



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 25.2007

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.

*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

Jurisprudência Cível

Apelações Cíveis	13/145
Agravos de Instrumento	149/181
Habeas Corpus Cível	185/192
Mandado de Segurança	195/208
Exceção de Suspeição	211/218

Jurisprudência Criminal

Apelações Crime	223/298
Habeas Corpus	301/379
Recurso Crime em Sentido Estrito	383/385
Carta Testemunhável	389/398

Discursos

Discurso do Desembargador Lincoln Tavares Dantas, proferido em 26 de outubro de 2006, por ocasião de sua posse	401/406
--	---------

<i>Índice Alfabético Remissivo</i>	407/412
--	---------

**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. Luiz Gerardo de Pontes Brígido

Des. João Byron de Figueiredo Frota

Des. Ademar Mendes Bezerra

Des. José Máriô dos Martins Coelho

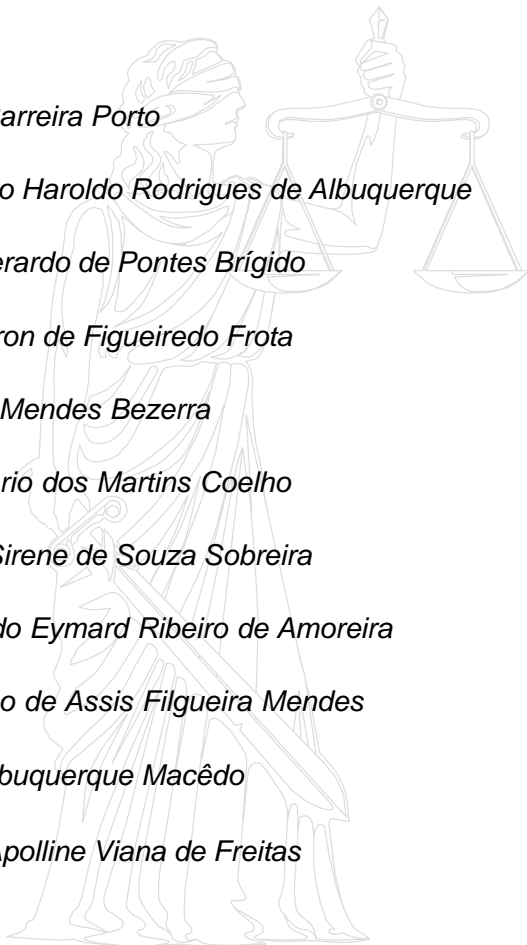
Desa. Maria Sirene de Souza Sobreira

Des. Raimundo Eymard Ribeiro de Amoreira

Des. Francisco de Assis Filgueira Mendes

Des. Celso Albuquerque Macêdo

Desa. Maria Apolline Viana de Freitas





JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

APELAÇÕES CÍVEIS

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

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2000.0015.1650-8/0

APELANTE: EMSS

APELADO: JBVM

AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO

ORIGEM: 17ª VARA DE FAMÍLIA DA COMARCA DE FORTALEZA

Relator: Ademar Mendes Bezerra

EMENTA: CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CAUTELAR DE BUSCA E APREENSÃO DE MENOR. FALTA DE PROPOSITURA DA AÇÃO PRINCIPAL. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO, A PAR DO EFEITO SATISFATIVO DA DEMANDA. PREVALÊNCIA DO INTERESSE DO MENOR.

I – Em regra, a ação de busca e apreensão só é considerada autônoma, isto é, satisfativa, quando autorizada por lei, a exemplo do DL nº 911/69; excetuadas, contudo, algumas matérias de família.

II – Hipótese em que a medida liminar de busca e apreensão concedida perdeu a sua eficácia há quase 07(sete) anos, por força da sentença impugnada, extinguindo o processo sem resolução de mérito, dada a inobservância do trintídio para o ajuizamento da demanda principal (CPC 806).

III – Na espécie, pois, é de ser mantida a decisão hostilizada, em homenagem à prevalência do interesse do menor, por não ser razoável modificar-se situação consolidada no tempo, sem que se tenha notícia de qualquer fato superveniente desabonador da conduta do pai

**do infante, em relação ao seu próprio filho.
IV – Apelo conhecido, mas desprovido.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos da Apelação Cível nº **2000.0015.1650/0**, em que figuram as partes acima referidas, acordam os Desembargadores integrantes da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, à unanimidade de votos, negar provimento ao recurso em referência, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, 29 de novembro de 2006.

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Cível interposta por EMSS, em face de JBVM, irresignada com o *decisum* (de fl. 48) do MM. Juiz da 17ª Vara de Família da Comarca de Fortaleza que, em sede de ação cautelar de busca e apreensão, extinguiu o processo sem resolução de mérito, considerando a ausência de ajuizamento da ação principal.

Alega a apelante, em suma, que a medida cautelar de busca e apreensão tem caráter satisfativo, não sendo obrigatório, portanto, o aforamento de ação principal.

Sem contra-razões.

Ouvida (fls. 72/73), a d. Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo desprovimento do apelo, mantida a sentença hostilizada.

É o relatório.

VOTO

Na lição de HUMBERTO THEODORO JÚNIOR: “**O procedimento regido pelos arts. 839 a 843 do CPC é, exclusivamente, o da busca e apreensão cautelar, isto é, da medida preventiva instrumental que serve à tutela**

abstrata de outro processo, sem o pressuposto de ter ou não o interessado o direito subjetivo que se disputa no processo principal.”

E, continua o referido doutrinador, a busca e apreensão, **“como processo principal (autônomo),... (caso do Dec.-Lei nº 911, só tem cabimento quando autorizada por lei. Não cabe à parte adotá-la discricionariamente.”**

Nesse sentido, a jurisprudência menciona que *“Ressalvadas as hipóteses do Decreto-lei de nº 911/69, dos artigos 605, 905 e 1.124 do CPC, a busca e apreensão não se apresenta como processo independente, que visa à satisfação do direito material da parte, pois terá então função subsidiária de cautela, servindo o processo onde se dará a composição efetiva do litígio.”* (Ver RT 622/118).

Sabe-se, por outro lado, que essa exegese vem sendo abrandada em se tratando de questões relativas a Direito de Família.

No caso destes autos, todavia, a ação cautelar de busca e apreensão não possui caráter satisfativo, desempenhando, na verdade, apenas a função de assegurar o estado de fato necessário à útil e eficiente atuação do processo principal, diante do perigo da mora, como a própria apelante mencionou em sua exordial, *verbis* (fl. 03):

“Está preparando a ação para obter guarda definitiva do filho, mas esse procedimento ainda demanda alguns dias, prazo que a situação não pode esperar, em benefício da criança.

Pleiteia, então, concessão de liminar de Busca e Apreensão, como forma de retirar seu filho do ambiente danoso e do risco que se encontra...”

Assim, a própria autora/recorrente deixa claro que utilizou a busca e apreensão como procedimento preparatório de um futuro processo de conhecimento, que seria a ação de

guarda definitiva.

Assim deveria ser, segundo o ensinamento de LIBERATO PÓVOA, ilustre autor mineiro e Desembargador do Estado do Tocantins, para quem “...o pai não poderia pleitear a busca e apreensão do filho que se encontra em poder da mãe, pois ambos possuem igual direito subjetivo sobre o menor. Nesse caso, não caberia a ação com caráter independente, mas acessório, ou seja, condicionada à principal.³”, o que se aplica, *mutatis mutandis*, ao caso destes autos, sendo que a suplicante é a mãe, ora recorrente.

Na mesma esteira, a jurisprudência dos tribunais pátrios, como se vê da ementa abaixo colacionada:

“BUSCA E APREENSÃO – FILHO NA COMPANHIA DO PAI – MEDIDA REQUERIDA PELA MÃE (...).

Na busca e apreensão, como medida cautelar, além da autuação própria, devem os respectivos autos ser apensados aos da ação principal. (Grifou-se).

(...).” (Agravado de Instrumento 1.291; TJSC (Segredo de Justiça) – RT 541/209).

Porém, compulsando os fólios, mormente às fls. 16 e ss., verifica-se que, mesmo depois de efetivada a medida liminar concedida pelo MM. Juiz *a quo*, e transcorrido o trintídio a que se refere o art. 806 do CPC, a autora/apelante não ajuizou a ação principal, não restando alternativa ao magistrado de primeiro grau senão extinguir o processo sem resolução do mérito.

Registre-se, por oportuno, o que foi afirmado pelo patrono do réu/apelado na última audiência realizada (fl. 46) antes da sentença terminativa, *expressis verbis*:

“...que o requerido nunca manifestou perante o seu advogado interesse em ficar com a guarda da criança e que somente procurou o Conselho Tutelar para

*adquirir a guarda provisória da criança, visando a proteger a sua integridade física, haja vista que o menor – após levar uma surra de cipó – foi submetido a exame de corpo de delito no IML, conforme laudo junto aos autos **e que, após ser concedida liminar à autora, o menor continuou a passar os finais de semana com o promovido, estando, pois, normalizada a situação como antes.***” (Grifou-se).

Logo depois, foi aberta vista dos autos ao Ministério Público de primeiro grau, que opinou pela extinção do feito, face à ausência de aforamento da demanda principal no prazo da lei (fl. 47).

É de se presumir, pois, que passados mais de 07(sete) anos da data da realização daquela audiência, o conflito de interesses aqui observado se tenha consumido no tempo, razão por que o exercício do direito de guarda, que cabe a ambos os pais, ficou, na prática, razoavelmente distribuído, tocando os finais de semana ao varão, não sendo razoável, em homenagem à prevalência do interesse do menor, modificar-se situação já consolidada, sem que se tenha notícia de qualquer fato superveniente desabonador da conduta do pai do infante, hoje adolescente, em relação ao seu próprio filho.

À vista do exposto, e em consonância com o parecer da d. Procuradoria de Justiça, conheço do apelo interposto para, todavia, lhe negar provimento, mantendo a r. sentença recorrida.

É como voto.

Fortaleza, 29 de novembro de 2006.

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

Apelação Cível n.º 2000.0111.0858-5/1

Apelante/apelado: FAELCE – Fundação Coelce de

Seguridade Social**Apelado/apelante: Cláudia Aciolli Meneses Perucchi e Outros****Relator Desembargador Ademar Mendes Bezerra**

EMENTA: APELAÇÃO. DIREITO CIVIL E CONSUMERISTA. PREVIDÊNCIA PRIVADA. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. CLÁUSULA ABUSIVA.

- É aplicável o CDC às relações de previdência privada.

- Conforme entendimento majoritário do Superior Tribunal de Justiça, no caso de desligamento de empregado, é dever da entidade de previdência privada restituir as importâncias recolhidas aplicando índice de atualização monetária que reflita a efetiva desvalorização da moeda.

- É inválida a restituição da Reserva de Poupança somada às contribuições vertidas pelas patrocinadoras, quando efetuado o saque das contribuições individuais, não podem ser agregados ao patrimônio do participante em se tratando de plano de benefício definido – a par de não poderem retornar à patrocinadora, posto se tratar de fundo de modalidade mutualista.

- Precedentes dos tribunais Superiores.

- Apelações conhecidas, mas desprovidas.

ACÓRDÃO:

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação n.º 2000.0111.0858-5/1, em que figuram as partes acima indicadas. Acorda a 2ª Câmara Civil do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, conhecer e negar provimento aos recursos, restando inalterada a sentença vergastada nos termos do voto do relator.

Fortaleza, 28 de março de 2007.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de duas apelações cíveis manejadas pela FAELCE – Fundação Coelce de Seguridade Social e por Cláudia Aciulli Meneses Perucchi e Outros em face de sentença do MM. Juiz de direito da 8ª Vara Cível de Fortaleza, pela qual julgou parcialmente procedente ação de cobrança condenando a entidade de seguridade social a “devolver tão-somente a diferença entre o valor efetivamente pago aos autores e a importância correspondente às contribuições pessoais integrais depositadas durante todo o período em que os autores participaram da aludida entidade, corrigida monetariamente a partir do ajuizamento desta ação”.

Na inicial de fls. 02/14, os autores consignaram que logo após seus desligamentos da COELCE, optaram pelo resgate das contribuições junto à entidade de previdência privada da referida empresa (FAELCE). Contudo, a devolução correspondeu somente a 16% (dezesesseis por cento) da reserva de poupança de cada um deles. Irresignados, manejaram ação de cobrança para reaver o saldo remanescente somado às contribuições patronais, tudo devidamente corrigido pelo INPC. Juntou, ainda, os documentos de fls. 22/40V.

Na contestação de fls. 48/56, a parte ré alegou, em síntese, a validade da restituição feita segundo as normas legais aplicáveis, Lei 6.435/77, Decreto 81.240/78 e o próprio regulamento da FAELCE. Carreou os documentos de fls. 57/120.

Pela réplica de fls. 122/129, a parte autora, em suma, reiterou os termos de sua exordial.

A tentativa de conciliação restou infrutífera, conforme se infere do termo de audiência de fl. 137.

Como a matéria em tablado era somente de direito, anunciou-se o julgamento antecipado da lide (fl.139), de cuja decisão as partes não se insurgiram.

Pela sentença de fls. 148/151, o MM. Juiz *a quo* julgou

parcialmente procedente a ação de cobrança nos termos aludidos inicialmente.

A instituição ré apelou, buscando a reforma integral do julgado, pelas razões que constam às fls. 156/161.

Os autores recorreram adesivamente às fls. 164/172, buscando somar ao valor a ser restituído as contribuições patronais e a verba de incentivo previdenciário.

Contra-razões somente da parte autora às fls. 174/177.

É o relatório.

VOTO

O mérito do presente recurso se assenta nas seguintes questões: a) aplicação do CDC; b) abusividade do artigo 29 do Estatuto da FAELCE; c) devolução da contribuição patronal; d) utilização do INPC como índice de correção.

A primeira questão em análise diz respeito a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor – CDC aos casos envolvendo entidades de previdência privada. Assim, urge definir o conceito e área de atuação deste instituto.

As entidades de previdência privada, para os efeitos da Lei, são as que têm por objeto instituir planos privados de concessão de pecúlios ou de rendas, de benefícios complementares ou assemelhados aos da Previdência Social, mediante contribuição de seus participantes, dos respectivos empregadores ou de ambos.

Vê-se, portanto, que a FAELCE, como pessoa jurídica de previdência privada, presta serviços aos seus associados. Contudo, esses atos constituem relação de consumo?

Como sabido, para a aplicação das normas protetivas do CDC é necessária a caracterização da relação de consumo. Para tanto, nos pólos da relação jurídica devem existir um consumidor (ou ente equiparado) e um fornecedor.

Não existem grandes polêmicas a respeito da caracterização do fornecedor. Registre-se que o STJ tem

admitido inclusive a aptidão de associações e sociedades sem fins lucrativos para figurarem como fornecedor (Resp's n. 436.815 e n. 519.310, dentre outros).

Com efeito, quando elas exercem atividades remuneradas no mercado de consumo como uma sociedade empresária (ex: contratos de mútuo, de prestação de serviços médicos), não será a natureza jurídica delas que excluirá a aplicação das normas protetivas do CDC em favor dos consumidores, pois os critérios para a caracterização dos fornecedores previstos no art. 3º do CDC são puramente objetivos.

Deste modo, a FAELCE configura-se como fornecedora de serviços à luz do CDC, pois presta serviços aos seus segurados preenchendo todos os requisitos do art. 3º do Código Consumerista. Neste tocante, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça tem várias decisões, a saber:

“PREVIDÊNCIA PRIVADA. RESCISÃO DO CONTRATO. DEVOLUÇÃO DAS PARCELAS PAGAS. APLICAÇÃO DO CDC.

- O associado que se desvincula da entidade de previdência privada tem direito à restituição das parcelas pagas.

- Firme a jurisprudência do STJ ao afirmar que as entidades de previdência privada estão sujeitas às normas de proteção do consumidor”. (STJ - AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2006/0065371-1; Relator Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, Órgão Julgador - TERCEIRA TURMA, Data do Julgamento 24/08/2006, Data da Publicação/ Fonte, DJ 11.09.2006 p. 282)

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. PREVIDÊNCIA. RESTITUIÇÃO INTEGRAL DAS CONTRIBUIÇÕES PESSOAIS. ANÁLISE DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE. CDC. APLICAÇÃO. FUNDAMENTO INATACADO.

SÚMULA N. 283-STF.

[...]

II. O CDC é aplicável às entidades abertas e fechadas de previdência complementar. [...]"

(Súmula n. 283-STF). IV. Agravo improvido. (STJ - AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2006/0110351-7, Relator Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, Órgão Julgador - QUARTA TURMA, Data do Julgamento 03/08/2006, Data da Publicação/Fonte DJ 04.09.2006 p. 288) (supressão nossa)

O debate segue agora a respeito da abusividade do artigo 29 do Estatuto da FAELCE. Ao longo de seus contratos de trabalho os participantes de fundos de pensão efetuam contribuições mensais, com o intuito de formar reservas financeiras para sua aposentadoria. Ato contínuo, as patrocinadoras aportam suas contribuições mensais correspondentes à paridade exigida atuarialmente.

A contribuição vertida ao fundo pelo participante, denomina-se Reserva de Poupança. As contribuições efetuadas pelos Participantes, pelo Patrocinador, acrescidas de correção monetária e ganhos fruídos no mercado financeiro de capitais e de imóveis formam o que tecnicamente se denomina de Reserva Matemática.

O citado artigo 29 do Estatuto da FAELCE afirma que “ao participante que, antes de ter condições para ser complementado, se desligar dos Patrocinadores e da FAELCE, é assegurado o direito de, em qualquer época, ressalvada a prescrição, receber em restituição, como reserva de poupança, **uma percentagem do montante das contribuições por ele efetuadas**, mensalmente, para a FAELCE, sem juros, mas devidamente corrigidas pela Taxa Referencial – TR, em conformidade com a Tabela integrante do anexo 1, ao presente regulamento”.

Ora, a dita cláusula é nula de pleno direito e acertou o julgador monocrático no seu posicionamento. A reserva de poupança, como referido, é o somatório de todas as contribuições efetuadas pelo associado/segurado. Estipular em estatuto que

não é possível ter a sua devolução plena é ir contra os princípios traçados pelo CDC e a jurisprudência dominante, conforme se lê das jurisprudências já colacionadas. A propósito veja-se o excelente julgado da lavra do Ministro Aldir Passarinho Júnior no Agravo Regimental (2006/0023259-6) no Recurso Especial (816545 / SE):

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. ENTIDADE FECHADA DE PREVIDÊNCIA PRIVADA. PETROS. CDC. APLICAÇÃO. ARTS. 219 DO CPC E 405 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULAS N. 284 E 356-STF. RESTITUIÇÃO INTEGRAL DAS CONTRIBUIÇÕES PESSOAIS. SÚMULA N. 289 DO STJ.

[...]

II. Consolidou-se a jurisprudência da Corte no sentido de que a devolução das contribuições deve ser feita integralmente, com correção monetária por fatores de atualização que recomponham a efetiva desvalorização da moeda nacional, nos termos da Súmula n. 289-STJ.

III. O CDC é aplicável às entidades abertas e fechadas de previdência complementar.

[...]"

Verifica-se que, na realidade, os fundos de pensão, na sua maioria, possibilitam a retirada de "100%" das contribuições vertidas pelos participantes. Entretanto, tal assertiva não é absoluta como se percebe do caso em tópico. Ademais, na suposta totalidade a ser devolvida por estas entidades não estão inseridos os juros auferidos durante a gestão das reservas individuais e também não contemplam os diversos expurgos inflacionários decorrentes de malfadados planos econômicos.

Outro ponto a ser resolvido é a possibilidade da inclusão da contribuição patronal na parcela a ser restituída. Em nosso entender, as contribuições vertidas pelas patrocinadoras, quando efetuado o saque das contribuições individuais, não

podem ser agregados ao patrimônio do participante em se tratando de plano de benefício definido, a par de não poderem retornar à patrocinadora. Esta modalidade, por ser mutualista, trabalha com um “fundo” único e que em determinados momentos poderá apresentar déficit ou superávit.

Ao permanecer no fundo a suposta parte da patrocinadora ocasionará, possivelmente, um resultado superavitário. Havendo superávit, a legislação determina que haja distribuição entre os participantes remanescentes, ou seja, poderá ser elevado o valor dos benefícios dos participantes assistidos ou diminuir as contribuições dos participantes ativos.

Por último, tem-se a discussão sobre a utilização do INPC como índice de correção e o direito de reverter à efetiva desvalorização da moeda. A jurisprudência brasileira caminha no sentido de amparar a pretensão de reparar o dano sofrido pelo desgaste financeiro, em harmonia com os seguintes julgados:

“A correção monetária dos valores a serem devolvidos deverá compreender também os expurgos verificados, para que se atenda à finalidade da tutela previdenciária. Reforma parcial da sentença para seu acréscimo à condenação”. (TJRJ – AC 723/97 – (Reg. 150698) – Cód. 97.001.00723 – RJ – 9ª C. Cív. – Rel. Des. Elmo Arueira – J. 02.12.1997). (Grifamos)

“Incidência de juros sobre a reserva de poupança constituem conseqüência da sucumbência da Ré, sem afrontar o estatuto da Entidade (art. 106). Apelo improvido”. (4fls). (TJRS – APC 70001002252 – 5ª C. Cív. – Rel. Des. Sérgio Pilla de Silva – J. 17.08.2000)

Portanto, pelos motivos expostos, não merece reforma alguma a decisão de primeiro grau.

É como voto.

Fortaleza, 28 de março de 2007

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

Apelação Cível n.º 2000.0113.4506-4/1

Apelante: JOSÉ VALTER DE VASCONCELOS E OUTROS

Apelado: MUNICÍPIO DE FORTALEZA

Relator: Desembargador Ademar Mendes Bezerra

EMENTA: TRIBUTÁRIO. TAXA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA. SERVIÇO GERAL E INDIVISÍVEL. INVALIDADE.

- Não é válida a cobrança de taxa de iluminação pública por se tratar de serviço público geral e indivisível.
- Precedentes dos Tribunais Superiores.
- Apelação conhecida, mas improvida.

ACÓRDÃO:

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos da Apelação Cível n.º 2000.0113.4506-4/1, em que figuram as partes acima indicadas.

Acorda a colenda Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por seu plenário, a unanimidade, julgar improvida a apelação, nos termos do voto de relator.

Fortaleza, 28 de março de 2007.

VOTO

Cuida-se no presente feito de apelação cível em mandado de segurança – com pedido liminar – no qual JOSÉ VALTER DE VASCONCELOS e outros combatem ato do Prefeito Municipal concernente na exigência de taxa pelo serviço de iluminação pública. Sustentam a invalidade da exação no fato de não ser o dito serviço público específico e divisível, conforme

exigido pela legislação tributária.

Trazem à colação os documentos de fls. 06/51.

A medida liminar foi concedida *in totum* às fls. 52/54, tendo sido intimada a Companhia Energética do Ceará – COELCE para dar-lhe fiel cumprimento, em razão de a cobrança da taxa se verificar conjuntamente com a fatura de energia elétrica.

Regularmente notificada, a autoridade impetrada apresentou – no decêndio legal – as devidas informações, oportunidade em que sustentou a especificidade e divisibilidade do serviço de iluminação, dada a possibilidade de identificação particularizada das unidades autônomas de edificação, bem como requereu a extinção do feito sem julgamento do mérito por perda de objeto.

O Ministério Público se manifestou, às fls. 87/94, pela concessão da segurança pleiteada.

O MM. Juiz de primeiro grau proferiu sentença de fls. 97/99 extinguindo o pleito pela perda de seu objeto.

O impetrante apelou às fls. 102/108, requerendo a inconstitucionalidade da CIP. Contra-razões às fls. 113/120.

Instada a se manifestar a Procuradoria de Justiça – por seu representante – apresentou parecer de fls. 132/138, opinando pela revisão da decisão de primeiro grau.

Este é o relatório.

A constituição Federal e o Código Tributário Nacional distinguem imposto, taxa e contribuição de melhoria pelos fatos descritos em suas hipóteses de incidência. Fatos estes que ocorridos no mundo empírico geram a incidência do tributo, daí porque nesta ótica empírica tais fatos são denominados de *fatos geradores tributários*.

Assim, em se tratando de imposto, terá como hipótese de incidência um fato do contribuinte que seja presuntivo de riqueza (p.ex. aferir renda, possuir veículo automotor, etc). Por sua vez, na hipótese de incidência da contribuição de melhoria constará não um comportamento do particular, mas uma obra pública que gere valorização imobiliária para o contribuinte, ou seja, na contribuição de melhoria há uma atividade

estatal (obra pública) indiretamente referida ao contribuinte por meio da valorização de um imóvel seu.

Por fim, a taxa – que é o que nos interessa neste momento - terá como hipótese de incidência um serviço público, obrigatório, específico e divisível ou o exercício do poder de polícia. Somente estas duas situações podem ensejar a tributação pela modalidade taxa. É o que se infere do art. 77 do Código Tributário Nacional:

Art. 77. As taxas cobradas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, têm como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição.

Percebe-se, pois, uma similitude e uma distinção entre taxa e contribuição de melhoria: ambas têm como fato gerador atividades estatais (na contribuição de melhoria uma obra pública e na taxa um serviço público ou o exercício do poder de polícia), mas, enquanto que na contribuição de melhoria a atividade estatal é referida indiretamente ao contribuinte – já que além da obra pública deve haver uma valorização imobiliária, nas taxas a atividade estatal que enseja a cobrança é diretamente relacionada ao contribuinte.

Nesse sentido, o saudoso Geraldo Ataliba (Hipótese de Incidência Tributária, 6^o Edição, São Paulo: Malheiros, 2000, p.156) bem dispõe quando afirma que “conceituamos taxa como tributo vinculado cuja hipótese de incidência consiste numa atuação estatal direta e imediatamente referida ao obrigado. Não basta que a consistência da h.i. seja uma atuação estatal. É preciso que esta seja, de qualquer modo, referida ao obrigado (sujeito passivo), para que dele possa ser exigida. Se pudesse ser exigida de outra pessoa desapareceria qualquer utilidade na distinção entre taxa e imposto”.

Portanto, repita-se, somente em razão do exercício da prestação, efetiva ou potencial, de um serviço público específico, divisível e obrigatório ou do exercício do poder de polícia é que pode o Fisco tributar os particulares mediante taxa. Nenhuma outra atividade estatal pode ser remunerada por este tributo.

Essa referibilidade direta entre a atividade estatal (serviço público, p. exe.) e o particular desvela o caráter sinalagmático da taxa, ou seja, o contribuinte deverá remunerar somente aquele serviço cuja prestação deu causa e na medida em que lhe diz respeito. Daí porque os serviços públicos que podem ensejar a cobrança de taxa devem ser específicos e divisíveis. O particular só deve remunerar o serviço público que ele fruir exclusivamente e na medida da intensidade desta fruição.

O Código Tributário Nacional conceitua a divisibilidade e especificidade do serviço público. É o que prescreve o art. 79:

Art. 79. Os serviços públicos a que se refere o artigo 77 consideram-se:

(...)

II - específicos, quando possam ser destacados em unidades autônomas de intervenção, de unidade, ou de necessidades públicas;

III - divisíveis, quando suscetíveis de utilização, separadamente, por parte de cada um dos seus usuários.

Do que se lê, percebe-se, de fato, que o serviço público a ser remunerado por taxa é apenas aquele em que se pode determinar precisamente o particular que o utilizou e em que medida o fez. Exemplo disto é a taxa de esgoto em que o Poder Público pode identificar precisamente quem se vale da rede pública e em que intensidade o faz.

Os serviços públicos utilizados por toda a coletividade indistintamente não podem ensejar a cobrança de taxa precisamente porque não se pode determinar – de maneira profícua – quem frui do serviço e em que intensidade ou

quantidade o faz, o que impõe sua remuneração pelos impostos. Nesse sentido o magistério de Rui Barbosa Nogueira:

“O Estado, na sua missão de atender ao bem comum, já presta serviços gerais à coletividade, cujos gastos são cobertos sobretudo pela receita de impostos. Serviço específico, necessário para a instituição de taxa, é o suscetível de utilização individual pelo contribuinte, e divisível, é o destacável em unidade autônoma.” (Rui Barbosa Nogueira, Curso de Direito Tributário, 10ª edição, pág. 166).

O Direito Administrativo coloca essa distinção nos termos de serviço *uti singuli* e *uti universi*. Sobre a definição de ambas espécies escreve Hely Lopes Meirelles:

“Serviços ‘*uti universi*’ ou gerais: são aqueles que a administração presta sem ter usuários determinados, para atender à coletividade no seu todo, como os de polícia, iluminação pública, calçamento e outros dessa espécie. (...) Estes serviços são indivisíveis, isto é, não mensuráveis na sua utilização. Daí porque, normalmente, os serviços *uti universi* devem ser mantidos por imposto (tributo geral), e não por taxa ou tarifa, que é remuneração mensurável e proporcional ao uso do serviço.

“Serviços ‘*uti singuli*’ ou individuais: são os que têm usuários determinados e utilização particular e mensurável para cada destinatário, como ocorre com o telefone, a água e a energia elétrica domiciliares.(...) São sempre serviços de utilização individual, facultativa e mensurável, pelo quê devem ser remunerados por taxa (tributo) ou tarifa preço público), e não por imposto”. (Direito Administrativo Brasileiro., 24ª Edição, São Paulo: Malheiros, 1999, p. 300)

Portanto, somente os serviços *uti singuli* podem ser remunerados por taxa.

De forma alguma pode se falar que o serviço de iluminação pública seja específico e divisível. Não se podem individualizar aqueles que se utilizam deste serviço, como também em que medida dele usufruem. Sequer é possível mensurar a intensidade da fruição do serviço por aqueles particulares consumidores de energia elétrica que a legislação elege como contribuinte.

A iluminação pública favorece a todos os indivíduos que trafegam pelos logradouros públicos bem como os proprietários de imóveis (o que impossibilita absolutamente a determinação dos mesmos), não sendo, conseqüentemente, possível individualizar a quantidade de luz gasta por cada um, vedando a cobrança do tributo da modalidade taxa.

Esclareça-se que a pretensão dos mais diversos municípios da federação brasileira em cobrar taxa de iluminação pública é antiga, mas sempre é energicamente refutada pelos tribunais, pois sua invalidade é ingente e insofismável. O Supremo Tribunal Federal já firmou entendimento contrário a tal exigência, editando a súmula 670, cujo teor é o seguinte:

“Súmula 670. O serviço de iluminação pública não pode ser remunerado mediante taxa”

A corrente jurisprudencial consubstanciada nessa súmula pode ser exemplificada pelos seguintes julgados:

“EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. TAXA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA. MUNICÍPIO DE ANDRADAS, MG. I. - Ilegitimidade da taxa, dado que o serviço de iluminação pública é um serviço destinado à coletividade toda, prestado *uti universi* e não *uti singuli*. II. - Precedentes do STF. III. - Agravo não provido”.

(AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO Julgamento:

19/08/2003 Órgão Julgador: Segunda Turma,
Publicação: DJ DATA-26-09-2003 PP-00023 EMENT
VOL-02125-04 PP-00741)

* * *

“EMENTA: CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. AUSÊNCIA DE PERTINÊNCIA. TAXA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA. COBRANÇA. INCONSTITUCIONALIDADE. I. - Inatacados os fundamentos da decisão agravada, torna-se inviável o recurso. Precedentes. II. O serviço de iluminação pública não pode ser remunerado mediante taxa, uma vez que não configura serviço público específico e divisível prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição. Precedentes: RREE 233.332/RJ e 231.764/RJ, Plenário. III. - Agravo não provido”.

(AI 400658 AgR / MG - MINAS GERAIS AG.REG.NO AGRAVO DE INSTRUMENTO Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO Julgamento: 13/05/2003 Órgão Julgador: Segunda Turma; Publicação: DJ DATA-06-06-2003 PP-00035 EMENT VOL-02113-05 PP-00961)

* * *

“EMENTA: CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TAXA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA. COBRANÇA. INCONSTITUCIONALIDADE. I. O serviço de iluminação pública não pode ser remunerado mediante taxa, uma vez que não configura serviço público específico e divisível prestado ao contribuinte ou posto a sua disposição. Precedentes: RREE 233.332/RJ e 231.764/RJ, Plenário. II. - Agravo não provido”.

(AI 408014 AgR / MG - MINAS GERAIS

AG.REG.NO AGRADO DE INSTRUMENTO
Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO Julgamento:
25/03/2003 Órgão Julgador: Segunda Turma;
Publicação: DJ DATA-25-04-2003 PP-00052 EMENT
VOL-02107-07 PP-01434)

* * *

“EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. TAXA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA. MUNICÍPIO DE IVOTI, RS. I. - Ilegitimidade da taxa, dado que o serviço de iluminação pública é um serviço destinado à coletividade toda, prestado uti universi e não uti singuli. II. - Precedentes do STF. III. R.E. inadmitido. Agravo não provido”.

(AI 231132 AgR / RS - RIO GRANDE DO SUL
AG.REG.NO AGRADO DE INSTRUMENTO
Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO Julgamento:
25/05/1999 Orgão Julgador: Segunda
Turma; Publicação: DATA-06-08-1999 PP-00016
EMENT VOL-01957-10 PP-02090 RTJ VOL-00171-
03 PP-01053)

* * *

“EMENTA: TRIBUTÁRIO. MUNICÍPIO DE NITERÓI. TAXA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA. ARTS. 176 E 179 DA LEI MUNICIPAL Nº 480, DE 24.11.83, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 1.244, DE 20.12.93. Tributo de exação inviável, posto ter por fato gerador serviço inespecífico, não mensurável, indivisível e insuscetível de ser referido a determinado contribuinte, a ser custeado por meio do produto da arrecadação dos impostos gerais. Recurso não conhecido, com declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos sob epígrafe, que instituíram a taxa no município”.

(RE 233332 / RJ - RIO DE JANEIRO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. ILMAR GALVAO Julgamento: 10/03/1999 Órgão Julgador: Tribunal Pleno; Publicação: DJ DATA-14-05-1999 PP-00024 EMENT VOL-01950-13 PP-02617)

Deste último julgado extraímos a seguinte passagem do voto vista do Ministro Carlos Velloso, porquanto é perfeitamente aplicável ao caso ora julgado:

“O que é preciso perquirir é se o serviço de iluminação pública é um serviço prestado *uti universi*, um serviço geral, ou um serviço prestado *uti singuli*, ou específico. Ou, noutras palavras, se o serviço é destinado a determinados usuários e não prestado com caráter geral, ou para a coletividade toda, dado que, se se tratar de um serviço geral, destinado à coletividade toda, deve ser remunerado pelo imposto. E mais: é preciso verificar se o serviço é divisível, vale dizer, de utilização individual e mensurável.

“A resposta a essas indagações não é outra: o serviço de iluminação pública é um serviço destinando à coletividade toda, não é um serviço que pode ser dividido em unidades autônomas para cada contribuinte. É, na verdade, um serviço prestado *uti universi* e não *uti singuli*. Roque Carraza, ao dissertar a respeito dos serviços gerais, prestados *uti universi*, ‘isto é, indistintamente a todos os cidadãos’, exemplifica com o serviço de iluminação pública (Curso de Direito Constitucional Tributário, cit., p. 3227). Hely Lopes Meirelles, que defendera a constitucionalidade da taxa de iluminação pública, reconsiderou-se depois. Leciona, no seu ‘Direito Municipal Brasileiro’, 10ª ed., p. 147/148, que ‘ não é cabível a cobrança de taxa pelo calçamento de via pública ou pela iluminação de logradouro público, que

não configuram serviços específicos, nem divisíveis, por serem prestados *uti universi* e não *uti singuli,...*'. Em nota de rodapé, esclarece Hely Lopes Meirelles: 'relativamente ao serviço de iluminação pública, já defendemos a tese da legalidade da taxa para seu custeio. Evoluímos para a posição atual por verificarmos que esse serviço não é prestado *uti singuli*, mas sim *uti universi*, insuscetível, portanto, de utilização individual e mensurável.' (Hely Lopes Meirelles, 'Direito Municipal Brasileiro, 10ª ed., p. 147, nota 14)''.

Portanto, não sobejam maiores questionamentos acerca da invalidade da cobrança da taxa de iluminação pública. Convém ressaltar que podemos dizer que dito vício foi reconhecido pelo Legislador Constituinte Derivado que mediante a Emenda n.º 39/02 inseriu o art. 149-A na Constituição Federal para possibilitar a criação de contribuição de iluminação pública, afastando inteira e definitivamente a cobrança de taxa.

Por tais razões, conheço a Remessa Oficial e a apelação, negando-lhes, contudo, provimento, mantendo incensurável a sentença recorrida.

É como voto.

Fortaleza, 28 de março de 2007.

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

**APELAÇÃO CÍVEL DA 9ª VARA CÍVEL DE FORTALEZA Nº
2000.0130.3317-5/1**

**APELANTE: TELESP – TELECOMUNICAÇÕES DE SÃO
PAULO S/A**

APELANTE: EMBRATEL – EMPRESA BRASILEIRA DE

TELECOMUNICAÇÕES S/A**APELADA: EMBRATEL – EMPRESA BRASILEIRA DE TELECOMUNICAÇÕES S/A****APELADO: ARI AGUIAR DE HOLANDA****ÓRGÃO JULGADOR: TERCEIRA CÂMARA CÍVEL****RELATOR: DES. CELSO ALBUQUERQUE MACÊDO**

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. APELAÇÃO. DANOS MORAIS. INSCRIÇÃO INDEVIDA DO NÚMERO DO CPF NO SPC E SERASA. 1(UM) ANO E 4 (QUATRO) MESES. EMPRESAS DE TELEFONIA. LEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM*. DÍVIDA DE OUTREM. DIREITO A INDENIZAÇÃO. R\$ 6.000,00 (SEIS MIL REAIS). VALOR RAZOÁVEL. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RECURSOS CONHECIDOS, MAS NÃO PROVIDOS. SENTENÇA CONFIRMADA.

1- AS DECLARAÇÕES FEITAS PELO SPC E SERASA, FLS. 39/41, COMPROVAM QUE AS RECORRENTES FORAM AS EMPRESAS QUE SOLICITARAM O REGISTRO DO CPF DO AUTOR NOS SERVIÇOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. INCONSISTÊNCIA DAS PRELIMINARES DE LEGITIMIDADE PARA A COMPOSIÇÃO DA RELAÇÃO PROCESSUAL.

2- PRESENTES AS CONDUTAS COMISSIVAS DAS EMPRESAS RECORRENTES, O DANO MORAL, ADVINDO DE SER COMPROVADAMENTE INDEVIDO O CADASTRAMENTO E O NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE A CONDOTA E O FATO DANOSO, IMPÕEM O DEVER DE INDENIZAR.

3-CONSIDERADAS AS PARTICULARIDADES DO PLEITO AUTORAL, A INTENSIDADE E REPERCUSSÃO DO DANO, BEM COMO OS PARÂMETROS ADOTADOS EM CASOS

SEMELHANTES PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, O VALOR DE R\$ 6.000,00 (SEIS MIL REAIS) É SUFICIENTE PARA A JUSTA REPARAÇÃO DOS PREJUÍZOS ADVINDOS DO EVENTO DANOSO, SEM PROVOCAR O ENRIQUECIMENTO INDEVIDO DO OFENDIDO E SERVINDO DE REPRIMENDA AOS OFENSORES.

4-RECURSOS CONHECIDOS, MAS NÃO PROVIDOS.

5-SENTENÇA MANTIDA.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação Cível de Fortaleza nº. 2000.0130.3317-5/1, em que são partes as acima nominadas, acorda a Turma Julgadora da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, à unanimidade de votos, em conhecer das apelações, mas para negar-lhes provimento, ratificando-se a sentença recorrida, nos termos do voto do Relator, que faz parte desta decisão. Mantido o percentual da verba honorária arbitrada na sentença.

Relatório

Cuidam-se de **RECURSOS APELATÓRIOS** apresentados por **TELESP – TELECOMUNICAÇÕES DE SÃO PAULO S/A**, e **EMBRATEL – EMPRESA BRASILEIRA DE TELECOMUNICAÇÕES S/A**, em face da sentença que julgou procedente a **AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE DÉBITO CUMULADA COM REPARAÇÃO DE DANOS E PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA** (Processo nº 2004.02.74684-8), condenando as referidas empresas “**a pagar ao autor uma indenização no valor de R\$ 6.000,00 (seis mil reais)**”. (fls. 163/167).

A TELESP, irressignada com o *decisum a quo*, arguiu, em suas razões recursais, a **preliminar de ilegitimidade**

passiva para suportar a condenação que lhe foi imposta, informando não possuir qualquer relação com os valores cobrados e recebidos pelas demais operadoras de telefonia. No mérito, sustenta a **regularidade da contratação dos seus serviços**, informando a inexistência de culpa ao instalar as linhas telefônicas. Aduz que a inclusão do CPF do autor foi realizada por outra operadora de telefonia. Alega não ter sido configurado o dano, **restando impossível a caracterização do nexo de causalidade, pressuposto intrínseco da responsabilidade civil**. Requer, portanto, seja acolhida a preliminar, e caso não acolhido tal pleito, seja julgada a ação improcedente.

A EMBRATEL, segunda Apelante, irresignada com o *decisum* prolatado, menciona preliminarmente a sua ilegitimidade passiva. No mérito, sustenta a **ausência de responsabilidade por não ter agido com dolo ou culpa no evento danoso**, defendendo, ainda, não haver no caso, a **responsabilidade solidária**. Aduz que a culpa seria exclusiva da TELESP, sendo esta a responsável pelo cadastro nos órgãos de inadimplentes. Requer, seja acolhido o recurso, com a conseqüente **modificação do valor da indenização fixada pelo Juízo a quo**.

Em contra-razões de fls. 201/204, o recorrido sustenta que **“a legitimidade das Apelantes estão bem definidas quando as mesmas emitiram faturas, cobraram os valores e negataram o Apelado”**. Acrescenta que **“a Embratel possui cadastro próprio e se não o tivesse, que conferisse o que a TELESP lhe informava à época, restando à Apelante o direito de regresso”**. Pugna pelo improvimento dos recursos e manutenção do *decisum* de primeiro grau.

A EMBRATEL, em contra-razões de fls. 205/212, aduz que **não participou do procedimento de habilitação das linhas do autor**. Pugna pelo improvimento do recurso interposto pela TELESP.

Revistos na forma do art. 34 do Regimento Interno deste Tribunal.

É relatório.

Voto Preliminar

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

Examino, de logo, as preliminares arguidas pela TELESP – TELECOMUNICAÇÕES DE SÃO PAULO S.A. E EMBRATEL – EMPRESA BRASILEIRA DE TELECOMUNICAÇÕES S/A.

A TELESP sustenta a tese de que, **“os dados da parte recorrida foram incluídos nos órgãos de proteção ao crédito por determinação de outra operadora de telefonia, em razão de débitos oriundos das ligações completadas através do código desta”**.

Do mesmo modo, a EMBRATEL aduz a ocorrência do cerceamento de defesa por parte do MM Juízo *a quo* e a inexistência de prova de que fora a responsável pela habilitação das linhas telefônicas em nome do autor.

Desta forma, o que se discute no processo e realmente caracteriza o dano moral requerido é a **inscrição indevida do CPF do autor em órgãos de proteção ao crédito**, que sequer tinha contratado o recebimento de linhas telefônicas.

Com acerto, a MM Juíza *a quo*, apreciando as preliminares de ilegitimidade passiva, assim reverberou:

“Apreciando, ab initio, as preliminares ad causam constante das defesas das rés, destaco que não merecem agasalho, tendo em vista que é evidente, a não mais poder, a relação entre a conduta de ambos e o dano experimentado pelo autor”. (grifei)

Da análise dos autos, tenho não haver razões para o acolhimento das preliminares sustentadas pelas apelantes, **devendo, por conseguinte, ser consideradas partes legítimas para compor a presente lide**. De acordo com as declarações do SPC E SERASA, fls. 39/41 dos autos, **comprova-se que as recorrentes foram as empresas que solicitaram o**

registro do CPF do autor nos Serviços de Proteção ao Crédito e SERASA.

O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do RESP 165.727/DF, de Relatoria do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, firmou o seguinte entendimento, *in litteris*:

“Em se tratando de indenização decorrente da inscrição irregular no cadastro de inadimplentes, a exigência de prova de dano moral (extrapatrimonial) se satisfaz com a demonstração da existência da inscrição irregular nesse cadastro.” (Resp nº 165.727/DF, 4ª Turma, Relator o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ DE 21.08.98). (Grifei).

Isto posto, **considerando haver relação jurídica entre as partes em litígio rejeito as preliminares de ilegitimidade passiva.**

Voto de Mérito

Segundo consta dos autos, no ano de 2002, o Sr. ARI AGUIAR DE HOLANDA foi contactado pela empresa INTERLIG, com o fim de torná-lo cliente, informando-lhe na oportunidade que o mesmo possuía várias linhas telefônicas na cidade de São Paulo. Com efeito, o autor buscou elucidar o que lhe fora noticiado, adquirindo a informação de que os telefones instalados a pedido de interposta pessoa eram: **0770-69948, 5614-88910, 5611-20260, 5833-03370, 583356790 e 5833-82160, cadastradas nos seguintes endereços: Rua Santa Rita de Sapucaí, nº 20, A e Frei Lourenço de Alcântara, 275, São Paulo-SP.** Naquela oportunidade, tendo enviado requerimento à TELESP para o cancelamento das referidas linhas, começou a receber cobranças desta Empresa através de demonstrativos de parcelamento de débito, mesmo sendo sabedora de que citados ramais telefônicos não pertenciam ao promovente. Do mesmo modo, a EMBRATEL, fornecedora de serviços pelo

“Código 21”, informou que utilizava-se do cadastro fornecido pela TELESP, remetendo a pedido do promovente a 2ª via das contas.

Em razão disso, sustenta o promovente que seu crédito fora suspenso em qualquer local onde realizava compras, ficando impossibilitado de operar em bancos, pelo fato de que as **referidas empresas enviaram seu CPF para o SPC E SERASA (fls. 39/41)**. Com os constrangimentos que lhe acometeram, o autor efetivou comunicado à autoridade policial, por meio do *Boletim de Ocorrência nº 304-05180/2002*, de 05 de agosto de 2002, registrado na delegacia de Defraudações e Falsificações (fl.11). Reafirmou o autor a negligência da EMBRATEL, informando que a linha nº 58338316, até 01/09/2002, estava registrada em nome de Flávio Augusto dos Santos Oliveira, passando em 27/09/2002 a constar o nome do autor como sendo o proprietário da mesma.

Assim, colocados os elementos de ordem fática, passo à análise da possibilidade de ressarcimento por danos morais em razão da inclusão do CPF do autor em órgãos de restrição ao crédito.

A indenização por dano moral, foi consagrada pelo texto constitucional nos incisos V e X do artigo 5º, adiante reproduzidos:

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

“V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”;

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

No âmbito da legislação infraconstitucional vigente, devem ser mencionados ainda os arts. 186, 927 e 942 do Código Civil e o art. 6º, incisos VI e VII, do Código de Defesa do Consumidor, que asseguram o direito à reparação econômica do dano moral:

CÓDIGO CIVIL

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

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

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

Art. 942. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação.

CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

“Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

[...]

VI – a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;

VII – o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a

proteção Jurídica, administrativa e técnica aos necessitados;

A respeito da indenização por dano moral em razão da inscrição indevida em cadastro de inadimplentes, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já se consolidou no sentido de reconhecer que o **dano moral decorre do próprio ato lesivo, impondo-se a responsabilização do agente, mediante indenização pecuniária fixada pelo magistrado, a partir da ponderação das circunstâncias do caso concreto.** Os seguintes julgados possuem similitude com a situação tratada nos autos, *in verbis*:

*“A jurisprudência deste Pretório está consolidada no sentido de que, **na concepção moderna do ressarcimento por dano moral, prevalece a responsabilização do agente por força do simples fato da violação.**”* (STJ, 4ª Turma, REsp 659.294/RS, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, julgado em 07.11.2006, DJU 11.12.2006) (grifei).

“EMENTA: AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. EMPRESA TELEFÔNICA. LINHA TELEFÔNICA SOLICITADA POR ESTRANHO, QUE SE UTILIZA INDEVIDAMENTE DOS DADOS DO AUTOR. NEGLIGÊNCIA DA EMPRESA. INSCRIÇÃO INDEVIDA DO NOME DO AUTOR NO SPC. DANO MORAL CONFIGURADO. SENTENÇA CONFIRMADA.

1. Age com negligência a empresa de telefonia que contrata instalação de linha telefônica pelo sistema denominado CALL CENTER, sem conferir a veracidade dos dados pessoais fornecidos pelo solicitante do serviço, o qual declina, falsamente, dados de outra pessoa, vindo esta a ser prejudicada com a inscrição indevida de seu nome no SPC em face de fatura não paga

pelo falsário solicitante.

2. Incumbe á empresa ré a prova de que teria sido o autor quem contratou a instalação da linha telefônica que teria originado o débito, cujo inadimplemento levou à inscrição de seu nome nos órgãos de proteção ao crédito, não sendo de se exigir que o autor fizesse prova de fato negativo, ou seja, de que não foi ele que contratou com a ré.

3. A inscrição do nome da pessoa nos cadastros de proteção ao crédito, de forma indevida, por si só causa geradora de danos morais, passíveis de reparação. decisão: conhecer. Improver o recurso. unânime. (TJDFT, apelação cível no juizado especial 20040410036772, relator: Jesuíno aparecido Rissato, data de julgamento: 05/10/2004, publicação no DJU: 04/02/2005).(grifei).

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. MANUTENÇÃO INDEVIDA DO NOME EM CADASTRO DE INADIMPLENTES. DANO MORAL CONFIGURADO. QUANTUM INDENIZATÓRIO. OUTRAS INSCRIÇÕES NEGATIVAS. REDUÇÃO. 1. O Tribunal a quo julgou restar demonstrado a conduta ilícita do recorrente e a caracterização dos danos morais: 'a manutenção do nome do apelado em cadastros restritivos de crédito, de forma irregular, após ter adimplido suas obrigações, é suficiente a causar o dano moral (...) vislumbram-se, pois, os requisitos ensejadores da condenação do Apelante ao pagamento de indenização por danos morais' (Acórdão, fls.267). 2. Consoante jurisprudência firmada nesta Corte, o dano moral decorre do próprio ato lesivo de manutenção indevida junto aos órgãos de

proteção ao crédito, ‘independentemente da prova objetiva do abalo à honra e à reputação sofrida pela autora, que se permite, na hipótese, facilmente presumir, gerando direito a ressarcimento’. Precedentes. 3. Ademais, rever tais conclusões, demandaria reexame de provas analisadas nas instâncias ordinárias. Óbice da Súmula 07/STJ. **Precedentes.** 4. O valor da indenização fixado pelo Tribunal em R\$ 29.175,00, correspondente a 25 vezes a importância do cheque (R\$ 1.167,00) que ensejou a inscrição e manutenção do nome do autor, mostra-se excessivo, não se limitando à compensação dos prejuízos advindos do fato danoso. 5. A comprovada ocorrência de outros apontamentos negativos em nome do recorrido, inobstante não excluir a indenização, dado o reconhecimento da lesão, deve, necessariamente, ser sopesada na fixação do montante reparatório. Precedentes desta Corte. 6. Assegurando ao lesado justa reparação, sem incorrer em enriquecimento indevido, reduz o valor indenizatório, fixando-o em R\$ 2.000,00 (dois mil reais). 7. Recurso parcialmente conhecido e, nesta parte, provido.” (STJ, Resp 705.371/AL, Rel. Ministro JORGE SCARTEZZINI, QUARTA TURMA, julgado em 24.10.2006, DJ 11.12.2006 p. 364) (grifei).

“CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. REGISTRO INDEVIDO EM ÓRGÃO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. DEVOLUÇÃO INDEVIDA DE CHEQUE. CONSTRANGIMENTO PREVISÍVEL. EXISTÊNCIA DE OUTROS REGISTROS. 1. No presente pleito, considerou o Tribunal de origem, com base nos elementos probatórios contidos nos autos, “que a questão de fato ensejadora da presente lide,

*qual seja, a devolução indevida de cheque emitido pela autora e a conseqüente inclusão de seu nome no Serasa, é absolutamente clara, e sobre ela as partes não controvertem” (fls.112). 2. Consoante jurisprudência firmada nesta Corte, **o dano moral decorre do próprio ato lesivo de inscrição indevida junto aos órgãos de proteção ao crédito, independentemente da prova objetiva do abalo à honra e à reputação sofrida pelo autor, que se permite, na hipótese, facilmente presumir, gerando direito a ressarcimento**. Precedentes 3. Conforme orientação pacificada nesta Corte, e adotada pelo acórdão recorrido, ‘a existência de outras inscrições anteriores em cadastros de proteção ao crédito em nome do postulante dos danos morais, não exclui a indenização, dado o reconhecimento da existência da lesão’. Contudo, tal fato deve ser sopesado na fixação do valor reparatório. Precedentes. 4. Constatado evidente exagero ou manifesta irrisão na fixação, pelas instâncias ordinárias, do montante indenizatório do dano moral, em flagrante violação aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, é possível a revisão, nesta Corte, de aludida quantificação. Precedentes. 5. Considerado os princípios retro mencionados e as peculiaridades do caso em questão (valor do cheque devolvido: R\$ 167,00; período de permanência da negativação: em torno de um mês; ocorrência de outras inscrições), o quantum fixado pelo Tribunal a quo (R\$ 5.000,00) a título de danos morais mostra-se excessivo, não se limitando a justa reparação dos prejuízos advindos do evento danoso. Destarte, para assegurar ao lesado justa reparação, sem incorrer em enriquecimento indevido, reduzo o valor indenizatório, para fixá-lo na quantia certa de R\$350,00 (trezentos e cinquenta reais). 6. Recurso parcialmente*

conhecido e, nesta parte, provido.”(REsp 717.017/PE, Rel. Ministro JORGE SCARTEZZINI, QUARTA TURMA, julgado em 03.10.2006, DJ 06.11.2006 p. 330).(grifei).

“RESPONSABILIDADE CIVIL. INSCRIÇÃO INDEVIDA EM ÓRGÃO DE RESTRIÇÃO AO CRÉDITO. DANO MORAL CONFIGURADO. REDUÇÃO DA CONDENAÇÃO. Configura dano moral indenizável empresa de telefonia que cadastra indevidamente nome de consumidor que, no caso, sequer tinha contratado o recebimento de linha telefônica. Inversão do ônus da prova deferida para que a telefônica juntasse o contrato de prestação de serviços, originário do débito, que não restou juntado, trazendo a presunção dos fatos alegados. Reduzida a condenação que se mostrava excessiva frente ao dano ocorrido, porém assegurando o caráter repressivo-pedagógico próprio da indenização. Apelo parcialmente provido”.
(APELAÇÃO CÍVEL Nº 70006399653, QUINTA CÂMARA CÍVEL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR: MARCO AURÉLIO DOS SANTOS CAMINHA, JULGADO EM 11/12/2003) (grifei).

A EMBRATEL sustentou a inexistência de dano a ser reparado, afirmando que “o simples fato do apelado ter o seu CPF inscrito no SPC não pode ensejar dano moral”. A jurisprudência de nossos tribunais, não comungou com esta tese, entendendo em conformidade com o estipulado no próloquio recorrido.

Indubitável que no caso em comento, as Apelantes não fizeram prova alguma das cautelas necessárias para prevenir o dano moral alegado pelo autor, não esforçando-se em verificar a **autenticidade do CPF e de seu legítimo portador**, oportunizando a concretização de uma operação geradora de um crédito ilegítimo. Injustificável a inexistência de

responsabilidade das referidas empresas, não se enquadrando a hipótese, na excludente do **parágrafo 3º, do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor**. Reproduzo referido artigo e seu respectivo parágrafo:

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

[...]

§3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:

I- que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;

II- A culpa exclusiva do consumidor ou de terceiros. (grifei).

Destarte, não provada a ausência de culpa do Autor/ Apelado na ocorrência do fato, não há que se falar em excludente da responsabilidade, devendo os causadores do dano efetivo, *in casu*, a *TELESP* e a *EMBRATEL*, obrigarem-se integralmente pelos prejuízos suportados por aquele que sofreu o prejuízo moral.

Reproduzo a lição de **Cláudia Lima Marques**, em sua obra *“Contratos no Código de Defesa do Consumidor”, in litteris:*

“O fornecedor deve suportar o risco profissional de ter causado dano moral ao consumidor em caso de cobrança indevida de dívida, registro indevido de seu nome no SPC ou de protesto indevido de título abstrato.” (MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: RT, 1999, p. 633). (grifei).

Perscrutando as peculiaridades do caso *in examine* por esta instância recursal, considero acertado o entendimento da decisão *a quo*. O autor mesmo não sendo aquele que gerou o débito com as empresas apelantes, teve o número de seu CPF indevidamente incluído na base de dados do Serviço de Proteção ao Crédito – SPC e SERASA. A documentação que instrui a pretensão autoral é indicativa de que a ocorrência do débito com a criação de linhas telefônicas teria sido resultado de um estelionato. Fazendo-se presentes as condutas comissivas das empresas recorrentes, consistente no envio do número do CPF do recorrido ao SPC E SERASA, o **dano moral**, advindo de ser comprovadamente indevido o cadastramento, e o nexos de causalidade entre a mencionada conduta e o dano moral, encontram-se atendidos os pressupostos ao reconhecimento do dever de indenizar que se impõe às referidas empresas. Em harmonia, portanto, com a jurisprudência dominante no Superior Tribunal de Justiça, **entendo que a conduta ilícita das empresas promovidas ocasionou dano moral ao recorrido, cabendo-lhe, portanto, o direito à correspondente indenização.**

Cumpre-nos aferir, por conseguinte, se o valor fixado na primeira instância é adequado para aliviar os transtornos sofridos pela vítima do erro das empresas recorrentes.

Consoante destacado no relato, o recurso de apelação da EMBRATEL questiona o excessivo quantum indenizatório, fixado em **R\$ 6.000,00 (seis mil reais)** pelo Juízo *a quo*.

A propósito, reproduzo o artigo de **José Roberto Ferreira Gouvêa e Vanderlei Arcanjo da Silva**, abordando sobre a quantificação do dano moral segundo a jurisprudência do **Superior Tribunal de Justiça**, *in verbis*:

*“[...] A visão hoje predominante é a de que, **embora a dor não tenha preço e nem seja mensurável, os danos morais são plenamente reparáveis. A indenização em dinheiro não visa à restituição absoluta do status quo da vítima anterior ao dano e***

*nem à recomposição total da dor e da angústia por ele vivenciados. **O seu escopo é o alívio, a amenização, a diminuição dos sentimentos negativos suportados pelo lesado, sob uma perspectiva de ‘correspondência’, e não de ‘equivalência’, buscando ainda sancionar o lesante, a fim de que ele não reitere a conduta ofensiva. Assim, em um contexto mais amplo, consiste o objetivo dessa reparação pecuniária na defesa dos valores essenciais à preservação da personalidade humana e do convívio social, atribuindo à vítima algum tipo de compensação, bem como lhe devolvendo, na medida do possível, sua integridade física, psicológica e emocional.***

[...]

*Consolidada a reparação pecuniária dos danos morais, subsiste até os dias atuais a dificuldade para liquidá-los e quantificá-los de forma satisfatória. Os danos materiais são calculados com base no exato montante do prejuízo econômico sofrido no patrimônio do ofendido. **Os danos morais, entretanto, não possuem dimensão monetária, sendo insuscetíveis de avaliação estrita. Assume importância central, nesse ínterim, o arbítrio do juiz, que, para não se tornar arbitrariedade, deve se fundamentar na prudência, na equidade e na razoabilidade.***

*O valor dos danos morais não pode ser tão alto a ponto de acarretar enriquecimento sem causa do autor ou de arruinar financeiramente o réu e nem pode ser tão baixo a ponto de não penalizar o réu, permitindo que ele reitere a ofensa praticada ou não repare o dano sofrido pelo autor. **Para a definição do seu valor, que não deve ser irrisório e nem absurdamente elevado, é necessário que o magistrado considere várias circunstâncias em cada caso específico, tais como a intensidade da***

culpa e do dano, a conduta e a capacidade econômica do ofensor, a repercussão da ofensa, a posição social ocupada pelo ofendido e as conseqüências por ele suportadas.

Ademais, como já consagrado pela jurisprudência do STJ, o valor da causa estabelecido pelo autor no pedido inicial é meramente estimativo, servindo precipuamente para efeitos fiscais e não podendo se tornar paradigma para a fixação da indenização, a qual tanto poderá ser inferior quanto superior em relação àquele valor; não pode, também, o valor da causa ser tomado como pedido certo para fixação de sucumbência recíproca, caso a ação seja julgada procedente em quantia inferior à pretendida pelo autor, sendo que a proporcionalidade será garantida ao incidir os honorários do advogado do autor sobre o valor da condenação (ou seja: não se configura na reparação por dano moral a sucumbência recíproca).” (GOUVÊA, José Roberto Ferreira & SILVA, Vanderlei Arcanjo da. Dano moral: quantificação pelo STJ. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil. Porto Alegre: Síntese, v.7, n. 37, set./out., 2005, págs. 147-159.)

Segundo os marcos temporais apontados no decorrer do processo, a inscrição indevida perdurou por pelo menos 1 (um) ano e 4 (quatro) meses, embora desconhecida da vítima do erro. Consta no autos comprovação do desconforto resultante das tentativas infrutíferas de compras, seguido do registro de dois boletins de ocorrência e do ajuizamento da presente ação reparatória.

Considerando as particularidades do pleito autoral, a intensidade e repercussão do dano, bem como os parâmetros adotados em casos semelhantes pelo Superior Tribunal de Justiça, com fundamento nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, **voto pelo CONHECIMENTO DOS RECURSOS, MAS PARA QUE LHES SEJAM NEGADO**

PROVIMENTO, com a manutenção em todos os seus termos da sentença recorrida, que condenou cada uma das rés a pagar ao autor uma indenização no valor de R\$ 6.000,00 (seis mil reais), valor suficiente para a justa reparação dos prejuízos advindos do evento danoso, sem provocar o enriquecimento indevido do ofendido e servindo de reprimenda aos ofensores. Mantenho o percentual da verba honorária arbitrada na sentença.

É como voto.

Fortaleza, 21 de maio de 2007.

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

Nº PROCESSO: 2000.0132.0766-1/1

TIPO DO PROCESSO: APELAÇÃO CÍVEL

COMARCA: FORTALEZA

PARTES:

**APELANTES: COMPANHIA DE ALIMENTOS DO NORDESTE
– CIALNE**

CIRO FREIRE CORREIA E OUTROS

APELADOS: OS MESMOS APELANTES

RELATOR: DES. ERNANI BARREIRA PORTO

**Ementa: APELAÇÃO CÍVEL – BUSCA E
APREENSÃO – NOTIFICAÇÃO EXTRAJUDICIAL
– OFENSA AO PRINCÍPIO DA
TERRITORIALIDADE DOS REGISTROS
PÚBLICOS (ART. 9º DA LEI Nº 8.935/94) –
NULIDADE.
RECURSO APELATÓRIO CONHECIDO E
IMPROVIDO**

RELATÓRIO

Cogita-se de recursos de Apelação Cível interpostos, de um lado, por COMPANHIA DE ALIMENTOS DO NORDESTE – CIALNE e, de outro, por CIRO FREIRE CORREIA E OUTROS, por não haverem se resignado com sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da 17ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza.

A sentença hostilizada deu parcial provimento a ação de cobrança com o escopo de condenar a empresa promovida ao pagamento das diferenças ou reajustes conferidos pelo Governo Federal, a categoria que pertencia o falecido.

As razões apelatórias foram colacionadas tempestivamente às fls. 213/221, pela parte autora, e às fls. 226/229 pela empresa ré.

As respectivas contra-razões foram devidamente acostadas pela parte autora às fls. 232/234, a parte ré não ofereceu suas contra-razões.

É o breve relatório.

À douta revisão.

Fortaleza, 18 de setembro de 2006.

VOTO

Cogita-se de recurso de Apelação Cível interposto por BANCO ABN AMRO REAL S.A., haja vista não haver se resignado com sentença proferida pelo eminente Juiz de Direito da 12ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza, que, em sede de busca e apreensão, extinguiu o feito, sem julgamento de mérito, por constatar que a carta noticiatória comprobatória da mora do requerido seria ineficaz por não ter sido realizada por Serventia Cartorária competente.

Com efeito, o princípio da territorialidade dos Registros Públicos, impõe que a serventia cartorária não pode praticar atos além da circunscrição do Município para o qual recebeu delegação, conforme se observa da leitura do art. 9º da Lei nº 8.935/94, *in verbis*:

Art. 9º O tabelião de notas não poderá praticar atos

de seu ofício fora do Município para o qual recebeu delegação.

Neste mesmo sentido é a redação no art. 160 da Lei nº 6.015/73 (Lei dos Registros Públicos), que impõe:

Art. 160. O oficial será obrigado, quando o apresentante o requerer, a notificar do registro ou da averbação os demais interessados que figurarem no título, documento, o papel apresentado, e a quaisquer terceiros que lhes sejam indicados, podendo requisitar dos oficiais de registro em outros Municípios, as notificações necessárias. Por esse processo, também, poderão ser feitos avisos, denúncias e notificações, quando não for exigida a intervenção judicial.

Interpretando os citados dispositivos legais, a Corregedoria de Justiça do Estado do Ceará elaborou o provimento 08/98, afirmando, nos seguintes termos:

Art. 3º. A proibição expressa no Art. 9º da Lei nº 8.935, no tocante a prática de atos do seu ofício pelo notário ou tabelião de notas fora do Município para o qual recebeu delegação é específica aos atos enumerados nos arts. 6º e 7º da referida lei...

Eis que a notificação extrajudicial encontra-se inclusa no inciso II do art. 6º da Lei nº 8.935/94, *in verbis*:

Art. 6º Aos notários compete:

- I - formalizar juridicamente a vontade das partes;
- II - intervir nos atos e negócios jurídicos a que as partes devam ou queiram dar forma legal ou autenticidade, autorizando a redação ou redigindo os instrumentos adequados, conservando os originais e expedindo cópias fidedignas de seu conteúdo;

III - autenticar fatos.

Portanto, percebe-se que a Serventia Extrajudicial da Comarca de Caucaia é incompetente para proceder notificações na Comarca de Fortaleza, sendo, dessa forma, nula a notificação extrajudicial carreada aos autos, por ter emanado de autoridade incompetente.

Neste sentido são os precedentes deste Egrégio Tribunal de Justiça nas Apelações Cíveis nº 2000.08050-7 e 1998.06594-2, da relatoria dos Eminentes Desembargadores Rômulo Moreira de Deus e João de Deus Barros Bringel, respectivamente.

Dessa forma, sendo a notificação requisito indispensável da ação de busca e apreensão, esta foi corretamente extinta pelo magistrado singular, não havendo qualquer reproche a sentença vergastada.

Assim, por todo o exposto, CONHEÇO do recurso apelatório para NEGAR-LHE provimento, mantendo a sentença monocrática em todos os seus termos.

É como voto.

Fortaleza, 22 de agosto de 2006.

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

**PROCESSO Nº. 2000.0134.7552-6/1
APELAÇÃO CÍVEL DA 4ª VARA CÍVEL DE FORTALEZA
APELANTE: BANCO ABN AMRO REAL S/A
APELADO: JERÔNICO DANTAS DA SILVA
ÓRGÃO JULGADOR: TERCEIRA CÂMARA CÍVEL
RELATOR: DES. CELSO ALBUQUERQUE MACÊDO**

**EMENTA: PROCESSO CIVIL – APELAÇÃO CÍVEL
- RECURSO TEMPESTIVO – APREENSÃO DE**

VEÍCULO - AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO – INTELIGÊNCIA DO ART. 890, DO CPC - PURGAÇÃO DA MORA – RESTITUIÇÃO DO BEM MÓVEL - ÔNUS SUCUMBENCIAIS - APELAÇÃO CONHECIDA E IMPROVIDA:

I – Efetivado o depósito judicial da quantia devida ao apelante, extingue-se a obrigação objeto da ação consignatória. Não há que se perquirir acerca do pagamento de juros quando inexistente a sua cobrança.

II – Liberação da carta de desalienação do veículo.

III – Honorários advocatícios fixados nos termos do parágrafo 4º, do art. 20, do Código de Processo Civil.

IV - Apelação conhecida e improvida.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação nº. 2000.0134.7552-6/1, oriundos da 4ª Vara Cível da Comarca 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, para, contudo, negar-lhe provimento, mantendo incólume o *decisum* recorrido.

RELATÓRIO

Tratam os autos de **APELAÇÃO CÍVEL** que julgou procedente o pedido exordial da **AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO**, sentença proferida pelo Juízo de direito da 4ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza, às fls. 53/55, aforada por **JERÔNIO DANTAS DA SILVA** contra o **BANCO ABN AMRO REAL S/A**, com a indicação de que nos termos do processo nº. 2002.02.38543-4, o apelado teve o seu carro apreendido, porém purgada a mora, houve a restituição do mencionado veículo, em

dezembro de 2003.

Intimação para depósito, fl. 7. Citação BANCO ABN AMRO REAL S/A, indicando que o apelante somente pode receber uma prestação, se a anterior estiver quitada. Houve recusa, justa, uma vez que a quantia a ser depositada não representava o efetivo crédito bancário, em razão de mora de outras prestações.

Réplica à contestação, com o apontamento de que no dia 29 de dezembro de 2003, não pode efetuar o pagamento, pois segundo foi informado o próprio sistema de computação não estava aceitando o recebimento da parcela vencida, em razão de pendência financeira. Em conversação com o Gerente Geral do Banco, este noticiou sobre a impossibilidade de aceitar a quitação da parcela vencida no dia 29/12/2003, tendo em vista o caráter sub-judice. Temeroso de que a Instituição Bancária novamente retomasse o veículo, ingressou em Juízo com ação autônoma de consignação em pagamento.

À fl. 41, o Banco ABN AMRO REAL S.A, noticiou que em despacho exarado no dia 14 de janeiro de 2004, a parte promovente ficou autorizada a pagar 13 prestações de R\$ 313,00, tendo providenciado o depósito de apenas 8, até agosto/2004. Desde então, passaram-se 5 meses sem qualquer depósito.

O promovente, fl. 46, noticiou a implementação do pagamento das 36 prestações contratadas com o BANCO ABN AMRO REAL S.A., no destaque de pagamento de uma só vez, fl. 45, das cinco prestações já mencionadas.

Às fls. 53/55, o MM. Juiz julgou procedente o pedido inaugural, determinando a extinção da obrigação, uma vez que adimplida, com a conseqüente liberação da carta de desalienação do veículo.

Apelação do Banco nos termos do art. 513, do CPC, fazendo a indicação de que o apelado estava incurso em mora, citando, inclusive, jurisprudência quanto ao não cabimento da consignação quando o devedor já se encontrava constituído em tal circunstância. A recusa foi feita, tendo em vista que a importância depositada estava aquém do valor devido, devendo ser reformada a sentença de primeiro grau, com a improcedência

da ação consignatória, além da conseqüente condenação da parte apelada no ônus da sucumbência.

O apelado, por vez, declarou que a procedência da ação encontrou adequação no procedimento do próprio Banco, quando solicitou o levantamento dos valores consignados, aceitando, pois, os depósitos feitos, nos termos do inciso IV, do art. 896, do CPC.

Eis o relatório, em sucinta análise.

À Revisão.

VOTO

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

Vê-se, *in casu*, que o apelante destacou que o apelado se encontrava inadimplente, portanto, constituído em mora, devendo, pois, ser reformada a sentença monocrática. Não busca, vê-se, pagamento de juros moratórios em razão do atraso de 5 prestações, pagas de uma só vez, conforme fl. 45.

Na lição do Professor **MISAEEL MONTENEGRO FILHO**, transcrevo:

(...)

”A ação de consignação em pagamento mostra-se como o instrumento jurídico-processual indicado para que terceiro ou devedor de uma obrigação de dar coisa ou de pagar quantia em favor do credor obtenha o reconhecimento da sua liberação e da conseqüente quitação, nas hipóteses previstas da lei civil. Pela introdução alinhada, percebemos que a ação em estudo mantém íntima ligação com o direito civil, que recomenda o exame da norma processual em companhia das regras que emanam do CC, a partir do seu art. 334”.

O dispositivo que inaugura capítulo da lei material relativo ao pagamento em consignação

dispõe: “Art. 334. Considera-se pagamento, e extingue a obrigação, o depósito judicial ou em estabelecimento bancário da coisa devida, nos casos e formas legais.”... “A actio consignatória serve ao direito das obrigações, como forma de permitir ao terceiro ou ao devedor que se libere da relação que o ata ao credor, geralmente por este se recusar ao recebimento da quantia ou da coisa objeto da oferta, embora não seja esta a única fundamentação que ampara o ingresso da ação em exame. A ação de consignação em pagamento pode ser proposta, segundo se depreende da leitura do art. 335 do CC.

(...)

CURSO DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL – Medidas de Urgência, Tutela Antecipada e Ação Cautelar, Procedimentos Especiais- Vol. 3 – Editora Atlas S.A- 2005- págs. 230 e 231.

Do mesmo modo, o *decisum a quo*, compreendeu que a purgação da mora efetivou-se de conformidade com a lei, com a atualização do débito após a feitura dos cálculos e depósito efetivado pelo autor, julgando o Juízo de 1º grau o pedido inaugural, determinando a extinção da obrigação, pois, adimplida e a liberação da carta de desalienação do veículo.

Prima facie, entendo que a sentença de primeiro grau não merece reforma, tendo em vista ter adequadamente o caso concreto à legislação aplicável a espécie.

Conforme ensina o mestre e magistrado **ELPÍDIO DONIZETTI NUNES**, *in verbis*:

(...)

“Em geral, as obrigações são extintas pelo pagamento, sendo que o devedor, a par da obrigação de solver o débito, tem o direito de se liberar do vínculo obrigacional. Todavia, pode ocorrer de o devedor, por circunstâncias

diversas, ser impedido de efetivar o pagamento, hipóteses em que a lei lhe faculta a possibilidade de fazer a consignação do valor devido, com o objetivo de ver declarada extinta a obrigação. Consiste a consignação numa forma indireta de o devedor se livrar do vínculo obrigacional independentemente da aquiescência do credor. O pagamento por consignação constitui uma das modalidades de extinção das obrigações e é regulado pelo Código Civil (arts. 334 a 345). Já a ação de consignação em pagamento ou, mais precisamente, o procedimento da consignação, que pode ser judicial ou extrajudicial, é regulada pelo Código de Processo Civil”.

(...)

Curso Didático de DIREITO PROCESSUAL CIVIL- 5ª EDIÇÃO – EDITORA DEL REY- 2004 – Belo Horizonte, pág. 483).

Demonstrou o apelado a quitação do débito devido, em decorrência da compra do bem móvel em alienação fiduciária efetivada com a entidade financeira.

