transcritas:

“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).

EMENTA: CONSTITUCIONAL. PENAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO: ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ART. 5º, LV E LVII. PRESCRIÇÃO. EXAME DO MÉRITO: PREJUDICADO. I - Alegação

de ofensa à Constituição que, se ocorrente, seria indireta, reflexa, o que não autoriza a admissão do recurso extraordinário. II. - Declarada a extinção da punibilidade pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, fica prejudicado o exame do mérito do recurso de apelação. III. - **Agravo não provido.**

(STF - RE-Agr 345577/SC - SANTA CATARINA - AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO Julgamento: 19/11/2002, Órgão Julgador: Segunda Turma Publicação: DJ 19-12-2002 PP-00123 EMENT VOL-02096-14 PP-02946).

Sobre o tema, Julio Fabbrini Mirabette leciona:

Julgada extinta a punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva, inclusive intercorrente ou retroativa, não se pode mais discutir, em qualquer instância, sobre o mérito do processo. Isto porque tem ela amplos efeitos, eliminando toda a carta jurídica da sentença e extinguindo qualquer consequência desfavorável ao acusado, de modo que o condenado adquire o status de inocente, para todos os efeitos legais. Prepondera, aliás, o interesse social, de ordem pública, sobre a pretensão de inocência expressa procurada pelo acusado. (In Manual de Direito Penal, aut. cit, ed. Atlas, 9ª ed., pág. 419).

Vale ressaltar que, na espécie, considerando que a pena, **in concreto**, foi de 02 (dois) anos de reclusão, mostra-se configurada, nos termos do art. 109, inciso V, c/c o art.110, § 1º, do Código Penal, a prescrição da pretensão punitiva, posto que, da data da publicação da sentença (20/09/2002) até a presente, transcorreram mais de 04 (quatro) anos, sendo certo que dito decisório transitou em julgado para a acusação, tendo em vista

que somente a defesa interpôs o recurso sob enfoque.

Dispõem as normas legais acima aludidas, *in verbis*:

Art. 109 – A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 110 deste código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se:

V - em quatro anos, se o máximo da pena é igual a um ano ou, sendo superior, não excede a dois.

Art. 110 - A prescrição depois de transitar em julgado a sentença condenatória regula-se pela pena aplicada e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior, os quais se aumentam de um terço, se o condenado é reincidente.

§ 1º - A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação, ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada.

Dessa forma, é imperiosa a aplicação das normas acima transcritas, impondo-se, em face da prescrição da pretensão punitiva, a extinção da punibilidade, restando prejudicado o exame da questão de mérito tratada neste recurso.

Sobre a matéria, convém trazer à colação os seguintes julgados:

PENAL. CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO PARA A ACUSAÇÃO. PENA DE UM ANO E SEIS MESES. PRESCRIÇÃO SUPERVENIENTE. INCIDÊNCIA. 1 - Passados mais de quatro anos após a sentença, condenando o recorrido a uma pena de um ano e seis meses de reclusão, com trânsito em julgado para a acusação, extinta está a

punibilidade, pela incidência da prescrição superveniente (art. 109, V c/c o art. 110, § 1º, ambos do CP). 2- Lapsos extintivos reconhecidos. 3- Recurso especial prejudicado. (RESP 282951/PR, Min. FERNANDO GONÇALVES, SEXTA TURMA, DJ 24.02.2003, p. 312).

CRIMINAL. RECURSO ESPECIAL. FURTO QUALIFICADO. MOMENTO DA CONSUMAÇÃO DO DELITO. RESTABELECIMENTO DOS TERMOS DA SENTENÇA. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. RECONHECIMENTO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. DECRETAÇÃO, DE OFÍCIO, DA EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DOS RECORRIDOS. I. O delito de furto, assim como o de roubo, consuma-se com a simples posse, ainda que breve, da coisa alheia móvel subtraída clandestinamente, sendo desnecessário que o bem saia da esfera de vigilância da vítima. Precedentes. II. Irresignação que merece ser provida para, cassando o acórdão recorrido, restabelecer os termos da sentença condenatória. III. No entanto, transcorridos mais de 04 anos desde a prolação do édito condenatório, deve ser decretada a extinção da punibilidade dos recorridos pela ocorrência da prescrição intercorrente, com extensão da decisão ao co-réu JAGNER JÚNIOR BARBOSA DA SILVA, o qual, apesar de não ter apelado, foi beneficiado com os termos do acórdão impugnado. (RESP 671781/RS, Min. GILSON DIPP, QUINTA TURMA, DJ 23.05.2005, p. 336).

CRIMINAL. RECURSO ESPECIAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE CONFIGURADA. DECRETAÇÃO EM PRELIMINAR. PARCELA RELATIVA À

CONTINUIDADE. DESCONSIDERAÇÃO. RECURSO JULGADO PREJUDICADO. I. Transcorridos mais de 04 anos desde a decisão condenatória até a presente data, levando-se em conta a pena concretamente estabelecida em 1º grau – sem o aumento decorrente da continuidade delitiva, declara-se extinta a punibilidade do recorrente, pela ocorrência da prescrição intercorrente, prejudicado o mérito do seu recurso. II. Declarada a extinção da punibilidade do recorrente e recurso especial julgado prejudicado. (RESP 422577/PR, Min. GILSON DIPP, QUINTA TURMA, DJ 22/04/2003, p. 287).

Assim, não havendo recurso de apelação da acusação e transcorridos mais de 04 (quatro) anos entre a sentença condenatória e a data atual, outro caminho não existe senão o de se declarar a extinção da punibilidade em favor do apelante, ficando prejudicada a apreciação do apelo aqui tratado.
É como voto.

Fortaleza, 16 de janeiro de 2007.

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

**APELAÇÃO CRIME Nº 2003.0010.9553-1, de FORTALEZA
APELANTE: O Representante do Ministério Público
APELANTE: Marcelo Gomes Lima
APELADO: Marcelo Gomes Lima
RELATOR: DES. JOÃO BYRON DE FIGUEIREDO FROTA**

EMENTA:

- PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIME. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO.

SENTENÇA CONDENATÓRIA SEM TRANSITO EM JULGADO PARA A ACUSAÇÃO. PRESCRIÇÃO EM ABSTRATO.

- Máximo da pena cominada de 02 (dois) anos (art. 10, Lei 9.437/97), correspondendo ao lapso prescricional de 04 (quatro) anos (art. 109, V, CP), que se reduz de metade pelo réu ser menor de 21 anos ao tempo do crime (art. 115, CP).
- Desde a data do recebimento da denúncia (art. 117, I, CP), até a publicação da sentença condenatória recorrível em cartório (art. 117, IV, CP), ainda que se desconte o período de sursis processual, foram ultrapassados mais de 02 (dois) anos, estando o feito atingido pela prescrição.
- Extinção da punibilidade pela prescrição, em abstrato, da pretensão punitiva.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Crime Nº 2003.0010.9553-1 da Comarca de Fortaleza, em que são apelantes O Representante do Ministério Público e Marcelo Gomes de Lima e apelado Marcelo Gomes de Lima.

ACORDA a 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por julgamento de Turma, unanimemente, em declarar a extinção da punibilidade do apelante/apelado pela incidência da prescrição, em abstrato, da pretensão punitiva, nos termos do voto do Des. Relator.

O ilustre representante ministerial em exercício na 16ª Promotoria de Justiça da Comarca de Fortaleza ofertou denúncia contra Marcelo Gomes de Lima e Mário César Rodrigues da Costa, bastante qualificados nos autos, dando-os como incurso nas penas do art. 10, da Lei 9.437/97.

Conforme se infere da peça delatória, no dia 01 de setembro de 1998, por volta das 02h15min, na Av. Abolição, nesta capital, os denunciados foram presos e autuados em flagrante ao serem abordados no interior de um táxi portando armas de fogo, após o motorista do veículo ter dado sinal de luz para os

policiais militares que trabalhavam na referida avenida.

Em virtude de já responder a outras demandas criminais, não foi proposta ao denunciado Mário César Rodrigues da Costa a suspensão condicional do processo. Já Marcelo Gomes de Lima, apesar de lhe ser concedido o **sursis** processual no dia 01 de dezembro de 1999 (fls. 142 e 143), teve, no entanto, revogado o benefício em 03 de setembro de 2001 por ter voltado a delinquir durante o período de prova (fls. 175).

Submetidos ao devido processo legal, com o resguardo de todas as garantias constitucionais, tiveram os réus proferidas contra si sentenças condenatórias, restando Mário César Rodrigues da Costa e Marcelo Gomes de Lima condenados nas sanções do art.10, da Lei 9.437/97, sendo ao primeiro aplicada a pena definitiva de 01 (um) ano de detenção, substituída por prestação de serviços a comunidade e pelo pagamento de 10 (dez) dias-multa (fls. 153 a 156), e ao segundo infligida a pena definitiva de 06 (seis) meses de detenção (fls. 193 a 196).

Inconformado com o veredicto, o Representante do Ministério Público interpôs recurso apelatório, alegando erro na dosimetria da pena, visto que não se pode fixá-la abaixo do seu mínimo legal considerando apenas as circunstâncias atenuantes (fls. 198 e 199).

Marcelo Gomes de Lima, igualmente irresignado com a sentença, dela apelou através de seu defensor, requerendo a sua absolvição por entender que a arma não oferecia perigo concreto e não foi realizada uma perícia adequada (fls. 201 e 203). Em contra-razões ao recurso ministerial, manifestou-se pelo seu improvimento, pugnando por sua absolvição ou, alternativamente, pela manutenção da sentença guerreada, examinando-se, ademais, acerca da prescrição da pena (fls. 204 a 206).

Após o devido recebimento dos autos pelo egrégio Tribunal de Justiça, foram estes remetidos à douta Procuradoria Geral de Justiça, que opinou pela reforma da sentença, dando-se provimento ao recurso da acusação (fls. 214 a 216).

É o relatório. Passo a votar.

Precedente ao exame das questões de mérito relacionadas ao apelo, deve-se enfrentar e decidir acerca de matéria de ordem pública relacionada ao instituto da prescrição penal.

Com efeito, teve o recorrente/recorrido contra si editada sentença condenatória à pena definitiva de 06 (seis) meses de detenção. Todavia, havendo recurso da acusação, com a possibilidade, por conseguinte, de majoração da pena aplicada, cabe perscrutar a respeito da prescrição em abstrato da pretensão punitiva, que é regulada pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, sendo de 02 (dois) anos no caso em tablado - delito de porte ilegal de arma (art. 10, da Lei 9.437/97).

Em consonância com o art. 109, V, do Código Penal, a pena de 02 (dois) anos prescreve em 04 (quatro) anos. Entrementes, sendo o apelante menor de 21 anos à época do fato, o prazo prescricional reduz-se de metade, nos termos do art. 115, do CP, de modo que, na hipótese, o lapso a ser computado é de 02 (dois) anos.

Desse modo, ainda que se desconte o período de suspensão da prescrição, pela concessão do *sursis* processual de 01 de dezembro de 1999 a 03 de setembro de 2001, percebe-se que entre o recebimento da denúncia (26.10.98) e a sentença condenatória recorrível (17.06.03), últimas causas interruptivas do prazo prescricional, decorreu tempo superior a 02 (dois) anos, suficiente, portanto, para o reconhecimento da prescrição.

Assim, têm entendido nossos Tribunais:

STJ: “Recurso Especial. Direito Penal e Processual Penal. Porte de arma. Artigo 10, “caput”, da Lei nº 9437/97. Prescrição “in abstrato”. O crime de porte de arma (artigo 10, “caput”, da Lei nº 9437/97), cujo máximo da pena cominada é de 02 (dois) anos, prescreve, abstratamente, em 04 (quatro) anos (artigo 109, V, do Código Penal). Transcorridos mais de 04 (quatro) anos desde a última causa interruptiva

da prescrição, o recebimento da denúncia, extingue-se a punibilidade. Extinta a punibilidade pela ocorrência da prescrição “in abstrato” da pretensão punitiva, prejudicado o exame do mérito recursal.” (REsp 401731 / DF; Relator Min PAULO MEDINA; T6 - SEXTA TURMA; julgado em 19/08/2003; DJ 22.09.2003 p. 396).

STJ: “CRIMINAL. RESP. PRESCRIÇÃO RETROATIVA. RECURSO DA ACUSAÇÃO. Não há impedimento de se reconhecer a extinção da punibilidade pela ocorrência da prescrição retroativa, na hipótese de recurso da acusação (...).” (REsp 90176 / SP, Relator Min. FERNANDO GONÇALVES; T6 - SEXTA TURMA; julgado em 07/04/1998; DJ 04.05.1998 p. 213).

TJDF: “PENAL E PROCESSUAL PENAL. DISPAROS DE ARMA DE FOGO (ARTIGO 10, CAPUT, DA LEI N. 9.437/97). (...) – omissis - (...) EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. O artigo 115, do Código Penal, preceitua que a prescrição corre pela metade em se tratando de réu menor ao tempo do delito. Nos termos do artigo 109, inciso V, do Estatuto Repressivo, se o máximo da pena cominada é inferior a 01 (um) ano ou não excede a 02 (dois) anos, a prescrição opera-se em 04 (quatro) anos, reduzindo-se pela metade em razão da menoridade. Sendo o recebimento da denúncia o único ato interruptivo da prescrição, impõe-se a declaração da extinção da punibilidade, face a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva do Estado (...).” (19980310050430APR, Relator VAZ DE MELLO, 2ª Turma Criminal, julgado em 03/05/2001, DJ 29/08/2001 p. 86).

Isto posto, declara-se a extinção da punibilidade do apelante/apelado pela incidência da prescrição, em abstrato, da pretensão punitiva, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, 27 de Novembro de 2006.

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

**APELAÇÃO CRIME Nº 2004.0002.8179-8/0, DE FORTALEZA
APELANTE: PEDRO ALVES DE FREITAS
APELADA: JUSTIÇA PÚBLICA
RELATOR: DES. FRANCISCO HAROLDO RODRIGUES DE
ALBUQUERQUE**

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. NEGATIVA DE AUTORIA. Não há de ser reconhecida a tese de negativa de autoria, se desacompanhada de qualquer respaldo probatório. A materialidade do crime de atentado violento ao pudor, que, na maioria dos casos, não deixa vestígios, prescinde de prova técnica, quando confirmada por outras provas, não sendo descaracterizada pelo fato de o laudo pericial não ter atestado qualquer violência física. Em razão do tipo de crime cometido, sempre na clandestinidade, ante a impossibilidade de testemunhas presenciais, as declarações da vítima, uma menina de apenas doze anos, enteada do acusado, assume importância relevante. Suas declarações, prestadas perante às autoridades policial e judiciária, manifestadas de forma lógica e sem contradições, merecem integral credibilidade. A alegação de nulidade da sentença recorrida, sem

**qualquer motivação, não há de ser conhecida.
Recurso improvido.**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação-crime, acorda a Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em julgamento de Turma, por unanimidade de votos, conhecer do recurso, por ser próprio e tempestivo, para, no entanto, improvê-lo, nos termos do voto do relator.

Cogita-se de recurso de apelação-crime, interposto de sentença da 12ª Vara Criminal da comarca de Fortaleza, que condenou o réu, por crime de atentado violento ao pudor, à pena de sete anos de reclusão, em regime inicialmente fechado.

O representante do Ministério Público ofereceu denúncia contra o acusado, por ter, mediante violência física e psíquica, tentado obrigar a vítima, sua enteada e menor de doze anos, a ter com ele conjunção carnal e praticado com ela atos libidinosos diversos da conjunção carnal.

Interrogado (fl. 45/46), o acusado negou a autoria dos crimes que lhe são imputados, oferecendo defesa prévia, sem, no entanto, arrolar testemunhas (fl. 48).

No curso da instrução criminal, foram tomadas as declarações da vítima (fl. 51) e oitavadas testemunhas arroladas pelo órgão ministerial.

Após as alegações finais produzidas pelas partes (fls. 72/73 e fls. 74/77), o magistrado singular proferiu sentença (79/86), na qual, dando pela procedência parcial da denúncia, condenou o réu, por ter infringido o disposto no art. 214, c/c o art. 224 a, e 71, todos do Código Penal, à pena acima já mencionada.

Inconformado, o réu interpôs recurso de apelação, alegando em suas razões (fls. 90/94), que não existem nos autos provas da materialidade e autoria do crime de que é acusado; que a sentença é nula; e que o crime que lhe é imputado decorre da inconformação da vítima com o casamento dele com a sua genitora.

Nas contra-razões, o órgão ministerial afirmou (fls.

98/100) que restaram provados os fatos alegados na denúncia, tanto com relação à autoria quanto no que diz respeito à materialidade, devendo ser levadas em consideração as declarações da vítima, corroboradas por depoimentos testemunhais.

A Procuradoria Geral de Justiça, manifestando-se (fls. 161/164), opinou no sentido de ser improvida a apelação.

É o relatório.

Entendeu o magistrado singular, diante da prova produzida, especialmente, as declarações da vítima, que, embora o réu desejasse manter com ela conjunção carnal, praticou, ante sua resistência, apenas atos libidinosos diversos da conjunção carnal, previstos no art. 214, do Código Penal, descartando o estupro tentado.

A materialidade do delito imputado ao réu, que tipifica o atentado violento ao pudor, na forma continuada, ao contrário do que pretende a defesa, não exige, necessariamente, a constatação pericial dos atos libidinosos, os quais, nem sempre, deixam vestígios, não sendo, portanto, os sinais traumáticos condição de sua existência, consumando-se, independentemente deles. Veja-se, a seguir, como vem se orientando a jurisprudência:

PENAL E PROCESSUAL – ROUBO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR DO QUAL RESULTOU LESÃO CORPORAL GRAVE – AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS – LAUDO PERICIAL QUE NÃO CONSTATOU A EXISTÊNCIA DE VESTÍGIOS DE ATOS LIBIDINOSOS – IRRELEVÂNCIA POR SE TRATAR DE DELITO QUE NEM SEMPRE DEIXA VESTÍGIOS – VIOLÊNCIA REAL – DECLARAÇÕES FIRMES E COERENTES DA VÍTIMA CORROBORADA POR INDÍCIOS E CIRCUNSTÂNCIAS – CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL – RETRATAÇÃO DISSOCIADA DAS DEMAIS PROVAS COLHIDAS – CONDENAÇÃO MANTIDA – PRECEDENTES

JURISPRUDENCIAIS – O atentado violento ao pudor, na maioria das vezes, não deixa vestígios, sendo bastante para a condenação a prova testemunhal, principalmente as declarações firmes e coerentes da vítima. Tratando-se de crime contra a liberdade sexual, não há como cogitar de insuficiência de prova ou existência de dúvida que justifique a absolvição, se os elementos probatórios, especialmente os depoimentos coerentes da vítima e de testemunhas, aliados a indícios e circunstâncias, formam conjunto sólido, autorizador de seguro juízo de convicção, ainda mais se o réu não apresenta justificativa plausível para a grave acusação de que foi alvo. (TJSC – ACR 2005.031121-4 – Brusque – 1ª C.Crim. – Rel. Des. Amaral e Silva – J. 01.11.2005).

ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR – PRÁTICA CONTRA VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS – VIOLÊNCIA PRESUMIDA – CERTEZA DA AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVAS INFERIDA PELAS PALAVRAS COERENTES E SEGURAS DA OFENDIDA RESPALDADAS POR ROBUSTA PROVA TESTEMUNHAL – ABSOLVIÇÃO INVIÁVEL – SENTENÇA CONDENATÓRIA MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO – “O atentado violento ao pudor é crime que geralmente não deixa vestígios, daí porque o exame pericial não é imprescindível à demonstração da materialidade. tratando-se de crime contra os costumes, o depoimento da vítima, consolidado em fortes e coerentes indícios, faz prova do crime e da autoria, haja vista a circunstância de serem tais delitos, via de regra, praticados sem a presença de testemunhas” (apelação criminal nº 2005.002317-

5. Des. Amaral e Silva, j. 29.03.05). (TJSC – ACR 2005.021639-2 – Joaçaba – 1ª C.Crim. – Rel. Des. Gaspar Rubik – J. 13.12.2005).

APELAÇÃO-CRIME – CÓDIGO PENAL MILITAR – ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR – CONDENAÇÃO PELO CONSELHO ESPECIAL DE JUSTIÇA MILITAR – ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE PROVA – PRINCÍPIO DO *IN DÚBIO PRO REO* – IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO – PROVA TESTEMUNHAL FIRME E CONSISTENTE – PERÍCIA TÉCNICA CONCLUSIVA – DELITO DEMONSTRADO – AUTORIA CERTA – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO NÃO PROVIDO – *Havendo testemunhos seguros e firmes do relatado pela vítima, inclusive quanto a marca deixada no rosto, e sendo conclusivo o laudo pericial, o crime de atentado violento ao pudor tem-se como caracterizado.* (TJPR – ApCr 0160565-6 – (17192) – Curitiba – 1ª C.Crim. – Rel. Juiz Conv. Vicente Misurelli – DJPR 06.12.2004).

INFRACIONAL – ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR – PROVA – *A palavra da vítima, somada à conduta do seu genitor e às circunstâncias do fato conferem certeza sobre a prática delitiva e a medida branda está afeiçoada às mínimas conseqüências do fato e ao propósito de balizar o comportamento do infrator. Recurso desprovido.* (TJRS – APC 70010269850 – 7ª C.Cív. – Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves – J. 15.12.2004).

De outra parte, a autoria é demonstrada pelas declarações da vítima, que têm relevante valor probatório, considerando-se o tipo de crime, quase sempre cometido na clandestinidade, impossível, na maioria das vezes, de ter

testemunhas presenciais. No caso concreto, a vítima, uma menina de apenas doze anos de idade, enteada do réu, relatou, perante a autoridade policial, como diante do juiz, as sevícias de que foi vítima, de forma lógica e sem contradições, o que demonstra a veracidade de suas declarações (fls. 18/19 e 51).

As testemunhas ouvidas complementam as declarações da vítima, quanto ao fato de que ela ia sempre dormir na casa do réu, para cuidar de seus irmãos por parte de mãe, e que o mesmo a molestava, sexualmente, quando a genitora dela saía de casa para ir ao médico. Tais relatos não divergem das versões apresentadas pela ofendida, motivo porque merece integral credibilidade.

Sobre a matéria, convém colacionara ementas de acórdãos que se seguem:

PROCESSUAL PENAL – APELAÇÃO CRIMINAL – INTEMPESTIVIDADE SUSCITADA PELA PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA – INOCORRÊNCIA – CONHECIMENTO – CRIME CONTRA A LIBERDADE SEXUAL – ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR PRATICADO PELO PAI CONTRA A FILHA MENOR DE QUATORZE ANOS – CONTINUIDADE DELITIVA – VIOLÊNCIA PRESUMIDA – Infração que geralmente não deixa vestígios - *Palavras da vítima, que se harmonizam, em sua essência, com os demais elementos probatórios, obtidos sob o crivo do contraditório - Autoria e materialidade demonstradas - Condenação mantida. Dosimetria - Reconhecimento da causa de especial aumento inserta no artigo 9º, da Lei de crimes hediondos - Violência presumida - Impossibilidade - Inexistência de lesão corporal de natureza grave ou morte - Exclusão do acréscimo. pena privativa de liberdade - Substituição por restritivas de direitos (Lei nº 9.714/98) - Atentado violento ao pudor com*

presunção de violência - Crime equiparado a hediondo - Inaplicabilidade - Recurso parcialmente provido. (TJSC – ACR 2004.034225-4 – Presidente Getúlio – 2ª C.Crim. – Rel. Des. Irineu João da Silva – J. 29.03.2005)

PENAL E PROCESSUAL – ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR – VÍTIMAS DE 09 ANOS DE IDADE – VIOLÊNCIA PRESUMIDA – DECLARAÇÕES FIRMES E COERENTES DAS OFENDIDAS – PROVA SUFICIENTE – DOSIMETRIA DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA - CRIME HEDIONDO – REGIME INTEGRALMENTE FECHADO – CONDENAÇÃO MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO – *Nos crimes contra a liberdade sexual, geralmente praticados às escondidas e sem testemunhas, a palavra da vítima, firme, coerente e consolidada em outros elementos de prova, basta à condenação, ainda mais se o réu não apresenta justificativa plausível para a grave acusação de que foi alvo. De acordo com os mais recentes julgados do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, pacificou-se o entendimento que considera como crime hediondo o estupro e o atentado violento ao pudor, seja com violência real ou ficta, mesmo que deles não resulte lesão corporal de natureza grave ou morte.* (TJSC – ACR 2004.019238-0 – Ibirama – 1ª C.Crim. – Rel. Des. Amaral e Silva – J. 15.03.2005).

