



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 26.2008

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

Doutrinas

Fundamento constitucional para o uso de incentivos fiscais como instrumento de combate às desigualdades regionais - Juliana Cardoso Lima , Bacharela em Direito pela Faculdade Farias Brito Secretária da 1ª Câmara Cível do TJCe.	11
Princípio da efetividade processual e unidade da sentença - Leonardo Henrique de C. Carvalho , Pós-graduado em Direito Processual Civil pela Universidade de Fortaleza - Advogado.	67

Jurisprudência Cível

Apelações Cíveis	87/202
Agravos de Instrumento	205/225
Habeas Corpus Cível	229/232
Mandado de Segurança	235/266
Ação Recisória	269/274

Jurisprudência Criminal

Apelações Crime	279/333
Habeas Corpus Crime	337/382
Desaforamento	385/391
Revisão criminal	395/402

<i>Índice Alfabético Remissivo</i>	403/409
--	---------

**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. Huguetta 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

Des. Francisco Sales Neto

Des. Raul Araújo Filho

Dr. Bonfim Cavalcante Carneiro - Secretário Geral

RELATORES

Des. Ernani Barreira Porto

Des. Francisco Haroldo Rodrigues de Albuquerque

Des. João de Deus Barros Bringel

Des. Rômulo Moreira de Deus

Desa. Luiz Gerardo de Pontes Brígido

Des. João Byron de Figueiredo Frota

Des. Ademar Mendes Bezerra

Desa. Maria Sirene de Souza Sobreira

Des. Raimundo Eymard Ribeiro de Amoreira

Des. Celso Albuquerque Macêdo

DOCTRINAS

Fundamento constitucional para o uso de incentivos fiscais como instrumento de combate às desigualdades regionais

Juliana Cardoso Lima

Bacharela em Direito pela Faculdade

Farias Brito

Secretária da 1ª Câmara Cível do TJCe.

INTRODUÇÃO

Atualmente, é de suma importância analisarmos qualquer instituto do direito e das relações que este tutela, tendo como fonte primária e inafastável a Constituição Federal. É através do estudo dos seus princípios, regras e objetivos que extraímos o fim buscado pelo Estado.

O Estado, sem dúvida, é o grande responsável por suprir as variantes necessidades do seu povo, para tanto, necessitará de encontrar meios de arrecadação de receitas públicas que cubram, e, conseqüentemente, correspondam com os gastos públicos. Dentro do Estado Fiscal moderno o custeio das necessidades da sociedade advém, precipuamente, dos tributos arrecadados pelo fisco junto aos indivíduos que compõem a comunidade.

Todavia, os tributos para que sejam válidos devem está regularmente previstos na lei. Sendo assim, o direito tributário é o ramo que regulará às hipóteses de limitação legal ao direito de tributar, e, como tal, deve ser orientado por valores que nascem na idéia de liberdade e que atinjam o direito da coletividade, não podendo, de forma alguma, ser compreendido como um meio de coerção do Estado sobre o indivíduo, mas, sim, como um meio de alcance da justiça social, quando, é claro, devidamente controlado e fiscalizado.

O poder constituinte originário ao instaurar uma nova ordem jurídica em 1988, rompendo, por completo, com a ordem jurídica precedente, trouxe inúmeras inovações, uma delas, de caráter significativo, se deu ao inserir o fundamento constitucional para o uso de incentivos fiscais regionais, previsto no seu art.151,I.

Diante deste novo Estado Social e Democrático de Direito, observamos uma nova postura do Estado Fiscal que tem como finalidade, não apenas à arrecadação (função fiscal), mas, também, a concretização das normas que galgam atingir objetivos de ordem econômica e social (função extrafiscal).

Dentro desta nova função, surge a possibilidade do uso de concessão de incentivos fiscais, como mais uma hipótese de limitação ao poder de tributar, porém, presente no plano da extrafiscalidade, e sob o prisma de um novo ordenamento jurídico que propiciou a interação do Estado Democrático de Direito com os direitos fundamentais do homem, constituindo como uns dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: garantir o desenvolvimento nacional e reduzir as desigualdades sociais e regionais.

Vários dispositivos dentro da Constituição Federal de 1988 consagram a importância dada pelo poder constituinte às regiões do país, e, portanto, não podem ser tido como lei morta, e sem eficácia. Ao contrário, a União através da abertura concedida pelo art. 151, I, da CF/88 poderá e deverá dar-lhes uma maior aplicabilidade.

O poder público, União, Estados, Municípios e Distrito Federal devem agir em perfeita sintonia e harmonia na busca por um menor desequilíbrio entre as regiões de todo o País. Cada qual deve atuar dentro de suas limitações, e através de um sistema de cooperação, para que se consiga atingir resultados mais expressivos. Nesta luta, grande destaque é dado aos incentivos fiscais, e é sobre este instituto que voltaremos a nossa atenção.

1- CONTEXTO HISTÓRICO DAS FORMAS DE CUSTEIO DAS NECESSIDADES FINANCEIRAS DO ESTADO

O estudo deste primeiro capítulo será de fundamental importância para compreendermos a atuação do Estado sobre o indivíduo. O Estado deve ser visto como um instrumento que tem por finalidade central salvaguardar e proteger os direitos do povo, competindo ao governo à busca pela harmonia e o equilíbrio de sua sociedade, trazendo-lhes a segurança, tranquilidade e

felicidade. Todavia, para a realização de suas atribuições e deveres, na busca do bem comum, o Estado deverá encontrar uma forma de custeio de suas necessidades financeiras diversas, as chamadas despesas públicas. Nas palavras de Celso Ribeiro Bastos podemos ilustrar alguns dos fins colimados pelo Estado:

Manutenção da ordem interna, asseguramento da defesa contra eventual inimigo externo, aplicação do Direito aos casos controvertidos (distribuição da justiça), feitura das leis que regerão a comunidade, prestação de serviços públicos, construção de estradas, fiscalização de muitas atividades particulares, e até mesmo no campo social e econômico a presença do Estado faz-se sentir de forma acentuada.¹

É claro que estas funções tratam apenas de um rol exemplificativo, portanto, coerente, é igualmente o pensamento de Alberto Deodato quando este afirma ser as necessidades do Estado infinitas, no qual a cada mudança e renovação de uma nova sociedade, novos atributos e papéis serão desempenhados pelo poder estatal vigente.

Essas necessidades são infinitas. De terras, de casas, de estradas, de ruas, de pontes, de navios, de defesa interna e externa, de justiça, de funcionários e trabalhadores. Um mundo, enfim, de bens e serviços. Mundo que cresce, dia a dia, com o intervencionismo do Estado, em busca do bem estar social. As suas funções não são mais, apenas, as de assegurar a ordem e a justiça, mas as de previdência e assistência. O zelo pela velhice e pela doença. Pela existência digna. Pela família. Tudo isso custa dinheiro. E é a aquisição de dinheiro que constitui, precipuamente, a atividade financeira do Estado, que é, em síntese, um ente que arrecada e que paga. É o maior criador e consumidor de riquezas.²

Dentro de uma análise feita pelo saudoso mestre Aliomar Baleeiro, na sua obra *Uma Introdução a Ciência das Finanças*³, este enumerou algumas formas que os governos, ao longo do tempo, utilizam para angariar recursos e custear as despesas públicas, tais sejam, realizar extorsões sobre outros povos ou deles receber doações voluntárias; recolher as rendas produzidas pelos bens e empresas do Estado; exigir coativamente tributos ou penalidades; tomar ou forçar empréstimos; fabricar dinheiro metálico ou de papel.

É bem verdade que a arrecadação de receitas públicas pode se dar de diversas maneiras, por isso, é interessante mencionar, fazendo uma retrospectiva pelo último milênio, que houve uma mudança significativa de formas de custeio das despesas do Estado. É o que o autor Ricardo Lobo Torres em sua obra *Curso de Direito Financeiro e Tributário* denominou de Estado Financeiro, englobando as categorias de Estado Patrimonial⁴ (a forma de custeio das necessidades financeiras do Estado advinha das receitas do seu próprio patrimônio); Estado de Polícia⁵ (a forma de custeio das necessidades financeiras do Estado baseava-se em seu absolutismo político e em sua economia mercantil e comercial); Estado Socialista⁶ (a forma de custeio das necessidades financeiras do Estado, assentava essencialmente, nos rendimentos das atividades econômicas produtivas das empresas estatais), e o Estado Fiscal. Cabe advertir que as três primeiras categorias de Estado citadas eram denominadas de Estados não fiscais (em sua essência).

1.1 Evolução do Estado Fiscal

No estudo do Estado Fiscal, verificamos que este passou por três grandes mudanças, podendo ser dividido em distintas fases: o Estado Fiscal Minimalista, o Estado Social Fiscal e o Estado Democrático Social. Na concepção do professor José Casalta Nabais:

O estado fiscal conheceu duas modalidades ou dois

tipos ao longo da sua evolução: o estado fiscal liberal, movido pela preocupação de neutralidade econômica e social, e o estado fiscal social economicamente interventor e socialmente conformador⁷.

Entretanto, até mesmo a título de didática analisaremos o Estado Fiscal conforme as três fases já mencionadas.

1.1.1- Estado Fiscal Minimalista

O Estado Fiscal Minimalista compreendeu o fim do século XVIII até o início do século XX, e correspondeu à fase do Estado Liberal Clássico. Pelo próprio nome se extrai que o Estado estava vinculado estritamente a realizar atividades inseridas no seu campo de atuação⁸.

A idéia central do pensamento liberal consiste em conceber o Estado como um mal, embora necessário. Enquanto tal, a de ser mantido e valorado na medida em que se traduza em entidade insubstituível na prestação de algumas atividades para as quais o indivíduo isolado, ou voluntariamente associado é impotente⁹.

Neste período, predominava a idéia da autonomia da vontade do indivíduo, assim, o papel do Estado Liberal era restrito ao exercício do poder de polícia, da atividade jurisdicional e da prestação de poucos serviços públicos, uma vez que o particular desempenharia de forma melhor as demais atividades. Falava-se, portanto, em uma neutralidade estatal.

Considerando estes fatores, nesta fase o Estado ainda não necessitava de um sistema financeiro¹⁰ complexo, ao contrário, a tributação era limitada, pois as despesas públicas eram reduzidas, visto que o Estado não tinha o papel de suprir e prover todas as necessidades da sociedade. Sendo assim, vigorava a concepção de um Estado Liberal e neutro, porém, com a crise econômica deflagrada no fim deste período, o modelo

liberalista passou a ser substituído pelo modelo intervencionista.

1.1.2- Estado Social Fiscal

A partir de 1919, temos uma mudança de postura do Estado que passa a interferir nas relações privadas do indivíduo, deixando de ser mero garantidor das liberdades individuais, iniciando uma intervenção estatal no domínio econômico (progressividade tributária, taxas aduaneiras protecionistas, etc.) e social (pensão por invalidez, subsídios às famílias, etc.) com a conseqüente limitação da vontade individual em prol do denominado interesse público.

Inicia-se a fase do Estado Social Fiscal que irá se estender até aproximadamente 1989, e corresponderá ao aspecto financeiro do Estado Social de Direito. O tributo passa a ser a principal fonte de receita da atividade financeira¹¹, advinda da economia privada, porém o Estado Social Fiscal tem uma finalidade denominada social ou extrafiscal, no qual o grande destaque foi dado ao desenvolvimento de alguns setores da economia, incluindo em suas despesas, o incentivo à redistribuição de rendas. Uma crítica feita ao Estado Social de Direito é que era um Estado regido por normas abstratas e sem limitação do poder do Executivo, o que acarretou em um período de enormes índices de tributações, sem um sistema de fiscalização apropriado sobre as despesas públicas, e sempre sob o simples argumento de está atendendo ao interesse social.

1.1.3- O Estado Democrático Social

A partir do ano de 1989, o mundo sofreu importantes mudanças, marcadas com a queda do muro de Berlim¹², o surgimento da globalização, a crise do regime socialista¹³ e dos intervencionismos estatais. No Brasil, tem-se no fim de 1988 a promulgação da Constituição Federal, simbolizando o fim do extenso período ditatorial que era regido por dispositivos jurídicos de exceção, imposto ao povo brasileiro. Diante destes acontecimentos, nasce a figura do Estado Democrático e Social Fiscal em consonância com o Estado Democrático e Social de

Direito, visando à instituição de um regime constitucional suficientemente forte no tocante à proteção dos direitos e liberdades fundamentais e que afastasse de forma eficaz a todas e quaisquer tentativas de regresso ao regime totalitário ou autoritário.

O Estado Democrático e Social Fiscal não rejeita todas as idéias do Estado Social Fiscal, ao contrário, possui características dele. Contudo, restringirá a intervenção estatal no domínio social e econômico, apesar de não mais se poder falar em neutralidade estatal, presente no antigo Estado Fiscal Minimalista. A idéia do patrimonialismo passa a ser reduzida às grandes privatizações¹⁴ que marcam este período histórico, tendo como conseqüência que as despesas públicas passam a ser custeadas preferencialmente pela arrecadação de tributos, entretanto, para evitar o arbítrio estatal, deverá ser devidamente planejado o equilíbrio entre as receitas e as despesas públicas através de uma política orçamentária com condições e metas a serem cumpridas. Novamente fazemos referência as palavras providências de Celso Ribeiro Bastos:

Crê-se que é por aí que se propiciam as condições ideais de desenvolvimento, sobretudo com o combate ao gigantismo estatal, ao desperdício dos dinheiros públicos e, fundamentalmente, à inflação.¹⁵

Diante do exposto, na concepção atual tem se destacado a necessidade de evoluir de um Estado de Direito com uma visão meramente protetiva do ordenamento, para a idéia de um Estado Democrático Social de Direito tendo como uns dos objetivos fundamentais: garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e regionais, além de garantir as condições necessárias para a entrega de prestações públicas, como, por exemplo, na área da saúde e da educação.

Este novo Estado Democrático Social¹⁶ para alcançar os objetivos fixados passa a exigir a proclamação de uma política tributária social. Assim, onde houver contrastes sociais, o Estado deve necessariamente atuar compensando-

os. Para tanto, precisará de um instrumento de atuação ao alcance dessa ordem social justa, que se apresentará por meio da legislação.

2- ATUAÇÃO DO DIREITO FINANCEIRO E TRIBUTÁRIO DENTRO DO ESTADO FISCAL

2.1- Conceito e característica do Direito Financeiro

A partir da idéia do Estado Social de Direito até os dias atuais, correspondente ao Estado Democrático e Social de Direito, desenvolveu-se uma atuação estatal que passou a ser observada e regida pelo Direito Financeiro, tratando-se este de um sistema pluralista e dividindo-se em diversos ramos e disciplinas. Vejamos a definição de Ricardo Lobo Torres:

O Direito Financeiro é o conjunto de normas e princípios que regulam atividade financeira. Incumbe-lhe disciplinar a constituição e a gestão da Fazenda Pública, estabelecendo as regras e procedimentos para a obtenção da receita pública e a realização dos gastos necessários à consecução dos objetivos do Estado.¹⁷

Assim, a atividade financeira tem um papel fundamental para o atendimento das necessidades públicas¹⁸. É através desta atividade que se realiza uma receita pública e regula-se a administração do produto da arrecadação, analisando, ainda, as possibilidades de investimentos e figurando como a definidora dos gastos públicos. Logo, podemos verificar que as necessidades públicas são um resultado de uma política dos governantes, no qual dentre as inúmeras necessidades coletivas existentes na sociedade, àquelas são satisfeitas, ou seja, concretizadas, por meio de uma atividade pública.

O Direito Financeiro divide-se em relação às receitas públicas em: Direito Tributário (fruto de maiores observações), Direito Patrimonial Público (disciplina a receita originária do

próprio patrimônio público)¹⁹ e Direito do Crédito Público (regula a emissão dos títulos públicos e a captação de empréstimo). Quanto às despesas públicas em: Direito da Dívida Pública (compreende a disciplina da dívida do Estado) e Direito das Prestações Financeiras. E, por último, em Direito Orçamentário. Estes dois últimos ramos são complementares ao estudo do Direito Tributário.

Antes de adentrarmos na análise do ramo do direito tributário e, conseqüentemente, no estudo do tributo e das limitações ao poder de tributar, precisamos compreender que não existe poder público formal, logo, não existe poder público sem renda tributária, uma vez que para tutelar os direitos da sociedade, o Estado tem no tributo sua fonte de receita pública. É exemplar as análises feitas pelo professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, José Casalta Nabais, que passo a citar:

Os direitos, todos os direitos, porque não são dádiva divina nem frutos da natureza, porque não são auto-realizáveis nem podem ser realisticamente protegidos num estado falido ou incapacitado, implicam a cooperação social e a responsabilidade individual. Daí que a melhor abordagem para os direitos seja vê-los como liberdades privadas com custos públicos. Na verdade, todos os direitos têm custos comunitários, ou seja, custos financeiros públicos. Têm, portanto, custos públicos não só os modernos direitos sociais, aos quais, toda a gente facilmente aponta esses custos, mas também custos públicos os clássicos direitos e liberdades, em relação aos quais, por via de regra, tais custos tendem a ficar na sombra ou mesmo no esquecimento. Todos os direitos têm, assim, por suporte, meios financeiros públicos ou, noutras palavras, atenda a natureza fiscal do estado contemporâneo, todos os direitos têm por suporte fundamentalmente a figura dos impostos²⁰.

Todavia, o tributo só é uma garantia do cidadão quando validamente previsto na lei. Sendo assim, a criação e cobrança dos tributos não são atos discricionários e de livre arbítrio, mas, sim, atos necessariamente vinculados à lei, uma vez que desta é que extraímos a competência de tributar.

No Estado constitucional moderno, o poder tributário deixa de ser um poder de fato, mera relação tributária de força para converter-se num poder jurídico que se exerce através de normas. Esgota-se a relação de poder a partir do momento em que o Estado exerce, no âmbito da Constituição, o seu poder tributário e o faz por meio do instrumento de lei formal e material, ato do poder legislativo²¹.

2.1.2- Ramo do Direito Tributário

Grande relevância é dada ao Direito Tributário, pois é o ramo mais desenvolvido destes supramencionados. Importante destacar que o Direito Tributário é também denominado como Direito Fiscal. Neste trabalho, usaremos a expressão Direito Tributário, uma vez que também se atribui ao Direito Fiscal um conceito mais amplo, abrangendo todas as atividades do fisco, no qual inclui os relativos aos gastos públicos.

O professor Alfredo Augusto Becker afirma no seu livro²² que o Direito Tributário deriva da idéia de sociedade e bem comum. Para este, e aqui fazemos referência, é o Estado o único responsável por proporcionar à sociedade segurança e proteção aos direitos do povo. Em complemento a essa afirmação, não podemos deixar de compreender o Direito Tributário como o ramo jurídico orientado por valores que afetam o direito da coletividade, no qual o Estado dentro de suas novas atribuições e deveres deverá encontrar uma forma de custeio das denominadas despesas públicas. O tributo²³, então, surge como uma espécie de receita do Estado.

Na verdade, o tributo surge como uma espécie principal de receita que juntamente com as demais receitas, exemplo das patrimoniais, irão suprir as necessidades de

recursos financeiros do Estado, daí a idéia de um Estado Fiscal ou Estado Tributário. Fazemos referência à concepção do professor Celso Ribeiro Bastos que didaticamente classifica as receitas do Estado como, originárias, as advindas do seu próprio patrimônio, e, derivadas, fruto da arrecadação de tributos, decorrente de lei, e, independente da vontade das pessoas de contribuírem para o custeio da atividade estatal.

Verificamos, portanto, que dentro da idéia do Estado Fiscal lhe será inerente a existência do tributo como uma das principais fontes de arrecadações aos cofres públicos, mesmo que em proporções distintas, como já abordado em tópicos anteriores, no Estado Fiscal Minimalista até os dias atuais, do Estado Social e Democrático Fiscal.