A propósito, este é o posicionamento consolidado no colendo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, *in verbis*:

***1. TIPO DE PROCESSO: Apelação Cível
NÚMERO: 598438885 - Não Possui Inteiro Teor
Decisão: Acórdão
RELATOR: Carlos Alberto Bencke***

EMENTA: PROCESSO CIVIL. AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO. EXTINÇÃO DA OBRIGAÇÃO. DEMONSTRADO O EFETIVO PAGAMENTO DOS VALORES DEVIDOS A APELANTE, A TÍTULO DE EMPRÉSTIMO PELA AUTORA, COM A INCLUSÃO DE JUROS ACIMA DO PATAMAR PREVISTO EM LEI, NÃO HÁ QUE

SE PERQUIRIR ACERCA DO PAGAMENTO DA DIFERENÇA QUANTO AO VALOR QUE ENTENDE SER DEVIDO, POIS O VALOR DEPOSITADO EXTINGUIU POR COMPLETO A OBRIGAÇÃO OBJETO DA AÇÃO CONSIGNATÓRIA. APELO IMPROVIDO....

DATA DE JULGAMENTO: 01/04/1999

PUBLICAÇÃO: Diário de Justiça do dia

“Câmara Cível, Tribunal de Alçada do RS, Relator: Teresinha de Oliveira Silva, Julgado em 30/09/1998).

TIPO DE PROCESSO:

Apelação Cível NÚMERO: 70004208096

Inteiro Teor

RELATOR: Carlos Alberto Etcheverry

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO. SUFICIÊNCIA DOS DEPÓSITOS DOS LOCATIVOS RECONHECIDA EM CÁLCULO EFETUADO PELO CONTADOR JUDICIAL. RECURSO PROVIDO PARA DECLARAR EXTINTA A OBRIGAÇÃO DA AUTORA. (Apelação Cível Nº 70004208096, Décima Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Alberto Etcheverry, Julgado em 12/04/2007).

Neste sentido é o posicionamento consolidado no colendo Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

EMENTA: “PROCESSO CIVIL. TRIBUTÁRIO. AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO .NATUREZA E FINALIDADE. UTILIZAÇÃO PARA OBTER PROVIMENTO DE CARÁTER

CONSTITUTIVO, MODIFICATIVO DO PRAZO DA OBRIGAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. 1. O depósito em consignação é modo de extinção da obrigação, com força de pagamento, e a correspondente ação consignatória tem por finalidade ver atendido o direito – material - do devedor de liberar-se da obrigação e de obter quitação. Tratar-se de ação eminentemente declaratória: declara-se que o depósito oferecido liberou o autor da respectiva obrigação” (REsp 600469 – RS, 1ª Turma do STJ, rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, j 6.5.2004, DJ 24.5.2004, P. 195, em transcrição parcial).
EXTRAÍDA DA OBRA CURSO DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL – MISAEL MONTENEGRO FILHO, PÁG. 230.

In casu, não prospera, sob nenhum aspecto, o reclamo recursal.

Agiu com acerto o Magistrado *a quo* quando julgou procedente a ação de consignação em pagamento, proposta pelo apelado/promovente **JERÔNIO DANTAS DA SILVA** sob alegação de que foram depositados todos os valores devidos, estando estes à disposição do promovido/apelante.

Diante do exposto, conheço da apelação cível por tempestiva, manifestada pelo apelante, mas, para, negar-lhe provimento, mantendo incólume o *decisum* recorrido, **com a condenação do apelante em ônus sucumbenciais, no percentual de 20% sobre o valor da causa da ação originária.**
É como voto.

Fortaleza, 04 de junho de 2007.

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

Apelação Cível nº 2001.0000.2361-1/0
Apelante: ANA LÚCIA DA SILVA PRADO
Apelado: BANCO ABN AMRO S/A
Relator: Des. Ademar Mendes Bezerra

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. DISCUSSÃO ACERCA DAS CLÁUSULAS CONTRATUAIS. POSSIBILIDADE. PRÁTICA DO ANATOCISMO. INAPLICABILIDADE NA ESPÉCIE. CUMULAÇÃO INDEVIDA DE COMISSÃO DE PERMANÊNCIA COM OUTROS ENCARGOS MORATÓRIOS (SÚMULAS 30 E 294 DO STJ). DESCARACTERIZAÇÃO DA MORA DO DEVEDOR. RECURSO PROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos da Apelação Cível nº 2001.0000.2361-1/0, em que figuram as partes acima indicadas.

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

Fortaleza, 06 de dezembro de 2006.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de apelação cível interposta por **ANA LÚCIA DA SILVA PRADO**, contra sentença do MM. Juiz da 9ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza, que, em sede de ação de **Busca e Apreensão** proposta pelo **BANCO ABN AMRO S/A**, julgou procedente o pedido inaugural.

Na Inicial da referida ação (fls. 02 a 04), o demandante alegou, em suma, que fora celebrado, no dia 23 de janeiro de 1998, com a demandada (ora apelante) um contrato

de financiamento ao consumidor, garantido por alienação fiduciária, cujo objeto é o automóvel de marca Fiat, Modelo Uno Mille SX, ano 1996, modelo 1997, cor cinza, de placas HUM 6359, tendo sido financiado o valor de R\$13.000,00(treze mil reais). Todavia, a demandada deixou de efetuar o pagamento da parcela nº 22/36, vencida em 07/11/1999, mesmo depois de notificada extrajudicialmente para tanto. Deste modo, o demandante (ora apelado) requereu a concessão liminar da busca e apreensão do veículo, bem como o julgamento procedente da ação, fazendo acostar os documentos de fls. 05 a 08.

O reitor do feito, ao despachar a inicial, deferiu a liminar requerida, determinando a expedição de mandado de busca e apreensão, além da citação da demandada para contestar a ação ou requerer a purgação da mora (fl. 11). A promovida não foi localizada (fl. 13), tendo sido, não obstante, apreendido o veículo (fls. 14 e 15).

Citada por edital (fl. 22), a demandada/apelante ofereceu contestação (fls. 27 a 50), acompanhada de documentos (fls. 51 a 61), onde discute o financiamento bancário, insurgindo-se contra a prática de anatocismo e a cumulação indevida de comissão de permanência com juros de mora e multa, qualificando tais cláusulas como abusivas e, portanto, nulas, por ferir o Código de Defesa do Consumidor, requerendo, a final, a improcedência do pedido, a par da alternativa de purgação da mora.

Às fls. 63/74, réplica, seguindo-se agravo retido interposto pela promovida (fls. 76 a 78) contra o despacho de fl. 63, argumentando não ser o caso de julgamento antecipado da lide, tendo sido, posteriormente, prolatada sentença acolhendo o pedido do autor (fls. 79 e 80).

Inconformada, a promovida interpôs apelação (fls. 84 a 103), argüindo, preliminarmente, a ausência de manifestação do MM. Juiz de primeiro grau acerca do pleito alternativo de purgação da mora, reafirmado em sede de agravo retido, ratificando no mérito, *mutatis mutandis*, os termos da contestação.

Contra-razões às fls. 106 a 118.

É o relatório.

VOTO

Inicialmente, registre-se que a matéria preliminar objeto de agravo retido se confunde com o mérito, na medida em que o entendimento jurisprudencial majoritário é no sentido de que cabe discutir as cláusulas contratuais no bojo da própria ação de busca e apreensão, tornando prescindível, sobretudo em nome dos princípios da economia processual e instrumentalidade das formas, o ajuizamento de ação específica.

Eis o entendimento consolidado do Superior Tribunal de Justiça:

“PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. RECONVENÇÃO. AÇÃO REVISIONAL. ADMISSIBILIDADE.

ART. 315 DO CPC.

- Consolidou-se o entendimento no STJ de que é admitida a ampla defesa do devedor no âmbito da ação de busca e apreensão decorrente de alienação fiduciária, seja pela ampliação do objeto da discussão em contestação, a partir do questionamento a respeito de possível abusividade contratual; seja pela possibilidade de ajuizamento de ação revisional do contrato que deu origem à ação de busca e apreensão, que, por sua vez, deve ser reunida para julgamento conjunto com essa.

- Nada impede – e é até mesmo salutar do ponto de vista processual – o cabimento de reconvenção à ação de busca e apreensão decorrente de alienação fiduciária, para pleitear a revisão do contrato, bem como a devolução de quantias pagas a maior. Recurso especial conhecido e provido”. (Resp 801374/RJ; RECURSO ESPECIAL 2005/0199667-6, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI -

TERCEIRA TURMA. Data do Julgamento: 06/04/2006. DJ 02.05.2006, p. 327).

“PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. CONTESTAÇÃO QUE IMPUGNA A LEGALIDADE DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS, SOB ALEGAÇÃO DE ILEGALIDADE. POSSIBILIDADE DE DISCUSSÃO DO TEMA NO ÂMBITO DA AÇÃO.

I. Possível a discussão, no âmbito da defesa apresentada na ação de busca e apreensão, da legalidade das cláusulas contratuais que deram origem ao débito.

II. Recurso especial conhecido e provido.” (REsp 595503 / PR; RECURSO ESPECIAL 2003/0174243-8. Relator(a) Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR. Órgão Julgador T4 - QUARTA TURMA Data do Julgamento 16/08/2005. Data da Publicação/Fonte DJ 12.09.2005 p. 336).

Por outro lado, não há dúvida acerca da aplicabilidade do Código de defesa de Consumidor. A questão já foi pacificada pela Corte de Uniformização Infraconstitucional, no enunciado nº 297 de sua Súmula, com incidência no presente caso, senão veja-se:

“CIVIL E PROCESSUAL. AGRAVO REGIMENTAL. CONTRATO DE MÚTUO COM GARANTIA DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. APLICAÇÃO DO CDC. SÚMULA N. 297-STJ. CAPITALIZAÇÃO DOS JUROS. VEDAÇÃO. SÚMULA N. 121-STF. MP N. 1.963-17/2000 REEDITADA ATÉ A DE N. 2.170-36/2001. DEPÓSITO PARCIAL. VALORES INCONTROVERSOS. CABIMENTO. COMPENSAÇÃO/ RESTITUIÇÃO DO INDÉBITO. POSSIBILIDADE. TEMAS PACIFICADOS.

I. O Código de Defesa do Consumidor é aplicável

aos contratos bancários, nos termos da Súmula n. 297-STJ.

II. Nos contratos de mútuo com alienação fiduciária em garantia, ainda que expressamente pactuada, é vedada a capitalização dos juros, somente admitida nos casos previstos em lei. Incidência do art. 4º do Decreto n. 22.626/33 e da Súmula n. 121-STF.

III. A insuficiência do depósito não significa a improcedência do pedido, mas sim que o efeito da extinção da obrigação é parcial, até o montante da importância consignada, que poderá ser futuramente complementada, tão logo realizados os cálculos e apurado o real montante do débito, na esteira da jurisprudência mais recente da 4ª Turma, aplicando o disposto no art. 899, do CPC (REsp n. 448.602/SC, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, unânime, DJU de 17.02.2003).

IV. Admite-se a repetição do indébito de valores pagos em virtude de cláusulas ilegais, em razão do princípio que veda o enriquecimento injustificado do credor.

V. Agravo improvido.” (AgRg no REsp 827035/RS; AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2006/0053178-7. Relator(a) Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR. Órgão Julgador T4 - QUARTA TURMA Data do Julgamento 18/05/2006. Data da Publicação/Fonte DJ 19.06.2006 p. 152).

O ordenamento jurídico pátrio também prescreve, como regra, a vedação à capitalização dos juros, admitindo-a, por exceção, apenas em determinados casos. Deste modo, a adoção da “Tabela Price” pelo Banco apelante mostra-se abusiva, mormente em se tratando de contrato de adesão subordinado ao Código de Defesa do Consumidor.

Ressalte-se, ainda, que a MP 1963-17/2000 admite a cobrança de juros com periodicidade inferior a um ano apenas para contratos celebrados a partir de 31 de março de 2000, não se aplicando, pois, à hipótese em apreço, vez que o ajuste se

deu no ano de 1998. No mesmo sentido:

“AGRAVO REGIMENTAL. CAPITALIZAÇÃO MENSAL DOS JUROS. INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO CONTRATUAL. MEDIDA PROVISÓRIA 2.170-36/2001. NÃO INCIDÊNCIA. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. AUSÊNCIA DE PACTUAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO COM JUROS REMUNERATÓRIOS. COMPENSAÇÃO. VERBA HONORÁRIA. POSSIBILIDADE.

1. A Segunda Seção desta Corte entende cabível a capitalização dos juros em periodicidade mensal, para os contratos celebrados a partir de 31 de março de 2000 - data da primitiva publicação do art. 5º da MP 1.963-17/2000, atualmente reeditada sob o nº 2.170-36/2001 -, desde que pactuada, o que não se verifica relativamente a um dos contratos firmados entre as partes, motivo que obsta seu deferimento. (...).” (AgRg no REsp 655932 / RS ; AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2004/0058891-2 Relator(a) Ministro FERNANDO GONÇALVES. Órgão Julgador T4 - QUARTA TURMA. Data do Julgamento: 07/04/2005. Data da Publicação/Fonte DJ 02.05.2005 p. 372).

No que diz respeito à cumulação de comissão de permanência com juros moratórios e multa, tal constitui abuso do fornecedor, porquanto o mencionado encargo 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 em 04.05.2005).**

II - Agravo regimental desprovido”.

(AgRg no AgRg nos EDcl no Ag 634.358/BA, Rel. Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 02.06.2005, DJ 20.06.2005 p. 277).

No caso destes autos, a comissão de permanência vem prevista em cúmulo com juros de mora e multa moratória, como se pode ver da cláusula 9(nove) do instrumento contratual respectivo (fl. 06v), pelo que deve dita comissão ser preservada no contrato (**STJ, Súmula 294**), afastando-se, todavia, a cobrança dos mencionados juros de mora e da multa.

Ora, 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 diapasão, a pacífica jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

“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. (...)”. (AgRg no REsp 729.068/RS, Rel. Ministro CASTRO FILHO, TERCEIRA TURMA, julgado em 02.08.2005, DJ 05.09.2005 p. 408).

“CIVIL. CONTRATO DE CRÉDITO BANCÁRIO. CAPITALIZAÇÃO MENSAL. IMPOSSIBILIDADE. MORA. DESCARACTERIZAÇÃO. TR. INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO.

1. A capitalização dos juros somente é admitida em casos específicos, previstos em lei (cédulas de crédito rural, comercial e industrial), ut súmula 93/STJ, não ocorrentes na espécie, constatação apta a fazer incidir a letra do art. 4º do Decreto nº 22.626/33 e a súmula 121/STF. Precedentes.

2. A descaracterização da mora pelo Tribunal de origem, em virtude da constatação de pretender a instituição financeira mais do que lhe é devido, encontra-se em consonância com o entendimento pacificado da Segunda Seção (EResp nº 163.884/RS).

3. A TR somente pode ser utilizada como índice de correção monetária quando pactuada, o que, *in casu*, não ocorre, ante a inexistência de previsão contratual específica. (súmula 295/STJ).

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 618.111/RS, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 19.08.2004, DJ 13.09.2004 p. 261).

Assim sendo, torna-se inadmissível a busca e apreensão do bem, uma vez afastados os efeitos da mora, devendo, no entanto, prosseguir o processo com a purgação respectiva, consubstanciada no depósito, pela demandada/recorrente, das parcelas faltantes do financiamento, calculado o valor devido com a exclusão das quantias abusivas, abrindo o

magistrado de primeiro grau prazo razoável para tanto, depois de recebido o cálculo do contador, razão por que sou pelo provimento do apelo, desconstituindo-se a sentença monocrática nestes termos.

É como voto.

Fortaleza, 06 de dezembro de 2006.

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

Apelação Cível nº 2003.0002.1132-5

**Apelante: ARCOS – ARQUITETURA CONSTRUÇÃO
SANEAMENTO LTDA**

Apelada: LUIZ GONZAGA DO NASCIMENTO

Relator: Desembargador Ademar Mendes Bezerra

EMENTA: CIVIL. ACIDENTE DE TRABALHO. NÃO FORNECIMENTO DE EQUIPAMENTO DE SEGURANÇA AO EMPREGADO. CULPA DO EMPREGADOR. DEVER DE INDENIZAR OS DANOS MATERIAIS (EMERGENTES E LUCROS CESSANTES) E MORAIS.

- Conforme entendimento jurisprudencial, apesar da ampliação da competência da Justiça do Trabalho, com o advento da emenda 45 da Constituição Federal, o processamento e o julgamento da presente demanda há que permanecer na Justiça estadual, visto que já houve sentença no presente feito.

- Provada a culpa da empresa ré, decorrente do não fornecimento do indispensável equipamento de segurança, resta patente o dever de indenizar os danos causados.

- A prova dos danos materiais e morais, consoante

**o princípio do livre convencimento fundamentado, pode ser feita por todos os meios juridicamente admitidos, sendo, em tese, prescindível a realização de exame pericial.
- Apelação não provida.**

ACÓRDÃO:

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos do Recurso de Apelação n.º **2003.0002.1132-5** contra decisão do Juízo da 15ª Vara Cível desta Capital, 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, 28 de março de 2007.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de apelação cível interposta pela ARCOS – ARQUITETURA CONSTRUÇÃO SANEAMENTO LTDA contra a sentença do juízo *a quo* (15ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza) que julgou procedente a Ação de Reparação de Danos intentada pelo Sr. LUIZ GONZAGA DO NASCIMENTO (ora apelado).

Na Inicial, o autor argumentou que fora empregado da empresa ré (ora apelante) e que recebia a remuneração de R\$ 200,00 (duzentos reais). Todavia, no dia 24 de agosto de 1998, o autor sofreu um acidente de trabalho, tendo caído do andaime de madeira, fixado em uma altura aproximada de cinco metros, e que não estava, no momento do acidente, usando qualquer equipamento de segurança (capacete, rede, cinto...), visto que a empresa não o forneceu.

Asseverou ainda, na inaugural, que foi socorrido por terceiros (e não pela empresa ré), tendo sofrido, em razão da queda, várias fraturas na bacia e no punho. O autor foi, então, submetido a intervenções cirúrgicas, mas permaneceu

impossibilitado de se locomover, motivo pelo qual passou a receber benefício do INSS.

Por fim, o autor requereu o pagamento de indenização para o ressarcimento dos danos materiais (danos emergentes) e morais no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), além das perdas e danos, decorrentes da redução da capacidade laboral, no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil) reais.

Foram juntados os documentos de folhas 08 a 20.

Citada (folha 23), a empresa ré (ora apelante) ofereceu contestação (folhas 24 a 27). Argumentou, em suma, que, embora tivesse ocorrido o acidente, o mesmo se deveu à insubordinação do empregado, que se recusou a usar o equipamento de segurança. Afirmou ainda que a empresa tomou as providências necessárias, tendo o socorro sido prestado pelos engenheiros, Fernando Luiz Teixeira e Luiz Alberto T. Teixeira, que levaram prontamente o autor ao Quartel situado próximo ao canteiro de obras, a fim de ser transportado para um hospital em Ambulância do Exército, à disposição da ré, justamente para caso de acidente. Concluiu, pois, dizendo que a empresa não deu causa ao prejuízo sofrido pelo autor e que a culpa do acidente foi exclusiva do empregado. Ademais, asseverou a empresa ré (ora apelante) que, ainda que houvesse culpa da empresa, o empregado, sendo beneficiário do seguro de vida e de acidentes coletivo, celebrado pela apelante, não poderia receber dupla indenização, em virtude de vedação legal. Por outro lado, a empresa ré alegou que os danos materiais pedidos pelo autor estão superestimados, bem como os lucros cessantes e os danos morais. Por fim, disse também que inexistiu o dano estético alegado, requerendo, portanto, a improcedência dos pedidos do autor.

Foram juntados os documentos de folhas 28 a 33.

Na réplica, o autor (ora apelado) reiterou os argumentos lançados na Inicial (folhas 39 a 41).

Realizada a audiência de conciliação (folha 49), não houve acordo entre as partes, tendo sido designada audiência de instrução, oportunidade em que foram ouvidas as

testemunhas arroladas (folhas 62 a 70), tendo o juízo *a quo* transformado os debates orais e em memoriais escritos.

Em sede de memoriais (folhas 71 a 81), a empresa apelante ratificou os argumentos expostos na contestação, acrescentando que o autor (ora apelado) já recebera o valor de R\$ 7.320,00 (sete mil trezentos e vinte reais) referente ao seguro coletivo de vida. Por outro lado, quanto à prova produzida, a apelante ressaltou a inexistência de laudo pericial comprovando a incapacidade do autor. Foi juntado o documento de folha 82.

O autor (ora apelado), mediante memoriais escritos (folhas 83 a 90), além de confirmar as alegações da Inicial e fazer considerações acerca da prova existente nos autos, disse que persiste a culpa da empresa em face da inobservância de cuidados indispensáveis à segurança do obreiro (apelado), não tendo também o seguro coletivo o condão de afastar a responsabilidade civil da apelante.

Em seguida, a Juíza de Direito **Ana Luíza Craveiro Barreira** deu-se por impedida, determinando a remessa dos autos ao juiz auxiliar (folha 91).

O autor, por sua vez, requereu a juntada de documento referente ao estado de saúde do mesmo (folhas 92 a 94). Intimada (folha 97), a empresa ré se manifestou quanto ao documento juntado (folhas 98 e 99), tendo, posteriormente, o autor se manifestado sobre a petição acostada (folhas 102 a 104).

Conclusos os autos, o juízo *a quo* proferiu sentença de mérito (folhas 106/111), acolhendo o pedido do autor, para condenar a empresa ré ao pagamento da importância de 100 (cem) salários mínimos, bem como da quantia correspondente à multiplicação do salário que o autor recebia na data do sinistro pelo número de meses resultantes da diferença da idade que o autor tinha na data do sinistro até a data em que fará 65 (sessenta e cinco) anos, mais abonos natalinos e um terço de férias.

A apelante opôs, então, embargos de declaração (folhas 113 a 126), buscando, com o esclarecimento de supostas obscuridades e contradições, a reforma de decisão, para eximir a promovida da obrigação de indenizar.

Conhecidos pelo juízo *a quo*, visto que tempestivos, os embargos foram rejeitados.

Inconformada, a empresa ré interpôs recurso de apelação (folhas 133 a 143), requerendo a reforma da sentença de mérito, e por via de conseqüência a improcedência da ação. A apelante ratificou, nas razões do recurso, os argumentos lançados na contestação, asseverando, em suma, que não foi culpada pelo acidente que vitimou o autor (ora apelado) e que também não restou provada a incapacidade permanente do apelado para o trabalho, em virtude, inclusive, da inexistência de laudo médico ou outro instrumento comprobatório. Insurgiu-se ainda a apelante contra o “exorbitante” valor fixado para os danos morais, bem como contra o valor fixado para os danos materiais e para os lucros cessantes, argumentando que, caso restasse comprovada a culpa da apelante, o valor da indenização deveria ser fixado em R\$ 2.600,00 (dois mil e seiscentos reais).

O apelado, apesar de devidamente intimado, deixou transcorrer *in albis* o prazo para oferecer contra-razões (folha 146). Os autos foram ainda remetidos ao Tribunal *ad quem* (folha 147).

Instado a se manifestar, o *Parquet* de segundo grau argumentou que, em face da modificação da competência da Justiça do Trabalho, competência esta em razão da matéria, o feito deveria ser remetido ao Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 7ª Região (folhas 155 e 156).

É o relatório.

VOTO

Inicialmente, há que se examinar a alegação, em sede de manifestação ministerial (folhas 155 e 156), quanto à incompetência da Justiça Estadual para julgar o presente feito, em virtude do advento da emenda constitucional nº 45, que ampliou a competência da Justiça do Trabalho.

Apesar de a regra da *perpetuatio jurisdictionis*, preceituada pelo artigo 87 do Código de Processo Civil, admitir, como exceção, a alteração da competência do juízo, em virtude

da modificação superveniente da competência em razão da matéria e da hierarquia (parte final do citado artigo), a jurisprudência do STF e STJ já se pronunciou no sentido de permitir o julgamento das demandas concernentes a acidente de trabalho, na Justiça Estadual, **quando já tiver sido prolatada sentença no feito em questão.**

Assim já decidiu o **Superior Tribunal de Justiça:**

“CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS E MATERIAIS DECORRENTES DE ACIDENTE DE TRABALHO PROPOSTA POR EMPREGADO CONTRA EMPREGADOR. No Conflito de Competência nº 7.204-1, MG, Relator o Ministro Carlos Britto, o Supremo Tribunal Federal decidiu que, a partir da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, as ações de reparação de danos decorrentes de acidente de trabalho propostas por empregado contra empregador devem ser processadas e julgadas pela Justiça do Trabalho – salvo aquelas que já tenham sido sentenciadas na Justiça estadual, que lá seguirão seu curso. Agravo regimental não provido.”

AgRg no CC 57897 / SP ; AGRAVO REGIMENTAL NO CONFLITO DE COMPETÊNCIA. 2005/0215577-4. Relator(a) Ministro ARI PARGENDLER (1104). Órgão Julgador S2 - SEGUNDA SEÇÃO. Data do Julgamento 08/03/2006. Data da Publicação/ Fonte DJ 27.03.2006 p. 149.

O recurso de apelação interposto insurge-se contra a decisão do juízo *a quo* sob o argumento de que não restou provada a culpa da apelante (ré), bem como a incapacidade laboral do apelado (autor), tendo sido, de qualquer forma, ainda que restasse provada a culpa, a indenização fixada em patamar elevado.

Examinando-se os autos, percebe-se, inicialmente, ser fato incontroverso, a ocorrência do acidente que vitimou o obreiro (apelado). A prova incidiu, pois, sobre a negligência da empresa em fornecer o equipamento de segurança necessário, à prestação de socorro à vítima (apelado) e os danos decorrentes do acidente, incluindo o cerceamento da capacidade laboral do empregado (apelado).

A prova existente nos autos evidencia que, no momento do acidente, o empregado, não fazia uso de equipamento de segurança, o qual não foi devidamente fornecido pela empresa (ora apelante). A testemunha **José Airton Nascimento** asseverou, em juízo, que “... **esteve presente no dia do acidente do autor; que estava no andaime de cima no momento em que o andaime de baixo, onde estava o autor, caiu; que o único material de segurança do depoente era as botas; que nenhum outro tipo de material foi fornecido pela empresa; que o autor também só tinha recebido as botas; que nenhum dos trabalhadores que ali se encontravam recebeu material de segurança; que quem socorreu o autor foi um carro do exército, pois não havia nenhum carro da empresa no local... Que o carro do exército estava naquele local, porque ali estavam construindo uma obra para o Exército; que não sabe precisar quanto tempo o autor ficou hospitalizado; Que após esse acidente o autor não mais voltou a trabalhar por não poder exercer suas funções, haja visto que na queda fraturou a bacia em dois cantos e quebrou um braço, tendo ficado com seqüelas; que a empresa não custeou as despesas com tratamentos, nem muito menos com medicamentos que o autor até hoje ainda tem que tomar...**” (folha 65).

No mesmo sentido, a testemunha **Damião Rodrigues Sales** afirmou, em juízo, que “... **foi acidentado junto com o autor; Que nenhum dos dois tinha luvas, nem capacete, nem máscara, nem mesmo cinto de segurança; Que o único material que receberam foram botas, no entanto esclarece que ali trabalhavam mais de cem operários e só os primeiros que entraram receberam botas, pois só havia**

20 pares... Que tendo quebrado a bacia o autor colocou platina e até hoje tem dificuldade para se baixar, vestir uma calça, etc.; Que o autor passou 11 dias hospitalizado; Que além de não mais poder trabalhar o autor teve que arcar e ainda hoje arca com despesas para locomoção, já que anda com muita dificuldade utilizando-se de uma bengala; Que até um colchão d'água que o autor necessitou foi comprado a custa do esforço de seus amigos que se cotizaram nesse sentido..." (folha 63).

Ressalte-se que as testemunhas arroladas pela ré (ora apelante) não presenciaram o momento do acidente e, uma delas, não trabalhava sequer na obra onde ocorreu o trágico evento. Suas alegações são, pois, insuficientes para rechaçar a prova testemunhal produzida pelo autor (ora apelado), restando, deste modo, provada a culpa da apelante quanto ao não fornecimento do equipamento de segurança necessário.

Verifica-se, portanto, o nexó causal entre a negligência da empresa (apelante) e o dano sofrido pelo autor (apelado), o qual, certamente, não ocorreria com a adoção das medidas de segurança requeridas. A omissão (negligência) da empresa ré (apelante) justifica, destarte, a sua responsabilidade civil.

A doutrina corrobora essa esteira de pensamento e, por eles, cita-se o entendimento de Rui Stoco (Tratado de Responsabilidade Civil, 6ª Edição, São Paulo : Revista dos Tribunais, 2004, p.617) que traz a posição do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira que há muito sedimentou o entendimento no âmbito do STJ:

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

recursos oriundos do seguro obrigatório, custeado pelos empregadores, que se destina exatamente a fazer face aos riscos normais da atividade econômica no que respeita o infortúnio laboral”

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

“(...)para a caracterização da responsabilidade civil do empregador e conseqüente surgimento do dever de indenizar, é necessária a comprovação do dano, do nexos causal e da culpa, tendo em vista que sua responsabilidade é subjetiva. É o que se depreende da redação do art. 7º, inciso XXVIII, da Carta Magna, do art. 159 do CC/16 e do art. 186 do CC/02, ambos pertinentes à matéria. (...)”(Apelação Cível Nº 70011825114, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marilene Bonzanini Bernardi, Julgado em 29/06/2005)

Por outro lado, os danos sofridos pelo autor (apelado) encontram-se devidamente demonstrados nos autos. É fato incontroverso a ocorrência do acidente. Além disso, os documentos de folhas 13 a 20 e 93 e 94, em conjunto com a prova testemunhal, evidenciam que o obreiro fora submetido a intervenções cirúrgicas e que, mesmo assim, o acidente lhe deixou seqüelas incapacitantes ao exercício da atividade laboral. Vale dizer, inclusive, que o próprio benefício previdenciário (pago pelo INSS) indica a ocorrência da limitação da capacidade de trabalho do apelado.

De fato, toda a normatização sobre o fornecimento dos chamados Equipamentos de Proteção Individual impõe uma adequação entre o equipamento protetivo e o trabalho desempenhado. Já na CLT, dá-se isso, por expressa disposição do art. 166:

“Art. 166 - A empresa é obrigada a fornecer aos

empregados, gratuitamente, equipamento de proteção individual adequado ao risco e em perfeito estado de conservação e funcionamento, sempre que as medidas de ordem geral não ofereçam completa proteção contra os riscos de acidentes e danos à saúde dos empregados”.

Acrescente-se também que o juiz, consoante o princípio do livre convencimento fundamentado, não está obrigado a se basear em prova pericial (ou afim) para averiguar a ocorrência e a extensão do dano. Outrossim, a empresa ré (ora apelante) não requereu, no momento oportuno, a realização de perícia, tendo havido a preclusão quanto a este meio de prova.

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

“(...)Culpa do empregador consubstanciada, essencialmente, na ausência de adequada fiscalização do ambiente de trabalho, permitindo que funcionários laborassem sem o devido equipamento de proteção e que fumassem no local (posto de gasolina).(...)” (Apelação Cível Nº 70004791570, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Pedro Celso Dal Pra, Julgado em 12/05/2004)

* * *

“EMENTA: ACIDENTE DO TRABALHO. ACAO DE INDENIZACAO. CULPA DO EMPREGADOR. VAZAMENTO DE OLHO NO OPERAR DE SERRA CIRCULAR, CUJO DENTE QUEBROU E VEIO DE ENCONTRO AO EMPREGADO. EQUIPAMENTO DE PROTEÇÃO FORNECIDO E RECEBIDO PELO OPERARIO. NÃO-USO. FISCALIZAÇÃO DO

EQUIPAMENTO PROTETIVO E ÔNUS DO EMPREGADOR. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. NEGLIGÊNCIA DA EMPREGADORA CONFIGURADA. RECURSO ADESIVO. CUMULAÇÃO DE DANO MORAL E DANO ESTÉTICO. NÃO-COMPROVAÇÃO DO PREJUÍZO ESTÉTICO. SENTENÇA MANTIDA. DESPROVIMENTO DE AMBOS OS RECURSOS". (Apelação Cível Nº 70000859702, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ana Lúcia Carvalho Pinto Vieira, Julgado em 08/05/2002)

* * *

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

* * *

EMENTA: RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DO TRABALHO. CULPA DA EMPRESA. NA AÇÃO INDENIZATORIA FUNDADA EM DIREITO COMUM ONDE SE ATRIBUI A EMPREGADORA PRÁTICA DE ILÍCITO CIVIL, E A MESMA PARTE LEGÍTIMA PARA FIGURAR NO POLO PASSIVO. INVIABILIDADE DE DENÚNCIAÇÃO DA LIDE AO INSS. COMPROVADA A CULPA DA EMPRESA, QUE NEGLIGENCIOU NA

FISCALIZAÇÃO DO USO DE EQUIPAMENTO DE PROTEÇÃO, RESPONDE A MESMA PELOS DANOS FÍSICOS E MORAIS SOFRIDOS PELO SEU EMPREGADO. (Apelação Cível Nº 598419562, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Isabel Brogгинi, Julgado em 06/10/1999)

Mostrou-se, portanto, acertada a decisão do juízo de primeiro grau. Os danos morais foram fixados em aproximadamente R\$ 35.000,00 (trinta e cinco mil reais) de maneira a, não apenas minimizar o sofrimento suportado pelo autor (apelado), mas também punir o comportamento negligente da empresa ré, conforme o que apregoa a melhor doutrina e jurisprudência acerca da matéria. A fixação dos danos materiais também se mostrou acertada, visto que a incapacidade laboral do autor o impossibilitará de exercer a função para a qual possui a devida qualificação, privando-o dos rendimentos pertinentes ao seu trabalho.

Diante do exposto, conheço o presente recurso de apelação, por estarem presentes os seus pressupostos, mas para negar-lhe provimento, restando inalterada a sentença monocrática.

É como voto.

Fortaleza, 28 de março de 2007.

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

**APELAÇÃO CÍVEL DE FORTALEZA Nº 2003.0012.8489-0/0
Apelante: MUNICÍPIO DE FORTALEZA
Apelado: COLÉGIO SANTO INÁCIO
RELATOR: DES. FRANCISCO DE ASSIS FILGUEIRA
MENDES**

EMENTA: TRIBUTÁRIO – APELAÇÃO EM EMBARGOS À EXECUÇÃO – RECONHECIMENTO DE IMUNIDADE TRIBUTÁRIA EM PROL DE INSTITUIÇÃO DE ENSINO SEM FINS LUCRATIVOS – NÃO COMPROVAÇÃO DOS REQUISITOS ESTABELECIDOS EM LEI COMPLEMENTAR – NECESSIDADE DE INSTRUÇÃO PROBATÓRIA MEDIANTE PERÍCIA CONTÁBIL.

I – A imunidade de impostos em favor das instituições de educação sem fins lucrativos, prevista no art. 150, VI, c da Carta Republicana, resta condicionada ao atendimento dos requisitos previstos em lei complementar, *in casu*, o Código Tributário Nacional.

II – Assim, a fim de obter o favor constitucional imunitório, deve a instituição provar o cumprimento dos requisitos estabelecidos no art. 14, incisos I, II e III do CTN, o que, no presente caso, não ocorreu, haja vista que a documentação acostada aos autos é insuficiente como meio de prova.

III – Mister se faz, para a efetiva constatação sobre o atendimento das condições previstas no CTN, a realização de instrução probatória.

IV – Dá-se provimento ao apelatório para anular a sentença vergastada e determinar a realização de perícia contábil no primeiro grau de jurisdição.

APELAÇÃO CONHECIDA E PROVIDA.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível nº. 2003.0012.8489-0/0 de Fortaleza, em que são partes as acima indicadas.

ACORDA a 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por votação unânime, em conhecer do

recurso e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Relator.

Cuida-se de Apelação interposta pelo Município de Fortaleza, por meio de sua procuradoria, em desfavor do Colégio Santo Inácio, objetivando a reforma da sentença proferida em sede de Embargos à Execução Fiscal, julgados procedentes a fim de reconhecer a imunidade de impostos da parte recorrida, haja vista tratar-se de instituição de ensino sem fins lucrativos, afastando-se, assim, a ocorrência do fato gerador que teria dado ensejo ao crédito tributário executado pela Fazenda Municipal.

Em suas razões recursais de fls. 98/105, o ente público recorrente alega que a apelada não demonstrou inequivocamente ser detentora da imunidade constitucional prevista no art. 150, VI, c da Carta Republicana.

O cerne da impugnação recursal gira em torno da alegada inexistência de comprovação das exigências previstas no art. 14 do Código Tributário Nacional para a atribuição de imunidade.

Sustenta, assim, que os requisitos contidos nos incisos I, II e III do art. 14 do CTN não restaram provados pelo recorrido, nem o juízo de primeiro grau determinou a realização de provas, o que, em seu entender, implica nulidade da sentença, uma vez que não cabia julgamento antecipado da lide.

Pugna, ao final, pela anulação da sentença recorrida a fim de que outra seja proferida após a fase probatória, para que o recorrido prove se atende as condições estabelecidas em lei para fazer jus à imunidade.

Alternativamente, requer seja julgada procedente a apelação para reformar a sentença e prosseguir-se na execução.

Contra-razões apresentadas pelo apelado às fls. 108/118, onde alega ser instituição de ensino sem fins lucrativos, razão pela qual a própria Prefeitura Municipal de Fortaleza, em 28 de julho de 1980, reconheceu em seu favor a imunidade tributária, reafirmada em 1992.

Ressalta que também o Estado do Ceará, por meio do DETRAN, já reconheceu sua imunidade no que pertine ao IPVA (imposto estadual), bem como o INSS já declarou sua imunidade em relação às contribuições para a seguridade social.

Invoca, ainda, decisão proferida em primeiro grau pelo contencioso administrativo tributário municipal, ratificando seu direito de imunidade e deliberando pela nulidade do auto de infração nº 8.693, referente aos lançamentos de IPTU dos exercícios de 1994 e 1995, decisão esta confirmada pela segunda instância administrativa, ressalvada, porém, a necessidade de ratificação da imunidade por ato do Secretário de Finanças.

Afirma já ter procedido à juntada de vários documentos que apontam para o seu direito à imunidade, tais como estatutos, balanços patrimoniais dos oito últimos anos, ata da última eleição da Diretoria e do Conselho Fiscal, dentre outros.

Parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça às fls. 133/136, opinando pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

O âmago do presente recurso consiste em saber se a parte apelada é ou não detentora do direito à imunidade tributária previsto no art. 150, VI, c da Constituição Federal de 1988, *in verbis*:

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

(...)

VI – instituir impostos sobre:

(...)

c) patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei;

(...)”.

Preludialmente, impende extrair o espírito da norma constitucional instituidora da imunidade, interpretando-lhe o

sentido a fim de delimitar o seu alcance, detectando sua incidência ou não no caso em tela.

A disciplina constitucional imunitória decorre da conduta do legislador constituinte de juridicizar determinados valores e protegê-los, uma vez considerados importantes para a harmonia e o progresso da sociedade e do Estado.

Assim é que, por exemplo, a imunidade dos templos de qualquer culto prestigia a liberdade de crença; a dos partidos políticos homenageia a representatividade da vontade nacional; a dos jornais, periódicos, livros e papel destinado à sua impressão resguarda o direito e o acesso à informação, ao passo que a das instituições de educação e de assistência social visa a promover a cultura, a capacitação, a solidariedade e a filantropia.

É certo que todos os valores mencionados devem ser diretamente garantidos pelo Estado, não tendo os contemplados pela imunidade a função de substituir o Estado em suas obrigações para com a sociedade, mas certamente funcionam como auxiliares indispensáveis na promoção da educação, da cultura e da assistência social, daí serem contemplados com o favor constitucional imunitório.

A norma constitucional que prevê a imunidade, contudo, reveste-se da característica de *not self-executing*, que na linguagem do direito saxão significa não ser auto-aplicável, porquanto o direito à imunidade resta condicionado ao atendimento de certos requisitos estabelecidos em lei.

Muito já se discutiu acerca da natureza da lei que deveria dispor sobre os requisitos para concessão da imunidade, se complementar ou ordinária.

Alguns doutrinadores sustentavam que a imunidade, por constituir uma limitação ao poder de tributar, deveria obrigatoriamente ser regulada por lei complementar, por força do art. 146, II, da Carta Maior, ao passo que outros entendiam que, por ter o legislador, no art. 150, VI, c da Constituição Federal, utilizado o termo genérico 'lei', estaria se referindo à lei ordinária.

A jurisprudência da Excelsa Corte parece caminhar rumo a uma solução intermediária, que busca harmonizar a aplicação conjunta de lei complementar e lei ordinária.

Nesse passo, a lei complementar seria exigida para dispor sobre a própria imunidade, obedecendo-se, assim, o disposto no art. 146, II da Carta Republicana, sem embargo de se atribuir à lei ordinária a fixação de normas sobre a constituição e o funcionamento da entidade imune.

Tal corrente conciliatória ganhou força após o julgamento de medida cautelar na ADI 1.802/DF (Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 13.2.04), cuja ementa transcrevemos:

“ (...)

II. Imunidade tributária (CF, art. 150, VI, c, e 146, II): ‘instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei’: delimitação dos âmbitos da matéria reservada, no ponto, à intermediação da lei complementar e da lei ordinária: análise, a partir daí, dos preceitos impugnados (L. 9.532/97, arts. 12 a 14): cautelar parcialmente deferida. 1. Conforme precedente no STF (RE 93.770, Muñoz, RTJ 102/304) e na linha da melhor doutrina, o que a Constituição remete à lei ordinária, no tocante à imunidade tributária considerada, é a fixação de normas sobre a constituição e o funcionamento da entidade educacional ou assistencial imune; não, o que diga respeito aos lindes da imunidade, que, quando susceptíveis de disciplina infraconstitucional, ficou reservado à lei complementar.

(...)”

Assim, tem entendido a Suprema Corte que somente a lei complementar pode estabelecer condições materiais para o gozo da imunidade, enquanto a lei ordinária pode fixar requisitos formais reguladores da constituição e funcionamento da entidade imune.

A regulamentação do preceito constitucional imunitório coube ao Código Tributário Nacional, que o repetiu

em seu art. 9º, IV, c, e o complementou no art. 14, assim rezante:

“Art. 14. O disposto na alínea ‘c’ do inciso IV do artigo 9º é subordinado à observância dos seguintes requisitos pelas entidades nele referidas:

I – não distribuírem qualquer parcela de seu patrimônio ou de suas rendas, a qualquer título;

II – aplicarem integralmente, no País, os seus recursos na manutenção dos seus objetivos institucionais;

III – manterem escrituração de suas receitas e despesas em livros revestidos de formalidades capazes de assegurar sua exatidão.

§ 1º Na falta de cumprimento do disposto neste artigo, ou no § 1º do art. 9º, a autoridade competente pode suspender a aplicação do benefício.

§ 2º Os serviços a que se refere a alínea ‘c’ do inciso IV do artigo 9º são exclusivamente os diretamente relacionados com os objetivos institucionais das entidades de que trata este artigo, previstos nos respectivos estatutos ou atos constitutivos”.

Dessa forma, para que uma instituição de ensino faça jus ao favor constitucional imunitório, mister se faz que atenda as três condições estabelecidas pelo CTN em seu art. 14, incisos I, II e III.

A primeira delas traduz-se no princípio da não distribuição patrimonial, que veda a distribuição de patrimônio ou de rendas aos membros da instituição ou a terceiros.

A segunda condição veicula o princípio da aplicação territorial, significando que os recursos da instituição devem ser aplicados no País, com o fito de atender os objetivos institucionais.

O terceiro requisito refere-se ao princípio da transparência escritural, o qual estabelece a obrigatoriedade de a instituição manter a escrituração de suas receitas e despesas em livros revestidos de formalidades capazes de assegurar sua

exatidão.

No caso em tela, entendo que a instituição educacional apelada não logrou provar o atendimento dos requisitos estabelecidos pela lei complementar, limitando-se a apresentar, dentre outros, documentos referentes a balancetes patrimoniais, declarações de utilidade pública, certificados de reconhecimento da qualidade de entidade filantrópica, pareceres do contencioso administrativo tributário municipal, bem como seus estatutos.

Improspéravel o argumento do apelado de que o título executivo que aparelhou a execução fiscal, qual seja, a certidão da dívida ativa oriunda de débito de IPTU, seria inválido em virtude da anulação, pelo contencioso administrativo tributário municipal, do auto de infração de nº 8693, referente ao lançamento do IPTU dos exercícios de 1994 e 1995.

De fato, o referido auto de infração restou anulado em decorrência de vícios formais, não tendo, contudo, a decisão emanada do Conselho de Recursos Tributários excluído a possibilidade de efetuação de um novo lançamento, desta feita observando-se as formalidades legais, o que dependeria de decisão final em processo administrativo onde se pleiteasse o reconhecimento da imunidade tributária, decisão esta de competência privativa do Secretário de Finanças do Município, da qual não se tem conhecimento nos autos.

Assim, não se tendo notícia do reconhecimento da imunidade tributária pelo Secretário de Finanças, nenhum impediente haveria em se efetuar um novo lançamento, contanto que o procedimento se revestisse de todas as formalidades previstas na legislação específica.

Ademais, ainda que se adotasse posição distinta, esta não teria o condão de retirar a legitimidade dos lançamentos referentes aos exercícios de 1996, 1997, 1998 e 1999, cujos créditos estão sendo igualmente executados.

De igual sorte, não procede a alegação do recorrido de que o título seria nulo em virtude do reconhecimento da imunidade de IPTU em favor da entidade educacional em 1980, bem como a existência de parecer favorável ao deferimento do

benefício constitucional, da lavra do Diretor da Divisão de Fiscalização da Secretaria de Finanças do Município de Fortaleza, datado de 1992.

O reconhecimento da imunidade não é acobertado pelo manto da perpetuidade.

É que os requisitos previstos no art. 14 do CTN são de existência periódica ou precária e dizem respeito à manutenção da imunidade após a sua outorga, haja vista que, na dicção do parágrafo 1º do dispositivo em comento, a autoridade pode suspender o benefício se houver decaimento dos requisitos.

Destarte, não se pode exarar um certificado *ad futurum* de que a instituição cumpre os requisitos do art. 14 do CTN, uma vez que tal quadro poderá mudar no futuro, implicando a suspensão da imunidade.

Em tal esteira de posicionamento, colhe-se da jurisprudência:

“TRIBUTÁRIO. IMUNIDADE. ISSQN. ENTIDADE SEM FINS LUCRATIVOS DEDICADA AO ENSINO E À SAÚDE.

1. *Para a obtenção da imunidade prevista no art. 150, VI, c, da CF por entidade sem fins lucrativos dedicada ao ensino e à saúde, basta sejam cumpridos os requisitos aí previstos. Não há confundir os requisitos exigidos para a obtenção da imunidade, estabelecidos na Constituição, com os requisitos exigidos para a sua manutenção, estabelecidos no art. 14 do CTN, relacionados, portanto, à fiscalização a ser exercida pelo poder tributante após reconhecido o direito.*

2. *Apelação provida”. (TJRS - Apelação Cível nº 70006141105, 1ª Câmara Cível, Rel. Des. Irineu Mariani, j. 4.6.2003).*

Assim, os documentos datados de 1980 e 1992, que à época sinalizavam o atendimento dos pressupostos de

concessão do favor imunitório, não têm o condão de eternizar tal condição.

Ao meu sentir, a parte recorrida não se desincumbiu do ônus de provar o fato constitutivo do direito pretendido, a teor do art. 333, I do CPC.

A ausência nos autos de documentos que retratem efetiva e fielmente a movimentação contábil e financeira do recorrido acarreta dúvidas acerca da existência do direito à imunidade.

A mera menção a dispositivos contidos nos estatutos da instituição são insuficientes para demonstrar o atendimento dos requisitos necessários à concessão da imunidade.

O cumprimento do estatuto social não pode ser presumido. Se assim fosse, o escopo constitucional seria deturpado, pois o rol dos abrangidos pela imunidade seria descomunadamente alargado, dando azo a fraudes extremamente prejudiciais à arrecadação tributária, vez que bastaria que constasse do estatuto da instituição a reprodução do texto legal complementar para que esta obtivesse o beneplácito da imunidade, deixando, assim, os entes tributantes de arrecadar vultosa soma de recursos, que seriam aplicados em prol da sociedade, privilegiando-se, injustamente, o interesse privado.

Os balancetes patrimoniais acostados pelo colégio apelado, *per si*, não demonstram cabalmente o cumprimento dos requisitos fixados pela lei complementar.

As declarações de utilidade pública também não servem como meio de prova, uma vez que emitidas por órgãos sem capacidade de aferir a questão tributária inerente à matéria da imunidade.

Corroborando nosso entendimento, trazemos a manifestação jurisprudencial oriunda do Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO TRIBUTÁRIO E FISCAL. INSTITUIÇÃO DE EDUCAÇÃO E ASSISTÊNCIA SOCIAL. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA. FALTA DE

REQUISITOS DO ARTIGO 14 DO CTN.

Para a concessão de liminar, em sede de mandado de segurança, para efeitos de suspensão de auto de lançamento tributário, com base em reconhecimento da imunidade tributária, exigível se mostra o preenchimento dos requisitos dispostos no art. 14 do CTN.

Não supre os referidos requisitos a existência de certificados de utilidade pública expedidos pelas áreas de educação e assistência social, em face de natureza tributária da exigência.

AGRAVO IMPROVIDO.” (TJRS - Agravo de Instrumento nº 70006753446, 1ª Câmara Cível, Rel. Des. Cláudio Luís Martinewski, j. 26.11.2003)

Não obstante sejam alguns dos documentos juntados pelo apelado relevantes à análise do preenchimento das exigências para concessão da imunidade, não os considero suficientes para tal.

Desta sorte, divergindo do entendimento esposado pelo julgador do primeiro grau, entendo ser imprescindível para o reconhecimento do favor imunitório um percuciente exame da movimentação contábil e financeira da instituição recorrida, impondo-se, por necessário, e com supedâneo no art. 130 do CPC, o retorno dos autos ao primeiro grau de jurisdição, a fim de que seja nomeado perito do juízo, presumido imparcial, para efetuar perícia contábil nos livros contábeis e demais documentos que entenda necessários, visando detectar, não somente com registros numéricos, mas mediante conclusões explanativas, se estão atendidos os requisitos previstos nos incisos I, II e III do art. 14 do Código Tributário Nacional.

Em face de todo o exposto, é de se conhecer da apelação, para dar-lhe provimento, a fim de anular a sentença vergastada e determinar a realização de perícia contábil, restando ineficazes os ônus sucumbenciais *ab origem* aplicados.

Fortaleza, 2 de maio de 2007.

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

Apelação Cível n.º 2004.0010.6235-6/0

Remessa Oficial: Juiz de Direito da 5ª. Vara da Fazenda Pública

Recorrido: S.M. Mônica Transportadora

Relator: Desembargador Ademar Mendes Bezerra

EMENTA: TRIBUTÁRIO. APREENSÃO DE MERCADORIA. MEIO COERCITIVO DE COBRANÇA DE TRIBUTO. SANÇÃO POLÍTICA. IMPOSSIBILIDADE.

- 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, 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.

- Apelação improvida.

ACÓRDÃO:

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos da Apelação Cível n.º **2004.0010.6235-6/0**, em que figuram as partes acima indicadas. Acorda a colenda Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, à unanimidade, julgar improvida a apelação, nos termos do voto de relator.

Fortaleza, 04 de abril de 2007.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de remessa oficial em mandado de segurança impetrado por S.M. Mônica Transportadora contra ato do Diretor do NEXAT - Sobral, que apreendeu mercadoria de sua propriedade que era transportada por aquela localidade. O fundamento para dita apreensão foi de se encontrar o contribuinte em situação de irregularidade perante o Fisco estadual.

Junta à inicial os documentos de fls. 07/12.

A liminar foi concedida às fls. 16/17.

A autoridade impetrada, às fls. 30/36, prestou as devidas informações no decêndio legal, oportunidade em que sustentou a legitimidade de seu ato por configurar – a seu ver – regular exercício de fiscalização fazendária, prevista na legislação estadual pertinente.

Instado a se manifestar, o douto representante do Ministério Público, em primeira instância, apresentou parecer à fl.39, opinando pela extinção do processo sem julgamento do mérito com fulcro no inciso VI, do artigo 267 do Código Pátrio de Ritos.

O MM Juiz de primeiro grau prolatou sentença às fls. 41/42 acatando o parecer ministerial.

Apelação do Estado do Ceará às fls. 45/49 pugnando pela legalidade da apreensão.

O membro do *parquet* de segunda instância lança parecer às fls. 66/67 no sentido da manutenção da decisão guerreada.

É o relatório.

VOTO

A presente matéria já há muito vem sendo discutida nos tribunais pátrios, não sendo exceção nesta colenda corte de justiça. Com efeito, o Fisco possui o arraigado hábito de valer-se dos mais variados meios para compelir o contribuinte a pagar o tributo tido por devido. Tais atitudes são definidas como sanções

políticas, cujo conceito é bem exposto por Hugo de Brito Machado:

“Entende-se como sanção política, no âmbito do Direito Tributário, a restrição ou proibição imposta, ou a exigência feita ao contribuinte como meio indireto para obrigá-lo ao pagamento do tributo.” (*In Aspectos Fundamentais do ICMS*, São Paulo, Ed. Dialética, 1997, p. 232) (grifos nossos)

Uma das mais reiteradas espécies de sanção política consiste na apreensão de mercadorias com o evidente intuito de constranger o particular ao pagamento exigido pelo Poder Público. Contudo, nossos Tribunais Superiores têm rechaçado tal sorte de comportamento.

Inicialmente, vedou-se a sanção política consistente na interdição de estabelecimento, conforme se depreende da súmula 70 do Supremo Tribunal Federal:

“É inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para a cobrança de tributo.”

Sobre esse entendimento, José Nunes Ferreira escreve:

“...permanece intacta a jurisprudência sumulada, haja vista que o Estado dispõe de instrumentação própria para a cobrança de tributos, não se admitindo que a atividade do contribuinte seja perturbada por qualquer tipo de constrangimento que impeça seu livre exercício. Nessa linha tem-se orientado não só o STF (RE 77.890, RTJ 76/531) como também o extinto TFR (REO 83.929, 82.352 e 85.113, dentre outros).” (*In Súmulas do Supremo Tribunal Federal*, 3. ed, São Paulo, Saraiva, 1992, p. 55)

Posteriormente e na mesma linha de entendimento

foi editada a súmula 323, oportunidade em que o Pretório Excelso firmou expresso entendimento acerca da impossibilidade de apreensão de mercadorias. É o seguinte o teor da súmula:

“É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributo.”

Não poderia ser diferente. Apreender mercadorias do particular com o desiderato de forçá-lo a pagar o que a Fazenda entende por devido ofende o direito à ampla defesa, porquanto retira do contribuinte qualquer contraposição ou manifestação quanto às imputações e exigências realizadas pelo Fisco. Ademais, representa um embargo indevido ao exercício de atividade profissional.

O Poder Público tem os meios judiciais para executar seus créditos, inclusive desfrutando de prerrogativas processuais sem parâmetros nas lides judiciais entre particulares, não justificando, pois, a prática de tais expedientes.

Comentando a posição do STF sobre a matéria, leciona Roberto Rosas:

“O Tribunal Pleno decidiu que a Fazenda deve cobrar seus créditos através de execução fiscal, sem impedir direta ou indiretamente a atividade profissional do contribuinte.” (*In* Direito Sumular, 2.ed., São Paulo, RT, p. 295).

Pululam decisões dos tribunais brasileiros no mesmo sentido, conforme se vê das seguintes ementas:

“TRIBUTARIO. APREENSÃO DE MERCADORIA COM FINALIDADE DE COERÇÃO AO PAGAMENTO DE TRIBUTO EXIGIDO. LEGITIMIDADE ATIVA. SUMULA 323, DO COLENDO STF.

(...)

2. E pacífico no âmbito jurisprudencial desta corte o entendimento de que “é inadmissível a apreensão

de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos”. (Súmula num. 323/STF).

3. Recurso improvido”.

(RESP 162034 / RS ; RECURSO ESPECIAL 1998/0001823-9 DJ DATA:15/06/1998 PG:00051 LEXSTJ VOL.:00111 PG:00222 Min. JOSÉ DELGADO)

* * *

“TRIBUTARIO. ICM. APREENSÃO DE MERCADORIAS.

- Não pode o fisco apreender mercadoria para coagir a transportadora ao pagamento do tributo, sob o pretexto de evitar circulação irregular.

- Recurso provido”.

(RESP 5934 / RS ; RECURSO ESPECIAL 1990/0011193-5 DJ DATA:17/06/1991 PG:08193 RSTJ VOL.:00023 PG:00337 RT VOL.:00677 PG:00208 Min. AMÉRICO LUZ)

* * *

“TRIBUTÁRIO - INFRAÇÃO - APREENSÃO DE MERCADORIA POR PRAZO SUPERIOR À LAVRATURA DO AUTO - ILEGALIDADE - PRECEDENTES

- Segundo remansosa jurisprudência, é ilegal a apreensão de mercadoria por prazo superior ao necessário à lavratura do auto, como forma de coagir o contribuinte ao pagamento do imposto” (TJDF - APC 19990110222522 - 1ª T.Cív. - Relª Juíza Carmelita Brasil - DJU 21.11.2001 - p. 140).

* * *

-”ADMINISTRATIVO - Mandado de Segurança. Multa fiscal. Suposta irregularidade na emissão das notas

fiscais. Apreensão de mercadoria, como meio coercitivo para pagamento da sanção pecuniária. Ilegalidade. Vedada a apreensão de mercadoria para constranger o contribuinte ao pagamento de tributo, como consagrado na dicção da súmula nº 323 do STF, outrossim não se pode admitir a coarctação com o intento de cobrança de multa fiscal” - (TJSC - MAS 96.009734-1 - 4ª CC. - Rel. Des. Pedro Manoel Abreu - J. 24.04.1997)

Nosso colendo Tribunal tem decidido no mesmo sentido:

“EMENTA: DIREITO TRIBUTÁRIO - MANDADO DE SEGURANÇA - ICMS - APREENSÃO DE MERCADORIAS EM TRÂNSITO - ILEGALIDADE. É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos (Súmula 323 do STF). Remessa oficial e recurso apelatório improvidos”.

[\(2000.0012.5103-2/0\)](#) Apelação Cível Relator: Des. JOSE ARISIO LOPES DA COSTA Órgão Julgador : 1ª CÂMARA CÍVEL)

* * *

“Ementa: Tributário. Mandado de Segurança. ICMS. Liberação de mercadorias apreendidas. É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos (Súmula STF 323). No caso dos autos, após a lavratura de auto de infração, o fisco estadual apreendeu mercadorias do contribuinte, violando seu direito líquido e certo ao devido processo legal e a ampla defesa. Recurso improvido. Ordem concedida. Unânime”.

[\(2000.0013.5046-4/0\)](#) Apelação Cível Relator: Des.

JOSE ARISIO LOPES DA COSTA
Orgão Julgador : 1ª CÂMARA CÍVEL).

* * *

“EMENTA Mandado de Segurança. Apreensão de mercadoria. A Súmula nº 323 do Supremo Tribunal Federal inadmite a apreensão de mercadorias como artifício para constringer o contribuinte ao pagamento de qualquer valor devido à Fazenda Pública, ao invés de dispor do procedimento adequado e instituído em lei para a execução de seus créditos tributários. Violação ao livre exercício de atividade econômica assegurado pela Constituição Federal (arts. 5º, XIII, e 170, § único). Sentença confirmada”.
([2000.0014.2896-0/0](#) Apelação Cível Relator: Des. FRANCISCO HUGO ALENCAR FURTADO Orgão Julgador : 1ª CÂMARA CÍVEL)

* * *

“EMENTA REMESSA OFICIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. APREENSÃO DE MERCADORIAS. Os meios de cobrança do tributo devem ser os permitidos pela legislação processual, com as devidas garantias de funcionamento do processo. “É inadmissível a apreensão de mercadoria como meio coercitivo para o pagamento de tributo”(Súmula 323 do STF). Ao fisco restam os meios regulares para a cobrança de tributos, afastadas as sanções políticas. Sentença mantida”.
([2000.0015.2531-0/0](#) Apelação Cível Relator: Des. JOSE ARISIO LOPES DA COSTA Órgão Julgador : 1ª CÂMARA CÍVEL)

De igual modo se posiciona esta colenda 2ª
Câmara Cível:

“EMENTA: TRIBUTÁRIO - APREENSÃO DE MERCADORIAS COMO FORMA DE GARANTIR O PAGAMENTO DO TRIBUTO - IMPOSSIBILIDADE - CARACTERIZAÇÃO DE CONFISCO.

- A Constituição Federal estabelece que é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios utilizar tributo com efeito de confisco. Entendimento do Supremo Tribunal Federal, cristalizado na Súmula n.º 323.
- Remessa oficial e recurso apelatório conhecidos, mas improvidos”.

([2000.0013.6133-4/0](#)) Apelação Cível Relator: Des. JOSE CLAUDIO NOGUEIRA CARNEIRO
Orgão Julgador : 2ª CÂMARA CÍVEL)

* * *

“EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. INADMISSÍVEL A RETENÇÃO DE MERCADORIAS POR AGENTES FISCAIS COM O VISO DE COAGIR SEU PORTADOR AO RECOLHIMENTO DE TRIBUTO. LAVRADO O AUTO DE INFRAÇÃO, A MERCADORIA DEVE SER LIBERADA, SEM PREJUÍZO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO PARA A COBRANÇA ULTERIOR DO TRIBUTO. RECURSOS, O OFICIAL E O VOLUNTÁRIO IMPROVIDOS, COM CONFIRMAÇÃO DA SEGURANÇA”.

([2000.0014.5289-5/0](#)) Apelação Cível Relator: Des. JOAO DE DEUS BARROS BRINGEL
Orgão Julgador : 2ª CÂMARA CÍVEL)

* * *

“EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA -

APREENSÃO DE MERCADORIAS DESACOMPANHADAS DE NOTAS FISCAIS - CONDICIONAMENTO DA LIBERAÇÃO DOS PRODUTOS AO PAGAMENTO DO IMPOSTO DEVIDO E DA MULTA CORRESPONDENTE - CONTRIBUINTE CONHECIDO - ILEGALIDADE - SANÇÃO POLÍTICA. FISCO - MEIOS JUDICIAIS - COBRANÇA - OBRIGAÇÕES TRIBUTÁRIAS - DISPOSIÇÃO - SÚMULA 323 DO STF - RECURSOS VOLUNTÁRIO E OFICIAL CONHECIDOS, MAS IMPROVIDOS.

I. Sendo o contribuinte conhecido, ao fisco não é dado condicionar a liberação de mercadorias apreendidas em situação irregular ao prévio pagamento da obrigação tributária, eis que a Fazenda Pública dispõe de medidas judiciais próprias à respectiva cobrança. Sanção política configurada.

II. Sentença confirmada. Recurso voluntário e oficial conhecidos, mas improvidos”.

[\(2000.0014.6635-7/0](#) Apelação Cível Relator: Des. GIZELA NUNES DA COSTA
Órgão Julgador : 2ª CÂMARA CÍVEL)

* * *

“EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. NÃO É CABÍVELA RETENÇÃO DE MERCADORIAS PARA FORÇAR O PAGAMENTO DE IMPOSTOS. OFENSA AO DIREITO DO CONTRIBUINTE. SENTENÇA MANTIDA. REMESSA OBRIGATÓRIA CONHECIDA, MAS IMPROVIDA”.

[\(2000.0015.7008-1/0](#) Apelação Cível Relator: Des. JOSE CLAUDIO NOGUEIRA CARNEIRO Órgão Julgador : 2ª CÂMARA CÍVEL)

* * *

“EMENTA: CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO
APREENSÃO DE MERCADORIAS -
CONTRIBUINTE IDÔNEO - ILEGITIMIDADE.

I - Constitui prática ilegítima, por inconstitucionalidade, caracterizando verdadeira sanção política, a apreensão de mercadorias de contribuinte regular, conforme emerge de sedimentada jurisprudência, inclusive do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL corporificada nas Sumulas 70, 323 e 547.

II - Como qualquer outro ato de interdição da atividade do administrado, a apreensão de mercadoria para se legitimar, depende de prévio e específico procedimento de apuração das causas provocadoras do risco aos interesses públicos e a dimensão de tal risco a justificar o sacrifício dos direitos do administrado.

III - Remessa Oficial e Recurso Apelatório conhecidos e desprovidos”. ([2000.0015.8102-4/0](#) Apelação Cível Relator: Desa. GIZELA NUNES DA COSTA Órgão Julgador : 2ª CÂMARA CÍVEL)

Com relação à extinção do processo sem julgamento de mérito por força do art. 267, IV do CPC, não agiu com o costumeiro acerto a julgadora monocrática.

Indubitavelmente, a liminar no presente *writ* pode e deve ser, nos devidos casos, de cunho satisfativo. A vedação legal existente sobre o conteúdo da dita tutela de urgência é inserida somente no processo cautelar, pois este é dotado de cunho protetivo, garantidor da efetividade do processo principal, donde explica-se tal restrição. Assim, a efetivação da medida provisória concedida *initio litis* não implica em extinção do processo sem julgamento de mérito, questão esta, aliás, pacificada na doutrina e na jurisprudência pátria.

Deste modo, impõe-se a aplicação da teoria da causa madura (art. 515, §3º do CPC) e, nesta esteira de pensamento veja-se o excelente julgado da lavra da insigne Ministra Laurita Vaz:

“Presentes os pressupostos estabelecidos no §3º, do art. 515 do CPC, aplica-o por analogia ao recurso ordinário de mandado de segurança, apreciando-se, portanto, desde logo o mérito da impetração”. (STJ-4ª Turma, RMS 17.891, rel. Min. Laurita Vaz, j. 28.8.2004, DJU 13.9.2004, p. 264)

Por tais razões, conheço da apelação negando-lhe provimento, declarando, nos termos da súmula 353 do STF, inadmissível a apreensão de mercadoria como meio coercitivo para o pagamento de tributo.

É como voto.

Fortaleza, 04 de abril de 2007.

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

**PROCESSO Nº 2005.0001.6104-9/1
APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO
APELANTE: INSS - INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO
SOCIAL
APELADA: ELEUZINA RODRIGUES DE LIMA
ÓRGÃO JULGADOR: 3ª CÂMARA CÍVEL
RELATOR: DES. CELSO ALBUQUERQUE MACÊDO**

**EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. REEXAME
NECESSÁRIO. REVISÃO DE PENSÃO
PREVIDENCIÁRIA. DECISÃO EXTRA PETITA.
INOCORRÊNCIA. PENSÃO POR MORTE.
ACIDENTE DE TRABALHO. ART. 75, DA LEI 8.213/
91. NOVA REDAÇÃO DADA PELA LEI 9.032/95.
PERCENTUAL DE 100%. APLICAÇÃO.
SENTENÇA MANTIDA. JURISPRUDÊNCIA DO**

STJ. PRECEDENTES. APELAÇÃO CONHECIDA E NÃO PROVIDA. REMESSA NECESSÁRIA EFETIVADA.

1. “A SENTENÇA É EXTRA PETITA, E NULA, SEMPRE QUE O JUIZ APRECIA PEDIDO OU CAUSA DE PEDIR DISTINTOS DAQUELES APRESENTADOS PELO AUTOR NA INICIAL, ISTO É, QUANDO HÁ PRONUNCIAMENTO JUDICIAL SOBRE ALGO QUE NÃO FOI PEDIDO”. (GONÇALVES, MARCUS VINICIUS RIOS. NOVO CURSO DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL. VOL. 2. SÃO PAULO: SARAIVA, 2005).

2. “O ARTIGO 75 DA LEI 8.213/91, NA REDAÇÃO DA LEI 9.032/95, DEVE SER APLICADO EM TODOS OS CASOS, ALCANÇANDO OS BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS, INDEPENDENTEMENTE DA LEGISLAÇÃO VIGENTE, À ÉPOCA EM QUE FORAM CONCEDIDOS. ESSA ORIENTAÇÃO, CONTUDO, NÃO TRADUZ APLICAÇÃO RETROATIVA DA LEI MODERNA MAS, SIMPLEMENTE, SUA INCIDÊNCIA IMEDIATA. PRECEDENTES”. (STJ. MINISTRO GILSON DIPP. AGRG NO AG-602.187, DJ DE 29.11.04).

3. CONHEÇO DO RECURSO DE APELAÇÃO, MAS NEGO-LHE PROVIMENTO, EFETIVANDO O REEXAME NECESSÁRIO DA SENTENÇA RECORRIDA, PARA CONFIRMÁ-LA IN TOTUM.

ACÓRDÃO:

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação Cível de Fortaleza nº. 2005.0001.6104-9/1, 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 RECURSO VOLUNTÁRIO, MAS PARA NEGAR-LHE PROVIMENTO,

efetivando o REEXAME NECESSÁRIO DA SENTENÇA RECORRIDA, para confirmá-la *in totum*.

RELATÓRIO

Trata-se de **REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO CÍVEL** interposta pelo **INSS - Instituto Nacional do Seguro Social**, contra sentença que julgou procedente o pleito inaugural realizado nos autos da **Ação Previdenciária**, determinando o enquadramento legal do benefício previdenciário à redação original da Lei 8.213/91, condenando o requerido, **INSS**, a readequar as diferenças do benefício auxílio-acidente do período pago a menor para a promovente, **ELEUZINA RODRIGUES DE LIMA**, nos cinco anos anteriores ao ajuizamento da referida ação, baseando o cálculo no valor equivalente a 10(dez) salários mínimos, com aplicação do IGP-DI, Súmula 148 do STJ e incidência de juros moratórios à base de 12% ao ano.

O apelante, irressignado com o *decisum* prolatado, interpõe Apelação de fls. 36/40, alegando, preliminarmente, que a sentença recorrida concedeu pretensão diversa da requerida. Sustenta que inexistente retroação da lei posterior mais benéfica, estando o ato administrativo concessor do benefício revestido da condição imutável de ato jurídico perfeito. Pugna pela nulidade da sentença, por considerá-la “*extra petita*”. Pleiteia a inversão do ônus da sucumbência com fixação no patamar de 5% sobre o valor da causa.

Contra-razões apresentadas às fls. 42/48, nas quais a parte recorrida reitera os fundamentos expendidos na exordial.

Com vista, a PGJ, fls. 57/61, esmerou manifestação de mérito, opinando pela manutenção *in totum* da sentença, por encontrar-se esteada em orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça.

É o relatório.

Revistos na forma do art. 34 do Regimento Interno deste Tribunal.

VOTO PRELIMINAR

Inicialmente, presentes os requisitos de admissibilidade, conhecimento do presente recurso e da remessa necessária.

Defiro o pedido da justiça gratuita requerido pela autora (fl. 05), já que não fora apreciado anteriormente pelo Juízo *a quo*.

Ad argumentandum tantum, ressalte-se que, diante do disposto no art. 475 do CPC, a sentença proferida contra autarquia está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito antes de reexaminada e confirmada pelo tribunal, devendo o juiz de 1º grau recorrer oficialmente, ordenando a remessa dos autos à superior instância, independentemente do recurso voluntário.

A Apelada, titular do benefício de **PENSÃO** por **MORTE**, (nº 71.027.650-8) desde 1979, ano do falecimento do seu esposo, sustenta não ter o **INSS** reajustado o valor de sua pensão para o patamar de 100% do salário de benefício, conforme o dispositivo da Lei nº 9.032/95, com efeitos financeiros incidentes a partir de 28 de abril de 1995.

O órgão previdenciário apelante, insurge-se quanto à revisão do benefício da apelada concedido pelo Juízo *a quo*, certificando que já se efetivou entre as partes o ato jurídico perfeito. Assevera que a sentença é *extra petita*, devendo ser declarada nula.

Ab initio, destaco que não há que se cogitar acerca de **juízo extra petita**, suscitado pela parte recorrente às fls. 37/40.

Destaca o Apelante que o Juízo *a quo* equivocou-se na fundamentação do *decisum* recorrido, tendo condenado a Autarquia Federal (INSS) à revisão de um benefício diverso do pretendido.

A **Douta Procuradoria Geral de Justiça**, esquadrinhou, com acerto, acerca da pretensão do apelante referente à nulidade da sentença, por considerá-la *extra petita*, *in litteris*:

“Aprioristicamente, no que tange à preliminar de nulidade da sentença monocrática por ocasião de suposto julgamento **extra petita**, entende-se que essa não merece prosperar.

Ao confrontar-se a parte dispositiva da sentença com o pedido exordial emanado da peça pòrtico, vê-se total similitude entre os dois textos, tendo sido o r. **decisum** exarado em perfeita sintonia e em total consonância com as fronteiras estabelecidas no pleito inaugural. Além do que, o instituto apelante não explicitou em que ponto a sentença julgou a mais, vale dizer, concedeu maiores direitos que os efetivamente clamados pela requerente; demonstrando ser, o argumento combativo, mera defesa genérica, a qual não é aceita pelo nosso ordenamento jurídico”. (fls. 57/61). (grifei).

O mestre **Marcus Vinicius Rios Gonçalves**, na sua obra “Novo Curso de Direito Processual Civil”, publicada pela Editora Saraiva, bem leciona sobre o tema, *in verbis*:

“A sentença é extra petita, e nula, sempre que o juiz aprecia pedido ou causa de pedir distintos daqueles apresentados pelo autor na inicial, isto é, quando há pronunciamento judicial sobre algo que não foi pedido”. (GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo curso de direito processual civil*. Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2005).

Deste modo, consagra-se acertado o julgado de primeira instância, já que deferiu o pleito de revisão do benefício nos exatos limites do exposto na inicial, não alterando sua natureza, tendo sido aplicado valores compatíveis com os padrões admitidos na legislação pátria.

Assim, não vinga a censura do apelante de que a sentença proferida deve ser nula, utilizando-se exclusivamente de uma sustentação imprecisa, quando em verdade, até mesmo

uma singela alteração do fundamento jurídico da inicial não seria capaz de gerar uma possível sentença “*extra petita*”.

É como voto.

VOTO DE MÉRITO

Passo à análise meritória, referente à **retroatividade dos efeitos da Lei Previdenciária**.

Irrefragável que a apelada recebe pensão beneficiária decorrente da morte de seu cônjuge, desde 1979. Com o advento da **Lei 8.213/91**, em seu artigo 75, alterou-se a redação antes estabelecida quanto ao valor do benefício, conforme transcrevo:

“Art. 75. O valor mensal da pensão por morte será:

a) constituído de uma parcela, relativa à família, de 80% (oitenta por cento) do valor da aposentadoria que o segurado recebia ou a que teria direito, se estivesse aposentado na data do seu falecimento, mais tantas parcelas de 10% (dez por cento) do valor da mesma aposentadoria quantos forem os seus dependentes, até o máximo duas.

b) 100% (cem por cento) do salário - de - benefício ou do salário - de contribuição vigente no dia do acidente, o que for mais vantajoso, caso o falecimento seja consequência de acidente do trabalho”.