A negativa de autoria, desacompanhada de qualquer elemento probatório, como exige o art. 156 do CPP, apresenta-se irrelevante, à vista da prova produzida em contrário, devendo ficar registrado, mais uma vez, que a defesa não se deu trabalho de sequer arrolar testemunhas.

Saliente-se que o réu, ao alegar ser nula a sentença recorrida, não informou em que se funda a alegada nulidade, motivo porque a matéria não pode, sequer, ser objeto de apreciação.

Por tais fundamentos, deve ser improvido o recurso e, conseqüentemente, mantida a sentença recorrida.

É como voto.

Fortaleza, 30 de novembro de 2006.

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

**APELAÇÃO CRIME N.º 2004.0003.5414-0 - de Caucaia
APELANTES: ROBERTO CARLOS RODRIGUES DE
AZEVEDO e outro
APELADA: A JUSTIÇA PÚBLICA
RELATOR: DES. JOÃO BYRON DE FIGUEIREDO FROTA**

**EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL.
APELAÇÃO CRIME. EXTORSÃO MEDIANTE
SEQUESTRO, QUALIFICADA PELA PRÁTICA
POR QUADRILHA OU BANDO. SENTENÇA
CONDENATÓRIA A PENA DEFINITIVA DE 15
(QUINZE) ANOS DE RECLUSÃO, NO REGIME
INTEGRALMENTE FECHADO, SEM DIREITO DE
APELAR EM LIBERDADE.**

**- Apelo pugnando, em sede preliminar pela
decretação de nulidade da instrução por
cerceamento do contraditório e da ampla defesa
e, no mérito, pela reforma da sentença com
absolvição fundada na precariedade da prova
inapta a forrar de validade o éditto condenatório.
*“O indeferimento de diligências na fase do art.
499 do CPP não implica cerceamento de defesa,***

pois ao prudente arbítrio e bom critério do juiz deixa a lei a avaliação da necessidade ou conveniência da prova então proposta” (RT 560/301).

- Preliminar rejeitada por absoluta impertinência.
- A prova dos autos, na vertente testemunhal, pelas declarações dos acusados e das vítimas e pelo termo de apreensão, atesta a prática do crime de extorsão mediante seqüestro, qualificado pela prática por quadrilha ou bando, consoante delineado na respeitável sentença recorrida.
- Materialidade e autoria comprovadas, não oferecendo ensejo à reforma do julgado.
- Negado provimento ao recurso apelatório para manter a decisão recorrida.
- Unânime.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Crime Nº 2004.0003.5414-0 da Comarca de Caucaia, em que são apelantes Roberto Carlos Rodrigues de Azevedo e Cláudio Carvalho Ribeiro e apelada a Justiça Pública.

ACORDA a 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por julgamento de Turma, unanimemente, rejeitar a preliminar argüida e, no mérito, ainda por votação unânime, negar provimento ao recurso, mantendo-se a decisão recorrida, em consonância com o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça.

O ilustre representante do Ministério Público Estadual, em exercício na jurisdição da 4ª Vara da Comarca de Caucaia, neste Estado, ofertou delação oficial contra CLÁUDIO CARVALHO RIBEIRO e ROBERTO CARLOS RODRIGUES DE AZEVEDO, ambos bastante qualificados nos autos, dando-os como incurso nas penas dos artigos 159, § 2º, e 288, do Código Penal Brasileiro, onde definidos os crimes de extorsão mediante seqüestro, qualificada pelo resultado (lesão corporal grave) e formação de quadrilha ou bando, fato ocorrido no dia 05 de abril

de 2004, por volta das 21:00 horas, na Rua Pedro Gomes da Rocha, jurisdição da Comarca de Caucaia, tendo como vítimas Antonio Augusto Moreira de Menezes, gerente do Banco do Brasil, sua mulher Maria Amélia Pinto de Menezes e sua filha menor Raquel Line Pinto Menezes.

Os autos noticiam que os acusados, integrantes de numerosa quadrilha interestadual, munidos de verdadeiro arsenal de armas de uso proibido para civis, entre elas uma pistola Colt 9 mm, um fuzil Fal 7.62, um fuzil Colt 223, capuz e farta munição, dirigiram-se na data previamente ajustada a residência de Antonio Augusto Moreira de Menezes, gerente do Banco do Brasil e proprietário de um posto de combustíveis no centro de Caucaia.

Abordando as vítimas com as armas de grosso calibre, intimidando-as de modo grosseiro e violento, alegaram que só queriam o dinheiro que estava no banco. Asseveraram, como fator inibidor de reação das vítimas que faziam parte de numerosa quadrilha interestadual composta de quinze elementos e tinham completo conhecimento da vida pessoal e da rotina do gerente do banco, pois há três meses faziam levantamento de campo, exigindo colaboração total sob pena de execução de sua mulher e filha que já estavam em poder dos seqüestradores fortemente armados.

Descobertos, empreenderam fuga em um carro Corsa Sedan furtado e com placas adulteradas, sendo perseguidos pela Polícia, com troca de tiros em vários pontos da trajetória, até que o veículo em que trafegavam em alta velocidade, conduzindo também as duas vítimas (mulher e filha) avançou a preferencial e colidiu com um ônibus da empresa Vitória. De logo abandonaram o veículo com Maria Amélia Pinto Menezes ferida com dois disparos de arma de fogo e sua filha, milagrosamente ileso, fugindo a pé.

Logo depois do fato, os dois acusados, que não conheciam a região de Caucaia por residirem em outros Estados da Federação (Rio de Janeiro e Espírito Santo), foram alcançados, detidos e autuados em flagrante delito, confessando à autoridade policial, com riqueza de detalhes toda a trama criminosa da quadrilha.

Submetidos ao devido processo legal, com as cautelas do contraditório e da ampla defesa, a denúncia foi parcialmente acolhida e os acusados restaram condenados, pela prática do crime previsto no artigo 159, § 1º, do Código Repressivo, a pena definitiva de 15 (quinze) anos de reclusão, no regime integralmente fechado, sem direito de apelar em liberdade (fls. 254/268).

Irresignados com o decisório adverso interpuseram recurso apelatório deduzindo, em sede preliminar, nulidade da instrução por cerceamento de defesa e negativa do contraditório e, no mérito, insuficiência de provas aptas a forrar de validade e eficácia o decreto condenatório, pela prática dos crimes noticiados na acusação pública, rogando pela absolvição.

Adversado o apelo, subiram os autos à Corte de Justiça, onde recebeu parecer da douta Procuradoria Geral da Justiça opinando pela rejeição da preliminar e, no mérito, pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

Não merece amparo o recurso apelatório intentado, visivelmente desassistido de provas aptas a viabilizar a reforma do julgado.

Com efeito, depois de responderem aos atos e termos da ação penal onde imputada a prática dos delitos de extorsão mediante seqüestro, qualificada pelo resultado (lesão corporal grave na vítima Maria Amélia Pinto Menezes ferida com dois disparos de arma de fogo) e formação de quadrilha ou bando, ao final do processo receberam reprimenda definitiva de 15 (quinze) anos de reclusão, no regime integralmente fechado, sem direito de apelar em liberdade, por violação ao artigo 159, §1º, do Código Punitivo (extorsão mediante seqüestro, sendo a seqüestrada menor de 18 anos e praticado por quadrilha ou bando).

A irresignação ressalta em sede preliminar nulidade da instrução por cerceamento de defesa e negativa do contraditório e, no mérito, a precariedade da prova coligida, em sua ótica inapta para forrar o decreto condenatório, pugnano pela absolvição dos increpados.

Antes, porém, do enfrentamento da questão de mérito posta na insurgência, cumpre examinar a pertinência da preliminar de nulidade aduzida.

A análise dos autos demonstra que na fase das diligências, prevista no artigo 499, do Código de Processo Penal, a defesa técnica dos acusados apresentou requerimento (fls. 223/225), no qual solicitou a realização de exames periciais nas armas utilizadas pelos milicianos estaduais que participaram da intensa perseguição que culminou com os disparos que vitimaram Maria Amélia Pinto Menezes, ferida com dois tiros e, finalmente, o aprisionamento em flagrante dos acusados, após a colisão com o coletivo da Empresa Vitória.

O desiderato subjacente à súplica era demonstrar que os disparos que atingiram a vítima partiram das armas dos policiais, não dos acusados, e, ao final, não poderiam eles responder pela extorsão qualificada pelo resultado (art. 159, § 2º, CP), consoante pretensão acusatória posta na delação ministerial. O eminente julgante monocrático, atento às diretrizes processuais, indeferiu o pedido sob fundamento de que as diligências possíveis de serem realizadas na fase prevista no artigo 499, do Código de Processo Penal, a requerimento ministerial ou da defesa, são aquelas que tenham origem em circunstâncias oriundas da fase instrutória, no sentido de aclarar as dúvidas remanescentes, não sendo viável dilatar a fase instrutória, já superada, com coleta de provas novas. Nesse sentido o julgante instrutor detém significativa parcela de discricionariedade que o habilita a aferir a real necessidade de deferimento das diligências requeridas, na busca da verdade real, indeferindo as impertinentes ou meramente protelatórias, sem, no entanto, afrontar o postulado constitucional do contraditório e da ampla defesa.

A vertente pretoriana ratifica e consolida o entendimento perfilhado:

“A fase do dispositivo é apropriada para a realização de alguma diligência cuja necessidade surja durante a instrução. Não é, entretanto, fase

para indicação ampla de provas. Cabe ao juiz apreciar a conveniência de realização das provas requeridas” (RT 484/296 e 730/526).

“O indeferimento de diligências na fase do art. 499 do CPP não implica cerceamento de defesa, pois ao prudente arbítrio e bom critério do juiz deixa a lei a avaliação da necessidade ou conveniência da prova então proposta” (RT 560/301).

Como frisado, o simples exame superficial dos fundamentos da decisão impugnada põe em relevo o inequívoco acerto da decisão, concluindo pela impossibilidade de reconhecimento da nulidade agitada, eis que a condenação dos acusados se deu com base exclusivamente no conteúdo previsto no artigo 159, § 1º, do CP (se o seqüestro dura mais de 24 horas, se o seqüestrado é menor de 18 anos, ou se o crime é cometido por quadrilha ou bando), precisamente por entender que haveria necessidade premente de exame complementar a ser procedido na vítima de modo a caracterizar a gravidade da lesão sofrida, inexistente nos autos.

No ponto, a legislação processual é de grande clareza, ao enunciar no artigo 563, do CPP: *“Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa”*.

Nessas condições, não demonstrado o prejuízo sofrido pela defesa, em face do acatamento apenas parcial da tese acusatória, rejeitando-a no tocante à extorsão mediante seqüestro agravada pelo resultado lesão corporal de natureza grave, em face da inexistência de exame complementar procedido na vítima, incursionando os acusados nas tenazes do artigo 159, § 1º, do Código Repressivo, o acatamento da alegada nulidade processual atentaria contra o preceituado no artigo 563, do CPP, abraçando o princípio assente *“pás de nulittè sans gief”*. O ato impugnado atingiu sua finalidade não sendo viável a decretação de sua nulidade.

Além do mais, o acatamento parcial da acusação pública não cogitando o exame complementar para comprovação da gravidade das lesões sofridas pela vítima, torna completamente inócua e desnecessária qualquer discussão acerca da autoria dos disparos, se provindos das armas dos policiais ou dos acusados.

Assim sendo, rejeita-se a preliminar de nulidade.

No mérito melhor sorte não aguarda o recurso apelatório manejado.

O suporte probatório colhido na instrução do feito não oferece a pretendida guarida aos argumentos externados no apelo, nada obstante a insistente e vã tentativa de obtenção da aspirada absolvição.

Encontram-se evidenciadas, de modo incontestado, a materialidade e a autoria delitivas, nos depoimentos prestados pelas testemunhas presenciais do crime e nas declarações das vítimas e dos acusados (estes na fase inquisitorial), embora negando o fato na fase judicial.

A respeitável sentença recorrida, em longa peça de cognição exauriente, examinou detidamente todas as provas produzidas, em seu conjunto e no cotejo com a negativa de autoria, fundada e versão fantasiosa e inverossímil, sem qualquer ressonância processual, de que não praticaram o delito noticiado.

Nada obstante, a prova rastreada demonstrou de modo incontroverso que ambos, em consórcio delitivo, consumaram o delito noticiado pelo qual restaram condenados.

Com efeito, na noite do dia 05 de abril de 2004, por volta das 21:00 horas, os acusados, em conluio previamente ajustado, invadiram a residência da vítima Antonio Augusto Moreira de Menezes, gerente do Banco, Agência de Caucaia, circunstância pacificamente delineada nos autos, com desiderato de extorsão mediante seqüestro, do dinheiro que estava no Banco do Brasil, tudo devidamente comprovado, seja pelas declarações harmônicas das vítimas, seja, enfim, pelas declarações prestadas pelos acusados nos interrogatórios policiais durante a lavratura do flagrante (fls. 190/192).

Observe-se que a retratação acerca da autoria do

grave fato imputado, na inquirição judicial esmaece diante de todo o conjunto probatório coligido.

Por fim, merece relevo acentuar que o reconhecimento da qualificadora constante do artigo 159, § 1º, do Código Penal (crime praticado por quadrilha ou bando), encontra-se fortemente amparada nas provas dos autos, não merecendo censura a veneranda sentença nesse tocante, aliás, nada obstante tenha asseverado comprovada a prática do delito por quadrilha ou bando, qualificando-o, não houve apenamento pela prática do delito autônomo do artigo 288, do Código Penal, pois já fora levado em consideração na qualificação do crime de extorsão mediante seqüestro, evitando, assim, incidência do *bis in idem*, vedado pela legislação penal.

No ponto, com total razão a manifestação da douta Procuradoria Geral da Justiça:

“ (...) Vários indícios fornecem a certeza de que os apelantes e os demais comparsas formavam efetivamente uma quadrilha. Em primeiro lugar, mencione-se a circunstância de que vieram eles do Estado do Rio de Janeiro com finalidade de se unirem aos demais do bando; tinham em mente, inicialmente, a efetivação de um assalto a um posto de gasolina; posteriormente, desistiram dele para se voltarem contra a Agência do Banco do Brasil, mediante o seqüestro da família de um de seus funcionários; foram apanhados munidos de armamento pesado e muita munição, mencionando-se a apreensão de dois fuzis, além de uma pistola Colt 9 mm, carregadores devidamente municionados para os fuzis e para a pistola. Uma logística desta natureza e que representa um elevado custo para os quadrilheiros não poderia ser empregada por pessoas aleatoriamente escolhidas sem a existência de um vínculo associativo, até porque ações desta natureza

requerem um prévio planejamento e que, ainda assim, o sucesso da empreitada está a depender do entrosamento entre todos os componentes do bando e isto não é possível se não houver estabilidade na formação de todo o grupo” (fls. 335).

Por isso, não sobra espaço legal para a pretendida absolvição com a reforma do decisório recorrido.

Isto posto, rejeita-se a preliminar suscitada e, no mérito, nega-se provimento ao recurso apelatório para manter a decisão recorrida, em consonância com o parecer da douta Procuradoria Geral da Justiça.

Fortaleza, 23 de fevereiro de 2007.

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

Nº 2005.0017.8631-0 APELAÇÃO CRIME

COMARCA: FORTALEZA

APELANTE: FRANCISCO FABIANO PEREIRA DA SILVA

APELADA: A JUSTIÇA PÚBLICA

RELATOR: DES. RDO. EYMARD RIBEIRO DE AMOREIRA

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIME. RÉU CONFESSO. ROUBO QUALIFICADO E CONSUMADO. VIOLÊNCIA QUE ENSEJOU AS QUALIFICADORAS. RECONHECIMENTO PELA VÍTIMA. MERO EQUÍVOCO NA DOSIMETRIA DA PENA NÃO ACARRETA DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO. DESPROVIMENTO. DECISÃO UNÂNIME.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de

apelação crime, nº 2005.0017.8631-0 da Comarca de Fortaleza, em que é apelante Francisco Fabiano Pereira da Silva e apelada a Justiça Pública.

Acorda a Turma, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso para manter a decisão recorrida, consoante opinou a douta Procuradoria Geral de Justiça.

Consta dos autos que a representante do Ministério Público com assento junto à 2ª Vara Criminal da Comarca de Fortaleza, denunciou Francisco Fabiano Pereira da Silva e Antônia Elivalda dos Santos, qualificados nos autos, como incurso nas penas do art. 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal, por terem os mesmos, em conluio, no dia 04 de novembro de 2003, por volta das 03:30 horas, um deles portando uma faca de 08 (oito) polegadas, tomado de assalto o senhor José Quintino da Silva, motorista de táxi, de quem subtraíram uma carteira contendo documentos. Diz que o delinqüente foi transportado pelo taxista até o local onde se deu o roubo, sendo ali esperado pela também denunciada Antônia Elivalda, para efetivação da prática delituosa.

Por ação imediata da Polícia Militar, foram os dois presos em flagrante e, ao serem interrogados pela autoridade policial, o ora apelante confessou a autoria do delito, tendo sua comparsa negado a participação no crime.

Submetidos ao regular sumário de culpa, com o resguardo do contraditório e da ampla defesa, e após ultrapassada a fase das alegações finais ofertadas pelas partes, restaram condenados pela sentença de fl. 112/126, à pena de 04 (quatro) anos de reclusão para o recorrente, exacerbada em 1/3 (um terço), resultando em pena definitiva de 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicialmente semi-aberto, cumulada com a pena de 10 (dez) dias-multa à razão de um trigésimo (1/30) do salário mínimo vigente à época do crime, para cada dia-multa.

Irresignado com o desfecho do julgamento, apenas o sentenciado Francisco Fabiano Pereira da Silva interpôs às fl. 148/150, o presente apelo, tendo a sentenciada Antônia Elivalda dos Santos, expressado o seu desejo de não recorrer, como

demonstra a certidão que adormece às fl. 132.

Contra-razões ministeriais às fl. 154/157, exortando o desprovimento da súplica.

Manifestação da douta Procuradoria Geral de Justiça, às fl. 165/167, admitindo o conhecimento do recurso, mas, por igual, pleiteando o seu improvimento.

É o relatório.

Afirma o recorrente que o cálculo dosimétrico constante do decreto sentencial condenatório encontra-se em desacordo com a tipificação esposada pela Julgadora, já que não levou em consideração a aceitação da forma apenas tentada, por ele próprio admitida na decisão, ao sujeitar o apelante aos rigores do art. 157, § 2º incisos I e II, c/c com o art. 14, II, do Código Penal Brasileiro, pelo que resultou condenado a uma pena-base de 04(quatro) anos de reclusão, aumentada em 1/3 (um terço) por força das qualificadoras, perfazendo uma pena definitiva de 05 (cinco) anos e 04(quatro) meses de reclusão, a serem cumpridos em regime inicialmente semi-aberto, mais 10 (dez) dias-multa.

No que respeita ao mérito, restou caracterizado o crime de roubo, com a autoria delitiva recaindo sobre a pessoa do apelante e de sua comparsa, a qual sequer recorreu da decisão monocrática. Referentemente à materialidade, bem de ver o Termo de Entrega dos bens da vítima que se encontra às fl. 80 dos autos.

A pretensão de demonstrar que o recorrente foi condenado por roubo tentado, e apenado pela prática de roubo consumado, esvai-se rapidamente mediante cuidadosa leitura da sentença prolatada, eis que, como se verifica logo após o relatório, ou seja, no início da decisão (fl.114), a Magistrada assim se manifesta:

“O Ministério Público em ofício nesta Vara Criminal denunciou Francisco Fabiano Pereira da Silva e Antônia Elivalda dos Santos, imputando-lhes a prática de um roubo majorado pelo concurso de agentes e uso de arma, nos

termos do art. 157, § 2º, I e II do Código Penal Brasileiro...Vê-se, em suma, que a ação dos acusados, consoante a instrução, tipifica o crime previsto no citado artigo, senão vejamos:”

Está suficientemente claro que a prolatora da sentença desenvolveu todo seu raciocínio embasada na tese do roubo consumado qualificado, nos mesmos termos em que o recorrente foi denunciado pelo Ministério Público.

Ora, não há falar em tentativa de roubo quando ficou devidamente provado nos fólios que o delinqüente agiu premeditada e ardilosamente, com a intenção de roubar a vítima, ameaçando-a com arma branca e usando de violência, rasgando-lhe o bolso da calça para subtrair-lhe a carteira que levou consigo e à qual, posteriormente, ateou fogo.

Depois de tudo isso, é inaceitável admitir que a Juíza tenha enveredado pelo entendimento de que o crime foi apenas tentado, aliás, tipificação que em momento algum foi sequer citada nos fólios, inclusive pela própria defesa.

Ao meu sentir, quando impôs a condenação rechaçada pelo apelante, a digna julgadora cometeu apenas um equívoco ao combinar o art. 14 com os dispositivos inerentes ao crime de roubo. Isso se deduz pelas suas próprias observações quando sentencia: **...julgo procedente a pretensão punitiva estatal, acolhendo na íntegra a denúncia do Ministério Público para em conseqüência CONDENAR como condenado tenho os acusados Francisco Fabiano Pereira da Silva e Antônia Elivalda dos Santos, já qualificados, pelo cometimento do crime de roubo... (SIC).**

Diante de tudo isso, é de se concluir, a desdúvidas, que a Magistrada em momento algum pensou em condenar o apelante apenas por tentativa de roubo, dada a total impossibilidade de desclassificação do delito, cuja consumação se efetivou pela subtração e posse, embora por pouco tempo, de bens pertencentes à vítima. A menção ao art 14, há que ser entendida, pois, como mero e insignificante equívoco que, de modo algum, altera a substância da decisão monocrática.

Por assim ser, entendo que o apelante, tendo contribuído materialmente, tal como o fez, para a prática delituosa, deve sujeitar-se, bem por isso, à pena definitiva cominada na sentença que ora confirmo, de 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, cumprindo-a no regime inicialmente semi-aberto, como decidido.

Constatado estar, o ato sentencial combatido, indubitavelmente consentâneo com o entendimento descrito e admitido pela magistrada, calcado na prova dos autos, impõe-se, por consectário, o improvimento do recurso, nos moldes em que opinou a douta Procuradoria Geral de Justiça.

É como voto.

Fortaleza, 20 de março de 2007.

HABEAS CORPUS

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

Nº 2006.0026.8354-7/0

HABEAS CORPUS (de Croatá)

IMPETRANTE: ANA PATRÍCIA CAVALCANTE BEZERRA

PACIENTE: FRANCISCO MORAIS DE SOUSA

IMPETRADO: JUIZ DE DIREITO DA COMARCA DE CROATÁ

**RELATOR: DESEMBARGADOR LUIZ GERARDO DE
PONTES BRÍGIDO**

- *Habeas corpus.*
- Trancamento da ação.
- Denúncia confortada por ponderosos indícios de crimes, em cúmplicato, de superlativa gravidade. A culpabilidade, ou não, do paciente deve ser valorada na própria instância, após completada a instrução criminal, garantida a ampla defesa. O trancamento da ação, via habeas corpus, é desaconselhável: implica precoce e insegura inculpação; alija a função institucional da Promotoria de tentar provar a acusação; e, por fim, suprime a livre convicção do juiz da causa em relação ao que ficar apurado no curso da demanda.
- Ordem denegada.
- Unanimidade.

Vistos, relatados e discutidos.

1 - Impetração voltada ao trancamento da ação penal e à soltura do paciente, preso em flagrante e denunciado na Comarca de Croatá por tentativa de assalto à agência do Banco do Brasil S.A., formação de quadrilha e corrupção ativa. Nega a impetrante, em resumo, a autoria e a materialidade dos ilícitos atribuídos ao réu, que, assim, seria sujeito de constrangimento ilegal por ausência de justa causa para a propositura, imperativa,

vai então, a entrega da ordem, segundo o pedido.