Todavia, o tributo, objeto de arrecadação, não pode ser visto como mero poder para o Estado, nem muito menos, como mero sacrifício para o cidadão, mas, sim, como meio indispensável para a vida em comunidade. Neste ponto, é de grande valor a lição de Roque Antônio Carraza, para o qual “o contribuinte mantém uma relação de igualdade jurídica (não de subordinação) com o fisco e de que ambos têm direitos e deveres recíprocos”.²⁴

Visto isso, extraímos que o tributo, quando validamente previsto em lei, não é um meio de coerção utilizado pelo Estado sobre os indivíduos da sociedade, mas, sim, um instrumento fundamental de defesa do Estado Social e Democrático de Direito. Entretanto, não restam dúvidas que os responsáveis pelo gerenciamento das atividades públicas, seja quando da arrecadação de recursos (receitas públicas), ou quando da distribuição dos gastos (despesas públicas), devem ser necessariamente norteados pelos princípios constitucionais da Legalidade, Moralidade, Impessoalidade, Publicidade e Eficiência²⁵. Ao contrário, descaracterizaria toda a finalidade que deve orientar uma política tributária. Portanto, os tributos possibilitam que o Estado atinja os objetivos e princípios tutelados na Constituição, tais sejam, a garantia de acesso à educação, à saúde, à cultura, à segurança, à vida, etc. Direitos estes, subjetivos, próprios, tutelados pela Lei Maior, e perfeitamente oponíveis contra o Estado em caso de algum desrespeito

praticado por este. Com brilhantismo, o mesmo autor, assevera que a Constituição Federal outorgou a todos os cidadãos uma proteção geral.

De fato, a Constituição confere, a toda e qualquer pessoa, vários direitos, irrenunciáveis e imprescritíveis, concernentes à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. O exercício de tais direitos cria situações jurídicas ativas, que são verdadeiros direitos subjetivos, oponíveis a qualquer pessoa, inclusive ao Estado.²⁶

Entretanto, para que o Estado possa atender aos ditos direitos subjetivos de toda a sociedade, é primordial que haja uma tributação. O que significa que os impostos “são um preço que todos, enquanto integrantes de uma dada comunidade organizada em estado (moderno), pagamos por uma sociedade civilizada”.²⁷ Todavia, a contribuição deve ter limites na liberdade do cidadão e na idéia de solidariedade, portanto não basta contribuir para cobrir as suas necessidades individuais, ou seja, a sua concepção de utilização dos serviços públicos, uma vez que o Estado social busca atender, igualmente, os interesses da coletividade.

2.1.3- Função Fiscal e Extrafiscal

O Estado Fiscal é regido por normas tributárias que visam tanto a obtenção de receitas, como, também, normas que galgam atingir objetivos de ordem diversa: econômico e social. Assim, o Estado passa a ter uma função fiscal aplicada indistintamente a toda a coletividade e preocupada apenas com a arrecadação e concretização das receitas, e uma função extrafiscal, visando estimular determinada atividade, grupo ou valor jurídico.

Destacamos o entendimento do professor Alfredo Augusto Becker, no qual um maior intervencionismo estatal na ordem social e na economia privada é necessidade inadiável, pois só deste modo se restituirá à pessoa humana a sua

dignidade.

A principal finalidade de muitos tributos (que continuarão a surgir em volume e variedade sempre maiores pela progressiva transfiguração dos tributos de finalismo clássico ou tradicional) não será a de um instrumento de arrecadação de recursos para o custeio das despesas públicas, mais a de um instrumento de intervenção estatal no meio social e na economia privada.²⁸

Ratificamos o pensamento do professor, contudo, com uma ressalva, pensamos que a intervenção estatal no meio social e na economia privada deve ser efetuada com muita cautela e com instrumentos de controle, sob o risco de se tornar uma arma para se atingir interesses de uma minoria privilegiada, em detrimento da maioria da população.

Através de pareceres, Sacha Calmon juntamente com Misabel Abreu pontuaram: “Por extrafiscalidade, entende-se o uso do instrumento tributário com objetivo de induzir ou inibir comportamentos humanos, exasperando ou minimizando ou mesmo excluindo a carga tributária”²⁹.

Dentro do conceito de extrafiscalidade, temos, portanto, àquelas que concedem benefícios ou aumentam³⁰, por exemplo, alíquotas de impostos com o fim de promover ou impedir certos comportamentos sociais e econômicos. Leandro Paulsen em citação de José Casalta Nabais afirma que:

A extrafiscalidade em sentido próprio engloba as normas jurídicos-fiscais de tributação (impostos e agravamentos de impostos) e de não tributação (benefícios fiscais) cuja função principal não é a obtenção de receitas ou uma política de receitas, mas a prossecução de objetivos econômicos sociais.³¹

Analisando esses pontos, podemos perceber a atuação do Estado com objetivo extrafiscal na progressividade das alíquotas de tributos sobre propriedades improdutivas por

estarem em desacordo com o plano diretor da cidade, e portanto, não atendendo à função social da propriedade. Há, igualmente, um objetivo extrafiscal, quando o legislador, querendo assegurar condições neutras para o livre mercado, impõe a proibição de se estabelecer diferenças fiscais em razão da origem e do destino das mercadorias. Àqueles mesmos doutrinadores, sensatamente, acrescentaram:

Na verdade fiscalidade e extrafiscalidade são fins congêntos. Até mesmo nas situações que exigem 'neutralidade fiscal', exatamente para estimular comportamentos em condições iguais, paradoxalmente, pode-se falar em objetivos extrafiscais³².

Ainda sobre o tema, o professor Paulo de Barros Carvalho, coerentemente, comentou:

Não existe, porém, entidade tributária que se possa dizer pura, no sentido de realizar tão só a fiscalidade, ou unicamente, a extrafiscalidade. Os dois objetivos convivem, harmônicos, na mesma figura impositiva, sendo apenas lícito verificar que por vezes, um predomina sobre o outro.³³

Desta afirmativa concluímos que o Estado, dentro de uma política moderna, buscará adequar-se a sua função fiscal clássica, que como já visto, extremamente necessária para o custeio das despesas do Estado, conjuntamente, a uma função extrafiscal, oriunda com características próprias no Estado Social, e reajustada aos postulados do Estado Social Democrático, para qual o Estado deve sim possuir uma política extrafiscal voltada para os fins sociais e econômicos, porém deve adequar-se a um maior controle fiscalizatório desse recente papel. Sobre isso, importante avanço que podemos destacar foi com o advento da Lei de Responsabilidade Fiscal³⁴.

A Constituição Federal, art.151, I, autorizou expressamente o uso da função extrafiscal, contudo, a Lei Maior,

quando interpretada e aplicada, não pode ser feita isoladamente, pois, todos os seus dispositivos devem ser analisados como um todo, ou seja, como partes integrantes fundamentais para o alcance dos seus objetivos. Dito isso, não resta dúvida que a extrafiscalidade deve respeitar, sob pena de ofensa à Constituição, os princípios por esta protegidos, quais sejam, à legalidade, à isonomia, à igualdade, à capacidade econômica, à seletividade, etc. Estes princípios, conjuntamente, tem como fim “a construção de uma sociedade justa e solidária, que funda o Estado Democrático de Direito, objetivo maior, consagrado no art.3º da Carta Magna”³⁵.

Dentro desse novo contexto, surge a figura dos incentivos fiscais regionais com a finalidade de fortalecer a economia desigual das diversas regiões do país, atuando como um instrumento estatal para impulsionar as suas principais atividades. Aparecem, assim, as normas de estímulo, também denominadas de promoção, com papel assistencial, regulador e empresarial.

3- FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DO INCENTIVO FISCAL REGIONALIZADO

3.1- Análise do art.151, I, da CF/88.

O Direito Financeiro e, conseqüentemente, o Direito Tributário são regulados pela Constituição Federal³⁶, sendo esta, a responsável pela criação do Código Tributário Nacional; estabelece as limitações ao poder de tributar; anuncia os principais princípios relacionados com a matéria; define a partilha das receitas públicas; dispõe sobre o crédito público; versa sobre o orçamento e a fiscalização da execução orçamentária.

A Constituição Federal de 1988 inovou ao trazer expressamente em seu texto a possibilidade de concessão de incentivo fiscal regionalizado, desde que destinado a promover o equilíbrio do desenvolvimento socioeconômico entre as diferentes regiões do País. Na verdade, ao inserir o benefício no seu art.151, I, a carta magna demonstrou o seu papel relevante,

no qual os beneficiários têm que estarem enquadrados dentro de requisitos formais e em consonância com as finalidades tuteladas na constituição, *in verbis*:

Art.151 É vedado à União:

I- instituir tributo³⁷ que não seja uniforme em todo o território nacional ou que implique distinção ou preferência em relação a Estado, ao Distrito Federal ou a Município, em detrimento de outro, admitida a concessão de incentivos fiscais destinados a promover o equilíbrio do desenvolvimento socioeconômico entre as diferentes regiões do País;

O art.151, I, está localizado dentro do título VI, Capítulo I, Seção II “Das Limitações do Poder de Tributar” da atual Constituição Federal, por esta razão passamos a entender os incentivos fiscais ali inseridos como uma hipótese de limitação ao poder de tributar, uma vez que confere à União poder para ‘concessão de incentivos fiscais destinados a promover o equilíbrio do desenvolvimento socio-econômico entre as diferentes regiões do País’.

Em regra, à luz do princípio da capacidade econômica, só são possíveis discriminações em razão do valor, no qual o contribuinte só pode ser compelido a pagar seus tributos, na forma de sua capacidade de gerar renda. Aplica-se, então, o Princípio da Isonomia Tributária quando os respectivos contribuintes encontrarem-se em situações iguais, lê-se, a igualdade³⁸ consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades. Neste ponto, é salutar os ensinamentos do Professor Souto Borges sobre o tema:

A doutrina predominante ensina que a preceituação da igualdade perante a lei constitui um princípio de ordem formal e material.

O aspecto formal do princípio da isonomia consiste em impedir o desigual tratamento de pessoas, sob os mesmos pressupostos de fato (desigualdade

jurídica de fato).

Sob o aspecto material, entretanto, o princípio da isonomia exclui qualquer transgressão a direito líquido e certo, como uma aplicação manifestamente antijurídica da lei e, especialmente, uma interpretação inconciliável com o único sentido possível da lei, ou adotada por mero fiscalismo (desigualdade jurídica material ou verdadeiro arbítrio)³⁹.

Sendo assim, são proibidas quaisquer diferenciações em razão do lugar, logo, o tributo deverá ser o mesmo independente do local da atividade ou da sede dos bens, desde que dentro do território nacional⁴⁰. Vale transcrever as palavras do saudoso mestre Aliomar Baleeiro em suas fundamentais considerações:

A unidade política do país, cuja manutenção e defesa, repetida e enfaticamente, se exigem, sob juramento, ao primeiro magistrado (art.76 da CF de 1969), seria bem precária se o território nacional não representasse um todo do ponto de vista econômico. Certamente muito pode as origens históricas, as tradições, a língua, a religião, os costumes, todos os valores morais e espirituais, mas os interesses econômico de que o país todo constitua um mercado interno comum, sem barreiras de qualquer natureza para a produção doméstica, é e será sempre um dos mais sólidos elos da unidade nacional. Nenhuma industrialização do país, por exemplo, será possível de modo geral se não com alicerces seguros nesse mercado interno. E ele, como bloco, deverá enfrentar a competição internacional, assegurando o equilíbrio do balanço de pagamento.

Os tributos federais deverão guardar uniformidade do ponto de vista geográfico, inclusive no que se relaciona com o tratamento fiscal dos portos, aeroportos, rodovias e alfândegas.

Em consequência dessa uniformidade, as discriminações dos tributos limitar-se-ão a critérios pessoais, reais, ou de valor, mais nunca de lugar. Dentro da mesma categoria, ninguém pagará o imposto federal, numa região, em base maior do que em outra. O habitante de qualquer município tem direito a igualdade de tratamento tributário federal, que o não distinga do resto do país.

Em princípio, nenhuma redução ou isenção fiscal, geograficamente restrita, pode ser votada pelo congresso, a título de estímulo da produção em zonas atrasadas, ou sob qualquer outro pretexto⁴¹.

Daí extraímos que o art.151, I, do dispositivo constitucional supracitado, traz uma exceção à regra, autorizando discriminações desde que presentes os seguintes requisitos:

Tratar-se de um incentivo fiscal regional; em favor de região ou regiões mais pobres e menos desenvolvidas; o incentivo, de modo algum, pode se converter em privilégio das oligarquias das regiões pobres, mas se destina a promover o desenvolvimento socioeconômico daquela região mais atrasada⁴².

Como se infere, a Constituição Federal ditou os parâmetros dentro dos quais, se pode diferenciar, distinguir e excepcionar. É o que o os ilustres Sacha Calmon e Misabel Abreu denominaram de contraprincípio, advertindo:

Uma vez tendo sido valorado e escolhido o contraprincípio pela própria constituição, nem cabe ao aplicador do direito, nem ao legislador modificá-lo, alterá-lo, nem tão pouco expandi-lo com outras exceções, seria substituir a vontade constitucional pela vontade legal ou do intérprete⁴³.

Estes autores esclarecem, portanto, que o princípio da igualdade proíbe o arbítrio, ou seja, não cabe o simples querer do legislador, este deve dirigir seus atos com valoração razoável ou ao menos justificável. No dispositivo constitucional em questão, é evidente a exposição do princípio da uniformidade do tributo federal, mas, igualmente, explícito, é também, o ‘contraprincípio’, ou seja, os requisitos para que sejam criados os incentivos fiscais.

Ora, não resta dúvida que a exceção trazida no texto do art. 151, I, da CF/88, não tem o intuito de trazer prejuízos à igualdade de tratamento tributário federal. Tampouco, ofender o Princípio Federativo, ao contrário, é um instrumento que busca o equilíbrio econômico e social entre as regiões do País e que vem sendo pouco utilizado por nossos legisladores federais.

Todavia, estes, diante da gritante desigualdade regional, devem observar que as “quebras, exceções ou diferenciações feitas por lei federal entre Estados, Municípios ou Regiões devem repousar em uma justificação razoável, que se expliquem por um critério de justiça, sob pena de configurarem arbítrio, constitucionalmente vedado”⁴⁴.

É necessário entender que o legislador constituinte, busca a todo tempo trazer a idéia do Estado Social e Democrático de Direito, que só se concretizará de forma efetiva, e, enfim, sairá do papel e de discussões doutrinárias, a partir da manifestação da vontade daqueles que detêm a competência, atribuída pelo povo, de realizá-las.

3.2- Adequação ao princípio da uniformidade do território nacional

O art.151, I, além de trazer a previsão da concessão de incentivo fiscal regionalizado consagra segundo Paulo de Barros Carvalho⁴⁵ o Princípio da Uniformidade Geográfica ou Territorial como mais uma confirmação ao postulado federativo e o Princípio da Isonomia Tributária. Porém, como adequarmos a idéia de uniformidade tributária com os incentivos fiscais?

Cabe ressaltar que as Constituições anteriores, de 1934, 1937, 1946, e 1967, já consagravam o princípio da

uniformidade territorial. Todavia, deve ser lembrado que com a Proclamação da República, ocorrida em 15.11.1889, surge, conjuntamente, a idéia de Federação, porém, lamentavelmente, esta “nasce nos braços da ditadura e do golpe de Estado militar”. Até o advento da CF/88, o Brasil presenciou no séc.XX a duração das quatro repúblicas e de três ditaduras (duas civis, a da pós-revolução de 30 e a do Estado Novo, ambas de Getúlio Vargas, e uma militar, a dos generais, que desferiram o golpe de 1964, e que durou mais de vinte anos).

Entretanto, apenas a Constituição Federal de 1988 positivou o instituto do incentivo fiscal regional, como exceção à uniformidade territorial, demonstrando mais uma vez a marcante característica deste novo Estado Democrático e Social de Direito: ser um instrumento jurídico de defesa do cidadão, com normas e princípios constitucionais de direitos sociais.

Têm-se, ainda, antes mesmo da promulgação da atual Constituição Federal, o Código Tributário de 1966, que em seu art.10, já vedava à União instituir tributo que não seja uniforme em todo o território nacional, ou que importe distinção ou preferência em favor de determinado Estado ou Município.

Portanto, em consonância com o Princípio Federativo todos os Estados-membros estão em pé de igualdade, ou seja, os tributos devem ser uniformes a todos os habitantes do país, sendo assim qualquer discriminação é tida como inconstitucional. Verifica-se, em uma leitura literal do dispositivo tributário, que “nenhuma redução, isenção ou majoração de tributo federal poderá ser concedida pelo Congresso, a título de estímulo da produção em zonas subdesenvolvidas ou sob outro pretexto ponderável”.⁴⁶

Entretanto, vale mencionar que os legisladores a partir da constituição de 1946 já se valiam das chamadas intervenções econômicas regionais, como se vê na criação pela Lei nº 1.806/53 da Superintendência para Execução do Plano da Valorização Econômica da Amazônia – SPVEA e, posteriormente, da Superintendência do Desenvolvimento da Amazônia - SUDAM⁴⁷ criada pela Lei nº 5.173/66, assim como na região da SUDENE⁴⁸. Foi o que o professor Paulo Bonavides denominou de “a era dos organismos regionais”, que sob a forma jurídica de

autarquias e de sociedades de economias mistas, servem de instrumento à concretização da política federal de intervenção econômica direta em várias regiões do País, tendo como finalidade propagar o crescimento econômico e elevar o poder aquisitivo das populações empobrecidas, principalmente, do Norte e Nordeste, e, conseqüentemente, ampliar o mercado interno do país.

Tem-se entendido e praticado, sem reações, que a União pode outorgar incentivos fiscais, naturalmente discriminatórios, em favor do desenvolvimento das áreas atrasadas, em proveito da homogeneidade econômica do país e da expansão do mercado interno. Tais incentivos, como os favores do imposto de renda no polígono da Sudene, afinal, revertem para o crescimento econômico de todo o País e beneficiam contribuintes do sul também, quer diretamente pelas reduções fiscais por eles ganhas, quer pela ampliação do mercado interno por obra da elevação do poder aquisitivo das populações empobrecidas do Nordeste, Norte e Leste.⁴⁹

Diante dessas práticas a Constituição Federal de 1988 manteve a consagração do Princípio da Uniformidade Territorial, porém, positivando o uso de incentivos fiscais e fixando parâmetros (tratar-se de um incentivo fiscal regional; em favor de região ou regiões mais pobres e menos desenvolvidas; o incentivo, de modo algum, pode se converter em privilégio das oligarquias das regiões pobres, mas se destina a promover o desenvolvimento socioeconômico daquela região mais atrasada) a serem observados obrigatoriamente pelos nossos legisladores ordinários, sob pena de afronta direta à Constituição e, conseqüentemente, ao Sistema Tributário.

3.3- Tentativa frustrada de aplicabilidade do art.151, I da CF/88

3.3.1- Inconstitucionalidade da Lei nº 8393/91

Podemos afirmar que a Lei nº 8.393/91 foi uma tentativa, no nosso ponto de vista, frustrada, feita pelo legislador federal, de aplicação da regra do art. 151, I da CF/88, permitindo a cobrança de alíquotas diferenciadas sobre o Imposto de Produtos Industrializados (IPI) do açúcar. É também, praticamente, o exemplo que se encontra na doutrina e na jurisprudência dos tribunais superiores quando do estudo e da aplicabilidade do dispositivo constitucional supracitado.

Vale enfatizarmos que, antes do advento da referida lei, o Imposto de Produtos Industrializados (IPI) sobre o açúcar tinha uma alíquota de 0% em todo o território nacional, tal percentagem tinha como fundamento o princípio da seletividade, por se tratar de um gênero de primeira necessidade. Com a entrada de vigência da Lei nº 8.393/91, elevou-se a alíquota do IPI, sobre a saída do açúcar, de 0% para 18%, atingindo a produção de todos os Estados, porém, foi concedida a isenção na área de atuação da SUDENE e da SUDAM e alíquota reduzida em 50%, ou seja, alíquota de 9%, para os Estados do Rio de Janeiro e do Espírito Santo.