Entretanto, a **Lei 9.032/95** imprimiu ao art. 75, da **Lei 8.213/91**, a seguinte modificação:

“Art. 75 - o valor mensal da pensão por morte, inclusive a decorrente de acidente do trabalho consistirá numa renda mensal correspondente a 100% (cem por cento) do salário - de - benefício, observado o disposto na Seção III, especialmente

no art. 33 desta Lei”.

Da dessemelhança entre tais dispositivos, fácil perceber as alterações sofridas, quais sejam: **a) igualdade de tratamento para a pensão por morte, independentemente fosse esta sucedida de morte por acidente de trabalho**, que seria o caso *in examine*, ou de **acontecimento morte em qualquer hipótese**; **b) significativa ampliação do percentual de cálculo do benefício para 100% (cem por cento)**.

O juízo singular, em decisão de mérito (fls.24/33), julgou procedente o pleito inicial, **readequando o enquadramento legal do benefício previdenciário à redação originária da Lei 8.213/91**, condenando a requerida a pagar ao promovente as diferenças do benefício auxílio-acidente do período pago a menor, nos cinco anos anteriores ao ajuizamento da ação previdenciária. Fundamentou a decisão conforme se demonstra, *in verbis*:

[...]

Da aplicação retroativa da Lei nº 8.213/91.

A matéria em exame ainda não se encontra sedimentada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. Entretanto, o reitor do presente caderno processual considera admissível o reconhecimento da retroatividade da lei mais benéfica em favor da parte que usufruiu de benefício previdenciário, muito embora o evento (suporte fático) tenha transcorrido durante a vigência da lei pretérita.

[...]

Na esteira deste raciocínio, entendo que a Lei Previdenciária mais benéfica também possa ser aplicada àquelas situações anteriores a sua vigência e que já se encontram consolidadas. Assim, entendo necessário amoldar-se o benefício previdenciário anteriormente concedido à legislação previdenciária então em vigor”.

No tocante à admissão da retroatividade mínima,

devo enfatizar que a jurisprudência do STF é cediça em acatá-la, desde que, respeitado o ato jurídico perfeito, a coisa julgada e o direito adquirido (art. 5º, inciso XXXVI da CF/88)”.

O Apelante, às fls. 36/40, sustenta que:

“Como se nota a fundamentação subjacente à pretensão deduzida ora atacada é a de que há retroação de efeitos da Lei Previdenciária com total desprezo ao próprio conceito-fundamento de Previdência Social que supõe necessidade de suporte em projeção atuarial e pré-existência de fonte de custeio.

Ora, é sabido que os benefícios previdenciários são concedidos segundo a lei de regência da época (tempus regit actum), a não ser que a lei expressamente determine essa abrangência retroativa.

Sendo assim, por óbvio, o INSS cumpriu a Lei e concedeu o benefício da autora segundo aqueles ditames. Tal ato administrativo concessor do benefício, portanto, reveste-se da condição imutável de ato jurídico perfeito, sendo mesmo inusitado que agora se venha discutir sua desconstituição, nos moldes pretendidos pela parte autora.

Tem-se, assim, que, desde que seja possível ser instaurada a relação jurídica, deve a mesma reger-se pela lei à época vigente, segundo o princípio tempus regit actum, sendo inoperantes todas as alterações legislativas posteriores, sejam elas menos ou mais benéficas para o sujeito ativo, a menos que, evidentemente, a lei posterior contenha previsão de aplicação a situações fáticas pretéritas, circunstância inócurrenente na hipótese”.

Com acerto o posicionamento do MM. Juiz a quo, ao reconhecer, no que tange à retroatividade da lei, que **o novo texto da norma terá efeito imediato e geral, alcançando as relações jurídicas que lhe são anteriores.**

Não há que se falar em agressão ao ato jurídico perfeito, conforme concluiu a autarquia apelante, por serem os benefícios previdenciários de trato sucessivo, ou seja, possuem vigência de lei nova e mais benéfica ao segurado, devendo haver imediata aplicação para atingir os benefícios que já lhe foram assegurados anteriormente.

Reporto-me ao parecer da **PGJ**, fl. 57/61, referindo-se sobre a aplicação imediata da lei nova mais benéfica, *in litteris*:

“Iniciando-se a análise do meritum causae, ao cotejar-se o comando normativo trazido pelo art. 75 da Lei nº 8.213/91, alterada pela Lei nº 9.528/97, com o posicionamento mais recente do Superior Tribunal de Justiça, depreende-se que não se trata de retroatividade da lei mais benéfica, mas antes, de aplicação imediata da lei previdenciária nova a todas as situações por ela albergadas, inclusive aos casos já sedimentados; ressalvado o respeito ao ato jurídico perfeito, ao direito adquirido e à coisa julgada, previstos no art. 5º, inciso XXXVI, da Lex Legum.

(...)

Assim resta evidente que a aplicação imediata ao caso em destreme da lei supramencionada, nova e mais benéfica, não implica nenhuma ofensa aos institutos acima transcritos, mas, sim, torna possível sua incidência sobre todos os benefícios de pensão por morte, indistintamente, não importando se foram concedidos em conformidade com lei anterior menos benéfica, pois, o relevante é sua aplicação geral e imediata, nos moldes acima delineados.

O julgado do **Ministro Gilson Dipp**, ao decidir o Agravo Regimental nº **602.187**, possui a seguinte Ementa e conteúdo, *in litteris*:

“EMENTA: PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. LIMITES NORMATIVOS. APRECIÇÃO DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. PENSÃO POR MORTE. REAJUSTE. APLICAÇÃO DA LEI MAIS BENÉFICA. ARTIGO 75, COM REDAÇÃO DA LEI 9.032/95. INCIDÊNCIA IMEDIATA. PRECEDENTES. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

I- É vedado a esta Corte, em sede de recurso especial, adentrar ao exame de pretensa violação a dispositivos constitucionais, cuja competência encontra-se adstrita ao âmbito do Supremo Tribunal Federal, conforme prevê o art. 102 da Carta Magna, ao designar o Pretório Excelso como seu guardião. Neste contexto, a pretensão trazida no especial exorbita seus limites normativos, que estão precisamente delineados no art. 105, III, da Constituição Federal.

II- A teor da uníssona jurisprudência desta Corte, em se tratando de benefício acidentário, a legislação moderna, mais benéfica ao segurado, tem aplicação imediata. Alcança, inclusive, os casos já concedidos ou pendentes de concessão. Precedentes.

III- O artigo 75 da Lei 8.213/91, na redação da Lei 9.032/95, deve ser aplicado em todos os casos, alcançando os benefícios previdenciários, independentemente da legislação vigente, à época em que foram concedidos. Essa orientação, contudo, não traduz aplicação retroativa da lei moderna mas, simplesmente, sua incidência imediata. Precedentes.

IV- Agravo Interno desprovido.

(AgRg no Ag-602.187, Ministro Gilson Dipp, DJ de 29.11.04).

No mesmo sentido o entendimento do **Ministro Vicente Leal**, no julgado do **Eresp nº 311.302-AL**, verbis:

“EMENTA: RECURSO ESPECIAL. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. RETROATIVIDADE DA LEI NOVA MAIS BENÉFICA. LEIS Nº 8.213/91 E 9.032/95. POSSIBILIDADE.

(...)

“É cediço que a lei previdenciária, de caráter eminentemente social, destina-se a proteger os segurados, assegurando-lhes o direito à percepção de benefícios que se constituem de meios indispensáveis à sua manutenção em razão de incapacidade, desemprego involuntário, idade avançada, tempo de serviço, encargos familiares e prisão ou morte daqueles de quem dependiam economicamente.

O legislador, ao alterar o percentual do benefício, o faz para adequá-lo aos novos padrões da vida social. Sendo a norma de direito público, deve comportar interpretação extensiva, não havendo amparo para perpetrar uma discriminação entre benefícios concedidos em datas distintas, quando a situação jurídica é rigorosamente idêntica.

Assim, embora o tempus regit actum seja a regra geral para disciplinar as relações jurídicas, tenho que, na hipótese, as Leis 8.213/91 e 9.032/95, por conterem normas gerais de concessão de benefícios, devem tutelar a todos os beneficiários da previdência, sem exceção, sem que se alegue agressão a direito adquirido ou ato jurídico

perfeito.”

(STJ. Recurso Especial nº 410.147/RS. Ministro Vicente Leal. Julgado em 23.03.2002).

Paul Roubier, citado pelo Ministro Hamilton Carvalho no julgado dos Edcl no AgRg nº 617.758/SP, a propósito do tema, assim elucida, *in litteris*:

“(…)

A lei nova respeita todos os efeitos jurídicos produzidos no passado, porém comanda sozinha e sem divisão futura, desde o dia de sua promulgação. Falamos aqui de efeito imediato, porque a lei nova não sofre mais a manutenção da lei antiga, mesmo nas situações jurídicas nascidas ao tempo em que esta estava em vigor, de forma que se trata de efeitos jurídicos produzidos por estas situações após sua promulgação.

O efeito imediato da lei deve ser considerado como a regra ordinária: a nova lei se aplica, de sua promulgação, a todos os efeitos que resultarão nos futuros casos jurídicos nascidos ou a nascer. Por consequência, em princípio, a lei nova deve se aplicar imediatamente desde o dia fixado por sua vigência segundo a teoria da publicação das leis”

(Paul Roubier, Les Conflits de Lois Dans Le Temps, volume I, p. 9, Librairie Du Recueil Sirey, Paris, 1929, apud Hamilton Carvalho, STJ. Edcl. No AgRg no Agravo de Instrumento nº 617.758/SP- julgado em 20/09/2005). (Tradução Própria).

No caso dos autos, não restam dúvidas da possibilidade da incidência da nova lei, combatida e suscitada pelo Apelante.

Não merecem prosperar os argumentos da

recorrente, à vista de que a matéria já foi copiosamente discutida nesta Corte, corroborando a **possibilidade da aplicação imediata de lei mais benéfica ao segurado, não importando a data de concessão da vantagem pecuniária.**

A propósito, reporto-me ao voto do Desembargador Antônio Abelardo Benevides Moraes, no julgamento da Apelação Cível nº 2000.0134.0184-0/1, datado de 21/05/2007, *in verbis*:

“EMENTA: PROCESSUAL E PROVIDÊNCIÁRIO. APELAÇÃO CÍVEL. REEXAME NECESSÁRIO. DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO. AÇÃO ORDINÁRIA. INSS. REVISÃO DE BENEFÍCIO. PENSÃO POR MORTE. LEI NOVA MAIS BENÉFICA. INCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE. SENTENÇA MANTIDA.

1. Versando a causa contra ente autárquico federal, mesmo não trazendo expressamente na sentença recorrida a remessa necessária, imprescindível o reexame da questão pelo Tribunal, em observância ao princípio do duplo grau de jurisdição previsto no art. 475, I do CPC, bem como para atribuir eficácia a decisão.

2. Em razão do caráter protetivo das normas previdenciárias, deve a lei nova mais vantajosa incidir não só aos benefícios pendentes ou futuros, mas a todos os segurados, independentemente da lei que vigia à época do fato gerador do benefício, não se configurando retroatividade da lei, mas sim sua incidência imediata alcançando todos os casos. Precedentes do STJ.

3. Recurso e remessa conhecidos e desprovidos. (TJCE. Apelação Cível, nº 2000.0134.0184-0/1. RELATOR DES. Antônio Abelardo Benevides de Moraes. Jugado em 21/05/2007. (grifo não-original).

Do mesmo modo, o entendimento do **Tribunal de**

Justiça do Rio Grande do Sul, no julgado nº 70017212663, *in litteris*:

“EMENTA: APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO. INSS. PROCURADOR CREDENCIADO. CONHECIMENTO DO RECURSO. Matéria superada por esta Colenda Câmara que admite a ratificação dos atos do procurador credenciado pelo procurador autárquico. Precedentes TRF4.

REVISÃO DA PENSÃO POR MORTE. APLICAÇÃO DE LEI MAIS BENÉFICA. O artigo 75 da Lei nº 8.213/91, com redação dada pela Lei nº .9.032/95, que elevou o percentual da pensão por morte acidentária a 100% do salário-de-benefício, tem incidência imediata, sendo aplicável às pensões concedidas antes de sua edição. Precedentes do STF, STJ e desta Corte.

ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA. As prestações vencidas deverão ser atualizadas pelo IGP-DI, desde o vencimento de cada uma, em razão da natureza alimentar do benefício. Os juros de mora, de 1% ao mês, incidem a contar da citação válida.

(...)

APELO VOLUNTÁRIO CONHECIDO E IMPROVIDO. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA, EM REEXAME NECESSÁRIO. UNÂNIME.

(TJRS. APELAÇÃO CÍVEL Nº 70017212663. NONA CÂMARA CÍVEL. DES. RELATOR TASSO CAUBI SOARES DELABARY. JULGADO EM 29.11.2006.)

Vale averbar, em remate, que perfilho o entendimento majoritário do **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**, entendendo que o julgador deve aplicar imediatamente a lei posterior que seja mais benéfica ao segurado.

Ante o exposto, considerando os precedentes do Superior Tribunal de Justiça, legislação específica e entendimento doutrinário, voto pelo **CONHECIMENTO DO RECURSO VOLUNTÁRIO, MAS PARA NEGAR-LHE PROVIMENTO, efetivando o REEXAME NECESSÁRIO DA SENTENÇA RECORRIDA, para confirmá-la *in totum*.**

Fortaleza, 28 maio de 2007.

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

Apelação Cível nº 2005.0003.9247-4/1

Apelante: MUNICÍPIO DE BOA VIAGEM

Apelantes: ERINETE ALVES DA SILVA, ÉDINA DA SILVA VIEIRA, ELIENE FERREIRA MACIEL BRASIL, ISABEL FERREIRA LIMA, JURANDIR BATISTA CARNEIRO FILHO e LUCILDA MAIA ROCHA

Apelados: os mesmos apelantes

Relator: Des. Ademar Mendes Bezerra

EMENTA. ADMINISTRATIVO. APELAÇÕES CÍVEIS. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. NOMEAÇÃO DE SERVIDORES APROVADOS EM CONCURSO PÚBLICO ÀS VÉSPERAS DE ACABAR O MANDATO. CONCESSÃO DE INCORPORAÇÃO DE GRATIFICAÇÕES POR EXERCÍCIO DE CARGOS COMISSIONADOS PELO CÔMPUTO DE SETE ANOS. PREVISÃO EM LEI MUNICIPAL. EDIÇÃO DE PORTARIAS PELO PREFEITO SUBSEQUENTE, ANULANDO OS ATOS DE INCORPORAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE PROCESSO ADMINISTRATIVO, EM QUE SE OBSERVE A DISPONIBILIZAÇÃO DOS PRIMADOS DA AMPLA DEFESA E DO

CONTRADITÓRIO. SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO. IMPOSSIBILIDADE. NULIDADE INSANÁVEL.

-Ainda que sobreleve motivos para rever o ato administrativo de declaração de incorporação de gratificação, prevista em lei municipal, imperioso que o ente público atue de modo a permitir, previamente, a observância dos princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a elas inerentes.

-Dessa forma, o tratamento da municipalidade de simplesmente editar sucessivas Portarias para anular atos da gestão anterior, mesmo que motivadamente, afronta o art. 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal.

-Apelação dos impetrantes conhecida e parcialmente provida e recurso voluntário do Município improvido.

ACÓRDÃO:

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos do processo nº 2005.0003.9247-4/1, em que figuram as partes acima identificadas.

Acorda a Segunda Câmara do Egrégio Tribunal de Justiça do Ceará, à unanimidade, negar provimento à apelação do Município e dar parcial provimento ao recurso dos impetrantes, nos termos do Voto do Relator.

Fortaleza, 7 de fevereiro de 2007.

RELATÓRIO:

Tratam os autos de apelações cíveis interpostas por Município de Boa Viagem e, de outro lado, Erinete Alves da Silva, Édina da Silva Vieira, Eliene Ferreira Maciel Brasil, Isabel Ferreira Lima, Jurandir Batista Carneiro Filho e Lucilda Maia Rocha, em

face da sentença proferida no Juízo de Boa Viagem que, nos autos do Mandado de Segurança nº 2005.0003.9247-4, concedeu parcialmente a ordem, reconhecendo o direito ao recebimento das gratificações e vantagens dos cargos comissionados respectivos (sentença proferida às fls. 291/299).

O Município de Boa Viagem apresentou recurso de apelação, por meio do qual defende que as despesas com pessoal da Prefeitura, no exercício de 2004, excederam os limites da Lei de Responsabilidade Fiscal, haja vista que referida lei limita o gasto máximo com pessoal do Poder Executivo em 54% (cinquenta e quatro por cento) da receita corrente líquida.

Ademais, o prefeito à época concedeu incorporação de gratificações aos vencimentos dos impetrantes, pelo exercício de cargos em comissão, nos moldes da “Lei Geni”, beneficiando até servidores recém-nomeados, e que os atos praticados pelo gestor nos últimos 180 dias do mandato são nulos.

Entendendo estar diante de nulidade de pleno direito, o sucessor na máquina administrativa municipal editou portarias declarando a nulidade dos atos de incorporações, utilizando, como fundamento, o art. 169, da Constituição Federal, os artigos 21 e 42, da Lei Complementar Federal nº 101/2000 e a Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal.

Aduz o Município que a sentença deve ser modificada na parte atinente à incorporação de gratificação aos vencimentos dos recorridos.

Além disso, entende pacífico o raciocínio segundo o qual é dado à Administração anular seus próprios atos quando eivados de nulidade insanável, e que, demonstrada a ilegalidade, não é exigido procedimento especial com participação dos servidores, uma vez que a nulidade é consequência da ilegalidade, bastando que o ato administrativo seja fundamentado.

Os servidores interpuseram também recurso voluntário, tendente à modificação da parte em que sucumbiram, no qual sustentam a nulidade dos atos da municipalidade, quando suprimiram a incorporação da gratificação dos servidores ainda não efetivos, pois “onde a lei não distingue não cabe ao intérprete fazê-lo” (fls. 324/327).

As respectivas contra-razões do Município e dos servidores repousam à fl. 335/339 e 340/343, respectivamente.

Chamada a intervir na função de *custos legis*, o ilustre representante da Procuradoria Geral de Justiça exarou parecer de mérito (fls. 353/354), opinando pelo improvimento dos recursos apelatórios, para manter incólume a sentença de natureza mandamental.

É o relatório.

VOTO:

A discussão dos presentes recursos diz respeito com a extinção da incorporação de gratificações por exercício de cargos comissionados e funções gratificadas, através de Portarias declarando a nulidade dos atos administrativos.

No caso concreto, sucessivas portarias anularam, sem qualquer processo administrativo ou oportunidade de defesa, os atos realizados por gestor anterior, os quais reconheceram a incorporação de gratificações a servidores efetivos daquela municipalidade.

O juízo prolator da decisão recorrida decidiu pela concessão da ordem somente àqueles servidores efetivos que lograram comprovar, com prova pré-constituída, suas nomeações como ocupantes de cargos efetivos, funções de confiança e comissionados, bem como o tempo necessário à incorporação da vantagem almejada.

Inicialmente, convém destacar que no Poder público, ao contrário das pessoas jurídicas de direito privado sem qualquer vínculo com a Administração, é determinante a observância dos primados do concurso público, salvo exceções constitucionais, realização prévia de licitação, cujo procedimento vem fielmente previsto em veículo normativo, e padronização na conduta quanto aos gastos públicos.

O cargo político, outorgando a gerência da máquina administrativa não se traduz, em hipótese, na transferência livre e desimpedida na tomada de decisões respeitantes ao aparelho público. O governante empossado na vigência da Constituição

de 1988, das Leis de Licitações e Contratos Administrativos e de Responsabilidade Fiscal, deve muito mais ser voltado para os requisitos legais do ato administrativo e menos para a discricionariedade regrada.

Nesse contexto, entendo que agiu com acerto a sentença monocrática no que tange ao reconhecimento da impossibilidade do desfazimento de ato sem prévia defesa dos interessados.

Na verdade, muito embora tenha sua Excelência, o Prefeito de Boa Viagem, em tese, motivos plausíveis e bastantes para se dignar a discutir as nomeações efetuadas por seu antecessor, a ordem constitucional vigente impede que desfazimento de atos administrativos que interfiram na esfera de direito de terceiros se dêem unilateralmente, sem qualquer chance de reação por parte destes.

Os princípios da ampla defesa e do contraditório não estão ligados apenas aos processos judiciais, devendo ser observados com mesmo respeito nas instâncias administrativas, conforme dicção expressa da Constituição Federal, para quem “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (art, 5º, LV).

No caso concreto, sob color de “nulidade de pleno direito” dos atos de nomeação, realizados às vésperas de deixar o mandato, e das incorporações sem critério, o atual Prefeito Municipal simplesmente baixou tantas Portarias quanto entendera suficientes para desfazer os atos narrados, vindo a conhecimento dos servidores apenas a publicação, no órgão respectivo, dos desfazimentos das incorporações.

Através de Portaria, anulou os atos de seu antecessor, em total alvedrio dos servidores prejudicados.

Ora, a medida vai de encontro às premissas básicas de ampla defesa, sendo imprestável, na minha ótica, a gerar efeitos no mundo jurídico, exatamente por padecer do mesmo mal que pretendia resolver, qual seja, a absoluta nulidade.

Não vingam o argumento segundo o qual a administração poderia declarar, *spont propria*, a nulidade do ato,

bastando que o fizesse fundamentadamente.

Em primeiro lugar, a motivação das decisões administrativas, de *status* constitucional, não se confunde com o princípio da ampla defesa real, igualmente previsto na Carta Política, sendo certo que, sem uma ou outro, o ato administrativo ruirá por afronta às suas basilares características.

O fato da Administração ter o dever de fundamentar suas decisões, indicando a correlação lógica entre o evento e a providência tomada, a fim de se verificar a obediência do ato administrativo com a lei que lhe deu amparo, não a impede, só justifica que, além disso, ocorra a disponibilidade de ampla defesa e do contraditório.

Ademais, embora seja indiscutível que o ente possa anular seus próprios atos quando eivados de nulidade ou revogá-los quando inconvenientes ou inoportunos, tal poder não o isenta da constante observância aos princípios da legalidade, moralidade, publicidade, economicidade, eficiência, motivação, ampla defesa, dentre outros.

Celso Antônio Bandeira de Mello realizou feliz compilação sobre a matéria:

“Demais disso, como anota Carlos Roberto Siqueira Castro: ‘Do campo processual penal e civil a garantia do devido processo legal alastrou-se aos procedimentos travados na Administração Pública, impondo a esses rigorosa observância dos princípios da legalidade e da moralidade administrativa. Por sua crescente e prestigiosa aplicação, acabou por transformar-se essa garantia constitucional em princípio vetor das manifestações do Estado contemporâneo e das relações de toda ordem entre o Poder Público, de um lado, e a Sociedade e os indivíduos de outro’.

...

Na mesma linha de idéias, vale colacionar algumas judiciosas averbações da eminente

publicista Cármen Lúcia Antunes Rocha: ‘O processo reflete uma forma de convivência estatal civilizada dos homens; elas delimitam espaços de ação e modos inteligíveis de comportamento para que a surpresa permanente não seja um elemento de tensão constante do homem em seu contato com o outro e em sua busca de equilíbrio na vivência com o outro e, inclusive, consigo mesmo. E, pouco além: ‘Fora daí, não há solução para a barbárie e para a descrença no Estado. Sem confiança nas instituições jurídicas, não há base para a garantia nas instituições políticas. O processo é, pois, uma garantia da democracia realizável pelo Direito, segundo o Direito e para uma efetiva justiciabilidade’” (Curso de Direito Administrativo, Malheiros, 14ª Edição, pág. 100, sem grifos na origem).

Não se justifica o *modus operandi* da Prefeitura, no que diz ao desfazimento dos atos de incorporação dos impetrantes já determinados por gestão passada, sem lhes favorecer qualquer meio de defesa prévia ou concomitante.

O Superior Tribunal de Justiça abona o entendimento:

“RECURSO ADMINISTRATIVO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL. CONCURSO PÚBLICO. EXONERAÇÃO. INOBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. ILEGALIDADE. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

I - Não é lícito ao ente público desconsiderar o ato de posse e o efetivo exercício das funções por parte dos impetrantes que, mesmo aprovados em concurso público promovido pela

própria Administração Municipal, foram sumariamente exonerados sem que fosse a esses garantidos o contraditório e a ampla defesa através de procedimento administrativo válido.

II - A Administração Pública tem o poder de anular seus próprios atos, de ofício, quando eivados de ilegalidade, conforme entendimento consubstanciado no enunciado sumular nº 473 do Supremo Tribunal Federal. Todavia, a possibilidade de revisão de seus próprios atos quando viciados ou por conveniência e oportunidade não a autoriza a desconsiderar situações constituídas que repercutam no âmbito dos interesses individuais dos administrados sem a observância do devido processo legal.

III - Este Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar casos análogos ao presente, consolidou entendimento no sentido de que a exoneração de servidores concursados e nomeados para cargo efetivo, ainda que em estágio probatório, deve ser efetuada com observância do devido processo legal e do princípio da ampla defesa. Precedentes.

IV - Agravo interno desprovido” (AgRg no RMS 21078/AC; AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA 2005/0204160-4, Ministro GILSON DIPP, T5 - QUINTA TURMA, DJ 28.08.2006 p. 298. Fonte: *site* oficial do Superior Tribunal de Justiça).

Por outro lado, mister o enfrentamento do segundo capítulo da sentença devolvido a este Tribunal, respeitante à possibilidade da incorporação integral da gratificação de representação, baseada no art. 1º, da Lei nº 540/91.

É o texto da lei:

“Art. 1º. Os servidores públicos municipais ocupantes de cargos de provimento em comissão que contém, no mínimo, sete anos, ininterruptos ou não, de exercício de cargo de confiança incorporarão nos seus vencimentos a gratificação de representação correspondente ao padrão do cargo.”

Pelo que se depreende dos autos, as incorporações se deram através de processo administrativo, com a participação de diversos órgãos municipais, inclusive Parecer da área jurídica da Prefeitura, não podendo, sem o regular procedimento, ser suprimido de uma hora para outra.

Não se está defendendo a impossibilidade, repita-se, da municipalidade enfrentar os atos de seu antecessor, ou os próprios, buscando extinguir os que lhe pareçam ilegais ou inválidos, mas isto deve ser feito às claras, com ampla possibilidade de discussão pelos servidores envolvidos, até mesmo como forma de salvaguarda de seus direitos.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica:

“RECURSO ORDINÁRIO - MANDADO DE SEGURANÇA- INVALIDAÇÃO PELA ADMINISTRAÇÃO DE ATO DE APOSENTADORIA -CONCESSÃO ILEGAL DE GRATIFICAÇÃO ESPECIAL PELO EXERCÍCIO DE CARGO TÉCNICO – NECESSIDADE DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO, ASSEGURANDO AO INATIVO O DIREITO À AMPLA DEFESA - RECURSO PROVIDO.

1.Ainda que indevida a gratificação especial pelo exercício de trabalho técnico, sua subtração, após ter sido concedida e incorporada aos proventos de aposentadoria do Recorrente,

depende de prévio procedimento administrativo, em que se assegure ao servidor o contraditório e ampla defesa. Precedentes.

2. Recurso parcialmente provido. (RMS 17576 / ES ; RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA 2003/0221125-3, Ministro PAULO MEDINA, T6 - SEXTA TURMA, DJ 20.02.2006 p. 362);

“RECURSO ORDINÁRIO - MANDADO DE SEGURANÇA - SERVIDOR PÚBLICO - EXERCÍCIO DE CARGO EM COMISSÃO NA FACULDADE DE DIREITO DE JACAREZINHO, ESTADO DO PARANÁ - INCORPORAÇÃO DA GRATIFICAÇÃO DE REPRESENTAÇÃO DE GABINETE OS PROVENTOS DE APOSENTADORIA – POSTERIOR SUBTRAÇÃO - NECESSIDADE DE PROCEDIMENTO EM QUE SE ASSEGURE AO SERVIDOR O CONTRADITÓRIO E A AMPLA DEFESA - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Ainda que indevida a gratificação de representação de gabinete ao Recorrente, nos termos do art. 143, III, da Lei nº 6.174/70, do Estado do Paraná, sua subtração, após ter sido concedida e incorporada aos proventos de aposentadoria, depende de prévio procedimento administrativo, em que se assegure ao servidor o contraditório e ampla defesa. Precedentes. 2. Recurso parcialmente provido” (RMS 14777 / PR ; RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA 2002/0053269-1, Ministro PAULO MEDINA, T6 - SEXTA TURMA, DJ 02.05.2005 p. 417);

“RECURSO ESPECIAL. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. GRATIFICAÇÃO DE ATIVIDADE EXECUTIVA - GAE. ART. 46 DA LEI 8.112/90.

DESCONTO RETROATIVO NA FONTE. REMUNERAÇÃO DE SERVIDORES PÚBLICOS. NECESSIDADE DE AMPLA DEFESA E PROCEDIMENTO PRÓPRIO. Ausência de prequestionamento quanto à questão da incorporação das gratificações ao vencimento. O desconto retroativo, em folha de pagamento de servidores públicos, da contribuição previdenciária incidente sobre a Gratificação de Atividade Executiva - GAE e não descontada na época oportuna, sem a prévia ouvida dos servidores públicos e sem procedimento próprio, viola o devido processo legal e a garantia da ampla defesa. Recurso especial não conhecido pela letra “a” e não provido pela letra “c”, com a devida vênia do voto da insigne Relatora. (REsp 379435 / RS ; RECURSO ESPECIAL 2001/0151351-1, Ministro FRANCIULLI NETTO, T2 - SEGUNDA TURMA, DJ 30.06.2003 p. 183).

Esses argumentos são suficientes para a concessão da segurança, restando prejudicada a análise do direito ou não às gratificações ou da incidência da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Convém registrar que caso idêntico, envolvendo a mesma Prefeitura, já foi objeto de análise por este egrégio Tribunal, julgado à unanimidade, em que tive a oportunidade de relatar, autos nº 2005.0003.9248-2/1, em que são apelantes o Município de Boa Viagem e Francisco Marton de Carvalho, Isabel Cristina Silva Aragão, Marcos Antônio Pires de Aragão, Sinésio Batista de Carneiro e Maria de Fátima de Almeida, julgado aos 13 de setembro de 2006.

Ante o exposto, conheço e dou parcial provimento ao recurso dos impetrantes, no sentido de modificar a sentença no que tange à exclusão das vantagens incorporadas, que devem seguir, previamente, procedimento administrativo com

possibilidade de ampla defesa e contraditório, e nego provimento ao recurso apelatório do Município de Boa Viagem, mantendo, nesta parte, a sentença vergastada.

É o meu voto.

Fortaleza, 7 de fevereiro de 2007.

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

Apelação Cível n. 2005.0004.8166-3/0

Apelante: Editora Verdes Mares Ltda

Apelado: Grace Mary Aguiar de Oliveira e Carlos Henrique Aguiar de Oliveira

Relator: Desembargador Ademar Mendes Bezerra

EMENTA: RESPONSABILIDADE CIVIL. PUBLICAÇÃO DE FOTO DE VEÍCULO EM MATÉRIA JORNALÍSTICA SOBRE ILÍCITOS EM QUE NÃO ESTAVAM ENVOLVIDOS O DONO OU CONDUTOR. DANO MORAL. INDENIZAÇÃO.

- O direito de informação e a liberdade de imprensa são direitos fundamentais inalienáveis para a plena efetivação do Estado Democrático de Direito. Contudo, não podem ser eles exercidos de maneira que ultrapasse os limites da prudência, devendo o repórter responsável diligenciar e averiguar se as fotos publicadas realmente possuem relação com o evento narrado.

- A fixação do valor da indenização deve, segundo juízo de razoabilidade, compensar a vítima pelo gravame sofrido e sancionar o agente danoso por sua injusta conduta.

- Embora não tenha sido divulgado o nome ou o

retrato do proprietário ou do condutor do veículo, a publicação de foto em que se lê a placa de veículo em matéria que trata de repressão de ilícitos de que não tiveram participação acarreta dano moral, porquanto, ainda que não exponha essas pessoas ao grande público – que não possui elementos suficientes para fazer a relação entre elas e o veículo – permite que aqueles que são próximos do condutor e do proprietário vinculem sua imagem ao carro e, por via de consequência, aos eventos irregulares narrados na reportagem jornalística. Assim, essa exposição indireta não possui o condão de excluir o dano moral, mas sim de minorar o valor a ser fixado.

- Precedentes dos tribunais superiores.

- Recurso conhecido e parcialmente provido a fim de diminuir o valor da indenização de R\$100.000,00(cem mil reais) para R\$10.000,00 (dez mil reais).

ACÓRDÃO:

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos da apelação nº 2005.0004.8166-3/0, em que figuram as partes acima indicadas. Acorda a 2ª Câmara Cível do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, conhecer e dar parcial provimento ao apelo, nos termos do voto do relator.

Fortaleza, 22 de novembro de 2006.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de apelação cível manejada pela Editora Verdes Mares Ltda contra decisão do MM. Juiz de direito da 14ª. Vara Cível de Fortaleza, pela qual julgou procedente ação de indenização por danos morais ajuizada pelos

apelados.

Pela exordial de fls. 02/07, os autores/recorridos afirmam que, em 24 de maio de 1999, foi publicada pelo “Jornal da Rua” – periódico editado pela ré/apelante – foto do veículo dos apelados sendo rebocado sob a acusação de prática de “pegas” na Av. Senador Virgílio Távaro. Nas manchetes, abaixo da fotografia, se lê: “avenida é trancada e a farra dos pegadas tem fim” e “filhinhos de papai incharam”. Na primeira página, a chamada para a matéria estava assim intitulada: “acabaram com a gaiatice dos filhinhos de papai”. Referia-se à operação levada a efeito pela ETTUSA, DETRAN e Batalhão de choque da PM, a fim de conter as disputas automobilísticas ilícitas comumente travadas naquela avenida.

Contudo, sustentam que o veículo – registrado no nome da primeira autora e dirigido por seu filho, segundo demandante – não estava envolvido nos eventos narrados, porquanto, conforme demonstrado pela multa acostada aos autos, o mesmo fora rebocado por estar estacionado em local proibido (sobre a calçada). Na ocasião, Carlos Henrique Aguiar de Oliveira, que é surdo-mudo, tentou explicar o equívoco em sua linguagem típica, porém, não se fez entender. Por essa razão, alegam que, em função da publicação, experimentaram dissabores de ordem imaterial hábil a configurar dano moral indenizável, pois se viram envolvidos publicamente em eventos ilícitos dos quais não participaram.

Pleitearam indenização no importe de R\$ 100.000,00 (cem mil reais). Juntaram os documentos de fls. 08/16.

Regularmente citada, a empresa ré apresentou resposta na forma de contestação às fls. 28/56, oportunidade em que sustentou a licitude da matéria alegando, em suma, que em nenhum momento foi realizada acusação infundada, pois, no periódico, não consta afirmação de que o veículo fotografado estava envolvido nos eventos narrados. Ademais, invoca, a seu favor, a liberdade de imprensa e de informação.

Réplica às fls. 65/71.

Manifestação sobre a réplica às fls. 73/76.

O acordo foi tentado em audiência, mas restou

infrutífero, consoante se lê no termo de fl. 86.

Depoimento das partes e de testemunhas às fls. 236/250 e 210/214.

Memoriais de ambas as partes às fls. 251/269.

Pela sentença de fls. 276/286, como adiantado, o MM. Juiz *a quo* julgou procedente a ação, condenando a ré ao pagamento de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), porquanto entendeu que houve vinculação da fotografia do carro aos eventos narrados logo em seguida, e, por conseguinte, vinculou-se, igualmente, a imagem de sua proprietária e de seu contumaz condutor.

Nas razões do apelo, repousantes às fls.289/324, a ré reiterou a linha argumentativa expandida na contestação.

Contra-razões às fls. 327/333.

É o relatório.

VOTO

É assente no direito pátrio que para se configurar dano moral reparável é necessária a conjugação de alguns fatores. Com efeito, o dever de indenização – por força da responsabilidade aquiliana – decorre de uma conduta que, desrespeitando prescrições jurídicas, importe um dano. Rui Stoco (*in* Tratado de Responsabilidade Civil, 6ª Edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.124) é sintético ao afirmar que “sem o binômio ato ilícito + dano não nasce a obrigação de indenizar ou compensar”. Naturalmente, os elementos deste binômio devem estar ligados por um nexo de causalidade.

Esse também é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

“(...)A responsabilidade civil exsurge a partir da conjugação de três elementos: o ato omissivo ou comissivo ilícito ou abusivamente praticado, o dano e o nexo de causalidade entre ambos. O prejuízo experimentado pela vítima pode ser de natureza material ou moral, a depender da objetividade jurídica

violada”. (RESP 642008/RS; RECURSO ESPECIAL 2004/0017769-3, Rel. Ministro CASTRO MEIRA - SEGUNDA TURMA, DJ 14.02.2005, p. 180).

Assim, devemos nos debruçar sobre a controvérsia em exame a fim de perquirir acerca da existência de um ato ilícito e um conseqüente dano, o que demandará uma maior acuidade, pois visivelmente está em jogo, de um lado, o direito de informação (consectário do princípio da liberdade de imprensa) e, do outro, o direito à intimidade e à honra. Contrapõem-se, pois, *in casu*, dois direitos fundamentais.

É curioso destacar que essa contraposição de direitos fundamentais já foi objeto de análise por esta Câmara em caso envolvendo sócio diretor da ré/apelante, Sr. Edson Queiroz Filho, na ocasião, vítima de nota jornalística injuriosa, Apelação Cível n. 2004.0004.7573-8/0, oportunidade em que foi lavrada a seguinte ementa:

“RESPONSABILIDADE CIVIL. PUBLICAÇÃO DE NOTA JORNALÍSTICA. DANO MORAL. INDENIZAÇÃO.

- O direito de informação e a liberdade de imprensa são direitos fundamentais inalienáveis para a plena efetivação do Estado Democrático de Direito. Contudo, não podem ser eles exercidos de maneira que desborde dos prudentes limites da razoabilidade e da ponderação, causando abalo à honra do cidadão, sob pena de ensejar dano moral indenizável.

- A fixação do valor da indenização deve, segundo juízo de razoabilidade, compensar a vítima pelo gravame sofrido e sancionar o agente danoso por sua injusta conduta.

- Precedentes dos tribunais superiores.

- Recursos conhecidos, para dar parcial provimento ao da empresa de jornalismo, diminuindo o valor da indenização, e negar provimento ao apelo da vítima”.

Assim, a mesma linha de raciocínio lançada naquele precedente para enfrentar o choque entre esses dois princípios é perfeitamente válida para o caso em apreço.

Consignamos que não se pode desconsiderar que os direitos de informar e de ser informado são fundamentais e invidáveis para a plena efetivação do Estado Democrático de Direito. Nas diversas constituições européias e mesmo na Suprema Corte norte-americana há inclusive a atribuição da característica de “posição de preferência” (*preferred position*) em relação a outros direitos fundamentais, donde decorre que, em regra, não se pode impedir publicações, salvo quando as medidas possíveis de serem tomadas posteriormente se apresentem absolutamente ineficazes.

As liberdades de informação, expressão e de imprensa foram consagradas em vários dispositivos da Constituição de 1988, tais como, art. 5º, IV, IX e XIV, tendo o Supremo Tribunal Federal expressamente assentado que “a liberdade de expressão constitui-se em direito fundamental do cidadão, envolvendo o pensamento, a exposição de fatos atuais ou históricos e a crítica.” (HC 83.125, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 07/11/03).

Contudo, tais direitos não podem ser exercidos de maneira que ultrapasse os prudentes limites do razoável, causando abalo à honra e à boa imagem do cidadão, sob pena de ensejar dano moral indenizável, conforme prescrito já no altiplano constitucional no art. 5º V: “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral, ou à imagem”.

De fato, o fundamental direito à informação encontra seus limites precisamente em outros do mesmo nível hierárquico como o são o direito à honra, intimidade e à imagem. O Supremo Tribunal Federal (no HC 82.424, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 19/03/04) também entende que “as liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte)”.

Na mesma linha de idéias, o Superior Tribunal de Justiça também colocou o problema em termos de uma ponderação de valores consagrados em princípios constitucionais, senão vejamos:

“(...) A responsabilidade civil decorrente de abusos perpetrados por meio da imprensa abrange a colisão de dois direitos fundamentais: a liberdade de informação e a tutela dos direitos da personalidade (honra, imagem e vida privada). A atividade jornalística deve ser livre para informar a sociedade acerca de fatos cotidianos de interesse público, em observância ao princípio constitucional do Estado Democrático de Direito; contudo, o direito de informação não é absoluto, vedando-se a divulgação de notícias falaciosas, que exponham indevidamente a intimidade ou acarretem danos à honra e à imagem dos indivíduos, em ofensa ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.(...)” (REsp 719.592/AL, Rel. MIN. JORGE SCARTEZZINI, QUARTA TURMA, julgado em 12.12.2005, DJ 01.02.2006 p. 567).

Evidente e inegável, portanto, a contraposição, nesta lide, entre os direitos da personalidade (de enorme relevância constitucional por tratarem dos mais intrínsecos valores do ser humano, considerado em sua individualidade) e a liberdade de imprensa e de informar (cuja importância extravasa o íntimo de cada cidadão e se irradia por toda sociedade que se pretende livre e democrática).

Diante disso, é necessária, para a solução do presente caso, a ponderação desses dois princípios magnos, mediante uma perspectiva eminentemente constitucional e não só nos estreitos lindes do direito civil. Muito a propósito, Luiz Roberto Barroso, em artigo específico sobre o tema (“Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade – critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente

adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa”, *in* Revista Latino-americana de Estudos Constitucionais), escreve:

“Na colisão entre a liberdade de informação e de expressão, de um lado, e os direitos de personalidade, de outro, destacam-se como elementos de ponderação: a veracidade do fato, a licitude do meio empregado na obtenção da informação, a personalidade pública ou estritamente privada da pessoa objeto da notícia, o local do fato, a natureza do fato, a existência de interesse público na divulgação, especialmente quando o fato decorra da atuação de órgãos ou entidades públicas, e a preferência por medida que não envolvam proibição da prévia divulgação. Tais parâmetros servem de guia para o intérprete no exame das circunstâncias do caso concreto e permitem certa objetividade de escolha”.

Portanto, para verificar se na hipótese em tablado houve exagero no direito de informar por parte da Editora Verdes Mares Ltda, com a conseqüente ofensa aos direitos da personalidade dos autores, é preciso realizar o cotejo analítico de todas essas circunstâncias.

Quanto à veracidade da informação, reputo a mais relevante para o caso, pois muito bem agiu o juiz de primeiro grau ao destacar do depoimento do representante da ré, que a foto foi escolhida aleatoriamente, sem fosse aprofundada uma apuração acerca dos motivos de o veículo estar sendo rebocado na ocasião. Leia-se o que foi dito (fl.241):

“Afirma que tal foto foi utilizada ao acaso, já que poderia ter sido utilizada qualquer outras dentre as fotos batidas no local. Afirma também que a foto mostra um veículo com características daqueles utilizados nos pegas, já que se trata de veículo rebaixado, como vidros escuros, e, segundo soube,

descarga adulterada. Afirma não poder dizer se o veículo tomava parte em algum pega, apenas sua foto foi batida enquanto era rebocado naquele mesmo local, tendo sido escolhida tal foto presumivelmente por ter sido a melhor foto batida na ocasião, dentre várias outras”.

Como se lê, o jornalista que cobria o evento não se atentou para o dever de prudência que deve orientar os profissionais de imprensa, sobretudo em matéria que, sob manchetes sensacionalistas e de indiscutível mal tom, relatava a prática de ilícitos. Do depoimento, percebe-se que em nenhum momento foi feita menção de que o motivo da publicação da foto do veículo na reportagem teria sido seu envolvimento nos ilícitos. Ao contrário, afirma que isso se deveu ao acaso, ou pelo fato de ter o automóvel certas características, ou, ainda, porque foi a de melhor qualidade. Percebe-se, pois, que sequer se cogitou em investigar o real envolvimento com os fatos narrados na matéria jornalística.

A cópia da multa colacionada aos autos (fls. 14) bem evidencia que o veículo fora apreendido por está estacionado em local proibido e não por esta sendo utilizados em corridas de rua. Dessa forma, não poderia a foto de seu rebocamento ser impressa acima da aludida matéria. Sem sombra de dúvidas, houve divulgação de informação equivocada decorrente da desídia dos responsáveis pelo jornal em não se certificarem das razões da apreensão do automóvel.

É certo que não se pode falar, *in casu*, em uma clamorosa e direta ofensa à imagem e honra das partes, porquanto seus nomes ou imagem não foram exibidos. Contudo, embora para o grande público leitor do jornal não fosse possível identificar prontamente os proprietários do carro a que se vinculava aos “pegas”, seus vizinhos e pessoas mais próximas possuem plenas condições de aliar o veículo às pessoas de seu proprietário e de seu condutor. Assim, embora arrefeça a intensidade da exposição e vexame, a simples imagem de veículo possui sim o condão de expor e submeter a constrangimentos a

pessoa daqueles que o possuem e normalmente o conduzem.

Dessa forma, embora o evento narrado tenha se dado em local público, quando da atuação de agentes públicos na repressão de infrações – pelo que evidencia o interesse público na divulgação do fato – não se pode inadvertidamente publicar uma foto relacionando pessoas a esses eventos, se bastava uma simples averiguação momentânea para se aperceber que ligação alguma havia, sobretudo por se estar tratando da imagem de pessoas comuns e não personalidade públicas que regularmente freqüentam o noticiário.

O ilícito civil, portanto, resta configurado. Passemos, então, para o segundo elemento: o dano.

O dano moral consiste em um abalo ao patrimônio incorpóreo, seja da pessoa física, seja da pessoa jurídica, tais como a honra, o bom nome, a credibilidade na praça etc. Conforme muito bem expôs o Ministro Carlos Velloso em julgado do STF (RE 387.014-AgR, DJ 25/06/04), “o dano moral indenizável é o que atinge a esfera legítima de afeição da vítima, que agride seus valores, que humilha, que causa dor”.

No caso de ofensa à honra e à imagem, ocorrem, por si só, a ínsita angústia espiritual e a comoção psíquica caracterizadoras do dano. Nesse sentido, há precedentes jurisprudenciais, de que é exemplo:

“(…)Dano moral. **A ofensa ao sentimento de honra dispensa comprovação**. Indenização. A fixação da indenização será feita em consideração à gravidade da ofensa e à repercussão do dano. Recursos improvidos”. (TJRJ – AC 7591/96 – Reg. 050597 – Cód. 96.001.07591 – Capital – 5ª C.Cív. – Rel. Des. Carlos Ferrari – J. 06.02.1997).

Assim, restou incontestável a existência do dano moral, com a simples divulgação de matéria, pelo que devemos nos deter, agora, sobre o *quantum* a ser indenizado.

Ressalte-se que o dano moral é compensável e não ressarcível, porque o prejuízo ao patrimônio imaterial de um

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

Rui Stoco (ob. cit., p. 1716) também leciona na mesma esteira quando afirma que “a indenização do dano moral tem por fim ministrar uma sanção para a violação de um direito que não tem denominador econômico. Não é possível a sua avaliação em dinheiro, pois não há equivalência entre o prejuízo e o ressarcimento. Quando se condena o responsável a reparar o dano moral, usa-se de um processo imperfeito, mas o único realizável, para que o ofendido não fique sem uma satisfação”.

Nessa linha de pensamento, mediante o uso da razoabilidade, deve o magistrado chegar a um valor que, a um só tempo, sirva como lenitivo à vítima, em função do vexame sofrido, e sanção para o agente do dano. O caráter sancionário, na questão, se apresenta mais marcante, pois o autor intenta doar o que vier a receber, pretendendo, assim, deixar em cores vivas seu desinteresse em se locupletar à custa do caso.

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

“(...)III - O valor da indenização por dano moral sujeita-se ao controle do Superior Tribunal de Justiça, recomendando-se que, na fixação da indenização a esse título, o arbitramento seja feito com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao nível sócio-econômico da parte autora e, ainda, ao porte econômico da ré, orientando-se o juiz pelos critérios

sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso.(...)"

(RESP 259816 / RJ DJ DATA:27/11/2000 PG:00171 Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA).

Em consonância com o posicionamento doutrinário e jurisprudencial citado, é mais que razoável entender não ser justo, nem jurídico, fixar em montantes exagerados a reparação de danos morais.

Como não há critérios objetivos para guiar o magistrado na determinação de um *quantum* que sirva de compensação e de sanção, deve este fazê-lo através do critério da razoabilidade, pelo bom senso e equidade. É necessário se fixar um valor que – repita-se – sirva de lenitivo para uma parte e punição para outra, sempre em atenção às nuances do caso concreto.

Imperioso deixar claro que a fixação taxativa de critérios rígidos mencionados na Lei de Imprensa para determinação do valor indenizatório de danos morais é tida, de forma pacífica, como revogada, tanto que a Corte de Uniformização Infraconstitucional editou a súmula nº 281, cujo teor é o seguinte:

“A indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista na Lei de Imprensa”.

Ademais, deve-se levar em consideração, também, que o valor será corrigido desde a data da ocorrência do prejuízo extrapatrimonial, conforme previsão da súmula nº 54 do mesmo Superior Tribunal de Justiça:

“Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual”.

Assim, percebe-se exagerado e fora de qualquer

juízo de razoabilidade a fixação de indenização na importância de R\$100.000,00 (cem mil reais), sobretudo porque não houve exposição direta da imagem das partes, restringindo-se os danos ao âmbito daquelas pessoas próximas que têm conhecimento de quem são os donos e condutores do carro.

Por tudo isso, considerando o ato ilícito, segundo as circunstâncias acima referidas, somos pela redução do valor atribuído aos danos morais, ao importe de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Diante do exposto, conheço o recurso, por estarem presentes seus pressupostos intrínsecos e extrínsecos, para dar parcial provimento ao recurso, a fim de reduzir o montante da condenação para R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

É como voto.

Fortaleza, 29 de novembro de 2006.

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

Nº PROCESSO: 2006.0014.4724-6/1

TIPO DO PROCESSO: APELAÇÃO CÍVEL

COMARCA: FORTALEZA

PARTES:

APELANTE: POLLYANA ALENCAR FONTENELE E OUTROS

APELADA: CONSTRUTORA E IMOBILIÁRIA LCR LTDA.

RELATOR: DES. ERNANI BARREIRA PORTO

**Ementa: APELAÇÃO CÍVEL – DIREITO
PROCESSUAL CIVIL – EMBARGOS À
EXECUÇÃO – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS
– CONDENAÇÃO APENAS EM RELAÇÃO A
RECONVENÇÃO – AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO
– COISA JULGADA – IMPOSSIBILIDADE DE
INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA.**

Tendo em vista a impossibilidade de mutação do título judicial durante sua execução, resta apenas a condenação em honorários advocatícios fixada em 20% sobre o valor atribuído à reconvenção, por ser esta uma ação autônoma em relação à ação principal, possuindo ônus sucumbencial próprio.

Recurso Apelatório Conhecido e Improvido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível, em que é apelante POLLYANA ALENCAR FONTENELE E OUTROS e apelada CONSTRUTORA E IMOBILIÁRIA LCR LTDA.

ACORDAM os Desembargadores integrantes da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conhecer do recurso para negar-lhe provimento, nos termos do voto do eminente Des. Relator.

RELATÓRIO

Cogita-se de recurso de Apelação Cível interposto por POLLYANA ALENCAR FONTENELE E OUTROS, contra CONSTRUTORA E IMOBILIÁRIA LCR LTDA. por não haver se resignado com sentença proferida pela MMª. Juíza de Direito da 19ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza.

A sentença hostilizada, prolatada em sede de embargos à execução, julgou procedente os referidos embargos, considerando a existência de excesso de penhora e ordenando que a condenação em honorários advocatícios recaia sobre o valor da causa na ação reconvenção, sendo fixada, portanto, em R\$ 10.652,76 (dez mil seiscentos e cinquenta e dois reais e setenta e seis centavos).

As razões apelatórias foram colacionadas tempestivamente às fls. 40/45, pugnando pela total reforma do julgado monocrático, com a incidência dos honorários sobre o valor da causa atribuído à ação principal.

As respectivas contra-razões foram devidamente

acostadas às fls. 48/60.

É o breve relatório.

À doutra revisão.

Fortaleza, 12 de abril de 2006.

DECIDO

Conforme relatado, trata-se de recurso de Apelação Cível interposto por POLLYANA ALENCAR FONTENELE E OUTROS, contra CONSTRUTORA E IMOBILIÁRIA LCR LTDA. por não haver se resignado com sentença proferida pela MMª. Juíza de Direito da 19ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza, que, em sede de embargos à execução, julgou procedente os referidos embargos, considerando a existência de excesso de penhora e ordenando que a condenação em honorários advocatícios recaia sobre o valor da causa na ação reconvenção, sendo fixada, portanto, em R\$ 10.652,76 (dez mil seiscentos e cinquenta e dois reais e setenta e seis centavos).

Como é possível se constatar, versa a quizila posta unicamente acerca do valor sobre o qual deve incidir a condenação em honorários advocatícios, ou seja, se deve incidir sobre o valor da causa atribuído à ação principal, qual seja, a ação indenizatória nº 0000.02.72709-9 ou sobre o valor dado à reconvenção.

Com o escopo de destrinçar a presente controvérsia, colacionemos, inicialmente o teor da parte dispositiva do título executivo judicial em apreço, referente à sentença de fls. 123/130, confirmada, *in totum* pelo acórdão de fls. 170/177, que impõe:

Ante o exposto, nessas condições e por tudo mais que dos autos consta, JULGO IMPROCEDENTE a presente ação indenizatória e a Ação Reivindicatória, dando PROCEDÊNCIA à reconvenção, declarando desfeito o começo da transação realizada entre as partes, determinando a volta destas à sua situação anterior, com a devolução recíproca dos imóveis que

*ocupam, **condenando a reconvida no pagamento das custas processuais, honorários advocatícios, na base de 20% sobre o valor da causa**, deixando de condenar no pagamento da diferença encontrada entre o aluguel da casa residencial dos reconvintes e o aluguel do apartamento da reconvida, considerando a impossibilidade do negócio jurídico e a inexistência denexo causal entre o prejuízo apontado e a declinada omissão da promovida, segundo ficar apurado por calculo da Contadoria do Fórum.*

Da sentença percebe-se, de plano, grave erro técnico cometido pela eminente magistrada que a prolatou. Sendo a ação e a reconvenção ações autônomas, que simplesmente dividem espaço nos mesmos autos processuais, comportam ambas, independentemente uma da outra, condenação em honorários advocatícios.

Neste sentido é o posicionamento do colendo Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

PROCESSUAL CIVIL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. AUSÊNCIA. RECONVENÇÃO. HONORÁRIOS. AUTONOMIA EM RELAÇÃO À AÇÃO PRINCIPAL. PRECEDENTES. CONDENAÇÃO. VERBA HONORÁRIA FIXADA SOBRE ESSE VALOR. ART. 20, § 3º, CPC. RECURSO PROVIDO PARCIALMENTE.

I - *omissis*

II - Na linha dos precedentes das Turmas que integram a Segunda Seção deste Tribunal, “o vencido na reconvenção deverá suportar os ônus decorrentes da sucumbência na demanda secundária, independentemente do resultado e da sucumbência na ação principal”.

III - Ao juiz, no seu prudente arbítrio, levando em consideração que os atos processuais das duas

ações são em regra praticados de forma una, não demandando trabalhos diferentes, cabe fixar a verba honorária com razoabilidade.

IV - Havendo condenação na reconvenção, os honorários devem ser fixados sobre o respectivo quanto e não sobre o valor dado à causa.

REsp 145904 / SP ; RECURSO ESPECIAL 1997/0060346-6 DJ 13.09.1999 p. 68.

Dessa forma, havendo ação e reconvenção deverá o magistrado condenar o vencido em cada demanda, independentemente, ao pagamento de honorários advocatícios. É o que se percebe do teor do voto do Eminentíssimo Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, relator do citado acórdão, *litteris*:

Com efeito, não há que se vincular uma condenação à outra. Por ser a reconvenção uma ação autônoma, ela pode ser ajuizada em momento posterior, quando seria despicienda a condenação em honorários ocorrida no processo conexo. Irrelevante, assim, que a soma da verba honorária fixada nas duas demandas supere o percentual de vinte por cento.

Assim, da sentença *sub oculi* partem três sucumbências totalmente independentes, quais sejam: a derrota da parte autora nas ações indenizatória e reivindicatória e também na reconvenção interposta pela parte promovida.

Poderia, então, a magistrada ter seguido por duas sendas. Através do art. 20, §3º do CPC, estabelecendo percentual, entre 10% e 20% sobre o valor de cada uma das causas, independentemente consideradas, ou mediante a aplicação do art. 20, §4º do CPC fixando, eqüitativamente, um único valor, que albergasse as três sucumbências ocorridas.

Contudo, nenhuma destas duas hipóteses ocorreu. Ao que se constata a eminentíssima magistrada *a quo* claramente estabeleceu a condenação em honorários advocatícios unicamente sobre a reconvenção, deixando de fixá-la em relação

às ações indenizatória e reivindicatória.

Não há possibilidade de interpretação diversa, pois a sentença é taxativa em **condenar a reconvida no pagamento das custas processuais, honorários advocatícios, na base de 20% sobre o valor da causa**. Se a condenação atinge a **reconvida** obviamente a causa se trata da **reconvenção**.

Tal erro, apesar de sua evidência, passou despercebido pelas partes, tanto que, nenhuma delas questionou o posicionamento judicial relativo aos honorários advocatícios em seus recursos apelatórios, fazendo com que esta matéria, por inércia de ambas as partes, restasse imutável diante dos efeitos da coisa julgada formal e material.

Assim, tendo em vista a impossibilidade de mutação do título judicial durante sua execução, resta apenas a condenação em honorários advocatícios fixada em 20% sobre o valor atribuído à reconvenção, por ser esta uma ação autônoma em relação à ação principal, possuindo ônus sucumbencial próprio.

Quanto às ações indenizatória e reivindicatória não fora estabelecida qualquer condenação em honorários advocatícios, sendo incabível nesta sede a interpretação extensiva do título executivo judicial, sob pena de grave ofensa à coisa julgada.

Por todo o exposto, conheço do recurso apelatório interposto para **NEGAR-LHE** provimento, confirmando a sentença apelada em todos os seus termos.

É como voto.

Fortaleza, 7 de maio de 2007.

AGRAVO DE INSTRUMENTO

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

PROCESSO Nº: 2001.0000.2159-7/0

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

ORIGEM DO AGRAVO DE INSTRUMENTO: JUÍZO DA 2ª VARA DE FAMÍLIA DA COMARCA DE FORTALEZA - CEARÁ

AGRAVANTE: J. R. S.

AGRAVADA: F. S. G. S.

ÓRGÃO JULGADOR: 3ª CÂMARA CÍVEL

RELATOR: DESEMBARGADOR CELSO ALBUQUERQUE MACÊDO

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO – RECURSO TEMPESTIVO – EXECUÇÃO DE VERBA ALIMENTAR – ART. 733 DO CPC. – DÉBITO ATUAL – TRÊS ÚLTIMAS PARCELAS ANTERIORES E AS QUE SE VENCEREM NO CURSO DO PROCESSO – SÚMULA 309 DO STJ – INADMISSÍVEL A PRISÃO CIVIL – CONHECIDO E PROVIDO:

I - Comportável a execução de prestação alimentícia com procedimento indicado pelo art. 733, do CPC, porém concernente apenas aos três meses anteriores à propositura da ação, devendo o débito remanescente ser pleiteado pela forma prevista no art. 732 do mesmo estatuto processual.

II – Dívida acumulada ao longo de três anos. Satisfação, na forma do art. 733, do CPC. Impossibilidade. Crédito sem caráter alimentar de urgência, passível, pois, de execução comum (art.732, do CPC), salvo as prestações vencidas a menos de três meses, por ocasião do ingresso

da execução, além das que se vencerem no decurso do processo.

III – Agravo conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Agravo de Instrumento com pedido de efeito suspensivo da Comarca de Fortaleza – Ceará nº. 2001.0000.2159-7/0, 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, dando-lhe provimento, com a desconstituição do *decisum* do juízo do primeiro grau.

RELATÓRIO

Cuida-se de agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo interposto por **J. R. S.**, através de seu Advogado habilitado, contra decisão de fls. 54/55, que decretou a prisão civil do agravante/executado, nos autos de Ação de Execução de Alimentos proposta por **J. R. S. F. E T. L. G. S.**, representados por sua genitora **F. S. G. S.**

O Agravante sustenta em suas razões de fls. 02/17 que o inadimplemento alimentício justificador do malfadado decreto de prisão decorreu de acúmulo de prestações vencidas há mais de três meses, contrariando, frontalmente, a reiterada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, inclusive destaca que não foi oportunizada a circunstância de comprovar a sua incapacidade financeira, devendo, pois, ser empostado efeito suspensivo dos efeitos do *decisum*, enquanto no mérito, o prolóquio deve ser desconstituído.

Às fls. 66/75, a Desembargadora Maria Celeste Thomaz de Aragão concedeu efeito suspensivo ao agravo, art. 527, III, do CPC, determinando o recolhimento do mandado de prisão, com suspensão pelo prazo de 24 horas, a fim de que o devedor agravante, no referido prazo, depositasse a importância

das últimas três prestações devidas, sob pena de ser renovado o decreto prisional.

Notificado, o Juízo monocrático prestou as informações solicitadas, apresentando cópia da decisão que decretou a prisão do agravante/executado (fls. 91/94). Intimado, o advogado dos agravados deixou transcorrer o prazo legal (fl. 78), sem juntar documentação que entendesse conveniente.

Instado a se manifestar o Órgão Ministerial do 2º Grau, emitiu parecer opinando pelo conhecimento do agravo interposto por tempestivo, mas, por seu total improvemento à mímica do fomento legal e jurídico necessário à sua prosperação (fls. 83/85), com a manutenção da decisão agravada.

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

É o relatório.

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.

Vê-se, *in casu*, que no termo de audiência de fl. 50, realizada no dia 10 de Março de 2001, o executado apresentou proposta de acordo para quitação do débito alimentar em treze prestações de R\$ 460,00 (quatrocentos e sessenta reais), totalizando R\$ 5.980,00 (cinco mil, novecentos e oitenta reais) não anuindo à mercê a exeqüente. Em 20 de Abril de 2001, decretou o julgador a prisão civil do devedor, pelo prazo de 60 dias.

A prisão civil é medida coercitiva que se destina a obter o pagamento da obrigação alimentar, cabível no caso de inadimplência do alimentante.

A Súmula nº 309, do STJ, estabelece que:

“O débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende as três prestações anteriores ao ajuizamento da execução e os que se vencerem no curso do processo”.

A prisão do devedor veio regrada no art. 733 do CPC e no art. 19 da Lei de Alimentos. Trata-se de coação pessoal e, desta feita, se apresenta como forma atuante de obter o implemento da obrigação alimentar, porque, em geral, o devedor, quando vê ameaçada a sua liberdade pessoal, para logo cuida de pagar o que deve, enquanto a execução por quantia certa, sobre não amedrontar, pode dar margem à procrastinação com o propósito de evitar ou retardar a satisfação do débito (Ação de Alimentos, Sérgio Carlos Covello, 2ª. Ed. 1992, LEUD, p. 43).

O STJ, no RHC nº 16.268, RS, em que foi relator o Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, registrou o seguinte entendimento:

“A prisão civil do devedor de pensão alimentícia é cabível quando a cobrança se refere as três últimas parcelas em atraso, anteriores à citação e os que lhe são subseqüentes. Esse pagamento tem de ser total e não parcial. Não desobriga o devedor de pensão alimentícia a simples alegação de desemprego e o pagamento parcial muito aquém do valor devido”.

O quantum é transacionável, mas nunca a subsistência do direito a alimentos, ensina Lourenço Mário Prunes. O Professor Yussef Said Cahali, atento à circunstância de ser o alimentário a pessoa presuntivamente necessitada, na relação jurídica, preleciona que a dívida alimentar e PORTABLE, carregando o alimentante com o ônus de levar àquele a pensão devida.

Para Gustavo Tepedino – a família atual, em qualquer das formas de exteriorização – *“é uma comunidade*

instrumentalizada à realização da pessoa humana”, razão pela qual a proteção referida pelo texto constitucional – “é a proteção mediata, ou seja, no interesse da realização existencial e afetiva das pessoas”.

Para Cristiano Chaves de Farias – A família deixou de ser fim e passou a ser meio, instrumento. Descobriu-se que as pessoas não nascem com o fim específico de constituir família, mas, ao invés, nascem voltadas para a busca de sua felicidade e realização pessoal, como consequência lógica da afirmação da dignidade do homem (Revista Brasileira de Direito de Família, Síntese, IBDFAM, n.º 34, p.39).

O STJ, no RHC n.º 15334, RJ, julgado em 20 de Março de 2006, sob a relatoria do Ministro César Asfor Rocha, assinalou:

“ Na execução de alimentos, prevista pelo art. 733 do Código de Processo Civil, é legítima a prisão civil do devedor referente às três últimas prestações vencidas antes do ajuizamento da execução e às vincendas durante se curso.”

Tem o executado o ônus de alegar e o ônus de provar a impossibilidade temporária de cumprimento. (1ª CC, TJRS. Ag. 38.889, 22.9.81, Rel. Des. Túlio Martins). *“Enquanto não se esgotar o direito à prova, que se afigura amplo e ilimitado, pois se admitem todos os meios lícitos, **se ostenta ilegal a decretação da prisão.**”* (6ª CC do TJRS, HC 586022998, de 24.6.86, Relator Des. Adroaldo Fabrício).

Na rica casuística da hipótese, a jurisprudência aponta os seguintes fatos como hábeis e eficazes para retratar a momentânea falta de recursos do obrigado: o desemprego total; a despedida de um de dois empregos que mantinham o devedor; a repentina aparição de moléstia; e a pendência de paralela demanda exoneratória da obrigação alimentar. Conseqüentemente, *“havendo manifestação tempestiva do devedor de alimentos, acerca da impossibilidade de arcar com o ônus do débito, não pode o juiz decretar, desde logo, a custódia sem apreciação da justificativa”*. (5ª Turma do STJ, HC 702-PA,

6.3.91, Rel. Min. Flaquer Scarztezzi, RJSTJ, 3(24)/120. Em doutrina identicamente, CAHALI, Dos Alimentos, p.646, in da Execução de Alimentos e Prisão do Devedor, Araken de Assis, 3ª edição, RT, 1996, p.158).

Aos alimentandos são devidos aspectos de proteção e segurança dos pais para construção do projeto de vida. A pobreza do alimentante não o alforria do dever alimentar, segundo ensinamento de SÉRGIO CARLOS COVELLO, (*in* Ação de Alimentos, Ed. Universitária, 1992, p. 8). O pai, ainda que pobre, não se isenta, por esse motivo, da obrigação de prestar alimentos ao filho menor – do pouco que ganhar, alguma coisa deverá dar ao filho...(Dos Alimentos, CAHALI, 2ª edição, 1993, p. 400 e 402). Os Tribunais têm decidido: *“Alimentos atrasados. É sempre possível a execução comum sem ameaça de prisão, quando o débito, pelo longo atraso, assumiu feição indenizatória. A sanção ou pensão civil, há de ser mantida no tocante às três última parcelas devidas, prosseguindo-se com a execução dos atrasados.”* (TJRS, in RJTJRS, 123/243).

O Supremo Tribunal Federal se pronunciou de modo positivo no tocante à execução de alimentos definitivos na coerção pessoal (RE 88-005-RS, Rel. Min. Xavier de Albuquerque, RTJ, 87/1.025.). Três mecanismos tutelam a obrigação alimentar: a) o desconto (art. 734, do CPC); b) a expropriação, conforme art. 646, do CPC; c) a coerção pessoal (art. 733, CPC, segundo ARAKEN DE ASSIS, *In* Da Execução de Alimentos e Prisão do Devedor, 3ª ed. RT, 1996, p. 130).

Sem possibilidade de desconto – o devedor é o próprio pagador, restando, lamentavelmente, a coerção: “condenar alguém – significa reprová-lo – “ordenar que sofra (Pontes de Miranda, Tratados das Ações, conforme Araken de Assis, obra citada, p.59), por não haver o devedor demonstrado o pagamento das prestações alimentícias, ou a impossibilidade de solvê-las.” A prisão só é efetiva após, como de direito, ser concedida oportunidade ao alimentante, para, se for o caso, justificar o não-cumprimento da obrigação. (TJRS, in RTJTRS, 76/201).

O art. 227 da Constituição Federal estabeleceu:

“É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda a forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

O art. 3º, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069, de 13.07.90), impõe:

“A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta lei, assegurando-se-lhes, por lei, ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade”.

O art. 4º, por sua vez, assinala:

“É dever da família, da Comunidade, da Sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária”.

O alimentante justificou a circunstância da modificação fática atinente ao encargo alimentício, ou seja, da

constituição de nova família, além de abalo nas condições financeiras. Induvidosamente, a execução de prestações atrasadas tem moldagem adequada à textualização do art. 732, do CPC. Assim, a prisão reveste-se de legalidade quando condicionada às três últimas prestações, mais as que se vencerem no curso do processo.

A jurisprudência é pacífica:

“A cisão das parcelas devidas que o juiz realiza, de ofício, busca modelar o procedimento ao sentido da jurisprudência dominante que não permite prisão civil (art. 5º, LXVII, da CF) sem perquirir a atualidade da prestação “as três últimas parcelas, mais as que se vencerem” (Síntese, Revista de Direito de Família, Vol. 32 – p.121).

In casu, míngua a planilha do débito, no destaque de que a sentença açambarcou os idos de 1988, sem notícia de liquidez, tanto das três últimas prestações, como das que se venceram até a data do prolóquio inquisidor, não incidindo, portanto, caráter alimentar de urgência, indiferente se a dívida diz respeito à diferença de pensionamento, ou à respectiva totalidade, inclusive se foi objeto de renegociação.

“O devedor de alimentos, para se livrar da prisão civil, deve pagar as três últimas prestações vencidas à data do mandado de citação e as vincendas durante o processo.

Comportável a execução da prestação alimentícia com o procedimento indicado pelo art. 733 do CPC, porém concernente apenas aos três meses anteriores à propositura da ação, devendo o débito remanescente ser pleiteado pela forma prevista no art. 732 do mesmo estatuto processual ...” (In Revista Brasileira de Direito de Família, Síntese, Vol. 24, p.119).

“Execução de obrigação alimentar – Dívida acumulada ao longo de 5 anos. Pretensão à satisfação, na forma do art. 733 do CPC. Impossibilidade. Crédito que, pela própria longevidade, perde o caráter alimentar de urgência, passível de execução comum (art. 732), salvo as prestações vencidas há menos de três meses do ajuizamento e que, diante de justificativa plausível do devedor, se possibilita quitar em parcelas a serem depositadas juntamente com as vincendas” (Síntese, Vol. 9, P. 122).

Nestas condições: Tomo conhecimento do Agravo de Instrumento interposto por J. R. S. para desconstituir a sentença de 1º grau, por não ser cabível a prisão civil do devedor de alimentos, quando inexistente planilha concernente às três últimas prestações, no momento da propositura da execução, nos termos da Súmula 309, do STJ.

É o voto.

Fortaleza, 26 de março de 2007.

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

**Agravo de Instrumento nº 2003.0006.6611-0/0
Agravante: Banco do Estado do Ceará
Agravado: Henrique César Monteiro Carvalho
Des: 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 2003.0006.6611-0/0 contra decisão do Juízo da 7ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza, 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, 28 de setembro de 2005.

RELATÓRIO

Tratam os presentes autos de Agravo de Instrumento interposto pelo Banco do Estado do Ceará - BEC contra decisão interlocutória do MM. Juiz da 7ª 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, uma vez que teria pago poucas parcelas do contrato avençado e veio a juízo pretendendo reduzir os valores mensais das prestações.

Aduz que tal medida lhe tem causado sérios danos.

O pedido de efeito suspensivo foi denegado pelo eminente Desembargador João de Deus Barros Bringel, à época, Presidente desta Corte (fls. 51/52).

Não houve contra-razões, conforme testifica certidão de fls. 55.

O MM. Juiz processante do feito prestou as informações às fls. 56, pugnano pela manutenção do interlocutório.

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo provimento do recurso (fls. 61/63).

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 hipossuiciente, 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 arrear 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.

Ademais, parece-me inquestionavelmente presentes os pressupostos autorizadores da concessão da antecipação de tutela, proibitiva das inscrições nos cadastros.

Por tais razões, conheço o presente agravo, por preencher os pressupostos processuais intrínsecos e extrínsecos, para negar-lhe provimento, pelas razões de direito já declaradas.

É como voto.

Fortaleza, 28 de setembro de 2005.

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

Nº 2003.0013.1722-4/0 AGRAVO DE INSTRUMENTO DE FORTALEZA

Agravante: REAL PREVIDÊNCIA E SEGUROS S/A

Agravada: MARIA ELIZABETE PINHEIRO JUCÁ

RELATOR: DES. FRANCISCO DE ASSIS FILGUEIRA MENDES

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO CONTRA DECISÃO QUE INDEFERIU REQUERIMENTO DE PROVA PERICIAL, ANUNCIANDO O JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. NECESSIDADE DE PERÍCIA MÉDICA PARA CONSTATAÇÃO DE INVALIDEZ POR DOENÇA HÁBIL A ENSEJAR O PAGAMENTO DE BENEFÍCIO SECURITÁRIO.

I – Merece reforma a decisão recorrida que dispensou a realização de perícia médica em sede de ação de cumprimento contratual com visto à obtenção de indenização securitária em virtude de invalidez por doença, tendo em vista que a concessão da aposentadoria por invalidez pelo INSS não constitui presunção absoluta da invalidez total e permanente por doença, mormente quando ausente nos autos o laudo pericial daquela instituição previdenciária.

II – Tratando-se o contrato de seguro de um contrato de garantia, deve restar inequivocamente comprovada a ocorrência da invalidez total e permanente por doença, tal

como contratualmente definida, mostrando-se indispensável, no presente caso, a realização de perícia para a constatação da ocorrência ou não do risco contratualmente assumido pela seguradora, hábil a ensejar o pagamento do benefício securitário.

AGRAVO CONHECIDO E PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de agravo de instrumento nº. 2003.0013.1722-4/0 de Fortaleza, em que são partes as acima indicadas.