Com informações do juiz e parecer negativo da PGJ. É o relatório.

2 – Sob pena de garrotear-se o papel institucional do Ministério Público, não se tranca ação penal quando se detecta, de logo, que a denúncia tem conforto em superlativas suspeitas dos crimes nela descritos. Nem mesmo se negada a autoria da materialidade dos injustos, porque, é cediço, havendo indícios desfavoráveis ao incriminado a este não aproveitam virtuais vacilações momentâneas a propósito. Com efeito, estando reservado ao **Parquet** o ônus de demonstrar, na instrução da causa, a procedência da propositura, “o **in dubio pro reo** só é aplicável no ato do julgamento”, sendo, por conseqüência, inteiramente fora de linha a usança de semelhante princípio na abertura ou no correr da instância criminal (TJCE, ac. unân. da 2ª Câm. Crim. no RCSEst. nº 2002.0002.5555-3, rel. Des. Luiz Gerardo de P. Brígido, DJ de 26-4-2004).

In hypothesis, utilizados dizeres do falecido Ministro Orozimbo Nonato, “a imputação penal não é resultado da vontade pessoal e arbitrária do acusador”. Deveras, tudo documentado, o paciente e outro indivíduo foram capturados de madrugada numa das ruas de Croatá, depois que soou o alarme do BB. Dirigiam-se ao automóvel dele, paciente, o qual estava com as placas encobertas com lama, mas, e curiosamente, limpa a carroceria. No interior do veículo, a esperá-los a sua namorada. E no porta-malas do carro, material de serventia a roubo de banco: botijão de gás, maçarico, cilindro de oxigênio, ferramentas variadas e rádio de comunicação.

Nenhum deles nasceu em Croatá.

Nenhum deles possui parentes, amigos ou negócios nessa cidade.

Na lavratura do flagrante, admitiram que pretendiam surrupiar o BB da localidade onde foram presos, mas que a “parada” não deu certo, sendo que o paciente, ao ser conduzido para a delegacia, quis “comprar” os policiais para que liberassem o grupo. O dinheiro do malgrado suborno seria produto de assaltos a bancos no Interior do Ceará e do Piauí.

Denunciado o paciente, conquanto assevere a impetrante que são imaginárias as incriminações a ele irrogadas vê-se que o órgão acusador operou a denúncia responsabilmente. E que ela resultou de *opinio delictis* arejada por subsídios sérios e concretos, perfeitamente justificadores da persecução penal.

No contexto, ponderosas as suspeitas (ou indícios) de crime tentado e de crimes consumados, seria fora de tempo e de propósito, pendente, ainda, a instrução do feito, inocentarse o paciente e seus prováveis cúmplices. Desresponsabilizá-los, consubstanciaria, em visada final, cerceamento do direito-dever do Poder Público de apurar a verdade sobre os fatos. E, mais singular, com a atecnia de breçar-se, invadindo-a, precocemente, a esfera de livre convicção do julgador acerca da culpabilidade ou não do paciente e dos demais réus, valoração da culpa ou da inocência de todos só no ato da sentença após completada a colheita de provas e de contra-provas, tudo com a garantia do exercício da ampla defesa.

Para que não se ofereça confutação à linha de raciocínio, e para acurtar, salienta-se o entendimento reinante no STJ, expresso em acórdão da sua Quinta Turma, relator o Ministro Gilson Dipp: "(...) A negativa de autoria deve ser analisada no âmbito da instrução criminal, ocasião na qual é possível a ampla dilação de fatos e provas, podendo o paciente argüir todos os fundamentos que considerar relevantes para provar a inexistência de configuração da autoria, ou da materialidade do crime" (HC n. 38.606-0-SP, unân., DJU 23.05.2005. RSTJ 194/507).

O auto de prisão em flagrante do paciente entremostra-se, em cognição sumaríssima, sem eiva de arbitrariedade formal ou substancial. Não há, conseqüentemente, razão para a soltura do réu, principalmente se subentendidos os requisitos que legitimam, por lei, a sua manutenção **carcer ad custodiam**.

Causa equacionada.

3 – Do que posto, **ACORDA** a **1ª CÂMARA CRIMINAL do TRIBUNAL DE JUSTICA DO CEARA**, à unanimidade, em

conhecer da impetração, todavia para denegá-la, nos termos do parecer da PGJ e do voto do Relator.

Fortaleza, CE, 16 de janeiro de 2007.

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

Nº 2006.0026.8824-7/0

HABEAS CORPUS (de Barro)

**IMPETRANTE: ÍTALO NEY FONSECA FEITOSA CABRAL
(advogado)**

PACIENTE: CÍCERO VIRGULINO DINIZ

IMPETRADO: JUIZ DE DIREITO DA COMARCA DE BARRO

**RELATOR: EXMO. SR. DES. LUIZ GERARDO DE PONTES
BRÍGIDO**

- Habeas corpus.
- Tráfico ilícito de maconha.
- Tratando-se de crime equiparado a hediondo, a lei 8.072/90 veda, expressamente, a pretendida liberdade provisória. Precedentes do STF e do STJ.
- Ademais, não há falar em restrição injurídica à liberdade do paciente, quando motivada, quantum sufficit, na garantia da ordem pública, a denegatória do pedido de liberdade provisória.
- **Decisão unânime.**

Vistos, relatados e discutidos os autos acima identificados.

1 – O impetrante pede a soltura de Cícero Virgulino Diniz, preso em flagrante delito e processado por tráfico ilícito de maconha (art. 12 da antiga Lei de Tóxicos). Argumenta que o paciente tem direito à liberdade provisória, o que lhe foi negado

pelo judicante, com base apenas em conjecturas, daí que perfeitamente delineada, conclui, a coação ilegal afastável pelo habeas corpus.

Não houve pedido de liminar.

Informes nos autos, a PGJ, ouvida, é pela denegação do pedido.

É o relatório, em substância.

2 – Ao que consta, Cícero Virgulino Diniz, o “**Ciço Tatuado**”, ora paciente, foi preso em flagrante delito porque com ele foram apreendidos dezoito (18) papalotes de maconha, escondidos dentro de um televisor, além da importância de R\$ 10,00 (dez reais), em notas miúdas, circunstâncias indicativas de traficância. Foi, então, denunciado por tráfico ilícito de entorpecentes, **“crime equiparado a hediondo, insuscetível, pois, de proporcionar liberdade provisória, nos termos do artigo 2º, inciso II, da Lei 8.072/90”** (STJ, 6ª T, HC nº 29.247 – SP, unân., rel. Min. Paulo Medina, DJU de 13.11.2006, p. 299).

Consoante jurisprudência do Pretório Excelso, no mesmo sentido, **“a vedação à concessão do benefício da liberdade provisória prevista no art. 2º, II, da Lei 8.072/1990 é fundamento suficiente para o impedimento da concessão do benéfico ao paciente”** (2ª T, HC nº 86.814 – SP, unân., rel. Min. Joaquim Barbosa, DJU de 26.05.2006, p. 38).

Ademais de vedada por lei a pretendida liberdade, cuidou o magistrado de fundamentar, quantum satis, a manutenção da custódia cautelar do paciente com base em dados concretos, amealhados no inquérito e na instrução criminal. Com efeito, ao se defrontar com o pedido de liberdade provisória, negou-a a autoridade impetrada por reputar indispensável resguardar-se a ordem pública, por certo que recai sobre o paciente a grave acusação de venda de maconha para menores, a abalar, e inegavelmente, a paz social na cidade de Barro. Nesse ponto, assim expressado pelo juiz da causa: *“Na verdade, o postulante”* (aqui, paciente) *“há muito era apontado como traficante de drogas neste município, havendo inclusive vários menores viciados e que relataram terem experimentado a droga por indução do mesmo que, inclusive, existe nos autos*

apenso, declaração neste sentido, firmada por adolescente” (fl.s. 32).

De evocar-se, no passo, o conselho do STJ: **“Em casos de custódia cautelar deve-se depositar máxima confiabilidade ao juízo de primeiro grau, mormente porque, presidindo a ação penal, tem-se-no como órgão sensível às vicissitudes do processo”** (6ª T, HC nº 21.267 - RN, unân., rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJU de 17.02.03, p. 274).

Em tal contexto, nada a fazer, senão denegar a ordem de habeas corpus, mantida a clausura provisória do paciente.

3 – Nessas condições, **ACORDA a 1ª CÂMARA CRIMINAL do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO CEARÁ**, à unanimidade e de parêntese com o parecer da PGJ, em conhecer da impetração, mas para denegá-la, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, CE, 16 de janeiro de 2007.

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

**HABEAS CORPUS Nº. 2006.0026.9383-6 – de Canindé
IMPETRANTES: MARIA GLÁUCIA MORAIS DE OLIVEIRA e
outro**

**PACIENTE: JOSÉ EVANILDO BEZERRA ALMEIDA
IMPETRADO: JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA CRIMINAL DE
CANINDÉ-CE
RELATOR: DES. JOÃO BYRON DE FIGUEIREDO FROTA**

**EMENTA: PROCESSO PENAL. HABEAS
CORPUS TRANCATIVO. CRIME DE PORTE
ILEGAL DE ARMA DE FOGO. ARTIGO 14, LEI Nº
10.826/03. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA.
ALEGAÇÃO DE INÉPCIA DA DENÚNCIA POR**

ATIPICIDADE NA CONDUTA DO AGENTE. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. ARMA DESMUNICIADA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. INVIABILIDADE. CRIME EM TESE.

“A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal considera juridicamente idônea a peça acusatória que contém exposição clara e objetiva dos fatos alegadamente delituosos, com narração de todos os elementos essenciais e circunstâncias que lhe são inerentes, permitindo, desse modo, àquele que sofre a acusação penal, o exercício pleno do direito de defesa assegurado pelo ordenamento constitucional” (JSTF 235/376).

“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.

- Unânime.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de **Habeas Corpus** Crime Nº 2006.0026.9383-6 da Comarca de Canindé, em que são impetrantes Maria Gláucia Morais de Oliveira e Edwin Basto Damasceno, paciente José Evanildo Bezerra Almeida e impetrado o Juiz de Direito da 2ª Vara da Comarca de Canindé.

ACORDA a 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por julgamento de Turma, por unanimidade, denegar a ordem impetrada, em consonância com o parecer da douta Procuradoria Geral da Justiça.

Trata a presente ação de **Habeas Corpus** Trancativo impetrado pelos Advogados Maria Gláucia Morais de Oliveira e Edwin Basto Damasceno, em favor do paciente **JOSÉ EVANILDO BEZERRA ALMEIDA**, agnome “Dida”, bastante qualificado nos autos, contra ato tido como coator do eminente Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Canindé, neste Estado, o qual recebeu a denúncia formulada pela representação ministerial contra o paciente, pela prática do crime de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido, descrito no artigo 14, da Lei

Federal nº 10.826/03 (Estatuto do Desarmamento), fato ocorrido no dia 31 de outubro de 2004, por volta das 12:30 horas, no bar do “Miúdo”, Centro, jurisdição da Comarca de Canindé, quando o acusado, em visível estado de ebrio etílico, portava sem autorização, uma pistola PT 58, HC PLUS, calibre.380, sendo surpreendido pelos milicianos estaduais que deram voz de prisão, formalizado o auto de flagrante na Delegacia Regional de Canindé.

Aduziram os ilustres subscritores da impetração, como meio viabilizador do acolhimento da pretensão externada, que o paciente está submetido a constrangimento ilegal de responsabilidade da eminente autoridade judiciária requerida, consistente no recebimento da denúncia por suposta prática do crime noticiado, delação ministerial inepta, pois o fato narrado não se constitui crime, embora definido na legislação do desarmamento, pugnando pelo trancamento da penal respectiva.

Acostaram os impetrantes ao **mandamus** a documentação probatória que entenderam pertinente ao destre da ordem (fls. 23/85).

Comparecendo ao sítio mandamental, a ínclita autoridade requerida noticiou a situação e marcha do processo, acrescentando, ainda que recebeu a delação ministerial contra o paciente, pela prática do delito referido, fato que em tese se constitui crime. Para recebimento da proposta acusatória, a ser submetida à comprovação na instrução criminal, basta a prova de existência do crime (definido anteriormente na legislação penal respectiva), pelo menos em tese, e indícios suficientes de autoria, não aflorando condições legais para sua rejeição, além das alegações deduzidas na impetração se consolidarem como matéria de mérito da ação penal (atipicidade da conduta embora definida na lei penal), dependente de valoração probatória abaixo do contraditório e da ampla defesa proveniente da instrução processual.

A douta Procuradoria Geral da Justiça, instada a manifestação opinou pela denegação da ordem.

É o relatório.

Não merece êxito o remédio heróico truncativo manejado pelos ilustres impetrantes, adverso aos contornos

legais aplicáveis à matéria.

Com efeito, depois de apurados os fatos noticiados em investigatório policial levado a efeito pela Delegacia Regional de Canindé, restou delatado o paciente, pela representação ministerial atuante na jurisdição e instaurada a ação penal respectiva, com o regular recebimento da proposta acusatória.

A impetração alinha dois fundamentos básicos, tidos pelos ilustrados impetrantes como aptos a viabilizar o almejado trancamento da ação penal: a inépcia da denúncia, por atipicidade na conduta, nada obstante definida na legislação penal do desarmamento (art. 14) e a alegada ausência de justa causa para instauração e desenvolvimento válido e eficaz da ação penal.

Despontam incontestes duas premissas acerca do processo vertente: os fatos apurados na investigação policial e a documentação instrutória acostada revelam indícios fortes da ação delituosa perpetrada pelo paciente, portando arma de fogo de uso permitido sem a devida autorização e registro, confessando o fato perante a autoridade policial no interrogatório por ocasião da lavratura do flagrante. A denúncia descreveu, embora sinteticamente, a conduta do paciente, em cotejo com o tipo penal violado, suficiente ao recebimento e instauração da ação penal correspondente.

Enfrentando o primeiro argumento posto na exordial da impetração, não sobra amparo legal a pecha de inépcia da denúncia, por atipicidade na conduta do paciente.

A denúncia embora sintética não é imprecisa (fls. 24/25), não dificultando a compreensão da acusação e a formulação precisa da defesa. Descreve os fatos detalhadamente, apontando o envolvimento do paciente no ilícito penal, inclusive com confissão e prisão em flagrante, assentando pesada carga indiciária acerca dos fatos relacionados à persecução penal pelo crime pelo qual restou delatado, sendo bastante para validade e eficácia, instaurando a ação penal.

Por isso a denúncia ofertada instauradora da ação penal não é imprecisa, vaga ou mesmo inepta como anseiam os dignos impetrantes, de sorte que o paciente detém plena ciência dos fatos imputados e do que vai se defender no decorrer

da instrução criminal. Se ao final da instrução a prova coletada revelar atipicidade de conduta, com certeza será o paciente absolvido das increpações ministeriais.

Noutra vertente, ainda palmilhando o primeiro argumento deduzido na impetração, para oferta, recebimento da denúncia e instauração da ação penal são suficientes a convicção da materialidade e da autoria (prova de existência do crime e indícios suficientes de autoria), que se configura na sistemática processual como a proposta acusatória, a ser comprovada, pela acusação, na instrução criminal, sujeita ao contraditório e a ampla defesa.

Preenchendo, então, a denúncia o conteúdo legal do artigo 41, do Código de Processo Penal e não incidindo, no caso, nenhuma das hipóteses de rejeição do artigo 43, da Legislação de Ritos Penais, deve a peça acusatória ser recebida e instaurada a ação penal respectiva.

A prova coligida nos autos demonstra, de modo contundente, a materialidade e veementes elementos de convicção quanto à autoria (com apreensão da arma, flagrante e confissão), bastantes ao seu regular recebimento pelo judicante monocrático.

Evoluindo na linha dos argumentos, a jurisprudência pretoriana tem assentado, sob a incontestante liderança do Excelso Supremo Tribunal Federal, acerca da matéria, que se considera idônea a peça acusatória que contenha a exposição clara e objetiva dos fatos tidos como delituosos:

“ A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal considera juridicamente idônea a peça acusatória que contém exposição clara e objetiva dos fatos alegadamente delituosos, com narração de todos os elementos essenciais e circunstâncias que lhe são inerentes, permitindo, desse modo, àquele que sofre a acusação penal, o exercício pleno do direito de defesa assegurado pelo ordenamento constitucional” (JSTF 235/376).

“Denúncia que bem individualiza as condutas, expondo de forma pormenorizada o fato criminoso, preenchendo, assim, os requisitos do art. 41 do CPP. Ademais, não se declara inepta a denúncia se o seu teor permite o exercício do direito de defesa. O trancamento da ação penal, em habeas corpus, se apresenta como medida excepcional que só deve ser aplicada quando evidente a ausência de justa causa, o que não ocorre quando a denúncia descreve conduta que configura crime em tese. Não se admite na via estreita do habeas corpus a análise aprofundada de fatos e provas” (STF, HC 86622-SP, Primeira Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 29.08.2006).

Nessa linha evolutiva, a delatória impugnada descreveu os fatos imputados, demonstrando a presença dos requisitos insertos no artigo 41, ausentes as condições que ensejariam a sua rejeição, previstas no artigo 43, ambos do Código de Processo Penal, não se caracterizando como inepta, mas, sim, válida e eficaz para desencadear a ação penal pública.

Respeitante ao segundo argumento da impetração, rotulada a ação penal como destituída de justa causa, conseqüência direta do primeiro argumento de atipicidade da conduta do paciente, 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 acusado 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 presença do crime em tese, com conduta expressamente prevista no artigo 14, da Lei nº 10.826/03 (Estatuto do Desarmamento), 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).

Assim sendo, não concretizado o alegado constrangimento ilegal imposto ao paciente, deve a ordem ser indeferida.

Isto posto, denega-se a ordem requerida nos termos do parecer da douta Procuradoria Geral da Justiça.

Fortaleza, 23 de fevereiro de 2007.

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

Nº 2006.0026.9456-5/0

HABEAS CORPUS (de Canindé)

IMPETRANTE: LAUREANO FRANCISCO ALVES DE OLIVEIRA

PACIENTE : JERRY ADRIANO SILVA DE CASTRO

IMPETRADO: JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA DA COMARCA DE CANINDÉ

RELATOR: DES. LUIZ GERARDO DE PONTES BRÍGIDO

-Habeas corpus.

-A periculosidade do paciente, evidenciada na prática cruel e violenta de homicídio triplamente qualificado, crime com a etiqueta de hediondo, e a gravidade do fato, que gerou comoção na

comunidade interiorana, bastam à manutenção da custódia, como bem anotou o sumariante, para a garantia da ordem pública. Além disso, a inconcessibilidade da pretendida liberdade provisória é expressão legal (inc. II do art. 2º da Lei nº 8.072/90).

-Primariedade e bons antecedentes não garantem ao acusado um “alvará permanente de impunidade”(NUCCI, Guilherme de Souza. Código de processo penal comentado. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2006, p. 614).

-Conhecido, todavia denegado à unanimidade.

Vistos, relatados e discutidos os autos acima identificados.

1 – O habeas corpus persegue a liberdade provisória do paciente, pronunciado pela prática de homicídio triplamente qualificado (art. 121, § 2º, inc.s. II, III e IV, do CP). Alega-se, em suma, que a manutenção da custódia ante tempus do paciente avulta-se irrefletida. Anota-se, ainda, que o coacto é primário e de bons antecedentes, sendo, então, saliente a coação ilegal vivenciada por ele, réu, a ensejar-lhe a entrega, nesta sede, do benefício arbitrariamente negado pelo titular da 1ª. Vara de Canindé.

O impetrante pediu, porém não obteve liminar.

Com informações do juiz da causa e parecer negativo da PGJ.

É o breve relatório.

2 – Embora pintado, na impetração, como um pacato cidadão sujeito de coação ilegal, não cabe semelhante perfil ao paciente. Ao que consta, na madrugada de 25 de maio de 2005, ele jogava baralho com amigos, quando se sentiu incomodado por Francisco Ageneldo Sousa Farias, que, embriagado, vozeava pela rua. Irritado, determinou que o bebum fizesse silêncio. Como não foi atendido, resolveu calar, e para sempre, o pobre ébrio, vibrando-lhe nove facadas, na sua mor parte de indesejável letalidade.

A gravidade do delito e sua inegável repercussão no meio social estão bem destacadas na decisão que manteve a detenção cautelar do paciente, *verbis*: “*A medida extrema merece ser mantida como garantia da ordem pública. A preservação da ordem pública nesta Comarca abalada com a crescente prática de crimes dolosos contra a vida, implica acautelar o meio social garantindo a credibilidade da justiça. O crime imputado ao acusado é grave, e além de figurar no rol dos crimes hediondos as circunstâncias em que fora praticado gerou comoção do meio social, justificando assim a manutenção da prisão preventiva*” (fl. s. 56).

Outrossim, “**a periculosidade do réu, evidenciada pelas circunstâncias em que o crime foi cometido, basta para embasar a custódia**” (STJ, 5ª T., HC nº 17289/MG, rel. Min. Edson Vidigal, DJU de 12.11.2001, p. 360).

Em tal situação, não pode o Judiciário emudecer. Deve, pelo contrário, acautelar o meio social, como de fato fez o sumariante ao manter, para garantia da ordem pública, a clausura preventiva do paciente, principalmente porque assim, sob confinamento, ele, réu, permaneceu durante toda a instrução, sendo, no mínimo, um contra-senso libertá-lo agora depois da pronúncia.

Mais a mais, o crime irrogado ao paciente integra o rol dos chamados hediondos, os quais, por expressa disposição legal, são “**insuscetíveis de fiança e liberdade provisória: art. 2º - II da Lei 8.072/90**”, pelo que se manteve dentro da legalidade o ato judicial que impôs a continuidade da sua clausura (STF, 2ª T., HC nº 74108/DF, rel. Min. Francisco Rezek, DJU de 11.04.97, p. 12.186).

De remate, ponha-se em relevo que o fato “**do agente ser primário, não ostentar antecedentes e ter residência fixa não o leva a conseguir um alvará permanente de impunidade, livrando-se da prisão cautelar, visto que essa tem outros fundamentos**” (NUCCI, Guilherme de Souza. Código de processo penal comentado. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2006, p. 614).

Repona, então, a inocorrência, *in casu*, de coação

ilegal, a tanger a procedência do pedido de habeas corpus.

3 – Do que posto, ACORDA a 1ª CÂMARA CRIMINAL do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO CEARÁ, por unanimidade e em consonância com o parecer da d. Procuradoria Geral de Justiça, em conhecer do writ, mas para denegá-lo, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, CE, 16 de janeiro de 2007.

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

Nº 2006.0026.9513-8/0

HABEAS CORPUS (de Senador Pompeu)

IMPETRANTE: ALEXANDRE LIMA DA SILVA (advogado)

PACIENTE: ANTÔNIO ADEGILDO FERREIRA LOPES

IMPETRADO: JUIZ DE DIREITO DA COMARCA DE SENADOR POMPEU

RELATOR: EXMO. SR. DES. LUIZ GERARDO DE PONTES BRÍGIDO

- Descabe na angusta via do habeas corpus a pretendida progressão de regime prisional, ante a necessidade de se dissecar os requisitos objetivos e subjetivos do recluso, matéria afeta à competência do Juízo das Execuções Penais e incondizente, a claro e limpo, com a natureza do remedium juris constitucional. Outrossim, indeferida a súplica pelo julgador monocrático, há recurso, na Lei de Execução Penal, apto ao deslinde da questio.

- Impetração incognoscível.

- Unanimidade.

Vistos, relatados e discutidos os autos acima identificados.

1 – Condenado a doze anos de reclusão por estupro e quatorze anos de reclusão por homicídio biqualeficado, o paciente, diz o impetrante, tem direito à progressão do regime fechado para o semi-aberto, porquanto já cumprido mais de um sexto da soma das penas aplicadas, benefício, entretanto, negado pela autoridade impetrada, havendo, assim, desbragada arbitrariedade judicial, tornando imperativa a concessão da ordem para, cassado o ato impugnado, outorgar-se ao recluso o modo mais brando de execução da reprimenda corporal.

Liminar indeferida.

Impetração com informes do juiz coator, vendo-se, de parelha, que a PGJ opina pela incognoscibilidade do pedido e, de envolta, para que seja afastado, ex officio, o óbice à progressão de regime previsto no § 1º do art. 2º da Lei dos Crimes Hediondos.