Neste caso, é visível a afronta direta à Constituição Federal, visto que o dispositivo constitucional, como regra, não permite o estabelecimento de regimes tributários diversos entre as várias regiões, só autoriza discriminações excepcionais desde que presentes certos fatores. Além disso, como falar em incentivo fiscal regional, se o que ocorreu foi uma oneração sobre a alíquota do imposto do IPI sobre o produto do açúcar para a maior parte do país, e um benefício para algumas áreas, sem levar em consideração a clássica divisão regional do País.

Não é difícil de perceber que, com o aumento de alíquota, os produtores de açúcar dos Estados de Minas Gerais, São Paulo, Santa Catarina, etc, para cobrirem esta nova despesa, terão que repassar para o seu custo final de produção, atingindo, conseqüentemente, os consumidores das regiões não produtoras. Ao invés de um incentivo com finalidade de desenvolvimento regional, o que se configura é um aumento de carga tributária.

No caso exposto, temos uma ofensa frontal ao texto

constitucional que veda a instituição de tributo que não seja uniforme em todo território nacional ou que implique distinção ou preferência em relação a Estado. É evidente que a lei privilegiou os Estados do Rio de Janeiro e do Espírito Santo, levando em conta que não respeitou os parâmetros constitucionais já assinalados, desvirtuando, portanto, a finalidade da Lei Maior. Além disso, as áreas de atuação da Sudene e da Sudam, também, não englobam todos os Estados das respectivas regiões, o que nos aparenta ter o legislador ordinário sua fundamentação, não no art. 151, I, da Carta Magna, mas nos já citados antigos meios de intervenção econômica.

Ora, o que se verifica é uma espécie de incentivo setorial, ou seja, aquele que visa estimular “certo ramo de atividade⁵⁰, não importa o local onde se dê, não podendo distinguir entre pessoas que se encontram em igualdade de condições, de situações ou que se enquadrem na política de governo”⁵¹. Muito distinto do incentivo regional tutelado no referido dispositivo que “busca o desenvolvimento socioeconômico de determinada região do País, região essa constitucionalmente pressuposta e que congrega Estados e Municípios por suas características geofísicas, sociais e macroeconômicas”⁵².

Visto isso, é de suma importância buscarmos entender o que o legislador, ao admitir ‘a concessão de incentivos fiscais destinados a promover o equilíbrio do desenvolvimento sócio-econômico entre as diferentes regiões do País’, entendia sobre o campo de abrangência da expressão “regiões”.

É certo, sem a menor dúvida, que o território Brasileiro é dividido geograficamente em cinco regiões: Sudeste, Sul, Norte, Nordeste, Centro-Oeste. A própria Constituição em seu artigo 159, I, “c”, utiliza da expressão “regiões Norte, Nordeste, e Centro-Oeste”. Igualmente, o próprio professor Paulo Bonavides, em sua obra, *A Constituição Aberta*, pontuou: “O Brasil acha-se, doravante, dividido de maneira oficial em cinco extensas Regiões”⁵³. E ainda, o próprio Estado do Tocantins foi inserido de forma precisa na região Norte, conforme dispõe o art. 13, §1º do ADCT, “O Estado do Tocantins integra a região Norte...”. Portanto, não resta dúvida que “o nome região tem uma delimitação pressuposta, aceita e incorporada pela

Constituição”⁵⁴.

Daí podemos concluir que a Lei nº 8.393/91 ao elevar a alíquota do IPI, beneficiando os estados do Rio de Janeiro e do Espírito Santo, sem levar em conta os demais estados da respectiva região que estes se inserem, e evidentemente não ter como beneficiário uma região pobre e atrasada, ofendeu frontalmente à Constituição.

Ora, o que o art. 151, I, autoriza é tão somente o incentivo regional. Não obstante, as diferenciações da Lei nº 8.393/91 nem configuram incentivo, pois criam tributação setorial antes inexistente, nem obedecem ao critério regional, inaugurando exceções dentro da mesma região, elegendo, sem nenhuma justificação, unilateralmente, Estados da Federação (como o Rio de Janeiro e o Espírito Santo) como regiões, em detrimento dos demais, ou de outros ainda mais pobres.

Assim, não podendo haver tributação sobre gênero de primeira necessidade, graças ao princípio da seletividade, nem tributo federal que não seja uniforme em todo o País, as alíquotas diferenciadas da Lei nº 8.393/91 não são incentivo regional, mas configuram apenas:

- um favor setorial, concedido aos industriais do açúcar de cana, situados nas áreas de atuação da Sudene e da Sudam, do Rio de Janeiro e do Espírito Santo;
- do qual foram excluídos outros industriais em igualdade de condições e do mesmo ramo setorial de atividades, em ofensa objetiva direta ao art. 5º e ao art. 151, I, da Constituição Federal⁵⁵.

3.3.2- Posição atual do STF sobre a Lei nº 8.383/91

É lamentável, contudo, que este não seja o entendimento do Supremo Tribunal Federal. Para a Corte Maior, não há que se falar em inconstitucionalidade do art.2º da Lei nº

8.383/91, ou de sua regulamentação pelo art. 1º do Dec. nº 2092/96, por ofensa aos princípios da Federação, da Igualdade, da Uniformidade, da Seletividade do produto, da Livre Concorrência e da Moralidade Administrativa, uma vez que estes princípios constitucionais elencados tem de ser aplicados em conformidade com o preceito do art.151,I, da Constituição Federal. Vale transcrever a decisão do Supremo Tribunal Federal a respeito:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. IPI. CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS. ALÍQUOTAS REGIONALIZADAS. LEI 8.393/91. DECRETO 2.501/98. ADMISSIBILIDADE. 1. Incentivos fiscais concedidos de forma genérica, impessoal e com fundamento em lei específica. Atendimento dos requisitos formais para sua implementação. 2. A Constituição na parte final do art. 151, I, admite a “concessão de incentivos fiscais destinados a promover o equilíbrio do desenvolvimento sócio-econômico entre as diferentes regiões do país”. 3. A concessão de isenção é ato discricionário, por meio do qual o Poder Executivo, fundado em juízo de conveniência e oportunidade, implementa suas políticas fiscais e econômicas e, portanto, a análise de seu mérito escapa ao controle do Poder Judiciário. Precedentes: RE 149.659 e AI 138.344-AgR. 4. Não é possível ao Poder Judiciário estender isenção a contribuintes não contemplados pela lei, a título de isonomia (RE 159.026). 5. Recurso extraordinário não conhecido. (STF, 1ª Turma, um., RE n. 344.331, rel. Min. Ellen Gracie, fev/03).

Em decisão mais recente, igualmente, a Suprema Corte se manifestou:

DECISÃO: 1. Trata-se de agravo de instrumento contra decisão que indeferiu processamento de recurso extraordinário interposto contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região e assim

ementado: “CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS. INCIDÊNCIA SOBRE AÇÚCAR. PRINCÍPIOS DA SELETIVIDADE, UNIFORMIDADE E DA IGUALDADE. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ARTIGOS 43, § 2º, III E 153, § 1º, CTN, ART. 46, LEI 8.393/91. DECRETO Nº 420, DE 13/01/92, ARTIGO 1º. INADEQUAÇÃO DA VIA MANDAMENTAL PARA DISCUSSÃO SOBRE O ENQUADRAMENTO DA REEMBALAGEM DE PRODUTOS COMO PROCESSO PRODUTIVO. I. A Portaria 189, de 5 de julho de 1.995, ao eliminar a política unificada de preços do açúcar e do álcool, só teve o condão de extinguir o teto fixado no art. 2º da Lei 8.393/91, não interferindo sobre as alíquotas fixadas com base no art. 153, § 1º, da Constituição Federal, não extraindo, dessarte, a eficácia do Decreto 420, de 13 de janeiro de 1.992. II - Permitindo a Constituição Federal o tratamento fiscal diferenciado para redução das desigualdades regionais, não há inconstitucionalidade, por infringência do preceito isonômico, na distinção tributária em razão da procedência ou destino do produto, com este objetivo. III - A alíquota de dezoito por cento, considerando a variação das alíquotas do IPI (zero a 365,63%), consubstancia um tratamento fiscal seletivo para o açúcar, em face de o mesmo compor a cesta básica. IV - O mandado de segurança não é a via adequada para discussão sobre o enquadramento de processo produtivo, par fins da incidência do IPI. V - Remessa oficial provida.” (fls. 81) Sustenta a recorrente, com fundamento no art. 102, III, a, da Constituição Federal, ter havido violação aos artigos 151, I e 153, § 3º, I, da Constituição Federal. 2. Inviável o recurso. Em caso análogo, assim decidiu esta Corte: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. IPI. CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS. ALÍQUOTAS REGIONALIZADAS. LEI

8.393/91. DECRETO 2.501/98. ADMISSIBILIDADE.

1. Incentivos fiscais concedidos de forma genérica, impessoal e com fundamento em lei específica. Atendimento dos requisitos formais para sua implementação. 2. A Constituição na parte final do art. 151, I, admite a “concessão de incentivos fiscais destinados a promover o equilíbrio do desenvolvimento sócio-econômico entre as diferentes regiões do país”. 3. A concessão de isenção é ato discricionário, por meio do qual o Poder Executivo, fundado em juízo de conveniência e oportunidade, implementa suas políticas fiscais e econômicas e, portanto, a análise de seu mérito escapa ao controle do Poder Judiciário. Precedentes: RE 149.659 e AI 138.344-AgR. 4. Não é possível ao Poder Judiciário estender isenção a contribuintes não contemplados pela lei, a título de isonomia (RE 159.026). 5. Recurso extraordinário não conhecido”. (RE nº 344.331, Rel. Min. ELLEN GRACIE, Primeira Turma, DJ de 14.03.2003. No mesmo sentido, cf. RE nº 328.509, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, DJ de 01.07.2003). Mais recentemente, a Primeira Turma, no julgamento do AI nº 515.168-AgR-ED, de minha relatoria, julgou constitucional a fixação de percentual de 18% para certas regiões, como se pode ver à seguinte ementa: “TRIBUTO. Imposto sobre produtos industrializados. IPI. Alíquota. Fixação. Operações relativas a açúcar e álcool. Percentual de 18% (dezoito por cento) para certas regiões. Art. 2º da Lei nº 8.393/91. Ofensa aos arts. 150, II, 151, I, e 153, § 3º, I, da CF. Inexistência. Finalidade extrafiscal. Constitucionalidade reconhecida. Improvimento ao recurso extraordinário. Não é inconstitucional o art. 2º da Lei federal nº 8.393, de 30 de dezembro de 1991. 3. Ante o exposto, nego seguimento ao agravo (arts. 21, § 1º, RISTF, 38 da Lei nº 8.038, de 28.05.1990, e 557 do CPC). Publique-se. Int.. Brasília, 25 de maio de 2006. Ministro CÉZAR

PELUSO Relator (AI 392316/MG, DJ 07.06.2006, PP-00018).

Como se infere das decisões acima, o Supremo Tribunal Federal vem fundamentando e negando seguimento a todos os recursos extraordinários sobre o tema, entendendo ser a concessão de incentivo fiscal (isenção) um ato discricionário, em que a análise de seu mérito escaparia do poder judiciário. Data vênia, pensamos ser a matéria objeto de um estudo mais aprofundado.

Para uma melhor compreensão devemos extrair do Direito Administrativo os elementos do Ato Administrativo. O primeiro elemento é o *sujeito competente*, ou seja, todo aquele que exerce uma função pública. A fonte da competência é a lei ou a constituição, não sendo possível presumir, logo, o administrador só pode fazer aquilo que está previsto na lei. O segundo, a *forma*, prevista necessariamente na lei, possuindo como condição da forma, a motivação, explicação, justificativa, para a prática de qualquer ato administrativo. O terceiro elemento é o *motivo* legal, que se traduz em fato e fundamento jurídico. O quarto é o objeto (lícito, possível e determinado), que será o resultado prático do ato administrativo. E, por último, temos o quinto elemento, a *finalidade*, que deve refletir o interesse público, é o denominado resultado mediato.

Visto isso, cabe entender que o ato discricionário não é na sua integralidade, discricionário. Sendo assim, todos os atos discricionários são vinculados nos elementos quanto a *competência, forma e finalidade*. Logo, concluímos que a discricionariedade do ato administrativo encontra-se presente em seu *motivo e objeto*, é nesses elementos que o administrador pode fazer a sua valoração de conveniência e oportunidade.

É importante frisar que a conveniência e oportunidade são exatamente o mérito do ato administrativo. Realmente, quanto a estes, o poder judiciário está impedido de analisá-los, uma vez que o poder executivo tem a liberdade de escolha, ou seja, faz um juízo de valor. Contudo, se o motivo e o objeto, assim como, os demais elementos do ato administrativo, a competência, forma e finalidade, estiverem ofendendo a legalidade, caberá sim,

ao poder judiciário averiguar. Deverá, sim, verificar se a conduta do legislador foi razoável e proporcional. Logo, se por exemplo, o motivo foi falso, haverá incompatibilidade com a lei, neste caso, com a Lei Maior.

Neste sentido, o professor José Souto Maior Borges nos oferta a idéia de superlegalidade constitucional em matéria tributária:

É a possibilidade de controle jurisdicional pleno da compatibilidade das normas de direito tributário com o ordenamento fundamental do país. É esta uma das mais importantes decorrências da atuação prática dos princípios constitucionais limitadores do exercício do poder tributário⁵⁶

No exemplo citado, o poder judiciário poderá e deverá analisar se os elementos do ato discricionário realizado pelo poder executivo estão revestidos de legalidade. É certo que restando assim comprovado, aquele não poderá adentrar no mérito da conveniência e oportunidade. Contudo, acreditar que a Lei nº 8.393/91 não ofendeu à Constituição, quando esta determina que a exceção ao princípio da uniformidade territorial deve ser baseada estritamente na busca do desenvolvimento socioeconômico entre as diferentes regiões do País, é recair gravemente em erro, uma vez que só não podemos falar em ofensa aos Princípios da Igualdade, da Uniformidade Territorial, do Federalismo, da Seletividade e da Moralidade quando os incentivos fiscais buscarem reduzir as desigualdades regionais, e, conseqüentemente, diminuir a miséria do país, atingindo a tão sonhada justiça social⁵⁷.

Concluimos, portanto, que a Lei nº 8.393/91 foi infeliz ao delimitar os seus contribuintes sem levar em conta a regionalidade. Fato que compromete ainda mais no alargamento das desigualdades sociais e econômicas do nosso País.

O art.151, I, da Constituição Federal é um dispositivo que deve ser interpretado em harmonia com os demais mandamentos constitucionais, portanto, ao analisarmos a Lei Maior, verificamos em vários momentos o grau de relevância

dado à regionalização e à busca do seu desenvolvimento. Impossível, pelo dito, ignorar que os incentivos fiscais ali previsto não devem ser mais uma forma de distanciamento deste objetivo.

Todavia, não queremos com isso afastar a possibilidade das concessões de incentivos fiscais estaduais ou municipais, visto que estes devem ser fruto de um estudo mais aprofundado dos correspondentes governadores e prefeitos, que devem levar em conta as específicas necessidades públicas que estes diariamente se deparam. Ao contrário, o que se deseja é chamar a atenção da União a um papel extremamente importante, e que desde a promulgação da atual Constituição vem sendo tratada com certo descaso pelo ente político federal.

3.4- Incentivo fiscal regional: uma resposta do sistema tributário as normas programáticas do art. 3º e incisos da CF/88, e dos seus demais artigos.

Podemos afirmar que a possibilidade de concessão de incentivo fiscal disposto no art.151, I, da CF/88, é uma resposta do legislador constituinte, dentro do sistema tributário, às normas constitucionais previstas no art.3º e seus respectivos incisos, que preceitua:

Art.3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

- I- construir uma sociedade livre, justa e solidária;
- II- garantir o desenvolvimento nacional;
- III- erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
- IV- promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Este artigo não mantém nenhuma correspondência com outros dispositivos das constituições anteriores, demonstrado mais uma vez que a atual Constituição é uma interação do Estado Democrático de Direito com os direitos fundamentais do homem. Sendo assim, consagra a idéia de

liberdade, justiça e de solidariedade. Com o termo “Desenvolvimento Nacional” extraímos, principalmente, no âmbito econômico, a necessidade de recursos materiais para que se possam atingir melhores condições de vida, proporcionando à sociedade estabilidade, educação, saúde, cultura etc. O professor Uadi Lammêgo Bulos complementa afirmando:

O vocábulo é recente na sociologia e na economia, significando a passagem de uma sociedade agrária para uma sociedade industrial, com aumento do Produto Interno Bruto (PIB) e da renda per capita. Objetiva propor mudanças sociais, privilegiando a nação. Normalmente, o desenvolvimento é medido pelo alto grau de alfabetização, pelo consumo elevado de bens de consumo, pelo uso em enorme quantidade da energia elétrica, do cimento, do petróleo, pelo pequeno índice de mortalidade infantil, pelo sistema hospitalar bem aparelhado e pela boa sanitização pública, pela instalação de grandes indústrias, geradoras de empregos.⁵⁸

Logo se vê que não há como falar em desenvolvimento e necessidades, sem antes, levar em consideração e, em grau de importância, os chamados direitos humanos⁵⁹. Quanto à erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais, a única forma de alcançá-las é através do desenvolvimento social. Assim, uma constituição que pretende ser democrática deve buscar diminuir os índices de pobreza e miséria.

Entretanto, as normas previstas neste artigo são de natureza programática, ou seja, àquelas que traçam um programa de ação a ser desenvolvido pelo poder público, destinatário imediato do comando constitucional em pauta. Ao poder público é incumbido o dever de executar, legislar, decidir e controlar acerca da matéria estabelecida na Constituição. Para o Professor José Afonso da Silva, são normas constitucionais de eficácia limitada, porém, tem, ao menos, eficácia jurídica imediata, direta e vinculante, pois, estabelecem um dever para o

legislador ordinário; condicionam a legislação futura; com a conseqüência de serem inconstitucionais as leis ou atos que os ferirem; informam a concepção do Estado e da Sociedade e inspiram sua ordenação jurídica, mediante a atribuição de fins sociais, proteção dos valores da justiça social e revelação dos componentes do bem comum; condicionam a atividade discricionária da Administração e do Judiciário; criam situações jurídicas subjetivas, de vantagem ou desvantagem.

Diante do exposto, podemos concluir que o poder público federal no uso de suas atribuições deve utilizar as concessões de benefícios fiscais regionais como meio de atingir os objetivos constitucionais destacados, uma vez que os incentivos fiscais são instrumentos de desoneração tributária aprovados pelo próprio ente político autorizado à instituição do tributo, através de veículo legislativo específico, com o propósito de estimular o surgimento de relações jurídicas de cunho econômico-social.

A estrutura de cada país é formada pelo conjunto de elementos físicos, materiais, humanos e sociais, que lhe imprimi uma característica própria. Entretanto, em razão das diversidades de acontecimentos como desemprego, estagnação, crise em determinado setor, preços vis, faz-se necessário à atuação de uma política fiscal para restaurar as condições de equilíbrio. No Brasil, em virtude de seu extenso território temos um quadro visível de regiões, especificamente, Sudeste e Sul, muito mais avançadas do que as demais regiões, tais sejam, Norte, Nordeste e Centro Oeste. Daí extraímos que o Brasil não pode ter similitudes fiscais, visto que se exige uma adaptação de região para região. A adaptação fiscal, atualmente, vem tutelada pela Constituição Federal através de uma política tributária de concessões de incentivos fiscais.

É importante frisar que a busca da equidade entre as regiões não está prevista apenas no dispositivo do art.3º e art.151, I, da Constituição Federal de 1988. Como ficarão demonstrado, a garantia e a promoção da equidade regional são características marcantes em toda a Carta Suprema, que possui diversos artigos sobre este tema. De grande valor é a previsão do art.5º, §1º regulando que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, logo, abrangerá

os objetivos fundamentais já pontuados pelo art.3º, reforçando mais uma vez que apesar de serem normas tituladas como programáticas, tem sua aplicação imediata.

Acrescentando a manifesta vontade do constituinte na busca de desenvolver as regiões do País, temos também o art. 21, IX, que preceitua como competência privativa da União a elaboração e execução de planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social. No seu art.23, X, parágrafo único preceitua:

Art.23 É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

X- combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos;

Parágrafo único. Lei complementar fixará normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional.