ACORDA a 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por votação unânime, em conhecer do recurso, para dar-lhe provimento.

Cuida-se de agravo de instrumento interposto por REAL PREVIDÊNCIA E SEGUROS S/A em face de MARIA ELIZABETE PINHEIRO JUCÁ, tendo em vista sua irresignação frente à decisão do MM. Juiz da 30ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza, que indeferiu a prova pericial requerida pela parte ré, ora agravante, anunciando o julgamento antecipado da lide.

Defende a agravante a indispensabilidade da realização de perícia médica no presente caso, em que a autora-agravada pleiteia indenização por invalidez permanente em virtude de doença, com lastro no contrato de cobertura securitária firmado entre as partes.

Sustenta o equívoco do magistrado de primeiro grau ao deliberar pela desnecessidade de prova pericial, sob alegar a suficiência da prova documental atestando o deferimento à autora de aposentadoria por invalidez pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), uma vez que a concessão do referido benefício produz apenas efeitos de ordem previdenciária, não tendo o condão de provar a ocorrência de invalidez total e permanente para fins de obtenção da indenização securitária.

Por fim, ressalta a agravante que arcaria integralmente com os custos da produção da prova pericial, não havendo, portanto, qualquer ônus para a autora.

Juntou os documentos de fls. 12/212.

Às fls. 218/220 repousa decisão de meu antecessor nesta relatoria denegando o efeito suspensivo requestado pela recorrente e determinando a prestação de informações pelo juízo agravado, bem como a formação do contraditório.

Decorrido o prazo legal, não foram prestadas as informações nem apresentada contraminuta, conforme certificado à fl. 226.

À fl. 227 determinou-se fossem estes autos apensados aos da Apelação Cível nº 2004.0012.4510-8/0, os quais, brevemente compulsados, permitiram-me ter conhecimento do julgamento de procedência da ação de cumprimento contratual tramitante no primeiro grau de jurisdição, uma vez que não fora concedido pelo meu antecessor o efeito suspensivo requerido pela agravante.

Às fls. 230/237 manifestou-se a douta Procuradoria Geral de Justiça pelo conhecimento e desprovemento do presente Agravo.

É o relatório.

Preludialmente, impende ressaltar que, inobstante o proferimento de sentença no feito originário, objeto da Apelação Cível nº 2004.0012.4510-8/0, mister se faz, por óbvio, o julgamento prévio deste Agravo de Instrumento, considerando sua prejudicialidade frente ao recurso apelatório.

Destarte, a análise do presente recurso cinge-se tão-somente à questão da necessidade ou não de produção de prova pericial no bojo da ação de cumprimento contratual que tramitou no primeiro grau de jurisdição.

Não há de prevalecer, em meu sentir, a decisão agravada.

Não obstante a prova se destine a formar o livre convencimento do juiz, tendo este, nos moldes do art. 130 do CPC, o poder de determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias, entendo que, no presente caso, faz-se imprescindível a produção de prova pericial.

Frise-se, por oportuno, que a atitude do magistrado de julgar antecipadamente a lide, *per se*, não configura teratologia. Entendendo o julgador já existirem elementos suficientes à formação de seu convencimento, nenhum óbice há para que dispense a produção de provas que entenda desnecessárias.

Não me parece, porém, que diante das peculiaridades do presente caso, devesse ter sido dispensada a produção da prova pericial.

A autora, ora agravada, ajuizou ação de cumprimento contratual com visto a receber indenização securitária em virtude de invalidez por doença, acostando à exordial atestados médicos noticiadores de sua laringopatia, bem como informação do INSS acerca da concessão de aposentadoria por invalidez por aquela autarquia previdenciária.

Concluindo o MM. Juiz pela suficiência do documento do INSS para fins de prova da invalidez da autora, anunciou o julgamento antecipado da lide, decisão esta objeto da presente inconformação.

No caso em tablado, não considero a comunicação do ato aposentatório pelo INSS como presunção absoluta da invalidez da autora.

Não há que se confundir o benefício de índole previdenciária com a obrigação civil da seguradora, decorrente do contrato, de pagar indenização à segurada.

Para que reste caracterizada a referida obrigação, mister se faz a comprovação da ocorrência da circunstância geradora do direito à indenização, qual seja, a invalidez total e permanente por motivo de doença, assim considerada pela cláusula nº 5.4.1 do Anexo I do contrato de seguro de vida em grupo:

“5.4.1 Entende-se por Invalidez Total e Permanente por Doença aquela para a qual não se possa esperar recuperação ou reabilitação com os recursos terapêuticos disponíveis no momento de sua constatação e que impeça o segurado de exercer qualquer atividade laborativa condizente com sua

idade, profissão e condição cultural.”

Desta sorte, a mera comunicação de aposentadoria por invalidez pelo INSS revela-se imprestável como prova de que a autora possua a invalidez total e permanente nos termos definidos no contrato.

Saliente-se que consta dos autos apenas a correspondência informativa do ato aposentatório, mas não o laudo pericial que serviu de base para a concessão da aposentadoria, o que não nos permite saber em que termos foi declarada a moléstia da autora, nem se foi feita alguma ressalva quanto à essa declaração.

É que existem casos em que pode haver uma reversão do quadro apresentado pelo portador da doença, daí a necessidade da perícia médica, a fim de avaliar se realmente se trata de doença que acarrete invalidez total e permanente, ou seja, não pode haver reversibilidade do quadro e a limitação precisa ser total, devendo estar presentes os dois requisitos concomitantemente.

A par da inexistência nos autos de laudo pericial do INSS, a exigência da realização de perícia médica no caso de controvérsia acerca da doença foi contratualmente estabelecida na cláusula nº 5.4.2, assim rezante:

“5.4.2 Divergências sobre a causa ou natureza da doença, bem como a avaliação da incapacidade deverão ser submetidas a uma junta médica constituída por três membros, sendo um nomeado pela seguradora, outro pelo segurado, e um terceiro, desempatador, escolhido pelos dois nomeados. Os honorários do desempatador serão pagos em partes iguais pelo Segurado e pela Seguradora.”

Assim, a realização de perícia médica mostra-se imprescindível para determinar a efetiva existência e real extensão da invalidez da autora, permitindo a constatação acerca do direito ao pagamento do seguro, haja vista que a seguradora só pode

ser obrigada pelos riscos contratualmente assumidos.

Nesse sentido, a abalizada opinião doutrinária:

“Além de adotar a noção de interesse segurável, o Código Civil de 2002 também inovou positivamente ao explicitar que a função de segurador é garantir algo. Tal como se apresentava a definição do Código Civil de 1916, a impressão que se tinha era a de que o segurador só teria um dever de indenização a cumprir no futuro, na hipótese eventual de ocorrência de prejuízos resultantes de um sinistro. Esse dever, contudo, não é o único e talvez nem seja o mais importante.

(...)

(...) o segurador tem outro dever importante a cumprir: a prestação de garantia, consubstanciada na transferência, para ele, do risco que aflige o segurado. Para que esse dever seja cumprido adequadamente, o segurador deve dispor de provisões, cujo valor será mensurado em função do conjunto de riscos a ele transferidos pela massa de segurados. (...) (RIBEIRO, Amadeu Carvalhaes. *In* “Direito de Seguros: Resseguro, Seguro Direto e Distribuição de Serviços”, pp. 62/63, Editora Atlas, São Paulo, 2006)

Em tal prumo, visando à necessária averiguação sobre a concretização do risco contratualmente assumido pela seguradora, hábil, portanto, a obrigá-la ao pagamento do benefício securitário, deverão os autos da Apelação Cível em apenso (processo nº 2004.0012.4510-8) retornar à unidade jurisdicional de origem para a realização da perícia médica.

Isto posto, toma-se conhecimento do presente Agravo de Instrumento, para dar-lhe provimento, desconstituindo a sentença proferida nos autos da ação de cumprimento contratual de nº 2001.02.42085-8 e devolvendo-se os autos ao juízo *a quo* para a realização da perícia.

Fortaleza, 4 de julho de 2007.

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

Nº 2006.0016.8160-5/0 AGRADO DE INSTRUMENTO DE FORTALEZA

Agravantes: CHARLES ROBSON DOURADO DE MACEDO, FRANCISCO JARDAS SAMPAIO DE SOUSA, JOSÉ MAURÍCIO CAVALCANTE DA COSTA, RENATO FERNANDES FONTENELE e FLÁVIO HENRIQUE MACEDO PINTO

Agravado: INSTITUTO DR. JOSÉ FROTA - IJF

RELATOR: DES. FRANCISCO DE ASSIS FILGUEIRA MENDES

EMENTA: AGRADO DE INSTRUMENTO CONTRA DECISÃO QUE INDEFERIU ANTECIPAÇÃO DE TUTELA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. PEDIDO DE EQUIPARAÇÃO VENCIMENTAL E IMPLANTAÇÃO DE PISO SALARIAL DA ORDEM DE SETE SALÁRIOS MÍNIMOS. IMPOSSIBILIDADE. VEDAÇÃO PELA LEI Nº 9.494/97 DE SE DEFERIR ANTECIPAÇÃO DE TUTELA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA A FIM DE CONCEDER EQUIPARAÇÃO VENCIMENTAL E ESTENDER VANTAGENS PECUNIÁRIAS A SERVIDORES PÚBLICOS.

I – Irreprochável revela-se o *decisum* de 1º grau que indeferiu requesto de antecipação de tutela formulado pelos ora recorrentes no sentido de lhes ser implantado em folha o piso salarial de sete salários mínimos, estendendo-lhes, assim, as vantagens já reconhecidas a outros servidores públicos, apontados como

paradigmas.

II – Repetindo a dicção das Leis 4.348/64 e 8.437/92, a Lei nº 9.494/97 estendeu à antecipação de tutela a vedação de ser concedida contra a Fazenda Pública quando tiver por fito a reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou a concessão de aumento ou extensão de vantagens.

AGRAVO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de agravo de instrumento nº. 2006.0016.8160-5/0 de Fortaleza, em que são partes as acima indicadas.

ACORDA a 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por votação unânime, em conhecer do recurso, para negar-lhe provimento.

Cuida-se de agravo de instrumento interposto por CHARLES ROBSON DOURADO DE MACEDO, FRANCISCO JARDAS SAMPAIO DE SOUSA, JOSÉ MAURÍCIO CAVALCANTE DA COSTA, RENATO FERNANDES FONTENELE e FLÁVIO HENRIQUE MACEDO PINTO adversando decisão interlocutória da lavra da MM. Juíza da 5ª Vara da Fazenda Pública que, em sede de ação ordinária declaratória, indeferiu o pedido de antecipação de tutela formulado pelos requerentes no sentido de lhes ser concedido reajuste vencimental da ordem de sete salários mínimos, equiparando-os, assim a outros servidores, paradigmas, que já percebem essa remuneração, e prestigiando-se o princípio constitucional da isonomia.

Entendeu a douta magistrada *a quo* que o deferimento da tutela requestada configuraria ofensa às Leis nºs 8.437/92 e 4.348/64, que vedam a concessão de medida liminar que tenha por objeto a reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou concessão de aumento ou extensão de vantagens.

Em sua irrisignação instrumental, os agravantes renovam a tentativa de demonstrar a verossimilhança de suas alegações, apontando a necessidade de dar-se cumprimento,

igualmente, ao Decreto Municipal nº 7.153/85, que instituiu o piso salarial de sete salários mínimos aos médicos do Município de Fortaleza.

Propriamente no que pertine aos fundamentos do *decisum* recorrido, limitam-se a sustentar a inaplicabilidade da Lei nº 4.348/64, uma vez que suas vedações aludem apenas à concessão de vantagens, equiparação ou reclassificação funcional relacionadas a servidores públicos, quando, em verdade, o que pretendem é tão-somente o reconhecimento de um direito previsto no citado decreto municipal, já assegurado pelo Judiciário a outros servidores.

Às fls. 63 determinei a formação do contraditório, com a intimação da parte agravada para oferecimento de contraminuta.

Contraminuta apresentada às fls. 72/76, forte em defender a impossibilidade de deferimento de antecipação de tutela no caso em tela, que trata de aumento de remuneração de servidor público, bem como em apontar prejuízo ao erário público municipal caso fosse estrangido a implantar o piso salarial pleiteado pelos agravantes, de maneira provisória, sem prévia dotação orçamentária.

É o sucinto relatório.

Revela-se absolutamente irreprochável a decisão agravada, proferida que foi em consonância com os cânones legais.

Ao contrário do que alegam os recorrentes, não há como afastar a aplicabilidade da Lei nº 4.348/64 ao presente caso, uma vez envolver pedido de antecipação de tutela com o escopo de obter equiparação vencimental de servidores públicos.

Nenhuma dúvida há de que os agravantes são servidores públicos, lotados no Instituto Dr. José Frota, hospital componente da Administração Indireta na qualidade de autarquia municipal, estando sujeitos ao regime estatutário.

Igualmente indubitável que sua pretensão consiste no reconhecimento do direito à equiparação vencimental com

servidores apontados como paradigmas, a fim de lhes ser implantado em folha o piso salarial da ordem de 7 (sete) salários mínimos, fixado pelo Decreto Municipal nº 7.153/85 em favor da classe médica.

Desta sorte, mostram-se inafastáveis os óbices legais que estabelecem vedações à concessão de liminares em geral contra a Fazenda Pública, dentre outras hipóteses, quando visem à reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou à concessão de aumento ou extensão de vantagens.

No tocante à aplicação à tutela antecipada das mesmas restrições relativas a liminares e cautelares contra a Fazenda Pública, por esclarecedor, citamos o ensinamento de Leonardo José Carneiro da Cunha:

“O sistema processual pátrio cuidou de unificar os provimentos de urgência, confinando-os numa ordem única. Assim, seja a tutela antecipada, seja a medida cautelar, seja a ação cautelar, todas se subordinam às mesmas regras, inclusive no que respeita às vedações inscritas na Lei nº 8.437/1992, tanto que a Lei nº 9.494/1997 as estende, irrestritamente, para a tutela antecipada.

(...) Omissis

Realmente, as disposições restritivas de liminares e cautelares contra a Fazenda Pública restaram estendidas às hipóteses de antecipação de tutela, mercê da edição da Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997, consoante se observa do seu art. 1º, que estabelece:

‘Art. 1º. Aplica-se à tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil o disposto nos arts. 5º e seu parágrafo único e 7º da Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964, no art. 1º e seu § 4º da Lei nº 5.021, de 09 de junho de 1966, e nos arts. 1º, 3º e 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992.’

Vale dizer que não se afigura cabível a tutela

antecipada contra a Fazenda Pública nos seguintes casos:

a) quando tiver por fito a reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou a concessão de aumento ou extensão de vantagens (Lei nº 4.348/1964, art. 5º). Nesse caso, além de vedada a antecipação de tutela, a sentença final somente poderá ser executada após o trânsito em julgado (Lei nº 4.348/1964, art. 5º, parágrafo único), exatamente porque o recurso de apelação e o reexame necessário têm efeito suspensivo (Lei nº 4.348/1964, art. 7º; Lei nº 8.437/1992, art. 3º);

(...)

c) quando objetivar a reclassificação ou equiparação de servidores públicos, bem assim a concessão de aumento ou extensão de vantagens (Lei nº 5.021/1966, art. 1º);

(...)

Todas essas regras são repetidas e reforçadas pelo art. 2º-B da Lei nº 9.494/1997, na redação conferida pela Medida Provisória nº 2.180/2001, que deixou de ser reeditada, valendo até ser convertida em lei, a teor da EC nº 32/2002:

‘Art. 2º-B. A sentença que tenha por objeto a liberação de recurso, inclusão em folha de pagamento, reclassificação, equiparação, concessão de aumento ou extensão de vantagens a servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, inclusive de suas autarquias e fundações, somente poderá ser executada após seu trânsito em julgado.’ (Cunha, Leonardo José Carneiro. In “A Fazenda Pública em Juízo”, 4ª edição, pp. 219-221, Editora Dialética, São Paulo, 2006).

Ressalte-se que o Supremo Tribunal Federal já afirmou, no bojo da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 4, ser constitucional o art. 1º da Lei nº 9.494/1997, decisão esta

que produz eficácia *erga omnes* e efeito vinculante quanto aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo, nos termos do art. 102, § 2º da Carta Magna.

Assim, laborou em acerto a ilustre jurisdicente primária ao indeferir o requesto antecipatório de tutela, uma vez que, caso atuasse da maneira contrária, proferindo decisão concessiva, estaria iniludivelmente afrontando a decisão tomada pela Corte Maior na ADC nº 4 que, repise-se, tem força vinculante, podendo seu desrespeito ensejar inclusive reclamação ao STF, a fim de assegurar o cumprimento de sua decisão.

Diante do exposto, toma-se conhecimento do presente agravo de instrumento, para negar-lhe provimento, mantendo inalterada a decisão de 1º grau.

Fortaleza, 18 de abril de 2007.

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

**AGRAVO DE INSTRUMENTO DE FORTALEZA Nº
2006.0018.2930-0/0**

**Agravante: ARCOS – ARQUITETURA, CONSTRUÇÃO E
SANEAMENTO LTDA**

**Agravados: ANTÔNIO DE PÁDUA FERREIRA DE SOUSA e
MIRNA ROCHA TORRES DE SOUSA**

**RELATOR: DES. FRANCISCO DE ASSIS FILGUEIRA
MENDES**

**EMENTA: CIVIL. PROCESSUAL CIVIL.
RESOLUÇÃO CONTRATUAL. ALEGAÇÃO DE
NULIDADE DA PERÍCIA POR INOBSERVÂNCIA
DO ART. 421 DO CPC. REJEIÇÃO EM FACE DA
POSSIBILIDADE DE SANAR O DEFEITO
MEDIANTE ABERTURA DE PRAZO PARA
INDICAÇÃO DE ASSISTENTE TÉCNICO E**

FORMULAÇÃO DE QUESITOS. PRELIMINAR DE CARÊNCIA DE AÇÃO EM VIRTUDE DE CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM NÃO APRECIADA. NECESSIDADE DE DELIBERAÇÃO PRÉVIA.

I – Não há de prevalecer a pretensão da agravante de anular o processo desde a realização da perícia sob alegação de inobservância do art. 421 do CPC, o que, com efeito, feriu o devido processo legal, razão pela qual merece ser cassada a decisão hostilizada, sem, contudo, determinar-se a anulação da prova pericial, uma vez que, na *ratio* do princípio *ne pas de nullité sans grief*, a validade da prova deverá subsistir mediante a abertura de prazo para as partes indicarem assistente técnico e formularem quesitos.

II – Impõe-se, ainda, a desconstituição do *decisum* guerreado em virtude de não ter sido previamente apreciada a preliminar prevista no art. 302, IX do CPC, referente à existência de convenção de arbitragem entre as partes, que, caso acolhida, conduziria à extinção do processo sem resolução de mérito.

III – Mantém-se, assim, a validade do laudo pericial apresentado, desde que ensejado o cumprimento do art. 421, o que só se perfectibilizará após a deliberação da preliminar argüida, acaso rejeitada.

AGRAVO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de agravo de instrumento nº. 2006.0018.2930-0/0 de Fortaleza, em que são partes as acima indicadas.

ACORDA a 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por votação unânime, em conhecer do

recurso, para dar-lhe parcial provimento, nos termos do voto do Relator.

Cogita-se de agravo de instrumento interposto por ARCOS – ARQUITETURA, CONSTRUÇÃO E SANEAMENTO LTDA em face de ANTÔNIO DE PÁDUA FERREIRA DE SOUSA e MIRNA ROCHA TORRES DE SOUSA, adversando decisão interlocutória da lavra do ilustre Juiz Titular da 11ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza que, em sede de ação ordinária de resolução contratual intentada pelos autores contra a ora recorrente, deferiu parcialmente a antecipação dos efeitos da tutela pretendida.

A ação ajuizada pelos autores, aqui agravados, tem por objeto a resolução do contrato de promessa de compra e venda de unidade habitacional, em virtude de seu alegado descumprimento pela promovida, uma vez que o apartamento não foi entregue no prazo avençado.

Requereram, em sua peça prístina, antecipação de tutela visando às seguintes providências:

a) A sustação dos pagamentos decorrentes do contrato;

b) A vedação de inclusão de seus nomes nos órgãos de proteção ao crédito, bem como a proibição de protesto dos títulos representativos da dívida discutida;

c) A determinação de depósito judicial, pela requerida, no valor de R\$ 50.951,43 (cinquenta mil, novecentos e cinquenta e um reais e quarenta e três centavos), correspondente à quantia já paga pelos autores.

O jurisdicente primário, numa primeira análise, deferiu apenas os dois primeiros pedidos, denegando o último, por entender que não estava presente, até aquele momento, a prova inequívoca da verossimilhança das alegações, determinando, ainda, a realização de perícia por engenheiro civil a ser indicado por este Tribunal, tendo em vista a impossibilidade de os autores arcarem com os custos da prova.

Com a apresentação do laudo pericial, aquele julgador considerou suprido o requisito até então ausente, o que o motivou a conceder a antecipação de tutela para determinar

que a demandada procedesse ao depósito judicial da quantia de R\$ 24.405,38 (vinte e quatro mil, quatrocentos e cinco reais e trinta e oito centavos), referente ao valor pago pelos autores a título de sinal do contrato, bem como para que apresentasse em juízo bens de sua propriedade, no valor relativo às trinta e oito parcelas já pagas, que ficariam indisponíveis até o deslinde da ação, como garantia do futuro cumprimento de sentença, acaso favorável aos autores.

A agravante sustenta a nulidade do *decisum* vergastado em virtude de ter se baseado em laudo pericial apresentado por perito não nomeado pelo juiz e sem que fosse oportunizado às partes a indicação de assistentes técnicos e formulação de quesitos, maculando-se, assim, o devido processo legal, tendo em vista a ofensa ao art. 421 do CPC.

Alega, outrossim, que a decisão guerreada não poderia ter sido prolatada sem que fosse analisada a preliminar de carência de ação suscitada na contestação.

Pugna, ao final, pelo provimento do recurso no sentido de determinar a anulação do processo a partir da realização da perícia e a apreciação, pelo juízo de origem, da preliminar argüida.

Às fls. 107/108 indeferi o efeito suspensivo requestado, determinando a formação do contraditório.

Os agravados acostaram contraminuta às fls. 119/130, aduzindo que, em observância aos princípios da proporcionalidade, razoabilidade e economia processual, a perícia realizada não deveria ser anulada, uma vez que uma nova perícia não mudaria a realidade fática constatada pela primeira, mas tão-somente protelaria a solução do conflito, malferindo o princípio constitucional da razoável duração do processo e agravando a situação dos recorridos, prejudicados que estão com o inadimplemento contratual por parte da agravada.

Afirma que a nulidade não deverá ser decretada se não houve prejuízo, consignando, ainda, que, não estando o juiz adstrito ao laudo pericial, não se pode concluir que sua convicção tenha sido formada com base nele apenas.

Por fim, argumenta que a preliminar suscitada será

apreciada posteriormente e que poderá o juízo *a quo* abrir prazo para quesitação e indicação de assistente técnico, tornando desnecessária, portanto, a realização de nova perícia.

É o relatório.

Muito embora o juiz, na formação de seu convencimento, não fique adstrito ao laudo pericial, há de se reconhecer, *in casu*, que a decisão atacada sofreu profunda influência da prova pericial, na medida em que o próprio julgador atribuiu à perícia o preenchimento do último requisito faltante para a concessão da tutela antecipada, qual seja, a prova inequívoca da verossimilhança da alegação.

Nesse contexto é que a agravante aponta a nulidade da decisão, proferida com base em laudo pericial apresentado por perito não nomeado pelo juízo, bem como sem atender ao art. 421 do CPC.

Quanto à alegação de que o perito não fora nomeado pelo juiz, esta não há de prevalecer. O próprio magistrado, diante da constatação de que os autores não podiam arcar com os custos da perícia, determinou o oficiamento ao Tribunal a fim de que fosse indicado um engenheiro civil integrante de seu quadro funcional para a realização da perícia a título gratuito, podendo-se concluir, por óbvio, que o profissional que viesse a ser indicado seria aquele eleito pelo juízo para o múnus, mostrando-se improsperável a tentativa de anulação da perícia com base na mera ausência de nomeação expressa do perito.

No tocante à alegada ofensa ao devido processo legal, consubstanciada na inobservância do art. 421 do CPC, forçoso é reconhecer a sua ocorrência.

Com efeito, o MM. Juiz determinou a realização da perícia sem previamente facultar às partes a indicação de assistente técnico e a formulação de quesitos.

Contudo, o não atendimento do art. 421 do CPC, em meu sentir, não implica necessariamente a nulidade da prova pericial produzida.

Os atos processuais devem ser aproveitados tanto

quanto possível. Em homenagem aos princípios constitucionais da razoabilidade e da economia processual, entendo que o laudo pericial deve ser preservado e considerada válida, assim, a prova pericial, desde que se oportunize às partes a quesitação e indicação de assistentes técnicos.

Em seu art. 435, o Diploma Processual Civil prevê a possibilidade de apresentação de quesitos pela parte e prestação posterior de esclarecimentos pelo perito e pelo assistente técnico. Desta sorte, entendo que a observância do art. 421 do CPC, ainda que realizada em momento posterior ao previsto no dispositivo mencionado, tem o condão de suprir a omissão judicial no presente caso, preservando-se, assim, a prova produzida, sem mácula ao devido processo legal.

Nesse prisma, apenas a decisão guerreada há de ser cassada, sem que se anule, como pretende a agravante, todo o processo desde a prova pericial.

Tal solução prestigia, indiscutivelmente, os princípios da razoabilidade e da economia processual, haja vista que a perícia foi realizada por Engenheiro Civil do Departamento de Planejamento e Coordenação deste Tribunal, que laborou com eficiência e a título gratuito, não sendo razoável, portanto, anular-se a prova, tornando vão todo o labor produzido, se existe uma alternativa que pode preservá-lo, corrigindo a omissão do jurisdicente primário e prestigiando o devido processo legal, na *ratio* do princípio *ne pas de nullité sans grief*, ou seja, não há nulidade sem prejuízo.

A segunda questão levantada pela agravante em suas razões recursais refere-se à ausência de análise e deliberação judicial sobre a preliminar de carência de ação suscitada na contestação, relativa à existência de convenção de arbitragem, como se verifica na cláusula 15.2 do contrato de promessa de compra e venda de imóvel.

Da leitura conjunta dos arts. 327 e 328 do CPC extrai-se que, se o réu alegar qualquer das matérias enumeradas no art. 301, não havendo necessidade de providências preliminares ou após o cumprimento delas, o juiz proferirá julgamento conforme o estado do processo, o que levará a três possíveis

decisões, quais sejam:

I – a extinção do processo (art. 329);

II – o julgamento antecipado da lide (art. 330);

III – o saneamento do processo (art. 331).

Se, cumpridas as providências preliminares, subsistirem defeitos insuperáveis, como a ausência de algum pressuposto processual ou de alguma condição da ação, não haverá o despacho saneador propriamente dito, mas a extinção do processo.

É que o saneamento do feito não se concentra em um só momento, consistindo em toda uma fase saneatória que precede a fase instrutória.

Não obstante sejam identificados na decisão hostilizada o primor e a percuciência característicos do magistrado que a proferiu, é de se reconhecer a sua omissão na análise da preliminar prevista no inciso IX do art. 301 do CPC, que, acaso acolhida, conduziria à extinção do processo, daí porque imperativa sua apreciação antes de iniciada a fase instrutória.

Sobre o assunto, eis a ensinança ilustre de Humberto Theodoro Júnior:

“As questões que integram o objeto do despacho saneador (regularidade do feito por ausência de vícios da relação processual) não podem ser relegadas para exame e deliberação em outra fase do procedimento. A sentença final deve ser proferida apenas sobre o mérito. E o juiz só deve autorizar a abertura da fase probatória depois de eliminados todos os vícios processuais acaso existentes e reconhecida, pelo saneador (ou o conjunto das decisões que dele se ocupam), a admissibilidade da tutela jurisdicional invocada.

Assim, o despacho saneador deve ser havido como uma decisão interlocutória que contenha a tríplice declaração positiva de:

a) admissibilidade do direito de ação, por

concorrerem as condições da ação, sem as quais não se legitima o julgamento de mérito;
b) validade do processo, por concorrerem todos os pressupostos e requisitos necessários à formação e desenvolvimento válido da relação processual;
*c) deferimento de prova oral ou pericial*⁹. (Autor cit., *Curso de Direito Processual Civil*, Vol. I, p. 453, 43ª edição, Forense, Rio de Janeiro, 2005).

Ante todo o exposto, toma-se conhecimento do presente agravo de instrumento, para dar-lhe parcial provimento, restando cassada a decisão vergastada e preservando-se a validade do laudo pericial, desde que ensejado o cumprimento do art. 421 do CPC, tudo após a deliberação acerca da preliminar suscitada, se rejeitada for.

Fortaleza, 18 de julho de 2007.

HABEAS CORPUS CÍVEL

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

PROCESSO Nº 2005.0023.9932-8/0

HABEAS CORPUS CÍVEL

IMPETRANTE: DEUSIMAR LUIZ DE OLIVEIRA

IMPETRANTE: JOSÉ JALES DE FIGUEIREDO JÚNIOR

IMPETRADO: JUÍZO DA 2ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE FORTALEZA

PACIENTE: FIRMINO TELES DE MENEZES

ÓRGÃO JULGADOR: 3ª CÂMARA CÍVEL

RELATOR: DES. CELSO ALBUQUERQUE MACÊDO

EMENTA: *HABEAS CORPUS*. PRISÃO CIVIL. DEPOSITÁRIO INFIEL. CÓPIA DO DECRETO PRISIONAL. AUSÊNCIA. INSTRUÇÃO DEFICIENTE. EXAME INVIÁVEL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. Não há nos autos qualquer elemento indicativo da ilegalidade da medida impugnada ou mesmo de que o magistrado *a quo* tenha atuado com abuso de poder, olvidando-se a parte autora de trazer aos autos o inteiro teor da decisão que determinou a prisão civil do paciente. Diante da insuficiência de instrução do *writ*, não se pode avaliar a legalidade, ou não, dos fundamentos expendidos pelo magistrado singular. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a TURMA JULGADORA DA TERCEIRA CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ, por votação unânime, em **não conhecer do pedido de *habeas corpus***,

em razão da deficiente instrução do *writ*, o que inviabiliza sua apreciação meritória, nos termos do voto do Relator, que faz parte desta decisão.

RELATÓRIO

Cuida-se de **HABEAS CORPUS** impetrado em favor de FIRMINO TELES DE MENEZES por meio de seus procuradores, com o escopo de resguardar sua liberdade em face de ordem de prisão civil oriunda do JUÍZO DA 2ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE FORTALEZA.

Consta dos autos que o paciente ajuizou ação de execução em face da INDÚSTRIA DE BENEFICIAMENTO SÃO FRANCISCO LTDA (Processo nº 2005.0003.3880-1), no curso da qual teria sido procedida a penhora de bens da parte executada, com a subsequente nomeação do exeqüente-paciente como depositário judicial. Em razão da exceção de pré-executividade apresentada pela parte adversa, o juízo *a quo* determinou a restituição dos bens ao *status quo ante*. O oficial de justiça do juízo *a quo* certificou que deixou de cumprir o correspondente mandado de restituição de bens, pois **não localizou os bens no endereço do credor, informando que o imóvel encontrava-se vazio**. Aduziu ainda que:

“segundo informação de moradores da vizinhança, o autor (Firmino de Menezes) havia adentrado a noite anterior ao cumprimento desta douta ordem, RETIRANDO FURTIVAMENTE TODAS AS MÁQUINAS ALI EXISTENTES NO INTUITO DE OBSTAR O CUMPRIMENTO DA RESTITUIÇÃO, sendo o mesmo fiel depositário dos referidos bens. Estando o ‘autor’ em local ignorado e sem saber para onde o mesmo levou as máquinas, devolvo o presente mandado sem cumprimento” (fl. 19).

Em face dessas circunstâncias, considerando o

enunciado da Súmula nº 619 do Supremo Tribunal Federal, o magistrado *a quo* decretou a prisão civil do exeqüente-paciente, pelo prazo de 60 (sessenta) dias, medida que somente seria passível de revogação após a entrega dos bens cuja guarda lhe fora confiada. A certidão de fl. 19 é indicativa de que **o mandado de prisão fora devolvido sem cumprimento, “em face da não localização do exeqüente, encontrando-se o imóvel, segundo certidão do oficial de justiça, ‘fechado, desabilitado e com aspecto de abandono’”**.

Questionando a legalidade da expedição de mandado de restituição de posse, alegam os impetrantes que o paciente não foi regularmente intimado da decisão que revogara a penhora outrora constituída, assinalando ser impossível atender a ordem de restituição em razão de ter sido efetivada nova constrição sobre os mesmos objetos em processo de execução que tramita no juízo da 15ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza (Processo nº 2000.0138.4238-3). Apresentam argumentos relacionados à alegada impropriedade da exceção de pré-executividade manejada perante o juízo de primeiro grau, a qual, segundo entendem os impetrantes, não comportaria a produção de provas, nem autorizaria a desconstituição da penhora, restringindo-se tão-somente aos aspectos formais do título executivo e da própria ação, jamais quanto à forma processual e ao desenvolvimento do processo executório. Alegam que, havendo segurança do juízo, deveriam ter sido opostos embargos à execução, não se servindo a exceção de pré-executividade para cuidar de formalidades processuais. A respeito do decreto de custódia, afirmam que não teria sido intimado o paciente para devolução dos bens, sequer pela via editalícia. Aduzem que o paciente não fora designado formalmente fiel depositário. Impugnam ainda a veracidade da certidão do meirinho, a qual não corresponderia com a realidade, esclarecendo que a remoção dos bens para outro local, considerado mais seguro, decorreu da penhora efetivada perante o juízo da 15ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza. Concluem, pois, que a devolução dos bens por ordem do juízo da 2ª Vara Cível iria de encontro à obrigação de zelar pelos bens colocados à disposição do juízo

da 15ª Vara Cível. **Sustentam a ilegalidade da prisão, pois não teria havido desobediência do paciente, assegurando ainda a ausência de justa causa, pois nulo o ato que revogara a penhora, do qual não fora intimado.** Requerem a concessão de liminar para revogar a ordem de prisão civil, o que seria confirmado com o julgamento final procedente.

Acompanham a inicial os documentos de fls. 19/85.

Indeferindo o pedido de liminar, a então relatora, Desembargadora Maria Celeste Thomaz de Aragão, entendeu que os documentos que instruem o petição não revelam a ilegalidade da ordem constritiva, com o destaque de que haveria nos autos **indícios de que o paciente esquivou-se da intimação para devolução dos bens.** Ressaltou ainda que **“a penhora no juízo da 15ª Vara Cível, que, no caso, foi posterior, não desonera o depositário de apresentar os bens a ele resguardados ao juízo da 2ª Vara Cível, em homenagem ao princípio do prior tempore, potior jure”.** Outrossim, a hipótese estaria conforme com a Súmula nº 619 do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual **“a prisão do depositário judicial pode ser decretada no próprio processo em que se constituiu o encargo, independentemente da propositura de ação de depósito”** (fls. 90/93).

O subsequente agravo regimental (fls. 96/99) não foi conhecido, em razão da orientação pretoriana segundo a qual é irrecurável a decisão singular do relator que, em sede de *habeas corpus*, fundamentadamente, indefere liminar formulada pelo impetrante (fls. 105/107).

A autoridade impetrada apresentou suas informações às fls. 115/116, esclarecendo que **“a medida constritiva de fls. 154/157 dos autos da Execução Forçada movida por Firmino Teles de Menezes contra Indústria de Beneficiamento São Francisco proveio da incúria do impetrante quando, no múnus de depositário, deu rumo ignorado aos bens sob sua responsabilidade, impedindo, destarte, o cumprimento da ordem de remoção, consoante certidão do meirinho”.** Ao final, destaca que **“o princípio da proibidade, inerente ao processo, máxime ao de execução, embora de aparente repercussão**

sobre o executado, não se aplica apenas a ele. Constitui via de mão dupla”.

Há registros nos autos da impetração de novo *habeas corpus* no Superior Tribunal de Justiça (HC nº 50.333/CE), em que são reiterados os mesmos argumentos aqui expostos (fls. 118/143 e 160/170), no curso do qual também restou indeferido o pedido de liminar. Segundo decisão datada de 30 de agosto de 2006 e publicada no Diário da Justiça de 06 de setembro de 2006, o Relator, Ministro Jorge Scartezini, negou seguimento ao mencionado *habeas corpus*.

O parecer da Procuradoria-Geral de Justiça opina pela **denegação do *habeas corpus***, pois não foi demonstrada a ilegalidade da ordem constritiva, a qual se encontra respaldada pela Súmula nº 619 do Supremo Tribunal Federal (fls. 156/158).

O magistrado que à época respondia pela 15ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza encaminhou a documentação de fls. 172/193, destacando que **os bens relacionados ao presente *mandamus* teriam sido objeto de penhora em duas ocasiões distintas**: a primeira nos autos do Processo nº 2005.0003.3880-1, em curso na 2ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza; a segunda nos autos do Processo nº 2000.0138.4238-3, em trâmite na 15ª Vara Cível da mesma Comarca.

Redistribuídos e conclusos os autos, **apresento-os em mesa para julgamento**, independentemente de revisão e inclusão em pauta, na forma dos artigos 34, § 3º, e 66, § 1º, do Regimento Interno deste Tribunal.

É o relatório.

VOTO

Segundo dispõe o artigo 5º, inciso LXVIII, da Constituição Federal, “*conceder-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder*”. No mesmo sentido deve ser lembrado o artigo 647 do Código de Processo Penal.

O *habeas corpus* constitui-se no mecanismo

jurisdicional adequado para reforma de violência ou coação ilegal de liberdade de locomoção, exigindo-se, para isso, a caracterização de **constrangimento ilegal** ou, conforme a dicção constitucional, **abuso de poder**.

Na hipótese dos autos, buscam os impetrantes obter a **revogação da ordem de prisão civil**, decretada pelo Juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza nos autos do Processo nº 2005.0003.3880-1. No entanto, consoante assinalado pela Desembargadora que me antecedeu na relatoria do feito e ratificado pela Procuradoria-Geral de Justiça, **não há nos autos qualquer elemento indicativo da ilegalidade dessa medida ou mesmo de que o magistrado a quo tenha atuado com abuso de poder, olvidando-se a parte autora de trazer aos autos o inteiro teor da decisão que determinou a prisão civil do paciente.**

Limitaram-se os impetrantes a apresentar outras peças relacionadas a incidentes do processo executivo em curso na primeira instância, estranhas, portanto, ao objeto do *mandamus*, que resta jungido a apreciar a legalidade ou ilegalidade do decreto prisional. Destarte, **diante da insuficiência de instrução do writ, não se pode avaliar a legalidade, ou não, dos fundamentos expendidos pelo magistrado singular.**

Nesse sentido, menciono recente julgado do Superior Tribunal de Justiça:

*“CRIMINAL. HC. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES. PRISÃO PREVENTIVA. INSUFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. NÃO DEMONSTRAÇÃO DOS REQUISITOS ENSEJADORES. INSTRUÇÃO DEFICIENTE. AUSÊNCIA DO DECRETO PRISIONAL E DE OUTRAS PEÇAS IMPRESCINDÍVEIS À COMPREENSÃO DA CONTROVÉRSIA. INOCÊNCIA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N.º 07/STJ. ORDEM NÃO CONHECIDA. I. Hipótese na qual se sustenta a inocência da paciente e a falta de fundamentação do decreto prisional. II. **Evidenciada***

a deficiência na instrução do feito, o qual não trouxe a cópia do decreto de prisão preventiva da acusada, além de outras peças que se fariam necessárias para a compreensão da controvérsia, torna-se impossível precisar as razões que embasaram a decretação da custódia cautelar, e, por conseguinte, não se pode proceder à análise do presente writ. Precedentes. III. Em sede de habeas corpus é inviável a discussão acerca da inocência ou culpa da paciente, em razão da necessidade de ampla análise do contexto fático-probatório dos autos, incompatível com a via eleita. Incidência da Súmula n.º 07/STJ. IV. Ordem não conhecida.”

(STJ, 5ª Turma, HC 64.997/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, julgado em 12.12.2006, DJU 05.02.2007.)

Da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, reporto-me ao seguinte acórdão:

“EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ALEGAÇÃO DE ILEGALIDADE DO DECRETO DE PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DE CÓPIA. EXAME INVIÁVEL. EXCESSO DE PRAZO NA INSTRUÇÃO CRIMINAL: INOCORRÊNCIA. I. - Writ que não se conhece, dada a ausência nos autos de cópia do decreto de prisão preventiva, que sequer foi reproduzido na petição inicial ou no acórdão do STJ. II. - Não caracterizado o excesso de prazo na instrução criminal, à vista da complexidade das circunstâncias do crime e da necessidade de expedição de carta precatória para citação e interrogatório do paciente. III. - HC conhecido em parte e, na parte conhecida, indeferido.”

(STF, 2ª Turma, HC 85.763/MT, Rel. Min. Carlos

Veloso, julgado em 20.09.2005, DJU 11.11.2005.)

Diante de todo o exposto, com fundamento nos precedentes da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, **não conheço do pedido de *habeas corpus***, em razão da deficiente instrução do *writ*, o que inviabiliza sua apreciação meritória.

É como voto.

Fortaleza, fevereiro de 2007.

MANDADO DE SEGURANÇA

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

**Nº 2000.0014.2476-0 – MANDADO DE SEGURANÇA
COMARCA - FORTALEZA
IMPETRANTE- WALDA MACHADO DOS SANTOS
IMPETRADO- SECRETÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO
DO ESTADO DO CEARÁ
IMPETRADO- SECRETÁRIO DE EDUCAÇÃO BÁSICA
DO ESTADO DO CEARÁ
LITISCONSORTE PASSIVO – ESTADO DO CEARÁ
RELATORA - DESA MARIA APOLLINE VIANA DE FREITAS**

**EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA –
APOSENTADORIA VOLUNTÁRIA POR TEMPO
DE SERVIÇO – ATO DE INATIVAÇÃO –
FUNDAMENTAÇÃO LEGAL INDICANDO
INTEGRALIDADE DOS PROVENTOS –
PARCELAS REMUNERATÓRIAS EM
DESACORDO COM A FUNDAMENTAÇÃO DO
ATO DE APOSENTADORIA - PROVA
INEQUÍVOCA DE REDUÇÃO ARTIFICIOSA DO
VALOR DAS PARCELAS EM IGUAL
PERCENTUAL – OFENSA À INTEGRALIDADE
E PARIDADE DOS PROVENTOS – DIREITO
LÍQUIDO E CERTO - SEGURANÇA
CONCEDIDA**

Vistos, relatados e discutidos os autos de Mandado de Segurança Nº **2000.0014.2476-0**, de Fortaleza (CE), impetrado por WALDA MACHADO DOS SANTOS contra ato do SECRETÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO DO ESTADO DO CEARÁ e do SECRETARIO DE EDUCAÇÃO BÁSICA DO ESTADO DO CEARÁ.

ACÓRDÃO

ACORDAM os desembargadores integrantes do

Órgão Plenário do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade de votos, em conceder a segurança, nos termos do voto proferido pela eminente Desembargadora Relatora.

Fortaleza (CE), 13 de outubro de 2005.

RELATÓRIO

WALDA MACHADO DOS SANTOS, qualificada nos autos, impetra Mandado de Segurança contra ato do SECRETÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO DO ESTADO DO CEARÁ e do SECRETARIO DE EDUCAÇÃO BÁSICA DO ESTADO DO CEARÁ.

Como razões de pedir, a impetrante afirma que foi aposentada voluntariamente como professora Iniciante I, Referência 05, com proventos integrais.

Diz mais que, embora o ato publicado no Diário Oficial de 14 de abril de 1999 tenha consignado expressamente tratar-se de aposentadoria com proventos integrais, a discriminação das parcelas integrantes do benefício previdenciário demonstra que fora aplicada uma redução percentual linear no valor de cada parcela, considerando a remuneração efetivamente auferida em atividade pela impetrante, gerando, por conseguinte, igual decréscimo percentual nos proventos de aposentadoria.

Relata ainda que a concessão de aposentadoria da impetrante violou, a um só tempo, as normas disciplinadoras da aposentadoria dos servidores públicos então vigentes, e a garantia constitucional à integralidade e paridade dos proventos.

Por fim, pede a concessão da ordem, para que lhe seja assegurada aposentadoria com proventos integrais, correspondentes aos valores dos vencimentos que lhe seriam pagos se permanecesse em atividade.

Não houve apreciação do pedido de liminar.

Notificadas, as autoridades impetradas prestaram

informações. Na defesa do ato impugnado, relataram que a redução ocorrida na remuneração da impetrante, por ocasião da aposentadoria, correspondera à supressão da gratificação extra-classe. Trata-se de parcela remuneratória que tem como causa o efetivo desempenho das atividades e, portanto, devida apenas aos servidores em atividade.

A supressão de gratificação, sob o fundamento de que o servidor, pelo só fato da aposentadoria, deixou de exercer as funções que ensejavam o pagamento, não constitui ato ilegal. No mais, viola os princípios da igualdade, da razoabilidade e da moralidade administrativa.

O Ministério Público manifestou-se oportunamente nos autos. Em síntese, entendeu que a vantagem suprimida dos proventos de aposentadoria da impetrante possui caráter de adicional de função, não de gratificação **propter laborem**. Como tal, é vantagem pecuniária **pro laborem faciendo** condicionada à efetiva prestação de serviço que deve necessariamente integrar os proventos de aposentadoria do servidor, após o período de carência, desde que corresponda a vantagem existente no momento em que se dá a inatividade. Conclui, ao final, que as autoridades coatoras suprimiram indevidamente **plus** remuneratório que deveria integrar os proventos de aposentadoria da impetrante, violando, assim, direito líquido e certo. O pedido deve ser deferido para fins de ser assegurado o pagamento do adicional extra-classe à impetrante

É o relatório.

V O T O

Trata-se de mandado de Segurança impetrado por WALDA MACHADO DOS SANTOS contra ato do SECRETÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO DO ESTADO DO CEARÁ e do SECRETÁRIO DE EDUCAÇÃO BÁSICA DO ESTADO DO CEARÁ consistente em redução ilegal dos proventos de aposentadoria da impetrante.

Passo ao exame da pretensão deduzida na

petição inicial.

Faço consignar, de início, que a impetrante produziu prova incontroversa dos fatos que fundamentaram o pedido. A prova documental constante dos autos demonstra que nos meses de março e abril de 1999, portanto, antes da publicação do ato de aposentadoria da impetrante no Diário Oficial, a remuneração compunha-se das parcelas e valores constantes dos extratos de pagamento que instruem a petição inicial. A publicação do ato de inativação no Diário Oficial do Estado, em 14 de abril de 1999, entretanto, embora tenha feito consignar que a concessão da aposentadoria tinha por fundamento o Art 168, inciso III, letra “a”, da Constituição Estadual, no texto vigente antes da Emenda Constitucional Nº 56, de 07 de janeiro de 2004, apresentava as parcelas que passariam a compor os proventos em desacordo com o fundamento legal da inativação. É dizer. A expressão monetária de todas as verbas representava igual redução percentual relativamente aos valores que até então integravam a remuneração da impetrante.

É de ser salientado, de logo, que a publicação do ato contém referência expressa ao fundamento constitucional da inativação da impetrante, ao consignar que a aposentadoria ocorre com amparo no Art 168, inciso III, “a” da Constituição Estadual, na redação anterior à Emenda Constitucional Nº 156, de 07 de janeiro de 2004. Como tal, decorre da literalidade do dispositivo a integralidade dos proventos.

É possível concluir, então, que os requisitos da aposentadoria da impetrante foram integralmente implementados em data anterior à edição da Emenda Constitucional Nº 41, de 19 de dezembro de 2003. E ainda. É igualmente certo que as normas assecuratórias da integralidade dos proventos e da paridade com a remuneração dos servidores em atividade, os §§ 3º e 8º do Art 40, da Constituição Federal, antes de serem alterados pela Emenda Constitucional Nº 41, mantinham-se em plena vigência.

Observo que as autoridades coatoras, ao

sustentarem a legalidade do ato impugnado, afirmam que os proventos de aposentadoria da impetrante foram fixados em valor inferior à remuneração auferida durante o efetivo exercício das funções, em razão da exclusão de gratificação específica inerente à atividade. Ocorreu apenas a supressão da gratificação extra-classe da remuneração da impetrante, por ocasião da inativação. Tal providência não constitui ilegalidade, pois representa exclusão de parcela remuneratória que passou a estar destituída de razão, pelo só e único fato da aposentadoria, por tratar-se de contraprestação pecuniária própria da atividade.

Ora, a prova incontroversa produzida nos autos apresenta outra realidade.

Nos meses imediatamente anteriores à publicação do ato de aposentadoria, os vencimentos da impetrante, abstraídos os descontos, compunham-se das parcelas e respectivos valores discriminados nos extratos de pagamento dos meses de março e abril de 1999.

Os proventos da aposentadoria, de sua vez, nos termos do ato publicado no Diário Oficial de 14 de abril de 1999, também abstraídos os descontos, compunham-se precisamente das mesmas parcelas que integravam os vencimentos da impetrante.

Está evidenciado, portanto, que não ocorreu supressão de determinada parcela remuneratória. A composição dos vencimentos da atividade e dos proventos de aposentadoria não apresenta divergência quanto às respectivas parcelas.

O conteúdo dos autos faz certo, contrariamente ao contido nas informações das autoridades coatoras, que foi aplicada uma redução percentual linear em todas as parcelas remuneratórias da impetrante, por ocasião da aposentadoria.

No caso, está provado documentalmente que a impetrante foi aposentada com proventos integrais e que a redução remuneratória implementada após a publicação do ato de aposentadoria decorre de decréscimo, em igual

percentual, aplicado em todas as parcelas que passaram a compor os proventos. Tais fatos apresentam-se certos, precisos e incontroversos.

Como já salientado, a impetrante implementou as condições para obtenção da aposentadoria integral antes da vigência da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003 e da publicação da Emenda Constitucional Estadual Nº 56, de 07 de janeiro de 2004.

À impetrante, portanto, aplica-se o direito positivo vigente segundo a qual os proventos da aposentadoria devem corresponder à totalidade da remuneração do servidor em atividade. Tal é, inclusive, o conteúdo do ato que concedeu a aposentadoria, ao mencionar expressamente o fundamento da inativação da impetrante constante da Constituição Estadual.

Firme em tais considerações, concluo que é direito líquido e certo da impetrante auferir proventos de aposentadoria nos termos em que postulado, sem o ilegal decréscimo aplicado pelas autoridades coatoras por ocasião da expedição e publicação do ato.

Isto posto, nos termos da fundamentação exposta, concedo a segurança, para determinar às autoridades coatoras o pagamento mensal dos proventos de aposentadoria da impetrante nos termos em que postulado na petição inicial, correspondentes aos valores efetivamente integrais, sem a redução aplicada pelo ato de inativação publicado no Diário Oficial do Estado de 14 de abril de 1999.

É como voto.

Fortaleza (CE), 13 de outubro de 2005.

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

**Nº 2002.0000.6201-1 – MANDADO DE SEGURANÇA
COMARCA - FORTALEZA**

**IMPETRANTE - FÁTIMA EUGENIA SALOMÃO BOTELHO
IMPETRADO - SECRETÁRIO DE EDUCAÇÃO DO ESTADO
DO CEARÁ
RELATORA - DESA MARIA APOLLINE VIANA DE FREITAS**

**EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA –
INCORPORAÇÃO COMO VANTAGEM
PESSOAL DE PARCELA REMUNERATÓRIA
INERENTE AO EXERCÍCIO DE CARGO EM
COMISSÃO - REQUISITOS – TITULARIDADE
DE CARGO EFETIVO E EXERCÍCIO DO CARGO
EM COMISSÃO DURANTE O PERÍODO
DEFINIDO EM LEI – SERVIDORA NÃO TITULAR
DE CARGO EFETIVO - ESTABILIDADE
EXCEPCIONAL DO ART 19 DO ATO DAS
DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSI-
TÓRIAS – INEXISTÊNCIA DE DIREITO
LÍQUIDO E CERTO – ORDEM DENEGADA**

Vistos, relatados e discutidos os autos de Mandado de Segurança Nº **2002.0000.6201-1**, de Fortaleza (CE), impetrado por FÁTIMA EUGENIA SALOMÃO BOTELHO contra ato do SECRETÁRIO DE EDUCAÇÃO DO ESTADO DO CEARÁ

A C Ó R D ã O

ACORDAM os desembargadores integrantes do Órgão Plenário do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade de votos, em denegar a segurança, nos termos do voto proferido pela eminente Desembargadora Relatora.

Fortaleza (CE), 13 de outubro de 2005.

RELATÓRIO

FÁTIMA EUGENIA SALOMÃO BOTELHO, qualificada nos autos, impetra Mandado de Segurança contra ato do Secretário de Educação do Estado do Ceará postulando decisão que proteja direito líquido e certo próprio que afirma violado por ato ilegal da autoridade coatora.

Relata que é servidora pública estadual, lotada na Secretaria de Educação do Estado do Ceará, desde o dia 15 de maio de 1980. Menciona, ao depois, que exerceu diversos cargos em comissão na estrutura administrativa da Secretaria de Educação do Estado do Ceará, no período de 29 de janeiro de 1990 a 25 de fevereiro de 2002, sem solução de continuidade.

Conclui, por fim, que o exercício ininterrupto de cargos em comissão durante o período mencionado, por aplicação da Lei Estadual Nº 11.847, de 28 de agosto de 1991, publicada no Diário Oficial do Estado de 29 de agosto de 1991, fez surgir o direito subjetivo líquido e certo da impetrante à incorporação definitiva da gratificação de representação pelo exercício de cargo em comissão, como vantagem pessoal.

Requer a concessão da ordem para o fim de ser assegurada a incorporação da gratificação de representação pelo exercício de cargo em comissão, a título de vantagem pessoal, aos vencimentos ou proventos.

O pedido de liminar foi indeferido.

Notificada, a autoridade coatora prestou informações. Em síntese, argumentou que a impetrante jamais ocupou cargo de provimento efetivo. Ao contrário, sempre esteve vinculada à administração pública estadual apenas na condição de empregada exercente de função que, em dado momento, veio a ser contemplada pela estabilidade excepcional outorgada pelo Art 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal de 1988. De conseqüência, nunca fora titular de cargo de provimento efetivo, nem o será enquanto não aprovada em concurso público específico. Não possui efetividade, portanto.

A pretensão deduzida na petição inicial, segundo a autoridade coatora, encontra óbice no princípio da

legalidade, pois o impetrante não atende todos os requisitos definidos em lei para incorporação da vantagem pecuniária postulada, considerando que jamais foi titular de cargo efetivo durante o período em que exerceu os cargos em comissão.

Instado, o Ministério Público opinou pela denegação da ordem. Fundamentou o parecer no argumento de que a impetrante não possui efetividade no cargo. Não se tratando de servidor efetivo, posto não haver ingressado através concurso público, não se faz ocorrente um dos requisitos cumulativos expressamente definidos em lei para a incorporação da gratificação pelo exercício de cargo em comissão ou função gratificada como vantagem pessoal.

É o relatório.

V O T O

Trata-se de Mandado de Segurança, com pedido de liminar, impetrado por **FÁTIMA EUGENIA SALOMÃO BOTELHO** contra ato do **SECRETÁRIO DE EDUCAÇÃO DO ESTADO DO CEARÁ** consistente em não incorporar à remuneração da impetrante, como vantagem pessoal, parcela referente à gratificação de representação pelo exercício de cargo em comissão durante determinado período estabelecido em lei.

Ressalto, de início, que se trata de mandado de segurança impetrado para fins de proteger afirmado direito líquido e certo que se diz reiteradamente violado por ato da autoridade coatora. A violação dar-se-ia mês a mês, por ocasião de cada pagamento mensal da impetrante sem a incorporação da vantagem pessoal pelo exercício de cargo em comissão. Tem-se hipótese de relação jurídica de trato sucessivo, não se aplicando o prazo decadencial de 120 dias.

Passo ao exame do pedido.

E, ao fazê-lo, constato que a impetrante não ingressou no serviço público através de concurso. Prova documental contida nos autos autoriza considerar incontroverso o fato de que a impetrante foi estabilizada no

serviço público com amparo no Art 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal de 1988.

Registro, por oportuno, que efetividade é atributo do cargo, precisamente da forma de investidura, que se positiva no ato de provimento. Qualifica-se pela definitividade da titularização do cargo após prévia aprovação em concurso público. Como tal, é pressuposto da estabilidade.

A impetrante, pelo só fato de não haver ingressado no serviço público através de concurso, não é ocupante de cargo efetivo e não integra carreira. Por aplicação do Art 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal de 1988 adquiriu, excepcionalmente, estabilidade no serviço público. Só e só. Para adquirir efetividade deverá, necessariamente, submeter-se e obter aprovação em concurso público. Outra conclusão não se apresenta possível, a partir do que se fez inserir no § 1º, do Art 19, do ADCT, da Constituição Federal de 1988, ao estabelecer que o tempo de serviço dos beneficiados com a estabilidade excepcional será considerado título para fins de efetivação, em caso de posterior aprovação em concurso público.

Tratando-se de cargo de provimento efetivo, assim definido em lei, o concurso público constitui pressuposto da efetividade, seja na hipótese da regra geral do Art 37, inciso II, da Constituição Federal, seja na hipótese da estabilidade excepcional de que trata o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

A Lei Estadual Nº 11.847, de 28 de agosto de 1991, que a impetrante afirma ser aplicável à situação pessoal, menciona expressamente que o servidor público estadual titular de cargo de provimento efetivo incorporará, como vantagem pessoal, o valor da representação pelo exercício de cargo em comissão, **verbis**:

Art. 1º - O servidor público estadual ocupante de cargo de provimento efetivo da Administração Direta, das Autarquias e das Fundações criadas

e mantidas pelo Estado passará a receber, pelo exercício de cargo em comissão, vantagem correspondente a um quinto (1/5) do valor da representação, a partir do sexto ano, acrescida de mais um quinto (1/5) por cada ano de exercício, até o décimo.

Ora, como já enfatizado, a impetrante não é titular de cargo público de provimento efetivo, pois não obteve aprovação em concurso público específico. Apenas adquiriu a estabilidade excepcional no serviço público por decisão do legislador constituinte originário.

Dissertando sobre o tema, Hely Lopes Meirelles foi preciso ao registrar:

“Não há confundir efetividade com estabilidade, porque aquela é uma característica da nomeação e esta é um atributo pessoal do ocupante do cargo, adquirido após a satisfação de certas condições de seu exercício. A efetividade é um pressuposto necessário da estabilidade. Sem efetividade não pode ser adquirida a estabilidade.” (DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO, 30ª EDIÇÃO, 2005, MALHEIROS EDITORES, pág 429)

A efetividade é característica da nomeação para certos cargos definidos em lei como de provimento efetivo, sempre titularizados após aprovação em concurso público. Estabilidade, distintamente, é atributo pessoal que o servidor adquire após satisfação de certas condições no exercício do cargo e dá-se no serviço público.

Em tema da estabilidade constitucional excepcional dos servidores públicos não admitidos por concurso, Maria Sylvia Zanella Di Pietro lecionou, **verbis**:

“O reconhecimento de estabilidade a esses servidores não implicou efetividade, porque esta só existe com relação a cargos de provimento por concurso; a conclusão se confirma pela norma do § 1º do mesmo dispositivo, que permite a contagem de serviço prestado pelos servidores que adquiriram essa estabilidade excepcional, ‘como título quando se submeterem a concurso para fins de efetivação, na forma da lei.’” (DIREITO ADMINISTRATIVO, 18ª EDIÇÃO, 2005, EDITORA ATLAS, pág 516)

Ainda sobre o assunto, a lição de Diógenes Gasparini é irreparável. Confira-se:

“A Constituição Federal nada assegurou ao servidor estabilizado, nos termos desse dispositivo, no que respeita à efetividade, à integração em uma carreira e ao desfrute dos benefícios decorrentes dessa integração. Também não promoveu qualquer alteração no vínculo. A natureza do vínculo pelo qual se ligava à Administração Pública direta, autárquica ou fundacional pública continuou a mesma. Apenas outorgou-se a esses servidores estabilidade no serviço público da entidade a que nessa oportunidade se ligavam, Não fosse assim, não se teria como compreender o disposto no § 1º desse artigo (Art.19 do ADCT da CF), que manda contar o tempo de serviço como título quando seus destinatários se submeterem a concurso público para fim de efetivação.” (DIREITO ADMINISTRATIVO, 9ª EDIÇÃO, 2004, EDITORA SARAIVA, pag 201/202)

O instituto da estabilidade financeira tem por escopo a manutenção do padrão de vida do servidor exercente de cargo em comissão. Implementa-se através da incorporação, como vantagem pessoal, nos termos de lei específica, do adicional de representação pelo exercício de cargo em comissão. Tal vantagem financeira há de ser atribuída, no caso de servidor estadual, por lei local.

Nem é possível afirmar que a estabilidade financeira assegurada mediante lei viola o princípio constitucional proibitivo de equiparação ou vinculação de vencimentos. O servidor adquire o direito a incorporar, no todo ou em parte, como vantagem pessoal, o acréscimo pecuniário que lhe foi regularmente pago durante o exercício anterior de cargo em comissão. Não há vinculação, que pressupõe cargos distintos, mas percepção de parcela remuneratória em um mesmo cargo, a título de vantagem pessoal.

A legislação estadual que regulou a incorporação do adicional de representação pelo exercício de cargo em comissão, a título de vantagem pessoal, teve vigência até 17 de junho de 1999. De fato, o Art 3º, inciso II, da Lei Estadual 12.913, publicada no Diário Oficial do Estado de 18 de junho de 1999 revogou expressamente a Lei Estadual 11.847, de 28 de agosto de 1991.

Até então, as Leis 10.670, de 04 de maio de 1982, 11.171, de 10 de abril de 1986 e 11.847, de 28 de agosto de 1991, regulamentaram sucessivamente a matéria, apresentando variações apenas quanto ao critério temporal de incorporação da vantagem pessoal.

Ao examinar caso concreto sobre a aplicação da Lei 11.171/86, o Supremo Tribunal Federal reiterou entendimento anteriormente externado e negou provimento ao Agravo Regimental no Recurso Extraordinário Nº 383.576-9.

Eis a ementa:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AGRAVO

REGIMENTAL. LEI ESTADUAL Nº 11.171/86 DO ESTADO DO CEARÁ. GRATIFICAÇÃO DE REPRESENTAÇÃO. INCORPORAÇÃO. ESTABILIDADE. EFETIVIDADE. ART. 19 DO ADCT.

1. A vantagem prevista na Lei estadual 11.171, de 10.4.1986, tinha por destinatários os servidores efetivos, em exercício de cargo, não se incluindo nesse conceito os servidores estáveis por força do art. 19 do ADCT, não efetivados por meio de concurso público. Precedente.

2. Agravo regimental improvido.” (ARRE 383.576-CE, Rel Min Ellen Gracie, 2ª Turma, Unânime, Julgamento em 14.06.2005, DJ 05.08.2005)

Ora, tal como a Lei 11.171/86, também a Lei 11.847/91 foi expressa quanto aos destinatários da norma, ao mencionar que a incorporação da vantagem pessoal pelo exercício do cargo em comissão ocorreria na hipótese de servidores públicos ocupantes de cargo de provimento efetivo. É de concluir-se, a partir do fundamento da decisão do Supremo Tribunal Federal relativamente à Lei 11.171/86, que a Lei 11.847/91 não se aplica aos servidores sem efetividade.

Firme em tais considerações, concluo que o Art 1º da Lei Estadual 11.847, de 28 de agosto de 1991, não se aplica aos servidores estaduais que foram estabilizados segundo o disposto no Art 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal de 1988.

Por igual fundamento, não se aplica à situação da impetrante, que não é titular de cargo de provimento efetivo, para fins de incorporar, como vantagem pessoal, o adicional de representação pelo exercício de cargo em comissão.

Isto posto, nos termos da fundamentação exposta e em conformidade com a manifestação da douta Procuradoria-Geral de Justiça, denego a segurança.

É como voto.

EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO

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

Exceção de Suspeição Cível n.º 2003.0014.3673-8/0

Excipiente: Município de Cariús.

Excepto: Juiz de Direito Auxiliar da Comarca de Cariús

Relator: Desembargador Ademar Mendes Bezerra

EMENTA : PROCESSUAL CIVIL. EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO ARGUIDA COM BASE NO ART. 135, I E V DO CPC: HIPÓTESES LEGAIS NÃO CONFIGURADAS NA ESPÉCIE. INCIDENTE CONHECIDO, MAS IMPROVIDO.

-Não havendo prova nos autos dos motivos elencados, há de ser rejeitada a Suspeição.

-A suspeição de parcialidade do Juiz, conforme expressamente regulada pelo artigo 135, do CPC, estabelece-se entre este e as partes, não devendo ser reconhecida quando a suposta amizade for com o advogado.

-Precedentes deste Tribunal.

ACÓRDÃO:

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Exceção de Suspeição Cível n.º 2003.0014.3673-8/0, em que figuram as partes acima indicadas.

Acorda a 2ª Câmara Civil do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, conhecer, mas rejeitar a suspeição nos termos do voto do relator.

Fortaleza, 14 de fevereiro de 2007.

VOTO

Tratam os presentes autos de exceção de suspeição

interposta pelo Município de Cariús em face do MM. Juiz de Direito Auxiliar da Comarca de Cariús, Dr. Djalma Sobreira Dantas Júnior.

Alega o excipiente, em apertada síntese (fl.02), que o douto julgador monocrático tem estreita relação de amizade com o Sr. Antônio Leite Tavares, advogado da parte contrária em Ação Cautelar e em Mandado de Segurança, pois o excepto trabalhou em sociedade com o referido causídico em processos passados.

Aduz, ainda, que eles possuem relação de parentesco, sem contudo mencioná-la ou discriminá-la. Fundamenta a peça processual de defesa no artigo 135, incisos I e V do CPC.

Junta os documentos de fls. 03/11.

Em decisão monocrática apensa às fls. 12/18, o douto magistrado de primeira instância rechaça as afirmações feitas pelo excipiente. Afirma que sua relação com o Sr. Antônio Leite Tavares é boa como todas as outras tidas com os profissionais que advogam na Região Centro Sul. Soma aos seus argumentos que a parceria referida com o causídico se deu há mais de seis anos e era de forma esporádica, na qual os dois nunca constituíram uma verdadeira relação comercial.

O excepto colaciona que desconhece qualquer relação de parentesco como a aventada na inicial e que o Sr. Antônio Leite Tavares nunca foi advogado constituído na mencionada ação cautelar, conforme demonstrado pelos documentos de fls. 20/40.

Determina, ao final, a suspensão do processo principal e sua imediata remessa a este egrégio Tribunal de Justiça.

O ilustre representante do *parquet*, em segunda instância, opina pela rejeição da presente exceção de suspeição por erro de fundamentação.

É o breve relatório. Decido:

O Código de Processo Civil elenca três modalidades de defesas do réu: contestação, reconvenção e exceção. Elas possuem em comum o seu aspecto defensivo, embora se

diferenciem pela forma e função peculiar de cada uma delas.

Na contestação, o réu se contrapõe à pretensão do autor, pugnano pela improcedência do pedido deste último. Esse é o objetivo desta defesa: fazer cair por terra o pedido do autor. Além disso, são alegáveis aqui as preliminares da contestação, enumeradas no art. 301 do CPC.

Na reconvenção, o réu faz um contra-ataque ao autor. Ele passa de uma posição passiva de defesa para uma posição ativa de ataque. O réu faz um pedido próprio em face do autor e pugna pela sua procedência.

A exceção tem outro fim bem diverso. É uma defesa processual indireta. Processual porque ataca o processo, deixando o mérito intacto. Indireta porque ataca o processo de forma oblíqua, isto é, não ataca o núcleo central do processo, pugnano não pela nulidade deste, mas apenas pela correção de algum elemento processual, ocasionando o prolongamento da lide no tempo. São as defesas dilatórias: mesmo que acolhidas não extinguem o processo, trazendo apenas uma modificação na relação processual e fazendo com que esta se protraia por mais tempo.

A finalidade das exceções é proteger a competência e a imparcialidade, que são pressupostos processuais subjetivos do juízo e do juiz, respectivamente. Para o bom julgamento de uma causa não basta a jurisdição, tem que existir a competência específica para aquela lide. Além disso, deve o juiz apreciar a lide como terceiro desinteressado, atuando super partes, em caráter substitutivo e subsidiário.

A exceção em tablado é de rápida solução, pois cinge-se a uma singular questão: Quando ocorrer alguma das relações elencadas no art. 135 entre juiz e advogado pode haver a suspeição?

Há, no inciso IV do art. 134, previsão de impedimento para o juiz em virtude de relações suas com advogado da parte. Porém, no art. 135 (causas de suspeição) não há essa previsão

(pois só fala em juiz e partes).

A Jurisprudência predominante entende que a resposta é negativa, isto é, que as hipóteses de suspeição só se aplicam ao juiz e às partes, não ao advogado em sua relação com o juiz. Também essa é a opinião de Nelson Nery Junior¹, que cita acórdão do TJSP que decidiu nesse sentido. O TJMT, também trazido pelo mesmo autor, já decidiu que: “A existência de amizade íntima entre o Magistrado e o advogado da parte, ainda que comprovada, não pode ser erigida em causa de suspeição.”

Senão vejamos as manifestações de outros tribunais:

TJMG - EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO - ALEGADA INIMIZADE ENTRE JUIZ E ADVOGADO - NÃO CABIMENTO - ARQUIVAMENTO DETERMINADO. A suspeição de parcialidade do Juiz, conforme expressamente regulada pelo artigo 135, do CPC, estabelece-se entre este e as partes, não devendo ser reconhecida quando a suposta inimizade for com o advogado. (Proc.: 2.0000.00.491479-4/000; Relator: Des. BATISTA DE ABREU; Data do acórdão: 30/08/2006; Data da publicação: 06/10/2006)

TJRS - EMENTA: INCIDENTE DE EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO DE MAGISTRADO. NÃO PROCEDE A EXCEÇÃO, POIS NÃO SE CONFIGURA A SUSPEIÇÃO DO MAGISTRADO PELO FATO DE O EXCEPTO TER REPRESENTADO JUNTO À OAB CONTRA O EXCIPIENTE, ADVOGADO QUE ATUA NO PROCESSO EM CAUSA PRÓPRIA. NÃO DEMONSTRADA NENHUMA DAS HIPÓTESES ELENCADAS NO ARTIGO 135 DO CPC., BEM COMO DE AMIZADE OU INIMIZADE ÍNTIMA A DETERMINAR A PARCIALIDADE DO JUIZ, IMPROCEDE A EXCEÇÃO. EXCEÇÃO DE

SUSPEIÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE.
(Exceção de Suspeição Nº 70011142023, Décima
Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS,
Relator: Ana Beatriz Iser, Julgado em 13/04/2005)

Importante decisão nesse sentido é a da lavra do insigne Desembargador João de Deus Barros Bringel, vejamos:

EMENTA: SUSPEIÇÃO DE JUIZ. É DE SE DESACOLHER SUSPEIÇÃO ARGUIDA CONTRA MAGISTRADO, QUANDO INCOMPROVADO O SEU INTERESSE NA REGÊNCIA DO FEITO EM FAVOR DE UMA DAS PARTES E EM DETRIMENTO DA OUTRA, E SUA ATUAÇÃO NÃO CONFRONTA OS MOTIVOS ELENCADOS NO ART. 135 E SEUS INCISOS DO CPC. EXCEÇÃO IMPROCEDENTE.
[...]

Quanto ao mérito, os motivos que podem oportunizar o procedimento de suspeição do Juiz, como resultado de uma acusação de sua parcialidade na condução de um feito, encontram-se catalogados no art. 135 da Codificação Processual Civil, cuja dicção está assim vazada:

“Art. 135 - reputa-se fundada a suspeição de parcialidade do juiz, quando:

I - amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer das partes;

II - alguma das partes for credora ou devedora do juiz, de seu cônjuge ou de parente deste, em linha reta ou na colateral até terceiro grau;

III - herdeiro presuntivo, donatário ou empregador de alguma das partes;

IV - receber dádivas antes ou depois de iniciado o processo; aconselhar alguma das partes acerca do objeto da causa, ou subministrar meios para atender às despesas do litígio;

V - interessado no julgamento da causa em favor de

uma das partes. Parágrafo Único - Poderá ainda o juiz declarar-se suspeito por motivo íntimo”.

Ao percuciente exame dos autos, ressaí, à desdúvida, ino correr na espécie que se destira ma, qualquer dos motivos enumerados no texto legal retrodescrito.

A recusatio judicis - a suspeição de parcialidade do Juiz, de modo a afastá-lo do processo, exige, para o seu reconhecimento, prova certa e indiscutível, com moldura exata e perfeita à casuística do art. 135, da Lei Civil de Ritos.

O que não se dá no presente caso, mesmo remotamente. Não se vislumbra qualquer mácula honorabilidade e probidade da Meritíssima Juíza-excepta.

A presente Exceção, do modo como proposta, assume a roupagem de medida meramente protelatória.

Assim, na convicção extraída dos fólios processuais, no que me coadumo com a manifestação da douta Procuradoria Geral de Justiça, conheço da presente exceção, mas, para julgá-la improcedente. (Relator: Des. JOAO DE DEUS BARROS BRINGEL; Orgão Julgador : 2ª CÂMARA CÍVEL; 2000.0015.3179-5/0 EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO)

A decisão é clara e reflete a jurisprudência pátria dominante e da doutrina. Ao tratar dos princípios gerais do direito processual, Ada Pellegrini Grinover, Antônio Carlos de Araújo Cintra e Cândido Rangel Dinamarco, na sua prestigiada obra sobre Teoria Geral do Processo, colocam o “princípio da imparcialidade do juiz” em primeiro lugar na ordem de importância e classificação dos princípios que regem todo o nosso ordenamento processual. E, depois de dissertar sobre o referido princípio como sendo um dos pressupostos de instauração válida da relação processual, arrematam, dizendo o seguinte:

“A imparcialidade do juiz é uma garantia de justiça para as partes. Por isso, têm elas o direito de exigir um juiz imparcial: e o Estado, que reservou para si o exercício da função jurisdicional, tem o correspondente dever de agir com imparcialidade na solução das causas que lhe são submetidas.”

A imparcialidade do magistrado está umbilicalmente ligada à própria noção de justiça. Não há justiça, pois, no processo dirigido por juiz parcial. Esta “subversão” há de ser contida, sob pena de redundar no que se tem convencionado chamar de “ditadura do Judiciário”, a pior delas, segundo se diz alhures, o pior dos regimes, porquanto comandado exatamente por aqueles cujo dever institucional seria o de dar a cada um o que é seu.