É o relatório.

2 – O pedido não merece sequer conhecimento. Isso porque a passagem de um regime a outro exige profunda averiguação dos requisitos legais necessários à transferência pretendida, algo incondizente com a natureza do remedium juris constitucional. De fato, **“as questões relativas à execução da pena que demandam incontestável exame de prova, por envolverem aspectos objetivos e subjetivos, impedem que se concedam benefícios por via do habeas corpus”** (MIRABETE, Julio Fabbrini. Execução Penal. São Paulo: Atlas, 6ª ed., 1996, p. 431).

De mais a mais, o pedido de progressão de regime já foi apreciado e indeferido pelo judicante, **“sendo o recurso cabível da decisão o agravo, sem efeito suspensivo (arts. 194 e 197 da LEP).”**(RT vol. 688/p. 346)

3 – Nessas condições, **ACORDA a 1ª CÂMARA CRIMINAL do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO CEARÁ**, à unanimidade, em não conhecer da impetração, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, CE, 16 de janeiro de 2007.

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

2006.0028.7675-2/0. Habeas Corpus Crime.

IMPETRANTE: EDUARDO VILLAÇA.

PACIENTE: JOSÉ MOACY DUARTE.

IMPETRADOS: JUÍZO DE DIREITO DA COMARCA DE JAGUARIBE.

RELATORA: DESEMBARGADORA MARIA SIRENE DE SOUZA SOBREIRA

EMENTA: PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. POSSE ILEGAL DE CARTUCHOS DEFLAGRADOS. ATIPICIDADE DA CONDUTA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. CARACTERIZADO. TEORIA CONGLOBANTE DE ZAFFARONE NÃO APLICÁVEL. WRIT CONHECIDO E PROVIDO.

1. Caracteriza o princípio da insignificância quando os autos demonstram que a simples posse de 16 (dezesesseis) cartuchos deflagrados, não revelaram um grau reprovável da ofensividade da conduta do agente; quando estava ausente a periculosidade social da ação; quando dos fólios processuais emergem o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e, finalmente, quando inexpressiva da lesão jurídica causada, não configurando, pois o tipo descrito no art. 12, Lei n 10826/03 (Estatuto do Desarmamento)

2. A conduta do paciente, de igual modo, revela-se atípica quando o estojo (cápsula deflagrada) não é tida como munição, mas como mera parte integrante desta.

3. A teoria conglobante de Zaffaroni visa afastar a tipicidade das condutas quando fomentadas

por outras normas jurídicas, o que não se revela no presente caso, haja vista inexistir lei autorizando a posse de cartuchos deflagrados. 4. Ordem conhecida e provida, a fim de trancar a ação penal a que responde o paciente.

Vistos, relatados e discutidos os autos acima identificados.

ACORDAM os desembargadores que compõe a 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por votação unânime, em DENEGAR a ordem, nos termos do voto da Desembargadora Relatora.

RELATÓRIO

Trata-se de **Habeas Corpus** impetrado pelo Defensor Público EDUARDO VILLAÇA em favor do paciente JOSÉ MOACY DUARTE, em face do Juiz de Direito da Comarca de Jaguaribe, sob a alegação de constrangimento ilegal, ante a atipicidade da conduta perpetrada pelo paciente.

Sustenta o impetrante que o paciente foi preso em flagrante, por ter sido encontrado com cápsulas de revólver deflagrada, razão pela qual, após sua soltura, foi o mesmo denunciado pelo suposta prática do delito previsto no art. 12, da Lei nº 10826/03.

Discorre sobre o cabimento do **writ**, oportunidade em que transcreve o art. 5º, LXVIII, CF/88, além de decisão do Supremo Tribunal Federal, para dizer que a conduta do paciente é atípica.

Transcreve o art. 12 do Estatuto do Desarmamento, momento em que lembra que a conduta de possuir cápsulas deflagradas, não se enquadra em nenhum dos verbos contidos no tipo penal, principalmente diante do princípio do Direito Penal Mínimo, no qual somente as ações ou omissões que revelem algum caráter ofensivo é que merecem a repressão por parte do Estado.

Lembra do princípio da insignificância, ocasião em

que cita decisões do Supremo Tribunal Federal, além de aduzir sobre a tipicidade conglobante, porquanto, segundo o impetrante, a conduta do paciente, muito embora formalmente típica, não é materialmente típica.

Finalmente, pede a concessão do *writ*, a fim de trancar a ação penal.

Anexa à exordial, a documentação de fls. 08/39.

Não houve pedido liminar, razão pela qual foram solicitadas informações (fls. 44/45).

Notificada a prestar a informações de estilo, a autoridade coatora informou, fls. 47/48, que o paciente foi denunciado pela prática do delito previsto no art. 12 do Estatuto do Desarmamento, haja vista ter sido preso em flagrante ao guardar 15 cápsulas de revólver calibre 38 e uma cápsula de revólver calibre 32, todas deflagradas.

Informa que o representante do Ministério Público oficiante na Comarca de Jaguaribe ofereceu a suspensão condicional do processo, uma vez que se trata de réu primário, a qual será proposta em audiência a ser realizada no dia 15 de fevereiro do corrente ano.

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou, fls. 50/54, pela concessão da ordem.

É o relatório.

VOTO

Em juízo de admissibilidade, presente as condições genéricas da ação, no que tange à possibilidade jurídica do pedido, legitimidade para agir e interesse de agir, este repousando sobre o binômio adequação e utilidade.

O presente *mandamus*, conforme aludido no relatório, tem por objetivo trancar a ação penal, sob a argumentação de que a conduta do paciente seria atípica.

Antes de se adentrar nos argumentos levantados no presente *habeas corpus*, mister um breve estudo sobre o tema “Teoria do Crime”, a fim de avaliar, se a conduta do Sr. José Moacy Duarte é típica ou não.

Conceitua-se crime, segundo a teoria finalista, como o fato típico e ilícito (antijurídico). A culpabilidade, para os adeptos dessa corrente, seria mero pressuposto de aplicação da pena.

Assim, pode-se afirmar com segurança, conforme se depreende da leitura dos arts. 5º, XXXIX, CF/88 e 1º, CPB, que todo crime, é em primeiro lugar, um fato típico, pois o princípio da legalidade, em seu aspecto jurídico, impõe às leis penais que fixem previamente a conduta censurável com uma sanção penal, estabelecendo o exato alcance das normas punitivas, caso contrário a conduta do agente será um indiferente penal (***nullum crimen, nulla poena sine lege praevia***).

A mesma certeza existe, ainda, quanto à ilicitude, justamente porque nosso código penal, art. 23, declara não haver crime quando o fato é praticado ao abrigo de uma causa excludente de ilicitude (legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento do dever legal, exercício regular de um direito).

Assim, para que uma conduta perpetrada por alguém não seja considerada como crime, é necessário que a ação ou a omissão dessa pessoa não sejam tidos como fatos típicos ou, em sendo típicos, que o agente esteja amparado por alguma causa excludente de ilicitude.

Por sua vez, o comportamento do agente não configurará em um delito, quando presente uma causa legal ou supralegal de exclusão da tipicidade. As causas legais de exclusão da tipicidade estão espalhadas pelo código penal, como é o caso, por exemplo do art. 146, §3º, que prevê quando da “intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida”.

O primeiro argumento levantado pelo impetrante, princípio da insignificância, de origem alemã (***Geringfügigkeits Prinzip***), onde somente é aplicado aos crimes patrimoniais, é tido como causa supralegal de exclusão da tipicidade, porquanto não são expressamente previstas em nossa legislação, todavia o fato será considerado penalmente atípico, pois as lesões produzidas aos bens jurídicos são tidas como ínfimas

(insignificantes).

Resta portanto saber se a posse de cápsulas já deflagradas configura ou não o tipo descrito no art. 12, da Lei n 10826/03 (Estatuto do Desarmamento).

Segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal, quatro são os requisitos para configurar uma conduta como insignificante, a saber: a) mínima ofensividade da conduta do agente; b) ausência de periculosidade social da ação; c) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e d) inexpressividade da lesão jurídica causada.

Analisando os autos, observa-se que a conduta de possuir 16 (dezesesseis) cápsulas deflagradas, as quais se encontravam guardadas em seu comércio, não revela ofensa ao bem jurídico tutelado; a ação do Sr. José Moacy Duarte não gerou perigo social; seu comportamento restou de uma reprovabilidade mínima e a lesão jurídica, perpetrada pela atitude do paciente, de igual modo, mostrou-se inexpressiva.

Destarte, a conduta de possuir 16 (dezesesseis) cartuchos deflagrados, em se tratando de ato insignificante (bagatela), revelam a necessidade do trancamento da ação penal, por falta de justa causa.

Há de se lembrar, inclusive, como bem salientado pela Procuradoria Geral de Justiça, que o tipo penal descrito no art. 12 da Lei n° 10.826/03, descreve os objetos em que sua posse é punida, no caso: arma de fogo, acessório ou munição, ao qual me aterei, já que acessórios são objetos que são acoplados à arma de fogo, com a finalidade melhorar sua utilidade.

Analisando os decretos regulamentares das armas de fogo, munições, explosivos e outros materiais correlatos, verifica-se que tais decretos conceituam munições como sendo **o cartucho completo**, incluindo-se **estojo**, espoleta, carga propulsora, projétil ou bala que são utilizadas em armas de fogo.

Assim, a simples posse do estojo, leia-se: projétil deflagrado, não configura o delito descrito no Estatuto do Desarmamento, evidenciando, pois, a necessidade do trancamento da ação penal.

Muito embora os demais argumentos aduzidos no *writ* acabaram por prejudicados, entendo por bem discorrer sobre a teoria da tipicidade conglobante.

Segundo o autor argentino Eugenio Raul Zaffaroni e o autor José Henrique Pierangeli, tal teoria trata-se de um dos aspectos da tipicidade penal, se que se subdividira em tipicidade legal (adequação do fato com a norma penal, segundo uma análise estritamente formal) e tipicidade conglobante. Por meio desta, deve-se verificar se o fato, que aparentemente viola uma norma penal proibitiva, não é permitido ou mesmo incentivado por outra norma jurídica, como é o caso das intervenções médico-cirúrgicas.

Por meio da tipicidade conglobante, análise conglobada do fato com todas as normas jurídicas, inclusive extrapenais, situações consideradas tradicionalmente como típicas, mas enquadráveis nas excludentes de ilicitude (exercício regular de um direito ou estrito cumprimento de um dever legal), passariam a ser tratadas como atípicas, pela falta de tipicidade conglobante.

Portanto, a tipicidade conglobante defendida por Zaffaroni não se aplica ao caso vertente, já que a conduta de possuir estojo (cartucho) não é fomentada, incentivada ou autorizada. Nesse sentido transcrevo trecho doutrinário¹:

“Não há imputação objetiva da conduta em todas as demais situações inseridas por Zaffaroni na sua teoria da tipicidade conglobante. Para esse autor, não há tipicidade quando a conduta é ‘fomentada’ ou ‘autorizada’ ou ‘determinada’ (criação de um dever jurídico de agir) pelo ordenamento jurídico. Se existe uma norma que fomenta ou determina uma conduta, o que está fomentado ou determinado por uma norma não pode estar proibido por outra”. (Luiz Flávio Gomes. Direito Penal: Parte Geral – Teoria Constitucionalista do Delito. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2004. pág. 118.)

Ex positis, conheço da presente ordem, inclusive para **conceder deferimento**, a fim de trancar a ação penal, nos termos do parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça. É como voto.

Fortaleza-CE, 15 de janeiro de 2007.

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

**HABEAS CORPUS Nº 2006.0028.8123-3/0, DE FORTALEZA
IMPETRANTE: JUAN ORTEGA ROCHA DE ARAGÃO
PACIENTE: ALESSANDRO MENDES FERREIRA
IMPETRADO: JUIZ DE DIREITO DA 7ª VARA CRIMINAL
RELATOR: DES. FRANCISCO HAROLDO RODRIGUES DE
ALBUQUERQUE**

**EMENTA: HABEAS CORPUS. ESTATUTO DO
DESARMAMENTO. PORTE DE ARMA. Embora o
art. 21 da Lei nº 10.826/2003, considere
insuscetível de liberdade provisória o crime
imputado ao paciente (porte ilegal de arma de
uso permitido), a manutenção da prisão cautelar
exige justificativa baseada em dados concretos
e individualizados, em atenção aos requisitos
exigidos para a prisão preventiva (CPP, 312), o
que não ocorre na espécie. No caso concreto, o
réu é primário, ostenta boas condições pessoais,
tem residência fixa e exerce profissão definida,
não se enxergando, portanto, razão explícita que
gere o convencimento de que a sua liberdade
possa comprometer a ordem pública, a aplicação
da lei penal, ou acarretar prejuízo à instrução
criminal. Daí concluir-se que a manutenção da**

**construção do paciente constitui
constrangimento ilegal, passivo de reparação
pela via do *writ* sob enfoque. Ordem concedida.**

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de ***habeas corpus***, acorda a Turma Julgadora da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, sem discrepância de votos, concedê-lo, nos termos do voto do relator.

Trata-se de ***habeas corpus*** impetrado em favor do paciente acima nominado, preso em flagrante por porte ilegal de arma, com infringência, assim, do art. 14 da Lei nº 10.826/2003, tendo sido alegado, em apertada síntese, que o mesmo é primário, tem bons antecedentes, residência fixa e exerce atividade laboral lícita, mas, mesmo assim, contrariando parecer favorável do órgão ministerial com atuação na sobredita vara criminal, teve pleito de liberdade provisória denegado pela autoridade judiciária havida como coatora, em decisão desfundamentada, o que representa constrangimento ilegal, reparável pela via do ***writ*** ora sob exame.

Registre-se que o pleito de liminar restou indeferido, como se vê da decisão de fl. 66.

Notificada, a autoridade impetrada prestou informações, esclarecendo que o paciente já foi interrogado, ofereceu defesa prévia e que a audiência de instrução foi designada para 23/11/2006.

A Procuradoria Geral de Justiça (fls. 69/77) opinou pela revogação da liminar e denegação da ordem impetrada, tendo em vista que a pretensão deduzida pelo paciente encontra óbice no art. 21 da Lei nº 10.826/03, que não admite liberdade provisória para o crime de que é acusado o paciente.

É o relatório.

Ao decidir pelo indeferimento de pedido de liberdade provisória do paciente, a autoridade impetrada afirmou:

O porte de arma, por si só, denota maior periculosidade do seu autor, uma vez que, de posse de uma arma, o indivíduos estará prestes

a praticar delitos mediante grave ameaça às suas vítimas, sendo que o fato do acusado não ter sequer sido interrogado requer maior cuidado do julgador em conceder benefícios ao mesmo, já que se faz urgente zelar pelo resguardo da ordem pública.

Expressa o art. 5º, no seu inciso LXVI, da Constituição Federal:

Ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança.

O paciente, que é primário, portador de bons antecedentes, com profissão definida e residência fixa, responde à acusação de porte ilegal de arma de uso permitido, crime previsto no art. 14 da Lei nº 10.826/2003, apenado com dois a quatro anos de reclusão e multa.

O delito imputado ao paciente é considerado insuscetível de liberdade provisória, ante o que dispõe o art. 21 do sobredito diploma legal, como entendeu a douta Procuradora de Justiça. Todavia, é certo que a manutenção da prisão cautelar exige justificativa baseada em dados concretos e individualizados, não se olvidando a observância dos requisitos exigidos para a custódia cautelar, no caso, os previstos no art. 312 do CPP.

In casu, há prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria, mas a decisão que negou o relaxamento da prisão do paciente não demonstrou, com elementos concretos, que sua liberdade ponha em risco a ordem pública, comprometa a aplicação da lei penal ou que seja inconveniente à instrução criminal. Daí serem, indubitavelmente, deficientes os fundamentos elencados para o indeferimento da prisão cautelar do paciente, com ofensa, portanto, ao que estabelece o art. 93, IX, da CF.

Sobre a matéria aqui focalizada, cumpre transcrever

as seguintes ementas de acórdãos:

CRIMINAL – HC – ESTATUTO DO DESARMAMENTO – ARTIGOS 17 E 21 – VEDAÇÃO À LIBERDADE PROVISÓRIA – AUSÊNCIA DE CONCRETA FUNDAMENTAÇÃO – NECESSIDADE DA CUSTÓDIA NÃO DEMONSTRADA – ORDEM CONCEDIDA –

I. Exige-se concreta motivação para o indeferimento do benefício da liberdade provisória, com base em fatos que efetivamente justifiquem a excepcionalidade da medida, atendendo-se aos termos do art. 312 do CPP e da jurisprudência dominante.

II. A exemplo do posicionamento aplicado por este Superior Tribunal de Justiça aos crimes hediondos, o simples fato de se tratar da suposta prática do crime previsto no art. 17 da Lei 10.826/2003 não basta, por si só, para impedir a liberdade provisória do réu.

III. Ainda que as condições pessoais favoráveis não sejam garantidoras de eventual direito à liberdade provisória, estas devem ser devidamente valoradas quando não demonstrada a presença de requisitos que justifiquem a medida constritiva excepcional.

IV. Deve ser cassado o acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte para restabelecer a decisão monocrática concessiva da liberdade provisória ao paciente, sem prejuízo de que venha a ser decretada novamente a custódia, com base em fundamentação concreta.

V. Ordem concedida, nos termos do voto do Relator. (STJ – HC 200500705890 – (43735 RN) – 5ª T. – Rel. Min. Gilson Dipp – DJU 29.08.2005 – p. 00390) JCPP.312

**RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS –
COMÉRCIO ILEGAL DE ARMAS – RECEPÇÃO
– ESTATUTO DO DESARMAMENTO –
LIBERDADE PROVISÓRIA – NEGATIVA –
AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO – DECISÃO
BASEADA NA GRAVIDADE ABSTRATA DO
DELITO –**

1. A prisão cautelar, em razão do princípio constitucional da inocência presumida, necessita da demonstração dos elementos objetivos, indicativos dos motivos concretos autorizadores da medida constritiva, e exige a individualização dos seus fundamentos aos acusados.

2. A gravidade em abstrato do delito, dissociada de qualquer outro elemento concreto e individualizado, não tem, de per si, o condão de justificar a custódia cautelar. Precedentes.

3. Recurso provido para revogar a prisão cautelar do ora Paciente, se por outro motivo não estiver preso, sem prejuízo de eventual decretação de prisão preventiva devidamente fundamentada. (STJ – RHC 200401461197 – (16731 SP) – 5ª T. – Relª Minª Laurita Vaz – DJU 29.08.2005 – p. 00368).

**HABEAS CORPUS - PRISÃO EM FLAGRANTE -
ARTIGO 14, DA LEI 10.826/2004 - PORTE ILEGAL
DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO -
PROVA DA MATERIALIDADE - INDÍCIOS DE
AUTORIA - LEGALIDADE DA PRISÃO -
LIBERDADE PROVISÓRIA - DEFERIMENTO -
AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DO ARTIGO 312,
DO CPP - TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL -
INVIABILIDADE - DELITO TÍPICO, NÃO
ABRANGIDO NA ANISTIA TEMPORÁRIA DA LEI
10.826/03 - CONCESSÃO PARCIAL DA ORDEM.
Não basta que estejam presentes a materialidade
delitiva e os indícios da autoria e seja verificada**

a legalidade da prisão. Para a manutenção da prisão cautelar é essencial a verificação dos demais requisitos da prisão preventiva descritos no artigo 312, do CPP. A necessidade de garantia da segurança pública deve ser apreciada sob a ótica concreta do princípio da individualização da pena, não se configurando diante de aspectos puramente genéricos. A ausência de elemento concreto que justifique a prisão preventiva, nos termos do artigo 312, do CPP, desautoriza a manutenção da custódia cautelar, devendo ser concedida a liberdade provisória pretendida (artigo 310, CPP). A “anistia temporária” prevista nos arts. 30 e 32 da Lei nº 10.884, de 17.06.2004, não abrange o porte ilegal de arma de fogo, sem registro ou sem autorização da autoridade competente (art. 14), motivo pelo qual não há que se falar em atipicidade da conduta delitativa descrita na denúncia. (TJMG – HC 1.0000.05.423528-8/000 – Relator ARMANDO FREIRE – Ac publicado em 17/08/2005).

Por todo o exposto, ante a ausência de fundamentação do **decisum** que denegou o relaxamento da prisão do paciente, entende-se positivado o alegado constrangimento ilegal, devendo, portanto, ser relaxada sua prisão, restando confirmada a liminar concedida.

É como voto.

Fortaleza, 16 de janeiro de 2007.

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

Nº 2007.0000.3558-9 PETIÇÃO DE HABEAS CORPUS

COMARCA: FORTALEZA
IMPETRANTE CÍCERO SOUSA DE LUNA
PACIENTE: FRANCISCO GLEITON DE OLIVEIRA XAVIER
IMPETRADO: JUIZ DE DIREITO DA 13ª VARA CRIMINAL
RELATOR: DES. RDO. EYMARD RIBEIRO DE AMOREIRA

EMENTA: CONSTITUCIONAL – HABEAS CORPUS – PENAL – PROCESSUAL – DESNECESSIDADE DA PRISÃO ANTE TEMPUS – LATROCÍNIO - EXCESSO DE PRAZO NA FORMAÇÃO DA CULPA – INOCORRÊNCIAS.

I. O decreto prisional reclamado é de todo pertinente, haja vista que o paciente na companhia de um irmão germano e ainda um terceiro, a tiros de revólver, mortificaram a pessoa da vítima para em seguida subtrair sua motocicleta.

II. No dia seguinte, 13.08.2006, o paciente após ter agredido sua genitora e disparado tiros na via pública com a arma do crime, foi denunciado à policia pela sua própria mãe, como sendo um dos responsáveis pela morte do motoqueiro, ocorrido na noite anterior.

III. Nessa parte, o decreto prisional proclamado é medida imprescindível, seja para assegurar a aplicação da lei penal, seja para garantia da ordem pública, a considerar a propensão do paciente ser voltada para a prática de crimes contra o patrimônio.

IV. Quanto ao excesso de prazo para a formação da culpa, penso restar infirmado o alegado constrangimento ilegal derivado do elastério prisional do paciente. É que, segundo jurisprudência dominante no Superior Tribunal de Justiça, “sendo o feito complexo e estando concluída a fase referente à prova da acusação, restando a oitiva das testemunhas da defesa, não

há que se falar, por ora, de excesso de prazo”. (STJ - 5ª T. - HC 6702 - Rel. Felix Fischer - j.28.4.98 - DJU 8.6.98, p. 146).

V. Ordem denegada. Decisão unânime.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de petição de ***habeas corpus***, nº 2007.0000.3558-9, de Fortaleza, em que é impetrante o advogado Cícero Sousa de Luna, paciente Francisco Gleiton de Oliveira Xavier, sendo autoridade impetrada o Juiz de Direito da 13ª Vara Criminal de Fortaleza.

Acorda a Turma, por unanimidade de votos, em conhecer do ***writ***, mas para lhe denegar a ordem, nos termos do parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça.

Francisco Gleiton de Oliveira Xavier, qualificado nos autos, preso por força de decreto preventivo, sob acusação da prática de crime de latrocínio, art. 157, § 3º, do Código Penal Nacional, eis que o advogado Cícero Sousa de Luna, impetrou a presente ordem de ***habeas corpus*** libertário, com pedido de medida liminar, objetivando esconjurar o decreto prisional ao argumento da ausência dos pressupostos do artigo 312 do CPP, bem assim ao alegar de que o paciente se encontra preso há exatos 130 dias, sequer a instrução criminal foi iniciada.

Nesse passo, requereu a concessão da ordem impetrada.

Medida liminar indeferida pelo eminente Des. Lincoln Tavares Dantas, no plantão do dia 04 de janeiro próximo passado (fs. 51/52).

Informações da autoridade apontada coatora às fs. 54/56, dando conta da situação e marcha do processo, as quais foram aditadas através do ofício nº 115/2007, no qual dá conta de que foram auscultadas todas as testemunhas de acusação e, presentemente assinalado o dia 05 de março de 2007, para a oitiva das testemunhas de defesa.

Parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça às fs. 109/112, opinando pela denegação da ordem impetrada.

É o relatório.

O decreto prisional reclamado é de todo pertinente, haja vista que o paciente na companhia de Francisco Glaydson de Oliveira Xavier, seu irmão germano e ainda um terceiro, a tiros de revólver, mortificaram a pessoa de Antônio Hamilton Souza Ribeiro, para em seguida subtrair sua motocicleta.

No dia seguinte, 13.08.2006, o paciente após ter agredido sua genitora e disparado tiros na via pública com a arma do crime, foi denunciado a polícia pela sua própria mãe, como sendo um dos responsáveis pela morte do motoqueiro ocorrido na noite anterior.

A folha de antecedentes criminais do pretendente a liberdade, informa a sua incursão em outros crimes, notadamente assalto.

Nessa parte, o decreto prisional proclamado é medida imprescindível, seja para assegurar a aplicação da lei penal, seja para garantia da ordem pública, a considerar a propensão do paciente ser voltada para a prática de crimes contra o patrimônio.

Quanto ao excesso de prazo para a formação da culpa, penso restar infirmado o alegado constrangimento ilegal derivado do elastério prisional do paciente.

Com efeito, segundo jurisprudência dominante no Superior Tribunal de Justiça, “**sendo o feito complexo e estando concluída a fase referente à prova da acusação, restando a oitiva das testemunhas da defesa, não há que se falar, por ora, de excesso de prazo**”. (STJ - 5ª T. - HC 6702 - Rel. Felix Fischer - j.28.4.98 - DJU 8.6.98, p. 146).

Pelo exposto, denego a ordem impetrada por absoluta falta de fomentação fática e jurídica indispensáveis ao seu sucesso, em parceria com o que opinou a douta Procuradoria Geral de Justiça.

É como voto.

Fortaleza, 13 de março de 2007.

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

**HABEAS CORPUS Nº 2007.0000.4237-2/0, DE FORTALEZA
IMPETRANTE: EDUARDO CERQUEIRA CUNHA
MASCARENHAS**

PACIENTE: GILMAR SOUSA DA FONSECA

**IMPETRADO: JUIZ DE DIREITO DA VARA DE EXECUÇÃO
PENAL**

**RELATOR: DES. RDO. EYMARD RIBEIRO DE AMOREIRA
DESIGNADO PARA LAVRAR O ACÓRDÃO: DES. FRANCISCO
HAROLDO RODRIGUES DE ALBUQUERQUE**

**EMENTA: *HABEAS CORPUS*. PACIENTE
CONDENADO PELO CRIME DE EXTORSÃO
MEDIANTE SEQUESTRO. PROGRESSÃO DO
REGIME DE PENA. IMPOSSIBILIDADE. O agente
condenado por crime de extorsão mediante
seqüestro, reputado hediondo, deve cumprir a
pena em regime integralmente fechado, sem
direito à progressão, conforme expressa o § 1º,
do art. 2º, da Lei 8.072/90). Embora julgado do
STF tenha considerado inconstitucional,
incidenter tantum, sobredito dispositivo legal,
referida decisão não vincula, diretamente, os
demais órgãos jurisdicionais, nem afasta do
ordenamento jurídico a norma em questão, até
porque não foi objeto de suspensão pelo Senado
Federal, como previsto no art. 52, inciso X, da
Constituição Federal. Não se aplica aos crimes
reputados hediondos a progressão do regime
de execução da pena imposta (Súmula STF, 698).
A Lei dos Crimes Hediondos é posterior à Lei de
Execução Penal, tendo modificado este último
diploma legal, no que diz respeito ao regime de
progressão da pena. Assim, estando em pleno**

vigor o dispositivo legal retro aludido, a negativa de progressão de regime de pena, alusiva ao crime cometido pela paciente, de natureza hedionda, não constitui constrangimento ilegal, sanável pela via do *writ* sob enfoque. Ordem denegada.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de ***habeas corpus***, acorda a Turma Julgadora da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por maioria de votos, denegá-lo, nos termos do voto do presidente, designado para lavrar o acórdão.

Trata-se de pedido de ***habeas corpus*** impetrado em favor do paciente acima nominado, condenado pela prática dos crimes de roubo e extorsão mediante seqüestro, em concurso de agentes, à pena de 16 (dezesesseis) anos e 05 (cinco) meses de reclusão, a ser cumprida em regime integralmente fechado, bem como ao pagamento de 10 (dez) dias-multa.

Alegou o impetrante que o paciente está submetido a constrangimento ilegal, tendo em vista que, tendo cumprido mais de um sexto da pena imposta, foi-lhe negada, pela autoridade impetrada, a progressão de regime, mesmo satisfazendo as condições objetivas e subjetivas para obtenção desse benefício, afrontando-se, assim, a previsão do art. 112 da Lei de Execução Penal.

Argumentou que a proibição de progressão de regime agride o princípio da individualização da pena, asseverando, ainda, que o STF e STJ, em reiterados julgados, decidiram pela inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º da Lei 8.072/90, razão por que deve ser afastado o óbice à progressão do regime de cumprimento da pena imposta ao paciente.

Dispensada a prestação de informações pela autoridade impetrada, uma vez que já constantes dos autos em função de idêntico ***habeas corpus*** anteriormente impetrado, referida autoridade afirmou ter denegado o pedido de progressão do regime de pena do paciente com base no princípio da paz social, além de considerar manifesta a omissão legislativa quanto

aos projetos que cuidam da individualização da pena nos crimes da espécie.

A Procuradoria Geral de Justiça, manifestando-se, posicionou-se pela concessão da ordem, argumentando que não mais há como sustentar a constitucionalidade da vedação da progressão de regime imposta pela lei dos crimes hediondos.

É o relatório.

Pugna o impetrante pela reforma da decisão proferida pelo Juiz da Vara de Execução Penal, que negou ao paciente, condenado por crime de extorsão mediante seqüestro, o direito à progressão do regime de pena a ele imposto.

A matéria diz respeito à observância do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, que estabelece que a pena aplicada, pela prática de crimes reputados hediondos, tal como o verificado na hipótese, será cumprida em regime integralmente fechado, salvo a hipótese de livramento condicional por satisfação de 2/3 da pena, não sendo o acusado reincidente específico em crime da mesma natureza.

O espírito do referido diploma atinente aos delitos considerados hediondos é, precisamente, o de apenar, com mais rigor, os crimes mais graves, constituindo uma forma imposta pelo legislador no sentido de desestimular a delinquência, que aumenta a níveis assustadores, tornando o cidadão comum refém da marginalidade.

Como dispõe o art. 112 da Lei nº 7.210/84 (Lei de Execução Penal), a pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.

No entanto, tal dispositivo legal, como visto, foi modificado pela Lei nº 8.072/95, que lhe é posterior.

Quanto à pretensa ofensa ao princípio da individualização da pena, mostra-se deveras insubsistente tal tese, conforme bem consigna o doutrinador ROGÉRIO GRECO,

que afirma:

“(...) somos partidários do posicionamento do STF, quando afirma que a Constituição Federal delegou ao legislador ordinário a possibilidade/necessidade de individualizar as penas. No caso em tela, entendemos que houve individualização. Caso o agente opte por praticar uma das infrações previstas na Lei nº 8.072/90, estará sendo punido mais severamente do que aquele que escolher cometer outra infração penal tida como de menor gravidade” (Curso de Direito Penal. Rio de Janeiro: Impetus, 2003. p. 555).

No mesmo sentido é a lição de FERNANDO GALVÃO, que elucida:

“Com efeito, segundo a Constituição Federal, a individualização da pena deve operar-se nos termos da lei. A Lei 8.072/90 impediu a progressão de regime, mas não inviabilizou a concessão de livramento condicional, que é forma de adaptação da execução ao bom comportamento demonstrado pelo condenado. Sendo possível deferir-se o livramento condicional aos condenados por crime hediondo, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e terrorismo, pode-se dizer que a individualização da pena foi observada. Assim, o impedimento da progressão do regime não impede a individualização da pena e o dispositivo da Lei nº 8.072/90 deve ser reconhecido como válido” (Direito Penal. Rio de Janeiro: Impetus, 2004. p. 499).

Também em lição sobre o tema, ALEXANDRE DE MORAES arremata que:

“A obrigatoriedade legal do cumprimento integral da pena, em caso de condenação por crimes hediondos ou assemelhados, em regime fechado, não ofende o princípio da individualização da pena, uma vez que se trata de matéria infraconstitucional, a ser disciplinada por Lei ordinária. Assim, da mesma forma como o legislador ordinário tem a discricionariedade para a criação de regimes de cumprimento de pena, bem como de hipóteses de progressão e regressão entre os diversos regimes previstos, poderá também instituir algumas hipóteses em que a progressão estará absolutamente vedada” (Legislação Penal Especial. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 68).

Nem mesmo cabe o argumento referente à pretensa revogação do dispositivo em comento, em função da redação dada ao tema pela Lei de Tortura, uma vez que esta apenas permitiu a progressão para os agentes que cometeram o crime que disciplina, não se estendendo aos demais, regulados pela citada Lei dos Crimes Hediondos, como, a propósito, registra a Súmula nº 698, do STF, *in verbis*:

“STF – SÚMULA Nº 698: Não se estende aos demais crimes hediondos a admissibilidade de progressão no regime de execução da pena aplicada ao crime de tortura.”

Além do mais, há que se afirmar que a decisão do STF, que declarou a inconstitucionalidade do § 1º, do art. 2º, da Lei nº 8.072/90, bem como todas as demais que versam sobre o mesmo tema, deram-se por meio do controle difuso, *incidenter tantum*, não vinculando, diretamente, os demais órgãos jurisdicionais, nem afastando do ordenamento jurídico a norma em questão, até porque não foi suspensa pelo Senado Federal, como previsto no art. 52, X, da Constituição Federal.

A respeito da matéria aqui focalizada, assim vêm assentando os pretórios nacionais:

“PENA – Regime – Progressão – Crime equiparado a hediondo (tráfico ilícito de substância entorpecente) – Impossibilidade – Em que pese a recente decisão do Col. Supremo Tribunal Federal, a proclamar “*incidenter tantum*”, majoritariamente, a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei n. 8.072/90, entende-se descaber a progressão na espécie, sem que isso implique ofensa ao princípio constitucional da individualização da pena – Tal declaração representa o denominado controle difuso da constitucionalidade, só trazendo efeito jurídico dentro do processo em que operado – Portanto, não tem o condão de vincular os juízes de direito e demais tribunais, como se fora proferida numa ação declaratória de constitucionalidade ou numa ação direta de inconstitucionalidade, salvo na hipótese da mais alta Corte de Justiça fazer comunicação a respeito ao Senado Federal para a suspensão da execução da norma jurídica – Aliás, hipótese que até aqui não se verificou, de modo que a norma em questão continua a conservar sua validade e eficácia e, de conseguinte, a produzir todos os efeitos no mundo jurídico – Recurso provido, para cassar a decisão e determinar o retorno do agravado ao regime fechado.” (Agravamento em Execução n. 997.838-3/1 – Bragança Paulista – 3ª Câmara do 2º Grupo da Seção Criminal – Relator: Moreira da Silva – 19.12.06 – V.U. – Voto n. 1.842).

“PENA – Regime – Progressão – Indeferimento – Procedência – Crime hediondo (homicídio qualificado) – Vedação do benefício perseguido

por disposição expressa da Lei n. 8.072/90 – Inconstitucionalidade – Inexistência – A recente decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, representa o denominado controle difuso da constitucionalidade, só trazendo efeito jurídico dentro do processo em que operado e, portanto, só deitando reflexo entre as partes daquele embate jurídico – Por conseguinte, a inconstitucionalidade proclamada não tem o condão de vincular os Juízes de direito e demais Tribunais, como se fora proferida numa ação declaratória de inconstitucionalidade ou numa ação direta de inconstitucionalidade, salvo na hipótese de o Pretório Excelso comunicar o Senado Federal a respeito da suspensão da execução da norma jurídica, o que até aqui não se verificou – Assim, a norma em questão continua a conservar a validade e eficácia, produzindo todos os efeitos no mundo jurídico – Ordem denegada.” (Habeas Corpus n. 999.831-3/4 – Sorocaba – 3ª Câmara do 2º Grupo da Seção Criminal – Relator: Moreira da Silva – 28.11.06 – V.U. – Voto n. 1.752).

“PENAL - AGRAVO - REMIÇÃO DE PENA - ESTUDO - EQUIPARAÇÃO AO TRABALHO - CONTAGEM NOS MOLDES DO ART. 126, §1º, DA LEP - LATROCÍNIO - CRIME HEDIONDO - PROGRESSÃO DE REGIME - IMPOSSIBILIDADE - RECENTE DECISÃO DO STF DEFERINDO PROGRESSÃO EM CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE - EFEITO INTER PARTES - AUSÊNCIA DE PRONUNCIAMENTO DO SENADO CONFERINDO EFEITOS ERGA OMNES À DECISÃO - POSICIONAMENTO MANTIDO. A remição da pena pelo estudo deve ser calculada da mesma forma que a remição pelo

trabalho, nos termos do art. 126, §1º, da LEP, por medida de justiça e equanimidade, de modo que 6 (seis) horas de estudo equivalem a um dia de trabalho e, conseqüentemente, 18 (dezoito) horas de estudo (três dias de trabalho) equivalem a um dia remido. O princípio da individualização da pena é norma constitucional de eficácia limitada, cuja regulamentação é matéria infraconstitucional, de forma que a vedação da progressão de regime para os crimes hediondos não fere a Carta Magna. Segundo a Súmula 698, do STF, “não se estende aos demais crimes hediondos a admissibilidade de progressão no regime de execução da pena aplicada ao crime de tortura” (DJU de 9/10/2003, p. 6). A omissão da expressão “integralmente” na fixação do regime de cumprimento de pena por crime hediondo não confere ao condenado o direito à progressão, porquanto a vedação desta se dá ex vi legis. A recente decisão do STF, declarando, em controle incidental, a inconstitucionalidade do art. 2º, §1º, Lei 8.072/90, para gerar efeitos vinculantes, depende de manifestação do Senado Federal, que ainda não se pronunciou. Recurso improvido.” (TJ MG – Des. Rel Hélcio Valentim. Processo nº 1.0000.06.439222-8/001(1). Data da Publicação: 23/10/2006).

“PENA – Regime – Progressão – Crime hediondo – Admissão, em apertada maioria, pelo Col. Supremo Tribunal Federal – Prudência – Observância – Necessidade – Inseguro o entendimento sobre a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei n. 8.072/90, já que a Corte Suprema encontra-se em momento de novas alterações em sua composição – Demais disto,

tal decisão não tem efeito vinculante das instâncias inferiores, pois adotada em caso concreto e sede de controle difuso da constitucionalidade – Pedido conhecido e improvido.” (*Habeas Corpus* n. 950.386-3/4 – Taubaté – 5ª Câmara da Seção Criminal – Relator: Marcos Zanuzzi – 10.08.06 – V.U. – Voto n. 11.278).

“REGIME PRISIONAL – Progressão – Crime hediondo – Indeferimento com fundamento no § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90 – Cabimento – Recente decisão do Supremo Tribunal Federal que proclamou, “*incidenter tantum*”, majoritariamente, a inconstitucionalidade desse dispositivo legal – Irrelevância – Controle difuso de constitucionalidade que só traz efeito jurídico dentro do processo em que operado, continuando a norma em questão a conservar sua validade e eficácia – Entendimento – Ordem denegada.” (“*Habeas Corpus*” n. 971.192.3/2-0000-000 – Bauru – 3ª Câmara Criminal – Relator: Moreira da Silva – 19.09.06 – V.U. – Voto n. 1.460).

Por todo o exposto, entendendo-se que o dispositivo legal que proíbe a progressão do regime de pena para os condenados por crimes hediondos, dentre eles o de extorsão mediante seqüestro, encontra-se em pleno vigor, inexistente o cogitado constrangimento ilegal, devendo, por conseguinte, ser denegada a ordem impetrada.

É como voto.

Fortaleza, 13 de fevereiro de 2007.

RECURSO CRIME EM SENTIDO ESTRITO

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

**RECURSO CRIME Nº: 2003.0004.7257-9/0, DE MONSENHOR
TABOSA**

**RECORRENTE: O REPRESENTANTE DO MINISTÉRIO
PÚBLICO**

RECORRIDO: DENIS AZEVEDO DE SOUSA

**RELATOR: DES. FRANCISCO HAROLDO RODRIGUES DE
ALBUQUERQUE**

**EMENTA: PENAL E PROCESSUAL. HOMICÍDIO
TENTADO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA LESÃO
CORPORAL. QUALIFICADORAS. Existindo prova
da materialidade do crime e indícios suficientes
de autoria, deve o réu ser pronunciado e
submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri
(CPP, 408). A desclassificação do crime de
homicídio para lesão corporal somente pode ser
efetivada se demonstrada, extreme de dúvida,
a inexistência do *animus necandi* por parte do
agente, o que não ocorre, na espécie. As
qualificadoras somente podem ser excluídas
quando, de forma incontroversa, mostrarem-se
absolutamente improcedentes, sem qualquer
apoio nos autos, o que também aqui não se
verifica. Recurso provido.**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de recurso crime em sentido estrito, acorda a Turma Julgadora da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, sem divergência de votos, dar provimento ao recurso para reformar a decisão recorrida, pronunciando o réu como incurso nas penas do art. 121, § 2º, II, do Código Penal, tudo de conformidade com o voto do relator.

Cogita-se de recurso crime em sentido estrito,

interposto de decisão do Juiz de Direito da Vara Única da comarca de Monsenhor Tabosa, deste Estado, que impronunciou o réu acima nominado, desclassificando o crime de tentativa de homicídio, de que é acusado o recorrente, para lesões corporais.

Na exordial, o representante do Ministério Público denunciou o réu, por ter, no dia 25/10/1999, por volta das 17:00 horas, no distrito de Barreiras, Comarca de Monsenhor Tabosa, de posse de um revólver, calibre 32, de propriedade da vítima Antônio Marques de Melo Pinto, contra ela efetuado dois disparos, causando-lhe as lesões descritas no laudo de exame de corpo de delito de fl. 05, findando por enquadrar o acusado como incurso nas penas do art. 121, § 2º, II, c/c o art. 14, II, do Código Penal.

Interrogado (fls. 32/32v), o réu ofereceu defesa prévia (fls. 33/34).

Ultimada a instrução, quando foram oitivadas testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, as partes apresentaram alegações finais (fls. 55/57) e (fls. 59/62), sobrevindo a decisão que deixou de pronunciar o réu, desclassificando o crime de tentativa de homicídio para lesões corporais.

Inconformado, o órgão ministerial interpôs recurso em sentido estrito (fls. 81/85), alegando, em suas razões, que toda a prova coligida inclina-se para a tentativa de homicídio, mas o magistrado processante não a levou em consideração.

Salientou que, havendo dúvida quanto ao *animus necandi* do réu, esta é resolvida em prol da sociedade, devendo, por isso, o réu ser pronunciado e submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri.

Aduziu que, quando da pronúncia, o juiz não deve aprofundar-se no mérito da causa e, na espécie, além de ter nele adentrado, *sponte sua*, sem requerimento do réu, que alegou legítima defesa, efetivou, indevidamente, a sobredita desclassificação.

Terminou por requerer fosse a decisão reformada e o réu pronunciado, para que seja submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri.

Nas contra-razões (fls. 87/90), o apelado afirmou que

não houve tentativa de homicídio, mormente porque, ao atirar contra a vítima, apenas se defendeu, posto que ela estava tentando puxar uma faca.

Aduziu que as testemunhas oitivadas afirmaram que ele era amigo da vítima, não havendo, portanto, motivo para desejar a morte desta, daí porque pleiteou o improvimento do recurso.

A Procuradoria Geral de Justiça, manifestando-se (123/125), opinou pelo provimento do recurso.

É o relatório.

Dispõe o art. 408 do CPP:

Se o juiz se convencer da existência do crime e de indícios de que o réu seja o seu autor, pronuncia-lo-á, dando os motivos do seu convencimento.

A materialidade do crime restou devidamente comprovada pelo auto de exame de corpo de delito de fl. 08, o mesmo ocorrendo com a autoria, posto que é confessada pelo réu, que alegou ter agido em legítima defesa.

No entanto, ao invés de decidir sobre a existência dessa excludente de criminalidade, o magistrado *a quo*, tendo em vista que o réu disparou apenas dois tiros contra a vítima, quando ainda tinha três cápsulas na arma que portava, considerou tal procedimento como desistência voluntária, quando sequer o réu cogitou de tal hipótese. Na verdade, se continuasse atirando, depois de prostrada a vítima, que fora atingida, gravemente, na cabeça, configurar-se-ia o excesso culposo, desfigurando-se a discriminante mencionada.

Pelo que ficou evidenciado, para o réu o que importava, no momento do delito, conforme consta de suas declarações (fls. 32), era a sua defesa, pelo que fez uso da arma de fogo que portava, não demonstrando com sua ação se seu objetivo era apenas ferir ou matar a vítima. O fato de tê-la atingindo na cabeça demonstra, a nosso ver, a existência do *animus necandi*.

As testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa não presenciaram o fato delituoso, dele tendo conhecimento, mediante relato do próprio réu e da vítima, tecendo considerações elogiosas sobre o comportamento do recorrente e afirmando que a vítima era dada a confusões quando bebia.

Assim, não havendo prova, extreme de dúvida, da desistência voluntária do réu, não poderia o magistrado desclassificar o crime para lesão corporal, como o fez.

Mesmo que houvesse dúvida razoável no que tange à existência do *animus necandi*, ainda assim esta deveria ser dirimida em prol da sociedade, devendo o réu ser pronunciado e submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri, órgão competente para decidir sobre a existência de legítima defesa ou desclassificar o crime, se for o caso.

Sobre a matéria, veja-se, a seguir, como vem se orientando nossos tribunais:

PENAL – PROCESSO PENAL – TRIBUNAL DO JÚRI – PRONÚNCIA – RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – DEFESA – DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO DE HOMICÍDIO PARA O DE LESÃO CORPORAL – MATÉRIA ATINENTE – CONSELHO DE SENTENÇA – JUIZ NATURAL DA CAUSA – RECURSO PROVIDO – UNÂNIME – *Se, da prova colhida durante a instrução criminal, não se demonstra, de forma evidente, a ausência de animus necandi, não se cogita a desclassificação do homicídio tentado para o delito de lesão corporal. para a sentença de pronúncia, basta a certeza da existência do crime e indícios de autoria, porquanto vige, nesta fase processual, o princípio in dubio pro societate.* (TJDF – RSE 20010310102464 – 1ª T.Crim. – Rel. Des. Lecir Manoel da Luz – DJU 18.01.2006 – p. 85)

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – PRONÚNCIA – HOMICÍDIO SIMPLES –

ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA – IMPOSSIBILIDADE – LEGÍTIMA DEFESA NÃO CARACTERIZADA – DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DE LESÕES CORPORAIS SEGUIDAS DE MORTE – IMPOSSIBILIDADE – RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO – A absolvição sumária nos crimes de competência do júri exige uma prova segura e incontroversa, o que não é o caso dos autos. Assim, em face do conteúdo probatório coligido não autorizar o reconhecimento de causa de exclusão de ilicitude, o melhor caminho é submeter o ato praticado pelos recorrentes ao crivo do tribunal popular do júri. *Não há que subtrair-se do júri a decisão acerca da tese da defesa, por não haver nos autos elementos capazes de conduzir à categórica certeza da intenção do recorrente. Ademais, não deve o juiz operar a desclassificação quando as provas dos autos não a permitem seja de plano reconhecida. Recurso a que se nega provimento.* (TJES – RSE 024990116246 – 1ª C.Crim. – Rel. Des. Alemer Ferraz Moulin – J. 28.06.2006).