Da leitura do dispositivo supra pode-se concluir que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios têm o dever de cooperação mútua na execução de tarefas e objetivos com a finalidade de atingir o bem-estar da sociedade. Sendo assim, enumera as matérias em que haja coincidência de interesses, retratando bem a idéia de um modelo do federalismo cooperativo. Aprofundando mais sobre o tema, o art.43, §1º e §2º, prevê:

Art. 43. Para efeitos administrativos, a União poderá articular sua ação em um mesmo complexo geoeconômico e social, visando a seu desenvolvimento e à redução das desigualdades regionais.

§ 1º - Lei complementar disporá sobre:

I - as condições para integração de regiões em desenvolvimento;

II - a composição dos organismos regionais que

executarão, na forma da lei, os planos regionais, integrantes dos planos nacionais de desenvolvimento econômico e social, aprovados juntamente com estes.

§ 2º - Os incentivos regionais compreenderão, além de outros, na forma da lei:

I - igualdade de tarifas, fretes, seguros e outros itens de custos e preços de responsabilidade do Poder Público;

II - juros favorecidos para financiamento de atividades prioritárias;

III - isenções, reduções ou diferimento temporário de tributos federais devidos por pessoas físicas ou jurídicas;

IV - prioridade para o aproveitamento econômico e social dos rios e das massas de água represadas ou represáveis nas regiões de baixa renda, sujeitas a secas periódicas.

Sobre este dispositivo o ilustre professor Alexandre de Moraes destacou ser o art.43 como uma norma instrumental para efetividade de dois objetivos fundamentais da República, previstos no art.3º, inc.II e III, tais sejam, garantir o desenvolvimento nacional e erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais. Sendo assim, tem como finalidade permitir o auxílio da União ao desenvolvimento de regiões menos favorecidas da federação⁶⁰.

Pretendendo evitar abusos, o texto constitucional exige reserva específica de lei complementar para as condições para integração das regiões em desenvolvimento e a composição dos organismos regionais que executarão, na formada lei, os planos regionais, integrantes dos planos nacionais de desenvolvimento econômico e social, aprovados juntamente com estes, demonstrando, assim, pretender a concordância da maioria absoluta dos representantes do povo (Câmara) e dos Estados (Senado). Tal exigência- lei complementar- dificulta

conluio e favorecimento a determinadas regiões ou Estados em detrimento dos demais e da própria federação.⁶¹

Além desses artigos citados, o art. 48, IV, dispõe sobre a atribuições do Congresso Nacional inserindo dentre outras, dispor sobre todas as matérias de competência da União, inclusive, sobre planos e programas regionais de desenvolvimento. No art.159, I, “c”, está previsto que sobre o produto da arrecadação dos impostos sobre renda e proventos de qualquer natureza e sobre produtos industrializados, a União disponibilizará três por cento, para aplicação em programas de financiamento ao setor produtivo das Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, através de suas instituições financeiras de caráter regional, de acordo com os planos regionais de desenvolvimento.

Temos também a presença da equidade entre as regiões no capítulo constitucional ‘Das Finanças Públicas’, art.163, VII, que recomenda a ‘compatibilização das funções das instituições oficiais de crédito da União, resguardadas as características e condições operacionais plenas das voltadas ao desenvolvimento regional’. Por fim, destaco o seu art.170, VII (Da Ordem Econômica e Financeira) que prevê como um dos princípios gerais da atividade econômica a redução das desigualdades regionais e sociais, juntamente com a soberania nacional; a propriedade privada; a função social da propriedade, a livre concorrência; a defesa do consumidor, e a busca do pleno emprego. Finalizamos este tópico com as palavras ilustres de Paulo Bonavides:

A regionalidade tomou grau hierárquico que a colocou já no patamar mais alto da Constituição; é matéria principal, e os princípios, como se sabe, compõem o tecido mais nobre da Lei Maior, com inviolabilidade reforçada, porquanto, de natureza e essência, infensos à derrogação, até mesmo por via de emenda. Não são eles apenas parte do corpo da Constituição, mas a sua própria essência, seu próprio espírito, sua indestrutível tábua de valores. Ofendê-los significa, por conseguinte quebrantar a

Constituição, fazê-la em pedaços, dissolver-lhe os valores, fraturar-lhe a ossatura normativa. Formam esses princípios o quadro das cláusulas implicitamente intangíveis do ordenamento Constitucional, providas da mesma densidade e da mesma rigidez da matéria declinada no § 4º art.60 da Constituição⁶².

Pelo exposto, verificamos que não se pode falar em ofensa aos Princípios da Igualdade, da Uniformidade Territorial, do Federalismo, da Seletividade e da Moralidade quando os incentivos fiscais buscarem reduzir as desigualdades regionais, e, conseqüentemente, diminuir a miséria do país. Todavia tais incentivos devem está relacionados a uma contraprestação dos que por eles forem beneficiados, logo o seu tempo de duração, grau de extensão e abrangência estão diretamente ligados ao desenvolvimento trazido com uma melhor capacitação de mão-de-obra, aos investimentos em pesquisas e tecnologias, a uma distribuição de renda entre as regiões, etc. Entretanto, como bem lembrou o professor Paulo Bonavides:

Os Poderes da administração costumam distanciar-se pelo silêncio, pela negligência, pelo despreparo, pela falta absoluta de sensibilidade de seus agentes. Até mesmo uma fria indiferença, provavelmente fruto do cálculo político, faz os membros do corpo legislativo raramente se ocuparem da temática regional. Por sua vez, juízes e tribunais não se inclinaram ainda a ver a Constituição por esse ângulo novo de sua dimensão federativa. À primeira vista tal dimensão parece oculta, mas é por inteiro discernível o seu alcance mediante o emprego de veículos instrumentais e legítimos de interpretação constitucional⁶³.

É inconcebível que o texto da Carta Magna disponha sobre as normas, como acima demonstrado, no tocante às desigualdades e ao desequilíbrio regionais e sociais, mas não venha obtendo do poder legislativo as garantias necessárias para

sua concretização. Como já acertadamente pontuado por Paulo Bonavides, são dispositivos que fazem parte da estrutura de toda a Constituição, desrespeitar-los é atingir frontalmente a Lei Maior. Esse também é o pensamento do ilustre doutrinador e professor José Souto Maior Borges:

As limitações constitucionais ao poder de tributar devem controlar o funcionamento do poder legislativo, titular quase exclusivo da competência primária em matéria de tributação, isto é, aquela competência que corresponde à faculdade de exercer abstratamente o poder tributário por meio da produção de normas jurídicas e se contrapõe à competência tributária complementar dos órgãos administrativos, que se exerce no plano concreto da atuação da lei tributária. De maneira que, pelo confronto do exercício do poder de tributar com os limites que lhe são postos na Constituição Federal, através das normas e princípios constitucionais reitores da tributação, efetivar-se-á o controle da constitucionalidade das normas tributárias⁶⁴.

Sendo assim, em virtude da supremacia constitucional na pirâmide normativa, se o legislador for omissivo, assim como, os governantes, representantes do interesse do povo junto ao Congresso Nacional, será perfeitamente passível de ação direta de inconstitucionalidade por descumprimento de preceito fundamental da Carta Magna. Portanto, os incentivos fiscais regionais devem ser um instrumento de alcance desses objetivos demonstrados em vários momentos da Constituição, não devendo ser utilizados apenas quando do interesse particular de uma minoria. É acima de tudo um instituto de vontade do povo e feito para o povo, diante das inúmeras dificuldades que alastra o Brasil.

4- INCENTIVOS FISCAIS DO ESTADO DO CEARÁ

4.1-Diretrizes para o programa de desenvolvimento econômico cearense

No capítulo anterior, concluímos que o governo federal vem se mostrando omissivo na aplicação dos diversos dispositivos constitucionais que abordam e engrandecem a importância do combate às desigualdades regionais. Em resposta a este silêncio, os Estados-membros vêm desenvolvendo mecanismos, em suas áreas de atuação, que possam suprir as deficiências presentes em um País de enormes desigualdades.

Passaremos, neste capítulo, a analisar, a título de exemplo, a atuação do Estado do Ceará no combate à miséria e à busca pelo desenvolvimento de seus municípios. Tendo como intuito ressaltar mais uma vez que, o que se espera da União é uma participação mais ativa e presente na vida dos entes federados.

Os incentivos fiscais fazem parte da Política de Desenvolvimento Econômico do Governo do Estado do Ceará⁶⁵. Através de dados fornecidos pela Secretaria do Desenvolvimento Econômico (2003-2006), o Ceará, nos últimos anos, obteve inúmeros avanços em sua infraestrutura e economia, atingindo, conseqüentemente, um progresso no âmbito social.

Entretanto, ainda existem muitas atividades a serem implementadas para alcançar em sua plenitude os objetivos de desenvolvimento almejados pelo Estado, tais sejam, reduzir os índices de pobreza, ainda gritantes; expandir as oportunidades de empregos e rendas; combater as desigualdades inter-regionais e interpessoais; promover o aproveitamento sustentável dos recursos naturais e avançar na melhoria da qualidade de vida dos cearenses.

Segundo informações da Secretaria de Desenvolvimento do Estado, através do Coordenador de Articulação e Incentivos (2002-2006), Sr. Roberto Capelo Feijó, desde 1995, quando o Estado do Ceará iniciou uma política de desenvolvimento com o uso de incentivos fiscais o que se viu foi um avanço expressivo na industrialização e um progresso nas regiões interioranas, que acarretou em uma maior "credibilidade do Estado em relação ao empresariado nacional e às instituições financiadoras nacionais e internacionais, garantindo o acesso

contínuo a investimentos privados e financiamentos de longo prazo”.

Como já abordado no capítulo anterior, no Brasil ainda é grande o desnível entre as regiões do País, no qual o Estado do Ceará inserido na região do nordeste, ainda sofre com o seu histórico desigual. Todavia, uma mudança significativa ocorreu com o advento da globalização, e com esta, a abertura das economias no mundo. A partir de tais acontecimentos, para que as empresas instaladas principalmente, nas regiões Sul e Sudeste, mantivessem a competitividade sem, contudo, diminuir a qualidade dos seus produtos, dentro de um parâmetro agora mundial, passou a ser necessário o uso de novas estratégias de adaptação.

Inicia-se o que a doutrina denominou de “guerra fiscal”, uma vez que os entes federados, sob a influência desse novo fenômeno (globalização), obtiveram uma oportunidade de atrair indústrias, na busca do desenvolvimento local, através das concessões de incentivos fiscais. Vê-se claramente que os Estados da Federação passaram a desempenhar um papel de responsabilidade obrigatória da política federal.

Contudo, para que o Estado torne-se atrativo, não basta a disponibilização de incentivos fiscais, é igualmente necessário: investir em infra-estrutura; apoiar iniciativas de capacitação, profissionalização e requalificação de mão-de-obra; promover parcerias com instituições creditícias; promover institucionalmente o Ceará em nível nacional e internacional, dentre outros.

A infra-estrutura está diretamente ligada à oferta ao cidadão e aos investidores de recursos hídricos, saneamento básico, não só na capital como também nos municípios, o acesso de estradas, assim como o fornecimento de energia elétrica, gás natural, comunicação, enfim, uma estrutura que possibilite o deslocamento de uma grande indústria ou a própria implantação de uma nova. Salienta-se, neste ponto, que o Estado do Ceará ainda conta com um porto competitivo e apropriado para uma política de exportação.

Sabe-se, também, que a mão-de-obra barata é um fator fortemente analisado pelos investidores. Porém, associado

a este ponto o Estado do Ceará deve visar a uma melhoria na educação profissional dos cearenses. Não basta, portanto, diminuir os custos das empresas, é preciso melhorar a qualidade do trabalhador em face de um novo empregador mais exigente. Por esta razão, o governo do Ceará mantém parcerias com instituições de formação profissional, tais sejam, IDT/SINE, SEBRAE, SENAI, ESCOLAS TÉCNICAS, etc.

O governo do Estado, para atingir o nível de desenvolvimento estipulado, é também o responsável por suprir as fontes de financiamentos estáveis dos investimentos. Não resta dúvida que seja implantando, deslocando ou ampliando, as novas indústrias terão inúmeros gastos que serão recuperados apenas com o tempo. Sendo assim, além de sua própria contribuição para a geração de poupança, o Estado pode captar recursos para investimentos em setores prioritários e realizar um esforço de articulação de outras fontes institucionais em investimentos de risco e de crédito, para o financiamento das necessidades empresariais.

Em relação às linhas de crédito, os investidores poderão se habilitar a empréstimos de longo prazo dos seguintes agentes financeiros:

a) BNB⁶⁶ – Banco do Nordeste S/A – Fundo Constitucional do Nordeste: Através de recursos advindos do Cresce Nordeste, o Banco do Nordeste financia a implantação, expansão, modernização e realocização de empreendimentos industriais, comerciais, rurais e de prestação de serviços, inclusive turismo.

b) BNDES⁶⁷ – Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico e Social: Através de recursos advindos do BNDES Automático, FINAME e FINAMEX.

c) SUDENE⁶⁸ – Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste, hoje transformada em Agência de Desenvolvimento do Nordeste, órgão administrador dos incentivos fiscais regionais. Possibilidade de concessão para empreendimentos novos: Redução do valor do Imposto de Renda, de até 75% (setenta e cinco por cento), pelo prazo de até 2013. Possibilidade de concessão para empreendimentos existentes: Redução do valor do Imposto de Renda devido e

adicionais não restituíveis até 2013, observando o percentual de redução de 37,5% (trinta e sete vírgula cinco por cento) de 1998 a 2003, 25% (vinte e cinco por cento) de 2004 a 2008 e 12,5% (doze vírgula cinco por cento) de 2009 a 2013.

4.2-Política de Seletividade de Atração de Investimentos

O Estado do Ceará, dentro de sua política de desenvolvimento, deve observar critérios que levem em conta a seletividade dos investimentos, para que sejam concedidos os incentivos fiscais. Deve-se, portanto, disponibilizar incentivos às indústrias que tragam, necessariamente: uma contribuição relevante para a geração de empregos, seja diretos ou indiretos, criando oportunidades para o primeiro emprego; que possam utilizar às matérias-primas locais e prestigiar as atividades já existentes; que optem pelos investimentos no interior, ajudando assim, a diminuir o desequilíbrio da distribuição de renda, ainda concentrado na capital; que possam transferir tecnologia para as empresas cearenses; que viabilizem a expansão do comércio e do acesso a novos mercados; que tenham uma responsabilidade social e ambiental, etc.

É importante frisar que todo estudo e análise dos investimentos do Estado do Ceará às novas indústrias é também verificado os efeitos sobre as condições de concorrência entre as empresas locais já instaladas e o grau de responsabilidade social demonstrado pelos novos empreendimentos. Não é difícil de entender os motivos, uma vez que onde se busca um equilíbrio do desenvolvimento do Estado, não se pode cogitar a implementação de investimentos que tragam danos às atividades existentes.

Segundo informações da Secretaria do Desenvolvimento do Estado do Ceará podemos pontuar como setores e atividades estratégicas para o seu desenvolvimento econômico: as indústrias estruturantes; indústrias de bens de consumo final e seus componentes, empresas de base tecnológica (promovendo atividades de alto valor agregado, ou de alta tecnologia), indústrias de reciclagem e agroindústria, com

ênfase nas cadeias produtivas locais (visando o aumento da eficiência e das vantagens competitivas) e no suporte ao sistema estadual de inovação (projetos de pesquisa e desenvolvimento, difusão de tecnologia).

O grupo das indústrias estruturantes tem bastante relevância, pois, através delas, novas indústrias são instaladas, valorizando a região onde isto é feito. Como exemplo, pode-se citar as indústrias estruturantes de base: siderurgia; energia alternativa; refinarias e as indústrias de bens de capital: aquelas destinadas à produção de máquinas, equipamentos e suas partes e componentes.

Em contrapartida, as indústrias de bens de consumo final e seus componentes geram um maior número de empregos, especialmente aquelas que reforcem as cadeias produtivas locais (cooperativas). No Estado do Ceará, atualmente, são marcantes a cadeia couro-calçadista, a cadeia de confecções, a cadeia têxtil, etc.

4.2.1-Diretrizes básicas para a concessão dos benefícios do FDI

Como já mencionado, há uma política seletiva de atração de investimentos, ou seja, diretrizes básicas que deverão nortear a concessão dos benefícios do Fundo de Desenvolvimento Industrial – FDI, assim o Estado do Ceará deve verificar a relação custo-benefício ou custo-efetividade sobre a concessão. Essa análise é feita em razão do alto investimento do Estado para implantar uma política de desenvolvimento.

Atualmente, todas as indústrias poderão ter acesso ao Fundo de Desenvolvimento Industrial – FDI, as informações sobre o incentivo estão disponibilizadas pela Secretária do Desenvolvimento Econômico – SDE⁶⁹ (através dos meios impressos e eletrônicos). O processo de habilitação ao benefício é analisado e formalizado na SDE e submetido ao Conselho Estadual de Desenvolvimento Industrial – CEDIN (presidido pelo Governador do Estado e composto pela SDE, SEFAZ, SEPLAN, SEAGRE), que deverá deliberar por unanimidade: a importância do investimento para o setor e a cadeia produtiva; o potencial de

crescimento; potencial exportador, quanto ao perfil e qualidade do grupo econômico, e sua ligação com a economia local; além das vantagens comparativas e competitivas, e as atualizações tecnológicas.

Hoje, o limite de concessão do incentivo disponibilizado pelo Estado do Ceará sobre o ICMS está entre 25% (vinte e cinco por cento) no mínimo, chegando até 75% (setenta e cinco por cento) no máximo. Estes incentivos serão concedidos, de acordo com a disponibilidade financeira do Estado, obedecendo ao que a SDE denomina de Sistema de Pontuação (setores produtivos, localização geográfica, geração de emprego, volume de investimento, impacto sobre a demanda por matérias-primas e insumos locais, impacto sobre a demanda por serviços locais, gestão ambiental, responsabilidade social).

Quanto à localização, vale mencionar que o Estado do Ceará não obsta a possibilidade de incentivos dentro da região metropolitana de Fortaleza – RMF (Aquiraz, Caucaia, Chorozinho, Eusébio, Fortaleza, Guaiuba, Horizonte, Itaitinga, Maracanaú, Maranguape, Pacajus, Pacatuba e São Gonçalo), contudo, o projeto que destina investimentos para fora da RMF e, portanto, para dentro de áreas consideradas estratégicas para a estruturação de cidades médias no interior, receberá uma maior pontuação, conseqüentemente, poderá alcançar um maior incentivo.

Outro ponto importante se dá quanto ao prazo do benefício, variando entre 5 (cinco) a 10 (dez) anos, sendo possível a sua prorrogação e até mesmo a concessão de um prazo de duração diferenciado, baseando-se, é claro, em uma análise pelo Conselho Estadual de Desenvolvimento Industrial de cada indústria, em seu caso concreto, dos períodos de incentivo e a sua contraprestação à sociedade cearense. Além disso, o incentivo fiscal tem o intuito de implantar novas empresas, assim como, ampliar as indústrias já implantadas, trazer uma maior diversificação à economia do Estado do Ceará, recuperar empresas genuinamente cearenses, e também, estimular à certificação de qualidade.

Em regra, os incentivos destinam-se a implantação de novas empresas, todavia, serão concedidos os mesmos

benefícios para as empresas que apresentarem projetos de ampliação com pelo menos 50% (cinquenta por cento) da produção física média dos últimos 24 meses, aumento de no mínimo 60% (sessenta por cento) dos empregos diretos gerados e mantidos desde a sua implantação. Não resta dúvida que este benefício visa fortalecer cada vez mais o pólo industrial do Estado do Ceará, além de garantir maior credibilidade aos investidores recentes, que poderão contar com o apoio do governo.

Há também o benefício destinado à recuperação de empresas genuinamente cearenses e que se encontrem paralisadas pelo menos 12 (doze) meses imediatamente anteriores à apresentação do pedido de concessão do incentivo. Estas empresas serão avaliadas pelo Conselho Estadual de Desenvolvimento Industrial – CEDIN que levará em consideração a possibilidade de recuperação diante da realização de novos investimentos capazes de restaurar a viabilidade econômica do empreendimento e a capacidade de geração de emprego.