Todavia, não é o caso destes autos, absolutamente. Quanto mais graves os valores insertos nos princípios basilares de nosso ordenamento, maior a cautela que, em face deles, devem ter todos os sujeitos do processo, sejam as próprias partes, seus advogados, os intervenientes, os juízes, desembargadores e ministros, os membros do Ministério Público e até mesmo os demais auxiliares da Justiça que, de alguma forma, atuam no processo.

Com efeito, essa proporcionalidade exigida restou violada na espécie, conquanto o requerente e seu advogado ultrapassaram os limites aceitáveis à arguição da *recusatio judicis*, delineada pela máxima prudência no exame do comportamento do magistrado, enquanto dirigente do feito. Tanto é verdade, que logo depois de enquadrarem a atitude da MM. Juiz nas cercanias do art. 135, incisos I e V do Código de Processo Civil, ou seja, como que, respectivamente, “amiga íntima da parte adversa” e “interessada no julgamento da causa em favor dessa”, o excipiente não fundamentou de maneira correta e devida sua inicial.

Tanto o é que em caso semelhante decidi:

EMENTA : PROCESSUAL CIVIL. EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO ARGUIDA COM BASE NO ART. 135, I E V DO CPC: HIPÓTESES LEGAIS NÃO CONFIGURADAS NA ESPÉCIE. INCIDENTE

CONHECIDO, MAS IMPROVIDO. (EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO Nº 2000.0015.7416-8/0 ; Relator: Des. ADEMAR MENDES BEZERRA; Órgão Julgador : 2ª CÂMARA CÍVEL)

Assim, por simples afirmações desprovidas de provas substanciais não se pode imputar parcialidade ao julgador e nem se há que falar em suspeição entre Juiz e Advogado porque na espécie em tablado não é possível sua aplicação. Por tais razões, voto pelo conhecimento da presente exceção, mas para lhe rejeitar.

Fortaleza, 14 de fevereiro de 2007



JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

APELAÇÕES CRIME

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

**Nº 2000.0000.7274-6/1 APELAÇÃO CRIME
COMARCA TRAIRI PROCESSO DESAFORADO PARA
ESTA CAPITAL.**

APELANTE: O REPR. DO MINISTÉRIO PÚBLICO

APELADO: MAURO DA JUSTA FREITAS

**RELATOR: DES. RAIMUNDO EYMARD RIBEIRO DE
AMOREIRA**

**EMENTA: PENAL – PROCESSUAL PENAL –
APELAÇÃO CRIME – HOMICÍDIO PRIVILEGIADO
- NULIDADE LEVANTADA PELO PARQUET
PORQUE NÃO TER SIDO SUBMETIDO A
APRECIÇÃO DO CONSELHO DO 4º QUESITO
QUE TRATAVA DE QUALIFICADORA.**

**1. É bem verdade que alguns doutrinadores,
admitem que não há incompatibilidade entre
circunstâncias subjetivas e objetivas. Contudo,
veja-se que na ata da sessão do júri, espelho do
julgamento, ficou registrado que a representante
do Parquet ali oficiante, tão-somente após o
julgamento do quesito da privilegiadora
argumentou a necessidade de ser submetido o
4º quesito que tratava da qualificadora, em cujos
debates em plenário não tinha sustentado a
hipótese de homicídio-qualificado privilegiado.**

**2. Ora, com a afirmação indiscrepante do 3º
quesito, que indagou se o réu agiu sob o domínio
da violenta emoção, logo em seguida a injusta
provocação da vítima, logicamente que o quesito
seguinte estaria prejudicado, observando
Fernando da Costa Tourinho Filho que se o Júri
reconhecer o homicídio privilegiado, não podem
ser formulados quesitos sobre possíveis**

qualificadoras¹.

3. Apelo improvido. Decisão unânime.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação crime, nº 2000.0000.7274-6/1, de Trairi, em que é recorrente o representante do Ministério Público e recorrido Mauro da Justa Freitas.

Acorda a Turma, por unanimidade de votos, em conhecer do apelo e dar-lhe provimento, assim como opinou a douta Procuradoria Geral de Justiça.

O representante do Ministério Público assestou o presente apelo, objetivando a rescisão do julgamento do Segundo Tribunal do Júri desta capital que condenou Mauro da Justa de Freitas à pena de 4 (quatro) anos de reclusão, a ser cumprida em regime aberto, por infração ao artigo 121, § 1º, do Código Penal, por haver o mesmo, no dia 19 de março de 1995, por volta das 21h, no centro da cidade de Trairi, a tiros de revólver levado a óbito a vítima José Edson Filho de Sousa, e por tal pronunciado nas penas do artigo 121, § 2º, inciso IV, do Código Penal Nacional.

Assegura o Agente Ministerial que o julgamento que culminou com a condenação do apelado pelo homicídio privilegiado deve ser anulado, visto que não foi apreciada a tese da acusação que constava na pronúncia e, conseqüentemente, no libelo, na oportunidade em que o Juiz encerrou o julgamento sem submeter à apreciação do Conselho de Sentença o quesito relativo à qualificadora do inciso IV do art. 121, § 2º, do Código Penal.

Contra-razões da parte ex-adversa às fs.703/706.

Nesta Superior Instância os autos foram com vista à douta Procuradoria Geral de Justiça que, com o parecer de fs.715/717, opinou pelo provimento do apelo.

É o relatório.

Pelo visto precedentemente, persegue o Órgão do Ministério Público ver anulado o julgamento que culminou com a

condenação de Mauro Justa Freitas, cujo Conselho de Sentença optou pelo homicídio privilegiado. O Juiz que presidiu o feito, interrompeu o julgamento, logo após o reconhecimento do homicídio em sua forma privilegiada, sem submeter à apreciação do Conselho de Sentença, o quesito da qualificadora descrita no inciso IV, do § 2º, do art. 121, do Código Penal.

É bem verdade que alguns doutrinadores, admitem que não há incompatibilidade entre circunstâncias subjetivas e objetivas. Contudo, veja-se que na ata da sessão do júri, espelho do julgamento, ficou registrado que a doutora Marília Uchoa de Albuquerque, representante do **Parquet** ali oficiante, tão-somente após o julgamento do quesito da privilegiadora argumentou a necessidade de ser submetido o 4º quesito que tratava da qualificadora, em cujos debates em plenário não tinha sustentado a hipótese de homicídio qualificado-privilegiado” (fs.694).

O Magistrado que presidiu a sessão do julgamento, para resguardar futura argüição de nulidade, ao sentenciar o apelado, fez constar na decisão, as razões pelas quais deixou de submeter o 4ª quesito à consideração dos senhores Jurados, senão vejamos, **verbis**:

“De lembrar, por oportuno, que não foi submetido a julgamento o quesito da qualificadora da desprevenção, vez que nenhuma das partes sustentaram a tese de homicídio qualificado-privilegiado (sic).

A lição é de Adriano Marrey, Alberto Silva Franco e Rui Stoco, compreenda-se:

“Deve-se no entanto, antes de mais nada, deixar esclarecido, de forma clara e precisa, na ata, a manifestação de qualquer das partes no sentido do reconhecimento, pelo Conselho de Sentença, de uma hipótese de homicídio qualificado-privilegiado. É evidente que se nada foi consignado a respeito, deve ser entendido que o prosseguimento do julgamento, com a votação de quesitos referentes a qualificadoras, após o

reconhecimento de uma privilegiadora, significará uma evidente nulidade. É que, em princípio, com a votação favorável daquele quesito, serão considerados prejudicados os quesitos relativos às qualificadoras. Se, contudo, a tese sustentada é a de homicídio qualificado privilegiado, a votação poderá, sem nenhuma consequência ulterior, prosseguir, sendo indiferente até a ordem de propositura dos quesitos”.

Ora, na hipótese dos autos, com a afirmação indiscrepante do 3º quesito, que indagou se o réu agiu sob o domínio da violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, logicamente que o quesito seguinte estaria prejudicado, observando Fernando da Costa Tourinho Filho que se o Júri reconhecer o homicídio privilegiado, não podem ser formulados quesitos sobre possíveis qualificadoras.

Desta forma, não divisada a nulidade levantada, nego provimento ao apelo, para manter a decisão recorrida, em dissenso com que opinou a douta Procuradoria Geral de Justiça. É como voto.

Fortaleza, 05 de setembro de 2006.

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

**2000.0015.5578-3/0 APELAÇÃO CRIMINAL
APELANTE: REPRESENTANTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO
APELADO: ANTONIO BASTOS RODRIGUES
COMARCA: ACARAUÁ
RELATORA: DESA. MARIA SIRENE DE SOUZA SOBREIRA**

EMENTA: EMENTA: PROCESSO PENAL.

**APELAÇÃO CRIME. PROCESSO DA
COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI.
HOMICÍDIO PRIVILEGIADO. CONDENAÇÃO.
ARGÜIÇÃO DE DECISÃO CONTRÁRIA À PROVA
DOS AUTOS. OCORRÊNCIA. PROVIMENTO.
ANULAÇÃO DO JULGAMENTO PARA
SUBMETER O APELADO A NOVO
JULGAMENTO.**

1. segundo a dicção do art. 593, § 3º, “d”, do Código de Processo Penal, as decisões do júri que sejam manifestamente contrárias à prova dos autos podem ser anuladas, de forma que o acusado possa sujeitar-se a novo julgamento.

2. É manifestamente contrária à prova dos autos o veredicto do jurados que acolhe a tese de homicídio privilegiado quando, à evidência, tal vertente não encontra nenhuma respaldo na prova dos autos. Na espécie, quer parece que a acolhida da circunstância privilegiadora do homicídio praticado pelo apelante se divorcia completamente da prova dos autos, na medida em que não há elemento fático de que o apelante agiu, ao eliminar a vítima, acometido de violenta emoção e em resposta a injusta provocação por parte desta.

3. Apelo conhecido e provido para anular o veredicto popular e submeter o apelado a novo julgamento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos acima identificados.

Acorda a 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em votação unânime, em julgar provido o recurso interposto, para anular a decisão recorrida e submeter o apelado a novo julgamento, em consonância com o parecer

da douta Procuradoria Geral de Justiça, e nos termos do voto da Desembargadora Relatora.

RELATÓRIO

O representante do Ministério Público, oficiante no Juízo da Comarca de Acaraú-Ceará inconformado com o veredicto do Tribunal do Júri da referida Comarca interpôs recurso de apelação com o escopo de anular a condenação imposta ao acusado Antônio Bastos Rodrigues (04 anos de reclusão, fls. 110/110v), sob o fundamento de que a decisão popular é manifestamente contrária à prova dos autos.

Afirma o órgão ministerial que a tese de homicídio privilegiado acolhido pelo Conselho de Sentença não encontra base fática nos autos do processo, uma vez que o recorrido, ao eliminar a vítima José Narciso de Andrade, agiu com *animus necandi* e por motivo torpe.

Assentou o órgão acusatório em sede de razões recursais, que dormitam às fls. 120/124, que:

“No dia 18 de setembro de 1983, no lugar Lagoa Grande, desta Comarca, por volta das 17:00 horas, Antonio Bastos Rodrigues encontrava-se embriagado, e por motivo banal iniciou uma briga com a vítima encontrava-se embriagada, e por motivo banal iniciou uma briga com a vítima, JOSÉ NARCISO DE ANDRADE, no que resultou na morte deste.

Resultou provado que ANTONIO BASTOS assassinou a vítima com frieza e perversidade a golpes de facas, não satisfeito com as facadas letais, ainda chutou o corpo da vítima, que inanimada estava, querendo com isso saciar o seu instinto perverso.” sustentando que praticou o fato criminoso em foco sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima contra a sua pessoa, conforme demonstraria as provas colhidas

na instrução processual (fls. 148/152).

Assenta, ainda, que a prova testemunha mostra com clareza que o recorrido não atuou amparado pela violenta emoção, na medida em que todas as testemunhas seriam unânimes em informar que a vítima, além de se encontrar desarmada, teria sido provocada pelo acusado.

Pugna, assim, pela anulação do julgamento popular a fim de que o recorrido seja novamente submetido ao crivo do Tribunal do Júri.

Em contra-razões, à fl. 158, o recorrido requer seja dado improvimento ao presente apelo, mantendo-se intacta a o veredicto vergastado, porquanto a tese de crime privilegiado que foi acatada, à unanimidade, pelo jurados merece ser mantida por esta Egrégia Corte de Justiça.

Nesta Instância, a douta Procuradoria Geral de Justiça, em parecer assinado pelo digno Procurador de Justiça José Gusmão Bastos, manifestou-se pelo provimento do apelo para que o recorrido seja mandado a novo julgamento, já que “aprova dos autos não traria qualquer elemento a supedanear o convencimento de que o condenado, ora recorrido, teria agido mediante violenta emoção logo em seguida a injusta provocação da vítima”.

Anota, ainda, a Procuradoria de Justiça que “Ao revés, o conjunto probatório permite uma só certeza: a de que o agente sem motivação plausível, de forma fria e desumana, como ressaí evidente dos excertos de depoimentos reproduzidos pelo agente ministerial às fls. 122/123”. (fls. 171/173).

É o relatório.

VOTO

Inicialmente, anote-se que o recurso interposto, por preencher os requisitos legais de admissibilidade, deve ser conhecido e julgado.

No mérito, é de se anotar que o presente apelo deve ser provido, tendo em vista que a decisão do Tribunal do Júri da

Comarca de Acaraú ser manifestamente contrária à prova dos autos.

É certo que somente em casos excepcionalíssimos é que pode o veredicto popular ser anulado para que o acusado seja submetido a novo julgamento. Vale dizer, apenas quando a decisão do Corpo de Sentença for arbitrária e flagrantemente contrária ao acervo probatório constante dos autos é que se legitima o tribunal togado para invalidá-la.

E isso é assim porque os jurados como seres humanos são falíveis, podendo cometer equívocos ou abusos, como qualquer juiz togado. Felizmente, observa-se que os acertos têm sido a regra nos julgamentos pelos tribunais do júri. Porém, frise-se mais uma vez, somente o erro manifesto é que permite a submissão do acusado a novo julgamento. Logo, ensina Guilherme de Souza Nucci: Júri – princípios constitucionais, São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999, p. 97 “não é qualquer situação que autoriza o provimento da apelação, sendo preciso um veredicto notoriamente, gritantemente, patentemente, contrário à prova colhida e constante dos autos”.

Advirta-se, porém, que a invalidação do veredicto popular não implica nenhum atentado aos princípios constitucionais da soberania dos veredictos e da competência do Júri para julgar os crimes dolosos contra a vida. É que soberania dos veredictos, na pertinente observação de Frederico Marques, não quer significar submissão a um primeiro e único veredicto exarado pelo júri, e na impossibilidade de sua revisão no mérito. Em verdade, conforme preleciona o citado autor, na obra “O Júri no direito brasileiro”, São Paulo: Saraiva, 2ª ed., 1955, p. 73², “a lei não fala em soberania do veredicto, nem em soberania de cada veredicto (se assim fosse, até o protesto por novo júri seria inconstitucional), e sim, do conjunto de veredicto. Quer isto dizer que mais de um veredicto pode haver, embora o último, predominando sobre o primeiro, forçosamente o revogue”.

Portanto, em arremate, pode-se dizer que soberania do Tribunal do Júri nada mais é do que lhe assegurar sempre a última palavra nos crimes dolosos contra a vida, seja em sede de um ou mais julgamentos.

No caso em exame, parece-me que os jurados, ao acolher a tese defensiva de homicídio privilegiado, não analisaram com o devido cuidado as provas carreadas ao processo, tanto, assim, que preferiam um veredicto manifestamente contrário à prova dos autos.

Veja que, depois de muito analisar com vagar e minuciosamente o material probatório constante dos autos, tanto o produzido na seara policial como judicial, tenho como insustentável, sob qualquer ângulo de observação, a versão de materialização, na espécie, da circunstância privilegiadora do homicídio.

Isso é assim porquanto não vislumbro na prova que a conduta do recorrido preencha os requisitos legais do homicídio privilegiado, em especial as notas de que teria, no momento do fatídico, atuando sob o domínio de violenta emoção causada por injusta provocação da vítima.

Contrariamente, verifico no conjunto probatório que o recorrido teria eliminado a vida da vítima sem que esta tivesse imposta aquela qualquer provocação, ainda mais injusta. Não há nos autos qualquer indício de que o acusado foi agredido pela vítima. Ademais, não se vislumbra, igualmente, que o acusado, ao exterminar a vítima, estivesse acometido de violenta emoção, principalmente porque o contexto no qual os fatos ocorreram não alberga tal vertente.

Os depoimentos que passo a transcrever abaixo parece não deixar nenhuma dúvida no sentido de que a versão sufragada pelo Corpo de Jurados é manifestamente contrária à prova dos autos. Confira-se:

DEPOIMENTO DE FRANCISCO DOMINGOS DE SOUSA, dono do estabelecimento comercial onde ocorreu o crime em questão (fls. 35/35v):

“(...) Antonio Borges pegou no braço da vítima e procurou puxar o mesmo para fora do comércio do depoente; que quando saíram para o terreiro a testemunha viu quando do comércio José

Narciso empurrava a Antonio Bastos, tendo este sem dizer nada sacado de sua faca, furando a Zé Narciso sem dar-lhe qualquer chance de defesa; que quando o depoente viu Antonio Bastos furando, ainda pulou o balcão para socorrê-lo, mas o acusado já havia dado nada menos do que três (03) facadas na vítima (...) que sabe informar ainda que o acusado após furar mortalmente a vítima, não se contentando com o que tinha feito, ainda chutou-a diversas vezes”.

TESTEMUNHA RAIMUNDO CÉLIO DOS SANTOS
(fls. 36/36v):

“(...) estavam os dois embriagados no terreiro daquele botequim, sendo que em dado momento iniciaram uma discussão sem motivo plausível e em dado momento o depoente diz ter presenciado Antonio Bastos Rodrigues sacado de sua faca peixeira e dado duas facadas em José Narciso de Andrade; (...) que sabe informar o depoente que os mesmos eram dados a prática de bebidas alcoólicas e quando nesse estado sempre brigavam devido o excesso de álcool; (...) que sabe informar que a vítima não se encontrava armada; somente o acusado portava arma no momento e que dado à rapidez do acusado sacando de sua arma com o fim premeditado de matar a vítima, esta não teve condições de esboçar qualquer meio de defesa”.

TESTEMUNHA FRANCISCO EDMUNDO
SILVEIRA (fls. 37/37v):

“(...) que em lá chegando, viu portado ao solo e banhado de sangue, José Narciso, enquanto

que, presenciou também Antonio Bastos o acusado ir saindo com sua esposa; que não tem dúvida de que quem realmente furou mortalmente a José Narciso, foi Antonio Bastos Rodrigues, pois ao que soube era ele quem estava agarrado com a vítima, no terreiro daquele boteco; (...) soube por intermédio de terceiro, que os mesmos se encontravam (sic) [encontravam] no boteco naquela hora, bebendo cachaça e já embriagado o acusado chamou a vítima para o terreiro e na ocasião perguntando a Zé Narciso se ele tenha ficado com raiva daquele ato, que sabe informar ter a vítima dito que não tinha ficado com raiva; (...) que sabe informar que somente o acusado se encontrava à hora dos crimes, armado, a vítima estava sem qualquer arma; que ouviu dizer que o dono da bodega, após ter tomado a faca do acusado e este não satisfeito sa (sic) cena sangrenta praticada, ainda deu uns murros na vítima que, aquelas alturas já agonizava”.

MARIA BENILDA SOUSA, declarante (fls. 38/38v):
“(...) que sabe informar ter Antonio Bastos Rodrigues morto perversamente a vítima, pois não houve nenhuma discussão entre os dois”.

Vê-se, daí, que os testemunhos acima apresentados não se coadunam em nenhum ponto com a versão acolhida pelo jurados de que o homicídio praticado pelo recorrido foi privilegiado.

Por conseguinte, assiste razão ao *parquet* visto que a decisão guerreada afastou-se completamente e sob qualquer ótica de observação, da prova dos autos. Com efeito, é forçoso dizer que a vertente defensiva recepcionada pelo Conselho de Sentença exorbita da qualquer linha de interpretação possível do conjunto probatório em exame.

Mas não se está aqui querendo afirmar com isto que

o Corpo de Jurados, em nova reapreciação e reavaliação dos fatos e das provas não possa novamente concluir em prol da mesma tese ora invalidade. E, neste caso, proferindo os jurados, em novo julgamento, decisão mais favorável ao recorrido, ainda que de homicídio privilegiado, tal decisão tornar-se imune à invalidação em qualquer instância jurisdicional, em obséquio ao já aludido princípio da soberania dos veredictos do Tribunal do Júri.

Não posso deixar de registrar que a jurisprudência pátria é interativa no sentido de que os tribunais têm competência para anular decisões do Júri quando estas se mostrem destituídas de qualquer fundamento fático constante dos autos. A título ilustrativo, consignem-se os julgados abaixo:

STF: “Não ofende o princípio da soberania do júri a decisão do Tribunal que determina seja o réu submetido a novo julgamento, por ter sido o primeiro proferido manifestamente em desencontro com a prova constante do processo” (STF – HC – Rel. Cunha Peixoto – RTJ 103/988).

STF: “Constitucional. Penal. Processo Penal. Júri. Soberania. III. A soberania dos veredictos do Tribunal do Júri não exclui a recorribilidade de suas decisões quando se mostram manifestamente contrárias à prova dos autos (CPP, art. 593, III, d). Provido o recurso, será o réu novamente submetido a novo julgamento pelo júri” (STF – Re – Rel. Carlos Veloso – RT 675/452).

STF: “É certo que as decisões do Júri não podem ser alteradas, quando ao mérito, pela instância ad quem, podendo apenas ser anuladas para que o mesmo júri reveja a sua decisão, mantendo ou modificando a mesma. Assim, não

podem os Juízes da instância superior substituir os jurados na apreciação do mérito da causa já decidida pelo Tribunal do Júri, à vista do princípio constitucional da soberania dos veredictos, previsto no art. 5º, XXXVIII, c, da Cf. Todavia, a soberania do júri não afasta a recorribilidade de suas decisões, significando apenas a impossibilidade de revisão pelo mérito” (STF – HC – Rel. Ilmar Galvão – RT 739/546).

DO EXPOSTO, por vislumbrar decisão manifestamente contrária à prova dos autos, dou provimento ao apelo ministerial, para anular o veredicto e, por via de conseqüência, determinar seja o apelado submetido a novo julgamento pelo Tribunal Popular do Júri, em consonância com o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça.

É como voto.

Fortaleza, 20 de junho de 2007.

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

**2000.0170.8610-9-1 APELAÇÃO CRIMINAL
APELANTE: FRANCISCO DE SOUZA LIMA
APELADO: A JUSTIÇA PÚBLICA
COMARCA: LIMOEIRO DO NORTE
RELATORA: DESA. MARIA SIRENE DE SOUZA SOBREIRA**

**EMENTA: EMENTA: PROCESSO PENAL.
APELAÇÃO CRIME. PROCESSO DA
COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI.
HOMICÍDIO TRIPLAMENTE QUALIFICADO.
CONDENAÇÃO. ARGÜIÇÃO DE DECISÃO**

CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. HOMICÍDIO PRIVILEGIADO. VIOLENTA EMOÇÃO. INOCORRÊNCIA.

1. Tendo o corpo de jurados deliberado em consonância com as prova dos autos, é imperioso concluir que o apelo não pode ser provido, de sorte que deve ser mantida integralmente a decisão condenatória proferida pelos juízes populares em face do apelante.

2. A versão do apelante de que agiu sob violenta emoção após injusta provocação da vítima a caracterizar homicídio privilegiado não tem razão de ser. É que não se afigura possível reconhecer, na espécie, tenha o apelado incidido em homicídio privilegiado, quando uma de suas notas características – a imediatidade - não se vislumbra materializada no caso em exame, porquanto a ação homicida do apelante ocorreu de forma extemporânea a suposta provocação injusta da vítima. Com efeito, o interregno verificado entre a ação violenta da vítima e a reação do apelante elide o requisito objetivo temporal do homicídio privilegiado (logo em seguida), máxime quando se observa que o fatídico em apreço ocorreu em local e momento diferentes da ação injusta, em tese, perpetrada pela vítima.

3. Por outro lado, a maneira fria, cruel e sem a mínima possibilidade de defesa com que o apelante executou a vítima - de vez que exterminou esta por motivo fútil, por intermédio de uma pedra de mais de 15 (quinze) quilos, arremessada contra a vítima, esfacelando-lhe a cabeça, e sem que a mesma pudesse esboçar uma ínfima reação defensiva, seja porque talvez estivesse embriagada ou pelo fato de ter sido atingida quando se encontrava caída ao solo –

elide a alegação de violenta emoção ou legítima defesa própria da vida.

4. Recurso interposto contra decisão do Tribunal do Júri tão-somente pode encontrar guarida quando a decisão dos jurados for manifestamente contrária à prova dos autos. Vale dizer, quando houve contrariedade esférica, isto é, por todos e quaisquer ângulos de observação, do veredicto popular proferido com os elementos de convicção produzidos no bojo processo.

4. Apelo improvido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos acima identificados.

ACÓRDÃO

Acorda a 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em votação unânime, em conhecer do recurso, mas para **negar-lhe provimento**, em consonância com o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça, e nos termos do voto da Desembargadora Relatora.

RELATÓRIO

Consta dos autos que o representante do Ministério Público, em exercício na 1ª Vara da Comarca de Limoeiro do Norte-CE denunciou **FRANCISCO DE SOUZA LIMA**, nas sanções do art. 121, § 2º, incs. I, II e III, do Código Penal Brasileiro, por ter, no dia 15 de dezembro de 2001, por volta das 21h, na localidade do Sítio Tomé, no Município de Limoeiro do Norte, utilizando-se de um facão e uma pedra, pesando esta 15 Kg (quinze quilos) 700g (setecentos gramas), eliminado a vida de **MARCONDES DE FREITAS**, conforme testifica o auto de exame de corpo de delito, que dormita às fls. 37 dos autos.

Submetido ao devido e regular processo legal, com

observância das garantias constitucionais a ele inerente, restou o denunciado pronunciado de acordo com o requestrado na peça acusatorial inicial (fls. 76/79).

Levado a julgamento perante o Tribunal do Júri, o Corpo de Jurados afirmou, por unanimidade, a materialidade delitiva e a letalidade, e, por maioria, rejeitou a tese defensiva de violenta emoção, bem como reconheceu as qualificadoras da futilidade, do meio cruel e do recurso que tornou impossível a defesa da vítima (fls. 106), restando o recorrente condenado à pena de 12 (doze) anos de reclusão em regime inicialmente fechado.

Inconformada, a defesa interpôs recurso de apelação (fls. 143/144), argüindo em sede de razões que o Conselho de Sentença ao rejeitar a tese de o apelante teria eliminado a vítima sob o domínio de violenta emoção, após injusta provocação da vítima, decidiu manifestamente contrária a prova dos autos.

Pugna, assim, pela anulação do veredicto em apreço, para que seja conduzido a um novo julgamento pelo Tribunal do Júri.

Em contra-razões, o órgão ministerial requereu o improvimento do presente recurso (fls. 154/155).

Nesta Instância, a douta Procuradoria Geral de Justiça, em parecer da lavra o ilustre Procurador de Justiça, Dr. Benjamin Alves Pacheco, manifestou-se no sentido do não provimento do apelo (fls. 157/162).

É o relatório.

VOTO

Primeiramente, registre-se que o recurso interposto, por preencher os requisitos legais de admissibilidade, deve ser conhecido e apreciado.

Entretanto, não merece guarida o apelo da defesa, tendo em vista que a decisão emanada do Tribunal Popular do Júri foi proferida com base no conjunto fático-probatório colhido nos autos.

Sem delonga, adite-se que a tese defensiva de

homicídio privilegiado não encontra consonância com as provas do processo.

É que, nada obstante a existência de um entrevero entre o apelante e a vítima, em momento anterior ao fatídico em foco, tal expediente não teve o condão de dar natureza privilegiada ao homicídio por ele perpetrado. Veja que o homicídio denominado doutrinariamente de privilegiado, na modalidade deduzida pela defesa, exige, além da violenta emoção, injusta provocação da vítima e sucessão imediata entre a provocação e a reação.

Ora, na espécie, ainda que se pudesse atribuir a mácula de injusta à conduta da vítima de ter agredido o apelante com um soco da face, quando ambos encontravam-se no estabelecimento comercial denominado “Bar da Tica”, não se vislumbriam as outras notas componentes da conduta homicida privilegiada. De vez que o apelante para fazer jus ao homicídio emocional privilegiado deveria ter esboçado seu ato homicida no momento imediato e incontinenti a suposta agressão injusta praticada pela vítima.

Pelo contrário, analisando os autos, constata-se que a conduta do apelante de lança uma pedra de quase 16 (dezesseis) quilos contra região letal da vítima, isto é, a cabeça, deu-se somente algum tempo depois do sobredito entrevero ocorrido entre eles. Com efeito, não se tem como contemporânea a reação quiçá emotiva do apelante de eliminar a vida da vítima e a suposta provocação injusta desta. Tanto é assim que enquanto a alegada provocação injusta por parte da vítima ocorreu no “Bar da Tica”, o extermínio desta deu-se em outro local, especificamente em frente à casa da amásia do apelante.

Isso é o se extrai do depoimento das testemunhas inquiridas em juízo, dos quais transcrevo as partes que interessam ao ponto em análise:

“(...) que a depoente ouviu falar que houve uma discussão entre o acusado e outra pessoa, tendo a vítima falado para o acusado que o mesmo parasse com a briga, partindo para a briga com a

vítima; que o acusado saiu do local; que a pessoa de nome Lalá foi quem apartou a brigou (sic) entre o acusado e vítima; que Lalá falou para a vítima que fosse embora e que achava que o acusado ia em casa se armar; que a vítima respondeu que não tinha medo de faca; que a vítima foi ferida pelo acusado quando se encontrava ainda na casa da companheira deste; (Testemunha Maria de Fátima Freitas, fls. 56).

“(...) que também ouviu falar que o acusado e vítima brigaram quando estiveram no bar da Tica; que a distância entre o bar e o local onde foi encontrado o corpo da vítima é de 200m, ou seja a briga foi numa rua e a vítima foi morta em outra; (...) que a depoente encontrou a vítima acabando de morrer por volta de 6:00 a 6:30 da noite; (...) que o fato ocorreu em frente a casa de Nenzinha” (Testemunha Maria Raimunda da Silva, fls. 57) (grifo nosso).

“Que presenciou quando o acusado, a vítima, Carlinhos e outro consumia bebida alcoólica em frente ao bar da tica; que em dado momento o rapaz que mora na Lagoa da Casca quebrou uma garrafa e o acusado passou a discutir com o mesmo; que nesse momento a vítima estava dentro da casa de Tica e saiu, passando a discutir com o acusado; que o acusado falou para a vítima não interferir; que a vítima deu um murro no acusado; que o acusado entrou na casa da Tica, a procura de alguma arma, retornando com uma garrafa para investir contra a vítima; que o depoente tomou a garrafa do acusado, apartando a briga; que o acusado saiu do local em sua bicicleta e a vítima ficou próxima a um orelhão; que o depoente ainda pediu a para vítima ir

embora, mas a vítima não quis” (Testemunha Sebastião Guimarães de Oliveira, fls. 58).

Dos elementos probatórios acima, afigura-se-nos impossível de reconhecer, na espécie, tenha o apelado incidido em homicídio privilegiado, quando uma de suas notas características – a imediatidade - não se vislumbra materializada no caso em exame, porquanto a ação homicida do apenado ocorreu de forma extemporânea a suposta provocação injusta da vítima. Em suma, o interregno verificado entre a ação violenta da vítima e a reação do apelante elide o requisito objetivo do homicídio privilegiado, máxime quando se observa que o fatídico em apreço ocorreu em local e momento diferentes da ação injusta perpetrada pela vítima.

E como é cediço, para caracterização do homicídio emocional privilegiado necessário se faz que a ação homicida seja esboçada de forma sucessiva e imediata à provocação ajurídica da vítima, de vez que a lei penal estabelece claramente que o imputado sob o domínio de violenta emoção deve agir logo em seguida ao injusto ataque do ofensor.

Nos lindes doutrinários de Cesar Roberto Bitencourt, na obra *Manuela de Direito Penal, Parte Especial*, São Paulo: Saraiva, vol. 2, 2001, p. 61, para o reconhecimento da causa de minoração da pena do homicídio privilegiado, o Código Penal pátrio vinculou o estado psíquico “sob o domínio de violenta emoção” a um requisito objetivo de ordem temporal, qual seja, “logo em seguida a injusta provocação da vítima”. E arremata o predito doutrinador:

“Com efeito, a reação tem de ser imediata, ou seja, é necessário que entre a causa da emoção (injusta provocação) e esta praticamente inexista intervalo. Com efeito, reação à provocação injusta deve ser imediata, de pronto, sem intervalo, isto é, *ex improviso*. O impulso emocional e a ação dele resultante devem ocorrer imediatamente após a provocação

injusta da vítima. Em sentido semelhante era o magistério de Hungria, que afirmava: ‘Segundo o critério adotado pelo Código, a mora na reação exclui a causa de atenuação, pois, de outro modo, estaria criado um motivo de sistemático favor a criminosos. Não transige o preceito legal com o ódio guardado, com o rancor concentrado, com a vingança tardia’. Efetivamente, a reação à provocação injusta não pode ser motivada pela cólera, pelo ódio, fundamentadores de vingança desautorizada”.

No mesmo sentido é o magistério de Luiz Regis Prado, *in*: Curso de Direito Penal Brasileiro, São Paulo: RT, Parte Especial, vol. 2, 2ª ed., 2002, p. 50, ao observar que o homicídio privilegiado para configurar-se como tal exige “que a reação emotiva violenta do agente seja imediata, isto é, ocorra logo após à injusta provocação da vítima (*sine intervallo*). Um lapso temporal maior propiciaria possibilidade de detida ponderação, o que é incompatível com a eclosão de reação de súbito”.

Em consonância com os ensinamentos doutrinários acima, confira-se julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, *verbo ad verbum*:

TJRS: “Violenta emoção é aquela que se apresenta intensa, absorvente, como verdadeiro choque emocional. O privilégio só ocorre se a reação for imediata, incontinenti” (RJTJERGS 166/131).

No mesmo sentido, decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, *verbis*:

TJSP: “O impulso emocional e o ato que dele resulta devem seguir-se imediatamente à provocação da vítima para configurar o homicídio privilegiado (art. 121, § 1, do CP). O fato criminoso

objeto da minorante não poderá ser produto de cólera que se recalca, transformando em ódio para uma vingança intempestiva” (RT 622/268).

Nesta alheta, STF: RT 638/359; TJSP: RT 405/107, 420/93, 440/361.

Por outro lado, não se pode deixar de salientar que o *modus operandi* do recorrente para eliminar a vítima - quer nos parecer - tem o condão de descaracterizar a alegada violenta emoção ou a legítima defesa própria da vida, levando em conta a maneira fria, cruel e sem a mínima possibilidade de defesa com que o apelante executou a vítima, esta, inclusive, amiga do recorrente. De vez que exterminou esta por motivo fútil – mera discussão entre ambos -, além do que o instrumento utilizado, qual seja, uma pedra de vários quilos arremessada contra a vítima, esfacelando-lhe a cabeça, e sem que a mesma pudesse esboçar uma ínfima reação defensiva, seja porque talvez estivesse embriagada ou pelo fato de ter sido atingida quando se encontrava caída ao solo.

Frise-se, ainda, que a versão do apelante de que a vítima estava armada quando lhe atacou não enquadra sustentação na prova dos autos. Vejamos:

“(…) que a mãe do depoente não tinha nenhum facão em sua casa; que o depoente não viu nenhuma arma próxima à vítima, mas apenas uma pedra” (Testemunha José Kleber Rodrigues Correia, fls. 55).

“(…) que acusado e vítima eram amigos, uma vez que a vítima vivia na casa do acusado; que a depoente não viu nenhum facão nas proximidades do corpo da vítima; (...) que a vítima foi lesionada no braço e na cabeça; que o depoente encontrou a vítima acabando de morrer por volta de 6:00 a 6:00 da noite” (Testemunha Maria Raimunda da Silva, fls. 57).

“(...) que a vítima não estava armada; (...) que ouviu falar que a vítima foi agredida pelo acusado com uma pedra, que a vítima morreu no local; que não existia inimizade entre acusado e vítima” (Testemunha Sebastião Guimarães de Oliveira, fls. 58).

“Que quando chegou em frente a casa da Nenzinha, na localidade de Tomé, por volta de oito horas da noite viu o acusado pegar uma pedra e bater duas vezes na cabeça da vítima; (...) que após agredir a vítima com a pedra o acusado saiu do local em sua bicicleta; que a vítima morreu no local onde foi agredida; que acusado e vítima eram amigos; (...) que não sabe se a vítima estava armada; que não viu a vítima agredir o acusado” (Testemunha José Edmilson da Silva, fls. 67).

A esta altura, é possível dizer que o entendimento do Conselho de Sentença encontra-se associado ao acervo probatório dos autos, sendo desarrazoada a alegação da defesa de homicídio privilegiado.

Advirta-se, de outra mão, que recurso de apelação interposto contra decisão do Tribunal do Júri, em obséquio à soberania constitucional dos veredictos, tão-somente pode encontrar guarida quando a decisão dos jurados for **manifestamente contrária** à prova dos autos. Vale dizer, quando houve **contrariedade esférica**, isto é, por todos e quaisquer ângulos de observação, do veredicto proferido com os elementos de convicção produzidos no bojo processo.

A doutrina e jurisprudência pátrias são pacíficas a esse respeito.

A propósito, cito o magistério de Júlio Fabbrini Mirrabeti, *in*: **Código de Processo penal Interpretado**, São

Paulo: Atlas, 10ª ed., 2003, p. 1481). para quem tão-somente poderá ser reconhecido erro de mérito na decisão do júri, sendo imperioso novo julgamento, “quando a decisão é arbitrária (...) se dissocia integralmente da prova dos autos (...). Não é qualquer dissonância entre veredicto e os elementos de convicção colhidos na instrução que autorizam a cassação do julgamento. **Unicamente**, a decisão dos jurados que nenhum apoio encontrar na prova dos autos é que pode ser invalidada”.

Esse também é o entendimento de Eduardo Espindola Filho, citado por Antonio José Miguel Rosa, em sua obra “**Processo Penal**”, Brasília (DF): Consulex, p. 800, para quem “tão-somente quando o veredito do tribunal leigo é arbitrário, porque dissocia integralmente da prova dos autos, isto é, não há qualquer elemento de prova que ampare, que apóie a solução adotada, surge a possibilidade de, repelindo arbítrio, entrar o tribunal no mérito (...)”.

Na mesma ordem de idéias é a lição de José Frederico Marques, na obra **Elementos de Direito Processual Penal**, São Paulo: Millennium, vol. IV, 2ª Tiragem, 2003, *ipsis litteris*:

“Necessário (...) para que o Tribunal *ad quem*, acolhendo o recurso, lhe dê provimento, é que o veredicto esteja em radical antagonismo com aquilo que de modo indiscutível promane, em relação à *question facti*, da prova dos autos (...). “Não é qualquer dissonância entre o veredicto e os elementos de convicção colhidos na prova, que autoriza a cassação do veredicto: unicamente a decisão dos jurados que nenhum arrimo encontra na prova dos autos é que pode ser invalidada. Desde que uma interpretação razoável dos dados instrutórios justifiquem o veredicto, deve este ser mantido, pois, nesse caso, a decisão deixa de ser ‘manifestamente contrária à prova dos autos’” (p. 283).

Os julgados colacionados abaixo sintetizam a orientação dos tribunais sobre a temática em estudo, *verbis*:

STF: “Através de sucessivos acórdão, tem fixado a Suprema Corte: ‘Não cabe anular a decisão dos jurados embora tomada por maioria de votos, se esta não for manifestamente contrária à prova dos autos. Por mera conveniência de nova manifestação de outros jurados, da mesma sociedade, diante da dúvida que exista quando à inocência do réu, não se anula decisão absolutória” (RTJ 100/611, dentre outros).

TJMG: “Para anulação das decisões do Tribunal do Júri por contrariedade à prova dos autos deve ser manifesta essa contrariedade, ou evidente, ressurgindo a um simples exame ou análise não aprofundada dos elementos dos autos” (TJMJ, Ap. Rel. José Bonifácio Silva, RT 658/324).

TJMJ: “Como de pacífica jurisprudência e de uníssona doutrina, só se licencia a cassação do veredito popular por manifestamente contrário à prova dos autos quando a decisão é absurda, escandalosa, arbitrária e divorciada do conjunto probatório. Se a decisão popular tem respaldo em uma das versões existentes, não pode o órgão revisor cassá-la, sob pena de negar vigência ao princípio constitucional da soberania do Júri” (Ap. 1.0567.95.000772-2/001, 1ª C., rel. Gudesteu Bober, 15.03.2005, v.u)

TJSP: “JÚRI – DECISÃO CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS – INOCORRÊNCIA – VEREDICTO QUE SOMENTE COMPORTA JUÍZO DE

REFORMA QUANDO ATENTATÓRIO DA VERDADE APURADA NO PROCESSO, REVELANDO DISTORÇÃO DE SUA FUNÇÃO JUDICANTE” (JTJ 233/315).

Em última análise, consigne-se que, na espécie em exame, a decisão do Corpo de Jurados em termos de não-acolher a tese de homicídio privilegiado na modalidade da violenta emoção situa-se no **âmbito de interpretação razoável e plausível da prova**, de tal sorte que “a anulação do julgamento [pelo tribunal] seria patente ofensa ao princípio da soberania dos veredictos, pois não lhe cabe reavaliar o mérito, imprimindo a sua opinião a respeito da decisão e sim verificar se esta tem ou não algum fundamento nas provas – e não o melhor fundamento”.³

Em outras palavras, compete ao Tribunal *ad quem* apenas aferir se a versão acolhida pelo Conselho de Sentença encontra alguma ressonância no material probatório que consta dos autos, mas, não, a justiça ou injustiça, mérito ou demérito, a conveniência ou inconveniência da decisão popular, máxime porque o juízo de livre convicção, nos crimes dolosos contra a vida, é exclusivo e definitivo do Tribunal do Júri, jamais do Tribunal togado.

Diante de todo o exposto, por não vislumbrar decisão contrária à prova dos autos, conheço do recurso interposto, mas para negar-lhe provimento, nos termos do parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça.

É como voto.

Fortaleza, 07 de maio de 2007.

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

APELAÇÃO CRIME Nº 2000.0175.6993-2/1, de TAUÁ

APELANTE: Maximino Moreira da França
APELANTE: Antônio Carlos de Castro Alves
APELADA: A Justiça Pública
RELATOR: DES. JOÃO BYRON DE FIGUEIREDO FROTA

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIME. ROUBO DUPLAMENTE QUALIFICADO. USO DE ARMA DE FOGO. CONCURSO DE PESSOAS. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. DOSIMETRIA INADEQUADA DA PENA. PROVIMENTO PARCIAL. DECISÃO REFORMADA.

“Em sede de roubo, quando houver uma única qualificadora, o aumento sobre a pena-base será de 1/3, quando forem três, será de metade e, quando ocorrerem duas, o aumento deverá ficar entre o mínimo e o máximo estipulado, ou seja, em 2/5”. (TJSP – RT 734/673).

Concedido provimento parcial ao recurso.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Crime Nº 2000.0175.6993-2/1 da Comarca de **Tauá**, em que são apelantes **Maximino Moreira da França** e **Antônio Carlos de Castro Alves** e apelada **A Justiça Pública**.

A C O R D A, a 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por julgamento de Turma, unanimemente, em conhecer dos apelos interpostos para dar-lhes provimento parcial, reformando a decisão recorrida, nos termos do voto do Des. Relator.

O insigne representante ministerial em exercício na Comarca de Tauá, neste Estado, ofertou denúncia contra Maximino Moreira da França e Antônio Carlos de Castro Alves, vulgo “Carlos Pescador”, bastante qualificados nos autos, dando-os como incurso nas penas do art. 157, § 2º, I e II do Código Penal Brasileiro, em que resta definido o crime de roubo duplamente qualificado por emprego de arma de fogo em concurso de pessoas.

Conforme se infere da denúncia, no dia 26 de abril de 2002, por volta das 18h00min, no Perímetro Irrigado Várzea do Boi, mais precisamente no setor “J”, município de Tauá, os acusados subtraíram uma televisão 14”, marca Mitsubichi, um receptor de antena parabólica Tecsat (Ti200 master), um telefone celular, marca Motorola, um capacete de motoqueiro e duas espingardas (uma calibre 32 e outra do tipo soca-soca) mediante ameaças de morte a Francisco da Silva Barbosa, caseiro de Geraldo Augusto Sá Lima, proprietário da fazenda.

Submetidos ao devido processo legal, com as cautelas do contraditório e da ampla defesa, Antônio Carlos de Castro Alves restou condenado à pena de 07 (sete) anos e 06 (seis) meses de reclusão em regime inicialmente semi-aberto e ao pagamento de 45 dias-multa à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo, enquanto que ao Maximino Moreira da Franca foi estipulada a pena de 08 (oito) anos e 03 (três) meses de reclusão em regime inicialmente fechado e o pagamento de 60 (sessenta) dias-multa à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo (fls. 105 a 110).

Maximino, através de seu advogado, interpôs recurso apelatório, alegando a falta de provas suficientes para a sua condenação, requerendo, dessa forma, a aplicação do princípio do *in dubio pro reo*. Em outro momento, Antônio Carlos recorreu da sentença prolatada, aduzindo erro na dosimetria da pena, pugnando pela redução do *quantum* da reprimenda estipulada pelo nobre magistrado.

A Promotoria de Justiça ofereceu contra-razões aos recursos, manifestando-se pela manutenção da sentença ora manejada.

Após o devido recebimento dos autos pelo egrégio Tribunal de Justiça, foram estes remetidos à douta Procuradoria Geral de Justiça. A apreciação ministerial opinou pelo improvimento do apelo de Maximino e pelo provimento parcial do recurso de Antônio Carlos, reduzindo sua pena de 06 (seis) meses, fixando-a em 07 (anos) de reclusão, além do pagamento da multa determinada no juízo *a quo*.

É o relatório. Passo a votar.

Feito o devido exame dos autos, há de se dizer que os recursos interpostos foram tempestivos, sendo cabíveis na espécie, estando, portanto, a merecerem o pretendido conhecimento. Passemos à sua análise.

Maximino Moreira da Franca alega, em suas razões recursais, que, durante a tramitação do referido procedimento criminal, houve a produção de provas acusatórias fracas e inconsistentes, sendo as mesmas insuficientes para fundamentarem decreto condenatório. Com isso, afirma que o princípio do *in dubio pro reo* deve ser aplicado no caso em análise, tendo em vista que, inexistindo conjunto probatório suficiente para motivar a condenação do acusado, deve ser ele absolvido, evitando, desse modo, ferimento ao Direito Penal Pátrio.

Não procedem tais argumentos. Antônio Carlos de Castro Alves, quando de seu interrogatório perante a autoridade judiciária, descreveu o modo de atuação dos acusados para realizarem o assalto, indicando o autor intelectual da infração penal, as armas que foram utilizadas, o local onde foi deixado o material roubado, dentre outros detalhes que, em conjunto, ajudaram a efetuar o deslinde do crime. Dessa forma, confessou o delito ora em análise, além de haver delatado o co-autor do evento criminoso. Senão vejamos:

“(...) é verdadeira a acusação que lhe é feita; Por volta das 17:30h do dia 26.04.02, Maximino convidou o interrogando para praticarem um assalto na Fazenda de Geraldo Augusto Sá Lima; Que Maximino providenciou um revólver de calibre 38 e então os dois se dirigiram à fazenda da vítima; Que lá chegando, Maximino orientou o interrogando a fazer a abordagem e a render o caseiro, o Sr. Francisco da Silva Barbosa; Que após estar dominado o caseiro, o interrogando fez sinal para que Maximino aparecesse; Que o mesmo atendeu o chamado, mas veio encapuzado”. (Antônio Carlos de Castro Alves – Fls. 38).

Nesse contexto, impende destacar a confissão explícita do acusado, ressaltando a ação de seu comparsa, cuja atuação na operação criminosa é incontestável. De acordo com informações prestadas pelo dono da fazenda, o réu Maximino já havia trabalhado em sua propriedade, conhecendo, dessa forma, as habitualidades do lugar. Com isso, tornou-se fácil o acesso à casa roubada, fato que inexistiria caso não houvesse a participação do acusado supracitado. Como bem demonstra a transcrição acima, o ora recorrente convidou seu companheiro de trabalho para efetuarem um assalto, providenciando as armas que seriam utilizadas, determinando o *modus operandi* do evento delituoso, precavendo-se por usar capuz na tentativa de não ser reconhecido, eis que os moradores da fazenda já o conheciam.

Por outro lado, Antônio Carlos de Castro Alves interpôs recurso apelatório, pugnando a reforma de sua sentença condenatória no tocante à pena aplicada. Aduz o apelante que o nobre magistrado cometeu um equívoco ao mensurar o *quantum* da reprimenda por ele merecida, estipulando a pena-base acima do mínimo legal, reduzindo, devido à atenuante relativa à confissão, menos do que o previsto pela jurisprudência, além de majorar em um meio, quando da análise das circunstâncias majorantes, fato que, de acordo com a doutrina, é exacerbado.

Analisemos detalhadamente cada razão recursal. Inicialmente, quanto à pena-base, dispõe o Código Penal Brasileiro, em seu art. 157, que a reprimenda para o crime de roubo é de quatro a dez anos. É poder discricionário do magistrado, conquanto que devidamente fundamentado, fixar o valor da pena inicial, sendo que para essa determinação deve haver a análise criteriosa da conduta do criminoso, à luz das circunstâncias judiciais explicitadas no art. 59 da legislação supracitada. Dessa forma, o juízo *a quo*, percebendo o motivo do crime, qual seja, adquirir dinheiro para viajar, as circunstâncias que provocaram ameaças à vítima, causando-lhe prejuízos psicológicos, fixou a pena-base em 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão e no pagamento de 40 dias-multa.

Relativa à atenuante de confissão, não estabelece a

norma penal o valor que se deve reduzir da pena inicial. Logo, de maneira prudente e cautelosa, reduziu o magistrado em 06 (seis) meses e 10 dias-multa, o que, de acordo com a legislação em vigor, é permitido, não estando, assim, presente nenhum ferimento legal.

No tocante à majoração pertinente às qualificadoras, aduz o recorrente que o sentenciante aumentou a pena em seu valor máximo, ou seja, acresceu em metade a reprimenda. Dispõe o art. 157, §2º do Código Penal que a pena do roubo qualificado é aumentada de um terço até a metade em relação ao crime na sua forma simples. Porém, o cálculo da majoração deve ser realizado com prudência, só devendo ser elevada ao máximo caso seja devidamente fundamentada. Esse é o entendimento do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

STF: “A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que, prevendo o tipo penal os índices mínimo e máximo para o agravamento da pena, em decorrência de causa especial de aumento, não pode a sentença adotar o índice máximo sem fundamentação específica”. (RT 737/549).

No caso em apreço, não há motivos que justifiquem a majoração máxima, eis que, de acordo com o decidido pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina, o aumento em seu grau máximo somente deve ser adotado quando se cuidar de criminalidade violenta, com o emprego de armamento de grosso calibre e envolvimento de bando de marginais (RT 763/667). Tal não ocorre no caso em apreço.

Desse modo, o Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo vem decidindo que, em caso de aumento decorrente de duas circunstâncias qualificadoras do delito roubo, dever-se-ia adotar um aumento de 2/5 (dois quintos), reservando-se o aumento máximo para casos em que estivessem presentes as circunstâncias anteriormente referenciadas. Tomando por base tal entendimento, reduzindo a pena em dois quintos, teríamos por definitiva a reprimenda de 07 (sete) anos de reclusão, além

do pagamento não merecedor de reparos de 45 (quarenta e cinco) dias-multa à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo.

À vista de todo o exposto, reduzo as penas privativas de liberdade impostas aos réus, ficando o apenado Antônio Carlos de Castro Alves condenado a 07 (sete) anos de reclusão e Maximino Moreira da França à reprimenda de 7 (sete) anos e 9 meses de reclusão, mais 45 dias multa, a razão de 1/30 do salário mínimo vigente que torno definitivas, devendo as penas restritivas de liberdade iniciarem o cumprimento no regime inicialmente semi-aberto.

Impende frisar que a redução prisional feita em favor do réu Maximino Moreira da França resulta da aplicação do art. 580 do Código de Processo Penal, vez que este não fez as devidas alegações, mas o cálculo das majorantes ao co-réu é de caráter eminentemente objetivo e, evidentemente, de feição exclusivamente pessoal.

Nestas condições, conheço dos apelos interpostos para conceder-lhes provimento parcial, de acordo com o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça.

Fortaleza, 04 de Dezembro de 2006.

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

Nº 2000.0175.7967-9/1

APELAÇÃO CRIME (de Sobral)

APELANTES: RAIMUNDO ARAGÃO DA SILVA e

FRANCISCO JOSÉ ALVES FERREIRA

APELADA: JUSTIÇA PÚBLICA

**RELATOR: EXMO. SR. DES. LUIZ GERARDO DE PONTES
BRÍGIDO**

- Apelação crime.

- **Tráfico de maconha.**
- **Para resguardar-se do erro judiciário, um dos mais graves equívocos humanos, lembre-se o juiz criminal de que, na dúvida, não se condena. E tenha presente, sempre, o velho, porém circunspecto brocardo de que condenar um possível delinqüente é condenar um possível inocente.**
- **Não obstante calcado em comprovada materialidade delitiva, o decisório funda-se, quanto à autoria, tão-somente em deduração recebida por telefone pelo serviço reservado da PM, insuficiente para autorizar, por si só, o édito condenatório.**
- **Sentença reformada, apelantes absolvidos.**
- **Decisão unânime.**

Vistos, relatados e discutidos os autos acima identificados.

1 – Raimundo Aragão da Silva e Francisco José Alves Ferreira foram condenados na instância a quo por tráfico de maconha. O primeiro pegou quatro anos e seis meses de reclusão, regime inicialmente fechado; o segundo, três anos de reclusão, em idêntico regime, aplicada a ambos, cumulativamente, pena de multa.

Irresignados, recorreram. Argumentam, em coro, que são inocentes e pedem absolvição.

Recursos contra-arrazoados, a PGJ, ouvida, é pelo provimento dos apelos, à falta de prova limpa e segura para o juízo condenatório.

Dá-se por relatado.

2 – Ao meio-dia de 10 de outubro de 2000, milicianos do destacamento de Sobral encontraram e apreenderam 2,04 kg (dois quilos e quarenta gramas) de maconha na residência do acusado Francisco José Alves Ferreira, “Francis” por apelido. Ao que consta, a busca partiu de denúncias anônimas recebidas pelo serviço reservado da PM, dando conta de que o co-réu

Raimundo Aragão da Silva estaria guardando, para repasse, a erva apreendida no local indicado.

Houve, então, o inquérito e a denúncia, sendo os recorrentes, ao final da ação penal, sentenciados por tráfico de maconha. Condenação, contudo, sem prova firme. Apesar de louvada em comprovada a materialidade (laudo fl. s. 24), não restou evidenciada, à desdúvida, a autoria imputada aos recorrentes.

“Francis”, na polícia e em juízo, negou qualquer envolvimento com a droga encontrada, esclarecendo que quando da apreensão, encontrava-se viajando a trabalho, circunstância esta devidamente comprovada. Esclareceu, ainda, que mora em casa de pau-a-pique, cuja segurança é precária e o acesso, por terceiros, facilitado, especialmente pelos fundos. Raimundo Aragão, por igual, declarou-se inocente.

Os policiais que efetivaram a busca, ouvidos na instrução, resumiram-se em reportar a dedução recebida por telefone e a apreensão da diamba na casa de “Francis”. Tais indícios, não há negar, apontam para a culpabilidade dos agentes; não desbordam, contudo, do plano das probabilidades, pelo que não servem, portanto, para respaldar, de per si, o decreto condenatório, este somente aconselhável diante de prova bastante e irrefutável da autoria delituosa.

Diante do inconcludente contexto probatório detectado nos autos, de repetir, então, o que registrou o Min. MARCO AURÉLIO, do STF, no HC 77.987-4, de MG, no qual funcionou como relator: **“toda e qualquer condenação criminal há de fazer-se alicerçada em prova robusta. Indícios e o fato de se ouvir dizer que o acusado seria um traficante de drogas não respaldam pronunciamento judicial condenatório, ...”** (RT nº 770, p. 497).

Ante o expendido, e por não ter o órgão acusador se desincumbido de sua função institucional, de comprovar a pretensão punitiva, demonstrando irrefutavelmente a ligação entre a maconha apreendida e os apelantes, impõe-se a absolvição dos sentenciados, reformado, em consequência, o pronunciamento impugnado.

3 – Do que posto, **ACORDA** a **1ª CÂMARA CRIMINAL** do **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ**, por unanimidade e nos termos do parecer da PGJ, em dar provimento aos apelos, absolvendo-se, em consequência, Raimundo Aragão da Silva e Francisco José Alves Ferreira da imputação de tráfico de maconha, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, CE, 6 de março de 2007.

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

APELAÇÃO CRIME Nº 2002.0007.0133-2/0, DE LAVRAS DE MANGABEIRA

APELANTE: VICENTE DE SOUSA FERRER

APELADA: JUSTIÇA PÚBLICA

ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO: MARIA DE SOUSA DO NASCIMENTO E OUTRA

RELATOR: DES. FRANCISCO HAROLDO RODRIGUES DE ALBUQUERQUE

EMENTA: APELAÇÃO. HOMICÍDIO E LESÃO CORPORAL CULPOSOS. DOSIMETRIA DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. PENA ACESSÓRIA. DELITOS DE TRÂNSITO. Comprovadas a materialidade, autoria e a culpa do réu, posto ter ficado demonstrado que ele agiu com imprudência, ao dirigir um caminhão, desenvolvendo setenta quilômetros horários, em estrada esburacada, sem acostamento, à noite, chovendo, e por isso, com pouquíssima visibilidade, vindo a atropelar três pessoas, após uma aclive, das quais duas morreram e a outra restou gravemente ferida, fugindo, em seguida, sem socorrer à vítima sobrevivente, deve, por

todas essas circunstâncias, ser julgada procedente a ação penal contra ele intentada. Sendo o réu primário, tendo bons antecedentes e boas condições pessoais, a pena base há de ser fixada no mínimo legal, mormente porque a sentença apelada não traz fundamentação capaz de justificar a aplicação do máximo previsto. Da mesma forma, tratando-se de concurso formal, aplica-se a mais grave das penas imputadas aos dois crimes cometidos, mas aumentada, em qualquer caso, de um sexto até metade. *In casu*, o magistrado aplicou a pena correspondente ao crime mais grave, aumentando-a de metade, o percentual máximo previsto, ultrapassando, assim, o limite imposto pelo art. 69 do Código Penal, ainda mais sem expor as razões que o levaram a tal exacerbação. Aplicando-se o princípio da razoabilidade, deve-se aumentar a pena em um terço. A suspensão da habilitação do motorista atropelador faz parte da sanção prevista para os delitos aqui cogitados (CTB, 302, parte final). Recurso provido, de forma parcial, mas somente no que se refere à aplicação das penas impostas.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação-crime, acorda a Turma Julgadora da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, conhecer do recurso, por ser próprio e tempestivo, para, sem divergência de votos, provê-lo, parcialmente, reduzindo a pena imposta, nos termos do voto do relator.

Cogita-se de recurso de apelação de sentença do Juízo de Direito da Vara Única da Comarca de Lavras da Mangabeira, que condenou o réu ante a prática dos delitos de homicídio culposo e lesão corporal culposa, previstos nos arts. 302, *caput* e § único, e 303, *caput* e § único, ambos da Lei nº 9.503/97 (CTB), combinados com o art. 70 do Código Penal,

tendo como vítimas de homicídio - Marciano de Sousa Nascimento e Vicente Nunes da Silva - e de lesões corporais - Francisco Damião Casimiro Duarte.

Na exordial, o representante do Ministério Público denunciou o réu por ter, no dia 09/12/2001, na BR-230, na altura do Sítio Volta, encravado no município de Lavras da Mangabeira, quando dirigia um caminhão, operando com negligência e imprudência, atropelado as vítimas supra mencionadas, causando a morte de duas delas e deixando a última gravemente lesionada, fugindo do local do evento sem lhe prestar socorro.

Citado, o réu foi interrogado (fl. 54), tendo manifestado defesa prévia (fls. 57/58).

Efetivada a instrução, quando foram tomadas as declarações da vítima sobrevivente, dos pais dos falecidos, além dos depoimentos das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, as partes ofereceram alegações finais, inclusive o assistente do MP, sobrevivendo a sentença, na qual restou o réu condenado a 06 (seis) anos e 15 (quinze) dias de detenção, suspendendo-se, no azo, a habilitação do mesmo para dirigir veículo automotor, pelo prazo de 05 (cinco) anos, e ainda substituindo-se a dita pena imposta pela de prestação de serviços à comunidade durante o igual tempo da condenação.

Inconformado, o réu interpôs recurso de apelação, tendo sustentado, em suas razões (fls. 103/107), que a prova inserida nos autos não põe em evidência a sua culpabilidade, daí o motivo de ser pleiteada a sua absolvição.

Acrescentou que é primário, com excelentes condições pessoais, sendo trabalhador, pai de família exemplar, tendo a profissão única de motorista, com endereço certo e que, por meio de seus familiares, procurou socorrer as vítimas, prestando assistência material a que sobreviveu, mas nada disso, no entanto, foi levado em conta quando da dosimetria da pena, posto que foi esta fixada bem acima do mínimo legal, além da aplicação da pena acessória, pois, impedido de dirigir veículo, não tem como tirar o sustento de sua família.

Nas contra-razões, o órgão ministerial asseverou (fls. 109/111) que o acusado confessou a autoria e que as provas

produzidas durante a instrução comprovam a sua culpa, pelo que pugnou pela manutenção da sentença recorrida.

A Procuradoria Geral de Justiça, posicionando-se (fls. 119/120), opinou pela reforma parcial da sentença, apenas no que diz respeito à dosimetria da pena.

É o relatório.

A materialidade dos crimes cometidos pelo acusado restou devidamente demonstrada pelos autos de exames cadavéricos e de corpo de delito de fls. 11/13).

A autoria é confessada pelo réu, nas declarações que prestou às autoridades policial e judiciária (fls. 24/25 e 54/55).

Também ficou evidenciado, diante do que consta da sobredita confissão, que o acidente ocorreu em razão da comprovada imprudência do apelante, pois dirigia em uma estrada esburacada e sem acostamento, com pouca visibilidade, isso porque, no momento do evento, estava chovendo torrencialmente, imprimindo uma velocidade de 70 km/h, excessiva para o local, daí porque, frente as circunstâncias antes mencionadas, quando divisou as vítimas, que viajavam em duas bicicletas, já estava bem próximo a elas, o que tornou inviável evitar o atropelamento fatídico.

Somente a testemunha Marcos José Inácio Neto presenciou o fato delituoso, posto que acompanhava o réu no veículo causador do desastre (fls. 84/85). Afirmou ela que estava chovendo muito; que o local onde ocorreu era escuro; que o carro trafegava com setenta quilômetros; que já descobriram as vítimas no meio do asfalto, quando foram atingidas; que elas não foram socorridas; que trafegavam em duas bicicletas e que uma bateu na outra.

As demais testemunhas não assistiram aos fatos narrados na denúncia, limitando-se elas a informar que o réu tem bom comportamento e que dirige com moderação.

Mesmo assim, como visto, não há dúvida quanto à culpabilidade do acusado, não sendo possível a aplicação do princípio *in dubio pro reo*, existindo, ao contrário do que pretende a defesa, certeza de que ele agiu com imprudência, por ter faltado

ao dever de prudência e cuidado.

A respeito da matéria aqui tratada, convém transcrever as ementas de acórdãos que seguem:

*APELAÇÃO CRIMINAL – ACIDENTE DE TRÂNSITO – HOMICÍDIO CULPOSO – ART. 302 DO CÓDIGO NACIONAL DE TRÂNSITO – ABSOLVIÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – IMPRUDÊNCIA CONFIGURADA – EXCLUSÃO DA PENA ACESSÓRIA DE SUSPENSÃO DA HABILITAÇÃO PARA DIRIGIR VEÍCULO AUTOMOTOR – IMPOSSIBILIDADE – RÉU NÃO EXERCE PROFISSIONALMENTE A ATIVIDADE DE MOTORISTA – REDUÇÃO DA PENA IMPOSTA – INADMISSÍVEL – CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO – 1. **Age culposamente, na modalidade imprudência, o motorista que inobservando dever de cuidado, tenta ultrapassar o semáforo na coloração amarela, vindo a colidir com motocicleta causando acidente com vítima fatal.** 2. **Não há que se falar em absolvição, visto que configurada está a conduta culposa do réu.** 3. *A pena acessória de suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor deve ser mantida, visto que o réu não demonstrou a necessidade de utilização de veículo sob a sua própria direção para o desenvolvimento de sua atividade profissional.* 4. *Impossibilidade de redução da pena, eis que as circunstâncias judiciais lhe são desfavoráveis.* 5. *Recurso conhecido e improvido.* (TJES – ACr 048000094366 – 2ª C.Crim. – Rel. Des. José Luiz Barreto Vivas – J. 14.06.2006).*

PENAL – PROCESSO PENAL HOMICÍDIO CULPOSO NO TRÂNSITO (ART. 302 DO CTB) – IMPRUDÊNCIA E IMPERÍCIA COMPROVADAS –

IMPOSSIBILIDADE DE ABSOLVIÇÃO – LIVRE APRECIÇÃO DA PROVA – ART. 157 DO CPP – Tendo ficado, sobejamente, demonstrado nos autos, os elementos configuradores do crime de homicídio culposo, na direção de veículo automotor, diante da conduta culposa do apelante, em dirigir seu automóvel com imprudência e imperícia e, ademais, não se desincumbindo do ônus de provar a alegação de culpa de terceiro, a absolvição é medida inviável. Não há que se falar em violação ao princípio da valoração das provas, quando o juiz se atém aos elementos constantes dos autos, sendo-lhe assegurada a livre apreciação, ex vi do art. 157 do CPP. -negado provimento ao recurso. Unânime. (TJDF – APR 20010110430873 – 2ª T.Crim. – Relª Desª Aparecida Fernandes – DJU 09.11.2005 – p. 45).

APELAÇÃO CRIMINAL – ACIDENTE DE TRÂNSITO – HOMICÍDIO CULPOSO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR – ARTIGO 302, CAPUT, DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO – PRETENSÃO ABSOLUTÓRIA QUE SE MOSTRA INVIÁVEL – CONDUTORA QUE AO DESVIAR DAS VÍTIMAS NÃO TOMOU AS DEVIDAS CAUTELAS – INVASÃO DA PISTA CONTRÁRIA CAUSANDO O FALECIMENTO DE UMA DELAS – VIOLAÇÃO DO DISPOSTO NO ARTIGO 28 DO CTB – CULPA NA MODALIDADE IMPRUDÊNCIA EFETIVAMENTE CARACTERIZADA – PENA DE SUSPENSÃO DA HABILITAÇÃO PARA DIRIGIR VEÍCULO AUTOMOTOR POR 2 (DOIS) ANOS – MEDIDA EXACERBADA – REDUÇÃO PARA O PRAZO DE 2 (DOIS) MESES – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO – A imprudência da condutora revela-

se caracterizada quando, ao tentar desviar de duas pedestres, finda por invadir a pista contrária e atropelá-las, causando a morte de uma das transeuntes. Consoante o disposto no art. 28 do código de trânsito brasileiro, o condutor deverá estar sempre no domínio de seu veículo, dirigindo-o com atenção e cuidados indispensáveis à segurança do trânsito. A infringência desses deveres de cautela caracteriza a culpa necessária à tipificação do delito previsto no art. 302 do código de trânsito brasileiro. não possuindo a acusada antecedentes criminais, e ausentes fatos que desabonem sua conduta, revela-se prudente a redução da pena de suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor para o prazo de 2 (dois) meses. (TJSC – ACR 2005.018398-3 – São José – 1ª C.Crim. – Rel. Des. Solon D'Eça Neves – J. 04.10.2005).

No que diz respeito à dosimetria da pena, entende-se que o magistrado exacerbou-a, quando fixou, sem uma fundamentação concreta, a pena base em três anos de detenção, para o crime de homicídio culposo, e um ano e meio, para o de lesão corporal culposa, tendo em vista que o réu é primário, tem bons antecedentes e comportamento social não comprometedor, daí considerar-se que houve excesso no estabelecimento das referidas reprimendas, merecendo, portanto, ser mantidas no patamar mínimo.

Com efeito, para o crime de homicídio culposo, deve ela ser estabelecida em dois anos de detenção. Face a omissão de socorro (CTB, 302, III) aumenta-se de um terço, passando a ser de dois anos e oito meses. Tendo em vista a atenuante da confissão espontânea, quando ainda era desconhecida a autoria (CP, 65, III, *d*), há de ser reduzida em quatro meses, fixando-se a definitiva em dois anos e quatro meses de detenção. Já para a de lesão corporal, fica estabelecida a pena base em seis meses

de detenção, aumentando-a de um terço, ante a majorante da omissão de socorro, prevista no art. 302, § único do CBT, passando a ser de oito meses de detenção, mas reduzindo-a de um mês, diante da atenuante da confissão espontânea, restando fixada a definitiva em sete meses de detenção.

Porém, tratando-se, aqui, de concurso formal, pois o apelante, mediante uma só ação, praticou três delitos, há de se aplicar a mais grave, no caso, a de dois anos e quatro meses de detenção (homicídio culposo), mas aumentada de um terço, na forma prevista no art. 70 do Código Penal, estabelecendo-se a definitiva em três anos e um mês de detenção.

Como pena acessória, foi aplicada a de suspensão da habilitação do réu para dirigir veículo automotor pelo prazo de cinco anos.

Registre-se que tal reprimenda há de prevalecer, em face do que dispõe o art. 302 do CTB, *in verbis*:

Praticar homicídio culposo na direção de veículo automotor:

Penas - detenção, de dois a quatro anos, e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

Todavia, de igual modo, exorbitou o magistrado do primeiro grau no que diz respeito ao prazo de suspensão da habilitação estabelecido na sentença, haja vista que, trata-se de motorista profissional, que mantém a sua família com os ganhos decorrentes de seu trabalho como motorista. Daí entender-se razoável fixar-se referida suspensão pelo tempo de um ano, levando-se em conta também a primariedade e as boas condições pessoais do réu-apelante.

Sobre aludida pena acessória, convém trazer à colação os julgados que se seguem:

***APELAÇÃO CRIMINAL – CÓDIGO DE TRÂNSITO
BRASILEIRO – HOMICÍDIO CULPOSO –
ABSOLVIÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – PENA***

*RESTRITIVA DE DIREITOS – RÉU MOTORISTA PROFISSIONAL – SUSPENSÃO DA HABILITAÇÃO PARA DIRIGIR VEÍCULOS AUTOMOTORES – POSSIBILIDADE – RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO – Restando demonstrado ser a prova material e testemunhal capazes de comprovar que o réu agiu culposamente, contribuindo de forma decisiva para a ocorrência do acidente que culminou na morte das vítimas, há configuração de culpa, devendo assim ser mantido o Decreto condenatório. **Em se tratando de “delito de trânsito”, do qual resultou morte, a pena de suspensão da habilitação é de aplicação obrigatória, nos termos da legislação.** Tendo o MM. Juiz de direito prolator da sentença guerreada, observado as diretrizes elencadas nos artigos 59 e 68 do Código Penal brasileiro, fixando, de forma fundamentada e coerente, a pena aplicada, não há que se falar em excesso da pena aplicada. Recurso a que se nega provimento. (TJES – ACr 037050003161 – 2ª C.Crim. – Rel. Des. Sérgio Luiz Teixeira Gama – J. 25.01.2006).*

CRIMINAL – RESP – DELITO DE TRÂNSITO – HOMICÍDIO CULPOSO – OITIVA DOS PERITOS E EXAME MÉDICO – INDEFERIMENTO – LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO – SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR DUAS RESTRITIVAS DE DIREITO ALÉM DA SUSPENSÃO DA HABILITAÇÃO PARA DIRIGIR – POSSIBILIDADE – SUBSTITUIÇÃO DA LIMITAÇÃO DE FINAIS DE SEMANA POR PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA – IMPOSSIBILIDADE – MOTORISTA PROFISSIONAL – SUSPENSÃO DA HABILITAÇÃO PARA DIRIGIR – POSSIBILIDADE – PRESCRIÇÃO DA PENA DE SUSPENSÃO DA HABILITAÇÃO PARA DIRIGIR –

*INOCORRÊNCIA – RECURSO DESPROVIDO – I - As provas produzidas têm a finalidade de convencer o juízo da causa, que tem o poder de discernir quais diligências serão relevantes para o deslinde da causa, diante do princípio do livre convencimento motivado. II - Não constitui ilegalidade o indeferimento do pedido de oitiva e acareação dos peritos oficiais e particular, se não evidenciada a necessidade da diligência requerida, ainda mais em se tratando de feito em que a polícia especializada realizou perícia técnica no local dos fatos, logo após o acidente, a qual foi corroborada pelas demais provas dos autos. III - Do mesmo modo, o indeferimento do pedido de exame médico no condutor do ônibus envolvido no acidente não viola a Lei Processual Penal, se a desnecessidade da medida restou devidamente fundamentada.. IV - Não afronta o art. 44, § 1o, do Código Penal, a aplicação de duas penas restritivas de direito, substitutivas da pena privativa de liberdade, cumuladas com a pena de suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor. V - É incabível a substituição da pena de limitação de finais de semana por prestação pecuniária, se o pleito substitutivo restou fundamentadamente afastado pelo Tribunal a quo, diante da análise das circunstâncias do caso concreto. VI - **O fato de o réu ser motorista profissional não o isenta de sofrer a imposição da pena de suspensão da habilitação para dirigir, porque sua cominação decorre de expressa previsão legal (art. 302 do CTB), que não faz nenhuma restrição nesse sentido.** VII - De acordo com o artigo 118 do Código Penal, as penas mais leves prescrevem com as mais graves. Assim, a pena de suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor imposta cumulativamente com a privativa de liberdade prescreve no prazo desta. VIII - Não decorrido o prazo prescricional das penas mais*

graves – Restritivas de direito aplicadas em substituição à pena privativa de liberdade –, não há que se falar em prescrição da pena mais leve – Suspensão da habilitação para dirigir. IX – Recurso desprovido. (STJ – RESP 200400108867 – (628730 SP) – 5ª T. – Rel. Min. Gilson Dipp – DJU 13.06.2005 – p. 00333)

APELAÇÃO CRIMINAL – ART. 302, DA LEI 9.503/97 – 1. ABSOLVIÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – 2. REDUÇÃO DE PENA DE DETENÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – 3. REVOGAÇÃO DA SUSPENSÃO DA HABILITAÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – 4. RECURSO IMPROVIDO – UNANIMIDADE – 1. Constatando-se a existência denexo causal entre a ação do apelante e o resultado morte obtido por ocasião do acidente, e certificado que o suplicante não agiu com o dever de cuidado a ser observado pelo homem médio, no que tange à aplicação das regras de segurança no trânsito, dando, em razão de tal descaso, causa ao acidente, não há que se falar em absolvição. 2. Uma vez aplicada a pena no mínimo legal, não há que se falar em redução desta. 3. **A suspensão ou proibição de se obter habilitação é pena a ser cominada juntamente com a detenção, não abrindo margem, o texto do art. 302 da lei 9.503/97, para interpretação diversa desta. 4. Recurso a que se nega provimento.** (TJES – ACR 006020019094 – 1ª C.Crim. – Rel. Des. Alemer Ferraz Moulin – J. 27.07.2005).