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – TENTATIVA DE HOMICÍDIO – PRONÚNCIA – DESCLASSIFICAÇÃO – ALEGAÇÃO QUE PADECE DE CERTEZA ABSOLUTA – COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI – (1) *Para que o juiz possa acolher a desclassificação do crime de tentativa de homicídio para lesão corporal, mister se faz prova cabal e irretorquível de que o acusado não tenha agido com o propósito de causar o homicídio.* (2) *Havendo dúvida, impõe-se a pronúncia do réu, pois somente o Conselho de Sentença, juiz natural e soberano da causa - Constitucionalmente instituído para julgar os crimes dolosos contra a*

vida -, poderá dirimi-la com maior amplitude e liberdade (CPP, art. 408), adotando a vertente probatória que melhor traduza a aplicação da justiça. Recurso desprovido. (TJPR – RSE 0308656-0 – 1ª C.Crim. – Rel. Des. Oto Luiz Sponholz – J. 09.02.2006).

PENAL E PROCESSUAL PENAL – TRIBUNAL DO JÚRI – PRONÚNCIA – FASE EM QUE VIGE O PRINCÍPIO IN DUBIO PRO SOCIETATE – DESCLASSIFICAÇÃO – NECESSIDADE DE CERTEZA – *A desclassificação só se justifica nos casos em que a inexistência de animus necandi se encontra provada de forma irrefutável. Se assim não for, em nome do princípio in dubio pro societate, se impõe a pronúncia para que a matéria seja analisada pelo conselho de sentença, juiz natural da causa.* (TJDF – RSE 20000610058114 – 1ª T.Crim. – Rel. Des. Sérgio Bittencourt – DJU 09.11.2005 – p. 39)

A prova da inexistência da qualificadora de motivo fútil repousa apenas nas alegações do réu, não existindo outros elementos de prova capaz de afastá-la.

Portanto, tendo em vista que as qualificadoras somente devem ser excluídas quando houver prova, extreme de dúvida, de sua inocorrência, deve ser mantida.

Sobre a matéria, convém trazer à lume, os julgados que se seguem:

CRIMINAL – HC – HOMICÍDIO QUALIFICADO – RSE CONTRA SENTENÇA DE PRONÚNCIA – ACÓRDÃO QUE DETERMINA A INSERÇÃO DAS QUALIFICADORAS DESCRITAS NA DENÚNCIA – AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO NÃO VERIFICADA – IMPOSSIBILIDADE DE EXCLUSÃO DE QUALIFICADORA QUE NÃO SE

MOSTRE MANIFESTADAMENTE DESCABIDA – COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI – ORDEM DENEGADA – I. Hipótese em que o paciente, denunciado por homicídio duplamente qualificado, foi pronunciado por homicídio simples. II. O acórdão não se mostra desfundamentado em relação às qualificadoras, as quais devem ser submetidas ao tribunal do júri, que é o juiz natural da causa. III. As qualificadoras só podem ser excluídas quando, de forma incontroversa, mostrarem-se absolutamente improcedentes, sem qualquer apoio nos autos – O que não se vislumbra in casu, sob pena de invadir a competência constitucional do Conselho de Sentença. IV. Ordem denegada. (STJ – HC 200600115386 – (52964) – SP – 5ª T. – Rel. Min. Gilson Dipp – DJU 19.06.2006 – p. 164).

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – PRONÚNCIA – HOMICÍDIO – QUALIFICADORA – EXCLUSÃO – DÚVIDA – COMPETÊNCIA DO JÚRI – Inopera, quanto à pronúncia, o provérbio *in dubio pro reo*, incidindo a regra *in dubio pro societate*. Havendo indícios suficientes da participação do acusado no crime, e não sendo a qualificadora manifestamente improcedente, há que incidir, na espécie, o princípio *in dubio pro societate*. recurso ministerial provido. (TJDF – RSE 20040310038286 – 1ª T.Crim. – Rel. Des. Mario Machado – DJU 18.01.2006 – p. 86) (Ementas no mesmo sentido).

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – PRONÚNCIA – ART. 121, § 2º, III (MEIO CRUEL) DO CP – HOMICÍDIO PRIVILEGIADO – ART. 121, § 1º DO CP – INADMISSIBILIDADE – COMPETÊNCIA DO CONSELHO DE SENTENÇA

– QUALIFICADORA – EXCLUSÃO – IMPOSSIBILIDADE – DECISÃO MANTIDA – O § 1 do artigo 121 do Código Penal, que prevê os casos de homicídio privilegiado, só pode ser apreciado pelo Conselho de Sentença, o qual tem competência para apreciar as causas de aumento e diminuição de pena. É pacífico o entendimento jurisprudencial de que as qualificadoras encartadas na pronúncia, só podem ser excluídas quando manifestamente improcedentes. Recurso improvido. (TJPR – RSE 0172382-8 – (17807) – Londrina – 1ª C.Crim. – Rel. Des. Bonejos Demchuk – DJPR 24.06.2005).

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – SENTENÇA DE PRONÚNCIA – CRIME CONTRA A VIDA – HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO – MOTIVO FÚTIL – SURPRESA – CRIME CONTRA A COLETIVIDADE – PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO – MATERIALIDADE COMPROVADA – INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA – IN DÚBIO PRO SOCIETATE – SOBERANIA DO VEREDICTO DO TRIBUNAL POPULAR – RECURSO DESPROVIDO – Havendo materialidade e indícios da autoria do crime, torna-se mais prudente remeter a apreciação defensiva para o corpo de jurados do tribunal do júri, por deter esta competência exclusiva. *Nesses crimes o princípio in dúbio pro reo dá lugar ao princípio in dúbio pro societate. Na fase da pronúncia, as qualificadoras “só podem ser excluídas quando manifestamente improcedentes, sem qualquer apoio nos autos, vigorando também quanto a elas o princípio in dúbio pro societate (Mirabete, Julio fabbrini, Código de Processo Penal interpretado, 8ª ED., São Paulo, atlas, 2001, p. 921).* (TJSC – RCR 2005.037948-1 – Forquilha –

1ª C.Crim. – Rel. Des. Solon D’êça Neves – J. 17.01.2006).

Por todo o exposto, há de ser provido o recurso interposto pelo representante do Ministério Público, para que seja pronunciado o réu como incurso nas penas do art. 121, § 2º, inciso II, do Código Penal.

É como voto.

Fortaleza, 27 de novembro de 2006.

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

2004.0005.8273-9/0 RECURSO CRIME EM SENTIDO ESTRITO

RECORRENTE: FRANCISCO SERGIO DE PAULA PEDROSA

RECORRIDA: A JUSTIÇA PÚBLICA

COMARCA: FORTALEZA

RELATORA: DESEMBARGADORA MARIA SIRENE DE SOUZA SOBREIRA

EMENTA: PROCESSO PENAL. TRIBUNAL DO JÚRI. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PRONÚNCIA. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DA SENTENÇA DE PRONÚNCIA. DESATENDIMENTO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES. NULIDADE. DECRETAÇÃO DE OFÍCIO.

1. A decisão de pronúncia deve obrigatoriamente ser fundamentada, declarando, objetiva e concretamente, os elementos de convicção colhidos nos autos que legitimam a sujeição do acusado a julgamento pelo Tribunal do júri,

conforme dicção do art. 93, IX, da Constituição Federal e art. 408, do Código de Processo Penal, sob pena de nulidade.

2. *In casu*, a decisão que admitiu a acusação de homicídio qualificado em face do acusado não motivou, ainda que superficial e sucintamente, qualquer dos elementos da sentença de pronúncia, a saber, a materialidade delitiva, os indícios de autoria e a admissão e exclusão de qualificadoras.

4. Nulidade da sentença de pronúncia. Declaração de ofício.

RELATÓRIO

O representante do Ministério Público, em exercício na 5ª Vara do Júri de Fortaleza, denunciou **FRANCISCO SÉRGIO DE PAULA PEDROSA**, como incurso nas sanções do art. 121, § 2º, incisos II e IV¹, do Código Penal (CP), sob acusação de, no dia 27 de janeiro de 1994, por volta das 18h e 30 min., na rua Major Assis, em frente ao número 181, bairro Jardim Iracema, nesta Capital, ter eliminado a vida da vítima **DAVID VASCONCELOS DA SILVA**.

Consta da exordial acusatória que:

“(...) momentos antes do evento delituoso acima apontado a vítima, a pedido de colegas, foi comprar um refrigerante para tomar com cachaça, sendo que durante o caminho, ao passar com a bicicleta que pedalava por uma poça de lama, terminou, involuntariamente, sujando o denunciado, que por ali passava. O denunciado não gostou e chamou a vítima de ‘FILHO DE RAPARIGA’, havendo nesse instante uma discussão verbal entre ambos.

A vítima que estava acompanhada de alguns colegas foi aconselhada a ir para a sua

residência, o que na realidade fez, mas achando que o incidente tinha sido de pequena monta resolveu sair novamente e ficou a conversar com os amigos ali próximo.

Passados quinze minutos do incidente anterior, eis que surge o denunciado, montado em uma bicicleta e aproveitando-se de que a vítima estava distraída, ajeitando um cordão, saca de arma que portava e comprime o gatilho, acertando um certo e letal golpe no peito esquerdo da vítima”. (fl. 03).

Ao término da instrução probatória, o Juízo monocrático da 5ª Vara do Júri da Comarca de Fortaleza pronunciou o acusado como incurso nas sanções do art. 121, § 2º, inc. IV, do Código Penal (fls. 112/115).

Irresignada com a pronúncia do réu, a defesa interpôs recurso em sentido estrito (fls. 116/123), pleiteando a exclusão da qualificadora prevista no inc. IV, § 2º, do art. 121, do Código Penal, de forma que o recorrente seja julgado apenas com relação ao homicídio simples previsto no **caput** do artigo referido.

Em contra-razões (fls. 123/134), o órgão ministerial requereu a manutenção da decisão de pronúncia, especificamente da qualificadora do recurso que impossibilitou a defesa da vítima.

O juízo pronunciante, em juízo de retratação, manteve a decisão de pronúncia, ora atacada (fls. 135/136).

Instada a se manifestar (fls. 136/138), a douta Procuradoria Geral de Justiça opinou no sentido de que o recurso seja conhecido, porém, improvido.

Eis, em síntese, o relatório.

VOTO

Trata-se de Recurso em Sentido Estrito interposto, com fundamento no art. 581, inciso IV, do Código de Processo

Penal (CPP), por FRANCISCO SERGIO DE PAULA PEDROSA contra decisão exarada pelo Juízo da 5ª Vara do Júri da Comarca de Fortaleza, na qual pronunciou o recorrente como incurso nas sanções do art. 121, § 2º, inc. IV, do Código Penal (CP).

Conforme declinado no relatório, visa o presente recurso a exclusão da qualificadora da “impossibilidade de defesa da vítima” (art. 121, § 2º, IV, CP), para o fim de que o acusado seja julgado tão-somente pela imputação de homicídio simples, previsto no **caput** do art. 121 do CP.

É cediço que o art. 408 do Código de Processo penal estabelece que **“Se o juiz se convencer da existência do crime e de indícios de que o réu seja o seu autor, pronuncia-lo-á, dando os motivos de seu convencimento”**. (grifo nosso).

Hodiernamente, é cediço que não basta o juízo processante convencer-se, subjetivamente, da existência dos elementos imprescindíveis para prolação da sentença de pronúncia, pois esta exige a indicação de elementos fáticos colhidos nos autos que justificaram a convicção do magistrado pronunciante, sob pena de nulidade da sentença de pronúncia.

Em face disto, é imperioso, de início, ressaltar que, analisando a sentença de pronúncia em questão, verifica-se, à evidência, que a mesma **encontra-se eivada de vício de nulidade absoluta que, mesmo não invocado pelo recorrente, deve ser declarado de ofício**.

E isso é assim porque a sentença exarada pelo juízo singular que admitiu a denúncia do Ministério Público e determinou, por conseguinte, o julgamento do recorrente pelo Plenário do Tribunal do Júri, **não logrou motivar concretamente os elementos da sentença de pronúncia, quais sejam, a materialidade do crime e os indícios de autoria, além da qualificadora do crime, tanto a admitida como a excluída pelo juízo a quo**.

De fato, não há correspondência lógica entre a fundamentação (fls. 113/114) e a parte dispositiva da decisão (fl. 115) na qual admitiu a acusação, posto que **não se vislumbra na decisão de pronúncia nenhum exame, ainda que perfunctório e superficial, da existência do crime, dos**

indícios de autoria e da qualificadora imputada ao recorrente. E isso, por si só, compromete irremediavelmente o libelo que tem como fonte a pronúncia.

De fato, o ato judicial de pronúncia da lavra do Juízo monocrático não contém todos os elementos essenciais às sentenças e decisões interlocutórias, notadamente a fundamentação do pronunciamento jurisdicional.

É que, a teor da Constituição Federal, “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e **fundamentadas todas as decisões**, sob pena de nulidade...”. (art. 93, IX, CF/88). Esse dispositivo constitucional estabelece o princípio da motivação das decisões judiciais, que se constitui em pressuposto de sua legitimidade jurídica, de tal sorte que a falta de motivação ocasiona a nulidade da manifestação judicial.

A propósito, cite-se a inteligência de Antonio Magalhães Gomes Filho, na obra *A Motivação das Decisões Penais*, São Paulo: RT, pp. 71-72, ao ressaltar dois pontos fundamentais sobre o inc. IX do art. 93 da Constituição Federal:

“O primeiro diz respeito à extensão do dever de motivar: ao referir-se a todas as decisões, o constituinte evidentemente pretendeu incluir nessa exigência todo e qualquer pronunciamento jurisdicional que contenha uma carga decisória, mínima que seja, só estando excluídos, portanto, os denominados despachos de mero expediente.

O segundo está relacionado à previsão da sanção de nulidade no próprio texto constitucional: além de constituir uma novidade, tanto no nosso ordenamento como em relação ao direito constitucional comparado, isso revela a gravidade dos vícios de motivação, pois a falta de motivos ou a fundamentação deficiente ou contraditória mutilam a própria integridade do ato judicial”.

Frise-se, outrossim, que a motivação tem o mérito de dar transparência e visibilidade à atividade jurisdicional, pondo “a administração da justiça a coberto de suspeita dos dois piores vícios que possam manchá-la: **o arbítrio e a parcialidade**”.² (grifo nosso).

No caso em tela, é patente que a decisão de pronúncia em exame não se pautou pela fundamentação dos elementos acolhidos pelo Juízo monocrático, eis que **tão-somente exarou uma fundamentação formal sobre a autoria delitiva, os indícios e a qualificadora, que houvesse sobre tais uma motivação a justificar, ainda que de forma sucinta e superficial, o julgamento do recorrente pelo Tribunal do Júri.**

Destaque-se que o juízo singular, **em momento algum da sentença de pronúncia**, motivou a admissibilidade da acusação em face do recorrente. Pelo contrário, sem dedicar uma linha sequer para motivar o ***decisum*** em questão, admitiu a denúncia do órgão ministerial com fundamentos apenas formais. Isso é o que se pode ver nas próprias palavras do juízo pronunciante, ***in verbis***:

“A materialidade do delito está comprovada conforme se infere junto as peças contidas no bojo dos autos.

(...)

Há indícios suficientes da autoria, ao que se depreende, deva ser submetida ao Conselho (...).

***In hypothesis*, há indícios da autoria e da materialidade, restando convencimento para a discussão em plenário.**

(...)

(...) todo apanhado dos autos declina de que deva o réu ser submetido ao Tribunal do Júri”.

Daí, pergunta-se: de quais peças processuais o juízo ***a quo*** extraiu seu convencimento sobre a materialidade delitiva,

os indícios de autoria e qualificadoras?

Assim sendo, é patente a nulidade de provimento jurisdicional desse jaez.

A Constituição vigente não tolera fundamentação genérica e abstrata, desprovida de motivos fáticos e jurídicos, mormente porque gera insegurança e incerta nas relações sociais, de vez que pode tal espécie de fundamentação se encaixar, arbitrariamente, em qualquer situação fática, a depender do alvedrio pessoal e subjetivo do julgador.

Não bastasse à Constituição Federal a legitimar a nulidade da sentença ora atacada³, a legislação infraconstitucional também ajuda a retirar toda eficácia do ato jurídico em exame, na medida em que estabelece o art. 564, inciso IV, do CPP⁴, que **a omissão de formalidade que constitua elemento essencial do ato produz-lhe a nulidade.**

E nos termos do art. 408, do CPP, cabe ao magistrado, na sentença de pronúncia, fundamentar a decisão de pronúncia, vale dizer, dar os motivos pelos quais admitiu a acusação contra o acusado, sob pena de incidir em nulidade. Com efeito, não basta convencer-se, mas declarar os elementos de convicção, de forma concisa, constantes dos autos, a legitimar, suficientemente, a sujeição do réu a julgamento pelo Tribunal do Júri.

Saliente-se que a doutrina processual penal de boa qualidade – isto é, aquela comprometida com os postulados do Estado Democrático de Direito, em especial com os princípios constitucionais do direito processual penal garantista, não mais claudica no tocante à obrigatoriedade da motivação dos provimentos jurisdicionais, inclusive da sentença de pronúncia.

A respeito desse assunto, aduz, com percuciência, Guilherme de Souza Nucci, na obra Código de Processo Penal Comentado, São Paulo: RT, 5^o ed., 2006, p. 712, que:

“embora deva a pronúncia ser lavrada em termos equilibrados e prudentes, tal situação não exige o magistrado de fundamentá-la devida e expressamente. Impõe a Constituição Federal

dever ser toda decisão do Poder Judiciário fundamentada (art. 93, IX), o que significa não somente uma imposição a ser cumprida, mas uma garantia imperiosa do réu, que é conhecer as razões que o levaram a sofrer qualquer tipo de constrangimento e também da sociedade de acompanhar a imparcialidade dos órgãos judiciais, tomando conhecimento das teses levantadas pela acusação e pela defesa, dentro da sua competência”.

E arremata o autor citado:

“Assim, a despeito de ser moderado nos seus termos, jamais deve o juiz deixar de fundamentar a pronúncia, avaliando e rejeitando, se for o caso, as teses levantadas pela defesa. (...) No mais precisa acolher ou rejeitar as qualificadoras (...). Logo, fundamentá-las também é indispensável”.

Nesta linha de raciocínio, a jurisprudência pátria, principalmente dos tribunais superiores vem reconhecendo, sem maiores problemas, nula a decisão de pronúncia pela ausência de fundamentação.

Assim é que já decidiu o Superior Tribunal de Justiça,

***verbis*:**

STJ: HABEAS CORPUS. DIREITO PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO. PRONÚNCIA. INDÍCIOS DE AUTORIA. EXAMES PERICIAIS. EXUMAÇÃO DO CORPO DAS VÍTIMAS. TESES INAPRECIADAS NA SENTENÇA E NO ACÓRDÃO. NULIDADE.

1. A pronúncia, enquanto sentença, está subordinada à norma do artigo 381 do Código de Processo Penal, devendo conter, entre

outros requisitos, a exposição sucinta da acusação e da defesa (inciso II) e a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão (inciso III). Nulidade da sentença de pronúncia. (HC – 2003/0000630-5, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, 6ª T., j. 31.05.2006, DJ. 19.12.2005).

STJ: “Pronúncia – Ato de conteúdo meramente declaratório – Decisão, no entanto, que deve ser suficientemente fundamentada, estando o Juiz obrigado, sob pena de nulidade, a dar os motivos do seu convencimento – Inteligência do art. 408 do CPP. (...) Embora seja ato de conteúdo meramente declaratório, em que o Juiz apenas proclama admissível a acusação, a pronúncia deve ser suficientemente fundamentada, estando o Juiz, sob pena de nulidade, a dar os motivos do seu convencimento, consoante dispõe o art. 408 do CPP” (RT 766/571).

Cite-se, ainda, outra decisão do Superior Tribunal de Justiça, que parece ter sido emitida para o caso de que ora se trata:

STJ: “PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO DE *HABEAS CORPUS*. ARTIGO 121, § 2º, INCISOS I, III, IV e V DO CÓDIGO PENAL. FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO DE PRONÚNCIA. NULIDADE.

I - Verificando-se que a decisão de pronúncia serviria para qualquer caso, resta evidenciada a deficiência na fundamentação.

II - Ausente a devida fundamentação na decisão de pronúncia, acerca da admissibilidade da acusação, há que se dar provimento ao recurso

para anulá-la. Recurso de *habeas corpus* provido. (RHC 2000/0068812-6, Min. Rel. Felix Fischer, 5ª T., j. 18.09.2001, DJ 29.10.2001).

Na mesma ordem de idéias, a jurisprudência vem declarando inválida por vício de nulidade a sentença de pronúncia ausente de fundamentação quanto às qualificadoras, seja para admiti-las ou excluí-las do ato pronunciatório. À mão de ilustrar, citem-se julgados do STF e do STJ, respectivamente, nestes termos:

STF: A sentença de pronúncia deve analisar as qualificadoras imputadas ao réu. A inclusão da circunstância qualificadora na sentença de pronúncia exige, ainda que sucintamente motivado, um juízo positivo do pronunciante, que deve, em conseqüência, proclamar, sempre com fundamentos em prova idônea, a existência da qualificadora. É por tal razão que o juiz, nesse ato sentencial – que constitui a própria fonte do libelo -, deve analisar, ainda que com um mínimo de fundamentação, as circunstâncias qualificadoras que foram imputadas pelo Ministério Público em sua peça acusatória”
(STF – HC 74351 – 5ª T – Rel Celso Mello – DJU 13.12.96, p. 50.166).

STJ: “Ainda que sucintamente, ao admitir na sentença de pronúncia, as qualificadoras que pesem sobre o réu, deve o magistrado fundamentar sua decisão, dando os motivos de seu convencimento, sem, contudo, valorá-los subjetivamente. Ordem concedida, parcialmente, para anular a sentença de pronúncia, mantendo-se, no mais, os outros termos processuais”.

Outrossim, consignem-se decisões dos tribunais estaduais do Distrito Federal, Rio Grande do Sul, São Paulo e Espírito Santo, transcritos, nessa mesma ordem:

TJDF: “A fundamentação de todo ato decisório, no qual se inclui a pronúncia, é exigência que não pode ser postergada, sob pena de nulidade (art. 93, IX, da CF). Deve o Juiz, ainda que sucintamente, fundamentar sua decisão a respeito das circunstâncias qualificadoras postuladas pela acusação, quer para acolhê-las, quer para rejeitá-las, dando os motivos do seu convencimento” (RT 765/625).

TJRS: “Recurso-crime. Júri. Homicídio qualificado. Sentença de pronúncia. Ausência de fundamentação em relação ao admitir das qualificadoras previstas nos incs. II e IV do § 2º do art. 121 do CP. Desatendimento do princípio constitucional previsto no art. 93, inc. IX, da Carta Maior. De ofício, decretaram-se a nulidade da decisão pronúnciatória, forte no art. 564, ins. IV, do CPP. Unânime”. (RJTJERGS 191/140-141).

TJSP: “Sentença criminal – Pronúncia – Fundamentação – Ausência, no tocante às qualificadoras do delito – Decisão anulada. Recurso provido”. (JTJ 230/302)

TJES: “Nos termos do art. 408 do CPP cabe ao juiz, na sentença de pronúncia, fundamentar a decisão quanto às qualificadoras do delito, e não apenas admiti-las por constarem na denúncia”. (RT 752/643)

TJRN: “Deve ser decretada a nulidade da pronúncia por falta de fundamentação das

qualificadoras do crime, por omissão das formalidades que constituem elemento essencial do ato, nos termos do art. 564, IV, do CPP, pois, a teor do art. 416 do CPP, a sentença de pronúncia deve especificar todas as circunstâncias qualificativas do crime; e convencendo-se o Magistrado da existência de alguma delas, deverá obrigatoriamente dar os motivos desse seu convencimento, acarretando a falta de fundamentação nulidade da decisão recorrida” (RT 739/672).

Adite-se que a Colenda 1ª Câmara Criminal deste Egrégio Tribunal de Justiça já decidiu, em acórdão da lavra do eminente Des. Fernando Luiz Ximenes Rocha, à unanimidade, no sentido do posicionamento ora sustentado. Senão vejamos:

EMENTA: CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. SENTENÇAS DE PRONÚNCIA. QUALIFICADORAS. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. NULIDADE.

I. Em sede de pronúncia, deve o magistrado fazer uso de termos sóbrios e comedidos, não podendo, entretanto, furtar-se de motivar seu convencimento a respeito das circunstâncias qualificadoras do crime, sob pena de violar a garantia constitucional da fundamentação das decisões judiciais (art. 93, IX, da C.F.).