Quanto ao benefício disponibilizado pelo Estado às empresas que apresentem projetos com o intuito de diversificar sua linha de produção, ou seja, implantar uma nova linha de produtos, de acordo com os produtos previstos no Código de Atividades Industriais - CAI, destinados ao mercado, deve-se analisar se haverá possibilidade de expansão de, pelo menos, 30% (trinta por cento) do valor agregado médio dos últimos 2 (dois) anos de operação e investimento igual ou superior a 30% (trinta por cento) do investimento inicial.

É evidente que para a política de desenvolvimento econômico obter sucesso, o Estado do Ceará deve, conjuntamente: implantar um Sistema de Acompanhamento e Monitoramento daquelas empresas beneficiadas, e assim, fiscalizá-las quanto a obediência do cronograma e demais aspectos contidos no projeto, tais como emprego, investimento e produção; observar se estão sendo cumpridas às normas de preservação ambiental, assim como, às obrigações sociais, tais como o recolhimento do FGTS; dentre outros pontos. O descumprimento das metas estabelecidas no Contrato de Concessão, total ou parcial, acarretará na perda ou redução dos benefícios concedidos às empresas pelo Estado. Atualmente, o

processo de monitoramento e acompanhamento do desempenho das empresas incentivadas vem sendo feito pelo CODECE (Conselho de Desenvolvimento do Estado do Ceará).

Diante do exposto, é possível afirmar que o Estado do Ceará, representando os demais Estados da Federação, está tentando fazer a sua parte com relação aos dispositivos constitucionais, tendo como objetivo, garantir o desenvolvimento do Estado e reduzir as suas desigualdades sociais e seus índices de pobreza.

É certo, contudo, que os avanços obtidos até o momento, ainda estão longe de propiciar uma realidade satisfatória para a sociedade cearense, e, portanto, não são suficientes para reduzir significativamente o quadro de pobreza e miséria da população e de atenuar as disparidades históricas advindas desde a colonização do País. Para tanto, se faz necessária uma efetiva atuação do governo federal, que não pode eximir-se desta responsabilidade.

Diante das informações colecionadas podemos enxergar que o Governo do Estado do Ceará caminha no sentido de avançar na mudança do perfil sócio-econômico do Ceará, priorizando, portanto, ações que resultem na inclusão social de parcela significativa da população. É o que tentaremos demonstrar com a apresentação de empresas que foram beneficiadas e que hoje, são de grande importância para a economia do Ceará e do povo cearense.

4.3-Casos práticos

Neste tópico iremos analisar alguns exemplos de protocolos de intenções firmados entre o Estado do Ceará, em parceria com os respectivos municípios, e as indústrias beneficiadas pelo incentivo fiscal. Verificaremos o grande desenvolvimento ocorrido nas localidades em que as empresas foram implantadas ou ampliadas.

Além disso, conseguiremos averiguar que adicionado aos incentivos fiscais já mencionados, ainda dentro da política de desenvolvimento econômico, o Estado do Ceará vem

assegurando a alguns investidores a possibilidade de diferimento de ICMS na aquisição de máquinas e equipamentos, e diferimento de ICMS na importação de matéria-prima e insumos. Há também a possibilidade da desoneração do ICMS cobrado na entrada de insumos, componentes e matérias-primas a serem utilizados no processo industrial, e da transferência de crédito decorrente de exportação. Segue tabela comparativa das indústrias incentivadas:

NOME	<i>Marcos Tadeu Benevides Texeira</i>	<i>Indústria Cearense de Colchões e Espumas Ltda</i>	<i>H-Bettarello Curtidora e Calçados Ltda - AGABÉ</i>	<i>Singer do Brasil Ltda</i>	<i>Calçados Aniger Nordeste Ltda</i>
SETORES	IMPLANTAÇÃO: Fabricação de vestuário infantil em geral	AMPLIAÇÃO: Industrialização e Comercialização de Laminados, Colchões e Travessieiros de espuma	IMPLANTAÇÃO: Fabricação de calçados	IMPLANTAÇÃO: Fabricação de máquinas de costuras industriais e motores elétricos universais	Calçados Aniger Nordeste Ltda
MUNICÍPIO	Tianguá	Maracanaú	Aracati	Juazeiro do Norte	Quixeramobim
Data	29/12/1999	6/5/2002	5/11/1996	19/9/1996	5/11/1996
INVESTIMENTO	R\$ 125.000,00	R\$ 4.159.376,59	R\$ 5.000.000,00	R\$ 8.000.000,00	R\$ 10.000.000,00
Nº EMPREGOS	102	209	400	250	1200
INFRAESTRUTURA	TERRENO: A empresa se instalará numa área total de 800m ² (galpões modulados de 200m ² cada), cedido em comodato pelo Estado; ÁGUA; TRANSPORTE E COMUNICAÇÃO, ENERGIA ELÉTRICA.		LOCAL: Prédios cedidos em regime de comodato pela CODECE, com instalações elétricas e hidráulicas; TERRENO: Doação à empresa pela Prefeitura Municipal de Aracati; ÁGUA; TRANSPORTE E COMUNICAÇÃO, ENERGIA ELÉTRICA.	LOCAL: Prédio cedido em regime de comodato pela CODECE, com instalações elétricas e hidráulicas; ÁGUA; TRANSPORTE: criação de linhas de ônibus até a empresa; COMUNICAÇÃO: instalação de no mínimo 15 linhas de telefonia e transmissão de dados; ENERGIA ELÉTRICA.	LOCAL: Prédio cedido em regime de comodato pela CODECE, com instalações elétricas e hidráulicas; TERRENO: Doação à empresa pela Prefeitura Municipal de Quixeramobim; ÁGUA; TRANSPORTE e COMUNICAÇÃO: ENERGIA ELÉTRICA.
FDI	Emprestimo de 75% do ICMS + 36 meses período de carência + 25% taxa de retorno + Prazo Global de Operação: 13 anos	Emprestimo de 48% do ICMS + 36 meses período de carência + 25% taxa de retorno + Prazo Global de Operação: 10 anos	Emprestimo de 75% do ICMS + 36 meses período de carência + 25% taxa de retorno + Prazo Global de Operação: 10 anos	Emprestimo de 75% do ICMS + 36 meses período de carência + 25% taxa de retorno + Prazo Global de Operação: 15 anos	Emprestimo de 75% do ICMS + 36 meses período de carência + 25% taxa de retorno + Prazo Global de Operação: 10 anos + Nas exportações: Emprestimo de 10,5% sobre o valor do faturamento nas exportações
INVESTIMENTO ATUAL	R\$ 500.000,00	R\$ 8.039.302,32	R\$ 11.611.808,00	R\$ 21.500.000,00	R\$ 22.000.000,00
Nº EMPREGOS ATUAL	95	243	927	959	4074

INDÚSTRIAS INCENTIVADAS PELO ESTADO DO CEARÁ

Como vemos, baseado nas informações fornecidas pela Secretaria de Desenvolvimento Estadual que periodicamente realiza auditorias nessas e nas demais empresas incentivadas, as indústrias acima destacadas vêm tendo bastante progresso, com aumentos significativos de investimentos e com a elevação de empregos diretos. Uma realidade que vem propiciando aos municípios do Ceará, de extrema pobreza e miséria, uma perspectiva melhor de vida a sua população. Infelizmente, nem todos os relatos de indústrias incentivadas são igualmente satisfatórios, porém a busca pelo desenvolvimento deve continuar e ultrapassar todas as dificuldades que, sabemos, persistirem em permanecer.

CONCLUSÃO

O Direito é o limite que se impõe ao Estado que deve agir baseando-se nos mandamentos legais. Contudo, para que se configure em um Estado Legal é necessário à devida observância dos procedimentos legislativos, que deve ter na Constituição Federal sua principal fonte. Baseando-nos na Lei Maior é que devemos extrair os fundamentos das demais normas que complementarão o ordenamento jurídico. Este pensamento é estendido a todos os ramos do direito inclusive ao ramo do direito tributário ou fiscal.

O Estado Social e Democrático de Direito através de uma política tributária e orçamentária poderá desenvolver um papel de destaque no que se refere à diminuição da desigualdade entre as regiões, que veio se alargando com o passar do tempo.

Em toda a história de constituição do território brasileiro podemos verificar que apenas algumas localidades foram beneficiadas por um maior desenvolvimento, seja pela localização, pelas riquezas locais, por uma maior industrialização, pelo clima, por interesses políticos, dentre outros motivos, o que findou em um quadro ainda presente nos dias de hoje de extrema desarmonia nas distribuições de riqueza.

Sabemos que em regiões como no Norte e no

Nordeste grandes são as dificuldades enfrentadas pelos seus habitantes que sofrem com a falta de emprego, com os preços de produtos mais elevados, com a pouca industrialização e, conseqüentemente, com um nível de tecnologia baixo, etc.

Diante desta gritante situação, o Estado, juntamente com o Município, deve atuar em parceria para melhorar a qualidade de vida de sua população, principalmente daquelas pessoas que vivem em localidades situadas distante da capital. Todavia, é de nosso conhecimento que a arrecadação feita pelos Estados e Municípios por si só não são suficientes para regular os elevados índices de miséria e pobreza ali existentes, fator que é claro, não permitiu a estes entes federados uma omissão na prática de uma política de desenvolvimento.

A Constituição Federal de 1988 veio representar a bandeira de uma luta contra as desigualdades regionais, constituindo como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: garantir o desenvolvimento nacional e reduzir as desigualdades sociais e regionais.

A própria Carta Magna fixou formas de atuação do poder executivo e legislativo para se obter um melhor índice de progresso das regiões mais pobres. Um desses instrumentos está certamente em seu mandamento previsto, no art.151, I, no qual cabe à União uma atuação positiva, efetiva e eficaz sobre as respectivas regiões através do uso de incentivos fiscais.

Não resta dúvida que isso só ocorrerá se o governo federal se desprender de interesses políticos ou privilegiados, tendo como foco de responsabilidade a diminuição das desigualdades entre as regiões do País. Infelizmente, o que se vê é uma participação ainda tímida deste ente, com uma diminuição pequena das desigualdades regionais.

Pelo exposto, ao longo de todo o trabalho, buscamos chamar a atenção aos mandamentos constitucionais que abordam a importância que as regiões possuem dentro de um Estado Social Democrático, ressaltando, assim, a possibilidade de a União realizar uma política de desenvolvimento que auxiliem o trabalho realizado por cada Estado e Município.

É um papel a ser desempenhado obrigatoriamente,

pois sua omissão, descaso ou aplicação sem os parâmetros já estudados, são perfeitamente passíveis de serem controlados pelo poder judiciário através de ação direta de inconstitucionalidade por descumprimento de preceito fundamental da Carta Magna, que é um instrumento de defesa do povo contra a não aplicabilidade pelo legislador da norma constitucional.

Portanto, os incentivos fiscais regionais deve ser um instrumento de alcance desses objetivos demonstrados em vários momentos da Constituição, não devendo ser utilizado apenas quando do interesse particular de uma minoria. É acima de tudo um instituto de vontade do povo e feito para o povo, diante das inúmeras dificuldades que alastra o Brasil.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BALEIRO, Aliomar. Uma Introdução à Ciência Das Finanças. 16ª ed. rev. e atualizada por Dejalma de Campos. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- BALEIRO, Aliomar. Direito Tributário Brasileiro. 11ª ed. Atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Financeiro e Tributário. 9 ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.
- BECKER, Alfredo Augusto. Teoria Geral do Direito Tributário. 3 ed. São Paulo: Lejus, 2002.
- BONAVIDES, Paulo. A Constituição Aberta. 3 ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2004.
- BORGES, José Souto Maior. Teoria Geral da Isenção Tributária. 3 ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2001.
- BULOS, Uadi Lammêgo. Constituição Federal Anotada. 5 ed. ver. e atual. até a Emenda Constitucional n. 39/2002. São Paulo: Saraiva, 2003.
- CARRAZA, Roque Antônio. Curso de Direito Constitucional Tributário. 20ª ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2004.
- CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- CATÃO, Marcos André Vinhas. Regime Jurídico dos Incentivos Fiscais. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- COELHO, Sacha Calmon Navarro. Curso de Direito Tributário Brasileiro. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- COELHO, Sacha Calmon Navarro e, DERZI, Misabel Abreu Machado. Direito tributário atual: pareceres. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- CONTI, José Maurício. Federalismo Fiscal e Fundos de Participação. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001.

MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário. 26ª ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2005.

MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil Interpretada e legislação constitucional. 6 ed. Atualizada até a EC nº 52/06. São Paulo: Atlas, 2006.

ICHIHARA, Yoshiaki. Direito Tributário. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2002.

ICHIHARA, Yoshiaki. Imunidades Tributárias. São Paulo: Atlas, 2000.

JUNIOR, Aduino Vicari. Lei de Responsabilidade Fiscal Comentada. São Paulo: Atlas, 2000.

PAULSEN, Leandro. Direito Tributário: Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência. 8 ed. rev. Atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado: ESMAFE, 2006.

TORRES, Ricardo Lobo. Curso de Direito Financeiro e Tributário. 13ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 16ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

¹ BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de direito financeiro e tributário. 9 ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002, p.4.

² Apud, BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de direito financeiro e tributário. 9 ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002, p.4.

³ BALEEIRO, Aliomar. Uma Introdução à Ciência Das Finanças. 16ªed. ver. e atualizada por Dejalma de Campos. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

⁴ O Estado Patrimonial aparece, na Europa, em duas vertentes distintas: a Inglesa e a Holandesa, em que já desde o século XVI emerge os interesses da burguesia e na qual não se formam os monopólios estatais; e a que predominou na França, Alemanha, Áustria, Espanha e Portugal, com os monopólios e os rígidos privilégios corporativos. O Estado Patrimonial, que surge com a necessidade de uma organização estatal para fazer a guerra, agasalha diferentes realidades sociais, políticas, econômicas, religiosas, etc. Mas sua dimensão principal, que lhe marca o próprio nome, consiste em se basear no patrimonialismo financeiro, ou seja, em viver fundamentalmente de rendas patrimoniais ou domínios do príncipe, só secundariamente se apoiando na receita extrapatrimonial de tributos. (TORRES, Ricardo Lobo. Curso de Direito Financeiro e Tributário. 13ªed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.7).

⁵ O Estado de Polícia sucede o Estado corporativo, de Ordem Estamental, especialmente no século XVIII, e antecede o Estado de Direito, que cujo os adeptos recebem o apelido pejorativo. Alguns os subsumem ainda no conceito de Estado Patrimonial, em seu momento modernizador. Floresce principalmente na Alemanha e na Áustria e transmigra com certo atraso para a Itália, para Espanha e para Portugal na época pomalina. Mas não penetra na Inglaterra, na Holanda e em algumas cidades Italianas, nas quais já começam a prevalecer os interesses burgueses; nem na França, onde a passagem do patrimonialismo ao liberalismo se faz revolucionariamente. No Estado de Polícia é modernizador, intervencionista, centralizador e paternalista. O Estado de Polícia com o seu absolutismo político e a sua economia mercantil ou comercial, foi historicamente substituído pelo Estado Fiscal, com sua estrutura econômica capitalista e o seu liberalismo político e financeiro. (TORRES, Ricardo Lobo. Curso de Direito Financeiro

e Tributário. 13ªed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.7-8).

⁶ O Estado Socialista é neopatrimonialista. Vive principalmente do rendimento das empresas estatais, representando o imposto papel subalterno e desimportante. Entrou em rápida deterioração nos últimos anos, após a reunificação da Alemanha e a extinção da União Soviética, subsistindo apenas em poucos países (China, Cuba, etc). Pretendia ser o momento final do Estado Financeiro, substituindo o Estado Fiscal. Hoje retorna rapidamente à economia de mercado e à atividade financeira lastreada nos impostos, reaproximando-se do Estado Fiscal. (TORRES, Ricardo Lobo. Curso de Direito Financeiro e Tributário. 13ªed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.9-10).

⁷ NABAIS, José Casalta. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos. pág.17. Texto extraído do site: www.google.com.br.

⁸ “A manutenção da ordem interna, a defesa contra o inimigo externo, a distribuição da justiça, a aprovação e a imposição de um Direito Penal, Civil, Comercial etc.”. BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de direito financeiro e tributário. 9 ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002, p.13.

⁹ BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de direito financeiro e tributário. 9 ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002, p.13.

¹⁰ “Os orçamentos necessitavam de ser equilibrados, e o Estado só poderia gastar aquilo que arrecadasse, procurando, outrossim, repartir esta recadação de forma mais equitativa possível entre todos os habitantes do país. Portanto, pugna-se no bojo desta corrente pelos menores gastos possíveis do Estado e pelo equilíbrio orçamentário”. BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de direito financeiro e tributário. 9 ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002, p.14.

¹¹ “Em primeiro lugar, o atendimento pelo estado de necessidades sociais básicas, como segurança, instrução, serviços públicos (correios e telecomunicações, transporte plano de investimentos, pela criação de novos empregos públicos em geral e pelo favorecimento e controle da atividade econômica privada e, finalmente, colima-se a redistribuição da renda nacional como forma de realização da justiça e do nível de vida”. BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de direito financeiro e tributário. 9 ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002, p.16.

¹¹, energia etc.). Em segundo lugar, a adoção de medidas voltadas ao desenvolvimento econômico do país, com o objetivo do asseguramento do pleno emprego e do aumento da renda nacional. Propugna-se pela redação de um plano econômico geral, de um plano de investimentos, pela criação de novos empregos públicos em geral e pelo favorecimento e controle da atividade econômica privada e, finalmente, colima-se a redistribuição da renda nacional como forma de realização da justiça e do nível de vida”. BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de direito financeiro e tributário. 9 ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002, p.16.

¹² O muro de Berlim caiu no dia 09 de novembro de 1989, ato inicial da reunificação das duas Alemanhas, formando a República Federal da Alemanha, acabando também com a divisão do mundo em dois blocos.

¹³ Em 31 de Dezembro de 1991, Gorbachev anunciava o fim da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, renunciando ao cargo que ocupava e ao seu sonho de ver um mundo socialista.

¹⁴ Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990 cria o Programa Nacional de Desestatização.

¹⁵ BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de direito financeiro e tributário. 9 ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002, p.17.

¹⁶ Art. 1º, CF/88 – “A república Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I-a soberania; II- a cidadania; III- a dignidade da pessoa humana; IV- os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V- o pluralismo político”.

¹⁷ TORRES, Ricardo Lobo. Curso de Direito Financeiro e Tributário. 13ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.12.

¹⁸ “A necessidade coletiva não é a soma de necessidades individuais. O agrupamento das necessidades individuais dá lugar a necessidades gerais. A diferença entre uma e outra reside no seguinte: estas últimas, as gerais, são homogêneas, enquanto a necessidade coletiva não é revestida de homogeneidade. Ela surge de uma contraposição de interesses. O caráter coletivo de uma necessidade é dado tanto pelos sujeitos que a ressentem como pelos meios utilizados para satisfazê-las. É certo que as necessidades coletivas não são necessariamente sofridas por todos os cidadãos. Basta que a coletividade se conforme com o seu financiamento por todos”. BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de direito financeiro e tributário. 9 ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002, p.6.

¹⁹ “O preço público cobrado pela prestação de serviço inessencial, as contraprestações financeiras pela utilização de bens do Estado, os aluguéis e as demais fontes da receita originária”. (TORRES, Ricardo Lobo. Curso de Direito Financeiro e Tributário. 13ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.13).

²⁰ NABAIS, José Casalta. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos. pág.11-14. Texto extraído do site: www.google.com.br.

²¹ BORGES, José Souto Maior. Teoria Geral da Isenção. 3 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p.25.

²² BECKER, Alfredo Augusto. Teoria Geral do Direito Tributário. 3 ed. São Paulo: Lejus, 2002.