No que tange à substituição da pena privativa de liberdade por uma restritiva de direito, no caso, prestação de serviço à comunidade, a que se reporta a sentença recorrida, há de ser mantida, posto que encontra absoluto respaldo na legislação de regência.

Por todo o exposto, há de ser provido parcialmente o recurso, reformando-se a sentença, mas apenas no que diz respeito à dosimetria da pena.

É como voto.

Fortaleza, 31 de outubro de 2006.

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

APELAÇÃO CRIME Nº 2003.0006.7987-4/1, de MORADA NOVA

APELANTE: Francisco Mardônio Mesquita da Silva

APELANTE: José Aldenir de Aquino Silva

APELADA: A Justiça Pública

RELATOR: DES. JOÃO BYRON DE FIGUEIREDO FROTA

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. ROUBO QUALIFICADO. CONFISSÕES. SENTENÇA CONDENATÓRIA. APELAÇÃO. PENAS EXACERBADAS. PROCEDÊNCIA PARCIAL.

I – Condenação dos apelantes baseada na prova manifesta dos autos – confissão de ambos e provas testemunhais.

II – A apelação não deve ser modificada quanto à condenação dos mesmos, mas tão-somente no que tange à dosimetria das penas impostas aos apelantes. (TJSP: “A presença de duas qualificadoras no crime de roubo revela maior grau de reprovabilidade na conduta do agente, de modo que ambas podem ser consideradas para a fixação do aumento de pena além do limite mínimo”. RT 758/534)

III – Provimento total da apelação de Francisco

Mardônio Mesquita da Silva. Provimento parcial da apelação de José Aldenir de Aquino Silva.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Crime Nº 2003.0006.7987-4/1 da Comarca de **Morada Nova**, em que são apelantes **Francisco Mardônio Mesquita da Silva** e **José Aldenir de Aquino Silva** e apelada **A Justiça Pública**.

A C O R D A a 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por julgamento de Turma, unanimemente, em dar provimento total ao recurso apelatório de Francisco Mardônio Mesquita da Silva e dar provimento parcial ao recurso apelatório de José Aldenir de Aquino Silva, modificando-se a decisão recorrida, em consonância com o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça.

FRANCISCO MARDÔNIO MESQUITA DA SILVA e JOSÉ ALDENIR DE AQUINO SILVA, devidamente qualificados nos autos, foram condenados pelo crime de **roubo qualificado** (art. 157, § 2º, incisos I e II, do CPB) às penas de 08 (oito) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, e à pena de multa, consistente em 15 (quinze) dias-multa, sendo esta equivalente a 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato, conforme sentença de fls. 124/131.

Irresignados com o provimento judicial adverso, os acusados encetaram recurso apelatório, sendo o Apelante Francisco Mardônio Mesquita da Silva, através da advogada Fabiana Bica (fls. 137/139), e o apelante José Aldenir de Aquino Silva, através do defensor público Adriano Leitinho Campos (fls. 146/153). Ambos requereram a diminuição da reprimenda aplicada, enquanto este último alegou, ainda, ausência de provas suficientes nos autos para sua condenação, razão pela qual requereu também sua absolvição.

Cumpram ainda ressaltar que o apelante Francisco Mardônio Mesquita da Silva ingressou com pedido de concessão do benefício do art. 594 do CPP, a fim de imprimir ao recurso de apelação um efeito suspensivo (fls. 140/141).

O Representante da Justiça Pública apresentou suas

contra-razões (fls. 154/155), asseverando que a r. sentença não merece qualquer reforma, pois se encontra embasada perfeitamente na prova coligida aos autos. Em seguida, o membro do *Parquet* ofertou parecer opinando pelo indeferimento do pedido de efeito suspensivo ao recurso apelatório (fl. 156).

O magistrado *a quo*, acatando o parecer ministerial, indeferiu o pedido de efeito suspensivo e deferiu o pedido de expedição da guia de recolhimento provisório (fls. 157/158).

A douta Procuradoria Geral de Justiça, em bem fundamentado parecer, pugnou pela procedência total da apelação de Francisco Mardônio Mesquita da Silva e pela procedência parcial da apelação de José Aldenir de Aquino Silva, requerendo a manutenção da sentença condenatória diante da prova constante dos fólios processuais, porém com a diminuição da reprimenda de ambos (fls. 175/177).

É o relatório. Passo a votar.

O julgamento do presente recurso apelatório deve ser feito com base na análise individual de cada apelante, de suas características pessoais e circunstanciais no momento do crime. Igualmente, deve-se ter em consideração as provas coligidas nos autos e a fundamentação da r. sentença condenatória.

Percebe-se, inicialmente, que os acusados foram condenados pelo cometimento do crime de roubo qualificado, pelo concurso de pessoas e pelo emprego de arma de fogo, no estabelecimento comercial “Mercantil da Lurdinha”, na Comarca de Morada Nova. Do conjunto probatório colhido nos fólios, infere-se que os apelantes adentraram abruptamente no referido comércio, armados de revólver, anunciaram o assalto, renderam as pessoas ali presentes e obrigaram-nas a deitar no chão, quando ao final subtraíram a quantia de R\$ 850,00 (oitocentos e cinqüenta reais).

Após a fuga e a comunicação da vítima sobre o fato delituoso à polícia, os condenados foram presos em flagrante delito (auto de fls. 05/08), tendo sido encontrados ainda com parte da *res furtiva*, conforme auto de apresentação e apreensão (fl. 10).

O édito condenatório ora guerreado está amplamente fundamentado nas fartas e robustas provas da materialidade e autoria do delito (auto de prisão em flagrante, auto de apresentação e apreensão, termo de depoimento das testemunhas e confissão dos acusados).

Ora, resta clara a autoria do roubo praticado pelos apelantes tendo em vista a confissão dos mesmos, tanto na fase inquisitorial (fls. 05/08) como na fase judicial (fls. 42 e 44), não havendo motivos para crer em confissão forçada ou descrédito de tal meio de prova.

Afirma Francisco Mardônio Mesquita da Silva em seu interrogatório (fl. 42): *“que é verdadeira a acusação que lhe é feita”*. Igualmente, José Aldenir de Aquino confessa: *“que de início o interrogando temeu de fazer o assalto e indagou a Mardônio se dava certo; que Mardônio insistiu e dizia que o assalto daria certo e como o interrogando estava bêbado topou fazer a parada”*. (fl. 44).

Em suma, não há qualquer prova nos autos com força para absolver os acusados, razão pela qual deve ser mantida a sentença condenatória.

No que tange à fixação das penas, têm razão os apelantes nos seus pleitos, senão vejamos.

Os apelantes foram condenados à pena definitiva de 08 (oito) anos e 06 (seis) meses de reclusão mais a pena de multa já referida. Na dosimetria da pena, o magistrado partiu da pena-base de 06 (seis) anos de reclusão, fundamentando tal cálculo, para ambos, na “conduta e personalidade voltada à prática de delitos, os motivos, circunstâncias e conseqüências do crime, e ainda mais o fato dos maus antecedentes”.

Entretanto, houve um equívoco do MM. Juiz *a quo* na fixação da pena com base nessas premissas, pois os apelantes não têm antecedentes criminais. Pelo contrário, ambos são primários e sem maus antecedentes comprovados, conforme constam das folhas de antecedentes criminais (fls. 27/28).

Igualmente, não vislumbramos outros motivos ou circunstâncias no momento do crime com força suficiente para elevar tal pena-base. Deste modo, entendemos que, diante da

ausência desses critérios (art. 59, CP), a pena-base deve partir do mínimo legal imputado ao delito *sub judice*, ou seja, 04 (quatro) anos. Neste sentido, têm decidido os tribunais do País:

STF: “Diante de vida pregressa irreprovável, o Juiz deve, tanto quanto possível e quase sempre o será, fixar a pena-base no mínimo previsto para o tipo, contribuindo, com isso, para a desejável ressocialização do sentenciado”. (RT 731/497 e JSTF 220/310).

TRF - 4ª Região: “Se o réu é primário e o conjunto de vetores estabelecidos no art. 59 do CP lhe são favoráveis, admissível a fixação da pena-base em seu mínimo legal em face da preponderância do fato primariedade”. (RT 763/700).

Quanto às qualificadoras, passemos à análise da fixação da pena. Os apelantes cometeram o crime de roubo duplamente qualificado (emprego de arma de fogo e concurso de pessoas). Na dicção do §2º do artigo 157 do Código Penal, dispõe o legislador que a pena aumenta-se de um terço até metade diante das circunstâncias qualificadoras em apreço. Portanto, há uma margem de apreciação e dosagem da pena quando da existência dessas qualificadoras. No entanto, há três correntes doutrinárias que tentam interpretar tal dispositivo legal, como afirma Cezar Roberto Bittencourt:

“Havendo a incidência de mais de uma *causa de aumento*, três correntes disputam a preferência dos especialistas: a) *deve-se proceder somente um aumento, fundamentado numa das causas existentes* – se houver mais de uma majorante, as demais podem ser consideradas como agravantes ou, não havendo previsão legal, como simples circunstâncias judiciais (art. 59), valorável na fixação da pena-base; b) *o aumento, quando variável* (v.g.,

*um sexto a dois terços, ou um terço até metade), deve ser proporcional ao número de causas incidentes – assim, configurando-se somente uma majorante, o aumento pode limitar-se ao mínimo; incidindo, contudo, mais de uma, a elevação deve ser maior, podendo atingir inclusive o máximo da majoração permitida, v.g., até metade, dois terços etc. Essa tem sido a orientação preferida pelos tribunais superiores – STF e STJ; c) a existência de mais de uma causa de aumento não significa, por si só, a elevação da pena na mesma proporção – o julgador, exercendo seu poder discricionário, pode optar por um único aumento, pois o que deve ser considerado é a gravidade do meio empregado ou do *modus operandi*, e não o número de incisos do §2º que se possa configurar”. (In “Tratado de Direito Penal: parte especial”, vol. 3, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2005, p. 104).*

Como afirmado pelo douto criminalista, o entendimento jurisprudencial dos tribunais superiores esteia-se na corrente intermediária, qual seja, do aumento da pena em razão do número de circunstâncias qualificadoras, posição a qual também nos filiamos (STF, 1ª Turma, HC 77,187/SP, Rel. Min. Sydney Sanches, j. 30.06.1998, DJU, 16.04.1999, p. 27; STJ, 5ª Turma, HC 9.219/SE, rel. Min. Edson Vidigal, j. 08.06.1999, DJU, 16.08.1999, p. 85). Vejamos:

STJ: “O roubo praticado nas condições referidas pelo art. 157, §2º, do CP, expõe o seu autor a uma causa especial de aumento de pena que não pode superar o limite máximo nele previsto. Hipótese em que a condenação impôs ao paciente aumento de 2/3 sobre a pena base. Condenação penal que, embora mantida, deve ser ajustada, motivadamente, aos parâmetros legais”. (RT 726/555).

TJSP: “A presença de duas qualificadoras no crime de roubo revela maior grau de reprovabilidade na conduta do agente, de modo que ambas podem ser consideradas para a fixação do aumento da pena além do limite mínimo”. (RT 758/534).

Diante da doutrina e jurisprudência colacionadas, nota-se que esta corrente doutrinária é mais abalizada e aceita, devendo a dupla qualificação dos apelantes ser circunstância de aumento além do limite mínimo de 1/3.

Relativamente assim o apelante **Francisco Mardônio Mesquita da Silva**, mantém-se sua condenação pela prática do crime de roubo qualificado, porém alterando-lhe a pena-base para 04 (quatro) anos de reclusão, aumentando-lhe em 3/8 pela dupla qualificadora (1 ano e 6 meses), **tornando-a definitiva em 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão** em regime inicialmente fechado e mais a pena de 15 dias-multa já imposta na sentença *a quo*. Em relação às atenuantes da menoridade do apelante à época do fato (art. 65, I, CP) e à confissão espontânea (art. 65, III, alínea *d*, CP), reconheço-as, porém deixo de aplicá-las diante da regra do art. 68, parágrafo único, do Código Penal.

Quanto ao apelante **José Aldenir de Aquino Silva**, mantém-se sua condenação pela prática do crime de roubo qualificado, porém alterando-lhe a pena-base para 04 (quatro) anos de reclusão, aumentando-lhe em 3/8 pela dupla qualificadora (1 ano e 6 meses), **tornando-a definitiva em 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão** em regime inicialmente fechado e mais a pena de 15 dias-multa já imposta na sentença *a quo*. Em relação à atenuante da confissão espontânea (art. 65, III, alínea *d*, CP), reconheço-a, porém deixo de aplicá-la diante da regra do art. 68, parágrafo único, do Código Penal.

Por todo o exposto, voto no sentido de se conceder *provimento total* ao recurso apelatório de **Francisco Mardônio Mesquita da Silva** e de se conceder *provimento parcial* ao recurso apelatório de **José Aldenir de Aquino Silva**,

modificando-se a decisão recorrida, em consonância com o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça.

Fortaleza, 21 de Agosto de 2006.

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

**PROCESSO Nº: 2004.0003.0607-3/0
LOCAL DE ORIGEM: FORTALEZA
APELAÇÃO CRIME
APELANTE: JOSÉ CÍCERO RODRIGUES
APELADO: A JUSTIÇA PÚBLICA
RELATOR: DES. JOSÉ MÁRIO DOS MARTINS COELHO**

EMENTA: PROCESSUAL PENAL – TRIBUNAL DO JURI – PEDIDO DE NOVO JULGAMENTO – FUNDAMENTO: DECISÃO CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. INOCORRÊNCIA.

(...) Só cabe apelação da decisão que manifestamente ou seja, de forma evidente, escandalosa, gritante, contrarie a prova dos autos. Desde que a decisão do tribunal popular se ampare em alguns elementos de prova ; desde que a decisão do Júri se fundamente numa das várias versões que razoavelmente se poderiam formar a partir do conteúdo do processo, não há como cassar a decisão - (Heleno Fragoso)

(...) A decisão contrária às provas dos autos é aquela que se mostra arbitrária, distorcida e manifestamente dissociada do conjunto probatório. De modo que não é qualquer dissonância entre o veredicto e os elementos de convicção colhidos na instrução que autorizam a cassação do julgamento.

Pelo contrário, matéria sub exame há coerência dos fatos descritos na denúncia com os elementos de provas hauridos na instrução do processo, o que levou o Conselho dos Sete, imprimindo sustentação ao resultado do julgamento, ao decidir a causa para a qual fora convocado, e pelo princípio de sua soberania, optou claramente pela versão que lhe pareceu a mais verossímil, qual seja, a que lhe foi exposta pela acusação.

- Improvimento. Decisão unânime.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Crime nº 2004.0003.0607-3/0, de FORTALEZA, em que é Apelante JOSÉ CÍCERO RODRIGUES, e Apelada a JUSTIÇA PÚBLICA.

Acorda a Turma, por unanimidade de votos, em conhecer do presente recurso por sua tempestividade, mas para negar-lhe provimento por não merecer qualquer correção a sentença vergastada.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de Apelação Crime interposta por JOSÉ CÍCERO RODRIGUES, de antonomásia “Cícero Louro”, tendo por Apelada a Justiça Pública, em que colima a realização de um novo julgamento pelo Tribunal Popular do Júri, com fundamento no art. 593, inciso III, alínea “d” do Código de Ritos Penal.

O Douto Promotor de Justiça, oficiante na 3ª Vara do Júri da Comarca de Fortaleza denunciou o apelante pela prática de crime descrito no artigo 121, § 2º, II e IV, do Código Penal, narrando na peça exordial que no dia 14 de fevereiro de 2002, por volta das 23:00h, no interior de um barraco, situado em uma favela denominada “*Unidos Venceremos*” ou “*Unidos Para Lutar Pela Paz*”, no bairro Jangurussu, o denunciado,

munido de instrumento pérfuro - cortante (faca), mediante multiplicidade de golpes, ceifou a vida de GLAILSON RUFINO CARNEIRO.

Decisão interlocutória pelo MM. Juiz *a quo* acostada aos autos às fls. 46/48, em que recebeu a denúncia de fls. 02 usque 07, e no mesmo azo entendeu por bem decretar a prisão preventiva do acoimado.

Submetido a interrogatório perante o Juízo, negou o acusado a imputação constante na denúncia, contradizendo a versão dos fatos contra si já assestados, na mencionada inquisição, conforme se constata de sua compelação prestada naquele ensejo (fls. 53).

Apresentou defesa prévia no tríduo legal, com indicação do rol de testemunhas.

Na fase de instrução foram ouvidas três testemunhas de acusação (fls. 73/73v; 74/75; 81/82; 107/107v; 116/117) e da defesa (fls. 129).

Em fase de alegações finais, o membro do *parquet* oficiante no juízo acima mencionado, pugnou pela admissibilidade da acusação nos termos da peça delatória (fls. 131/134).

Por sua vez, a defesa do acusado em sede de alegações finais, requereu a sua impronúncia.

Sentença prolatada pelo MM. Juiz da 3ª Vara do Júri, pronunciando o réu, como incurso nas sanções do art. 121, § 2º, incisos II e IV, do Digesto Punitivo pátrio, submetendo-o ao crisol do 3º Tribunal Popular do Júri (fls. 139 usque 142).

Realizado o julgamento por aquele colegiado popular, decidiram os heliastas pelo reconhecimento da prática do delito inculcado no art. 121, § 2º, II e IV, do Código Penal, tendo afinal sido condenado o réu à pena de 13 (treze) anos e 6 (seis) meses de reclusão, por sentença do Juiz Presidente, a ser cumprida em regime integralmente fechado consoante ressaí de fls. 163 usque 165, dos autos em exame.

Inconformado com aquele *decisum*, interpôs o réu o presente recurso apelatório apresentando as razões que descansam às fls. 170/177.

Contra-razões do Ministério Público lançadas às

fls. 178/184.

Parecer da Douta Procuradoria de Justiça às fls. 190/193, opinando pelo improvimento do apelo.

É, em síntese, o relatório.

VOTO

Consoante já foi anunciado, os presentes autos cuidam de Apelação Crime interposta por JOSÉ CÍCERO RODRIGUES, na qual demonstra sua irresignação frente à decisão assumida pelo Tribunal do Povo, que o condenou como incurso nas sanções do art. 121, § 2º, II e IV, do Código Penal, restando emporisso, jugulado à pena de treze (13) anos e 6 (seis) meses de reclusão a ser cumprida consoante o decisório do magistrado presidente da sessão de julgamento, em regime integralmente fechado em decorrência da prática do fato punível já acima decotado, que teve como vítima GLAILSON RUFINO CARNEIRO, delito este que teve sucesso em data de 14 de fevereiro de 2002.

De início cumpre assinalar que o recurso foi interposto *oportuno tempore*, e desse modo, preenchidos se encontram os pressupostos para sua tramitação, razão pela qual dele conheço.

Passo, sem maiores dilações, ao julgamento das razões da insurreição aqui desvelada.

Em primeiro lugar, não merece amparo a insurgência onde se exorcisa decisão do colegiado laico sob a alegativa de ter sido a deliberação ali assumida de forma manifestamente contrária e frontal à prova colhida nos autos, quando exsuda daquele contingente depuratório nítida evidência do cometimento delituoso retintado com as adjetivações da conduta perpetrada.

Na verdade, tem-se que na consecução da ação punível o réu utilizou-se de uma faca de cozinha, que se encontrava em cima da mesa do tugúrio que habitava, e aonde na noite do injusto punível havia dormido com a vítima, que para ali acorrera a convite do próprio apelado. Este, ao

que reflui do contingente probatório, desavindo se encontrava há três dias da mulher com quem vivia, aparentemente sua esposa, e por essa razão convidara o ofendido para dormir em sua morada, situada em uma das palafitas encravadas em bairro da periferia, conhecido por JANGURUSSÚ.

A vítima aquiesceu e durante o decorrer de alguns dias, costumava jantar com o acusado e pernoitar no rude barraco. Em uma dessas noites, o acriminado após jantar em companhia da vítima, resolveu sair para bebericar, enquanto o ofendido permanecera em casa, ao que parece apreciando um programação televisiva enquanto o apelante ao retirar-se dali com aquele objetivo utilizara a bicicleta da vítima. Mais tarde, o acusado, já embotado pelos efeitos da bebida ingerida, retorna ao seu casebre e dorme. Em dado momento, vê-se surpreendido pela atitude da vítima, durante a noite, apalpando-lhe as partes pudendas, os seus *possuídos*, para usar a linguagem popular. Ao repelir aquela insólita expressão gestual, o acusado, ora apelante empurra a vítima para o lado, e quando esta se afasta, apanha uma faca de cozinha que se encontrava sobre a mesa da tosca habitação e passa a desferir nesta impiedosamente inúmeros golpes, com o emprego daquele instrumento pérfuro cortante, causando-lhe o occídio.

O Conselho dos Sete, analisando a causa, em sua convicção íntima sopesando os fatos e as provas ali produzidas condenou o apelante como incurso nas sanções do art. 121, § 2º, II e IV do Código Penal, resultando na reprimenda imposta pelo Juiz Presidente do Tribunal Popular à pena definitiva de 13 (treze) anos e 6 (seis) meses de reclusão, a ser cumprida em regime fechado, reconhecido assim o correspondente reproche a pesar sobre a conduta do acusado pela supressão da vida da vítima GLAILSON RUFINO CARNEIRO.

Ao ensejo de suas razões de recurso apelatório, o defensor do acusado, ora apelante, aventa a circunstância de ter sido este julgado e condenado contra as provas dos autos, aduzindo o combativo paracleto, em síntese, não

existir nas entranhas do processo, elementos que sirvam para embasar aquela condenação, assegurando, naquele ensejo, emporisso, a absoluta injustiça da decisão do Conselho dos Sete, que ao julgar a causa, apegou-se unicamente à prova indiciária, e segundo suas próprias alegações, “ *não podem os julgadores olvidar que meros indícios, sem apoio em um arcabouço probatório mais firme, não pode levar a uma condenação,* ” citando ali a preleção de JÚLIO FABBRINI MIRABETE.

E assevera, em complemento a tais articulados, a ausência, no acervo constante nestes autos, de (ib):

“...provas suficientes para fundamentar um decreto condenatório. Toda acusação gira em torno da confissão do acusado em sede de inquérito policial, o que não foi ratificado pelas demais provas formadas perante a presidência do digno magistrado, com submissão ao contraditório. Ademais, apenas comentários apontam um certo “Cícero Louro” como autor do crime. Entretanto, o apelante nunca teve este apelido, nem possuiu nenhum barraco na citada favela, dentro do qual teria acontecido o crime. De fato, o réu sempre morou com a sua mãe e todas as testemunhas de acusação afirmam que não conheciam o acusado quando colocadas na presença do mesmo”.

Essa rarefeita conjuntura de elementos que serviram de suporte para reprovar de modo incongruente a ação do acusado no patamar do injusto punível, como invectivou sua defesa, todavia parece diluir-se quando se nos depara o teor de suas declarações prestadas diante da autoridade policial, quando *sponte própria*, narrou os momentos da perpetração do evento punível, desse modo, *verbis*:

“ ... Que, não se recorda a data do fato, bem como o dia da semana e o mês do ocorrido, sabendo dizer apenas o ocorrido se deu por volta das 20:30hs, salvo engano, no interior de seu barraco situado na favela unidos venceremos, mais conhecida como sem terra ou favela da Amanda; Que, o interrogando afirma que conhecia a vítima “GLAILSON”, mais conhecida por “OINHO” e a mesma tinha costume de freqüentar seu barraco e inclusive, as vezes, almoçava ou jantava com o interrogando e sua mulher, pois residia em um barraco em frente ao barraco do interrogando; Que o interrogando afirma que a vítima era evangélica e não tinha conhecimento de nenhum fato delituoso que desabonasse a conduta da mesma; Que o interrogando afirma, no dia do fato, fazia três dias que tinha se separado de sua companheira “MARIA RITA”, e por volta das 18:00hs recebeu visita da vítima “OINHO”, encostou sua bicicleta no barraco, jantou e permaneceu no barraco assistindo televisão, enquanto o interrogando se deslocava na bicicleta da vítima até o bairro jardim união, mais precisamente na praça daquele bairro, onde juntamente com quatro amigos, ingeriu um litro de cachaça, em seguida, retornou sozinho para o seu barraco na bicicleta da vítima, onde chegou já por volta das 20:00hs; Que, após chegar em seu barraco, se sentindo bastante embriagado, se deitou em uma rede até dormir e a vítima continuou assistindo televisão deitada em um colchão que se encontrava no chão; Que, dado momento acordou com a vítima “OINHO”, “PEGANDO EM SEUS ÓRGÃOS GENITAIS”;

Que, não gostou daquela atitude da vítima, reclamou e solicitou que o mesmo fosse embora de sua casa, mais, a vítima insistiu tanto que aborreceu o interrogando e por essa razão, pegou uma faca que se encontrava em cima de uma mesa e passou a investir contra a vítima, atingindo-a por várias vezes; Que, após a vítima sair correndo de seu barraco, resolveu fechar seu barraco e se deslocar para a casa de sua genitora onde reside atualmente; ... Que, do Jardim União se deslocou na bicicleta do Ronaldo, para o Conjunto Ceará, para a residência de um primo conhecido apenas por “MIÚDO”, filho de uma tia de nome Rosa, tendo ali comentado o fato, bem como os motivos, para seu primo “MIÚDO”, dizendo que havia furado um cara em seu barraco;... Que, está arrependido do crime que praticou”.

Ao ensejo de sua compelação angariada pela autoridade judicial, fls. 55, houve o apelante por referir, *in verbis*:

“Que o interrogando nega a acusação constante na denúncia; Que no dia do crime o interrogando se encontrava na residência da sua mãe, que fica do outro lado da rua de onde aconteceu o crime; Que não esteve no local indicado pela denúncia; Que morava na casa da sua mãe, em um quarto que ela havia cedido, com sua esposa; Que não conhecia a vítima; Que sabe do crime; Que os comentários é que o autor do fato era um elemento conhecido como “CÍCERO LOURO”; Que o interrogando não tem esse apelido de Cícero Louro; Que atribui o seu nome constar na denúncia como sendo autor do crime, em

razão da mulher do seu cunhado, de nome Lúcia, ter dito na delegacia que o interrogando era o autor do crime; Que também atribui o fato de ter se separado da sua ex mulher e talvez por isso, essa pessoa tenha lhe denunciado; Que confirma que não esteve no local do crime; Que no dia e hora da denúncia o interrogando estava na casa da sua mãe, juntamente com sua mulher e não teve participação alguma”.

Ora, contrastando-se os prestamentos de declarações procedidos pelo réu, ora apelante, enquanto acoimado perante a persecução instaurada na instância policial e depois perante o juízo da causa, vislumbra-se sem muito esforço a existência de contundentes contradições entre tais depoimentos.

O réu, inicialmente confessa o crime, narrando pormenorizadamente o acontecido.

Eis que posteriormente, comparece a Juízo e nega, com veemência a autoria do ilícito, produzindo versão diferente da anteriormente relatada ante a autoridade policial.

Ora, os assentos jurisprudenciais, à toda sabença, asseguram-nos que a confissão extra judicial quando retratada em Juízo, merece ser acrescentada de elementos que sirvam para ilidir o que anteriormente foi declarado, sob pena de não se admitir a supressão do que foi apurado na fase investigatória, se o acusado na retratação não houve por explicitar os motivos e as razões que ditaram o seu relato anteriormente prestado, é dizer “*a isolada retratação da confissão sem explicação alguma do que consta na fase investigatória, não possui o menor condão de validade. (Veja-se, a propósito a REVISTA DE JURISP DO TRIB. DE ALÇADA DE SÃO PAULO, n. 55/11, LEX EDITORA).*”

Neste passo, diz-nos de perto com a proficiência

que lhe era peculiar, as considerações do insigne e saudoso MIRABETE, quando pondera, à inteireza, que:

“O valor da confissão se aferirá pelos critérios adotados para os outros elementos de prova, e para a sua apreciação o juiz deverá confrontá-la com as demais provas do processo, verificando se entre ela e estas exige compatibilidade ou concordância”.

Nessa linha de princípio as nossas Cortes Judicantes têm enriquecido essa temática, por prelecionar, com pleno acerto, a julgar pelas ementas que abaixo se transcrevem, *verbatim*:

EMENTA: “Harmonizando-se a confissão feita na fase policial, com fortes elementos de convicção existentes no processo, ficando a retratação em confronto com a prova autuada, esta não deve prevalecer para beneficiar o acusado”. (TJSC - AC - Rel. May Filho - JC 32/472).

EMENTA: “A confissão extrajudicial, desde que se harmonize com o conjunto probatório, tem plena validade”. (TJSP - AC 63.894-3 - Rel. Jarbas Mazzoni - RJTJSP 99/498).

A denodada defensoria do apelante, por conseguinte, não se houve com acerto ao argüir a negativa da autoria, assomando suas lucubrações, em que pês o esforço ingente desenvolvido pelo ilustre causídico do recorrente, em suas aparentemente bem elaboradas razões, que lamentavelmente, qual um titã de pés de barro, não resistem a um exame profundo da prova coletada ao processo, e que exerceu poderosa e considerável influência na decisão adotada pelo veredicto dos Juizes laicos.

Convergem deste modo, ao mosaico probatório,

suficientes elementos para configurar a autoria do crime e a identificação de JOSÉ CÍCERO RODRIGUES como sujeito dessa ação típica.

Dessa certeza nos aproximamos ao cotejar o depoimento da testemunha NAZARÉ RUFINO FELÍCIO – Fls. 75, *verbatim*:

“Que o crime ocorreu na casa do acusado; Que encontrou na residência do acusado a bicicleta da vítima, uma cachorrinha da mesma, um lençol; Que a vítima estava dormindo em um colchão, no chão e não na rede; Que acha que o crime foi premeditado; Que não sabe por qual motivo o acusado chamou a vítima para ir dormir na sua casa.” ... “Que todos na rua afirmam e confirmam que o autor do homicídio foi o acusado Cícero;”

Às fls. 76, cotejando-se o depoimento de LÍLIAN RUFINO CARNEIRO, atento às suas declarações, surge o relato referente a circunstância concernente no detalhe de haver a testemunha ouvido do irmão da vítima, alguns informes comprometedores da ação punível praticada pelo réu.

Assim:

“Que chegou a conversar com a vítima e esta lhe falou que estava dormindo;” ... “Que segundo os populares o acusado havia chamado a vítima para dormir em casa, pois tinha se separado da mulher e assim a vítima ficou pastorando (sic) a casa do acusado; Que a vítima levou a sua bicicleta e sua cachorrinha; Que na casa do acusado tinha televisão; Que ao chegar na casa do acusado encontrou a cachorrinha, a bicicleta e o lençol pertencente à vítima; Que o colchão onde a vítima estava deitada estava todo ensangüentado;” ... “Que depois do fato foi

confirmado como sendo o Cícero o autor do crime pelo próprio acusado;”

Já no depoimento da testemunha MANOEL MARTINS DE OLIVEIRA, fls. 84, esta veio a declarar :

“Que ouviu falar que o acusado começou a matar a vítima dentro da sua casa (do acusado); Que a vítima saiu correndo e o acusado acabou de matá-la já na rua;”.

Por último, ressalta do repositório processual ora sob conspeção o depoimento do testigo MARIA NILZA ALBUQUERQUE DA COSTA, repousante a fls. 109v., da coleta em apreço, quando esclarece, com segurança, *litteratim*:

“Que os comentários sobre a autoria do crime é que tinha sido o dono do quarto onde a vítima residia, o José Cícero; Que depois de dias o acusado foi preso e hoje todas as pessoas da rua comentam que o autor do crime foi o acusado José Cícero;”.

O escólio de HELENO FRAGOSO, se ajusta como a mão à luva, à casuística debatida nos autos, o que nos conforta sobremodo, pois, ao abordar o tema, o inolvidável penalista assegura-nos, *litteratim*: **“Como se sabe e como o declara a lei, com todas as letras , só cabe apelação da decisão que manifestamente ou seja, de forma evidente, escandalosa, gritante, contrarie a prova dos autos. Desde que a decisão do tribunal popular se ampare em alguns elementos de prova ; desde que a decisão do Júri se fundamente numa das várias versões que razoavelmente se poderiam formar a partir do conteúdo do processo, não há como cassar a decisão.”** E conclui, afirmando categórico, que **“Não pode o tribunal togado impor a sua conclusão respeito dos fatos, devendo limitar-se a cassar as decisões que deles sejam**

delirantes. Do contrário, a dita soberania do Júri seria outra inútil ficção“ (Conf. HELENO FRAGOSO, JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL, 1º Volume, 4ª. Edição, p. 320,Forense, Rio de Janeiro, 1982, o itálico é da transcrição)

Infere-se, portanto, na hipótese em liça, que a decisão do júri não está divorciada das provas dos autos, e muito menos se amostra a elas antagônicas, caso em que seria a hipótese de anular o julgamento, segundo nossa sistemática processual, o que não é o caso. Pelo contrário, há coerência entre os fatos descritos na prossecução penal e os elementos hauridos na instrução do processo, posto que o Conselho dos Sete imprimindo sustentação ao resultado do julgamento, ao decidir a espécie para a qual fora convocado pelo princípio de sua soberania, optou claramente pela versão que lhe pareceu mais verossímil, qual seja, a exposta pela acusação.

Os assentos pretorianos, confirmam o entendimento aqui decalcado, a exemplo do já referido Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ao enunciar, de forma categórica, *ut littera*:

I- JÚRI DECISÃO CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS – Inocorrência-Opção do CONSELHO DE SENTENÇA -por uma das versões existentes nos autos- SIMPLES EXERCÍCIO DO LIVRE CONVENCIMENTO – SENTENÇA CONFIRMADA – RECURSO NÃO PROVIDO –

***II - Tendo o conselho de sentença, havendo duas versões sobre o fato, no exercício de livre convencimento, adotado aquela que lhe pareceu bem provada e reveladora da verdade real, não se pode admitir existência de contrariedade às evidências dos autos (...)* (TJ SÃO PAULO, Ap. Crim 140 644- 3 GUARULHOS, 20 DE SETE DE 1993. RELATOR LUIZ PANTALEÃO LEX**

RJTJSP N.º 149 PG 282 E SEG.(terceira cam. CRIMINAL)

Do mesmo Cenáculo, ainda ressuma este convincente e oportuno aresto, ibi:

“HAVENDO MAIS DE UMA TESE COM AMPARO NA PROVA, A OPÇÃO DO JÚRI POR UMA DELAS NÃO AFRONTA A PROVA DE MODO MANIFESTO, DEVE ASSIM PREVALECER A SOBERANIA DO JÚRI”.

(ac. Unânime, de 26 08 1991, ap crm n. 89 248-3, Relator DES. BARRETO FONSECA, IN RJTJSP, LEX , 134 P.427- 432)

Há mais.

O mesmo sodalício da Paulicéia, tem assestado, fulminando a tese abraçada pela defensoria, que:

“ARBITRÁRIA SERIA A DECISÃO ELADA, SE RESULTASSE ELA DE CRIAÇÃO MENTAL DOS JURADOS, SEM O RESPALDO DA PROVA, OU EM MANIFESTO DIVÓRCIO COM O SEU CONTEÚDO. NÃO PORÉM, QUANDO FUNDADA EM UMA DAS VERSÕES EXISTENTES E DEBATIDAS NOS AUTOS , COM VÁLIDO SUPORTE PROBATÓRIO, REPUTANDO-A O JÚRI A MAIS CONVENIENTE”(Ac. unâni. De 26.08 1991, in RT, 626/90, 5ª. Câm. Criminal, do Tribunal de Justiça de São Paulo, ap. crim. n.º 114.737, Relator Des. VANDERLEY BORGES, de Olympia, em 6-3-1992, RJTSP, LEX, Vol. 135/45)

Last but not least, adverte outro acatado colégio cameral, desta feita o respeitável Tribunal de Justiça das Alterosas, quando examinando matéria de cunho similar, ressalta

que:

(...) decisão manifestamente contrária à prova dos autos, apta a ensejar a anulação do Júri e a afastar a soberania de sua decisão é aquela proferida ao arrepio de tudo quanto mostram os autos, é aquela que não tem a suportá-la ou justificá-la, um único dado indicativo do acerto da conclusão adotada. Se, ao contrário, a decisão se assenta em algum dos elementos de convicção, tendo os jurados adotado uma das teses apresentadas para os fatos de que resultou a morte da vítima, não há que se falar que a decisão é manifestamente contrária à prova dos autos, já que o advérbio ‘manifestamente’, usado pelo legislador no art. 593, III, d, do CPP, dá bem a idéia de que só se admite seja o julgamento anulado quando a decisão do Conselho de Sentença for arbitrária por se dissociar inteiramente da prova dos autos”. (TJMG, RT 780/653).

Isto posto, diante dos fundamentos ora expendidos, conheço do presente recurso apelatório, por ser tempestivo, mas para negar-lhe provimento mantendo em sua íntegra a decisão do Tribunal Popular do Júri.

É como voto.

Fortaleza, 10 de novembro de 2006.

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

**APELAÇÃO CRIME Nº. 2004.0003.2706-2/0 –Quixeré- Ce
APELANTE: JOSÉ MARIA LIMA RIBEIRO
APELADA: A JUSTIÇA PÚBLICA**

RELATOR: DES. JOÃO BYRON DE FIGUEIREDO FROTA

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIME. DELITO DE TRÂNSITO. HOMICÍDIO CULPOSO. PRELIMINAR DE MALFERIMENTO DO DISPOSTO NOS ARTS. 384, PARÁGRAFO ÚNICO, CPP E 93, IX, CF. INOCORRÊNCIA. HIPÓTESE DE *EMENDATIO LIBELLI* E NÃO DE *MUTATIO LIBELLI*. NÃO RECONHECIMENTO DA OMISSÃO DE SOCORRO. IMPOSSIBILIDADE. CAUSA DE AUMENTO DEVIDAMENTE CONFIGURADA. PRELIMINARES REJEITADAS. NO MÉRITO, A OBRIGAÇÃO LEGAL DE SOCORRO À VÍTIMA NÃO É AFASTADA PELA MORTE DESTA. RECURSO IMPROVIDO. FIXAÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE E DA PENA DE SUSPENSÃO DA HABILITAÇÃO PARA DIRIGIR VEÍCULO AUTOMOTOR QUE DEVE GUARDAR SIMETRIA. REDUÇÃO EX OFFICIO.

Infere-se do próprio interrogatório do apelante a ocorrência da majorante da omissão de socorro, que se encontra, ainda, implicitamente, presente na peça acusatória, tendo o juízo *a quo* feito expressa referência aos meios de prova que respaldaram seu reconhecimento.

A morte da vítima não excluiu a obrigação legal do apelante de socorrê-la.

Em delitos de trânsito, as penalidades privativas de liberdade e restritivas de direito devem ser proporcionais no tocante à sua duração. Redução de ofício.

Recurso improvido.

Unânime.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Crime Nº 2004.0003.2706-2 da Comarca de **Quixeré**,

em que é apelante **José Maria Lima Ribeiro** e apelada a **Justiça Pública**.

A C O R D A a 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por julgamento de Turma, unanimemente, rejeitar as preliminares argüidas e, no mérito, ainda por votação unânime, negar provimento ao recurso, porém, de ofício, reduzir a pena de suspensão da carteira de habilitação, nos termos do voto do desembargador Relator.

O conspícuo representante ministerial em exercício na Comarca de Quixeré, neste Estado, ofertou denúncia contra José Maria Lima Ribeiro, bastante qualificado nos autos, dando-o como incurso nas penas do art. 302, da Lei 9.503/97.

Conforme se infere da denúncia, no dia 18 de junho de 2000, por volta das 19h00min, no Sítio Tomé, no município de Quixeré, o acusado, dirigindo o veículo, marca Mercedes Benz, de placas HUB 6494 – CE, transportava a Sra. Maria Giselda da Silva Simão Oliveira na carroceria, que veio a cair do referido automóvel, vindo a falecer.

Submetido ao devido processo legal, com os cuidados do contraditório e da ampla defesa, restou o réu condenado nas penas do art. 302, parágrafo único, inciso III, a 02 (dois) anos e 07 (sete) meses de detenção, em regime de cumprimento de pena aberto, substituída por duas penas restritivas de direitos consistentes em prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária, além de ser suspensa sua habilitação para dirigir pelo prazo de 02 (dois) anos. (fls. 117 a 119).

Irresignado com o veredicto encetou o acusado recurso apelatório, aduzindo, preliminarmente, que, com o aditamento da denúncia e a inclusão de qualificação penal mais grave sem a devida oportunidade de defesa do réu, tal fato, além de ferir norma constante do art. 384 e parágrafo único, do Código de Processo Penal, bem como a falta de fundamentação na sentença *a quo* não enfrentando a preliminar argüida nas alegações finais, constituem causas de nulidade absoluta, ferindo o disposto no art. 93, inciso IX, da Carta Magna, e, no mérito, que não seja reconhecida a qualificadora da omissão de socorro

para a fixação da pena no mínimo legal, requerendo, assim, a decretação de nulidade absoluta da sentença, por afronta aos princípios constitucionais, e que, ao final, não se reconheça a qualificadora do art. 302, parágrafo único, inciso III, do CTB. (fls.136 a 138)

A representante do *Parquet* ofereceu contra-razões, pugnando pela manutenção da decisão recorrida. (fls. 155 e 160)

Após o devido recebimento dos autos pelo Egrégio Tribunal de Justiça, foram estes remetidos à douta Procuradoria Geral de Justiça. A apreciação ministerial opinou pelo improvimento do apelo.

É o relatório.

Não faz jus à acolhida o recurso apelatório manejado. O magistrado, de acordo com as provas coligidas aos fólios, aplicou sentença justamente imposta dentro das normas permitidas pela legislação em vigor. Passemos à análise do apelo interposto.

O acusado alega, preliminarmente, em suas razões recursais, que o membro do Ministério Público aditou a denúncia para inserir qualificação penal mais grave presente no art. 302, parágrafo único, inciso III, do CTB, sem ser dada a oportunidade de defesa ao réu, ferindo o princípio da ampla defesa e do devido processo legal (art. 5º, inciso LIV, da CF), além da não observância, pelo magistrado, na sentença, do art. 384 e parágrafo único, do CPP, argüido nas alegações finais pelo apelante, e do art. 93, inciso IX, da Carta Magna, requerendo a nulidade do processo crime, e, no mérito, o não reconhecimento da qualificadora da omissão de socorro pelo fato de a vítima ter morrido instantaneamente.

Não merecem prosperar tais argumentos. Para o reconhecimento de nulidade do processo por cerceamento de defesa nos moldes do art. 384 e parágrafo único, é necessário que o fato elementar agravante não conste, explícita ou implicitamente, na denúncia, o que não se observa no caso em estudo, em que na denúncia deduz-se a narração da omissão

de socorro:

“(...) Os agentes da força pública ao serem noticiados sobre a ocorrência, passaram a diligenciar e prenderam ainda em flagrante o ora acusado (...) Registrando ainda o procedimento que o denunciado, ao sair do Sítio Tomé foi informado por seus filhos que a mulher transportada havia caído da carroceria do caminhão”. (Denúncia, fls. 03 e 04)

Outrossim, o próprio réu trouxe a lume a ocorrência da referida causa de aumento de pena no ato do interrogatório, como se depreende a seguir:

“(...) Que foi informado por um dos filhos que a vítima havia caído da carroceria que ao tomar conhecimento, ficou muito nervoso, tendo resolvido prosseguir viagem, indo para casa (...)” (Interrogatório, fls. 68)

Com isso, percebemos que o nobre magistrado sentenciou de acordo com o mandamento do art. 383, do CPP, que lhe autoriza dar ao fato definição jurídica diversa, ainda que resulte penalidade mais grave, tendo feito expressa referência aos meios de prova que o levaram a reconhecer a majorante da omissão de socorro, procedendo, assim, com a necessária fundamentação, não ferindo, como alegado, o art. 93, inciso IX, da CF/88, decidindo em consonância com as provas presentes nos autos, visto que também fora demonstrado o nexo causal entre a atitude do acusado de permitir que a vítima subisse na carroceria, que não se destinava ao transporte de pessoas, e o resultado morte.

É o caso típico de *emendatio libelli* e não de *mutatio libelli*, pretendida. Preliminares rejeitadas.

No mérito, acerca da caracterização da culpa em crimes de trânsito, a jurisprudência nacional pontifica a mesma

orientação:

“Homicídio culposo - Omissão de cautela ordinária e necessária - ... omissis ... - Imprudência e negligência caracterizadas - Condenação mantida - É justamente na previsibilidade dos acontecimentos e na ausência de precaução que reside a conceituação da culpa penal; a omissão de certos cuidados nos fatos ordinários da vida, perceptíveis à atenção comum, que se configuram as modalidades culposas da imprudência e negligência - ... omissis ...” (TACrimSP - 8.^a Câ. - ACr 845.691/4 - Rel. Juiz Paulo Dimas - j. 04.08.1994 - RT 711/344).

Em relação à omissão de socorro, aduz o apelante, para se eximir da culpa, que a vítima morreu instantaneamente. Então, mesmo que houvesse o socorro, este não teria qualquer efeito. Todavia, é pacífico na jurisprudência que a alegação de morte imediata da vítima não exclui a responsabilidade do condutor de prestar-lhe assistência:

“(...) Sabidamente, a omissão de socorro se caracteriza ainda que seja suprida por terceiros ou que se trate de vítima com morte instantânea ou com ferimentos leves.(...) (TJDF - 20040110310955APR, Relator LECIR MANOEL DA LUZ, 1^a Turma Criminal, julgado em 01/09/2005, DJ 23/11/2005 p. 213)”

“(...) A alegação de que a ajuda seria ineficaz, em razão da morte instantânea da vítima, não exclui a obrigação legal do agente em socorrê-la. No mais, não cabe ao réu, um leigo, atestar o óbito, mas sim a um profissional competente. (TJDF - 20020410087332APR, Relator SÉRGIO BITTENCOURT, 1^a Turma Criminal, julgado em 27/10/2005, DJ 18/01/2006 p. 88) .

Nessas condições, no tocante ao exposto, não se apresenta merecedora de reparo a sentença ora impugnada, razão por que, conhecimento do vertente apelo, mas para lhe negar provimento, em consonância com o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça. De ofício, porém, atento à simetria que deve ser observada entre a fixação da pena privativa de liberdade e da pena de suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor, reduzo para 04 (quatro) meses o prazo desta última sanção aplicada ao apelante.

Fortaleza, 26 de fevereiro de 2007.

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

Nº 2005.0000.0759-7/0

APELAÇÃO CRIME (de Palhano)

APELANTE: LIDUÍNO JOSÉ DE SOUSA

APELADO: A JUSTIÇA PÚBLICA

RELATOR : DES. LUIZ GERARDO DE PONTES BRÍGIDO

- Júri.

- Decisão manifestamente contrária à prova dos autos, corre por boca dos doutos, “é a que tem lastro causal aleatório”. Aos jurados é concedido julgar por convicção íntima, mas isto não quer dizer que o façam arbitrariamente, decidindo por suposições. Convicção íntima consubstancia persuasão pessoal operada por elementos probantes absolutamente tangíveis, inclassificável, daí, como justo o veredicto popular que se dissocia da prova “ou quando ela inexistente”. A soberania das decisões dos jurados deve ser encarada cum grano salis. Eles “são seres humanos e não estão imunes a erros

e imperfeições, de sorte que é imperativo o controle jurisdicional” dos seus julgados (Marcos Antônio Santos Bandeira). “Decisão soberana não é decisão onipotente e arbitrária “(Guilherme de Souza Nucci).

- Não fizeram boa Justiça os jurados de Palhano ao reconhecerem qualificadoras em homicídio sem testemunhas presenciais.

- Veredicto anulado, para que o réu seja rejuulgado, passando-se a seu favor alvará de soltura para aguardar solto a definição da culpa, tomado em consideração, no particular, que se trata de indivíduo primário, de bons antecedentes, humilde cortador de lenha, com família para criar e fortemente vinculado ao distrito da culpa. De feito, vibrante a ilegalidade da prisão, que dura, já, quatro anos e meses. Mantê-lo emparedado seria afrontar-lhe a dignidade humana, pois sua causa ainda não chegou ao fim e nem há prognóstico de quando chegará, embora a todos assegure a Constituição da Republica a garantia da razoável duração do processo.

- Ressalvada, na espécie, a possibilidade de rederecção da prisão cautelar, na superveniência de motivos que a justifiquem.

- Apelação provida à unanimidade e contra o parecer ministerial.

Vistos, relatados e examinados.

1 – O recorrente foi condenado pelo Tribunal do Júri de Palhano a doze anos e seis meses de reclusão pela prática de homicídio duplamente qualificado na pessoa de Márcio Ricardo Pereira de Oliveira.

Irresignado, principia o recurso com pedido para aguardar solto o resultado desta apelação. Para tal, declara-se primário e de bons antecedentes.

No mérito postula a anulação do **decisum** popular e a renovação do seu julgamento. Critica o reconhecimento das qualificadoras, pois o homicídio, diz, foi antecedido de discussão entre ele, recorrente, e a vítima, o que caracterizaria a legítima defesa negada pelos jurados.

Contra-arrazoamento deduzido pela Promotoria, com lógica requesta de confirmação do que deliberado pelo Júri.

A PGJ, em parecer, é pelo desprovemento do reclamo.

2 – O assassinio ocorreu na madrugada de 26 de maio de 2002, durante um animado samba no lugar São José, em Palhano, mas ninguém presenciou as particularidades que o antecederam nem o momento da sua consumação, porque o crime foi praticado longe do local em que se concentravam os freqüentadores e dançarinos. No entanto, “Pitoco”, como é conhecido o apelante, cuja profissão é a de cortador de lenha, é réu confesso e, segundo a sua versão, agiu em legítima defesa putativa. Teria sido provocado e seguido por Márcio Pereira Ricardo de Oliveira, a vítima, até que se virou e a atingiu com uma facada no coração, porquanto pressentira que ela lhe daria uma peixeirada pelas costas.

No caso, exatificadas a materialidade e a autoria do assassinato. O resto é nebuloso. Por ausência de testemunhas de vista, ignora-se a razão do desentendimento havido entre os sujeitos do delito, quem o iniciou, se trocaram ameaças, enfim, se a vítima estava desprevenida ao ser esfaqueada. No conjunto probatório nada de concreto, ou de objetivo, acerca dos pormenores do evento lesivo, salvo a voz geral de que tanto o acusado como a vítima, quando embriagados, gostavam de acabar samba.

Decisão manifestamente contrária à prova dos autos, corre por boca dos doutos, “é a que tem lastro causal aleatório”. Aos jurados é concedido julgar por convicção íntima, mas isto não quer dizer a transformem em arbitrariedade, decidindo por presunções. Convicção íntima consubstancia persuasão pessoal operada por elementos probantes absolutamente tangíveis, inclassificável, daí, como justo e correto o pronunciamento do colegiado leigo que se divorcia da prova

“ou quando ela inexistir” (v. RJTJRS nº 151, p. 257).

Não operou boa justiça o Júri de Palhano ao reconhecer as qualificadoras em homicídio sem testemunhas.

A soberania das decisões dos jurados deve ser encarada **cum grano salis**. Eles “são seres humanos e não estão imunes a erros e imperfeições, de sorte que é imperativo o controle jurisdicional da decisão do tribunal popular” (v. BANDEIRA, Marcos Antônio Santos. Aspectos Constitucionais do tribunal do júri. Princípios penais Constitucionais. Salvador: Edições Podivm, 2007, p. 478). Assim, “decisão soberana não é decisão onipotente e arbitrária” (NUCCI, Guilherme de Souza. Júri: princípios constitucionais. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 1999, p. 86).

Imperativo, bem se vê, seja renovado o julgamento do réu, a fim de que os juizes leigos redefinam a culpabilidade do apelante nos exatos limites do homicídio simples. É que, já salientado, não se divisam nos autos testemunhos taxativos acerca das qualificadoras da futilidade e da desprevenção da vítima. Igualmente incomprovada, e por idêntico porquê, a enigmática excludente da legítima defesa putativa a que se atribuiu o acusado.

De ver-se, enfim, que “Pitoco” preso em flagrante, está trancafiado há quatro anos e meses. A contingência, somada ao tempo que irá de hoje até o dia, não se sabe quando, do seu re julgamento, são vetores que desvirtuam a prisão provisória em antecipação da pena e atritam com a garantia constitucional da “razoável duração do processo”. De feito, a permanência de alguém **carcer ad custodiam**, indefinida e irrazoavelmente, “ofende, de modo frontal, o postulado da dignidade da pessoa humana” (STF, HC n. 85.988-PA (MC), Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, de 7.6.05, DJU de 10.6.05). Notadamente, acresço, se o preso é primário, mero cortador de lenha, com filhos a criar e, assim, radicalmente vinculado ao distrito da culpa. De atribuir-se, conseqüentemente, o direito de o réu aguardar em liberdade o novo julgamento, sem prejuízo da redeterminação da prisão provisória, sob forma de preventiva, se vier a dar causa à medida extrema.

3 – Do que posto, **ACORDA A 1ª CÂMARA CRIMINAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO CEARÁ**, à unanimidade, contra o parecer ministerial, em conhecer e prover a apelação, mandando o apelante rejuízo pelo Júri, expedido, de parelha, a seu favor, alvará de soltura clausulado, ressalvada a faculdade-dever de o juiz decretar a prisão preventiva do réu, se ele incorrer, por seu comportamento em liberdade, em causa determinante da medida extrema.

Vistos, relatados e discutidos.

Fortaleza, CE, 05 de fevereiro de 2007.

HABEAS CORPUS

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

**HABEAS CORPUS CRIME Nº 2006.0005.7031-1, de
TAMBORIL**

IMPETRANTE: Ismael Pedrosa Machado

IMPETRANTE: Magidiel Pedrosa Machado

PACIENTE: Ismael Martins de Sousa

IMPETRADO: Juiz de Direito da Comarca de Tamboril – Ce.

RELATOR: DES. JOÃO BYRON DE FIGUEIREDO FROTA

**EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL.
HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO.
PRISÃO EM FLAGRANTE. CRIME HEDIONDO.
PRESENÇA DOS REQUISITOS DA PRISÃO
PREVENTIVA. DENEGAÇÃO DA LIBERDADE
PROVISÓRIA. DECISÃO SUFICIENTEMENTE
FUNDAMENTADA NA VEDAÇÃO LEGAL DE
CONCESSÃO DO BENEFÍCIO, NA
PERICULOSIDADE E NA GARANTIA DA ORDEM
PÚBLICA.**

“Súmula 697 – STJ – A proibição de liberdade provisória nos processos por crimes hediondos não veda o relaxamento da prisão processual por excesso de prazo”.

“A primariedade e os bons antecedentes não afastam a possibilidade da decretação da prisão preventiva”. (JC 69/583).

“Justifica-se a prisão preventiva, se, na prática dos hediondos delitos que lhes são imputados, revelou o acusado torpeza, perversão, malvadez, cupidez ou insensibilidade moral”. (RT 512/376, 518/321 e RSTJ 8/154).

**Constrangimento ilegal não caracterizado.
Ordem denegada.**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* Crime Nº 2006.0005.7031-1 da Comarca de **Tamboril**, em que são impetrantes **Ismael Pedrosa Machado** e **Magidiel Pedrosa Machado**, paciente **Ismael Martins de Sousa** e impetrado o **Juiz de Direito da Comarca de Tamboril – Ce**.

ACORDA a 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por julgamento de Turma, por unanimidade, em denegar a ordem impetrada, em consonância com o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça.

Os ilustrados Advogados Ismael Pedrosa Machado e Magidiel Pedrosa Machado, no desempenho profissional, impetraram ordem de *Habeas Corpus*, com pleito de deferimento de provimento cautelar, em proveito de **ISMAEL MARTINS DE SOUSA**, bastante qualificado nos autos, preso e recolhido ao presídio local, desde 07 de janeiro do corrente ano, em decorrência de autuação em flagrante delito, acusado da prática do crime hediondo de homicídio qualificado pelo motivo fútil, delito definido nos artigos 121, § 2º, inciso II, do Código Penal Brasileiro e 1º e seguintes, da Lei Federal nº 8.072/90, fato ocorrido no dia 06 de janeiro de 2006, por volta das 23:00 horas, no Colégio Expedito Mendes Chaves, Distrito de Sucesso, jurisdição da comarca de Tamboril, local onde transcorria uma festa de término de curso, tendo como vítima Manoel Fernandes da Silva, morto a golpe de faca.

Aduziram os causídicos subscritores da impetração, como embasamento fático e jurídico ao sucesso do remédio mandamental que o paciente está suportando constrangimento ilegal, em sua liberdade de locomoção, de responsabilidade da ilustrada autoridade impetrada, vez que tem direito à liberdade provisória, mesmo sendo o delito imputado considerado inafiançável pela legislação especial, frente às suas condições subjetivas favoráveis, como a primariedade, bons antecedentes, endereço certo e profissão definida, rogando, ao final, pela liberação do paciente da clausura na qual está segregado.

Acostaram, os impetrantes, ao petítório, a documentação probante que reputaram necessária ao destreme

da ordem (fls. 11/94).

Denegada a medida cautelar reclamada em face da incomprovação, de plano, dos requisitos autorizatórios ao acolhimento (fls. 99).

Comparecendo ao sítio heróico, a eminente autoridade judiciária requerida informou a situação e marcha do processo, aduzindo, outrossim, que o paciente após o crime e tentar se evadir foi preso em flagrante delito pelo excídio à faca que vitimou Manoel Fernandes da Silva, sendo delatado, interrogado e denegada a súplica de liberdade provisória porque presentes os requisitos da prisão preventiva como garantia da ordem pública (fls. 107/109). As testemunhas arroladas pela acusação residentes na jurisdição já foram inquiridas e expedidas carta precatória para audição das residentes em Crateús.

A douta Procuradoria Geral de Justiça instada a manifestação, opinou pela denegação da ordem requerida.

É o relatório. Passo a votar.

Não merece sucesso o remédio heróico manejado, à míngua de amparo jurídico ao seu êxito.

Com efeito, processado criminalmente o paciente na jurisdição de procedência da impetração, acusado da prática do crime hediondo de homicídio qualificado pelo motivo fútil, tendo como vítima Manoel Fernandes da Silva, encontra-se segregado em decorrência de autuação em flagrante delito, devidamente homologado o auto coercitivo por não conter irregularidade técnica capaz de nulificar sua validade jurídica e, também, porque presentes os requisitos da prisão preventiva, como a prova de existência do crime e os indícios suficientes de autoria, além de fundamentada, a necessidade da segregação na periculosidade revelada na prática do crime, consumado sem motivo aparente, sem chance de defesa à vítima, que no momento se encontrava dançando, delito rotulado como hediondo pela legislação especial, exatamente porque subsistentes os requisitos da prisão preventiva, como garantia da ordem pública, foi denegada a súplica de liberdade provisória.

A impetração alinha apenas uma assertiva básica, tida pelos ilustres impetrantes como capaz de restituir à liberdade

o paciente: o direito subjetivo de ter deferida a liberdade provisória apesar da inafiançabilidade do crime imputado, frente às condições subjetivas favoráveis do paciente, primariedade, bons antecedentes, endereço certo e profissão definida.

Seguindo a linha dos argumentos deduzidos à exordial, com relação ao pleito de liberdade provisória, aflora expressa vedação legal, constante da Lei Federal nº 8.072/90, proibindo vários benefícios legais, entre eles a liberdade provisória, aos acusados de crimes considerados hediondos, entre os quais o homicídio qualificado.

Ademais, de tão reiterada a orientação tribunalícia impossibilitando a concessão da medida aspirada, mesmo primário o agente, restou sumulada, através do enunciado 697, do egrégio Superior Tribunal de Justiça:

“Súmula 697 – STJ – A proibição de liberdade provisória nos processos por crimes hediondos não veda o relaxamento da prisão processual por excesso de prazo”.

Na linha pretoriana, há consenso acerca da matéria, sufragando a orientação assentada na respeitável decisão impugnada que denegou, a concessão da liberdade provisória por expressa vedação legal e pela presença dos requisitos da prisão preventiva (fls. 107/109).

“EMENTA: (...) Crime hediondo. Prisão em flagrante. Proibição de liberdade provisória. Inteligência. Da proibição de liberdade provisória nos processos por crimes hediondos, contida no art. 2º, II, da Lei nº 8.072/90 e decorrente, aliás, da inafiançabilidade imposta pela Constituição, não se subtrai a hipótese de não ocorrência no caso dos motivos autorizadores da prisão preventiva”. (STF, HC 83.468-ES, DJU 27.02.2004, p. 00844).

Num maior aprofundamento da exegese do texto

constitucional em cotejo com a vedação legal da concessão da liberdade provisória nos delitos qualificados como hediondos, constante da Lei nº 8.072/90, assentou em definitivo, o Supremo Tribunal Federal, a linha interpretativa da matéria:

“(…) A proibição legal de concessão da liberdade provisória seria inócua, se a afastasse o juízo da não ocorrência no caso concreto, dos motivos autorizadores da prisão preventiva: precisamente porque a inoccorrência deles é uma das hipóteses de liberdade provisória do preso em flagrante (CPrPen, art. 310, parágrafo único, cf. L. 6416/77), o que a L. 8.072/90 a vedou se se cuida de prisão em flagrante de crime hediondo.

De outro lado, a proibição da liberdade provisória, nessa hipótese, deriva logicamente do preceito constitucional que impõe a inafiançabilidade das referidas infrações penais: como acentuou, com respaldo na doutrina, o voto vencido, no Tribunal do Espírito Santo, do il. Desemb. Sérgio Teixeira da Gama, seria ilógico que, vedado pelo art. 5º, XLII, da Constituição, a liberdade provisória mediante fiança nos crimes hediondos, fosse ela admissível nos casos legais de liberdade provisória sem fiança”. (HC 83.468-ES, DJU 27.02.2004, p. 00844).

Mesmo posicionamento é adotado pelo colendo Superior Tribunal de Justiça quanto ao tema, *verbis*:

“PROCESSO PENAL. CRIMES HEDIONDOS. LEI Nº 8.072/90. LIBERDADE PROVISÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. FLAGRANTE. ALEGAÇÃO DE INOCÊNCIA. INVIABILIDADE DE EXAME”. (STJ, RHC 2002/003196-8 – MG, DJU 18.11.2002).

Ainda examinando os argumentos deduzidos à exordial, com relação à alegação de inexistência dos requisitos

autorizatórios à decretação da prisão preventiva, a jurisprudência pretoriana tem facultado ao juiz instrutor, mais próximo dos fatos apurados, com base no seu prudente alvedrio, a decretação da prisão preventiva, bastando que fundamente concretamente na prova dos autos o seu convencimento acerca da necessidade de adoção da medida constritiva, não sendo elidida pela primariedade, bons antecedentes, endereço certo e profissão definida do paciente.

“Em matéria de conveniência de decretação da prisão preventiva, deve ser considerado o denominado princípio da confiança nos juízes próximos dos fatos e das pessoas envolvidas no episódio”. (JTACRESP 46/86).

“A primariedade e os bons antecedentes não afastam a possibilidade da decretação da prisão preventiva”. (JC 69/583).

“A primariedade e os bons antecedentes não impedem a decretação da custódia provisória se os fatos a justificam. Logo, quando o crime praticado se reveste de grande crueldade e violência, causando indignação na opinião pública, fica demonstrada a necessidade daquela cautela”. (RT 652/344).

De fato, a prova dos autos demonstra a existência do crime e indícios veementes de autoria, inclusive com o aprisionamento em flagrante delito, suficientes à decretação da prisão preventiva, se fosse o caso, desnecessária diante da homologação do flagrante e da decisão denegatória da liberdade provisória, medida válida e eficaz aos fins a que se destina, em cotejo com a prova pré-constituída que anima a impetração.

Ademais, desponta reiterada a orientação tribunalícia no sentido de que a periculosidade revelada na prática do crime é suficiente à decretação da prisão preventiva:

“Justifica-se a prisão preventiva, se, na prática dos hediondos delitos que lhes são imputados, revelou o acusado torpeza, perversão, malvadez, cupidez ou insensibilidade moral”. (RT 512/376, 518/321 e RSTJ 8/154).

Incensurável, pois, a decisão da eminente autoridade requerida em denegar a liberdade provisória no caso vertente, vedada pela remansosa e iterativa jurisprudência das Cortes Superiores, quando se tratar de delitos rotulados como hediondos.

Assim sendo, não configurado o alegado constrangimento ilegal à liberdade de locomoção do paciente a ser sanado pelo conduto mandamental, merece a ordem ser indeferida.

Isto posto, denega-se a ordem requerida, nos termos do pronunciamento da douta Procuradoria Geral de Justiça.

Fortaleza, 22 de Maio de 2006.

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

HABEAS CORPUS CRIME Nº 2006.0006.9477-0, de Eusébio

IMPETRANTE: Hilton Santos

PACIENTE: Marcílio Lima Câmara

IMPETRADO: Juiz de Direito da Comarca de Eusébio – Ce.

RELATOR: DES. JOÃO BYRON DE FIGUEIREDO FROTA

**EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL.
HABEAS CORPUS CRIME. NULIDADE
PROCESSUAL. CERCEAMENTO DE DEFESA.
INEXISTÊNCIA. DENEGAÇÃO DA ORDEM.
PROGRESSÃO DE REGIME. NÃO
CONHECIMENTO.**

1 – Paciente condenado pelo crime de tráfico de

entorpecentes (*crack*, cocaína e maconha). Juntada do laudo toxicológico da maconha pouco antes da data da sentença. Não aberta a possibilidade para o exercício do direito à manifestação da defesa sobre o referido laudo, causando cerceamento ao apenado.

2 – Condenação do Paciente com base noutras provas dos autos (laudo toxicológico do *crack* e da cocaína, confissão e depoimento de testemunhas).

3 – Irrelevância da alegada prova nula na condenação do Paciente. Condenação com base no conjunto probatório do processo. (*TRF-1ª Região: “Penal. Processo Penal. Tráfico internacional de entorpecentes. Art. 12, caput, da Lei nº 6.368/76. Violação ao art. 38 da Lei nº 10.409/02. Não ocorrência. Materialidade e autoria comprovadas. Causa de aumento de pena descrita no art. 18, I, da mesma Lei nº 6.368/76. Incidência. Laudo toxicológico juntado após a instrução. Mera irregularidade”*. (Ap. Crime nº 2003.30.00.001612-9/AC, Rel. Des. Ítalo Fioravanti Sabo Mendes, 4ª Turma, j. 28.06.2005, DJ 26.07.2005, p.41).

4 – Ordem denegada quanto à nulidade suscitada. Não conhecido o pedido de progressão de regime.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus Crime Nº 2006.0006.9477-0 da Comarca de **Eusébio** em que é impetrante **Hilton Santos**, paciente **Marcílio Lima Câmara** e impetrado o **Juiz de Direito da Comarca de Eusébio – Ce**.

ACORDA a 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por julgamento de Turma, por unanimidade, em denegar a ordem impetrada quanto à nulidade suscitada e não tomar conhecimento quanto ao pedido de

progressão de regime, em dissonância com o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça.

Tratam os presentes autos de Habeas Corpus, com pedido de liminar, impetrado pelo advogado **Hilton Santos**, em favor de **Marcílio Lima Câmara**, já devidamente qualificado, contra ato tido como coator do MM. Juiz de Direito da Comarca de Eusébio.

Afirma o Impetrante que o Paciente foi condenado pela prática do crime de tráfico de entorpecentes (art. 12 da Lei nº.6.368/76), conforme a sentença de fls. 11/15. Alega que tal *decisum* pautou-se em prova nula, pois a mesma não foi levada a conhecimento da defesa, causando-lhe assim cerceamento de seu mister. Por fim, aduz que a r. sentença condenatória denegou o direito do Paciente de recorrer em liberdade e à progressão de regime prisional, por força do art. 2º, §1º, da Lei nº.8.072/90, desrespeitando a nova orientação do Supremo Tribunal Federal quanto à individualização da pena. Liminarmente, requer a expedição de alvará de soltura do paciente, tendo em vista o excesso de prazo de sua prisão.

Negado o pleito liminar requestado (fl. 27).

Apresentadas as informações da autoridade impetrada (fls. 29/30).

A douta Procuradoria Geral de Justiça, por sua ilustre Representante, ofertou parecer pugnando pela concessão da ordem, determinando-se o afastamento da vedação de progressão do regime, que deverá ser analisado oportunamente pelo MM. Juiz da Execução (fls. 48/52).

É o relatório. Passo a votar.

Compulsando-se detidamente os presentes autos, verificamos que o *mandamus* em apreço não deve ser acolhido por esta Egrégia Corte, tendo em vista a inexistência das nulidades alegadas durante o *iter* procedimental.

Antes de adentrar ao *meritum causae*, mister uma breve exposição sobre as nulidades no processo penal pátrio.

O sistema de nulidades no âmbito do processo penal brasileiro adota certos critérios legais que norteiam o juiz na apreciação das irregularidades dos atos processuais.

Predomina, hoje em dia, o sistema da “instrumentalidade das formas”.

Neste sistema “se dá mais valor à *finalidade* pela qual a forma foi instituída e ao *prejuízo* causado pelo ato atípico, cabendo ao magistrado verificar, diante de cada situação, a conveniência de retirar-se a eficácia do ato praticado em desacordo com o modelo legal”. Desta feita, o Código de Processo Penal pátrio adota certos princípios gerais nessa matéria, a saber: o do *prejuízo*, o da *causalidade*, o do *interesse* e o da *convalidação*.

Pelo **princípio do prejuízo**, somente se sacrificaria o objetivo maior da atividade jurisdicional se o reconhecimento da invalidade do ato causar um prejuízo a um dos interessados no processo. Eis a reconhecida expressão utilizada na doutrina francesa: *pas de nullité sans grief*.

Pelo **princípio da causalidade**, deve-se verificar se a ausência ou a invalidade de determinado ato processual também atingiu os outros atos a ele ligados, caracterizando assim o nexu causal entre o ato nulo e os atos que o sucedem.

O **princípio do interesse** revela-se como uma necessidade de apreciação sobre as vantagens que a providência possa representar para quem invoca a irregularidade.

Por fim, o **princípio da convalidação** traduz-se como um remédio pelo qual será possível aproveitar-se a atividade processual atípica, sanando-se a irregularidade ou reparando-se o prejuízo, por razões de economia processual.

Com base nos princípios processuais retro mencionados, percebe-se que no caso em apreço não ocorreu a nulidade suscitada pela Impetrante. Em verdade, se não houve nexu de causalidade entre o laudo de exame toxicológico da maconha apreendida e a condenação do Paciente, não há que se falar em nulidade da sentença condenatória. Isto porque o Paciente foi condenado com base em todo o conjunto probatório, ou seja, com apoio nos laudos de exames toxicológicos provisórios das substâncias entorpecentes (fls. 32 a 34) e dos laudos definitivos do *crack* e da cocaína. Ademais, no curso da fase inquisitorial, o Paciente confessa ser o proprietário de toda

a substância entorpecente apreendida (termo de fls. 35/39).

Desta feita, o alegado cerceamento de defesa porventura existente quando da não observância do princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa, neste caso, não ocorreu. Repita-se: a sentença condenatória do magistrado impetrado baseou-se no farto conjunto probatório inserto no caderno processual (outros laudos, confissão e testemunhas) e a não abertura da possibilidade de manifestação da defesa para argüir sobre o laudo toxicológico da maconha, certamente, não constituiu nulidade, mas uma mera irregularidade.

A jurisprudência pátria corrobora a inteligência de tal raciocínio a respeito da nulidade suscitada, reconhecendo não haver cerceamento de defesa nesses casos:

STF: “HABEAS CORPUS. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. PROVA. Reconhecimento fotográfico na fase inquisitória com observância do art. 226 do CPP. Renovação dos atos probatórios na instrução judicial, sob o crivo do contraditório. Prova que não constitui único elemento na formação da convicção do juízo da condenação. Nulidade inexistente. Assistência judiciária. Dispensa das testemunhas de defesa e da acusação na audiência de instrução. Ausência de defesa não caracterizada. Efetivo prejuízo não demonstrado (art. 563, CPC). Oportunidade de alegação, já superada (arts. 564, IV, 571, II, 572, CPP). Ordem conhecida, mas indeferida.” (HC 69879/SP, Rel. Min. Paulo Brossard, 2ª Turma, j. 08.06.1993, DJ 26.11.1993, p. 25532).

TRF - 1ª Região: “PENAL. PROCESSO PENAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES. ART. 12, CAPUT, DA LEI Nº 6.368/76. VIOLAÇÃO AO ART. 38 DA LEI Nº 10.409/02. NÃO OCORRÊNCIA. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. CAUSA DE AUMENTO

DE PENA DESCRITA NO ART. 18, I, DA MESMA LEI Nº 6.368/76. INCIDÊNCIA. LAUDO TOXICOLÓGICO JUNTADO APÓS A INSTRUÇÃO. MERA IRREGULARIDADE”. (Ap. Crime nº 2003.30.00.001612-9/AC, Rel. Des. Ítalo Fioravanti Sabo Mendes, 4ª Turma, j. 28.06.2005, DJ 26.07.2005, p.41).