II. Recurso provido, decretando-se a nulidade da sentença de pronúncia, à míngua de fundamentação”.

Acresça-se que a nulidade ora em estudo, por se tratar de nulidade absoluta, deve ser decretada de ofício, nada obstante a não demonstração do prejuízo para a parte, já que, na espécie, é mais do que evidente e claro a ocorrência de dano para o recorrente. De vez que o acusado sofre uma grave imputação de homicídio qualificado sem nenhuma motivação por

parte do juízo singular.

Não se pode olvidar que seria totalmente incompatível com a Constituição Federal, que elegeu os direitos e garantias fundamentais como premissas basilares, defender-se a desnecessidade de fundamentação, ainda que em termos sucinto e objetivo, da sentença de pronúncia. De fato, nenhuma conveniência, como a celeridade e economia processuais – podem justificar a ausência de fundamentação dos provimentos judiciais, em especial da sentença de pronúncia. Nada justifica a violação do texto constitucional, ainda mais quando em xeque o direito individual de liberdade, como no presente caso. DE fato, de nada adiantaria a Constituição Federal tornar obrigatória a motivação das decisões se o julgador pudesse, ao seu bel prazer, exarar atos judiciais decisórios sem explicitar os motivos que os embasam. Admitir isso, é fraudar a Constituição.

Não podemos, já tive a oportunidade de dizer alhures, depois de anos vivendo à sombra, às margens da legalidade constitucional, correr o risco de desperdiçar os direitos e garantias fundamentais, sob qualquer forma de argumentação. Não podemos tornar os dispositivos contemplados na Constituição vigente algo meramente simbólico, sem valor ou força normativa vinculante, sobretudo, para os poderes públicos. Se o texto Constitucional não foi feito para ser cumprido, melhor seria não ter sido escrito.

É evidente que o respeito integral às normas legais e constitucionais tem um preço para o Estado-Juiz, mas tal preço é o mínimo que o poder público deve arcar para garantir a existência do Estado Democrático de Direito, no qual o respeito à legalidade é, em última análise, a pedra de toque de proteção do cidadão em face do poder do Estado. Tanto é assim que a prova de fogo para se saber se um país tem uma democracia de boa qualidade é observar o grau de respeito do Estado para com os direitos e garantias individuais, principalmente dos acusados em processos penais, local mais sensível à ingerência do Poder no âmbito dos direitos individuais.

Destarte, pensamos que a tese ora defendida é, **data máxima venia**, a mais compatível com a Constituição Federal e com o Estado democrático de Direito e de Justiça por aquela

instituída como ideologia política a reger as relações entre o Estado e os cidadãos, e deste entre si.

Isso porque “a definição do Estado brasileiro como democrático obriga a todos os que agem em nome do estado à aplicação de preceitos segundo os requisitos de democracia”⁵. Vale dizer, se se tem mais de uma interpretação para determinado dispositivo constitucional ou legal, deve-se optar por aquela interpretação que apresente conteúdo de maior teor democrático, ou melhor, mais condizente com o Estado democrático de Direito.

Com efeito, é inegável que uma interpretação no sentido de anular provimentos jurisdicionais desfundamentados é mais democrática do que em sentido inverso, máxime na esfera penal, na qual é mais grave o risco de decisões arbitrárias, de vez que podem atingir diretamente os direitos e garantias individuais estabelecidos na Constituição como fundamentais, como anteriormente ressaltado.

Do exposto, a deferência para com a Constituição vigente e a predileção que tenho para com a democracia e o Estado de Direito, obrigam-me, de ofício, declarar a nulidade da sentença de pronúncia ora atacada e determinar ao juízo processante que proceda, *incontinenti*, à necessária e devida fundamentação, **em sede de nova pronúncia**, relativamente à materialidade delitiva, aos indícios de autoria e qualificadoras, neste último caso, tanto para admiti-las ou como excluí-las. Ato-contínuo, determino o retorno dos autos ao juízo *a quo*.

É como voto.

Fortaleza, 25 de janeiro de 2007.

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

**RECURSO CRIME EM SENTIDO ESTRITO Nº
2004.0015.4221-8/0, DE FORTALEZA
RECORRENTE: MARCOS AURÉLIO NOGUEIRA DA COSTA**

RECORRIDA: A JUSTIÇA PÚBLICA**RELATOR: DES. FRANCISCO HAROLDO RODRIGUES DE ALBUQUERQUE**

EMENTA: RECURSO CRIME EM SENTIDO ESTRITO. PRONÚNCIA. LEGÍTIMA DEFESA. EXCLUSÃO DE QUALIFICADORAS. IMPOSSIBILIDADE.

1- Não há que se cogitar de absolvição sumária com base em legítima defesa, quando não encontrada, nos autos, prova incontroversa da referida excludente de criminalidade.

2- Não pode o magistrado singular, ao proferir decisão de pronúncia, excluir qualificadora inserta na denúncia, sendo o Tribunal do Júri, por ser órgão soberano, competente para tal ato, a não ser quando sejam as mesmas manifestamente improcedentes. Recurso improvido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso-crime em sentido estrito, acorda a 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em julgamento de turma e por unanimidade de votos, improver a irresignação aludida, nos termos do voto condutor.

Marcos Aurélio Nogueira da Costa, inconformado com a decisão que o pronunciou nas sanções do art. 121, § 2º, inciso II, do CPB, interpôs, com fundamento no art. 581 do CPP, recurso crime em sentido estrito, onde requereu, de forma confusa, *que reformem a sentença de pronúncia, impronunciando, desclassificando, absolvendo liminarmente, ou retirando as agravantes*, sob a justificativa de que agiu em legítima defesa.

O órgão ministerial, às fls. 199/203, apresentou contra-razões, quando requereu que fosse mantida a decisão recorrida, tendo destacado que a presente impetração tem caráter meramente procrastinatório.

O órgão ministerial, à fl. 211, requereu a conversão

do julgamento em diligência, com a remessa dos autos a origem, para que o magistrado singular proferisse, motivadamente, despacho de manutenção ou reforma da pronúncia, sendo certo que referida autoridade judiciária, como se vê às fls. 218/220, manteve a decisão recorrida, determinando, de logo, o encaminhamento dos autos para esta instância.

A Procuradoria Geral de Justiça, manifestando-se, opinou pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

O presente recurso crime em sentido estrito não pode prosperar, isso porque o magistrado singular agiu nos precisos termos da lei ao pronunciar o acusado nas sanções art. 121, § 2º, inciso II, do CPB, não reconhecendo a alegada excludente de criminalidade, nem, muito menos, excluindo a qualificadora inserta na peça denunciatória.

Vale destacar, inicialmente, que a tese de legítima defesa, levantada pelo recorrente, não restou devidamente comprovada nos autos, não se prestando, portanto, para a absolvição sumária reivindicada, dado não se configurar a hipótese prevista no art. 411 do CPP.

Veja-se o teor da norma acima mencionada:

O juiz absolverá desde logo o réu, quando se convencer da existência de circunstâncias que exclua o crime ou isente de pena o réu (arts. 17, 18, 19, 22 e 24, § 1º, do Código Penal), recorrendo, de ofício, da sua decisão. Este recurso terá efeito suspensivo e será sempre para o Tribunal de Apelação.

Assim, para que o acusado seja absolvido sumariamente, se faz necessário que exista prova incontestada da apontada excludente, o que incorre na espécie, devendo, o mesmo, ser submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri, isso porque, quando da decisão sobre a pronúncia, impera o princípio do ***in dubio pro societate***.

Acerca da matéria, destaque-se os seguintes

julgados:

TJAP: Sem prova incontroversa da excludente de legítima defesa, não se há cogitar em absolvição sumária, mas sim em pronúncia, para submeter o agente a julgamento pelo Tribunal do Júri, máxime ante robusta prova da materialidade e autoria em crime de homicídio simples (art. 121, caput). Recurso improvido. (RDJ 8/416)

TJSP: A absolvição sumária do art. 411 do CPP só tem lugar quando a excludente de culpabilidade desponte nítida, clara, de modo irretorquível, da prova dos autos. Mínima que seja a hesitação da prova a respeito, impõe-se a pronúncia, para que a causa seja submetida ao Júri, juiz natural dos crimes dolosos contra a vida, por força de mandamento constitucional.” (RT 656/279). No mesmo sentido STF: RTJ 63/833, 61/344; TJMG: RT 533/381-2, 543/402; TJSP: 503/328, 514/348, 532/338, 534/328, 564/326, 655/275, 735/580.

Veja-se, também, o que decidiu o STF:

Para ser reconhecida na fase da absolvição sumária a legítima defesa deve resultar estreme de dúvida da prova dos autos.(STF, RTJ 63/833, Rel. Min. Celso de Melo).

Quanto ao pedido alternativo no sentido de que, inacolhida a tese de legítima defesa, seja afastada a qualificadora do § 2º, inciso II, do art. 121 do CPB, também não tem o menor cabimento, não merecendo, pois, que seja reformada a decisão do magistrado.

O certo é que, havendo indícios de autoria e

constatada a existência do ato criminoso, como é o caso aqui cogitado, é dever do magistrado pronunciar o réu, sendo-lhe defeso, portanto, excluir da decisão de pronúncia qualificadora contida na denúncia, vez que referida decisão encerra, apenas, um juízo de admissibilidade, devendo referida matéria ser submetida ao crivo do Tribunal Popular, mormente porque a exclusão reivindicada, no momento da pronúncia, só é cabível quando inconteste e extreme de dúvidas, o que não ocorre na espécie.

Sobre o assunto, convém colacionar os julgados que se seguem:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 121, § 2º, I, DO CÓDIGO PENAL. PRONÚNCIA. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. NULIDADE. EXCLUSÃO DE QUALIFICADORA. FUNDAMENTAÇÃO. I - Tendo sido verificado, até onde a via célere do *writ* permite chegar, a ausência, no recurso em sentido estrito, de qualquer ato capaz de influenciar o ânimo dos julgadores, não há que se falar em anulação do v. acórdão reprochado, por este motivo. II - “As qualificadoras só podem ser excluídas da sentença de pronúncia quando manifestamente improcedentes e descabidas, o que não é o caso dos autos. Cabe ao Tribunal do Júri, que é o juiz natural para julgamento dos crimes dolosos contra a vida, dirimir a ocorrência ou não das qualificadoras.” (Resp 317.828/ES, 5ª Turma, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, 02.12.2002). III - Não há que se falar em ausência de fundamentação da r. decisão de pronúncia, quando apesar de sucinta, esta se encontra devidamente embasada. (Precedentes). *Writ* denegado.

(HC27110/PE; HABEAS CORPUS 2003/0026024-9, Ministro FELIX FISCHER, T5 - QUINTA TURMA,

JULG. EM 02/12/2003, DJ 19.12.2003 p. 520).

CRIMINAL. HC. HOMICÍDIO QUALIFICADO. SENTENÇA DE PRONÚNCIA. MERO JUÍZO DE SUSPEITA. RECONHECIMENTO DE QUALIFICADORA. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. INOCORRÊNCIA. LEGALIDADE DO *DECISUM*. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. RECURSO DESPROVIDO. I. Não há qualquer ilegalidade na decisão monocrática de pronúncia, que expôs, nos exatos termos da lei, um mero juízo de admissibilidade da acusação. II. Somente quando evidente a inexistência de crime ou a ausência de indícios de autoria – em decorrência de circunstâncias demonstradas de plano e estreme de dúvidas – pode o juiz julgar improcedente a pretensão punitiva, deixando de pronunciar o réu, sendo que eventuais dúvidas sobre tais circunstâncias deverão ser dirimidas apenas pelo Tribunal do Júri. III. As qualificadoras só podem ser excluídas quando, de forma incontestada, mostrarem-se absolutamente improcedentes, sem qualquer apoio nos autos, sob pena de invadir a competência constitucional do e. Conselho de Sentença. IV. Nova avaliação da questão não é permitida na via eleita, pois ausente ilegalidade flagrante na sua conclusão. V. **Recurso desprovido. (RHC 15886/ES; RECURSO ORDINARIO EM *HABEAS CORPUS* 2004/0043784-6, Ministro GILSON DIPP, T5 - QUINTA TURMA, JULG. EM 25/05/2004, DJ 02.08.2004 p. 427).**

Recentemente o STJ decidiu, através da sua 6ª Turma: “ Ao juiz singular, ao fazer a pronúncia, é defeso excluir qualificadoras. O julgamento, por imposição constitucional, é do Tribunal do Júri (CF, art. 5º XXXVIII). (RT 694/393). No mesmo

sentido, STJ: RT 730/475, RSTJ 84/325).

Ainda sobre o tema:

TJSP: As qualificadoras mencionadas na denúncia só devem ser excluídas da pronúncia quando manifestamente improcedentes e de todo descabidas. Ao Júri, em sua soberania, é que compete apreciá-las, com melhores dados, em face da amplitude da acusação e da defesa. (RT 668/275).

TJSC: Em sede de pronúncia, onde vigora o princípio do *in dubio pro societate*, tendo a qualificadora apoio razoável na prova coligida nos autos, é dever do magistrado mantê-la, a fim de que seja a mesma apreciada soberanamente pelo Tribunal Popular do Júri. (JCAT 75/548).

Tratando-se de sentença de pronúncia, mero juízo de possibilidade, não se justifica a exclusão de qualificadoras apontadas na denúncia, quando não as repele, manifesta e declaradamente, a prova colhida no inquérito e na instrução. Ao Tribunal do Júri compete apreciá-las, com melhores dados, em face da amplitude da acusação e defesa em plenário. (TJSP, Rec. Rel. Silva Leme, RT, 560:323).

Sobre da matéria, convém destacar, ainda, a súmula nº 3, do Tribunal de Justiça do Ceará, *in verbis*:

As circunstâncias qualificadoras constantes da peça acusatória somente serão excluídas da pronúncia quando manifestamente improcedentes, em face do princípio *in dubio pro societate*.

Portanto, diante dos fatos e fundamentos acima externados, não pode prosperar o presente recurso, devendo o acusado ser julgado pelo Tribunal do Júri, na forma como foi pronunciado.

É como voto.

Fortaleza, 03 de outubro de 2006.

DISCURSOS

DISCURSO DE POSSE NA PRESIDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ DO DESEMBARGADOR FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA

Recebo, com grata satisfação, a Chefia do Poder Judiciário cearense das mãos honradas do eminente Desembargador Francisco da Rocha Victor, com quem tive o privilégio de conviver por mais de 12 (doze) anos, integrando a mesma Câmara Julgadora, o que me permite testemunhar seu compromisso com a causa da Justiça e com o prestígio deste Poder tão essencial à consolidação do Estado Democrático de Direito. Auguro, pois, a Sua Excelência, no gozo da merecida aposentadoria depois de longos anos de dedicação à judicatura, continuar sempre perseguindo esses ideais que ornamentaram sua carreira de magistrado.

Assumo a Presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, cômico dos deveres e obrigações do cargo e de suas mais nobres tradições, e essas responsabilidades são ampliadas significativamente, na medida em que me têm sido endereçadas inúmeras manifestações de confiança em minha gestão, não só pelos colegas magistrados, de primeiro e segundo graus, mas também pelos advogados, membros do Ministério Público, defensores públicos, nossos servidores, a Imprensa, a Academia e demais segmentos de nossa sociedade.

Essas carinhosas manifestações, se, por um lado, me assustam, por outro, dão-me a força necessária para o exercício republicano das funções de tão elevado cargo. Devo confessar-lhes, no entanto, fazendo minhas as palavras de um grande cearense, o Marechal-do-Ar Casemiro Montenegro Filho, que “em toda minha vida profissional, jamais acreditei em messianismo, estrelismo, concentração do poder e do mérito em um só indivíduo. Sempre trabalhei em equipe. E se algum merecimento tenho, é de ter sabido despertar em meus companheiros o entusiasmo, delegar-lhes autoridade com responsabilidade, exortá-los ao pleno uso de suas potencialidades e qualidades em proveito do povo brasileiro”. Nesse sentido tenho invocado com freqüência a lição de Hannah

Arendt, quando diz “ninguém, por mais forte que seja, pode realizar alguma coisa, boa ou má, sem a ajuda de outros”.

Os desafios são enormes e os trabalhos serão árduos, porquanto existem decisões difíceis a serem tomadas e há muita coisa por ser feita. Fácil seria recolher-me à vida privada, mas isto implicaria despolitização e abdicação da cidadania, além de um gesto de covardia que não fica bem para um homem idealista, pois o ideal, com diz Frei Beto, “não suporta a covardia”. Ademais, invoco novamente os ensinamentos de Hannah Arendt, para quem “viver uma vida inteiramente privada significa, acima de tudo, ser destituído de qualidades essenciais à vida verdadeiramente humana”.

Sendo assim, não posso desertar dos desafios que a vida coloca em meu caminho. O ato de viver, por si só, já é grande desafio. Por isso, somente me resta enfrentá-los com coragem, pois é isso que a vida exige de nós, como bem sentenciou Guimarães Rosa pela boca do jagunço Riobaldo: “O correr da vida embrulha tudo, a vida é assim: esquenta e esfria, aperta e daí afrouxa, sossega e depois desinquieta. O que ela quer da gente é coragem”.

Estou convicto de que as tarefas cometidas à Presidência desta Corte são por demais relevantes, notadamente nesta quadra de desesperanças e desalentos reinantes no seio de nossa sociedade, que não mais aceita assistir pacificamente a tanta impunidade e corrupção de nossos governantes, razão pela qual exige do Poder Judiciário decidida firmeza em se desvencilhar de suas mazelas, para que possa desempenhar, com denodo, sua missão de distribuição da Justiça. Todavia, não se pode deixar de perceber que a mudança reclamada ao Judiciário estará fadada ao malogro caso não se faça acompanhar, como pontua Paulo Bonavides, “de uma transformação no comportamento do Executivo e do Legislativo, donde promanam vícios que contaminam o ser social e o ente público”.

Consciente de tudo isso, conforta-me a certeza de que contarei com o apoio de todos, com a solidariedade e o aconselhamento dos meus ilustres pares, bem como com a

lealdade, a colaboração e o incansável trabalho dos servidores deste Poder.

Sinto-me igualmente aliviado em contar, na Vice-Presidência e na Corregedoria-Geral, com os eminentes Desembargadores Rômulo Moreira de Deus e José Cláudio Nogueira Carneiro, cujas qualidades morais e intelectuais têm público reconhecimento, e de quem espero receber a cooperação imprescindível à missão que juntos temos a cumprir.

Nada, porém, me deixa mais revigorado do que a presença constante, atuante e solidária de minha mulher Marfisa e de meus filhos Sofia e João Gabriel, a eles, parodiando Neruda, dedico tudo o que faço, tudo o que sou e tudo o que tenho. Não é muito, mas sei que eles estão contentes.

Em meu nome e no deles, assim como no dos Desembargadores Rômulo Moreira de Deus e José Cláudio Nogueira Carneiro, agradeço, comovido, as palavras generosas do eminente Desembargador Luiz Gerardo de Pontes Brígido, velho amigo e aliado incansável na luta por um Judiciário forte, altivo, independente e capaz, merecedor da confiança da sociedade, a qual só assim lhe confere legitimidade; do douto Procurador-Geral da Justiça, Dr. Manoel Soares Lima Filho, que tão bem está a conduzir os destinos do Ministério Público de nosso Estado; do Professor Paulo Bonavides, a quem o Ministro Sepúlveda Pertence, prefaciando livro em homenagem pela passagem de seus 80 anos, coordenado por mim e pelo Professor Filomeno Moraes, chamou, com muita propriedade, de “Sábio e Cidadão”, o qual, nesta solenidade, representa não só a valorosa classe dos advogados, como também a Academia e essa legião de amigos, cuja presença tanto me fortalece, porquanto, plagiando Carlos Fuentes, digo que é nos amigos que encontramos aquilo que nos falta, ou ainda, como ensina o mesmo autor, “o que recebemos na família, confirmamos na amizade”. Daí proclamar Alain de Botton que “viver cercado de amigos é ter constantemente nossa identidade confirmada”.

Experimento um instante de rara emoção. Inegável, também, que me encontro envaidecido – esconder tal sentimento não seria sincero – ao ver meu nome incorporar-se à galeria

daqueles que presidiram esta Instituição com tanta competência e talento.

Tomo posse na Presidência desta Corte em momento singular de nossa história republicana, no qual vemos o Poder Judiciário sendo alvo de mudanças, inauguradas a partir da promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004 cuja implantação aos poucos vem ocorrendo, com o escopo não só de tornar mais eficaz a prestação jurisdicional, mas, acima de tudo, de dar maior transparência e visibilidade aos atos administrativos de magistrados e tribunais, de modo que o Judiciário, tal qual os demais Poderes do Estado, não fique imune à fiscalização da cidadania e do corpo social, pois só assim poderemos edificar uma sociedade realmente democrática.

Com efeito, investido na Chefia do Poder Judiciário cearense, incumbe-me a liderança formal desse processo, procurando, com o respaldo de meus pares e daqueles que exercem as funções essenciais à Justiça, bem como de seus serventuários, administrá-la de forma que cumpra sua finalidade, fazendo-se processualmente célere, tecnicamente efetiva, socialmente eficaz e politicamente independente.

Para tanto, precisamos, brevemente, alterar a estrutura de nossa máquina administrativa, a torná-la menos burocrática e mais eficiente. Já temos um esboço de projeto que logo mais submeteremos ao crivo desta Corte, para, uma vez aprovado, o encaminharmos à augusta Assembléia Legislativa, esperando contar com o apoio dos ilustres Deputados e do Governador do Estado. Não se cuida de algo definitivo, mas de um primeiro passo na direção da modernização, já que optamos por não gerar qualquer aumento de despesa; ao contrário, tencionamos diminuí-la, para que, com essa economia, possamos redirecionar esses recursos para suprir inúmeras carências por que passa o nosso Judiciário, especialmente no interior do Estado, para onde voltarei minha atenção, sem descuidar, contudo, da Capital e da Região Metropolitana. É compromisso inarredável desta Presidência fortalecer a magistratura de primeiro grau, porquanto é nessa instância que se trava o primeiro contacto do jurisdicionado com

a Justiça, ali repousa a vitrina do Judiciário, dali é que se retira a primeira impressão dessa Instituição essencial a um Estado que se pretenda democrático e de direito.

Ainda na busca da melhoria de nossa prestação jurisdicional, não podemos esquecer de investir na capacitação de nossos servidores, dando-lhes condições de trabalho adequadas, de modo a motivá-los sempre, reconhecendo serem eles peças fundamentais para o sucesso dessa empreitada. Quero manter com todos um diálogo permanente, fazendo-os partícipes necessários de minha administração.

Faz-se imperioso investir na tecnologia de informática, de maneira a que possamos ingressar definitivamente na era da Justiça virtual, notadamente agora, com a edição da Lei nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006, que torna possível a plena informatização do processo judicial, o armazenamento ou tráfego de documentos e arquivos digitais pela via eletrônica, com toda a comunicação processual pela internet, assinatura digital de petições de advogados, de pareceres ministeriais, de decisões judiciais, cartas precatórias, rogatórias e de ordem, ofícios, tudo feito eletronicamente.

A criação do Diário de Justiça eletrônico, com a instalação de terminais de auto-atendimento em várias localidades, proporcionando a todos, indistintamente, de forma gratuita e democrática, o amplo acesso ao órgão oficial de comunicação do Poder Judiciário, além de contribuir para a reclamada celeridade processual.

Quanto a esse último ponto, não posso esconder minha motivação para prestigiar os meios alternativos de resolução de conflitos, haja vista o exemplo que o Estado do Ceará deu ao Brasil, no último dia 8 de dezembro, consagrado pelo Conselho Nacional de Justiça como Dia da Conciliação, ao mobilizar toda a sociedade, partes e os atores da cena jurídica no engajamento do projeto “conciliar é legal”, realizando em um só dia 10.322 audiências conciliatórias, das quais resultaram 5.437 acordos, com um índice de sucesso de 52,7%, superior aos percentuais obtidos no cotidiano das atividades forenses, o que significa que iniciativas como essas, se efetivadas

periodicamente e com planejamento estratégico, poderão pôr fim a inúmeras demandas judiciais ou evitar que muitas se instalem, além de ajudar a fomentar em nossa sociedade, hoje tão beligerante, uma cultura de paz, a qual, segundo as recentes reflexões do Professor Paulo Bonavides, constitui “um supremo direito da humanidade”, “elevando-se ao grau de direito fundamental de quinta geração ou dimensão”.