²³ O Código Tributário Nacional traz no seu art. 3º o conceito de tributo: “Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada”. Contudo, o ponto de grande controvérsia na doutrina se dá na definição das espécies de tributos previstas no art. 5º do Código Tributário Nacional que preconiza: “Os tributos são impostos, taxas e contribuições de melhoria”. O professor Yoshiaki Ichihara no seu livro Curso de Direito Tributário entende que, para determinar a natureza específica do tributo, deve-se examinar a materialidade do fato gerador. Materialidade esta, que na concepção do saudoso professor Geraldo Ataliba divide o tributo em vinculados e não vinculados. O art.16 do CTN prevê que o fato gerador do **imposto** independe de qualquer atividade estatal específica, ou seja, a matéria prevista como fato gerador não está vinculando à atuação do Estado. Em contrapartida, o art. 77 do CTN e o art.145,II da CF/88 trazem como fato gerador da **taxa** todo o exercício do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, ou seja, é a atuação estatal diretamente referida ao contribuinte, em forma de contra prestação de serviço, vinculando a atuação do Estado. Já o art. 81 do CTN e o art.145,III da CF/88 definem como fato gerador da **contribuição**

de melhoria a ocorrência de obras públicas, igualmente, vinculando a atuação do Estado à realização de obras. O esclarecimento destes pontos, nos faz voltar à atenção aos chamados **empréstimos compulsórios**, do art.15 do CTN e art.148 da CF/88, e as chamadas **contribuições especiais**, do art.149 da CF/88. Para Hugo de Brito Machado e Leandro Paulsen, o rol do art.5º do CTN está superado, devendo segundo ele, evoluir para uma classificação dos tributos em cinco espécies.

²⁴ Carraza, RoqueAntônio. Curso de Direito Constitucional Tributário. 16ª ed. São Paulo: Malheiros Editora, 2001, pág.368.

²⁵ Art.37 'caput' da CF/88 prevê: "A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, e eficiência".

²⁶ Carraza, RoqueAntônio. Curso de Direito Constitucional Tributário. 20ª ed. São Paulo: Malheiros Editora, 2004, pág.368.

²⁷ NABAIS, José Casalta. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos. pág.15. Texto extraído do site: www.google.com.br.

²⁸ BECKER, Alfredo Augusto. Teoria Geral do Direito Tributário. 3 ed. São Paulo: Lejus, 2002, p.587.

²⁹ COELHO, Sacha Calmon Navarro e, DERZI, Misabel Abreu Machado. Direito tributário atual: pareceres. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.337.

³⁰ "As pessoas favorecidas por isenções, créditos presumidos, prêmios e alíquotas diminutas, devolução de tributo pago, etc, são tratadas de uma forma e maneira especial porque são consideradas da mesma categoria essencial, em razão da sua aptidão para concretização dos planos econômicos governamentais ou por mérito. Também aquelas outras, tratadas de forma mais desfavorável, assim o são, graças a seu comportamento, danoso à política agrária ou urbanística". COELHO, Sacha Calmon Navarro e, DERZI, Misabel Abreu Machado. Direito tributário atual: pareceres. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.346.

³¹ Apud., PAULSEN, Leandro. Direito Tributário: Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência. 8 ed. ver. Atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado: ESMAFE, 2006, p. 16.

³² COELHO, Sacha Calmon Navarro e, DERZI, Misabel Abreu Machado. Direito tributário atual: pareceres. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.337-338.

³³ CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. 14ªed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 228.

³⁴ Lei Complementar nº 101/2000.

³⁵ COELHO, Sacha Calmon Navarro e, DERZI, Misabel Abreu Machado. Direito tributário atual: pareceres. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.340.

³⁶ CF/88- Sistema Tributário Nacional (arts.145 a 149); Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar (arts.150 a 152); Sistema de Impostos da União (arts. 153 a 154); Sistemas de Impostos dos Estados (art.155); Sistemas de Impostos do Município (art.156); Sistema de Repartição das Receitas Tributárias (arts.157 a 162); Sistema dos Empréstimos públicos (art.164); Sistema Monetário (art.164); Sistema dos Orçamentos (arts.165 a 169); Sistema da Fiscalização Contábil, Financeira e Orçamentária (arts.70 a 75).

³⁷ Aliomar Baleeiro já dispunha: "O dispositivo, que aparece em todas as constituições

desde a de 1891, refere-se a tributo e, portanto, compreende, por definição legal e não apenas teórica, os impostos, as taxas e a contribuição de melhoria (CTN, art.5º). Ainda, há que entender-se extensivo às contribuições especiais ou para fiscais, como as do § único do art. 163; art.165, XVI; parágrafo 1º do art.166; art. 21, § 2º, I, da C.F., redação de 1969”. BALEEIRO, Aliomar. Direito Tributário Brasileiro. 11ª ed. atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Juaneiro: Forense, 2000, pag. 155.

³⁸ “O Princípio da Igualdade formal é norma que impõe o mesmo tratamento aos iguais e outro aos desiguais. É norma de tratamento, pressupondo: a) a dissimelhança ‘relativa’ entre todos os seres; b) a possibilidade de comparação entre os seres que podem ser classificados como ‘relativamente iguais’, segundo um certo critério ou aspecto determinado; c) o caráter axiológico do critério, variável historicamente, que só pode ser objetivamente colhido a partir da Constituição de cada País”. COELHO, Sacha Calmon Navarro e, DERZI, Misabel Abreu Machado. Direito tributário atual: pareceres. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.344.

³⁹ BORGES, José Souto Maior. Teoria Geral da Isenção. 3 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p.43.

⁴⁰ “A lei tributária deve ser igual para todos e a todos deve ser aplicada com igualdade”. Carraza, Roque Antônio. Curso de Direito Constitucional Tributário. 20ª ed. São Paulo: Malheiros Editora, 2004, pág.67.

⁴¹ BALEEIRO, Aliomar. Direito Tributário Brasileiro. 11ª ed. atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Juaneiro: Forense, 2000, pag. 158/159.

⁴² BALEEIRO, Aliomar. Direito Tributário Brasileiro. 11ª ed. atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Juaneiro: Forense, 2000, pag.159.

⁴³ COELHO, Sacha Calmon Navarro e, DERZI, Misabel Abreu Machado. Direito tributário atual: pareceres. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.349.

⁴⁴ COELHO, Sacha Calmon Navarro e, DERZI, Misabel Abreu Machado. Direito tributário atual: pareceres. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.345.

⁴⁵ CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 160.

⁴⁶ BALEEIRO, Aliomar. Direito Tributário Brasileiro. 11ª ed. atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Juaneiro: Forense, 2000, pag. 155.

⁴⁷ Atualmente denominada de ADA (Agência de Desenvolvimento da Amazônia).

⁴⁸ Atualmente denominada de ADENE (Agência de Desenvolvimento do Nordeste).

⁴⁹ BALEEIRO, Aliomar. Direito Tributário Brasileiro. 11ª ed. atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Juaneiro: Forense, 2000, pag.159.

⁵⁰ Exemplos: A informática, a indústria naval, a indústria metalúrgica, a exportação de produtos industrializados, dentre outros.

⁵¹ COELHO, Sacha Calmon Navarro e, DERZI, Misabel Abreu Machado. Direito tributário atual: pareceres. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p..351.

⁵² COELHO, Sacha Calmon Navarro e, DERZI, Misabel Abreu Machado. Direito tributário atual: pareceres. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.350.

⁵³ BONAVIDES, Paulo. A Constituição Aberta. 3 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, pág.369.

⁵⁴ BALEEIRO, Aliomar. Direito Tributário Brasileiro. 11ª ed. atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Juaneiro: Forense, pag.160;

⁵⁵ COELHO, Sacha Calmon Navarro e, DERZI, Misabel Abreu Machado. Direito tributário atual: pareceres. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.351.

⁵⁶ BORGES, José Souto Maior. Teoria Geral da Isenção. 3 ed. São Paulo: Malheiros Editoraes, 2001, p.24.

⁵⁷ Para o doutrinador Uadi Lammêgo Bullos a “justiça social é cada um poder dispor dos meios materiais para viver com certo conforto, gozando segurança física, espiritual, econômica e política”. BULOS, Uadi Lammêgo. Constituição Federal Anotada. 5 ed. ver. e atual. até a Emenda Cosntitucional n. 39/2002. São Paulo: Saraiva, 2003, pág.1218.

⁵⁸ BULOS, Uadi Lammêgo. Constituição Federal Anotada. 5 ed. ver. e atual. até a Emenda Cosntitucional n. 39/2002. São Paulo: Saraiva, 2003, pág.90-91.

⁵⁹ “Em primeiro lugar, direitos humanos da primeira geração, que compreendem os direitos individuais da clássica tradição liberal, predominante no século XIX e oriundos das revoluções do direito natural, como a Revolução Francesa, de Rousseau e Montesquieu; A Revolução Americana de Jefferson e Madison, isto é, dos constituintes da Filadélfia, e, mais remotamente, no século XVII, a Revolução Inglesa da aristocracia liberal, legitimada depois pela filosofia juz naturalista de John Locke. A seguir, florescem os direitos da segunda geração, os chamados direitos sociais, que marcaram o nosso século e foram primacialmente obra das revoluções de substratos socialista, bem como da doutrina social da igreja. São designados como tais, em nosso direito constitucional positivo, a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados. Enfim, aparecem os direitos da terceira geração, ou direitos da solidariedade. Os direitos da terceira geração compendiam, por conseguinte, aqueles direitos que emergem da idade tecnológica, da globalização da economia, da internalização cada vez mais expansiva das artérias do livre comércio, da instantaneidade informática dos meios de comunicação. Inserem-se eles em quatro categorias cardeais: o direito à paz, o direito ao desenvolvimento, o direito ao meio ambiente e o direito ao patrimônio comum do gênero humano”. BONAVIDES, Paulo. A Constituição Aberta. 3 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, pag.347/348.

⁶⁰ “O federalismo, como expressão do Direito Cosntitucional, nasceu com a constituição norte-americana de 1787. Baseia-se na união de coletividades políticas autônomas. Quando se fala em federalismo, em Direito Constitucional, quer-se referir a uma forma de Estado, denominada federação ou Estado Federal, caracterizada pela união de coletividades públicas dotadas de autonomia político-constitucional, autonomia federativa”. SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 16ªed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999, p.103.

⁶¹ MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil Interpretada e legislação constitucional. 6 ed. Atualizada até a EC. nº52/06. São Paulo: Atlas, 2006, p.1021/1022.

⁶² BONAVIDES, Paulo. A Constituição Aberta. 3 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, pag. 344.

⁶³ BONAVIDES, Paulo. A Constituição Aberta. 3 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, pag. 339.

⁶⁴ BORGES, José Souto Maior. Teoria Geral da Isenção. 3 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p.24.

⁶⁵ Legislação Estadual norteadora da implantação de unidade industrial: Lei nº 11.524/88 e Lei nº 12.478/95; os Dec. nº 22.719-A, de 20.08.93; Dec. nº 23.113, de 18.03.94; Dec. nº 23.913 de 21.11.95. Legislação Estadual norteadora da ampliação de unidade industrial: Lei nº 11.524/88 e Lei nº 12.631/96; os Dec. nº 22.719-A, de 20.08.93; Dec. nº 23.113, de 18.03.94; Dec. nº 24.530, de 10.07.97; Dec. nº 24.670, de 16.10.97.

⁶⁶ www.bnb.gov.br

⁶⁷ www.bndes.gov.br

⁶⁸ www.sudene.gov.br

⁶⁹ www.sde.ce.gov.br

PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE PROCESSUAL E UNIDADE DA SENTENÇA

Leonardo Henrique de C. Carvalho

Pós-graduado em Direito Processual Civil pela
Universidade de Fortaleza
Advogado

01. Uma reflexão necessária

“O processo deve dar, no que é possível praticamente , a quem tem um direito, tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tem o direito de obter” (Chiovenda)

Na medida em que a sociedade tece críticas ferrenhas ao Poder Judiciário, no sentido de que este é inoperante, devido à demora na prestação jurisdicional, desenvolve-se no meio acadêmico e profissional a incessante busca de soluções para esse entrave de ordem institucional.

A justiça tarda, mas não falha. Esta frase, que ouvimos repetidamente, ainda quando estudantes, revela o espírito e a ânsia dos cidadãos em obter um resultado justo por parte do Poder Judiciário. No entanto, diante dos obstáculos, não só de ordem processual, mas também de ordem estrutural, pode-se dar uma nova interpretação à velha frase, tão difundida nos corredores acadêmicos. Se a justiça é tarda, ela já é falha.

Portanto, percebe-se que o senso de justiça não reside apenas no ideário de uma prestação jurisdicional, obtida após uma morosa e muitas vezes perdulária instrução, mas, sim, na prestação jurisdicional obtida de modo mais célere, na qual a parte obtenha tudo o que lhe é de direito, em menor espaço de tempo.

Daí porque este breve estudo visa a examinar um dos mais importantes princípios do processo civil, o princípio da

efetividade processual, que representa, atualmente, excelente remédio para sanar a dor dos que tanto clamam por um resultado mais ágil e, ao mesmo tempo, justo.

Não se pode, no entanto, estudar novos mecanismos capazes de imprimir mais celeridade ao processo, sem, antes, realizar uma ampla interpretação do sistema jurídico, principalmente do sistema normativo processual, posto que paradigmas vigentes não estão mais em consonância com a nova ordem constitucional.

Intenta-se, também, contribuir para a construção de mecanismos viáveis e eficazes para a amenização da crise institucional do processo, no que tange à celeridade dos julgamentos, visto que, sob tal aspecto, a morosidade obstrui o direito constitucional do cidadão de acesso à justiça e de ter seu litígio resolvido de modo efetivo, célere e, acima de tudo, justo.

02. As crises de paradigmas da Ciência Processual

Crise - terminologia empregada inicialmente pelos gregos, por intermédio de Hipócrates, para indicar um ponto culminante de uma doença¹ - na acepção moderna da palavra, passou a significar transformações decisivas em qualquer aspecto da vida social², quer profissional, quer pessoal, e tem sido, ao longo do tempo, objeto de intenso estudo por parte da comunidade científica, uma vez que esta designa a transformação pela qual passam as instituições sociais, políticas ou científicas em vista da instabilidade máxima do sistema de crenças até então estabelecido³.

Para a Escola Positivista, a sociedade, ao progredir com a história submete-se a sucessivas épocas orgânicas e épocas de crise. As épocas orgânicas são aquelas em que a sociedade “repousa no sistema de crenças bem estabelecido, desenvolve-se em conformidade com ele e progride dentro dos limites por ele estabelecidos. Mas, a certa altura, esse mesmo progresso provoca a mudança da idéia central sobre a qual essa época está apoiada e determina, assim, o início da época crítica”⁴.

Mas isto não quer dizer que, nas chamadas épocas orgânicas, a sociedade não venha a sofrer crises políticas, sociais, científicas, religiosas e tantas outras. Tais adversidades estarão sempre presentes no núcleo social, não desmerecendo, no entanto, a unidade geral de valores que formam o sistema de crenças da sociedade. A época crítica somente terá início a partir do momento em que as idéias fundamentais, que norteiam os valores e os modos de vida dessa sociedade, não mais corresponderem ao sistema de crenças, gerando uma falência no *status quo* estabelecido, ensejando a mutação de aspectos positivos ou negativos da sociedade.

A epistemologia, que é o estudo do grau de certeza do conhecimento científico em seus diversos ramos, especialmente para apreciar seu valor para o espírito humano, tem, na lição de Nicola Abbagnano, a idéia de “um modo de tratar o problema nascido de um pressuposto filosófico específico, no âmbito de determinada corrente filosófica”⁵.

A aplicação dos métodos epistemológicos para a consecução de soluções os conflitos de ordem filosófica, segundo PIAGET, surge e tende a ganhar maior importância a partir do momento em que as transformações decisivas, isto é, as crises, atuam no conjunto de conhecimentos fundamentados (ciência) de determinada área científica⁶, no caso sob estudo a ciência processual.

No entanto, BOAVENTURA SOUSA E SANTOS discorda do renomado filósofo, ao ponderar que “a relação de reflexão epistemológica e crise de ciência é mais complexa do que a afirmação de PIAGET pode fazer crer.”⁷ Entende, para justificar seus argumentos, que é “necessário distinguir dois tipos de crise: as crises de crescimento e as crises de degenerescência. As crises de crescimento, para usar uma expressão de Kuhn, têm lugar ao nível da matriz disciplinar de um dado ramo da ciência, isto é, revelam-se na insatisfação perante métodos ou conceitos básicos até então usados sem qualquer contestação na disciplina e, aliás, decorre da existência, ainda que por vezes apenas pressentida, de alternativas viáveis. Nos períodos deste tipo, a reflexão epistemológica é a

consciência teórica da pujança da disciplina em mutação e, por isso, é enviesada no sentido de afirmar e dramatizar a autonomia do conhecimento científico em relação às demais formas e práticas do conhecimento. É a este tipo de crise que se refere Piaget⁸

Já as crises de degenerescência são, para o ilustrado filósofo, “crises de paradigma, crises que atravessam todas as disciplinas, ainda que de modo desigual, e que as atravessam em nível mais profundo. Significam o pôr em causa a própria forma de intelegibilidade do real que um dado paradigma proporciona e não apenas os instrumentos metodológicos e conceituais que lhe dão acesso. Nessas crises, que são de ocorrência rara, a reflexão epistemológica é a consciência teórica da precariedade das construções assentes no paradigma em crise e, por isso, tende a ser enviesada no sentido de considerar o conhecimento científico como uma prática de saber entre outras, e não necessariamente a melhor. Nestes termos a crítica epistemológica elaborada nos períodos de crise de degenerescência não pode deixar de ser também uma crítica da epistemologia nos períodos de crise de crescimento”.⁹

GUILHERME MARINHO, obtempera que “A crise de paradigma leva a uma reestruturação ou a uma releitura, agora sob a luz do novo paradigma e de novos meios de reflexão epistemológica, de tudo aquilo considerado definitivamente assentado no paradigma em crise. A insatisfação geral com as instituições, princípios e teorias construídas, conduz ao repensar a realidade, não como ocorre nas crises de crescimento em que se dá a evolução de uma determinada disciplina científica dentro de critérios epistemológicos já constituídos, mas a partir de novos pontos de reflexão, questionando as bases dessa mesma realidade”.¹⁰

Nas épocas orgânicas, em que se verifica a ocorrência das crises de conhecimento, observa-se uma oportuna serenidade na sociedade, visto que o desenvolvimento elaborado em sua estrutura dá-se através de modelos já concebidos e conhecidos e de modo ordenado pelo sistema de crenças, este fielmente solidificado sobre um paradigma já

estabelecido.

Por sua vez, aflora, em épocas denominadas críticas pelos positivistas, a mencionada crise de degenerescência.

MARINHO observa que “o progresso provoca mudanças da idéia central em que se apoia o desenvolvimento de todas as instituições, sejam sociais, políticas, científicas ou quaisquer outras e a instabilidade interna vai gerar uma crise tal que resulta na ruptura do paradigma. Nesse caso, todos os ramos da ciência são atingidos e terão que abandonar as antigas reflexões epistemológicas, construídas no paradigma extinto, para reelaborá-las na realidade assente no novo paradigma, de modo a permitir o estudo científico dos seus institutos.¹¹”

Conclui o notável jurista assentando que “as ciências jurídicas sempre passaram por crise de crescimento e, algumas vezes, por crises de degenerescência. No contexto da pós-modernidade, estamos vivendo uma crise de paradigma consubstanciada na transformação política do Estado que, tendo arraigadas em suas bases ideologias liberais e sociais, pretende constituir-se um Estado Democrático de Direito, já teoricamente erigido pela Constituição Federal de 1988. É a nova Constituição, de cunho democrático, o resultado da quebra de paradigmas determinada pela vontade do povo, que quer ver essa democracia efetivada na prática. A ciência processual não escapa a um reordenamento, diante do paradigma do Estado Democrático de Direito, pois, agora, por ser o processo uma instituição constitucionalizada, necessário se faz a elaboração de uma nova reflexão epistemológica sobre seus institutos, pois são caducos os métodos epistemológicos elaborados nas épocas de crise de crescimento, inseridas no contexto de antigos paradigmas¹²”

Portanto, instalada nova ordem jurídica constitucional, em conseqüência das crises de degenerescência, cujo surgimento remonta à substituição do paradigma do Estado Liberal pelo paradigma do Estado Social, percebe-se uma latejante crise de conhecimento no que pertine à morosidade na prestação jurisdicional, vez que a nova ordem assegurou a todos acesso a uma prestação jurisdicional digna, célere e,

principalmente, justa.