TJRS: “APELAÇÃO CRIME. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. INCONFORMISMO DEFENSIVO. PRELIMINAR DE NULIDADE DO LAUDO TOXICOLÓGICO AFASTADA. NO MÉRITO, EXISTÊNCIA DE PROVAS ACERCA DA MATERIALIDADE E DA AUTORIA DOS DELITOS. RÉU QUE TINHA EM DEPÓSITO MACONHA DESTINADA AO CONSUMO DE TERCEIROS. CONDUTA QUE SE AMOLDA AO ART. 12 DA LEI Nº 6.368/76. REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA, ESTIPULADO EM INTEGRAL FECHADO. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º, §1º, DA LEI Nº 8.072/90, AO VEDAR A PROGRESSÃO DE REGIME AOS CONDENADOS POR CRIMES HEDIONDOS. POR MAIORIA, MANTIVERAM O REGIME INTEGRAL FECHADO FIXADO NA SENTENÇA, VENCIDO O DES. RELATOR QUE ESTIPULAVA O REGIME INICIAL FECHADO E SUBSTITUÍA A PENA CARCERÁRIA POR DUAS RESTRITIVAS DE DIREITOS.” (Ap. Crime nº 70006615579, 2ª Câmara Crim, Rel. Des. Antônio Carlos Netto de Mangabeira, j. 11.03.2004).

Diante da jurisprudência colacionada, não restam dúvidas sobre a mera irregularidade suscitada e não nulidade, por não ter havido cerceamento de defesa, tendo o magistrado condenado o Paciente com esteio nas outras provas constantes dos autos.

O outro pedido feito no *writ* é relativo ao regime

prisonal imposto pela sentença *a quo*. Argumenta o Impetrante que o Supremo Tribunal Federal, recentemente, julgou inconstitucional a vedação legal à progressão de regime aos condenados por crimes hediondos (art. 2º, §1º, Lei 8.072/90). Sendo o caso *sub judice*, alega que o Paciente também teria direito a um regime prisional mais brando, por ser primário e sem antecedentes criminais.

Neste ponto, ao contrário do parecer ministerial, não entendemos possuir razão o Impetrante. A questão sobre o estabelecimento do regime prisional é matéria de competência do Juízo Natural sentenciante, ao passo que a competência para a execução da pena é do Juízo das Execuções Penais (art. 66, inciso III, alínea *b*, L.E.P.).

É certo que o regime de cumprimento da pena imposto ao Paciente deve obedecer aos critérios do art. 59 do Código Penal, combinado com o art. 2º da Lei de Crimes Hediondos, os quais entendemos plenamente observados. No caso do estupro praticado (crime hediondo), existe a peculiaridade da vedação legal, mas que tal regra, contudo, não foi expelida do ordenamento jurídico pátrio.

O citado dispositivo legal apenas sofreu uma interpretação da Excelsa Corte que, por maioria, deferiu pedido de Habeas Corpus e declarou, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, que veda a possibilidade de progressão do regime de cumprimento da pena nos crimes hediondos definidos no art. 1º do mesmo diploma legal. Inicialmente, o Tribunal resolveu restringir a análise da matéria à progressão de regime, tendo em conta o pedido formulado. Quanto a esse ponto, entendeu-se que a vedação de progressão de regime prevista na norma impugnada afronta o direito à individualização da pena (CF, art. 5º, LXVI), já que, ao não permitir que se considerem as particularidades de cada pessoa, a sua capacidade de reintegração social e os esforços aplicados com vistas à ressocialização, acaba tornando inócua a garantia constitucional. Ressaltou-se, também, que o dispositivo impugnado apresenta incoerência, porquanto impede a progressividade, mas admite o livramento condicional após o

cumprimento de dois terços da pena (Lei 8.072/90, art. 5º). Considerou-se, ademais, ter havido derrogação tácita do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90 pela Lei 9.455/97, que dispõe sobre os crimes de tortura, haja vista ser norma mais benéfica, já que permite, pelo § 7º do seu art. 1º, a progressividade do regime de cumprimento da pena. Vencidos os Ministros Carlos Velloso, Joaquim Barbosa, Ellen Gracie, Celso de Mello e Nelson Jobim, que indeferiam a ordem, mantendo a orientação até então fixada pela Corte no sentido da constitucionalidade da norma atacada. O Tribunal, por unanimidade, explicitou que a declaração incidental de inconstitucionalidade do preceito legal em questão não gerará conseqüências jurídicas com relação às penas já extintas nesta data, já que a decisão plenária envolve, unicamente, o afastamento do óbice representado pela norma ora declarada inconstitucional, sem prejuízo da apreciação, caso a caso, pelo magistrado competente, dos demais requisitos pertinentes ao reconhecimento da possibilidade de progressão. (STF, HC 82959/SP, rel. Min. Marco Aurélio, j. em 23.02.2006).

Após tal decisão, diversos precedentes seguiram-se na mesma Corte (HC 88.025/DF, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, j. 04.04.06, DJ 28.04.06, p. 47; AI 598.296/RS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, j. 28.03.06, DJ 20.04.06, p. 14; HC 86.541/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, 1ª Turma, j. 28.03.06, DJ 28.04.06, p.23; e HC 86.194/DF, Rel. Min. Eros Grau, 1ª Turma, j. 07.03.06, DJ 24.03.06, p. 36).

Percebe-se, assim, que não existe mais, atualmente, a obrigatoriedade do regime fechado para os condenados por crimes hediondos, o que não exclui a possibilidade da aplicação de tal regime, desde que fundamentados e observados os critérios subjetivos e individuais de cada apenado. Em suma, entendemos que a progressão do regime requerida pelo Impetrante em favor do Paciente deva ser analisada pelo Juízo competente, qual seja, o Juízo das Execuções Criminais, este sim incumbido da competência legal para analisar as condições subjetivas e individuais do comportamento carcerário do apenado. Tal pedido em sede de Habeas Corpus, portanto, não merece ser conhecido.

Ex positis, com fundamento nas razões já declinadas, voto no sentido de denegar a presente ordem quanto à nulidade suscitada e não conhecer da ordem quanto ao pedido de progressão de regime, em dissonância ao parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça.

Fortaleza, 29 de Maio de 2006.

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

HABEAS CORPUS CRIME Nº 2006.0007.9747-2, de FORTALEZA

IMPETRANTE: José Evangelista e Silva Neto

PACIENTE: Dyan Cordeiro Batista

IMPETRADO: Juiz de Direito da Vara de Execuções Criminais de Fortaleza – Ce.

RELATOR: DES. JOÃO BYRON DE FIGUEIREDO FROTA

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO TRIPLAMENTE QUALIFICADO PELA FUTILIDADE, CRUELDADE E DESPREVENÇÃO. CRIME HEDIONDO. CONDENAÇÃO A PENA DE 14 (QUATORZE) ANOS DE RECLUSÃO NO REGIME INTEGRALMENTE FECHADO. RECURSO APELATÓRIO. PLEITO DE PROGRESSÃO DO REGIME PRISIONAL EM FACE DO CUMPRIMENTO DO TEMPO NECESSÁRIO. INDEFERIMENTO PELA AUTORIDADE REQUERIDA. IMPOSSIBILIDADE DE SOLUÇÃO DA CONTROVÉRSIA NA VIA HERÓICA ELEITA.
“O Habeas Corpus é um instrumento de dignidade constitucional destinado a garantir o direito de locomoção, violado ou ameaçado, por

ato ilegal ou abusivo de poder. Inviável a concessão do writ quando a pretensão nele veiculada concerne a pedido de mudança de regime prisional". (STJ, RSTJ 72/116).

"REGRESSÃO DE REGIME. HABEAS CORPUS. AGRAVO EM EXECUÇÃO DA PENA. RECURSO PRÓPRIO. Incabível a impetração de Habeas Corpus quando a pretensão é tão-somente a regressão de regime, considerando a possibilidade da interposição de agravo em execução de pena, no qual poderão ser analisados os critérios objetivos e subjetivos para a concessão de eventuais benefícios". (TJRO HC nº 200.000.2004.000026-5, j. 28.01.2004).

Ordem não conhecida.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus Crime Nº 2006.0007.9747-2 da Comarca de **Fortaleza** em que é impetrante **José Evangelista e Silva Neto**, paciente **Dyan Cordeiro Batista** e impetrado o **Juiz de Direito da Vara de Execuções Criminais de Fortaleza – Ce**.

ACORDA a 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por julgamento de Turma, por unanimidade, em não tomar conhecimento do pedido, ante a impropriedade da via eleita, nos termos do voto do Des. Relator.

O ilustre Contador José Evangelista e Silva Neto, no exercício de direito constitucionalmente assegurado, ingressou com Habeas Corpus, com pleito de provimento liminar, em benefício de **DYAN CORDEIRO BATISTA**, agnome "Nenen", bastante qualificado nos autos, condenado a pena definitiva de 14 (quatorze) anos de reclusão, no regime integralmente fechado, dada a hediondez do crime perpetrado, sem direito de apelar em liberdade (mantido no cárcere desde o decreto de prisão preventiva), por violação ao artigo 121, § 2º, incisos II, III e IV, do Código Penal Brasileiro, onde tipificado o homicídio triplamente qualificado, pela futilidade, pela crueldade e pela desprevenção, tendo como vítima José Alves Façanha, morto a pedradas, socos

e pontapés, pelo paciente e mais os comparsas Antonio Marcos da Silva, apelido “Lourinho” e Igor da Silva Vidal, epíteto “Igor Negão”, fato ocorrido no dia 05 de julho de 2002, por volta das 02:30 horas, na Praça Central da Cidade 2000, nesta Capital.

Aduziu, o culto impetrante, sinteticamente, a inconstitucionalidade da Lei nº 8.072/90 (Crimes Hediondos), no que tange à vedação de progressão do regime prisional aos condenados pela prática dos delitos nela contemplados, concluindo seus argumentos pela ilegalidade da prisão, haja vista que já cumpriu o tempo necessário à progressão do regime (1/6 da pena), a ser proferida em sede de execução provisória da sentença penal, na pendência de recurso apelatório já devidamente manejado (fls. 03). O pleito de progressão do regime carcerário restou denegado pela autoridade requerida sob o argumento de que o crime perpetrado e pelo qual restou condenado, está qualificado como hediondo, impossibilitando a progressão do regime. Pugnou, no final, pela concessão de progressão do regime, entendendo satisfeitos os requisitos legais, frente às decisões recentes do Excelso Supremo Tribunal Federal afastando a vedação à progressão do regime prisional, nos crimes rotulados de hediondos pela legislação especial.

Insta observar, de logo, que não foram acostadas as razões apelatórias, nem comprovação documental do tempo de prisão devidamente cumprido, de sorte a ensejar um exame, mesmo que superficial, dos fundamentos da irresignação, em cotejo com os argumentos deduzidos no remédio heróico, para se constatar se não eram meros reprises e que a manutenção do aprisionamento do paciente deveu-se aos péssimos antecedentes criminais, com processos nas Primeira e Sexta Varas do Júri, Nona Vara Criminal e Vara das Execuções Penais, consoante demonstra a certidão acostada (fls. 61/62).

A medida liminar restou indeferida, à míngua de demonstração dos requisitos autorizatórios o acolhimento (fls. 84).

Comparecendo ao sítio mandamental a eminente autoridade requerida noticiou a situação e marcha do processo e que a sentença condenatória, alvejada por meio de recurso

apelo, porém, sem direito de recorrer em liberdade, impôs a pena definitiva de 14 (quatorze) anos de reclusão, deveria ser cumprida no regime integralmente fechado, em face da hediondez do delito imputado. Asseverou, por fim, que denegou o pleito de progressão do regime prisional porque o paciente não implementava os requisitos necessários ao deferimento do benefício aspirado (fls. 86/88).

A douta Procuradoria Geral da Justiça, instada a manifestação, opinou desfavoravelmente à progressão do regime pleiteada na impetração, porém, pela concessão da ordem para que seja recomendada a realização do exame criminológico no paciente, conferindo ou não a progressão colimada.

É o relatório. Passo a votar.

Nada obstante as recentes e históricas decisões do Pretório Excelso, em sede de controle difuso de inconstitucionalidade da Lei nº 8.072/90, nas quais afastado o óbice à progressão do regime nos crimes qualificados como hediondos, os precedentes da egrégia Segunda Câmara Criminal, nos casos idênticos ao presente, firmam-se, é certo que por maioria, pelo não conhecimento da impetração, ante a impropriedade da via eleita.

Com efeito, acerca do não conhecimento da impetração, avulta como ponto incontroverso a inadequação do remédio heróico quando o objetivo buscado é a mudança do regime carcerário.

Na feliz expressão do mestre Júlio Fabbrini Mirabete com sua peculiar agudeza conceitual, destaca-se o trecho, pela inegável pertinência:

“(…) Falta legítimo interesse quando o pedido de Habeas Corpus é inadequado à providência que o impetrante pretende obter”. (In Código de Processo Penal Interpretado, São Paulo: Atlas, 2002, p. 1.677).

Afora com nitidez, que o mérito da impetração reside, exatamente, na possibilidade de progressão do regime prisional do paciente para o semi-aberto, aos condenados por crime

hediondo, a ser resolvido, de logo, pela egrégia Câmara Criminal, frente à recente decisão do Pretório Excelso, o qual, em sede de controle difuso de inconstitucionalidade, sem eficácia *erga omnes*, nem efeito vinculante, decidiu, por maioria, pela viabilidade de progressão do regime, desde que atendidos os requisitos objetivo (lapso temporal de cumprimento da pena em execução, ainda que provisória) e subjetivo (merecimento do condenado e sua adaptação ao regime mais brando sem risco para a sociedade). A matéria deve ser examinada e resolvida, mediante pedido formal, já efetivado e denegado, pelo Juízo competente das Execuções Penais, daí a irrisignação sobre a denegação da progressão merecer solução em sede de agravo em execução e não de Habeas Corpus.

Assim restou definido no julgamento do Excelso Supremo Tribunal Federal:

“PENA. REGIME DE CUMPRIMENTO. PROGRESSÃO. RAZÃO DE SER. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semi-aberto e aberto, tem como razão maior de ser a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social. PENA. CRIMES HEDIONDOS. REGIME DE CUMPRIMENTO. ÓBICE. ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/90. INCONSTITUCIONALIDADE. EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL. Conflita com a garantia da individualização da pena – art. 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal – a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90”. (STF, HC nº 83.219-SP, DJU 26.05.06).

Na mesma linha de posicionamento, seguindo o precedente:

“(…) Crime hediondo. Regime de cumprimento da pena. Progressão. Ao julgar o Habeas Corpus 82.959, 23.02.06, Marco Aurélio, Inf. 418, o Plenário do Supremo Tribunal Federal declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90 – que determina o regime integralmente fechado para o cumprimento da pena imposta ao condenado pela prática de crime hediondo – por violação da garantia constitucional da individualização da pena (CF, art. 5º, LXVI). Deferimento de Habeas Corpus de ofício, para afastar o óbice do regime fechado imposto pela norma cuja inconstitucionalidade se declarou, cabendo ao Juízo das Execuções, como entender de direito, analisar a eventual presença dos demais requisitos da progressão”. (STF, AI 527.990/RS, DJU 05.05.06, p. 19).

Não diverge da orientação o colendo Superior Tribunal de Justiça:

“PROCESSUAL PENAL. LATROCÍNIO. HABEAS CORPUS. HEDIONDEZ. PEDIDO DE PROGRESSÃO DO REGIME PRISIONAL. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/90, PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AFASTAMENTO DO ÓBICE LEGAL. PEDIDO QUE DEVERÁ SER EXAMINADO PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES CRIMINAIS.

(...) 4. O Pretório Excelso, em sua composição plenária, no julgamento do HC Nº 82.959/SP, em 23 de fevereiro de 2006, declarou, em sede de controle difuso, inconstitucional o óbice contido na Lei dos Crimes Hediondos que veda a possibilidade de progressão do regime prisional aos condenados pela

prática dos delitos nela elencados.

5. Tal entendimento, firmou-se na interpretação sistêmica dos princípios constitucionais da individualização da pena, da isonomia e da humanidade da pena.

6. Afastou-se, assim, a proibição legal quanto à impossibilidade de progressão carcerária aos condenados pela prática de crimes hediondos e equiparados, tendo sido, todavia, ressalvado pelo Supremo Tribunal Federal, no mencionado precedente, que caberá ao juízo das execuções penais analisar os pedidos de progressão considerando o comportamento de cada condenado”. (STJ, HC Nº 48.280/SP, DJU 02.05.2006, p. 352).

Como exaustivamente acentuado os memoráveis precedentes, asseguram a possibilidade de progressão do regime prisional aos condenados pela prática de crimes qualificados como hediondos, entretanto, afastado o óbice legal da Lei nº 8.072/90, condicionam a apreciação e solução do pleito, ao conhecimento do Juízo das Execuções Penais, mediante satisfação conjunta dos requisitos objetivo (temporal) e subjetivo (merecimento e adaptação ao novo regime, sem risco para a sociedade), sob pena de supressão de instância, donde se conclui, sem maiores esforços, pela inviabilidade de concessão da ordem requerida, nos termos propostos, com a concessão da progressão do regime para o semi-aberto, sem o prévio exame da matéria pelo juízo competente das Execuções Penais e longe da sede própria que é, no caso, o Agravo em Execução, manejado pela irrisignação quanto ao indeferimento da almejada mudança de regime.

Por outro lado, reforçando o argumento, a jurisprudência pretoriana tem consolidado o entendimento de impossibilidade de acionamento do remédio heróico na pendência de recurso apelatório, salvo na hipótese de nulidade manifesta:

“Em princípio pode ser impetrado Habeas Corpus na pendência de recurso apelatório. Sendo, porém, idênticos os elementos de ambos, não é aconselhável o Habeas Corpus, pois nele não se admite o exame aprofundado da prova”. (STF, RT 574/460 e 640/272).

“Não se tratando de argüição de nulidade evidente, não cabe Habeas Corpus enquanto pendente de julgamento recurso, porque não se vislumbra qualquer violência jurídica contra a liberdade de locomoção do réu”. (RT 617/298 e RSTJ 55/302).

Evoluindo no tema, não emerge recepção jurisprudencial para a impetração de remédio heróico que tenha por finalidade o exame de questão relacionada à progressão do regime penal:

“O Habeas Corpus não se presta ao exame de questão relativa à progressão do regime prisional, situado no domínio dos fatos”. (STJ, RSTJ 28/175).

“O Habeas Corpus é um instrumento de dignidade constitucional destinado a garantir o direito de locomoção, violado ou ameaçado, por ato ilegal ou abusivo de poder. Inviável a concessão do writ quando a pretensão nele veiculada concerne a pedido de mudança de regime prisional”. (STJ, RSTJ 72/116).

Emerge com clareza solar, pelos escólio tribunalícios colacionados, a inviabilidade de impetração de Habeas Corpus objetivando a mudança do regime de cumprimento da pena imposta.

Nada obstante, como frisado nas recentes decisões da Corte Excelsa, afastado o óbice vedatório da progressão do regime, na hipótese de crime hediondo, firma-se no Juízo das

Execuções Penais a competência para exame e deliberação acerca da satisfação dos requisitos legais objetivo (tempo) e subjetivo (mérito e adaptação ao novo regime), refugindo à Corte Revisora a competência para dirimir a controvérsia, senão na sede do apelo, ou, especificamente, no agravo em execução, não na via mandamental eleita, sob pena de supressão da instância monocrática.

Colhe-se o entendimento jurisprudencial:

“A legislação deixa ao prudente arbítrio do magistrado o exame das condições subjetivas do reeducando. Isso porque a progressão não é um direito absoluto, mas está condicionada à segurança da vida em sociedade”. (RT 717/384).

“Para o reconhecimento do direito à progressão do regime prisional não basta o cumprimento de 1/6 da pena. Necessária, também, a avaliação do mérito do condenado”. (RSTJ 50/411).

“Regime prisional fechado. Progressão para o regime semi-aberto. Inadmissibilidade pela ausência de merecimento através de sua personalidade, ainda que tenha cumprido 1/6 da pena. Aplicação do princípio *in dubio pro societate*. Ainda que o condenado tenha cumprido 1/6 da pena, ou seja, o tempo necessário para concessão da progressão de regime prisional fechado para o semi-aberto, só poderá obter tal benefício se preencher o requisito subjetivo, ou seja, o merecimento através de sua personalidade, pois em sede de execução criminal vigora o princípio do *in dubio pro societate*”. (RT 744/579).

Mais uma vez ecoa como ponto inelutável que o impetrante utilizou-se da via imprópria para sua reclamação acerca da progressão do regime, sendo certo que a matéria deve

ser enfrentada em conduto de incidente de execução, e, se for o caso, do respectivo agravo, remédio apto e eficaz para o equacionamento da controvérsia suscitada:

“É cabível a interposição de agravo em execução, e não de Habeas Corpus, para combater a decisão que determina a regressão do regime prisional, uma vez que esta hipótese não se encaixa em nenhuma das sete, de coação ilegal, enumeradas no art. 648 do CPP”. (TACRIMSP HC nº 372426/8, Rel. Juiz Ricardo Tucunduva, DOESP 09.01.2001).

“Agravo em Execução. Interposição contra incidente ocorrido na fase executória da pena, é cabível o Agravo em Execução, conforme preceitua o art. 197, da LEP, com adoção do rito do Recurso Crime em Sentido Estrito”. (TACRIMSP, RCSE nº 11.24353/3, j. 10.12.98).

“REGRESSÃO DE REGIME. HABEAS CORPUS. AGRAVO EM EXECUÇÃO DA PENA. RECURSO PRÓPRIO. Incabível impetração de Habeas Corpus quando a pretensão é tão-somente a regressão de regime, considerando a possibilidade da interposição de agravo em execução de pena, no qual poderão ser analisados os critérios objetivos e subjetivos para a concessão de eventuais benefícios”. (TJRO HC nº 200.000.2004.000026-5, j. 28.01.2004).

Isto posto, não se conhece da impetração, ante a impropriedade da via eleita, nos termos do voto do Desembargador Relator.

Fortaleza, 26 de Junho de 2006.

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

**Nº 2006.0009.0770-7 PETIÇÃO DE HABEAS CORPUS
COMARCA: LIMOEIRO DO NORTE
IMPETRANTE: ANTÔNIO EVILÁSIO SOARES
PACIENTE: JOSÉ HAROLDO DA SILVA JÚNIOR
IMPETRADO: JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA
RELATOR: DES. RAIMUNDO EYMARD RIBEIRO DE
AMOREIRA**

EMENTA: CONSTITUCIONAL – PROCESSUAL PENAL – HABEAS CORPUS – PACIENTE MERECEDOR DE LIBERDADE PROVISÓRIA – FATO CRIMINOSO PROMOVIDO POR INSTRUMENTO AGRICOLA - PEDIDO INDEFERIDO AO ARGUMENTO DA HEDIONDEZ DO CRIME.

I - Não admitir a liberdade provisória quando o agente goza do permissivo do § único do art. 310 do CPP, é olvidar que os Tribunais Superiores, nesse tocante, tem acolhido o entendimento de que a providência do art. 2º, II, da Lei n.º 8.072/90, de obstar a concessão de liberdade provisória, maltrata o inciso XLIII, do art. 5º da Carta da República.

II - Nesse considerar, vale a pena trazer a colação aresto do Superior Tribunal de Justiça, in verbis:

“A Constituição Federal, art. 5º, XLIII, não autoriza o legislador ordinário a suprimir o direito à liberdade provisória, corolário do direito constitucional à presunção da inocência.HC conhecido – Ordem deferida” – STJ – HC 3833 – Rel. Edson Vidigal DJU 26.1.96. P.4.026

III - A semelhança dispensada pela lei ordinária ao crime praticado pelo paciente e os crimes hediondos, por si só não é suficiente para vedar a concessão da liberdade provisória, até porque as suas condições subjetivas e a ausência dos requisitos para a prisão sem pena, permitem que o mesmo responda o processo em liberdade.

IV - Ordem concedida. Decisão unânime.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de petição de habeas corpus, nº 2006.0009.0770-7, de Limoeiro do Norte, em que é impetrante o advogado Antônio Evilásio Soares, paciente José Haroldo da Silva Júnior, sendo autoridade impetrada o Juiz de Direito da 1ª Vara da Comarca.

Acorda a Turma, por unanimidade de votos, em conceder a ordem impetrada, assim como opinou a douta Procuradoria Geral de Justiça.

O advogado Antônio Evilásio Soares, impetrou a presente ordem de habeas corpus em favor do paciente José Haroldo da Silva Júnior, qualificado nos autos, por haver o mesmo sido preso em flagrante delito por infração ao artigo 121, § 2º, incisos II e IV, c/c art. 14, II, do Código Penal Nacional.

Garante o advogado impetrante, que o paciente é simultaneamente primário e de bons antecedentes, endereço fixo, ocupação laboral lícita – (auxiliar de mecânico) e que após a prática do crime se entregou a Polícia, confessando detalhadamente para as autoridades competentes como tudo ocorreu, constatando-se diante de tal situação, a desnecessidade de seu acautelamento **ante tempus**.

Outrossim, informa que foi requerida liberdade provisória para o paciente, a qual foi indeferida pela autoridade apontada coatora, ao argumento de que o “delito imputado ao paciente na ação criminal tem natureza hedionda, logo, haveria vedação para o benefício” (art. 2º, inciso II, da Lei nº 8.072/90).

Informações da autoridade apontada coatora, dando conta da situação e marcha do processo, acrescenta, ainda,

aquela autoridade, que seu posicionamento no que toca aos crimes hediondo e da não concessão da liberdade provisória (fds.86/89).

Parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça às fs. 83/85, opinando pela concessão da ordem.

É o relatório.

O paciente José Haroldo da Silva Júnior, primário e sem antecedentes criminais, auxiliar de mecânico de profissão, com um golpe de machado lesionou a vítima José Danilo da Silva, por isso denunciado nas penas do art. 121, § 2º, incisos II e IV c/c art. 14, II, do Código Penal da República.

Manejado pedido de liberdade provisória junto a autoridade dita coatora, a mesma, ao argumento de que o crime imputado ao paciente na ação criminal tem natureza hedionda, indeferiu a súplica.

Com efeito, o Juiz ao se defrontar com casos que tais, deve examinar a questão isoladamente, no caso concreto, e não diante da dicção fria da lei, se possível, apoiada nos ensinamentos do saudoso Nelson Hungria, segundo o qual *“cumpre indagar se o crime praticado é um episódio acidental de sua vida, ou se é um consectário de sua propensão ou habitual orientação para o mal e a indisciplina”*

Deveras, o paciente, autor do delito, usou para lesionar sua vítima um instrumento agrícola - machado -, para em seguida se entregar, já em sua casa, espontaneamente, a autoridade policial. Logo, se antevê, que a sua liberdade não afeta a garantia da ordem publica, sendo aquele caso, fato isolado na vida do paciente.

Ademais disso, a Magistrada, em não admitir a liberdade provisória do paciente, olvidou que os Tribunais Superiores, nesse tocante, tem acolhido o entendimento de que a providência do art. 2º, II, da Lei n.º 8.072/90, de obstar a concessão de liberdade provisória, com ou sem fiança, maltrata o inciso XLIII, do art. 5º da Carta da República.

Nesse considerar, vale a pena trazer a colação arestos do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

“A Constituição Federal, art. 5º, XLIII, não autoriza o legislador ordinário a suprimir o direito à liberdade provisória, corolário do direito constitucional à presunção da inocência. HC conhecido – Ordem deferida” – (STJ – HC 3833 – Rel. Edson Vidigal DJU 26.1.96. P.4.026).

CONSTITUCIONAL – PROCESSUAL PENAL – LIBERDADE PROVISÓRIA – INTERESSE PÚBLICO.

“Nenhuma sanção penal ou processual penal é aplicada sem interesse público. A liberdade provisória é compulsória quando a lei garante ao indiciado ou réu defender-se em liberdade, com ou sem fiança. A liberdade provisória, todavia, pode depender do poder discricionário (não arbitrário) do juiz. *Inconstitucional, porém, vedá-la de modo absoluto. A Constituição da República impõe à lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança (art. 5º, LXVI). Quando a lei maior restringe institutos, di-lo expressamente (art. 5º, XLIII), como ocorre com os crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia*” (STJ – 6ª T – RHC 2556-0 – j. 08.03.1993 – Rel. Luiz Vicente Cernicchiaro).

Ora, a semelhança dispensada pela lei ordinária ao crime praticado pelo paciente e os crimes hediondos, por si só não é suficiente para vedar a concessão da liberdade provisória, até porque as suas condições subjetivas e a ausência dos requisitos para a prisão sem pena, permitem que o mesmo responda o processo em liberdade.

Nestas condições, afasto o entendimento da autoridade dita coatora, para ceder lugar ao § único do artigo 310 do Código de Processo Penal, e, por consequência, concedo a ordem, nos termos em que opinou a douta Procuradoria Geral

de Justiça.

É como voto.

Fortaleza, 11 de julho de 2006.

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

**Nº 2006.0012.1369-5 PETIÇÃO DE *HABEAS CORPUS*
COMARCA: FORTALEZA
IMPETRANTE: ULISSES TABOSA CAMPOS
PACIENTE: MANOEL PEREIRA DA SILVA
IMPETRADO: JUIZ DE DIREITO DAS EXECUÇÕES
CRIMINAIS
RELATOR: DES. RAIMUNDO EYMARD RIBEIRO DE
AMOREIRA**

**EMENTA: CONSTITUCIONAL – PENAL –
PROCESSUAL PENAL – PROGRESSÃO DE
REGIME PRISIONAL EM SEDE DE *HABEAS
CORPUS* – PROVA ANTECIPADA SUFICIENTE –
SUCEDÂNEO DE AGRAVO EM EXECUÇÃO -
WRIT CONHECIDO.**

- 1. O art.112, da Lei de Execuções Penais com a nova redação dada pela Lei nº 10.792/03, incumbiu ao Juiz à regra da competência discricionária, ou seja, além dos requisitos objetivos e subjetivos, o Magistrado poderá fazer outras exigências, tais como laudos periciais ou outro meio de prova que ateste a aptidão do sentenciado ao novo regime, notadamente que tenha cumprido a última fase do programa individualizador de sua pena, *ex vi* do artigo 6º do mesmo regramento.**
- 2. Na hipótese dos autos, o paciente padece**

cumprindo pena de 6 (seis) anos de reclusão, imposta pela Justiça Pública por crime de estupro estando recolhido há pouco mais de 01 (um) ano, tempo este, que embora seja suficiente para a progressão do regime carcerário, não me conforta, posto que desacompanhado da prova do estágio individualizador de sua pena intra-muros, se bem que apresente atestado de bom comportamento.

3. O atestado comentado, diz respeito tão-somente ao cumprimento das regras impostas pelo sistema penitenciário, donde se infere que o paciente/sentenciado ainda que tenha tido tempo suficiente para refletir sobre seus crimes e sua condição de condenado não foi capaz atingir o regramento penitenciário de molde a alcançar o comportamento excelente/ótimo.

5. Portanto, considerando a prematura passagem do paciente no cumprimento da pena que lhe foi imposta pela Justiça Pública, além de não ter passado pelo estágio do programa individualizador e de não alcançar, na escala de avaliação, o comportamento excelente/ótimo e, ainda, na ausência de outros meios capazes de provar que o seu retorno a sociedade, mesmo sendo através da meia-liberdade, não venha a causar transtornos, hei por bem, denegar a ordem impetrada.

6. Decisão unânime.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de petição de habeas corpus, nº 2006.0012.1369-5, de Fortaleza, em que é impetrante o advogado Ulisses Tabosa Campos, paciente Manoel Pereira da Silva, sendo autoridade coatora o Juiz de Direito da Vara das Execuções Criminais.

Acorda a Turma, por unanimidade de votos, em conhecer da ordem, mas para denegar-lhe, nos termos do voto

do Relator.

Manoel Pereira da Silva, **qualificado nos autos, por infração aos artigos 213 c/c 224, do Código Penal, foi por sentença condenado a uma pena de 6 (seis) anos de reclusão, em regime integralmente fechado.**

Nessa consideração, preso e recolhido ao IPPS há exatos 01 (um) ano, 4 (quatro) meses e 4 (dias), eis que o advogado impetrante, ajuíza na Vara das Execuções Criminais de Fortaleza, pedido de Progressão de Regime, objetivando a progressão do regime, de fechado para semi-aberto, em virtude do paciente ter cumprido mais de 1/6, (um sexto) da pena, além de se encontrar classificado pelo sistema carcerário no comportamento **bom**.

Por sua vez, o Juiz dito coator, acolhendo o parecer ministerial, indeferiu a súplica, ao argumento de que o crime perpetrado pelo paciente é de natureza hedionda, não lhe favorecendo o direito a progressão de regime, além de afirmar que a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, julgado pelo Supremo Tribunal, em sede do habeas corpus nº 82.959, tem caráter incidental, e decorrente do controle difuso de constitucionalidade, sem efeito *erga omnes* não vinculando os juízes à decisão daquela Corte Superior.

Informações da autoridade coatora, dando conta das razões pelas quais indeferiu o pedido, confirmando o arrazoado antes mencionado (fs.80/81).

Parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça às fs.83/84, opinando pela denegação da ordem.

É o relatório.

Dois são os temas a serem enfrentados nesta ação constitucional: primeiro sobre o seu conhecimento, tendo em vista a existência de recurso próprio, ou seja o agravo em execução, de que trata o artigo 197, da LEP.

Na espécie, a certidão carcerária, o relatório social, e a decisão do Magistrado tido como coator, indeferindo o pedido de transmutação do regime da pena imposta ao paciente, foram

trazidos à colação, à título de prova antecipada, desafiando, assim, tanto o agravo em execução como o habeas corpus, aqui usado como sucedâneo daquele, por isso me conforta o seu conhecimento.

Outro aspecto fático, é discernir sobre a constitucionalidade ou não do art. 2º, da Lei nº 8.072/90, divulgada como Lei dos Crimes Hediondos.

Pois bem. Para melhor compreensão do tema, devo fazer uma regressão sobre as discussões doutrinárias e jurisprudenciais até a decisão Suprema que decidiu em sede de habeas corpus, incidentalmente, pela inconstitucionalidade do prefalado artigo 2º da Lei dos Crimes Hediondos.

Com efeito, a Lei instituidora dos crimes hediondos e seus afins, previu, em seu art. 2º, §1º, que o cumprimento da pena relativa a tais delitos seria de clausura total, ou seja, integralmente fechado, salvante a hipótese de livramento condicional por satisfação de 2/3 da pena, não sendo o acusado reincidente específico em crime da mesma natureza (art. 5º).

Decorridos mais de quinze anos da edição da prefalada lei, sob o ardente protesto dos que nela vislumbravam flagrante inconstitucionalidade, por desrespeito ao princípio da presunção de inocência e ao da individualização da pena, e em meio aos mais diversos posicionamentos jurisprudenciais atinentes ao tema, sobreveio, para aguçar a controvérsia, a Lei nº 9.455/97, definindo as condutas típicas do crime de tortura, e permitindo, a par do § 7º, de seu art. 1º, que os condenados por seu cometimento pudessem beneficiar-se da progressão do regime prisional.

Surgiu, daí, então, o questionamento, alvo de larga discussão entre os doutrinadores dos mais renomados, e, ademais, de divergências e inquietações no âmbito de nossos Tribunais Superiores, a saber: O legislador ordinário, ao instituir a Lei 9455/97, prevendo que o condenado a crime nela tratado iniciaria o cumprimento da pena em regime fechado, teria admitido a progressão do regime prisional, ou foi apenas um lapso de sua parte, tendo sido, verdadeiramente, sua intenção veicular o mandamento de que o regime fechado deveria ser

observado, desde o início, seja qual fosse a pena aplicada ao acusado, a prevalecer, assim, por sua especialidade, sobre a regra do art. 33 da LEP. E, em sendo afirmativa a primeira parte do questionamento supra, teria esse novo regramento o condão de sobrepor-se à regulamentação específica anteriormente prevista para os crimes hediondos e aos a ele nivelados (Lei 8072/90)?

De outra parte, urgia considerar que a Lei de Tortura, como alhures registrado, editada após quase sete anos da vigência da Lei dos Crimes Hediondos, segundo os doutrinadores, sobreveio para corrigir as imperfeições jurídicas e sociais propiciadas por tão famigerada norma, fracassada de seus propósitos, e em plena decadência, porquanto não contribuiu para nenhuma redução de quaisquer dos índices da criminalidade tida como hedionda, revelando-se verdadeiro fator do surgimento de outros fenômenos indesejáveis como as rebeliões, os motins nos presídios e as fugas e por último, acresça-se, a desordem implantada no Estado de São pelo PCC.

*Toda essa polêmica em torno da Lei de Tortura foi fulminada com a Súmula nº 698, do STJ, segundo a qual “**Não se estende aos demais crimes hediondos a admissibilidade de progressão no regime de execução da pena aplicada ao crime de tortura**”.*

A partir de então, surgiram duas correntes: uma delas, entende pela inconstitucionalidade do § 1º, art. 2º da Lei dos Crimes Hediondos, sob o argumento de tal proibição de progressão viola os princípios da legalidade, da humanidade e da individualização da pena.

A propósito, sobre o tema, e reconhecendo o objetivo do legislador em adotar, na execução da pena referente à individualização da pena, o regime progressivo em suas três etapas, está o magistério do emérito e autorizado Prof. Alberto Silva Franco, senão vejamos, *in verbis*: **“O sistema progressivo do cumprimento de pena privativa de liberdade está também vinculado ao princípio constitucional da pena. Tal princípio garante, em resumo, a todo cidadão, condenado num processo-crime, uma pena particularizada, pessoal e,**

portanto inextensível a outro cidadão, em situação fática igual ou assemelhada. A questão da individualização da pena tem sido objeto de exame em três níveis: constitucional, legal e judicial. Não há dúvida de que a individualização da pena assumiu na constituição Federal, a condição de direito fundamental do cidadão posicionado frente ao poder repressivo do Estado. Não é possível, em face da ordem constitucional vigente, a cominação legal de pena, exata na sua quantidade, nem a aplicação ou execução de pena, intervenção judicial, para efeito de adaptá-la ao fato concreto, ao delinqüente ou às vicissitudes de seu cumprimento. Em nenhuma dessas situações haveria, de fato, um processo individualizador da pena: tudo já estaria predisposto, o que entraria em atrito com o próprio conceito de individualização que quer dizer ‘considerar individualmente’ ‘um a um, em separado, ‘particularizar’, ‘distinguir’. Este é o sentido e o objeto da norma constitucional [...] Excluir, portanto, o sistema progressivo, também denominado de sistema de individualização científica, da fase de execução é impedir que se faça valer, nessa fase, o princípio constitucional da individualização da pena. Lei ordinária que estabeleça regime prisional único, sem possibilidade de nenhuma progressão atenta, portanto, contra tal princípio, de indiscutível embasamento constitucional”.

Diante desse fato e para uma boa elucidação da matéria posta em desate faz-se necessário, ainda, máxime, por ter deixado de ser contrariedade para o entendimento supremo, mas não vinculante, o entendimento atual do Supremo Tribunal Federal, verbis.

EMENTA: CRIME HEDIONDO. PROGRESSÃO DE REGIME. VEDAÇÃO. § 1º DO ARTIGO 2º DA LEI N. 8.072/90. INCONSTITUCIONALIDADE.

O Supremo Tribunal Federal, em Sessão plenária realizada no dia 23/2/2006, declarou a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei n. 8.072/90 [HC 82.959, relator o Ministro Marco

Aurélio]. Ordem concedida. (STF-HC 86194-DF. Rel. Min. Eros Grau. Data do julgamento:07.03.2006. Primeira Turma. DJU.24.03.2006.p.243)

EMENTA: Crime hediondo: regime de cumprimento de pena: progressão. Ao julgar o HC 82.959, Pl., 23.2.06, Marco Aurélio, Inf. 418, a maioria do Supremo Tribunal declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da L. 8.072/90 - que determina o regime integralmente fechado para o cumprimento de pena imposta ao condenado pela prática de crime hediondo - por violação da garantia constitucional da individualização da pena. (CF., art. 5º, LXVI). (STF- HC 85581 / SP. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Julgamento. 07/03/2006. Primeira Turma Publicação: DJU. 31.03.2006 p-00017. v. 02227-02 p.279)

O Superior Tribunal de Justiça, a partir da decisão de 23.02.06, vem firmando o entendimento no mesmo sentido, *verbis*:

RECURSO ESPECIAL. PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. CRIME HEDIONDO. PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL. DECLARAÇÃO DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2.º, § 1.º, DA LEI N.º 8.072/90, PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AFASTAMENTO DO ÓBICE LEGAL. PEDIDO QUE DEVERÁ SER EXAMINADO PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES CRIMINAIS.

1. O Pretório Excelso, em sua composição plenária, no julgamento do HC n.º 82.959/SP, em 23 de fevereiro de 2006, declarou, em sede de controle difuso, inconstitucional o óbice contido

na Lei dos Crimes Hediondos que veda a possibilidade de progressão do regime prisional aos condenados pela prática dos delitos nela elencados.

2. Tal entendimento, firmou-se na interpretação sistêmica dos princípios constitucionais da individualização, da isonomia e da humanidade da pena.

3. Afastou-se, assim, a proibição legal quanto à impossibilidade de progressão carcerária aos condenados pela prática de crimes hediondos e equiparados, tendo sido, todavia, ressaltado pelo Supremo Tribunal Federal, no mencionado precedente, que caberá ao juízo da execução penal analisar os pedidos de progressão considerando o comportamento de cada condenado e o preenchimento dos demais requisitos necessários.

4. Recurso provido. (STJ-Resp 798955/SP. REsp.2005/0190655-6. Rel (a). Min.(a) Laurita Vaz. Quinta Turma. Julgamento em: 09/03/2006 Data da Publicação. DJU 03.04.2006 p. 410).

Como se vê, o entendimento sufragado, teve âncora na interpretação sistêmica dos princípios constitucionais da individualização, da isonomia e da humanidade da pena, que ao longo dos anos vinha sendo divulgado pelo emérito e autorizado Prof. Alberto Silva Franco, alhures transcrito, o qual me acosto, por também considerar inconstitucional o artigo multicitado.

Feita esta enfadonha digressão, por ser, com certeza do conhecimento de todos, passo agora ao exame do caso concreto, referente à pretensão do paciente.

O artigo 112, da Lei de Execuções Penais, com a nova redação dada pela Lei nº 10.792/03, não mais exige o prévio parecer da Comissão Técnica de Classificação, dispensando o exame criminológico do condenado, para a instrução do pedido de progressão de regime.

Vejamos o que diz novo texto, em sua forma literal, ***verbo ad verbum***:

Art. 112 – A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para o regime menos gravoso, **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.

Citado dispositivo incumbiu ao Juiz à regra da competência discricionária, ou seja, além dos requisitos objetivos e subjetivos, o Magistrado poderá fazer outras exigências, tais como laudos periciais ou outro meio de prova que ateste a aptidão do sentenciado ao novo regime, notadamente que tenha cumprido a última fase do programa individualizador de sua pena, *ex vído* artigo 6º, da LEP, com a nova redação que lhe foi também dada, pela Lei nº 10.792/03.

Na hipótese dos autos, o paciente padece cumprindo pena de 6 (seis) anos de reclusão, imposta pela Justiça Pública, por crime de estupro.

A certidão de fs. 52, dá conta de que o mesmo sofreu mais duas condenações na 12ª Vara Criminal, pelo mesmo tipo penal, estupro, cujos processos se encontram nesta Corte, em grau de recurso.

Vem, agora, de par da decisão Suprema, quando completou um sexto da pena, requerer fosse aplicado o benefício da progressão de regime, de fechado para semi-aberto, a pretexto de ter cumprido, até agora, pena suficiente à progressão do regime, bem como estar classificado no comportamento **bom**.

Ora, o paciente está recolhido há pouco mais de 01 (um) ano, tempo este que embora seja suficiente para a progressão do regime carcerário, não me conforta, posto que o atestado de bom comportamento, desacompanhado da prova

do estágio individualizador de sua pena intra-muros, nada convence.

Com efeito, o atestado comentado, diz respeito tão-somente ao cumprimento das regras impostas pelo sistema penitenciário, donde se infere que o paciente/sentenciado, sequer adquiriu, dentro da escala de comportamento, que vai de regular até excelente, este, último patamar.

O Estado, apesar de ente abstrato, criação do homem para administrar o convívio social, não quer vingança, mas também não deseja que, aquele que cometeu infrações penais graves, como na hipótese, retorne ao convívio social, sem que antes tenha demonstrado aptidão para o seu retorno.

O paciente/sentenciado, cometeu nada menos de 3 (três) estupros, usando para seu intuito a condição de professor das vítimas, de modo a satisfazer a sua concupiscência, não importando as suas conseqüências.

Na prisão, teve tempo suficiente para refletir sobre seus crimes e a sua condição de condenado, porém, não foi capaz atingir o regramento penitenciário de molde a alcançar o comportamento excelente/ótimo, para que o Juiz, usando o seu poder discricionário dado pela lei, pudesse se convencer, de que em liberdade não voltaria a delinquir.

De tal sorte que, o comportamento atestado pela Direção Penitenciária, não garante que o paciente, de posse da meia-liberdade, useiro e vezeiro na prática de crimes sexuais, não venha a causar transtornos à sociedade, até porque não foi submetido ao estágio individualizador de que trata o art. 6º, da Lei de Execuções Penais.

Assim, considerando a prematura passagem do paciente no cumprimento da pena que lhe foi imposta pela Justiça Pública, considerando mais, que não passou pelo estágio do programa individualizador da pena, além de não ter alcançado na escala de avaliação, o comportamento excelente/ótimo e na ausência de outros meios capazes de provar que o seu retorno a sociedade, mesmo sendo através da meia-liberdade, não venha a causar transtornos, hei por bem, denegar a ordem impetrada.

É como voto.

Fortaleza, 18 de julho de 2006.

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

**HABEAS CORPUS Nº: 2006.0024.9392-6/0, DE ITAPAJÉ
IMPETRANTE: JOSÉ SEBASTIÃO NETO
PACIENTES: EMANUEL DE SOUSA GOMES E OUTROS
IMPETRADO: JUIZ DE DIREITO DA COMARCA
RELATOR: DES. FRANCISCO HAROLDO RODRIGUES DE
ALBUQUERQUE**

EMENTA: HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. NULIDADE. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. Não é desfundamentado o decreto de prisão preventiva respaldado na garantia da ordem pública e da aplicação da lei penal. Provadas a materialidade dos crimes imputados aos pacientes, havendo indícios suficientes de autoria e atendida a previsão do art. 312 do CPP, no que diz respeito à garantia da ordem pública e da aplicação da lei penal, impõe-se que os pacientes continuem sob custódia cautelar. A primariedade, os bons antecedentes, as boas condições pessoais e a presunção de inocência não impedem a manutenção da prisão em flagrante, quando necessária e legalmente prevista. Ordem denegada.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de *habeas corpus*, acorda a 1ª Câmara Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por julgamento de turma e unanimidade de votos, denegá-lo, nos termos do voto do relator.

Cogita-se de *habeas corpus*, impetrado em favor dos pacientes Emanuel Sousa Gomes, Edson Matos Alves e Rossivan dos Santos Costa, presos preventivamente, desde 14/08/2006, todos denunciados pela prática dos crimes capitulados nos arts. 157, § 2º, I e II e 288, ambos do Código Penal.

Alega o impetrante que, à exceção do paciente Rossivan, os dois outros são primários e sem antecedentes criminais, asseverando, de outra parte, que a prisão dos mesmos é desnecessária e violadora do princípio da presunção de inocência, sendo, portanto, insustentáveis e desprovidas de fundamentação fática as razões que servem de suporte para mantê-los encarcerados.

Registre-se que o pleito de liminar restou indeferido, como se vê da decisão de fl. 94.

Notificada, a autoridade impetrada informou que o paciente Edson Matos Alves teve sua prisão preventiva decretada, encontrando-se preso desde 15/08/2006, por crime de roubo qualificado e formação de quadrilha e que os dois outros foram presos em flagrante em 26/05/2006, ante a prática dos crimes de roubo qualificado, receptação e adulteração de sinal identificador de veículo automotor, tendo também esclarecido que Rossivan dos Santos Costa fugiu da cadeia em 15/11/2006 e que o feito encontra-se aguardando a realização da audiência de instrução.

A douta Procuradoria Geral de Justiça, manifestando-se, opinou pela denegação da ordem impetrada.

É o relatório.

Ao contrário do que afirma o impetrante, a decisão que decretou a prisão preventiva dos pacientes contém a necessária fundamentação, vez que respaldada na garantia da ordem pública e no resguardo da aplicação da lei penal. É que, pelo que consta das informações do juiz da causa, conclui-se que se tratam de indivíduos portadores de elevado grau de periculosidade, ante a circunstância de integrarem uma quadrilha para a concretização dos delitos ali relacionados, especialmente assalto à mão armada. Daí não pairar dúvida de que, uma vez em liberdade, continuarão a delinquir, o que, certamente,

compromete a ordem pública. De outra parte, tendo em vista que um dos pacientes já empreendeu fuga, vislumbra-se a possibilidade dos outros seguirem o mesmo caminho, o que, seguramente, poderá por em risco a aplicação da lei penal.

Registre-se que a materialidade dos crimes de que são acusados os pacientes restou comprovada, bem como certa afigura-se a autoria a eles atribuída, até porque dois deles (Emanuel de Sousa Gomes, vulgo “Manuel do Bar” e Rossivan dos Santos Costa, vulgo “Rossi”) confessaram suas participações nos delitos, com riqueza de detalhes, informando, inclusive, a participação do terceiro.

Sobre a matéria sob enfoque, veja-se, a seguir, como vem assentando a jurisprudência:

FUNDAMENTADO – INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA – Não fere o princípio da presunção da inocência o Decreto prisional que fundamentadamente manda recolher o réu à prisão, visando a garantia da ordem pública e da aplicação da Lei Penal. Ordem denegada. (STJ – HC 36706 – BA – 5ª T. – Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca – DJU 29.11.2004 – p. 00363).

*CRIMINAL – HC – ROUBO QUALIFICADO – INVIOABILIDADE DE DOMICÍLIO – OFENSA À GARANTIA CONSTITUCIONAL – SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA – PRISÃO PREVENTIVA – NECESSIDADE DA CUSTÓDIA DEMONSTRADA – RÉU FORAGIDO – GARANTIA DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL – ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E DENEGADA – A apontada ofensa à garantia constitucional da inviolabilidade de domicílio não foi objeto de debate e decisão pelo tribunal a quo. O exame da matéria por esta corte ocasionaria indevida supressão de instância. **Exige-se concreta motivação do Decreto de prisão***

preventiva, com base em fatos que efetivamente justifiquem a excepcionalidade da medida, atendendo-se aos termos do art. 312 do diploma processual penal e da jurisprudência dominante – como se verifica no presente caso. A fuga do réu do distrito da culpa revela sua intenção de se furtar à aplicação da Lei Penal, sendo suficiente para obstar a revogação da custódia cautelar. Precedentes do STJ e do STF. Ordem parcialmente conhecida e denegada. (STJ – HC 200501100380 – (45443) – SP – 5ª T. – Rel. Min. Gilson Dipp – DJU 01.08.2006 – p. 467).

PROCESSO PENAL – HABEAS CORPUS – CIRCUNSTÂNCIAS QUE TORNAM A INSTRUÇÃO CRIMINAL NATURALMENTE DEMORADA – INOCORRÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL POR EXCESSO DE PRAZO – PRISÃO PREVENTIVA – PERICULOSIDADE DO RÉU – PROTEÇÃO DA ORDEM PÚBLICA – EVASÃO DO DISTRITO DA CULPA – APLICAÇÃO DA LEI PENAL – 1. *Pela aplicação do princípio da razoabilidade, existindo motivos que justifiquem eventual demora na formação da culpa, não resta caracterizado constrangimento ilegal à liberdade de locomoção do segregado preventivamente, ainda que ultrapassado o lapso temporal legalmente previsto para o encerramento da instrução criminal.* 2. ***O fato de o réu ter permanecido em local incerto e não sabido durante considerável período de tempo após a instauração da ação penal, bem como a existência de indícios concretos da sua periculosidade, constituem elementos suficientes à decretação da prisão preventiva para garantia de futura e eventual aplicação da Lei Penal e para salvaguarda da ordem pública.*** (TRF 4ª R. – HC 2006.04.00.015556-3 – 8ª T. – Rel.

Juiz Fed. Jose Paulo Baltazar Junior – DJU 20.06.2006 – p. 433).

Diga-se, por fim, que a primariedade e as boas condições sociais, bem como a presunção de inocência, não obstam a decretação da segregação cautelar, quando necessária e legalmente prevista, como ocorre *in casu*. A respeito, traz-se à colação os julgados que se seguem:

HABEAS CORPUS – PRISÃO CAUTELAR – CRIME DE ESTUPRO – CONCURSO DE AGENTES – PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA FUNDADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA, CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL E PARA ASSEGURAR APLICAÇÃO DA LEI PENAL – PRIMARIEDADE E BONS ANTECEDENTES – PACIENTE PRESO POR OUTRO JUÍZO – EXCESSO DE PRAZO – ALEGAÇÃO – INOCORRÊNCIA – PRISÃO DATANDO DE MENOS DE DOIS MESES – CONSTRANGIMENTO ILEGAL INOCORRENTE – ORDEM DENEGADA – Ademais, o transcurso de menos de sessenta dias da data da prisão do paciente e até o momento, não demonstra constrangimento ilegal por excesso de prazo, porque os prazos processuais devem ser contados no decorrer de toda a instrução criminal, não sendo compatível a aferição ou não do lapso em cada fase processual. “O conceito de ordem pública não se limita a prevenir a reprodução de fatos criminosos, mas também acautelar o meio social e a própria credibilidade da Justiça em face da gravidade do crime e sua repercussão” (Mirabete em sua obra “Código de Processo Penal Anotado”, ED. Atlas, 7ª ED., 1997, nº 10.3.3, p. 382). “As circunstâncias de primariedade, bons antecedentes, emprego e residência fixa, por si sós, não constituem motivo bastante para ilidirem o Decreto de medida

preventiva, quando esta se reveste dos elementos necessários e devidamente fundamentada na garantia da ordem pública, na conveniência da instrução criminal e na aplicação da Lei Penal” (STJ - 5ª T., RHC 2434, Rel. Min. Cid Flaquer Scartezini, DJU 15/02/93, p. 1693). (TAPR – HC 0277708-4 – (225421) – Reserva – 4ª C.Crim. – Rel. Juiz Antonio Martelozzo – DJPR 10.12.2004).

PROCESSO PENAL – HABEAS CORPUS – PRISÃO PREVENTIVA – ROUBO QUALIFICADO – LIBERDADE PROVISÓRIA – PRIMARIEDADE – BONS ANTECEDENTES – DEMONSTRAÇÃO DE PERICULOSIDADE PELO USO DE ARMA DE FOGO EM CONCURSO DE AGENTES – MANUTENÇÃO DA ORDEM PÚBLICA E CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL – ORDEM DENEGADA – 1. Conforme entendimento jurisprudencial sedimentado, ainda que o paciente ostente primariedade e bons antecedentes, estas condições, por si sós, não ensejam a imediata concessão da liberdade provisória, se outras razões estiverem a aconselhar sua segregação, como, v. g, a demonstração de periculosidade pelo uso da arma de fogo ou concurso de agentes. 2. Custódia cautelar mantida, pela manutenção da ordem pública e conveniência da instrução criminal. 3. Ordem conhecida e denegada. Unânime. Admitir e denegar a ordem. Unânime. (TJDF – HBC 20050020117684 – (247844) – Rel. Des. Alfeu Machado – DJU 05.07.2006 – p. 147) (Ementas no mesmo sentido).

HABEAS CORPUS – HOMICÍDIO QUALIFICADO – PACIENTE MILITAR ESTADUAL – 1. DESNECESSIDADE DE MANUTENÇÃO DA MEDIDA RESTRITIVA DE LIBERDADE FACE ÀS CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS DO PACIENTE – NÃO OBSTAM A DECRETAÇÃO –

*MATERIALIDADE E AUTORIA DO DELITO DEVIDAMENTE COMPROVADAS – RÉU CONFESSO – 2. OFENSA AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA – INOCORRÊNCIA – ORDEM DENEGADA – 1. Ser o paciente primário, funcionário público estadual, possuidor de bons antecedentes e chefe de família não obstatam a decretação da prisão preventiva, se demonstrada a necessidade da mesma, na forma do artigo 312 do Código de Processo Penal. 2. **Está pacificado que os direitos e garantias individuais preconizados na Constituição Federal não são absolutos, sendo limitados naqueles outros direitos e garantias também consignados na Lei Maior, valiosíssimos, eis que figuram aí a vida, a saúde, a segurança, a tranqüilidade, os quais foram agredidos pela maléfica atuação delituosa do paciente. Assim, não há que ser invocado o princípio da presunção de inocência para inviabilizar o Decreto de prisão hostilizado. Ordem denegada.** (TJES – HC 100060000245 – 2ª C.Crim. – Rel. Des. José Luiz Barreto Vivas – J. 22.03.2006).*

Por todo o exposto, há de ser negada a presente impetração, ante a absoluta ausência de amparo legal.

É como voto.

Fortaleza, 16 de janeiro de 2007.

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

Nº 2006.0025.9391-2/0

HABEAS CORPUS (de Ipaporanga)

IMPETRANTE : CARLA DO AMARAL TEIXEIRA

PACIENTE : FRANCISCO ANTÔNIO BARBOSA
IMPETRADO : JUIZ DE DIRETO DA COMARCA DE
IPAPORANGA
RELATOR : DES. LUIZ GERARDO DE PONTES BRÍGIDO

- Habeas corpus.
- Paciente processado e condenado por crime de lesões corporais, apesar de menor de dezoito anos à data do fato.
- A menoridade penal exclui a imputabilidade e esta a culpabilidade. Menores de dezoito anos estão sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial.
- O documento público revelado pela cédula de identidade do sentenciado, expedida com base nos assentamentos do registro civil, é, segundo o STF, prova a ser considerada quanto à menoridade.
- Comprovada a inimputabilidade do paciente, concede-se a ordem de habeas corpus, decretando-se a nulidade do processo e, por extensão, dos efeitos da sentença condenatória. É como se a ação penal não tivesse corrido.
- Decisão unânime e nos termos do coto do Relator.

Vistos, relatados e discutidos.

1 – O paciente foi sentenciado a cinco anos de detenção por lesões corporais graves. Acentua a impetrante, em síntese, que ele é sujeito de vibrante coação ilegal, o que faz imperativa a nulificação do processo e da condenação. É que à data do fato punível não houvera completado, ainda, a maioridade penal, consoante entremostam os documentos anexados à impetração.

Não houve pedido de liminar.

Pelas informações do judicante, fica-se sabendo que o autor da condenação foi o dr. Ataliba, ex-juiz de Nova Russas, passando o processo do paciente, depois, para o acervo da

comarca de Ipaoranga, a partir da sua instalação. E que a execução da pena detentiva imposta a ele, paciente, foi suspensa, pondo-se-lhe em liberdade, logo que vieram aos autos a certeza da inimizabilidade do condenado.

A PGJ, ouvida, é pela concessão da ordem.

Causa consectio, passa-se ao voto.

2 – Bem documentada, a impetração reflete a verdade. E, assim, pouco a dizer.

Ao cometer o injusto o paciente não havia chegado à maioridade penal. Nasceu a 24 de novembro de 1972. A dizer, tinha, no dia do fato, 18 de agosto de 1990, dezessete anos. Estava a três meses dos dezoito. Era, portanto, inimputável, conforme demonstra, dentre outros documentos, a cédula de identidade civil expedida com base em certidão dos seus assentamentos no cartório do registro civil de Nova Russas (Livro B2, fl.s. 28).

Posição do STF:

“O documento público revelado pela carteira de identidade do acusado consubstancia prova a ser considerada quanto à menoridade” (DJU de 1º-7-93, p. 13.145);

“Verificado que o agente era menor de 18 anos ao tempo do crime e assim inimputável, defere-se a ordem de **habeas corpus** para a soltura do paciente, anulada, quanto a ele, a ação penal”.(DJU de 5-8-83, p. 11.244).

A menoridade exclui a imputabilidade; esta, a sua vez, a culpabilidade. Menores de dezoito anos estão sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial – CP, art. 27.

3 – Do que posto, **ACORDA a 1ª CÂMARA CRIMINAL do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO CEARÁ**, à unanimidade, em conhecer da impetração para anular **ab initio** o processo movido ao paciente, inclusive a condenação e seus efeitos, tudo nos termos do parecer ministerial e do voto Relator.

Fortaleza, CE, 06 de fevereiro de 2007.

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

Nº 2006.0026.8336-9/0

HABEAS CORPUS (de Fortaleza)

**IMPETRANTES: PAULO NAPOLEÃO GONÇALVES
QUEZADO e JOÃO MARCELO LIMA PEDROSA**

PACIENTE: SALVIANO DE PÁDUA SALDANHA FREIRE

**IMPETRADA: JUÍZA DE DIREITO DA 12ª VARA CRIMINAL DE
FORTALEZA**

**RELATOR: DESEMBARGADOR LUIZ GERARDO DE
PONTES BRÍGIDO**

- Habeas corpus.
- Prisão preventiva.
- Inverossímil a cogitada ameaça a testemunhas, cassa-se a segregação, seja pela perda da finalidade prática por terem sido ouvidas todas as arroladas pela defesa, seja pela rasa motivação do decreto, opaco, e inteiramente, na indicação dos indícios da materialidade e da autoria do injusto penal, pressupostos da custódia antecipada.
- A gravidade do crime não induz, por si só, a indispensabilidade da prisão preventiva, sobretudo se o réu é tecnicamente primário e tem residência e ocupação definidas, qualificações pessoais que lhe dão o direito de defender-se solto da acusação de abuso sexual.
- “Ninguém é culpado de nada enquanto não transitar em julgado a sentença condenatória” (RT 725/521).
- Ordem de soltura concedida à unanimidade.

Vistos, relatados e discutidos os autos acima

identificados.

1- Dizendo que o paciente, réu de atentado ao pudor com violência presumida, possui condições pessoais para responder solto ao processo, pedem os impetrantes a cassação da prisão preventiva que lhe foi infligida. Decreto prescindível e de minguada fundamentação, referem, a fazer inelutável a entrega da ordem libertária, sem o que não será exorcizado o constrangimento ilegal vivenciado pelo coacto.

Negada a liminar, recebidos os informes da autoridade impetrada, a PGJ, em parecer, manifestou-se favoravelmente à soltura pleiteada.

É o relatório, a curto.

2 – Decide-se sem arroudeios, indo-se direto ao que é de relevância para o equacionamento da ação mandamental.

Da verificação do provimento detentivo e do mais existente nos autos, descobre-se, de logo, que o édito prisional, vazado em termos genéricos e simplistas, deita raízes em pretensas “ameaças” do paciente à ofendida e sua genitora. E vê-se, de igual, que as supostas “ameaças” não guardam relação alguma com a ação penal movida ao paciente, mas com o tumultuado rompimento da relação amorosa que existia entre o acusado e a representante. À falta de prova limpa e segura das “ameaças”, razoável subtender-se que elas não passaram de mero atrito de separados, com troca de insultos e de intimidações de boca para fora, reveladores de impulsos de emoção e de mágoas recíprocas, como de comum acontece. Para a judicante, ocorreu, porém, o pressentimento de que a desavença familiar justificaria a colocação do paciente **carcer ad custodiam** para a prevenção da ordem pública, da instrução da causa e da aplicação da lei penal. Demasia de zelo ou de imaginação.

Supondo-se que a prolação detentiva foi bem construída, e não foi (nenhuma linha, sequer, quanto aos indícios da materialidade e da autoria delituosas), o provimento judicial não desfralda, na atualidade, razão alguma para a sua subsistência. Assim: separado da ex-mulher, vivendo num canto, ela em outro com a filha, o paciente não possui mais aproximação com a enteada, que teria sido a vítima do atentado ao pudor. E,

avermado nos informes, que todas as testemunhas da acusação já foram inquiridas, arreda-se a possibilidade (ou probabilidade) de, solto, o réu influenciar perniciosamente a apuração do ilícito que lhe é irrogado.

Presta-se, à espécie, conclusão vazada, caso símile, pelo ex-ministro Ilmar Galvão, do STF: “(...) Hipótese em que o decreto de prisão preventiva, conquanto carente de fundamentação válida no tocante ao perigo à ordem pública – por não ser a gravidade abstrata do crime suficiente, por si, para justificar a custódia cautelar, poderia subsistir devido a consistência do argumento relativo à garantia da instrução, fundamento, contudo, que é de ter-se por prejudicado ante o encerramento da fase probatória” para a acusação (RTJ 181/227). Perfeita, por outro lado, e identicamente colacionável, no contexto, a observação do juiz Almir José Finocchiaro Sarti, do TRF/4ª R: “(...) Não se justifica manter, nem por um dia a mais do que o estritamente necessário, prisão preventiva que perdeu todo o seu sentido prático, toda a sua finalidade objetiva. Não pode subsistir prisão preventiva destinada a garantir a integridade física de testemunha que não já não é mais testemunha! (...) Admitir a hipótese implicaria tolerar o confinamento do paciente por tempo indeterminado (ou, mesmo indeterminável)”, sem condenação, “o que não tem cabimento” (JSTJ e TRF-LEX 118/605).

Não se pode banalizar a prisão preventiva, nem deixar que ela se converta em antecipação de pena. E se o paciente, ao final da ação, for eximido de culpa, quem lhe restituirá os dias em que, por banal rigor da Justiça, ficou privado da liberdade? De bom aviso, então, controlar-se a acerbidade do Judiciário, o que deve ser feito em reverência às garantias individuais inscritas na Constituição e na lei ordinária. De feito, bom recapitular o que escreveu, certa feita, o notável criminalista, mais tarde ministro do STM, onde encerrou a carreira de jurista, Romeiro Neto: “Há sempre, em toda causa criminal, um aspecto humano, que muitos juízes, com os olhos gastos de tanto lerem os textos legais, são incapazes de enxergar, como acontecia com os sacerdotes do templo de Jerusalém, que, de tanto lerem

pergaminhos em busca da verdade, que jamais encontraram, ficaram com as retinas empergaminhadas e, assim, não podiam ver, na figura humana do Cristo, o próprio Deus”.

O paciente pode não ser uma pessoa exemplar. Entretanto, é tecnicamente primário e de bons antecedentes (tem condenação, mas ela não passou em julgado). Possui residência e ocupação definidas. Corre-lhe, decorrentemente, a faculdade de aguardar solto o julgamento da ação, tanto mais porque a prolação prisional sobre revelar-se com vícios de motivação, perdeu o seu sentido acautelatório para consubstanciar antecipação de pena, o que não é certo.

3 – Do que posto, **ACORDA a 1ª CÂMARA CRIMINAL do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO CEARÁ**, à unanimidade, em conhecer da impetração, nos termos do voto do relator e do parecer ministerial, para, de tal forma, expedir alvará de soltura clausulado a favor do paciente, com a ressalva de que a juíza poderá red decretar-lhe a segregação preventiva, na forma da lei, se sobrevier fundada razão para tanto.

Fortaleza, CE, 16 de janeiro de 2007.

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

HABEAS CORPUS Nº 2006.0028.7700-7/0, JUAZEIRO DO NORTE

IMPETRANTE: FRANCISCO HÉLIO GOMES FERREIRA

PACIENTE: ROBERTO GENTIL FREIRE JANUÁRIO

IMPETRADO: JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA DA COMARCA

RELATOR: DES. FRANCISCO HAROLDO RODRIGUES DE ALBUQUERQUE

**EMENTA: HABEAS CORPUS. CONS-
TRANGIMENTO ILEGAL. EXCESSO DE PRAZO.
PARA CONCLUSÃO DA INSTRUÇÃO CRIMINAL.**

Sendo o excesso de prazo na formação da culpa causado pela defesa, não há que se cuidar de constrangimento ilegal, conforme expressa a Súmula STJ, nº 64. Na via estreita do habeas corpus, onde a prova há de ser preconstituída, não se admite, portanto, dilação probatória, daí ser inviável averiguar-se acerca da validade de laudo pericial. Entretanto, tendo em vista que o magistrado *a quo* indeferiu exame de sanidade mental, mas autorizado, via *habeas corpus*, isso após a pronúncia, não se pode impedir a livre apreciação sobre a tese de inimputabilidade do réu, mormente porque o julgamento foi suspenso exatamente para que fosse efetivada referida prova, que deverá ser avaliada, quando do julgamento pelo Tribunal do Júri, juntamente com outros elementos de convencimento inseridos nos autos. Ordem concedida, mas apenas para determinar que conste, quando da elaboração dos quesitos, o relativo à tese da inimputabilidade. *Writ* provido, parcialmente.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de *habeas corpus*, acorda a Turma Julgadora da 1ª Câmara Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, sem divergência de votos, conceder parcialmente a ordem, nos termos do voto do relator.

Trata-se de habeas corpus ajuizado em favor do paciente acima nominado, denunciado e pronunciado por prática de crime de homicídio, tendo sido alegado, em apertada síntese, além de excesso de prazo, que a sessão de julgamento do mesmo, pelo Tribunal do Júri, que já se encontrava instalada, deixou de se realizar, isso porque o magistrado presidente do referido colegiado popular não permitiu que a defesa apresentasse, em plenário, tese de semi-imputabilidade, tendo destituído o defensor e nomeado outro advogado para substituí-lo, designando o dia 18 do mês fluente para o julgamento pelo

Júri, caracterizando-se cogitado comportamento, segundo é alegado, ato arbitrário e cerceador do direito de ampla defesa que é assegurado aos réus, daí o constrangimento ilegal, reparável pela via do presente writ.

Registre-se que o pleito da liminar foi deferido, ficando sobrestado o processo, até o julgamento deste *habeas corpus* (fl. 44/45).

Notificada, a autoridade impetrada prestou informações detalhadas, tendo afirmado que não se efetivou o julgamento designado para 02/12/2005, tendo em vista que a defesa do réu argüiu em seu prol a sua inimizabilidade, não existindo nos autos laudo pericial para comprová-la; que também não realizou o julgamento marcado para 22/11/2006, isso porque o laudo pericial levado a efeito demonstra a plena capacidade mental do paciente, que é iniludivelmente imputável, e se assim agiu o fez com base em jurisprudência e doutrina dominantes, acrescentando mais que a defesa foi intimada do laudo em alusão e da decisão que o homologou, sem, no entanto, nada ter requerido, impugnando-o, somente, no presente remédio heróico. Já no que diz respeito ao argüido excesso de prazo, sustentou que tal se deve a atos da defesa, que vem procrastinando o julgamento do paciente.

Manifestando-se, a douda Procuradoria Geral de Justiça afirmou prejudicado o *writ*, por ausência do constrangimento alegado, tendo em vista que se equivocou quando entendeu que o julgamento designado para o dia 18/12/2006 havia se realizado, quando, na verdade, foi suspenso por liminar deste relator, conforme decisão de fl. 44. Aduziu, também, que mesmo que o julgamento não tivesse se realizado, não é o *habeas corpus* meio para se discutir prova, nem para impor ao Tribunal do Júri a elaboração de quesitos.

É o relatório.

Afirma o impetrante que o processo teve sua instrução concluída em tempo relâmpago. No entanto, assevera estar submetido a constrangimento ilegal por excesso de prazo na sua conclusão.

Da análise das peças que compõem o *writ*, conclui-

se, sem esforço, que a demora no julgamento do feito vem sendo provocada pela defesa. De início, não se conformou com a pronúncia, interpondo recurso em sentido estrito, em que buscava a realização de perícia, com o fito de provar a inimputabilidade do réu. Posteriormente, desistiu desse recurso. Postergou o julgamento, ao tentar impor quesitos relativos à citada inimputabilidade, conseguindo, pela via de outro *habeas corpus*, que a citada perícia, de que havia desistido, fosse realizada. Efetivada referida prova, cujo resultado foi desfavorável a cogitada tese da defesa, novamente tentou impor quesitos relativos à inimputabilidade penal, impedindo novo julgamento, que agora tenta impor pela via do *writ*. Assim, se a demora no julgamento da ação penal instaurada contra o paciente se deu em razão de atos provocados pela defesa, não há que se cogitar de constrangimento ilegal por excesso de prazo, conforme assentado pelo STJ, na Súmula 64, cujo enunciado é o que se segue:

Não constitui constrangimento ilegal o excesso de prazo na instrução, provocado pela defesa.

Registre-se, mais, que, sendo o *habeas corpus mandamus* constitucional, destinado à garantia do direito de ir e vir do cidadão, que se caracteriza pela cognição sumária e rito célere, não comporta, por isso, o exame de questões que, para seu deslinde, demandem aprofundado exame do conjunto fático-probatório dos autos, mormente quanto à validade de laudo pericial, homologado judicialmente, contra o qual o paciente não se insurgiu no momento oportuno, estando o direito de fazê-lo fulminado pela preclusão. Veja-se, a propósito, como vem assentando a jurisprudência:

PENAL – HABEAS CORPUS – TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES – INSUFICIÊNCIA DE PROVAS PARA EMBASAR DECRETO CONDENATÓRIO – INCURSÃO NO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO – IMPROPRIEDADE DA VIA

ELEITA – NÃO-CONHECIMENTO – SENTENÇA CONDENATÓRIA – PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE SUBSTITUÍDA POR RESTRITIVA DE DIREITOS – SUBSTITUIÇÃO AFASTADA PELO TRIBUNAL A QUO EM SEDE DE APELAÇÃO – INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI DOS CRIMES HEDIONDOS DECLARADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – POSSIBILIDADE DE PROGRESSÃO E, CONSEQÜENTEMENTE, DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE – ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA PARTE, CONCEDIDA – 1. **É inviável a análise da alegada insuficiência de provas para embasar o Decreto condenatório, visto que o *habeas corpus*, remédio jurídico-processual, de índole constitucional, que tem como escopo resguardar a liberdade de locomoção contra ilegalidade ou abuso de poder, é marcado por cognição sumária e rito célere, motivo pelo qual não comporta o exame de questões que, para seu deslinde, demandem aprofundado exame do conjunto fático-probatório dos autos, próprio do processo de conhecimento.** 2. Declarada pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, na sessão de 23/2/2006 (HC 82.959/SP), a inconstitucionalidade incidental do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, que veda a progressão de regime nos casos de crimes hediondos e a eles equiparados, afastando o óbice à execução progressiva da pena, não mais subsiste o fundamento para impedir a substituição da reprimenda corporal, quando atendidos os requisitos do art. 44 do Código Penal. 3. Ordem parcialmente conhecida e, nessa parte, concedida, para restabelecer a substituição da pena aplicada ao paciente pelo juízo processante. (STJ – HC 200501149612 – (45749) – SC – 5ª T. – Rel. Min.

Arnaldo Esteves Lima – DJU 29.05.2006 – p. 271)
JCP.44

HABEAS CORPUS – PENAL – ROUBO QUALIFICADO – REVISÃO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA – CONTINUIDADE DELITIVA – CONCURSO FORMAL – IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA – PRECEDENTES – PROGRESSÃO DE REGIME – CARÊNCIA DE OBJETO – 1. Se a instância ordinária, quando do julgamento do recurso defensivo de apelação criminal, soberana na análise fática dos autos, restou convicta quanto à ocorrência de concurso material e quanto à autoria e materialidade dos crimes de roubo qualificado, **não se pode, em sede de habeas corpus, proceder amplo reexame dos fatos e das provas como se pretende na impetração.** Precedentes. 2. O sistema progressivo de pena está assegurado, em condenação transitada em julgado, carecendo de objeto, nessa parte, a impetração. 3. Habeas corpus não conhecido. (STJ – HC 200502158035 – (52081) – SP – 5ª T. – Relª Min. Laurita Vaz – DJU 01.08.2006 – p. 481).