Nessa mesma toada, impõe-se fortalecer e ampliar os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, assim como o “projeto concilia” já em pleno andamento, ensejador de que empresas com números elevados de demandas nessas Unidades possam ali instalar salas de atendimento onde se busque um acordo prévio, evitando-se sejam instauradas ações; com o que pode ser descongestionada a chamada Justiça consensual e proporcionada satisfação ao jurisdicionado com a rápida resolução de suas querelas.

Impende, também, na defesa da celeridade processual, condenar o uso excessivo de ações temerárias, o que configura um verdadeiro abuso ao exercício deste direito constitucional. De outra parte, não se pode compactuar com a banalização das ações civis públicas e de improbidade, propostas muitas vezes com flagrante desvio de finalidade a constituir, não raro, indébitas intervenções nos governos estaduais e municipais. O que mereceu, recentemente, enérgica repulsa do eminente Ministro Gilmar Ferreira Mendes que, em despacho antológico, depois de enumerar vários exemplos e demais distorções, assevera que “a história da ação de improbidade – nós sabemos bem – constitui também uma história de improbidades”.

Urge, igualmente, combater com veemência os recursos meramente protelatórios, com altercações insustentáveis à luz do direito, os quais visam a tão-somente fazer com que as sentenças não se efetivem. Normalmente, intentados pelos economicamente fortes que podem pagar bons advogados para conseguirem tal desiderato.

Enquanto essas ações e esses recursos vão-se avolumando, assistimos a Justiça sobrecarregada se distanciar

daqueles mais necessitados, como diz o poeta Raimundo Correia, “esquecidos de Deus, esquecidos do mundo”, os que não conhecem os palácios, sua pompa e intimidade, mas unicamente a miséria e a fome em que vivem. É preciso, pois, voltarmos nosso olhar para esses, sob pena de correremos o risco de nos tornarmos, paradoxalmente, uma Justiça “socialmente injusta”, desacreditada, que não cumpre seu papel fundamental de guardiã primeira da democracia, comprometida com a promoção dos direitos humanos.

De último, cumpre destacar a importância da independência política do Poder Judiciário, consubstanciada na liberdade de julgar e nos atributos de seu autogoverno, que só podem encontrar limites no sistema de freios e contrapesos ditados pelo imutável regime constitucional da separação dos Poderes.

Por conseguinte, não pode o magistrado abdicar, em hipótese alguma, desse predicamento, uma vez que sem juízes independentes não há sociedades livres, muito menos preservação dos direitos fundamentais e das franquias democráticas do cidadão. No exercício de sua função, não se admite possa o magistrado sujeitar-se a qualquer tipo de pressão, seja interna ou externa; deve ele obediência unicamente ao Texto Constitucional e a sua consciência. O medo é incompatível com sua atividade, pois onde ele existe não há liberdade, o que gera insegurança para os que formam o corpo social. Daí asseverar Eduardo Couture: “no dia em que o juiz tiver medo, nenhum cidadão poderá dormir tranqüilo”.

Deveras, é preciso termos em mente que a relevante missão reservada ao magistrado exige dele muita humildade, serenidade e, acima de tudo, bastante coragem, para manter sempre atual a célebre frase “há tribunais em Berlim”, o que significa, no dizer de Luigi Ferrajoli, que “tem de haver um juiz independente que possa vir para reparar as injustiças sofridas, para tutelar o indivíduo mesmo quando a maioria e até a totalidade dos outros se coligam contra ele, para absolver, no caso de falta de provas, mesmo quando a opinião pública exige a condenação, ou para condenar, havendo prova, quando a mesma opinião

pública é favorável à absolvição”.

Por isso é que comungo com Alberto Silva Franco quando afirma que medidas propostas como reformadoras do Poder Judiciário não surtirão resultado palpável caso não se construa um novo padrão de juiz, do qual não sejam exigidos apenas conhecimentos técnico-jurídicos, mas formação humanista, para o que é necessária profunda reformulação do ensino jurídico e uma mudança radical nos processos de recrutamento, formação e seleção do julgador.

De fato, de nada vale renovarmos a estrutura do Poder Judiciário, fazermos alterações nos campos do processo civil e do processo penal, se não mudarmos o paradigma de magistrado que temos, dando-lhe uma melhor formação humanista, de modo a torná-lo mais sensível aos dramas da vida humana que são submetidos a sua apreciação no cotidiano de seu ofício. Tal providência, contudo, há de frutificar a longo prazo, porquanto deverá passar também por uma reformulação dos currículos de nossas faculdades, onde são gerados os atores do Direito.

No entanto, é possível, desde já, avançar nessa caminhada, repensando o papel das chamadas Escolas de Magistratura, para fazer dessas instituições reais instrumentos de aprimoramento e fortalecimento do Poder Judiciário, na medida em que invistam na qualificação ética, cultural e profissional dos juízes, pois sem magistrados de boa formação moral e intelectual não teremos um Judiciário acreditado e eficaz.

De feito, creio que a nossa Escola Superior da Magistratura, sob o comando do Desembargador João Byron de Figueiredo Frota, tem a grande missão de dar uma contribuição singular à excelência cultural de nossos juízes, ocupando-se, principalmente, com a formação dos novos magistrados, a quem, como disse Calamandrei, “é confiada a tarefa de administrar sempre melhor, isto é, sempre de maneira mais humana, a justiça do futuro”. É imperioso desvencilhar-se daquela idéia anacrônica de que ao juiz o que mais interessa é um bom conhecimento de regras processuais, para compreender que o julgador necessita aprofundar seus conhecimentos não só no

campo jurídico, como também nas diversas áreas das ciências humanas, a fim de que possa apresentar-se à sociedade como um autêntico realizador do direito e da justiça, e não um autômato aplicador da lei, inibido de interpretá-la.

Acredito, pois, que a verdadeira reforma consiste em despertar nos juízes a convicção da importância do difícil mister de julgar seus semelhantes, de serem os garantidores dos direitos fundamentais da pessoa humana. Não pode o magistrado manusear o processo como uma máquina, sem se preocupar com as conseqüências de suas decisões, sem enxergar que por trás das páginas dos autos existe uma vida humana que merece ser tratada com respeito e dignidade. É necessário ter em mente que, por entre cada peça que compõe o caderno processual, há um bem jurídico fundamental a ser resguardado. Vale dizer: estará sempre em jogo a liberdade, o patrimônio ou a honra de um ser humano.

Imprescindível se faz pugnar por uma reforma não apenas de quantidade, mas, acima de tudo, de qualidade, que vise preparar o magistrado para os embates da sociedade contemporânea, tais como: o fenômeno da globalização econômica, o qual não se preocupa com a promoção do homem, com seu bem-estar material e espiritual, e segue sem obedecer a qualquer parâmetro ético ou jurídico, colaborando para agravar, cada vez mais, as desigualdades sociais, mantendo privilégios, frutos da riqueza mal distribuída, além de enfraquecer o Estado-nação; das novas formas de criminalidade, que desconhecem limites; das violações dos direitos humanos, que clamam pelo compromisso da Justiça com a efetividade desses bens jurídicos.

Sem isso, fica difícil o contributo do Poder Judiciário à construção de um modelo de sociedade que tenha por metas a consolidação da democracia e a realização do desenvolvimento econômico com justiça social.

Cumpra, por conseguinte, que nós, magistrados, nos conscientizemos de que, assim como os integrantes dos demais Poderes do Estado, estamos também subordinados às normas e princípios esculpidos em nossa Constituição dirigente. Por isso,

no exame do caso concreto, devemos buscar fazer a verdadeira justiça, aplicando, sem tergiversar, os princípios fundamentais do Estado brasileiro, mormente o da dignidade da pessoa humana, que deve embasar a interpretação de todo o ordenamento jurídico; porquanto é o homem, em última análise, o real titular e destinatário de todas as manifestações de poder. De igual modo, exige-se de nós não apenas reequilibrar situações díspares, mas ampliar o rol dos atendidos pela Justiça, que o acesso a esta não seja um privilégio dos ricos e poderosos, mas também da grande maioria hipossuficiente. Não se trata de, como diz José Renato Nalini, “uma opção preferencial pelos pobres, no sentido da teologia da libertação. Mas a constatação de que a pobreza extrema é inconciliável com o exercício da igualdade e da liberdade”.

A Constituição de 1988 nos oferece os instrumentos necessários para uma hermenêutica ajustada aos valores humanistas, pois já no seu preâmbulo estampou o compromisso ideológico e doutrinário com os direitos fundamentais como alicerce básico do Estado democrático de direito, ao anunciar que este se destina “a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos [...]”.

Em seu art. 1º, a Lei Maior de 1988 anuncia como princípios fundamentais do Estado democrático de direito da República Federativa do Brasil, entre outros, a cidadania e a dignidade da pessoa humana (incisos II e III). Esses dois princípios irmanados revelam que não há Estado democrático de direito sem direitos fundamentais, assim como não existem direitos fundamentais sem democracia; em que sejam assegurados não só os direitos civis e políticos guiados pelo princípio básico da liberdade, mas ainda os chamados direitos sociais, fundados no postulado da igualdade, sem os quais a dignidade da pessoa humana não passaria de mera retórica.

De outra parte, em seu art. 3º, pela vez primeira, a Carta da República consigna os objetivos do Estado brasileiro, consistentes na construção de uma sociedade livre, justa e

solidária; na garantia do desenvolvimento nacional; na erradicação da pobreza e da marginalização; na redução das desigualdades sociais e regionais; na promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

O arcabouço jurídico nos foi dado, resta-nos salvaguardá-lo e fazê-lo efetivo. A tarefa não é fácil num País que não consegue reduzir seus contrastes e sua perversa concentração de renda, onde as desigualdades sociais e regionais são contempladas, com indiferença, pelo olhar pacífico de seus governantes; num País que não mais se comove em conviver com o quadro de miséria absoluta que atinge a grande maioria de nossos irmãos e que tanto nos humilha e nos envergonha perante a comunidade internacional.

Esperamos, entretanto, alcançar um dia a real democracia social, política, cultural e econômica, com um Poder Judiciário forte e altaneiro, em condições de desempenhar com galhardia sua tarefa de defender a Constituição, de modo a concretizar os postulados por ela elencados. Esse é o sonho que acalento e confio possa tornar-se realidade, pois como assevera Monteiro Lobato, “tudo é loucura ou sonho no começo. Nada do que homem fez no mundo teve início de outra maneira – mas já tantos sonhos se realizaram que não temos direito de duvidar de nenhum”.

Por fim, quero renovar o meu compromisso com aqueles mais necessitados, os excluídos de tudo, os que não têm acesso efetivo à Justiça, repetindo-lhes uma frase de Pablo Neruda, com a substituição apenas da palavra “poeta” pelo vocábulo “juiz”, para dizer-lhes: “Não estás só; há um juiz que pensa em teu sofrimento”.

Muito obrigado.

Discurso da Desembargadora Lúcia Maria do Nascimento Fiúza Bitu, proferido em 17 de novembro de 2006, por ocasião de sua posse.

Inicialmente agradeço a presença de todos que compareceram a esta solenidade, vindo a prestigiá-la. Cumprimentando e saudando todos os integrantes desta casa:

O Excelentíssimo Senhor Desembargador FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA, Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará;

Excelentíssimos Senhores Desembargadores e Autoridades que integram a mesa;

Excelentíssimos Senhores Desembargadores que compõe esta corte de justiça;

Excelentíssimos Magistrados, Promotores de Justiça, Advogados, Defensores Públicos e demais autoridades aqui presentes.

Registro a presença de três sacerdotes muito estimados e queridos, Frei JOÃO ALBERTO ARAÚJO, Frei RAIMUNDO FERREIRA DE MATOS e Frei RIORD GÓES TAVARES.

Registro também a presença do meu esposo, JOSÉ FIÚZA BITU, pela compreensão e dedicação ao meu ofício judicante, bem como, dos amigos da 3º Vara Criminal, que no decorrer desses anos, comigo trabalharam e muito me ajudaram, pois sem a colaboração deles, impossível seria realizar tão profícuo trabalho, e ainda de todos os funcionários da 2ª Zona Eleitoral de Fortaleza.

Senhoras e Senhores, em face da liturgia desta solenidade e para que, juntamente com a nominata e os discursos proferidos, fique nos anais desta Corte, devo veicular, ante a expectativa geral, uma mensagem. Serei breve, mas, mesmo assim, peço a benevolência dos ouvintes e, mais do que isso, a reflexão de todos sobre o que tenho a dizer.

Inicialmente, devo dizer-lhes que recebo esta nomeação com alegria e humildade, e agradeço comovida e sensibilizada esta grande honraria.

Sou filha natural de Juazeiro do Norte, considero-

me uma pessoa feliz e abençoada por Deus, por tudo que me tem proporcionado, pois tenho excelentes amigos com os quais sempre pude contar.

Abro aqui um parêntese para lembrar algumas pessoas muito especiais na minha vida, reporto-me aos meus pais ROSENDO FAUSTINO DO NASCIMENTO e MARIA DOLORES LIMA NASCIMENTO, a minha mãe preta MARIA AUGUSTA DE JESUS que de maneira carinhosa e incansável me acompanhava diariamente e a minha irmã Vera Maria, para o Colégio da Glória em Recife e ao meio dia nos pegava de volta para casa da minha inesquecível e não menos carinhosa avó materna Bárbara e da minha tia mais querida, Dolaíde, que também estiveram presentes em todas as fases da minha vida, desde quando nasci.

Iniciei minha carreira na magistratura como juíza substituta da Comarca de Independência e tive a sorte de contar com a orientação dos Tabeliães: Os Srs. Joaquim Augusto Bezerra e Raimundo Fernandes de Oliveira, passando posteriormente pelas comarcas de Acopiara, Várzea Alegre, Ipu, Crato e Fortaleza. Respondi ainda pelas Comarcas de Iguatu, Mombaça, Farias Brito e Ipueiras.

Ao longo desses anos contei com a colaboração dos Doutores Promotores de Justiça, Francisco Lúcio do Nascimento, Iranley Vieira Braga, Oto de Otoni Carvalho, Célio Marrocos Aragão, José de Alencar Cortez, Francisco Lincoln Araújo e Silva, José Wilson Furtado, Hamilton Alencar Piancó, Arilo dos Santos Veras, Maria Fátima Franco Ribeiro, dos Advogados, Doutores Aristófanos Vieira Coutinho e Meton Vieira, das Defensoras Públicas, Doutor. Maria Madalena Pontes e Daisy Meyer Cavalcanti Albuquerque e ainda dos Desembargadores Carlos Facundo e José Maria de Melo, o meu sincero agradecimento pelos ensinamentos que recebi no início e no decorrer da minha carreira.

Ao assumir hoje este desafio, tenho uma grande expectativa; a de continuar sendo justa e compreensiva em minhas decisões.

Todos nós temos consciência das dificuldades que o Poder Judiciário vem passando ao longo desses anos, temos

consciência também de que mesmo com o talento de nossos abnegados administradores, as dificuldades de acesso ao judiciário, de rapidez na tramitação dos processos, ainda deixam a desejar, principalmente àqueles que mais necessitam e nós sabemos que as causas são muitas, dentre as quais podemos destacar o aumento da população, desproporcional ao número de juízes, promotores, defensores públicos e de funcionários.

Ciente destes problemas, nesse momento assumo aqui o compromisso de colaborar incansavelmente para a rápida tramitação das ações, cujas decisões necessitam de reexame e prometo com a ajuda de Deus, mesmo com as adversidades, que estamos sujeitos no dia a dia, esforçar-me no sentido de minimizar estes problemas.

Para finalizar, gostaria de agradecer ao Senhor nosso DEUS e ao seu filho JESUS CRISTO, fazendo a citação do salmo 86:

“Senhor ao iniciar esta nova jornada, peço a tua proteção. Volta teus olhos para o caminho que ora vou trilhar, estendendo a tua proteção sobre todos os meus passos. Ilumina a minha estrada, pois, sempre que estás comigo sou forte e capaz de suportar as lições que me destinás. Orienta as decisões que deverei tomar. Acompanha-me e certifica-me de que estarei indo ao encontro das minhas melhores opções. Faz com que minha jornada tenha sucesso, Senhor. Livra-me dos perigos e de quaisquer situações que possam me impedir de construir não somente a minha felicidade, mas também a do meu próximo. Dirige tua luz divina para esta filha tua que ora com fervor, que assim seja para sempre, amém!”

A todos, o meu muito obrigado.

Fortaleza/CE, 30 de novembro de 2006.

Lúcia Maria do Nascimento Fiúza Bitu.

ÍNDICE ALFABÉTICO REMISSIVO**MATÉRIA CÍVEL****APELAÇÃO CÍVEL**

Consumidor – mútuo bancário – capitalização mensal de juros – invalidade – limitação de juros a 12% ao ano – não aplicação – cumulação de comissão de permanência com outros encargos moratórios – impossibilidade.....104/105.

Contrato de administração de imóvel – exigência pela contratante de recebimento antecipado de valores cobrados em juízo – não contemplação nas cláusulas contratuais – impossibilidade....89.

Contrato de mútuo – celebração no exterior – cumprimento da obrigação no país que se firmou a avença – distinção entre lei aplicável e jurisdição eleita – inteligência do Art. 9º da Lei de introdução ao código civil.....93/94.

Contrato de promessa de compra e venda – ausência de registro – penhora sobre imóvel – decisão além dos limites da lide – Súmula 84 do STJ – aplicação.....73.

Contrato de seguro de vida em grupo – alteração contratual – imprescindibilidade de anuência dos segurados.....38.

Contribuição previdenciária – implementação dos requisitos para concessão da aposentadoria – inadmissibilidade da persistência do desconto – aplicação da Emenda Constitucional nº 20/98.....43/44.

Divórcio direto – separação de fato por 2 anos – comprovação – caracterização.....33/34.

Duodécimo – atraso no repasse – direito líquido e certo do poder legislativo.....67/68.

Embargos à execução - Penhora não aperfeiçoada – inadmissibilidade – extinção do feito sem julgamento de mérito.....134.

Fisco – apreensão de mercadoria para coagir o contribuinte ao pagamento do tributo – inadmissibilidade.....29/30.

IPTU – ação de execução fiscal – sujeito passivo autarquia estadual – IPEC – sucedido por decreto governamental – ilegitimidade passiva **ad causam**.....120/121.

Licenciamento de veículo automotor – condicionamento ao pagamento das multas – ilegalidade da medida.....50/51.

Militar – inatividade – proventos – recebimento em sua integralidade – supressão – impossibilidade – inteligência do Art. 40, §3º, da Constituição Federal de 1988(com redação dada pela E.C. nº 20/98).....128.

Policiais militares – proventos da inatividade – princípio da equiparação de proventos com vencimentos e vantagens do pessoal ativo.....23.

Retificação de registro de casamento – alteração da profissão – inexistência de prova do alegado – impossibilidade.....57/58.

Servidor público – composição vencimental – remuneração inferior ao salário mínimo – impossibilidade.....61.

AGRAVO DE INSTRUMENTO

Ação revisional de contrato – não demonstração de existência de parte incontroversa – abstenção de inscrição do nome do devedor nos cadastros de restrição ao crédito.....156/157.

Cédula de crédito industrial – execução – alienação antecipada de bens penhorados – providência cautelar – medida não impositiva.....152.

Gratuidade judiciária – pessoa física – falta de infirmação das alegações pela parte contrária – deferimento.....162.

Servidor público – remoção **ex officio** – inexistência de motivação – ato nulo.....145.

HABEAS CORPUS

Execução de alimentos – abrangência – dilação probatória – impossibilidade – denegação.....169.

MANDADO DE SEGURANÇA

Direito fundamental à saúde – Art. 196, da Constituição Federal – aplicabilidade imediata – acesso gratuito aos medicamentos necessários ao tratamento.....223/225.

Falta de prova pré-constituída do direito líquido e certo – extinção do feito sem exame do mérito.....239.

Pensão estatutária - servidor público – teto remuneratório – exclusão das vantagens pessoais do instituidor do benefício.....196/198.

Servidor aposentado – incidência da contribuição previdenciária sobre os proventos – constitucionalidade da exigência em face da decisão do STF na ADIN nº 3.105-8/DF.....185.

Servidor público – reajuste de vantagem pessoal incorporada – impossibilidade de concessão – parcela que não se vincula aos reajustes concedidos ao valor da gratificação dos ocupantes do

cargo em comissão.....177.

Servidor público – redução do valor vencimental quando do ingresso na inatividade – redução valorativa da gratificação extra-classe – impossibilidade.....245.

Servidor público – teto de vencimentos – impossibilidade de direito adquirido contra o limite remuneratório – inclusão das vantagens pessoais.....212/213.

MATÉRIA CRIMINAL

APELAÇÃO CRIME

Atentado violento ao pudor – negativa de autoria – materialidade do crime – declaração da vítima – importância relevante.....307/308.

Estupro e atentado violento ao pudor – palavra da vítima – contradições – insuficiência probatória da prática delitiva – **princípio in dubio pro reo** – aplicação.....272/273.

Extorsão mediante seqüestro – qualificado pela prática por quadrilha ou bando – materialidade e autoria comprovadas.....314/315.

Furto qualificado – sentença condenatória – prescrição intercorrente.....296/297.

Homicídio – tentativa – desclassificação para lesão corporal grave – decisão contrária à provas dos autos – nulidade verificada – julgamento anulado.....279/280.

Porte ilegal de arma de fogo – sentença condenatória sem trânsito em julgado para a acusação – prescrição em abstrato...302/303.

Queixa crime – atentado violento ao pudor – menor de 14 anos – agente casado – sentença condenatória – ausência de nulidades.....264/265.

Roubo qualificado e consumado – réu confesso – equívoco na dosimetria da pena não acarreta desclassificação do delito.....322.

Roubo qualificado pelo emprego de arma de fogo – pena-base fixada acima do mínimo legal – circunstâncias desfavoráveis do réu – possibilidade.....285/286.

Tentativa de homicídio – absolvição a título de legítima defesa – julgamento manifestamente contrário à prova dos autos - inocorrência.....255/256.

Tráfico de drogas – caracterização do tipo penal – desclassificação – impossibilidade.....291/292.

Tribunal do Júri – crime doloso contra a vida – legítima defesa putativa – preliminar de nulidade na quesitação – ocorrência.....260/261.

HABEAS CORPUS

Estatuto do desarmamento – porte ilegal de arma – liberdade provisória – possibilidade.....352/353.

Extorsão mediante seqüestro – condenação – progressão de regime – crime hediondo – impossibilidade.....361/362.

Homicídio triplamente qualificado – crime hediondo – liberdade provisória – primariedade e bons antecedentes – denegação.....341/342.

Latrocínio – excesso de prazo na formação da culpa – inocorrência – feito complexo – concluída fase referente à prova da acusação.....	358/359.
Porte ilegal de arma – recebimento da denúncia – crime em tese – trancamento da ação penal – inviabilidade.....	334/335.
Posse ilegal de cartuchos deflagrados – atipicidade da conduta – princípio da insignificância – caracterização.....	346/347.
Progressão de regime – necessidade de exame dos requisitos objetivos e subjetivos do recluso – competência do juízo das execuções penais – impossibilidade de apreciação por habeas corpus	344.
Tráfico ilícito de entorpecentes - crime equiparado a hediondo – liberdade provisória – vedação – precedentes do STF e do STJ.....	332.
Trancamento da ação penal – denúncia com fortes indícios de crimes – impossibilidade - culpabilidade do paciente deve ser valorada na própria instância.....	329.

RECURSO CRIME EM SENTIDO ESTRITO

Homicídio qualificado – pronúncia – ausência de fundamentação da sentença – desatendimento ao princípio constitucional da fundamentação das decisões – nulidade – decretação de ofício.....	381/382.
Homicídio tentado – desclassificação para lesão corporal – exclusão de qualificadoras – materialidade e indícios suficientes – impossibilidade.....	373.
Legítima defesa – pronúncia – exclusão de qualificadoras inserta na denúncia – impossibilidade – competência do tribunal do júri.....	395.