No paradigma do Estado Liberal cabia ao “Poder Judiciário dirimir conflitos interparticulares ou, conforme o modelo constitucional, entre esses e a administração pública, quando provocado, através dos procedimentos devidos, aplicando o direito material vigente de modo estrito, através de processos lógico-dedutivos de subsunção do caso concreto às hipóteses normativas, sob os ditames da igualdade formal, estando sempre vinculados ao sentido literal, no máximo lógico, da lei, enfim, sendo a boca da lei”¹³

Por sua vez, no paradigma do Estado Social, cabe ao Poder Judiciário, por seus órgãos, aplicar, no pleno exercício da função jurisdicional, o direito material aos litígios que lhe são submetidos de modo construtivo, devendo sempre garantir, “a todo aquele que procure o socorro dos tribunais, uma tutela efetiva e, principalmente, adequada à pretensão de direito material”.¹⁴

Diante das novas regras de comportamento estabelecidas pela Constituição Federal, o Estado deve adaptar-se às novas exigências da sociedade, sepultando antigos paradigmas e criando mecanismos de solução das crises de conhecimento ocorridas nos mais diversos ramos da ciência que, no caso em espécie, restringe-se à ciência processual, notadamente à busca de um novo modo de ser consciente para sistema processual, a fim de garantir uma prestação jurisdicional ágil e eficaz.

Convém demonstrar a necessidade de se serem modificados determinados atos processuais, notadamente a natureza jurídica da sentença, ante o paradigma de Estado Social, em que se busca a realização efetiva e célere da justiça. A sistemática de unidade, não mais comporta satisfação adequada da tutela de direito material do cidadão, da forma como é concebida, está a criar uma verdadeira crise de conhecimento no âmbito da ciência processual.

2. O Princípio da Efetividade Processual e as crises do processo.

A prestação jurisdicional somente poderá ser

materializada, desde que o cidadão tenha efetivo acesso à justiça. O acesso à justiça, preceito que tem fundamento na Constituição Federal, não pode ser interpretado somente sob o ângulo de poder a parte dirigir-se ao Poder Judiciário e deflagrar uma ação em busca de um eventual direito. Mais que isso, quando o judiciário, for assim provocado deve prover de forma ágil a solução do litígio, pois, do contrário, conforme a Convenção Européia para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdade Fundamentais, por seu artigo 6º, §1º, “a Justiça que não cumpre suas funções dentro de um prazo razoável é, para muitas pessoas, uma Justiça inacessível”.

Justiça tardia é uma injustiça qualificada e manifesta: com estas palavras, Rui Barbosa já pontificava, no início do século XX, sobre a necessidade de o Poder Judiciário dizer o Direito de modo célere, sob pena de aviltar e deturpar valores que se encontram sedimentados no espírito da Justiça.

Sobre a problemática temporal da prestação jurisdicional, o emérito jurista LUIZ GUILHERME MARINONI demonstrou, com a didática que lhe é peculiar, as conseqüências que a demora na solução de um litígio pode causar.

Disse ele que “o tempo do processo angustia os litigantes; todos conhecem os males que a pendência da lide pode produzir. Por outro lado, a demora processual é tanto mais insuportável quanto menos resistente economicamente é a parte, o que vem a agravar a quase que insuperável desigualdade substancial no procedimento. O tempo, como se pode sentir, é um dos grandes adversários do ideal de efetividade do processo. Mas o tempo não pode servir de empeco à realização do direito. O cidadão comum tem o direito à tutela hábil à realização do seu direito, e não somente um direito abstrato de ação. Em outras palavras, tem o direito à adequada tutela jurisdicional. Em conseqüência, o princípio da inafastabilidade não garante apenas uma resposta jurisdicional, mas a tutela que seja capaz de realizar, efetivamente, o direito afirmado pelo autor, pois o processo, por constituir a contrapartida que o Estado oferece ao cidadão diante da proibição da autotutela, deve chegar a resultados equivalentes aos que seriam obtidos se

espontaneamente observados os preceitos legais. Desta forma, o direito à adequada tutela jurisdicional garantido pelo princípio da inafastabilidade é o direito à tutela adequada à realidade de direito material e à realidade social”¹⁵.

ROGÉRIA DOTTI DORIA ressalta ainda que a consequência de uma demorada prestação jurisdicional acarretaria o “agravamento da situação conflitiva, a perda de confiança no Poder Judiciário e o aumento da violência como resultado da sanção de impunidade”¹⁶.

Cumpre, por oportuno, ressaltar a definição e o alcance de alguns princípios processuais que fomentam a reflexão ora perseguida: a instrumentalidade das formas e, principalmente, a efetividade processual.

Na lição de CARREIRAALVIM, “o processo, qualquer que seja o seu escopo, é o instrumento da jurisdição, ou seja, o modo institucional de atuar do Estado-Juiz em face dos conflitos de interesses, seja criando para as partes a oportunidade de seu autocomporem (conciliação), seja ditando ele próprio a solução, conforme a sua própria vontade, expressa na lei.”¹⁷

Assim, a busca da pacificação social revela-se possível, mediante utilização do processo como meio de ser solucionado o litígio pelo Estado.

Demonstrando a importância deste instrumento, lembra CARLYLE POP que “o processo deve ser suficientemente útil, a fim de que se constitua verdadeiro instrumento para que os jurisdicionados obtenham tudo aquilo que o direito lhes confere, independentemente do apego formal às peculiaridades do caso concreto”¹⁸

Por outro lado, o processo não basta ser um instrumento para se alcançar uma adequada tutela de direito material; deve, ainda, cumprir seus escopos jurídicos, sociais e políticos, garantindo ao cidadão pleno acesso ao Poder Judiciário, utilidade em seus procedimentos e a efetiva busca da justiça para o caso concreto.

Ademais, presente em um Estado Social, o processo não pode limitar-se a tutelar direitos individuais; ele deve transcender preocupações individualistas e ir em busca de

interesses coletivos e difusos, preocupando-se, outrossim, com o ambiente em que vive e interagem os integrantes da comunidade.

Nessa linha de entendimento, PORTANOVA frisa que “o tecnicismo foi eficiente instrumento de dominação e reprodutor da exploração existente numa sociedade voltada para o individualismo. Mas isto em nada auxiliou o funcionamento da justiça, e as exigências hoje são massificadas de forma tal que o modelo clássico de processo não dá conta delas. A instrumentalidade, informando todo o processo afasta-se do conteúdo individualista de uma sociedade liberal e, com seus escopos e efetividade, centra-se em ressaltar o valor social.”¹⁹

Movida por esta semelhante preocupação, ADA PELEGRINI lembra ser preciso ter-se consciência de que o processo não é mero instrumento técnico a serviço da ordem jurídica, mas, acima disto, um poderoso instrumento ético, destinado à servir a sociedade e ao Estado.

Na esteira de moldar um instrumento voltado para a garantia da realização justa de um direito, a sociedade tratou de subtrair do processo o interesse individual, pois ela, sociedade, estava convicta de que seria bem difícil alcançar a plenitude de justiça renegando o direito da coletividade.

Destinando-se a formalizar e materializar uma justiça social, o processo encontrou substrato necessário para tanto no Princípio da Efetividade, o qual revela a supremacia do interesse social, pois não basta pacificar; é preciso pacificar com justiça social.

O Ministro FERNANDO GONÇALVES, do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, retratou bem a necessidade da aplicação do princípio da efetividade, na outorga da prestação jurisdicional em acórdão proferido na Ação Rescisória n. 1.102/SP, assim ementado: “AÇÃO RESCISÓRIA. DOCUMENTO NOVO. NÃO CARACTERIZAÇÃO. INADMISSIBILIDADE. PECULIARIDADE DO CASO. Tratando-se de pessoa idosa (76 anos), em que a extinção do processo sem o julgamento de mérito pode ensejar a propositura de nova ação ordinária, mas da qual pouco ou nada lhe seria de utilidade,

julga-se, de logo, com os documentos juntados, comprovada a condição de rurícola e procedente a ação, para assegurar-lhe o benefício previdenciário postulado, atendendo-se ao disposto no art. 5º, da Lei de Introdução ao Código Civil”.

Ressaltou o ilustre Ministro, em seu voto, que “ao juiz cabe aplicar a lei, em face de idéia-força simbolizada de Justiça, condensada na constante e perpétua vontade de dar a cada um o seu direito, segundo as suas condições e necessidades.”

Portanto, visualizando que a prestação jurisdicional no caso referido somente iria ser fornecida após longos anos não havendo qualquer utilidade, caso não fosse provida a rescisória, tratou a Corte Superior de Justiça de analisar o caso e verificar a possibilidade de efetivar logo o direito da postulante, fazendo-o prontamente, em atenção ao princípio da efetividade.

Ao comentar o Princípio da Efetividade o ilustre processualista JOSE ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, salientou que: “A efetividade da tutela jurisdicional depende muito da sensibilidade do jurista, principalmente do estudioso do direito processual, que deve criar soluções visando tornar instrumento adequado à realidade social a que ele será aplicado. O processo é instrumento e, como tal, deve ser moldado de maneira a melhor proporcionar o resultado pretendido pelos que dele necessitam. Isto somente é possível se for concebido a partir da realidade verificada no plano das relações de direito material”²⁰

3. A antecipação da tutela em relação à parte incontroversa da demanda

Visando às exigências sociais, o legislador tratou de criar instrumentos eficazes para solucionar o relacionamento conflituoso, ocasionado pela postergação da entrega do provimento jurisdicional, para que o colorido da ciência não viesse a esvair-se em páginas amarelas de um antigo caderno processual.

Surgiu, então, o instituto da tutela antecipada, instrumento previsto no artigo 273 do Código de Processo Civil,

que, sendo “uma das formas de tutela de urgência, possui como principal característica, a possibilidade de permitir a realização do direito subjetivo, antes do final do processo no qual a existência deste direito é discutida”²¹

A melhor doutrina assevera que a antecipação da tutela é “uma arma de enorme potencial para corrigir as distorções que o tempo provoca sobre a efetividade da tutela jurisdicional e compensar as deficiências específicas que o instrumento da jurisdição civil tem apresentado em cada área de sua atuação.”²²

A tutela antecipada instituída, a partir da necessidade de imprimir maior celeridade à prestação jurisdicional, ainda que tenha alcançado parte de seu objetivo, não foi suficiente para adaptar-se as exigências da nova ordem social.

A 2ª Etapa da Reforma Processual, instituída pela Lei 10.444, de 7 maio de 2002, introduziu o parágrafo 6º ao artigo 273, estabelecendo que a tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso.

A doutrina, no entanto, entende que o que hoje se encontra positivado já existia antes mesmo de constar expressamente na lei.

LUIZ GUILHERME MARINONI já exaltava tal possibilidade quando disse que “a tutela antecipatória, fundada nas técnicas da não contestação e do reconhecimento jurídico (parcial) do pedido, pode ser requerida com base no artigo 273, II do Código de Processo Civil, já que a tutela visa a impedir que a defesa do réu adie, inevitavelmente, a realização de direito – ou de parcelas de direito – que não são mais controvertidos”²³. Isto porque, segundo o emérito processualista “é abusiva a defesa que protela a realização do direito – ou parcela do direito – que não mais é controvertido”²⁴.

Se um ou mais dos pedidos cumulados na demanda não se mostram mais controversos, porque, então, não proporcionar à parte a obtenção da própria sentença de mérito em relação à parte incontroversa, independentemente da resolução posterior das demais lides?

ROGERIA DOTTI DORIA, discute o tema com

bastante propriedade ao lecionar que “ a partir do momento em que se verifique que na relação jurídica existe uma pretensão que não é mais resistida, não há motivo legal ou moral para se retardar a decisão judicial”²⁵ .

O obstáculo mor que o sistema processual impõe para a não materialização desta pretensão pelos operadores do direito é o fato da sentença judicial ser una.

Ocorre que, diante das mudanças de paradigmas, já explicitado, não mais se concebe, hodiernamente, a permanência de institutos que não reflitam as exigências e as necessidades sociais, pois “é preciso romper preconceitos e encarar o processo como algo que seja capaz de ‘alterar o mundo’, ou seja, de conduzir as pessoas à ‘ordem jurídica justa’. A maior aproximação do processo, que é uma vigorosa tendência metodológica hoje, exige que o processo seja posto a serviço do homem, com o instrumental e a potencialidade de que dispõe, e não o homem a serviço de sua técnica.”²⁶

Firma-se entendimento nesse sentido em virtude de ser, a unidade da sentença, uma ato processual constituído e elaborado pelo paradigma anterior a Constituição Federal, o qual não consubstancia a necessidade da prestação jurisdicional efetiva, célere e socialmente justa.

Para CANDIDO DINAMARCO o legislador não quis ousar. Segundo o mais destacado discípulo de LIEBMANN “a rigidez do procedimento brasileiro, no qual o mérito deve ser julgado em sentença e a sentença será sempre uma só no processo (Art. 459, c/c art. 269, inc. I e art. 162, §1º), é somente um dogma estabelecido no direito positivo, que bem valia a pena desmitificar; as duas Reformas do Código de Processo Civil vêm proclamando a conveniência de agilizar o processo com medidas pragmáticas e vêm debelando vários dogmas, o que deveria ter conduzido a uma solução mais eficaz e menos tímida que essa do novo §6º do artigo 273.”²⁷

E o magistrado possui vital importância para assegurar a materialização da efetiva e ágil entrega da prestação jurisdicional, pois submetido a normas de ordem constitucionais que lhe asseguram medidas neste sentido.

HELIANA COUTINHO, sintetizou com bastante felicidade a importância do magistrado na sedimentação das idéias cristalizadas no espírito democrático ao anunciar que “não se concebe hoje seja o juiz indiferente às mudanças sociais, continuando a adotar postura positivista e legalista sem tomar consciência de que está em suas mãos a responsabilidade e o poder de extrair das normas constitucionais o significado válido e atual para interpretar outras leis, ou mesmo afastá-la de aplicação, na solução de um caso concreto”²⁸

Portanto, diante da necessidade de se amoldar as relações sociais e suas exigências aos novos paradigmas implantados pelo Estado Democrático de Direito, cristalizados na busca de um resultado célere por parte do Poder Judiciário, impõe-se profundas e urgentes reflexões de institutos (princípio da unidade da sentença), que criados em um paradigma anterior já sepultado, estão hoje obstruindo a efetiva entrega da prestação jurisdicional.

Assim é que a antecipação da tutela em relação a parte incontroversa da demanda, prevista no artigo 273, §6º do Código de Processo Civil, deve desconsiderar o princípio da unidade da sentença para admitir o próprio julgamento antecipado de mérito, alcançando, assim, os escopos políticos e sociais do processo, tornando-o mais efetivo, pois desta forma, estaria se absorvendo os valores e as crenças criadas pelo paradigma do Estado Social e solucionando a chamada crise de conhecimento com que passa o processo civil pátrio.

BIBLIOGRAFIA

²⁹ Hipócrates - Prognosticon, 6

³⁰ ABBAGANO, Nicola – Dicionário de Filosofia, Martins Fontes, São Paulo, 1999.

³¹ MARINHO, Guilherme – Estudos Continuados do Processo, Síntese, Rio Grande do Sul, 2000.

³² SANTOS, Boaventura de Sousa – Introdução a uma ciência pós-moderna, Edições Graal, Rio, 1989.

³³ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de – Tutela Jurisdicional e Estado Democrático de Direito, Del Rey, Belo Horizonte, 1998.

³⁴ DORIA, Rogéria Dotti – A Tutela Antecipada em relação a parte incontroversa

da Demanda, RT, 1999.

³⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. Efetividade do Processo e Tutela de Urgência, Sérgio Antonio Fabris Editor, 1994.

³⁶ MARINONI, Luiz Guilherme – A Antecipação de Tutela, p. 144. 3ª Ed. Malheiros, 1997

CARREIRA ALVIM, José Eduardo – Tutela Específica das Obrigações de Fazer e Não Fazer na Reforma Processual – Del Rey, 1997.

³⁷ POP, Carlyle – Execução de obrigação de fazer, Curitiba, Juruá, 1995.

³⁸ PORTANOVA, Rui – Princípios do Processo Civil, Rio Grande do Sul, 1999.

³⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos - Direito e Processo – Influência do direito material no processo.

⁴⁰ MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. Tutela Antecipada. São Paulo. Oliveira Mendes., 1998.

⁴¹ DINAMARCO, Cândido Rangel – A instrumentalidade do processo, São Paulo, Malheiros.

⁴² DINAMARCO, Cândido Rangel – A Reforma da Reforma, São Paulo, Malheiros, 3ª Ed.

⁴³ COUTINHO, Heliana M. de A – O juiz agente político, São Paulo, Copola.

¹ Hipócrates - Prognosticon, 6, 23-24

² ABBAGANO, Nicola – Dicionário de Filosofia, Martins Fontes, São Paulo, 1999, p. 222

³ MARINHO, Guilherme – Estudos Continuados do Processo, Síntese, Rio Grande do Sul, 2000, 72

⁴ ABBAGANO, Nicola – ob. cit., p. 222

⁵ ABBAGANO, Nicola – ob. cit, p. 183

⁶ MARINHO, Guilherme – ob. cit. 73

⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa – Introdução a uma ciência pós-moderna, Edições Graal, Rio, 1989, p. 17

⁸ SANTOS, Boaventura de Souza – ob. cit. pg. 17-18

⁹ SANTOS, Boaventura de Souza – ob. cit. 18-19

¹⁰ MARINHO, Guilherme – ob. cit. 74

¹¹ MARINHO, Guilherme – ob. cit - 75

¹² MARINHO, Guilherme – ob. cit. 75

¹³ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de – Tutela Jurisdicional e Estado Democrático de Direito, Del Rey, Belo Horizonte, 1998, p.38-39

¹⁴ DORIA, Rogéria Dotti – A Tutela Antecipada em relação a parte incontrolada da Demanda, RT, 1999, p. 23

¹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. Efetividade do Processo e Tutela de Urgência, Sérgio Antonio Fabris Editor, 1994, p. 57/58.

¹⁶ DORIA, Rogéria Dotti – ob cit. p. 17

¹⁷ CARREIRA ALVIM, José Eduardo – Tutela Específica das Obrigações de Fazer e Não Fazer na Reforma Processual – Del Rey, 1997, p. 19

¹⁸ POP, Carlyle – Execução de obrigação de fazer, Curitiba, Juruá, 1995, p. 35

¹⁹ PORTANOVA, Rui – Princípios do Processo Civil, Rio Grande do Sul, 1999, p. 52

²⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos - Direito e Processo – Influência do direito material no processo, p. 29

²¹ DORIA, Rogéria Dotti – ob cit. p. 41

²² MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. Tutela Antecipada. São Paulo. Oliveira Mendes., 1998, p. 17

²³ MARINONI, Luiz Guilherme – A Antecipação de Tutela, p. 144. 3ª Ed. Malheiros, 1997

²⁴ MARINONI, Luiz Guilherme –b. cit. p.144

²⁵ DORIA, Rogéria Dotti – ob cit. p. 15

²⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel – A instrumentalidade do processo, São Paulo, Malheiros, p. 426

²⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel – A Reforma da Reforma, São Paulo, Malheiros, 3ª Ed. , p. 96,

²⁸ COUTINHO, Heliana M. de A – O juiz agente político, São Paulo, Copola, 45

JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

APELAÇÕES CÍVEIS

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

Nº PROCESSO: 2000.0016.0511-0 (2001.01260-8)

TIPO DO PROCESSO: APELAÇÃO CÍVEL.

COMARCA: FORTALEZA

PARTES:

Apelante: INSTITUIÇÃO ESPÍRITA NOSSO LAR.

Apelado: MUNICÍPIO DE FORTALEZA.

RELATOR: DES. JOÃO DE DEUS BARROS BRINGEL.