CRIMINAL – HC – HOMICÍDIO QUALIFICADO – NULIDADE – JÚRI – AUSÊNCIA DE ELEMENTOS COMPROBATÓRIOS DA INCIDÊNCIA DE QUALIFICADORA – RÉU QUE TERIA AGIDO NO ESTRITO CUMPRIMENTO DO DEVER LEGAL – ILEGALIDADE NÃO-DEMONSTRADA DE PRONTO – IMPROPRIEDADE DO WRIT – AUSÊNCIA DE ALEGAÇÕES FINAIS – PRONÚNCIA – DEFENSOR DEVIDAMENTE INTIMADO – CONSTRANGIMENTO ILEGAL – INOCORRÊNCIA – ORDEM DENEGADA – **O habeas corpus constitui-se em meio impróprio para a análise de alegações que exijam o reexame do conjunto fático-probatório – como**

a apontada ausência de elementos que comprovem a incidência de qualificadora no delito de homicídio, bem como o fato de o paciente ter agido no estrito cumprimento do dever legal, se não demonstrada, de pronto, qualquer ilegalidade nos fundamentos da decisão proferida pelo Conselho de Sentença.

A ausência das alegações finais, nos processos de Competência do Tribunal do Júri, não enseja à declaração de nulidade, pois, na sentença de pronúncia, não há julgamento de mérito e, sim, um mero juízo de admissibilidade, positivo ou negativo, da acusação formulada. Precedentes desta Corte. Ordem denegada. (STJ – HC 18763 – BA – 5ª T. – Rel. Min. Gilson Dipp – DJU 03.06.2002) (Ementas em sentido diverso).

Entretanto, no que diz respeito à recusa do magistrado havido como coator de elaborar quesito de defesa pertinente a inimputabilidade do paciente, entende-se caber razão ao impetrante.

Ao proferir a decisão de pronúncia, findou a competência do juiz singular para o julgamento do réu, nos casos de crimes dolosos contra a vida. Assim, não pode o magistrado, mesmo constando dos autos laudo pericial atestando a imputabilidade do paciente, recusar-se a formular quesitos sobre o assunto, cabendo ao Conselho de Sentença decidir sobre a matéria, levando em conta, além do mencionado laudo, outras provas obtidas durante a instrução. Se o fizer sem respaldo probatório, poderá ser decretada a nulidade do julgamento, pela instância *ad quem*, desde que, como é óbvio, haja insurgência recursal. Se no processo do júri a prova é produzida para os jurados, não pode o magistrado impedi-los de apreciá-la livremente.

No caso concreto, o julgamento do paciente foi suspenso, exatamente, para que se estabelecesse o incidente de sanidade mental. Julgado este, deve ser submetido ao

Conselho de Sentença, mediante a aplicação dos quesitos respectivos, sob pena de nulidade. Como se vê dos julgados, cujas ementas a seguir se transcreve, é do Júri a competência para reconhecimento, ou não, da imputabilidade do réu:

*CORREIÇÃO PARCIAL – INCIDENTE DE INSANIDADE – INDEFERIMENTO – DÚVIDAS SOBRE A HIGIDEZ – ALCOOLISMO – PROVA PARA O JÚRI – SEMI-IMPUTABILIDADE – **Havendo suspeitas sobre a higidez do réu, ao que tudo indica alcoólatra, conforme informações, a perícia para exame de sua sanidade mental interessa à justiça. Não pode o juiz esquecer que em processo de júri a prova é produzida para os jurados, que se julgarem necessário o exame pericial deverá o juiz suspender o julgamento. Correição parcial provida.** (TJRS – COR 70012751947 – 3ª C.Crim. – Relª Desª Elba Aparecida Nicolli Bastos – J. 17.11.2005).*

APELAÇÃO CRIME – JÚRI – EVENTUAL IRREGULARIDADE NA FORMULAÇÃO DOS QUESITOS– NÃO ARGÜIDA EM PLENÁRIO – MATÉRIA PRECLUSA – SEMI-IMPUTABILIDADE – ART. 26 PARÁGRAFO ÚNICO – REDUÇÃO DE 1/3 – DECISÃO FUNDAMENTADA NO LAUDO DE INSANIDADE MENTAL – IRREPARÁVEL – SEMI-IMPUTABILIDADE – DIMINUIÇÃO DA CULPABILIDADE – QUALIFICADORAS DO HOMICÍDIO – MOTIVOS OU MEIOS EMPREGADOS NO DELITO – COMPATIBILIDADE DE TESES – HOMICÍDIO QUALIFICADO – CRIME HEDIONDO – LEI Nº 8072, ART. 2º, § 1º, CUMPRIMENTO DA PENA EM REGIME INTEGRALMENTE FECHADO – Eventual nulidade de quesitos, submetidos a votação dos jurados, não argüidas em tempo oportuno em

plenário, está preclusa. Declarada a semi-imputabilidade pelos jurados, a redução de 1/3 da pena, conforme o art. 26 parágrafo único, do CP., fundamentada e embasada no Laudo de Insanidade Mental, não merece reparo. Inexiste incompatibilidade entre a semi-imputabilidade que pressupõe a diminuição da culpabilidade e as qualificadoras do homicídio que versão sobre os motivos ou sobre os meios empregados pelo agente no ilícito. Teses compatíveis. Homicídio qualificado, sendo crime hediondo, é de rigor o cumprimento da pena em regime integralmente fechado, nos termos do art. 2ª, § 1ª da Lei nº 8072/90. (TJPR – ApCr 0125310-9 – (15332) – Londrina – 2ª C.Crim. – Rel. Juiz Conv. Luiz Mateus de Lima – DJPR 30.06.2003).

SEMI- IMPUTABILIDADE – Não indagação aos senhores jurados acerca da plena capacidade do r. de determinar-se de acordo com o entendimento do caráter ilícito de fato. Quesito obrigatório. Error in judicando. Nulidade absoluta (parág. Único, art. 563, CPP). Violação ao preceito constitucional da ampla defesa. Inteligência da Súmula 156, do STF. Declaração de ofício. (TJBA – ACr 15.580-2/2000 – (80347) – 2ª C.Crim. – Rel. Des. Gilberto Caribé – J. 21.10.2004).

Por todo o exposto, deve ser provida a ordem impetrada, parcialmente, mas apenas para determinar ao magistrado *a quo* a elaboração, quando do julgamento pelo Tribunal do Júri, dos quesitos necessários à decisão sobre a sanidade mental do paciente.

É como voto.

Fortaleza, 16 de janeiro de 2007.

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

Nº 2006.0030.5237-0/0

HABEAS CORPUS (de Fortaleza)

IMPETRANTE: HÉLIO DAS CHAGAS LEITÃO NETO

PACIENTE: LUIS CARLOS DE OLIVEIRA

IMPETRADO: JUIZ DE DIREITO DA 3ª VARA DO JÚRI DE FORTALEZA

RELATOR: DES. LUIZ GERARDO DE PONTES BRÍGIDO

-Habeas Corpus.

-Repugna à consciência jurídica o recolhimento do sentenciado para apelar, calcado única e exclusivamente na hediondez do delito, se ele, réu, sobre primário e de vida pregressa limpa, permaneceu em liberdade durante todo o sumário, sem periclitar a ordem pública ou dificultar a apanha probatória.

-Segregação antecipada, assim, despótica, fere a Carta Federal; tange direito subjetivo do paciente. A ser de outro modo, ter-se-ia que concluir, em raciocínio ad absurdum, que o réu seria obrigado a suportar custódia antetempo vazia de fundamentação.

-Imperativa a soltura requestada.

-Ordem concedida.

-Unanimidade.

Vistos, relatados e discutidos estes autos acima epigrafados.

1 – Condenado pelo 3º Tribunal do Júri de Fortaleza a doze anos de reclusão, regime integralmente fechado, por homicídio duplamente qualificado na pessoa de Raimundo Nonato Pinheiro da Silva, o paciente, prenomeado, teve sua prisão

assinada pelo Juiz-Presidente, o que, na visão do impetrante, evidenciaria estado de constrangimento ilegal, porque primário e de bons antecedentes, e em liberdade até o veredicto, subtraiu-se arbitrariamente, dele, réu, o direito de aguardar solto a solução de apelo interposto.

O paciente, continua o causídico, esteve presente a todos os atos do processo, por onde rematada a injuridicidade da sua colocação carcer ad custodiam nas condições já referidas, impondo-se sua liberação, até em homenagem à presunção de inocência capitulada na Carta Republicana.

Pedido informado, liminar deferida durante o plantão judiciário pelo Des. Antônio Abelardo Benevides Moraes, manifestou-se a PGJ pela concessão da ordem.

É o relatório.

2 - A vedação ao exercício do apelo em liberdade, está exatificado nos autos, deveu-se, só e só, ao caráter hediondo do delito pelo qual foi sentenciado o paciente. Nada mais.

Na verdade, a natureza da infração em si, ante a evolução do instituto da prisão preventiva, não traduz mais elemento suficiente a justificar o encarceramento antetempo, tanto mais agora sob o império da nova ordem constitucional, que proclamou o princípio da inocência presumida, afastável apenas, e tão-somente, quando passada em julgado a prolação condenatória.

Além disso, o paciente, primário e de vida pregressa limpa, manteve-se, durante todo o sumário, acessível à Justiça. Não fez periclitara a ordem pública, nem criou embaraços ao regular andamento do feito.

De fato, “ainda que se trate de crime hediondo, se o réu é primário, trabalhador, com bons antecedentes e residência fixa, tendo respondido a todo o processo em liberdade, não pode o juiz, sem demonstrar concretamente os motivos, negar o benefício de este recorrer em liberdade, já que a gravidade do delito, suas conseqüências e resultados não servem de fundamento para a imperiosidade

da custódia” (RT vol. 779, p. 578).

Firme o texto constitucional no exigir que todas as decisões judiciais sejam fundamentadas e que a lei processual penal assegure ao réu portador de condições pessoais favoráveis o direito de apelar solto. No caso, mesmo reconhecido, na sentença, os requisitos sobreditos, determinou-se a segregação antecipada em consideração apenas à hediondez do crime.

Decisão, assim, despótica, farpeia a Constituição Federal; tange, e arbitrariamente, direito subjetivo do acusado.

Para abreviar, o relembrar do que dito, e muito bem, pelo STJ, na apurada expressão da Ministra Laurita Vaz:

“Evidenciando-se in casu ser o recorrente primário, de bons antecedentes e que respondeu toda a instrução em liberdade, não causando qualquer obstáculo ao bom andamento do feito, imprescindível seria a devida exposição de motivos a indicar a necessidade da sua custódia cautelar para que lhe fosse negado o direito de recorrer em liberdade, sendo insuficiente, para tanto, a mera alusão ao caráter hediondo do crime” (5ª T., RHC nº 12.530/SP, in DJU de 17.11.2003, p. 339).

Por isto, e a revelar, de já, a juridicidade do writ, ordem prisional que se expõe, por propagação da anormalidade vistosamente detectável, à pecha de constrangimento ilegal, forçosa a entrega da súplica libertária, e inafastavelmente.

Nada mais é preciso aditar.

3 - Diante disso, ACORDA a 1ª CÂMARA CRIMINAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO CEARÁ, à unanimidade, em conceder o habeas corpus, ratificada a concessão liminar da ordem impetrada.

Fortaleza, 24 de abril de 2007.

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

Nº 2007.0003.8346-3

HABEAS CORPUS (de Maranguape)

IMPETRANTE : MOÉZIO CARNEIRO BASTOS

PACIENTE : ANTÔNIO FRANCISCO GOMES DE SOUZA

**IMPETRADA : JUÍZA DE DIREITO DA 2ª VARA DA COMARCA
DE MARANGUAPE**

RELATOR : DES. LUIZ GERARDO DE PONTES BRÍGIDO

- Habeas corpus.

- O acusado preso tem o direito de ser julgado em tempo razoável. Percebido, nitidamente, que a instrução probatória está superlativamente atrasada, sem prognóstico de quando será julgado o paciente, passa-se a ordem de soltura. Prisão provisória não pode tomar o perfil de antecipação da pena. A ser de forma diferente, “ter-se-ia que concluir, em raciocínio ad absurdum, que o réu seria obrigado a suportar custódia cautelar sem termo aferível” (Des. Trotta Telles, TJPR).

- Extensão da ordem, de ofício, ao co-réu, cuja situação processual é idêntica a do paciente.

- Decisão unânime.

Vistos, relatados e discutidos os autos acima identificados.

1 – Impetração direcionada à soltura do sobrenomeado, “Ninja” por apelido, alegando-se que ele foi preso em flagrante a 08 de julho de 2006, mas que a ação penal em que é réu não teve, ainda, concluída a instrução probatória, delineada, daí, a dilação ilegal sanável por **habeas corpus**.

Negada a liminar, recebidos os informes da impetrada, ficou confirmado o atraso, asseverado, por outro lado,

que o término da coleta de provas depende tão-só da devolução de precatória enviada à Fortaleza (13ª Vara Criminal), para a inquirição de testemunha arrolada pela Promotoria.

A PGJ, ouvida, pronunciou-se pela denegação da ordem.

É o relatório.

2 – O paciente não fez boa coisa. Em concurso de agentes e com emprego de violência, tomou o “apurado” de humilde vendedor ambulante de sorvete, cerca de cem Reais. Preso em flagrante juntamente com o parceiro horas após o roubo (ou assalto), é mantido em prisão provisória do dia da sua captura a esta data, perto de nove meses, sem que esteja acabada a instrução da sua causa. É que foi deprecada, e lá se vão sessenta ou mais dias, a ouvida de testemunha de acusação residente nesta capital, porém isto não foi feito, ainda, pelo juiz da 13ª Vara Criminal de Fortaleza. E nem há prognóstico concreto de quando o fará, apesar da simplicidade do ato, realizável, é do senso comum, em vinte ou menos minutos.

In casu, extrai-se dos autos que a defesa do paciente não requereu diligências procrastinatórias. Ao contrário, chegou a dispensar inquirimentos. Então, dado que não se lhe pode atribuir a morosidade na colheita probatória, a ilação derivada de lógica linha de percepção é a de que a vagareza na formação da culpa do réu preso é de ser carregada ao próprio aparelho judiciário.

“O acusado tem o direito de ser julgado em tempo razoável, sobremodo quando aprisionado. ...”(TJCE, 1ª CCrim, HC nº 2003.0007.8334-8/0, rel. Des. Brígido). A ser de modo diferente, “ter-se-ia que concluir, em raciocínio **ad absurdum**, que o réu seria obrigado a suportar custódia cautelar sem termo aferível” (TACrimSP, 9ª CâmFérias, HC nº 414.474/1, rel. Juiz Aroldo Viotti).

Gizado, e bem, o excesso de prazo na colheita de provas da persecução movida ao paciente, sendo certo, de igual, superlativo insulto ao princípio da razoável duração do processo (CF, art. 5º, LXXVIII), é de restaurar-se o seu **status libertatis**. E com imperativa extensão do efeito do **habeas corpus** “ao co-

réu que se encontra na mesma situação processual do paciente” (TJPR, 2ª CCrim, HC nº 10363, rel. Des. Trotta Telles).

3 – Nessas condições, **ACORDA a 1ª CÂMARA CRIMINAL do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO CEARÁ**, à unanimidade e contra o parecer ministerial, em conhecer do pedido e conceder a ordem libertária a favor do paciente, com extensão, **ex officio**, ao co-réu Leandro Cordeiro Maciel, mandando que se passe, para ambos, alvará de soltura clausulado, tudo nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, CE, 03 de abril de 2007.

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

2007.0013.2280-8/0 Habeas Corpus Crime

IMPETRANTE: RONALDO PEREIRA DE ANDRADE

PACIENTE: CARLOS ATILA DA SILVA

IMPETRADO: JUIZ DE DIREITO DA 4ª VARA CRIMINAL DA COMARCA DE FORTALEZA-CE

RELATOR: DESEMBARGADORA MARIA SIRENE DE SOUZA SOBREIRA

EMENTA: HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. PRISÃO EM FLAGRANTE. EXCESSO DE PRAZO. INOCORRÊNCIA. LIBERDADE PROVISÓRIA. CONCESSÃO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 5º, LXI E 93 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. NULIDADE DECRETADA DE OFÍCIO. ORDEM CONCEDIDA.

1. De acordo com o entendimento jurisprudencial dominante, encerrada a instrução criminal e estando o processo na fase do art. 499 do CPP, não há constrangimento ilegal por

excesso de prazo.

2. “Ninguém será levado à prisão ou nela mantido quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança (art. 5º, LXVI, CF)”. Na espécie, não se vislumbra que o paciente em liberdade possa vir a ocasionar qualquer risco para a paz e a ordem social e para o desenvolvimento regular e normal da instrução criminal e, na eventualidade de sentença condenatória que lhe seja desfavorável, para a execução da pena aplicada, fazendo, assim, jus a responder o processo em liberdade.

3. O magistrado está obrigado, por dupla exigência constitucional (arts. 5º, LXI e art. 93, IX, Constituição Federal de 1988), a fundamentar a decretação ou manutenção da custódia preventiva, sob pena de vício de nulidade.

3. Não pode subsistir custódia preventiva se o juízo impetrado não explicitou os elementos fáticos que fundamentariam a manutenção da prisão preventiva do paciente, resumindo-se a mencionar os requisitos ou pressupostos legais da medida coativa de liberdade individual, sem, contudo, declinar as razões concretas de seu convencimento pessoal da necessidade e imprescindibilidade da medida extrema, como no presente caso.

4. Ordem concedida.

Vistos, relatados e discutidos os autos acima identificados.

ACORDAM os desembargadores que compõem a 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por votação unânime, em **CONHECER E DEFERIR** a ordem impetrada, nos termos do voto da Desa. Relatora.

RELATÓRIO

Trata-se de *Habeas Corpus* com Pedido Liminar impetrado por **RONALDO PEREIRA DE ANDRADE** em favor de **CARLOS ATILA DA SILVA**, sob alegação de constrangimento ilegal à liberdade física do paciente por ato do MM. Juiz de Direito da 4ª Vara Criminal da Comarca de Fortaleza-CE.

Assevera o impetrante que o paciente foi preso em flagrante no dia 19 de novembro do ano pretérito, acusado de violar o art. 157, § 2º, incís. I e II, do Código Penal, isso porque teria, juntamente com outros acusados, subtraído da vítima um aparelho celular, carteira porta cédula, a quantia de R\$ 60,00 (sessenta) reais e a chave da motocicleta.

Diz, ainda, que ajuizou perante a autoridade apontada coatora pedidos de liberdade provisória e de relaxamento da custódia cautelar por excesso de prazo, sendo tais leitos indeferidos pela impetrada.

Aduz, porém, que o paciente faz jus a responder o processo em liberdade uma vez que, na espécie, não estariam configurados nenhum dos pressupostos legais para decretação da clausura preventiva do acusado. Ademais, argüi que a constrição à liberdade do paciente seria ilegal por excesso de prazo para formação da culpa, dado que ele se encontraria preso há mais de 110 (cento e dez) dias, sem que a instrução criminal tenha termo e sem que a defesa tivesse concorrido para tal dilação temporal.

Por fim, anota que o paciente é detentor de boas condições pessoais que lhe seriam favoráveis a concessão da liberdade provisória, quais sejam, bons antecedentes, primariedade, residência fixa e profissão lícita (estudante).

Pugna, assim, pelo deferimento liminar ou no mérito da presente ordem, para que o paciente tenha relaxada sua prisão cautelar ou que lhe seja concedido o benefício da liberdade provisória.

Colaciona à exordial, a documentação de fls. 13/77.
Liminar denegada, às fls. 84/85.

A autoridade indicada coatora prestou as

informações de estilo às fls. 116/118, informando, em síntese:

1. que o paciente foi preso em flagrante e denunciado, juntamente com outros 03 (três) co-réus, nas sanções do art. 157, § 2º, incs. I e II, do Código Penal;

2. que consta dos autos que no dia 19 de novembro a vítima encontrava-se pilotando sua moto, quando teria sido abordada pelo paciente e os outros denunciados (um deles armados de revólver) e, na ocasião, lhe subtraíram R\$ 60,00 (sessenta reais) e outros objetos (celular e chave de motocicleta);

3. que as testemunhas de acusação e defesa já foram ouvidas, estando o processo com vista às partes, para fins do art. 499 do Código de Processo Penal;

4. que indeferiu dois pleitos manejados pelo paciente: um de liberdade provisória e outro de relaxamento de prisão.

A douta Procuradoria Geral de Justiça, às fls. 93/99, manifestou-se no sentido da denegação da ordem.

É o relatório.

VOTO

Presentes os requisitos de admissibilidade da ação constitucional, conhecimento do pedido e passo a apreciar o mérito.

Conforme destacado no relatório, busca a impetração fulminar a custódia preventiva do paciente sob a alegação de que ele faria jus ao instituto constitucional da liberdade provisória e de que a custódia cautelar seria ilegal por excesso de prazo para conclusão da culpa.

De início, urge assentar que a ilação de constrangimento ilegal por excesso de prazo para encerramento da instrução criminal não merece acolhimento.

É que nos informa a autoridade impetrada que a instrução processual já se encontra encerrada, tanto para defesa como para acusação, de tal forma que não há mais alegar excesso de prazo para formação da culpa na espécie, ainda que anteriormente verificado.

Esse é o entendimento sumulado no Superior Tribunal de Justiça, na súmula nº 52, *verbis*:

SÚMULA Nº. 52 DO STJ: “Encerrada a instrução criminal fica superada a alegação de constrangimento ilegal por excesso de prazo”.

Com mais forte razão, os tribunais pátrios assentaram que não há argüir constrangimento ilegal à liberdade de locomoção por extrapolação do prazo quando encerrada a instrução criminal e, mais ainda, quando o processo encontra-se na fase do art. 499, qual seja, diligência das partes, como é o caso do feito em exame.

É interativa a jurisprudência a esse respeito. A título meramente ilustrativo, colacionam-se os julgados abaixo:

TJMS: “Se a ação penal se acha na fase de alegações derradeiras, estando, pois, encerrado o sumário da culpa, incorre coação ilegal por excesso de prazo” (RT 571/394).

TACRSP: “Ultrapassada a instrução criminal e situando-se o processo, na fase de alegações finais, não há que se invocar o excesso de prazo como fator de constrangimento ilegal” (JTACRESP).

TJAC: “Encontrando-se finda a instrução do processo, e estando na fase de alegações finais, não há falar-se em excesso de prazo, por inteligência da Súmula 52 do STJ” (TJAC – Câm. Crim. – HC 00.000043-4 – rel. Feliciano Vasconcelos – j. 03.03.2000).

Por outro lado, após compulsar detidamente os autos, tenho por imperiosa a concessão da presente ordem para que o paciente responda ao processo em liberdade.

Isso porque, nada obstante ter sido preso em flagrante por fato criminoso considerado grave, isto é, roubo por intermédio de utilização de arma de fogo, não vislumbro materializados, *in casu*, os requisitos ensejadores da decretação da prisão preventiva.

Em primeiro lugar, porque a gravidade do delito, *de per se*, não conduz obrigatoriedade à decretação da custódia cautelar. De vez que a gravidade do crime não é requisito legal autorizador da prisão antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, a não ser que venha acompanhada dos elementos constantes do art. 312 do CPP.

Tanto é assim que o Supremo Tribunal Federal já decidiu, *verbis*:

STF: “*Habeas corpus*. Prisão preventiva. Medida fundamentada exclusivamente na gravidade do ilícito. Revogação. A demonstração da gravidade do ilícito não é suficiente para a decretação da prisão preventiva. Necessária a concorrência de um dos requisitos do art. 312, com a devida fundamentação” (STF – 2ª T. – HC 75.722-7- Rel. Nelson Jobim – j. 23.09.1997 – JSTF-LEX 214/327).

Na mesma esteira, é o *decisum* do Superior Tribunal de Justiça, nestes termos:

STJ: “(...) a mera gravidade do delito, isoladamente, não enseja o decreto construtivo (...). Ordem concedida para que seja revogada a prisão preventiva exarada contra o paciente” (STJ – 5ª T. – HC 24.132 – Rel. Jorge Scartezzini – j. 05.12.2002 – DJU 17.03.2003, p. 249).

Não é demais ainda trazer à liça os julgados do

Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo. Vejamos:

TACRSP: “A simples gravidade do delito imputado ao réu e o fato de estar desempregado não são suficientes para justificar o decreto de medida extrema, com a prisão preventiva” (RT 473/337-8).

Em segundo lugar, é de se anotar que a constrição à liberdade de locomoção decorrente de prisão em flagrante somente pode ser mantida pela autoridade judicial quando ocorrer os pressupostos autorizadores da custódia preventiva. Em outras palavras, o indeferimento de pedido de liberdade provisória apenas será legítimo em se observando que a liberdade do paciente colocará em risco a ordem pública, prejudicará a instrução criminal ou impossibilitará a aplicação da sanção criminal.

Na espécie, sob nenhum ponto de vista, vislumbro que a concessão provisória da liberdade ao paciente possa vir a ocasionar qualquer risco para a paz e a ordem social e para o desenvolvimento regular e normal da instrução criminal e, na eventualidade de sentença condenatória que seja desfavorável ao paciente, para a execução da pena aplicada.

De fato, os elementos de informação constantes dos autos não são idôneos ou aptos para indicar a indispensabilidade da custódia cautelar do paciente, principalmente quando se verifica que as condições pessoais do paciente, ainda que não suficientes de per si, leva-nos a presumir, legitimamente, que o acusado, livre e solte, venha a atentar contra a instrumentalidade do processo ou contra o sossego social.

Veja que, no aspecto das condições subjetivas, verifica-se não ostentar o paciente antecedentes desabonadores de sua pessoa, além do que se constata, pela documentação carreada aos autos, ser ele primário e residente em local fixo e certo, inclusive no próprio foro de culpa.

E quando aqui me posiciono em prol da concessão da ordem requestada não estou senão realizando meu dever de ofício de salvaguardar um dos bens mais preciosos do indivíduo, qual seja, a liberdade e, por via direta, cumprindo a Constituição Federal vigente, que ordena aos magistrados colocar imediatamente em liberdade provisória o suspeito ou acusado de cometimento de crime quando se verificar a inoportunidade de qualquer das hipóteses justificadoras do encarceramento processual.

Visto que a medida extrema só deve ser decretada ou conservada quando claramente presentes os requisitos legais, ante os princípios os princípios constitucionais da presunção de inocência e da liberdade provisória, que asseguram aos indivíduos o direito de não cumprirem uma sanção criminal antecipada, evitando-se, assim, um dos piores horrores de uma sociedade juridicamente organizada, isto é, a imposição de uma pena antes da condenação, ou o cumprimento de uma pena mais gravosa do que aquela que lhe seria imposta, em caso de condenação ou, enfim, o cumprimento de uma reprimenda antecipada com a subsequente absolvição do acusado.

Assim é que o legislador constituinte estabelece vários dispositivos constitucionais que protegem a liberdade de locomoção física, em especial o que garante a liberdade provisória aos acusados, estatuído no inciso LXVI do art. 5º, *verbis*:

“Ninguém será levado à prisão ou nela mantido quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança.”

Acresça-se que, não bastasse a ausência dos requisitos para manutenção do encarceramento cautelar do paciente, afigura-se-nos que o acusado também faria jus à liberdade, agora sob a perspectiva da falta de motivação do *decisum* que indeferiu o pleito de liberdade provisória ajuizado perante o juízo impetrado.

É que o decreto de manutenção da custódia preventiva do paciente não logrou fundamentar satisfatoriamente a necessidade e indispensabilidade da medida coativa da liberdade de locomoção física do paciente, posto que os motivos declinados não demonstram suficientemente a necessidade da medida cautelar em exame.

Veja que a autoridade coatora justificou a custódia do paciente apenas mencionado os requisitos ou pressupostos legais de admissibilidade do encarceramento provisório, de tal sorte que se impõe a concessão do *mandamus* para anular o decreto constricto in tela.

Para certeza da ausência de fundamentação idônea no *decisum* ora guerreado, transcrevo as partes principais da referida decisão:

“(…)

Trata-se de delito grave que demonstra a periculosidade dos agentes.

Como é do nosso conhecimento, o acusado possui o direito subjetivo à concessão de liberdade provisória, isto nos termos dos arts. 5º, incisos VXXVI da Constituição Federal e 350 do CPP, desde que não estejam sujeito à decretação de sua custódia preventiva, em qualquer das hipóteses elencadas no art. 312 do C.P.P.

Também sabemos que a primariedade e os bons antecedentes dos acusados não impedem a decretação da custódia preventiva se os fatos a justificam (...).

Da mesma forma, a primariedade, os bons antecedentes e a residência fixa no distrito da culpa, por si só, não bastam para que seja o interessado beneficiado com a liberdade provisória, o que inclusive já vem sendo decidido pelo Egrégio Tribunal de Justiça do

Estado do Ceará.**(...)**

Dessa forma, acolho o parecer da representante do Ministério Público com razão e fundamento de decidir, somando a isto as razões acima elencadas para INDEFERIR o pedido de liberdade provisória de CARLOS ÁTILA DA SILVA, o que faço com fulcro nos artigos 312 e seguintes do Código de Processo Penal”. (fls. 61/62).

Vê-se daí que o *decisum* acima é carente de fundamentação idônea para constrição à liberdade do paciente.

Em verdade, o juízo impetrado não indicou os motivos concretos que justificariam a custódia cautelar do paciente, na medida em que apenas resumiu-se em mencionar, abstratamente, os dizeres da lei processual penal, quais sejam, a garantia da ordem pública, a conveniência da instrução criminal e aplicação da lei penal, sem, contudo, declinar, concreta e objetivamente, com elementos do mundo fenomênico presentes nos autos, as razões que o levaram a concluir que a liberdade do paciente representaria perigo a paz social e ao desenvolvimento norma e regular do processo, bem assim ao resultado útil deste.

E como é cediço, a Constituição Federal estabelece, em dois dispositivos, que os provimentos jurisdicionais devem ser fundamentados sob pena de nulidade. Isso é o que exige o art. 5º, LXI, e art. 93, IX, ambos da Constituição Federal, respectivamente, nestes termos:

“Art. 5º, LXI: ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente”.

“Art. 93, IX: todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos e fundamentadas todas as decisões, sob pena

de nulidade”.

Com efeito, é imperativo Constitucional que a decisão que decreta a prisão preventiva ou denega a liberdade provisória deve ser fundamentada. E fundamentar é explicitar os motivos concretos e fáticos da imprescindibilidade da custódia do indiciado ou acusado. E, em termos de prisão preventiva, imprescindibilidade quer significar a real e efetiva necessidade da segregação do acusado ou indiciado antes do trânsito em julgado.

Não é bastante para tanto que o juiz apenas faça menção aos elementos autorizadores da custódia, pois cumpre, obrigatoriamente, indicar os motivos concretos que tornam a decretação da medida extrema indispensável para assegurar a ordem pública, a instrução criminal ou aplicação da lei penal.

A esse respeito, são pertinentes as palavras de Sidney Eloy Dalabrida, na obra *Prisão preventiva – uma análise à luz do garantismo penal*, Curitiba: Juruá, 1ª ed., 3ª tir., 2006, p. 115, ao observar:

“A motivação do provimento cautelar deve atender sobretudo à exigência de tornar claro e explícito o raciocínio desenvolvido pelo juiz para concluir que, nas circunstâncias de fato examinadas, encontram-se presentes todos os pressupostos que legalmente autorizam a restrição antecipada da liberdade.

Desatende a essa exigência a simples alusão pelo magistrado de que há nos autos elementos que justifiquem a medida. Impõe-se-lhe que os indique expressamente. A simples invocação dos dizeres da lei, à evidência, também não satisfaz, como o emprego de fórmulas vazias e sem amparo em fatos concretos não se coaduna com a gravidade e o caráter excepcional da medida.

Não poderá o juiz sustentar a decisão em intuições ou critérios estritamente pessoais, que não possam ser justificados de forma racional, meras conjecturas ou temores subjetivos. Deverá o juiz apontar quais as circunstâncias concretas, realçando as provas de sua existência com os elementos do inquérito ou do processo, para que se tenha como fundamento o decreto de segregação provisória”.

Na mesma ordem de idéias, pondera Hélio Tornaghi, *in*: Curso de processo penal, São Paulo: Raiva, vol. 02, 5ª ed., 1988, p. 87, ao assentar que:

“o juiz deve ainda mencionar de maneira clara e precisa os fatos que o levam a considerar a prisão para garantir a ordem pública ou para assegurar a instrução criminal ou a aplicação da lei penal substantiva. Não basta de maneira alguma, não é fundamentação, fraudar a finalidade da lei e iludir as garantias da liberdade o fato do juiz dizer apenas: ‘considerando que a prisão é necessária para a garantia da ordem pública...’ ou então ‘a prova dos autos revela que a prisão é conveniente para a instrução criminal...’. Fórmulas como essas são a mais rematada expressão da prepotência, do arbítrio e da opressão. Revelam displicência, tirania ou ignorância, pois além de tudo envolvem petição de princípio: com elas o juiz toma por base exatamente aquilo que deveria demonstrar”

Na espécie em exame, é evidente que o decreto indeferitório da concessão da liberdade provisória ajuizado

em favor do paciente não observou o princípio da obrigatoriedade de fundamentação, eis que, ao invés de explicitar os motivos fáticos de seu convencimento sobre a imprescindibilidade real da custódia provisória do paciente, limitou-se tão-só a citar abstratamente o art. 312 do CPP, que elenca as causas autorizadoras da constrição provisória à liberdade física.

De fato, é certo afirmar que o despacho denegatório da liberdade provisória do paciente ressentiu-se, abertamente, de fundamentação efetiva e idônea, já que não se pode conhecer os motivos reais pelos quais a autoridade impetrada concluiu no sentido da necessidade premente da custódia em questão.

A propósito, citem-se os julgados abaixo nos quais o Judiciário declarou a nulidade da decretação ou manutenção do cárcere provisória sem a devida motivação:

“a simples menção das hipóteses arroladas no art. 312 do CPP não basta para fundamentar decreto de prisão preventiva. É imprescindível que o magistrado indique, de maneira concreta, as circunstâncias fáticas que recomendem a adoção da medida coercitiva, que, por ser medida de exceção, somente pode ser decretada dentro das hipóteses precisamente fixadas em lei, sob pena de flagrante ilegalidade” (RT 804/573).

“Prisão em flagrante. Liberdade provisória. Fundamentação (Falta). 1. Toda medida cautelar que afete pessoa haverá de conter os seus motivos, por exemplo, a prisão preventiva haverá de ser sempre fundamentada, quando decretada e quando denegada (CPP, art. 315). 2. Sendo lícito ao juiz, no caso de prisão em flagrante, conceder ao réu liberdade provisória (CPP, art. 210, parágrafo único), o seu ato, seja

ele qual for, não prescindirá fundamentação. 3. Tratando-se de ato (negativo) sem suficiente fundamentação, é de se reconhecer, daí, que o paciente sofre a coação ensejadora do habeas corpus. Habeas corpus deferido” (STJ – HC 40761 – SP, 6ª T., Rel. Min. Nilson Naves, DJU 22.03.2006).

No âmbito deste egrégio Tribunal de Justiça, por intermédio de suas colendas Câmaras Criminais, não é raro encontrar-se julgados ilidindo custódia provisória decretada ao arrepio da lei, vale dizer, sem uma motivação idônea para restringir o direito fundamental de liberdade.

A título exemplificativo, colaciono a decisão abaixo, cujo acórdão foi lavrado pelo eminente Des. Relator Luiz Gerardo de Pontes Brígido, nestes termos:

“Não basta, fraudar a lei e jugular as garantias de liberdade individual, o decreto prisional somítico no motivar, cifrada a base de mera alusão às circunstâncias autorizadoras da medida, sem referências a fatos devidamente apurados – senão nefelibáticas conjecturas – que indiquem a necessidade do carcer ad custodiam (...), mesmo que se cuide, como in casu, de provável autor de crime com timbre da hediondez. Imposição prisional, sem sequer um és não és de fundamentação trincada de ilegalidade assaz de conspícua, a passar má figura do desempenho funcional do juiz, não se mantém, se cassa, devendo ser expedido o contra-mandado a favor do paciente. Omnium consensu (TJCE – HC 2005.0028.9013-7/0, 1ª C. Crim., Rel. Des. Luiz Gerardo de Pontes Brígido, j. 14.03.2006).

ANTE O EXPOSTO, conheço da ordem para

conceder a liberdade provisória, assim como, para anular a decisão vergastada ante o patente vício de fundamentação, devendo ser expedido incontinenti o competente alvará de soltura clausulado em favor do paciente, a não ser deva permanecer encarcerado por outro motivo.

É o voto.

Fortaleza, 23 de junho de 2007.

RECURSO CRIME EM SENTIDO ESTRITO

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

Nº 2005.0017.5849-9/1

RECURSO CRIME EM SENTIDO ESTRITO (de Juazeiro do Norte)

RECORRENTE: FRANCISCO DE ASSIS MENEZES DE OLIVEIRA

RECORRIDA: A JUSTIÇA PÚBLICA

RELATOR: DES. LUIZ GERARDO DE PONTES BRÍGIDO

-Pronúncia.

-Desmoroada a prova da inculcada legítima defesa, confirma-se o ato de admissibilidade da acusação, reservada ao Júri, por expressa disposição constitucional, a tarefa de analisar, a fundo, o material probatório e proclamar, com base nele, o seu veredicto, condenando ou eximindo de culpa o agente.

-Pedir o defensor do réu a absolvição sumária sob o calço da excludente de ilicitude e pugnar, alternativamente, pela despronúncia à míngua de indícios da autoria delitiva, é zombar da inteligência da turma julgadora, a quem, tudo indica, quer fazer de boba tal a intensidade do seu desatino, que, não se discute, repugna ao mais rasteiro senso comum do que seja lógico. No ponto, muito a propósito o rifão lusitano: *“palavras loucas, orelhas moucas”*.

-Recurso desprovido.

-Unanimidade.

Vistos, relatados e discutidos os autos acima identificados.

1. Recurso em sentido estrito em que Francisco de Assis Menezes de Oliveira, pronunciado por homicídio simples

na pessoa de Sérgio Silva Alencar, alega ter agido em legítima defesa para ser absolvido sumariamente. Rejeitada essa opção, que seja despronunciado pelo órgão revisor, à míngua de indícios da autoria delitiva.

Contrariado pela Promotoria, o órgão singular manteve a decisão impugnada, vendo-se que, nesta alçada, opinou a PGJ pelo desprovimento do reclamo.

É o relatório.

2 - Ao que se vê, José Edílson Menezes de Oliveira e Cícero Evandro Menezes de Oliveira, irmãos do recorrente, na madrugada do dia 3 de agosto de 1985, durante um baile realizado no clube Asa Branca, Juazeiro do Norte, envolveram-se em um tumulto e desentenderam-se, por motivo de somenos, com o soldado PM Francisco Franciello Santos. Para desferrar os dois fraternos, o recorrente sacou o revólver que trazia à ilharga e disparou na direção do desafeto, atingindo, na cabeça, Sérgio Silva de Alencar, companheiro de farda de Franciello, que, sentado próximo ao local do entrevero, sequer teve tempo para reagir antes de ser defuntado.

A testemunha, de visu, Maria do Socorro Almeida, testificou em juízo que *“Sérgio não chegou nem a tirar o revólver que trazia na cintura, pois foi atingido quando ainda estava sentado na mesa e não fez nenhuma menção de sacar a sua arma”* (fl. s. 59).

Nesse contexto, desmoronadiça a inculcada exclusão de criminalidade, ao menos na vertente fase de avaliação epidérmica da prova, tendo acertado o órgão a quo em pronunciar o recorrente, já que **“o Tribunal do Júri é o juiz natural dos crimes dolosos contra a vida, só podendo ter o seu julgamento subtraído pelo juiz singular quando as dirimentes expressas no art. 411 do Código de Processo Penal restarem plenamente provadas”** (STJ, 5ª T., REsp n. 38.302-GO, rel. Min. Edson Vidigal, DJU de 15/12/97, p. 66.471).

Descartado o primeiro tópico recursal, passa-se ao segundo, que igualmente é desprovido de vigor jurídico. Deveras, a prova que esmorece a pretendida absolvição sumária é a mesma que esvazia a desvairada pretensão alternativa. Na

verdade, o pedido traduz, e claramente, sobreeminente falta de juízo do defensor do acusado, que repugna, por óbvio, ao mais rasteiro senso comum do que seja lógico. Ora, dizer que o réu matou para se defender e depois asseverar que não há indícios da autoria delitiva, é zombar da inteligência da turma julgadora e tomar-lhe desnecessariamente o tempo. Sobre esse ponto da súplica vem muito a propósito o rifão lusitano: “... *palavras loucas, orelhas moucas!*”. Aliás, este órgão revisor, que não se compõe de néscios, tem a certeza de que ele mesmo, o recorrente, se consultado, como já disse Ruy Barbosa, “*não autorizaria semelhante asneira*”.

3 – Do exposto, **ACORDA a 1ª CÂMARA CRIMINAL do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO CEARÁ**, à unanimidade, em conhecer do recurso, todavia para negar-lhe provimento, confirmada a decisão impugnada.

Fortaleza, CE, 10 de abril de 2007.

CARTA TESTEMUNHÁVEL

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

**2000.0016.2752-0 CARTA TESTEMUNHÁVEL
TESTEMUNHANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO
TESTEMUNHADO: FERNANDO SOARES DA SILVA
COMARCA: FORTALEZA
RELATORA: DESEMBARGADORA MARIA SIRENE DE
SOUZA SOBREIRA**

EMENTA: PROCESSO PENAL. CARTA TESTEMUNHÁVEL. CABIMENTO. CONHECIMENTO. RECURSO DE AGRAVO EM EXECUÇÃO. CONHECIDO E IMPROVIDO.

1. O CPP, em seu art. 639, diz cabível a Carta Testemunhável, quando a decisão denegar o recurso. *In casu*, é patente que a decisão do juízo *a quo* que não processou o recurso de agravo em execução não se compatibiliza com a legislação processual penal. O fato do Ministério Público de primeiro grau ter intentado outro recurso em execução, ao invés de requerer a subida dos autos para a instância *ad quem*, não pode constituir óbice para o conhecimento e processamento do Agravo em Execução pelo juízo *a quo*, já que este deveria tê-lo recebido como mero pedido de remessa dos autos a este Egrégio Tribunal. Demais, não se pode olvidar que o órgão ministerial, em sede de contra-razões, ainda que indiretamente, requereu o envio dos fólios ao juízo *ad quem*.

2. Tendo o STF declarado a inconstitucionalidade do dispositivo legal que proibia a progressão de regime prisional para os crimes hediondos e a eles equiparados e, *in casu*, preenchendo o acusado os requisitos objetivos e subjetivos

estatuídos na Lei de Execuções Criminais, faz jus à progressão de regime prisional, do fechado para o semi-aberto.

3. Conhecimento da Carta Testemunhável, porém para negar provimento ao Recurso de Agravo em Execução, mantendo incólume a decisão recorrida, de modo a confirmar a progressão de regime deferida no juízo das execuções criminais.

Vistos, relatados e discutidos os autos acima identificados.

ACORDA a 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade de votos, em conhecer da Carta Testemunhável, para negar provimento ao inconformismo do Representante do Ministério Público e, por conseguinte, julgando o recurso de Agravo em Execução, mantendo incólume a decisão recorrida, para confirmar a progressão de regime deferida no juízo das execuções penais.

RELATÓRIO

Tratam os autos de Carta Testemunhável intentada pelo Membro do Ministério Público Estadual do Ceará, então atuante na data de 5 de março de 2001 junto à outrora Vara Única da Comarca de Execuções Criminais de Fortaleza, diante da negativa de seguimento de Recurso de Agravo em Execução através de da decisão fls. 71/73 (cópia do Agravo repousa às fls. 68/70), intentado contra o deferimento em favor de Fernando Soares da Silva da Progressão do Regime de cumprimento de sua pena, do fechado para o semi-aberto, provimento esse proferido pelo Juiz José Mário dos Martins Coelho e constante às fls. 61/67.

Dão conta os autos que Fernando Soares da Silva, após ter sido exarado a sentença (fls. 12/14), ingressou com Agravo em Execução (fls. 06/11) da decisão acostada aos presentes autos a fl. 37, onde narrou, em suma que: em 26 de

novembro de 1999 reiterou pedido de progressão de regime (fls. 15/21), no qual o membro do Ministério Público, atuante na data de 9 de dezembro de 1999, manifestou-se favoravelmente ao pleito (fls. 22/23), enquanto o juízo ainda assim indeferiu o pedido de progressão de regime (fls. 24/25). Conta ainda que, em data de 5 de junho de 2000 ingressou com novo pedido (fls. 26/29), no qual o promotor de Justiça também entendeu pela negativa do indeferimento da progressão (fls. 30/36), gerando assim *decisum* ora acostado à fl. 37, e objeto do então Agravo em Execução.

Apresentadas as contra-razões pelo Ministério Público (fls. 56/60), que pugnou pelo indeferimento do Agravo, seguiu-se a **decisão** de fls. 61/67.

Dessa **decisão** entendeu a Justiça Pública por intentar o que o denominou de Recurso de Agravo em Execução (fls. 68/70), tendo o juízo negado seguimento ao recurso, eis que em seu entender o Agravo teria feição de agravo de instrumento em Execução Penal (fls. 71/73).

A Carta Testemunhável, portanto, foi protocolada em face do não seguimento do Recurso de Agravo em Execução, datada de 1º de novembro de 2000, contra a deferida progressão de regime, do fechado para o semi-aberto, de Fernando Soares da Silva.

Razões da Carta apostas às fls. 78/77, contra-razões às fls. 78/79, decisão do juízo ordenando a subida dos autos às fls. 80/82.

Manifestação da Procuradoria Geral de Justiça às fls. 95/97, pelo provimento da Carta Testemunhável.

Às fls. 100/111, o recorrido fez anexar diversos documentos, nos quais comprova estar o mesmo trabalhando, estudando, e cumprindo o sentenciado a pena, com apresentação diária à Casa do Albergado.

Colhe-se, ainda dos fólios, não obstante constar sua participação em rebelião, a existência de diversos pareceres à conduta carcerária desse apenado, demonstrando condições favoráveis de caráter e trato para com os companheiros de prisão e, bem assim, perante os funcionários do estabelecimento penal,

denotando características de auto-disciplina e senso de responsabilidade reveladores de elevado índice de recuperação, escopo maior da Lei de Execuções Penais, ao ponto de chegar a ser classificada sua conduta carcerária como exemplar.

É o relatório, no que há de essencial. Passo a votar.

VOTO

Decorre que o direito pleiteado na presente carta testemunhável passada em favor do nobre Promotor de Justiça com atuação na Vara de Execuções Penais, ampara-se no permissivo legal do artigo 639 do Código de Processo Penal ante a decisão judicial de fls. 71 a 73 que negou ao inconformismo manejado pelo *Parquet*, impropriamente nominado de Recurso de Agravo em Execução.

Baseou-se, a negativa de trânsito do citado recurso, em dois fundamentos distintos, a saber: primeiro, que o instituto jurídico do Agravo em Execuções Penal não se adequava ao âmbito do juízo das execuções penais, vez que a Lei 7.210/84, em seu art. 197, era taxativa em admitir tão somente as hipóteses ali elencadas, sem contemplar o caso em estudo, onde operou-se juízo de retratação para dar provimento ao recurso de Agravo em Execução interposto pelo apenado; segundo, considerou o julgador monocrático que em seu contra arrazoado o representante ministerial omitiu-se em requerer subida dos autos à instância superior em caso de acolhimento do agravo.

Em princípio, cumpre analisar a carta testemunhável a fim de perquirir a existência dos pressupostos previstos na processualística dos arts. 639 *usque* 646 do CPP.

Nesse contexto, verifica-se que o feito processou-se sem defeitos aparentes. A carta testemunhável é cabível, via de regra, nas hipóteses previstas nos dois incisos do artigo 639, CPP, sendo perfeitamente amoldada no caso concreto em que se obteve seguimento de recurso à instância *ad quem*.

É que, nada obstante o Ministério Público de primeiro grau ter intentado outro recurso em execução, ao invés de requerer a subida dos autos para a instância *ad quem*, pelo

princípio da fungibilidade dos recursos, o juízo *a quo* deveria tê-lo recebido como mero pedido de remessa dos autos a este Egrégio Tribunal.

Ademais, não se pode olvidar que o testemunhante, em sede de contra-razões (fls. 56/60), ainda que indiretamente, requereu o envio dos fólios ao juízo *ad quem*. Isso é o que se extrai das próprias palavras do representante do Ministério Público, oficiante, à época, na Vara das Execuções Criminais da Comarca de Fortaleza, *in verbis*:

“(...) Ex positis, na certeza de que o juízo a quo quando do reexame da decisão recorrida, em seu efeito regressivo, manterá sua Sentença; espera o Ministério Público que essa Egrégia Câmara Criminal, mesmo que conhecendo por tempestiva, data vênua, não dê provimento ao recurso sub examine por não encontrar amparo fático/legal (...)”.

Colhe-se da doutrina que “se a carta estiver suficiente instruída de modo a possibilitar o conhecimento do recurso denegado, permite-se que o tribunal, desde logo, decida a seu respeito (art. 644)”. (GRINOVER. Ada Pellegini e Outros, *Recursos no Processo Penal*, 3ªed., Revista dos tribunais, São Paulo.)

Assim, conheço da presente carta testemunhável passando, incontinenti, à análise do mérito recursal.

Estando o apenado Fernando Soares da Silva, segregado sob o regime prisional fechado em decorrência de sentença condenatória oriunda da Comarca cearense de Juazeiro do Norte, cumprindo penas corporais cujo somatório totaliza 20 (vinte) anos e 10 (dez) meses de reclusão, condenado que foi por infringir os arts. 159, § 1º e 29, 352 e 354 todos do CPB, aforou pedido de PROGRESSÃO DE REGIME no escopo de ingressar na modalidade do regime semi-aberto.

Aduziu em prol de sua pretensão que apesar do delito estar enquadrado na Lei nº 8.072/90, que o coloca na categoria

dos crimes hediondos, o tempo efetivo de encarceramento mais os dias de pena remidos, totalizavam à época, no cumprimento de mais de 1/3 (um terço) da condenação total, o que permitiria acesso ao regime prisional mais brando, vez que atendia às condições objetivas e subjetivas e, principalmente pelo fato do juízo sentenciante não ter consignado expressamente que o cumprimento da reprimenda se daria integralmente no regime fechado.

Requeru, ainda, o beneplácito sob pálio do princípio da isonomia vez que outros condenados por crimes considerados hediondos haviam ascendido progressivamente de regime.

O parecer ministerial (fls. 30/36) orientou-se contrariamente à progressividade requestada, sendo acompanhado pelo julgador da vara de execução da pena, que indeferiu o pleito (fl. 37) possibilitando o manejo do Agravo pela ilustre advogada do apenado. Daí, vieram as contra-razões do Órgão Ministerial pugnando pelo não provimento do agravo.

Segue-se que ainda naquela vara de execuções o conspícuo juiz, hoje colega Desembargador, José Mario dos Martins Coelho, ao receber o Agravo exerceu o juízo de retratação para conceder a progressão de regime requestada pelo sentenciado, razão pela qual aqui chegam os autos por inconformismo do Ministério Público.

Decerto, no âmbito do **Supremo Tribunal Federal** restou declarada, de forma incidental, através de composição plenária, a inconstitucionalidade do § 1º, art. 2º, da Lei 8.072/90, homenageando o princípio da dignidade da pessoa humana, além dos princípios da humanidade, da individualização da pena e da proporcionalidade.

Dessa forma, nossa corte máxima elegeu a tese da inconstitucionalidade, estribando-se nos seguintes fundamentos:

“ (...) que a vedação de progressão de regime prevista na norma impugnada afronta o direito à individualização da pena (CF, art. 5º, LXVI), já que, ao não permitir que se considerem as

particularidades de cada pessoa, a sua capacidade de reintegração social e os esforços aplicados com vistas à ressocialização, acaba tornando inócua a garantia constitucional.”

“(...) que o dispositivo impugnado apresenta incoerência, porquanto impede a progressividade, mas admite o livramento condicional após o cumprimento de dois terços da pena (Lei 8.072/90, art. 5º).”

“Considerou-se, ademais, ter havido derrogação tácita do § 1º do art. 2º da Lei nº. 8.072/90 pela Lei 9.455/97, que dispõe sobre os crimes de tortura, haja vista ser norma mais benéfica, já que permite, pelo §7º do seu art. 1º, a progressividade do regime de cumprimento da pena.” (STF Informativo nº. 417)

Além disso, em sede desse tema de incidência da progressão de regime no caso de crime hediondo ou a ele equiparado, o **Superior Tribunal de Justiça**, criado para unificar a jurisprudência pátria também consignou:

“Declarada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, na sessão de 23/02/2006 (HC 82.959/SP), a inconstitucionalidade incidental do art. 2º, §1º, da Lei 8.072/90, que veda a progressão de regime nos casos de crimes hediondos e a eles equiparados, afastado restou o óbice à execução progressiva da pena.” (STJ, HC 46929/SP, Min. Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, DJ 08.05.2006)

Por conseguinte, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, a jurisprudência vem concedendo progressão de regime, mesmo em se tratando de crime hediondo, reconhecendo, desse modo, a inconstitucionalidade de restrições

excessivas e lesivas aos direitos fundamentais.

Nessa esteira de entendimento, este sodalício já enfrentou diversas vezes a questão, valendo apontar a posição pioneira manifestada pelo Eminentíssimo Desembargador Fernando Luiz Ximenes Rocha, agasalhando o entendimento já disseminado pelos tribunais pátrios de que é perfeitamente plausível conceder a progressão de regime prisional mesmo nos casos em que os delitos são taxados como hediondos, *in verbis*:

“PROCESSUAL PENAL – Tóxicos. Grande quantidade de droga apreendida. Apetrechos de pesagem em posse do denunciado. Traficância caracterizada. Regime prisional. Progressão. Cabimento. I – Não merece reforma a sentença monocrática que condenou o réu nas sanções do art. 12 da Lei nº 6.368/76, por haver aquele sido encontrado com grande quantidade de substância entorpecente, bem como com instrumentos de pesagem, tudo a indicar a ocorrência de traficância ilícita. II – A Lei nº 9.455/97, em seu art. 1º, § 7º, estabelece, quanto à execução da pena, regime mais favorável que o da Lei nº 8.072/90, devendo dito dispositivo, por comando constitucional e do Código Penal, não obstante referir-se ao crime de tortura, retroagir para beneficiar o acusado. III – Apelo improvido. Habeas corpus concedido, de ofício, para propiciar regime prisional mais favorável ao réu, o qual deverá cumprir a pena inicialmente, e não integralmente, em regime fechado.” (TJCE – Apel. 1999.10148-5 – 1ª C.Crim. – rel. Des. Fernando Luiz Ximenes Rocha – DJCE 24.10.2000).

Por tais circunstâncias é que encontramos o fundamento da possibilidade de aplicação da progressão do regime no caso concreto, em especial, se verificado o

implemento das exigências objetivas e subjetivas estabelecidas na norma de Execuções Criminais, Lei 7.210/84.

Decerto não encontramos na sentença primitiva o impeditivo legal da existência, no dispositivo condenatório, de qualquer menção ou mesmo comando expresso para cumprimento da reprimenda em regime integralmente fechado, restando ultrapassado essa celeuma. E ainda que existisse não teria mais nenhum valor jurídico, já que o próprio Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional, de forma incidental, a dispositivo normativo que proibia a progressão de regime de cumprimento de pena para os crimes hediondos e a eles equiparados.

Noutro aspecto, assoma-se dos autos o cumprimento da exigência objetiva prevista no art. 112 da LEP, de modo a concluir que o apenado cumpriu, de fato, encarcerado mais de 1/6 da pena imposta, na medida em que sua pena unificada equivale 20 (vinte) anos e 10 (dez) meses de reclusão, tendo estado efetivamente recolhido durante 5 (cinco) anos e 11 (onze) meses na custódia fechada, ultrapassando e muito, o lapso de um sexto da pena.

Concernente ao requisito subjetivo exigido pelo art. 112 da Lei de Execução Penal, não é difícil concluir através dos documentos acostados ao fascículo, que o sentenciado fez prova de seu bom comportamento carcerário, além de comprovar a participação em cursos e demais atividades educacionais, de estar prestando serviços como assessor parlamentar, e aprovação em curso superior (universitário), além de possuir residência nesta Capital.

Nesse contexto, evidente a plausibilidade da aplicação da progressão no caso em tela, devendo ser ressaltada a coerência das razões decisórias corporificadas na decisão de fl. 61 a 67, com as quais comunga esta relatoria, de sorte que o juízo de retratação exercido naquela respeitável decisão não merece qualquer censura tampouco reparos.

Diante do exposto, conheço da carta testemunhável para negar provimento ao inconformismo do Representante do Ministério Público e, por conseguinte, julgando

o recurso de Agravo em Execução mantendo incólume a decisão de fl. 61 a 67 para, por corolário, **MANTER A PROGRESSÃO DE REGIME** deferida no juízo das execuções penais.

É o voto.

Fortaleza, 11 de dezembro de 2006.

DISCURSOS

**Discurso do Desembargador Lincoln Tavares Dantas,
proferido em 26 de outubro de 2006, por ocasião de sua
posse.**

Excelentíssimo Senhor Desembargador
Presidente do Tribunal de Justiça do Estado,
Excelentíssimas autoridades que integram a
mesa,

Excelentíssimos Senhores Desembargadores
que compõem esta Corte de Justiça,
Ilustríssimos Senhores Promotores de Justiça e
advogados,

Colegas Magistrados aqui presentes,
Senhoras,
Senhores,

Pelos critérios já conhecidos por todos,
empossamo-nos como Desembargadores neste Templo de
Justiça.

É difícil saber qual o pensamento e quais as
mensagens que meus pares desejariam deixar nesta ocasião,
porém acredito que comunguem comigo os mesmos ideais.

Desde já, meu agradecimento, obrigado por poder
transmitir minhas mensagens.

Fui Juiz na terra dos Desembargadores Celso
Albuquerque Macedo e Francisco Lincoln Araújo e Silva. Conheço-
os há mais de trinta anos e com o último trabalhei em Mombaça.
O destino aqui nos uniu. É a providência divina que nos deu uma
nova missão a ser cumprida. Estou satisfeito e honrado por
trabalhar com ambos neste Templo.

Foram anos de contínua e ininterrupta espera e
pelo caminho mais longo, sem nada ter atropelado e de
consciência tranqüila, emposso-me no alto e envaidecedor cargo
e o faço “*alis volat propriis*”.

Aguardei o meu tempo e o privilégio da antiguidade
na carreira é uma bênção de Deus. A Ele elevo minhas orações
de agradecimento pelo privilégio que me concedeu e pela

proteção que me deu nestes trinta e seis, quase trinta e sete anos de carreira.

É a Justiça Suprema que se faz presente e Ela me anima a dar continuidade a minha vida de Magistrado nas elevadas funções que passo a exercer e estou certo que o vigor dos anos me preserva o impulso inicial de amor ao trabalho que faço.

As indicações dos Desembargadores que comigo irão compor a 4ª Câmara Civil deste Egrégio Tribunal de Justiça, pelos critérios já conhecidos de todos, são também uma bênção de Deus e creio que todos estão a elevar as suas preces de gratidão a Ele.

E propício lembrar e nenhum de nós deve esquecer que este é um momento especial, mas transitório, como transitórias são as funções e a própria vida. Um dia a Justiça Suprema igualará todos.

Ao ingressar na Magistratura o fiz por vocação - creio que meus pares também - minha missão nesta vida, e já conhecedor que o poder não pertence a pessoas e ele só se afirma quando utilizado como instrumento do bem. Logo compreendi que a altivez de um Juiz não se mede pela posição que ocupa, muito menos pela arrogância, prepotência, orgulho e nem pelas explosões de seu temperamento, mas pela sua segurança interior que deve tomar a forma de tranqüila humildade, sendo esta uma das maneiras de se respeitar e fazer respeitar o poder que representa.

Certo psicanalista afirmou que “a característica do homem imaturo é aspirar a morrer nobremente por uma causa, enquanto a característica do homem maduro é querer viver humildemente por uma causa”.

Na minha jornada não me deixei seduzir pela vaidade, pelo orgulho ou pelas honrarias, jamais me fascinou o reconhecimento público e sempre tive o prazer de passar despercebido.

Tenho como certo que o orgulho, a prepotência e a arrogância se entrelaçam com a vaidade, a mais perniciosa das paixões humanas.

Matias Aires, em suas “Reflexões sobre a Vaidade dos Homens”, afirmou que “a vaidade está no meio da ciência e das letras e são raros os que nas letras buscam a ciência e é na ciência de fazer Justiça onde a vaidade é mais perniciososa.”

“Quanta injustiça não terá feito a vaidade de fazer Justiça”, disse ele, afirmando também que “a vaidade se nos apresenta até mesmo nos aparatos da morte”.

Lembro, e é bom que seja dito, usando as palavras de Leon Tolstoi que “de todas as ciências que o homem pode e deve saber, a principal é a ciência de viver fazendo o mínimo possível de mal e o máximo possível de bem” e completo utilizando as palavras de Edmund Picard, na sua obra “Direito Puro”, quando diz que “todo homem é um ser avaliador e tem dentro de si condições de distinguir o bem e o mal.”

Como ser avaliador, julgador que sou, sei que o Direito e a Justiça são unos, pairam acima das pessoas, dos governos, das Nações. Não há sociedade sem Direito e não pode haver Direito sem Justiça. Ele é a realização da Justiça na vida social ou quando menos, sua meta. O fim do Direito, sua teleologia, resume-se na Justiça.

A idéia da Justiça nasceu com o homem, morrerá com ele e não só os juristas, mas os filósofos e as religiões dela se ocuparam.

O Livro dos Mortos, do Velho Egito consigna o caráter divino de Justiça. O Código de Manú, monumento da cultura indiana nos oferece noções de Lei natural e considera o Direito dentro da órbita da ordem ética e da esfera teológica. A sabedoria de Confúcio, que prega a ética no Direito e na Política, diz que “se dispusermos de homens justos o Governo florescerá. Mas, sem eles o governo desaparecerá”. Sócrates diz ser o Estado uma realidade ética, pois só a virtude pode governar os homens e os cidadãos devem obedecer às leis em respeito à Justiça, à ordem, à proteção e à segurança que o poder estatal encarna. Apesar da sua convicção de imposição das leis acredita na Justiça. Foi um crítico. Aristóteles reconheceu ser a Justiça a mais excelsa das virtudes morais e declara que o Direito contém, em si mesmo, o Ideal de Justiça. Para ele a lei positiva só obriga

quando acorda com esse Ideal. Pitágoras afirma ser a Justiça uma equação, uma proporção, uma igualdade e em seu entendimento, a Justiça é harmonia resultante de um quadro de números perfeitamente coordenados. Nos versículos dos Salmos de Davi, Justiça é citada em mais de sessenta passagens e justo em trinta e seis.

Quero dizer que o Ideal de Justiça - Justiça é algo de muito sério para ser relegado pelo Poder Estatal através de regras injustas ou imorais que elabore.

É suprema candura pensar que as regras jurídicas são dirigidas apenas para a realização da Justiça. A história tem mostrado exemplos de que os legisladores nem sempre ordenam para o bem. Fazem leis lacunosas, iníquas, com erros de técnica elaborativa, injustas, imperfeitas, falhas venais, leis de favor, apadrinhamento, perniciosas.

Toda norma jurídica sancionada, promulgada e publicada é legal. Mas, afirmo, nem toda lei é Direito.

Muitos esquecem que o termo Justiça se reduz à realização do bem comum. A norma jurídica deve visar ao mesmo fim. Não há diferenças substanciais quanto à idéia que os inspira e os objetivos finais a que se propõem.

O único limite interno de uma Nação deve ser a Moral e o Direito.

Creio num Estado que tem como limite interno o bem estar social e respeita os Direitos sagrados da personalidade humana.

Almejo que o Direito positivo traga apenas o justo e moral. Na concepção kelseniana o Direito é valor pelo fato de ser norma, não por ser justo e moral, mas para mim, tem que abrigar os princípios da Moral e da Justiça.

São Tomás de Aquino, na "Suma Teológica, das Leis" na esteira do pensamento agostiniano, não considera lei o que não for justo, no foro da consciência, salvo para evitar escândalo ou perturbação da ordem. Admite ele a insubordinação às normas que atentem contra as leis divinas.

Aceito como válido o Direito moral e justo, porque só assim chega-se à Justiça.

Qual o papel dos tratadistas, do Poder Judiciário, através de seus julgadores, quando se deparam com leis que não ordenem para o bem comum?

O Estado de direito compete à Justiça e o Poder Judiciário, sustentáculo da democracia, fiel ao Poder que emana do povo, criticado por qualquer motivo, muitas vezes com críticas injustas, cujos Juizes sofrem caladamente, sem exagerar a noção da divisão dos Poderes, tem muito o que fazer e tem meios para abrandar as Leis que não ordenem para o bem comum e para tanto basta que se utilize dos Princípios Gerais do Direito e principalmente da Eqüidade.

Direito, Justiça, Eqüidade. Sem Eqüidade o Direito não existe, muito menos a Justiça.

É hora de terminar.

Tudo o que ocorre a mim agora é reflexo dos exemplos e ensinamentos recebidos dentro do lar de meus pais, de quem aprendi lições de ética, moral, bondade, humildade e principalmente de espiritualidade.

No lar de meus pares certamente ocorreu o mesmo.

Minhas homenagens e gratidão a vocês, meus pais, José Ribeiro Dantas e Alzira Tavares Dantas. Segurando a mão de meu pai entrei pela primeira vez no antigo prédio do Tribunal de Justiça e vi Têmis. Nasceu minha vocação. Minha mãe, dando exemplos de bondade, cuja memória me inspira respeito, gratidão e saudade, foi o baluarte do lar.

Deixei mensagens nas palavras que proferi e o final é reservado para pessoas muito especiais na minha vida, minha mulher e filhos. Fui abençoado com seis incríveis criaturas e hoje sou mais ainda com meus genros e netos, assim como meus pares com suas famílias.

É uma honra nesta ocasião poder dizer que os amo e acredito que me perdoam os momentos que deixei de viver ao lado de vocês pelo trabalho.

Claudette, minha doce mulher, companheira e amiga, que comigo esteve em todos os momentos, você é co-partícipe em tudo. Eu a amo.

Meus filhos e genros, é com grande prazer que divido com vocês este momento e que ele reacenda os sentimentos de ética, honra, dignidade, sinceridade, humildade, espiritualidade que sempre procurei transmitir a vocês.

Acredito que sem a ajuda de Deus e a convivência com vocês não estaria aqui.

Aos funcionários, todos que comigo estiveram na minha jornada, conhecedores da minha conduta, meu preito de gratidão pelo trabalho e amizade a mim dedicada. Obrigado pela dedicação de vocês ao trabalho.

A todos que me ouviram afirmo que continuarei a agir como sempre fiz, pois estou certo que no dia que me desincumbir das minhas atribuições e comparecer perante o Maior Julgador, Ele olhará os atos que pratiquei e os julgamentos que proferi e me julgará como julguei meus semelhantes.

Obrigado,

Des. Lincoln Tavares Dantas

ÍNDICE ALFABÉTICO REMISSIVO**MATÉRIA CÍVEL****APELAÇÃO CÍVEL**

Acidente de trabalho – não fornecimento de equipamento de segurança ao empregado – culpa do empregador – dever de indenizar os danos materiais e morais.71.

Alienação fiduciária – busca e apreensão – discussão de cláusulas contratuais – possibilidade – cumulação indevida de comissão de permanência com outros encargos moratórios – descaracterização da mora62.

Busca e apreensão – notificação extrajudicial – ofensa ao princípio da territorialidade dos registros públicos – nulidade....51.

Danos morais – inscrição indevida no SPC e no SERASA – empresas de telefonia – dívida de outrem – indenização devida.....35/36.

Honorários advocatícios – condenação em relação a reconvenção – ausência de impugnação – coisa julgada – impossibilidade de interpretação extensiva.....140/141.

Matéria jornalística – publicação de fotos de carro – ilícitos em que não estavam envolvidos o dono ou condutor – dano moral – indenização.....128/129.

Menor – ação cautelar de busca e apreensão – inexistência da propositura da ação principal – extinção do processo sem resolução do mérito..... 13.

Previdência privada – cláusula abusiva – aplicação do código de defesa do consumidor.....18.

Revisão de pensão previdenciária – decisão *extra petita* – inoportunidade – pensão por morte - acidente de trabalho..103/104.

Servidor – nomeação às vésperas de acabar mandato – concessão de incorporação de gratificações por exercício de cargos comissionados – previsão legal – anulação dos atos de incorporação – inexistência de processo administrativo – impossibilidade.....117/118.

Tributário – apreensão de mercadoria – meio coercitivo de cobrança de tributo – sanção política – impossibilidade.....93.

Tributário – taxa de iluminação pública – serviço geral e indivisível – invalidade.....25.

Veículo – apreensão – consignação em pagamento – inteligência do Art. 890 do CPC – purgação da mora – restituição do bem móvel.....54/55.

AGRAVO DE INSTRUMENTO

Cláusulas contratuais – discussão judicial – não demonstração de parte incontroversa – inscrição nos cadastros de restrição aos créditos – impossibilidade.....157/158.

Contrato de seguro – invalidez por doença – necessidade de perícia médica para pagamento de benefício – indeferimento de prova e julgamento antecipado da lide – desconstituição de sentença.....169/170.

Resolução contratual – nulidade da perícia por inobservância do Art. 421 do CPC – defeito sanável mediante nomeação de assistente técnico e formulação de quesitos.....174/175.

Verba alimentar – execução – débito atual – anteriores às três últimas parcelas – inadmissibilidade de prisão civil – súmula 309 do STJ.....149.

HABEAS CORPUS

Depositário infiel – prisão civil – cópia do decreto prisional – ausência – não conhecimento do remédio heróico.....185.

MANDADO DE SEGURANÇA

Cargo comissionado – vantagem pessoal remuneratória – incorporação – requisitos – servidor estabilizado excepcionalmente pelo Art. 19 do ADCT da CF de 1988 – inexistência de direito.....201.

Servidor público – aposentadoria voluntária por tempo de serviço – integralidade dos proventos – redução artificial – ofensa à integralidade e paridade dos proventos.....195.

EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO

Incidente de parcialidade do juiz – suposta amizade com advogado de uma das partes – hipótese legal não configurada na espécie – conhecimento e improvemento.....211.

MATÉRIA CRIMINAL

APELAÇÃO CRIME

Delito de trânsito – homicídio culposo – malferimento do disposto nos Arts. 384, parágrafo único, do CPP, e 93, IX, da CF – inoportunidade – hipótese de *emendatio libelli* e não de *mutatio libelli*.....289.

Homicídio e lesão corporal culposos – dosimetria da pena privativa de liberdade – exacerbação infundada – decisão reformada.....256/257.

Homicídio privilegiado – nulidade levantada pelo *Parquet* – não apreciação de quesito referente à qualificadora – quesito prejudicado – improvimento.....223/224.

Homicídio triplamente qualificado – alegação de decisão contrária à prova dos autos – homicídio privilegiado – violenta emoção – inoportunidade.....235/236.

Júri – pedido de novo julgamento – fundamentação em decisão contrária à provas dos autos – inoportunidade.....274/275.

Roubo duplamente qualificado – uso de armas de fogo e concurso de pessoas – insuficiência de provas – dosimetria inadequada da pena – provimento parcial.....248.

Roubo qualificado – confissões – sentença condenatória – penas exacerbadas – procedência parcial.....267.

Tráfico de drogas – materialidade comprovada – autoria insuficientemente provada – absolvição.....254.

Tribunal do Júri – homicídio privilegiado – condenação – decisão contrária à prova dos autos – ocorrência – anulação do julgamento.....227.

Tribunal do Júri – veredicto popular que se dissocia da prova – sentença anulada – novo julgamento.....294/295.

HABEAS CORPUS

Crime hediondo – presença dos requisitos da prisão provisória – denegação da liberdade provisória – decisão fundamentada na periculosidade e na garantia da ordem pública.....301.

Homicídio triplamente qualificado – futilidade, crueldade e desprevenção – crime hediondo – pleito de progressão de regime prisional – indeferimento – inviável a concessão do *writ* quando

objetiva a pretensão de mudança de regime prisional (STJ, RSTJ 72/116).....315/316.

Instrução criminal – excesso de prazo na formação da culpa – atraso causado pela defesa – constrangimento ilegal não verificado – súmula nº 64 do STJ.....351/352.

Lesão corporal – menoridade penal comprovada por cédula de identidade, documento público – inimputabilidade declarada - nulidade do processo.....346.

Liberdade provisória – paciente que preenche os requisitos legais – presunção de inocência – concessão.....325/326.

Nulidade processual – cerceamento de defesa – inocorrência – denegação da ordem – progressão de regime – não acolhimento.....307/308.

Prisão em flagrante – excesso de prazo – inocorrência – liberdade provisória – concessão – ausência de fundamentação da manutenção da prisão preventiva.....365/366.

Prisão preventiva – decretação por ameaça a testemunhas – perda da finalidade prática devido à oitiva de todas as testemunhas de defesa – ordem de soltura concedida.....348.

Prisão preventiva – materialidade provada – indícios suficientes de autoria – atendida a previsão do Art. 312 do CPP, referente à garantia da ordem pública e da aplicação da lei penal – manutenção da prisão.....339.

Prisão provisória – excesso de prazo na instrução probatória – configuração.....363.

Progressão de regime prisional em sede de *habeas corpus* – prova antecipada suficiente – sucedâneo de agravo em execução – *writ* conhecido – denegação.....329/330.

Segregação antecipada – recolhimento do sentenciado para apelar – crime hediondo – réu primário e de vida pregressa limpa – respondeu em liberdade todo o sumário sem comprometer a ordem pública ou dificultar a apanha probatória – soltura imperativa concedida.....360.

RECURSO CRIME EM SENTIDO ESTRITO

Pronúncia – absolvição sumária - legítima defesa não comprovada – admissibilidade da acusação – competência do júri popular de analisar o material probatório durante o julgamento.....383.

CARTA TESTEMUNHÁVEL

Carta testemunhável – cabimento – conhecimento – recurso de agravo em execução.....389/390.