EMENTA – IMUNIDADE TRIBUTÁRIA. INSTITUIÇÃO DE ASSISTÊNCIA SOCIAL SEM FINS LUCRATIVOS. INCIDÊNCIA DE IPTU SOBRE IMÓVEL ENCRAVADO NOS FUNDOS DE SUA SEDE. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO PELA INTERESSADA DE RELACIONAR-SE ESTE COM OS OBJETIVOS DA INSTITUIÇÃO. ÔNUS QUE SE IMPÕE À EMBARGANTE, A TEOR DO PRECEITO ENCARTADO NO ART. 333, I. DO CPC. ATIVIDADE ADMINISTRATIVA E TRIBUTÁRIA DO LANÇAMENTO FISCAL QUE É OBRIGATÓRIA E VINCULADA, NÃO DISPONDO O AGENTE POLÍTICO DE DISCRICIONARIEDADE PARA LANÇAR OU DEIXAR DE FAZÊ-LO. EMBARGOS IMPROCEDENTES. APELO IMPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de apelação cível nº 2001.01260-8, de Fortaleza, em que são partes as acima indicadas.

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

Conheço do recurso, presentes que se fazem os seus pressupostos intrínsecos e extrínsecos de sua admissibilidade.

No mérito, não está a merecer provimento, devendo subsistir íntegra a decisão primária que julgou improcedentes os embargos do devedor opostos pela apelante ao executivo fiscal em seu desfavor deflagrado pelo Fisco Municipal de Fortaleza.

Não se ignora, à luz dos estatutos sociais da apelante, a sua natureza assistencial, sem fins lucrativos, desde sua criação, os quais atendem aos requisitos do art. 14, I, II e III, do Código Tributário Nacional, nos termos do art. 150, VI, letra “c” da Norma Ápice. É ela protótipo de entidade imune contra quaisquer impostos que possam ser instituídos, pretendidos, lançados ou exigidos contra seu patrimônio, desde que este esteja a preencher os objetivos que caracterizam a sua natureza de instituição de assistência social, sem fins lucrativos.

Acontece, e isso também é facilmente perceptível, que somente mediante comprovação pela interessada poderá o Fisco reconhecer ou não a situação de imunidade, não se devendo esquecer que a atividade administrativa e tributária do lançamento é obrigatória e vinculada, não dispondo o agente político de discricionariedade para lançar ou deixar de fazê-lo.

No caso que se destrama cobra o Fisco Municipal da apelante o tributo sob o *nomen jûris* de IPTU, incidente sobre um terreno que se localiza nos fundos da sede da recorrente. E assim o faz, sob a alegativa de sua localização cartográfica não guardar similitude com o da sede da entidade, representando, por isso, imóvel distinto daquele, fora, portanto, do alcance da imunidade tributária pretendida.

A apelante o diz projeção de sua sede, inclusive, a servir de suporte à oficina de reparos dos objetos materiais de seu patrimônio.

Ocorre que, na defesa dessa alegação, a apelante não se desincumbiu do ônus da prova pertinente, a teor do art. 333, I, do CPC. Subsumiu-se a alegar sem nada provar.

A Certidão de Dívida Ativa nos feitos fiscais goza de relativa presunção de liquidez e exigibilidade. A apelante, repita-

se, não protestou por provas, máxime, a pericial, que, decerto, viria solucionar o impasse, e declarar se o imóvel tributado era ou não a projeção de sua sede. As fotografias apostiladas do terreno, por si, não constituem prova dessa afirmação, muito menos revelam o decantado elo de projeção entre o terreno litigado e aquele em que se encrava a sede da recorrente, divergindo até mesmo quanto a endereço, dado se achar ele na Rua Domingos Olímpio e a sede na Av. Carapinima.

Nesse plano de idéias, justamente por não haver demonstração pela apelante do uso do imóvel tributado para seus fins assistenciais, forçoso é concluir-se militar, no caso, presunção *júris tantum* em favor da apelada, no que pertine à cobrança multicitada, e, por via de consequência, de serem improcedentes os embargos assestados pela ora recorrente, restando a continuidade do executivo fiscal como ilação consecutória desse entendimento.

A intervenção do MP na querela, como bem destacou a douta Procuradoria Geral de Justiça, *ex-vi* da Súmula 189 do STJ, tornou-se desnecessária para a espécie, por não se confundir o interesse público justificador de sua presença, nos termos do art. 82, II, do CPC, com o interesse patrimonial da Fazenda Pública.

A decisão primária, nos moldes como conferida, está por imerecer reparo.

Assim, conheço do apelo, todavia, para lhe negar provimento.

É como voto.

Fortaleza, 06 de novembro de 2002.

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

**Nº PROCESSO: 2000.0092.1060-2/1
TIPO DO PROCESSO: APELAÇÃO CÍVEL
COMARCA: FORTALEZA**

PARTES:**APELANTE: HAPVIDA ASSISTÊNCIA MÉDICA LTDA.****APELADA: EDUCADORA LE MAGISTERE S/C****RELATOR: DES. ERNANI BARREIRA PORTO**

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL – RESPONSABILIDADE CIVIL – CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE – AÇÃO INDENIZATÓRIA – LEGITIMIDADE ATIVA – PESSOA JURÍDICA – POSSIBILIDADE – RESCISÃO UNILATERAL – AUSÊNCIA DE PROVA DE PRÉVIA NOTIFICAÇÃO – DANO MORAL EXISTENTE. RECURSO CONHECIDO PARCIALMENTE PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível, em que é apelante HAPVIDA ASSISTÊNCIA MÉDICA LTDA. e é apelada EDUCADORA LE MAGISTERE S/ C.

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

Trata-se de Apelação Cível interposta por **HAPVIDA ASSISTÊNCIA MÉDICA LTDA.**, contra **EDUCADORA LE MAGISTERE S/C**, por não haver se resignado com sentença proferida pelo M.M. Juiz de Direito da 26ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza.

O *decisum* vergastado, proferido em sede de ação de reparação de danos, deu parcial provimento ao pleito exordial, condenando a empresa apelante ao pagamento de indenização por danos morais no valor de 100 (cem) salários mínimos.

As razões apelatórias foram colacionadas tempestivamente às fls. 296/315, onde a recorrente, repisando os argumentos manejados na instância *a quo* aduz, em síntese, a ilegitimidade ativa *ad causam* da apelada e a licitude da suspensão do contrato de plano de assistência à saúde, diante

da inadimplência da recorrida.

Contra-razões prestadas as fls. 318/313.

É O RELATO.

PASSO A VOTAR.

Conforme se divisa dos fólios processuais, a apelada firmou, com a empresa apelante, contrato de assistência médica empresarial para seus funcionários.

Ocorre que, em meados de 2002, o sócio-gerente da recorrida, quando precisou fazer uso da assistência médica contratada, descobriu que o contrato outrora celebrado havia sido rescindido unilateralmente e sem qualquer notificação prévia.

Tal rescisão, de acordo com a exordial, ensejou grande transtorno ao referido sócio-gerente, que teve seu quadro clínico rapidamente degenerado, culminando com o sofrimento de um infarto, no início do ano 2004, onde o mesmo foi obrigado a internar-se em hospital da rede pública para intrincado procedimento cirúrgico que, devido às precárias condições do estabelecimento, resultaram no agravamento do seu estado de saúde.

Ingressou, desta feita, a empresa contratante do plano de assistência médica com a presente ação de reparação de danos, que obteve julgamento parcialmente favorável na instância *a quo*, com a condenação da promovida ao pagamento de indenização por danos morais no valor de 100 (cem) salários mínimos.

Duas interessantes questões jurídicas emanam dos atuais fólios processuais. Primeiramente, cumpre examinar se a empresa contratante do plano médico possui legitimidade ativa *ad causam* para postular indenização por danos morais, vez que o prejudicado direto pela rescisão contratual foi seu sócio-gerente; em seguida, é necessário averiguar se a impontualidade no pagamento das prestações mensais é motivo idôneo a fomentar a rescisão unilateral do contrato *sub examine*, o que afastaria a ocorrência do ato ilícito lesivo imputado à apelante.

A possibilidade de ressarcimento do chamado “dano moral” somente foi definitivamente admitida no direito pátrio pelo texto da Constituição Federal de 1988, que em seu art. 5º, incisos

V e X, que impõem:

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;

Se, até 1988 a discussão era indenizar ou não o dano moral, a partir de então a óptica desloca-se para os limites e formas de indenização, problemática que passou a preocupar a doutrina e a jurisprudência¹.

Do conceito tradicional de dano moral temos que este consiste na lesão ao patrimônio psíquico ou ideal da pessoa, razão pela qual somente a pessoa natural poderia ser atingida nesse patrimônio específico.

Tal antiga concepção é alinhada com a idéia de que a indenização por dano moral consistiria na reparação da dor, sofrimento, dor física, angústia, lamentação, ou seja, uma concepção extremamente subjetiva e ligada à fase em que o dano moral era identificado como *pretium doloris* - o que não pode ser mais aceito.

Passou-se a avolumar na doutrina e na jurisprudência pátrias, principalmente nos últimos anos, a admissão do dano moral à pessoa jurídica, por extensão do conceito às pessoas naturais que dela participam.

Neste sentido é o posicionamento do douto SILVIO DE SALVO VENOSA:

“Em se tratando de pessoa jurídica, o dano moral de que é vítima atinge seu nome e tradição de mercado e terá sempre repercussão econômica, ainda que indireta. De qualquer forma, a reparabilidade do dano moral causado à pessoa jurídica ainda sofre certas restrições na doutrina e na jurisprudência, principalmente por parte dos que defendem que a personalidade é bem personalíssimo, exclusivo da pessoa natural. Para essa posição, seus defensores levam em consideração que o dano moral denota dor e sofrimento, que são exclusivos do homem. Não é, entretanto, somente dor e sofrimento que traduzem o dano moral, mas de forma ampla, um desconforto extraordinário na conduta do ofendido e, sob esse aspecto, a vítima pode ser tanto a pessoa natural como a pessoa jurídica”. (Direito Civil 3ªed., São Paulo, Atlas, 2003).

SERGIO CAVALIERI FILHO (2000:83) ressalta que *a honra possui um aspecto interno ou subjetivo e um aspecto externo ou objetivo. A honra subjetiva, que diz respeito à conduta humana, sua auto-estima, é própria da pessoa natural; já a honra externa ou objetiva reflete-se na reputação, no renome e na imagem social. Essa honra objetiva alcança tanto a pessoa natural como a pessoa jurídica.*

Conclui o referido autor:

“Sendo assim, deixar o causador do dano moral sem punição, a pretexto de não ser a pessoa jurídica passível de reparação, parece, data vênica, equívoco tão grave quanto aquele que se cometia ao tempo em que não se admitia a reparação do dano moral nem mesmo em relação à pessoa física. Isso só estimula a irresponsabilidade e a impunidade”.

Porém, qualquer dúvida que ainda poderia pairar

quanto à possibilidade de uma pessoa jurídica sofrer dano moral foi sepultada com o texto do novo Código Civil, que, em seu art. 52, aduz que:

Art. 52. Aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade.

A partir de então a jurisprudência passou a ser remansosa em admitir a pessoa jurídica no pólo ativo da ação indenizatória, posicionamento este ilustrado na súmula nº 227 do colendo Superior Tribunal de Justiça, que possui a seguinte redação:

**Súmula 227:
A pessoa jurídica pode sofrer dano moral.**

Desta feita, não havendo mais dúvida quanto à possibilidade da pessoa jurídica pleitear indenização por danos morais, restaria tão somente, quanto a este quesito, uma única indagação: Qual teria sido o dano suportado pela recorrida, vez que seu sócio-gerente foi a vítima imediata do cancelamento do plano de saúde?

Ora, o contrato empresarial de plano de saúde contratado pela apelada é baseado em uma preocupação, cada vez mais comum no meio empresarial, com o bem estar de seus empregados, que são, na maioria dos casos, o maior patrimônio de um empreendimento de sucesso.

Buscou a autora, portanto, assegurar aos seus trabalhadores condições satisfatórias de saúde, que lhe renderiam, conseqüentemente, benefícios mediatos, como uma maior produtividade, segurança social, além da diminuição da possibilidade de afastamento prolongado de uma pessoa de seu quadro de empregados por motivo de saúde.

Ao ocorrer o infortúnio descrito nos autos, com a internação de seu sócio-gerente pelo período de 43 (quarenta e três) dias, certamente que a pessoa jurídica defrontou-se com

graves contratemplos, que certamente provocaram danos graves imediatos à pessoa do sócio-gerente, mas inequivocamente também ensejaram danos de natureza não-patrimonial à recorrente, que teve importante membro incapacitado para o labor por largo interregno.

Mais que isso, foi afetada a honra subjetiva da apelada, que não pôde adimplir com uma expectativa de propiciar tratamento médico aos que subscrevessem o plano de saúde contratado.

Tendo, assim, havido efetivo dano moral, e possuindo a apelada legitimidade para compor o pólo ativo da presente lide, resta que nos debrucemos sobre mais um tópico, qual seja: Se o fato de a apelada ter atrasado o pagamento de diversas mensalidades teria o condão de justificar a rescisão unilateral do contrato de plano de saúde.

Tal questão não encontra maiores dificuldades para o seu equacionamento, tendo em vista a clara redação do inciso II do parágrafo único do art. 13 da Lei nº 9.656/98, que ao tratar sobre os contratos de plano de saúde impõe:

Art. 13.

Parágrafo único. Os produtos de que trata o *caput*, contratados individualmente, terão vigência mínima de um ano, sendo vedadas:

I - *omissis*

II – a suspensão ou rescisão unilateral do contrato, salvo por fraude ou não-pagamento da mensalidade por período superior a sessenta dias, consecutivos ou não, nos últimos doze meses de vigência do contrato, desde que o consumidor seja comprovadamente notificado até o quinquagésimo dia de inadimplência;

Desta feita, a inadimplência pode sim ser causa de suspensão ou rescisão unilateral do contrato, mas **desde que o consumidor seja comprovadamente notificado.**

Logo, para que tal linha argumentativa pudesse ter

guardada, seria necessário que constasse dos autos processuais comprovação da notificação da apelada, prova esta que em nenhum momento foi acostada pela empresa apelante, em demonstração do descumprimento de pré-requisito para a rescisão unilateral do contrato a que se refere a Lei nº 9.656/98 e da ilicitude do procedimento da recorrente.

Portanto, a condenação estabelecida pelo Eminentíssimo Magistrado Singular demonstra-se fielmente alicerçada na doutrina, na jurisprudência e na Lei, razão pela qual deve ser mantida.

Quanto ao valor indenizatório, fixado em 100 (cem) salários mínimos, fazem-se necessárias algumas considerações.

Difícil tem se mostrado a senda de qualquer Magistrado em quantificar o dano moral, pois a subjetividade da sua medição não pode ser facilmente transposta para o mundo objetivo dos cálculos matemáticos.

Contudo, o Colendo Superior Tribunal de Justiça, última instância na apreciação dos conflitos envolvendo a legislação federal, tem assumido o tortuoso papel de revisor do *quantum* indenizatório fixado pelos Tribunais Estaduais, razão pela qual seus precedentes devem ser, sempre que possível, utilizados como baliza para a aferição dos danos morais.

Neste esteio, em análise da jurisprudência do STJ, verifica-se que, em caso semelhante (Resp 259263/SP), mas de maior gravidade, o *quantum* indenizatório foi fixado em R\$ 30.000,00 (trinta mil reais).

Portanto, a condenação fixada em 100 (cem) salários mínimos é superior ao referido aresto, razão pela qual, para que não se motive o prolongamento desta lide, faz-se necessária a sua adequação aos patamares indicados pelo c. STJ, ou seja, a sua redução para R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).

Diante de todo o exposto, **CONHEÇO** do presente recurso apelatório para **DAR-LHE** parcial provimento, confirmando a condenação da apelante em danos morais, mas reduzindo-os para R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), acrescidos dos consectários legais.

É como voto.

Fortaleza, 10 de outubro de 2007.

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

Apelação Cível n.º 2000.0117.8159-0/1

**Remessa Oficial: JUIZ DE DIREITO DA 7ª VARA DA FAZENDA
PÚBLICA DO ESTADO DO CEARÁ**

Apelante: Estado do Ceará

Apelada: MARIA TEREZA DE LIMA CUNHA

Relator: Desembargador Ademar Mendes Bezerra

ÓRGÃO JULGADOR: 2ª CÂMARA CÍVEL

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

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

-Após o advento da Emenda Constitucional nº 20/98, restou pacífico o entendimento de não ser possível o desconto previdenciário dos

servidores que já obtiveram, à época, os requisitos para a aposentadoria, situação que somente foi alterada por conduto da aprovação da Emenda Constitucional nº 41/03.

-Precedentes desta colenda Corte de Justiça.

-Apelação e remessa oficial providas parcialmente.

ACÓRDÃO:

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação Cível n.º 2000.0117.8159-0/1, em que figuram as partes acima indicadas. Acorda a Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Ceará, em julgamento unânime, conhecer para dar parcial provimento ao recurso e à remessa oficial, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, 10 de janeiro de 2007.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de remessa oficial e apelação cível interposta pelo Estado do Ceará em face de decisão definitiva, a qual reconheceu a impossibilidade de descontos previdenciários na folha de pagamento da parte recorrida, relativos à contribuição previdenciária, determinando a devolução do indébito tributário, por ter a mesma implementado todos os requisitos para a aposentadoria, tendo inclusive se afastado do serviço público, cujo correlativo processo não foi finalizado em razão da demora da Administração Pública, ressalvadas, apenas, as prestações antes do quinquênio anterior à proposição da ação, que foram atingidas pela prescrição. Condenou, ainda, o Estado nas custas do processo e verba honorária à base de 10% (dez por cento) da condenação.

Em suas razões de apelação, fls. 48/51, o Estado do Ceará argüi, em seu pro, a impossibilidade de concessão da isenção perseguida diante do não implemento da condição

aquisitiva, bem como a legalidade dos recolhimentos realizados.

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

Às fls. 70/85, a douta Procuradoria Geral de Justiça lançou parecer pelo parcial provimento da apelação, no sentido de excluir a condenação em custas processuais, e improvimento da remessa oficial.

É o relatório.

VOTO

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

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

burocracia e ineficiência que impedem o célere trâmite do processo administrativo.

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

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

No presente caso, o processo administrativo perdura por longos anos, haja vista ter sido afastada desde 14.10.1997, importando injusto prejuízo com a manutenção dos descontos, os quais não possuem motivo algum para se manterem. A demora da Administração Pública não pode onerar o particular.

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

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

I - Preenchidos, há 15 (quinze) anos, os requisitos para a aposentação do servidor, faz-

se imperiosa a suspensão imediata do desconto das contribuições previdenciárias incidentes sobre sua remuneração como servidor ativo.

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

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

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

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

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

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

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

-Reexame Necessário conhecido e improvido.

-Sentença confirmada, em todos os seus termos.

-Unânime (Processo nº. 2000.0121.4299-0/1, julgado em 18 de setembro de 2006, relatoria da Des. Maria Iracema do Vale Holanda).

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

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

Não impressiona o argumento segundo o qual o surgimento das Emendas Constitucionais 41 e 56 à Constituição Federal excluiriam o direito aqui reconhecido, pelo simples fato

de que tais normas não operam retroativamente, para abranger situações já ultrapassadas. É certo que não se pode argüir direito adquirido a regime jurídico, e disto não se trata, mas simples aplicação do brocardo *tempus regit actum*.

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

Quanto ao percentual de condenação da Fazenda em honorários advocatícios, fixado pelo Juiz à razão de 15% (quinze por cento), tendo em vista os parâmetros legais do artigo 20, §4º, do Código de Processo Civil, entendo deva prevalecer o valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), o qual reputo equitativo, conforme já reiteradamente discutido nesta Câmara.

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

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

É como voto.

Fortaleza, 10 de janeiro de 2007.

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

**PROCESSO Nº 2000.0119.3084-6/1
TIPO DO PROCESSO - APELAÇÃO CÍVEL
COMARCA - FORTALEZA**

PARTES:

APELANTE: MARIA HELENA FARIAS TORQUATO.

APELADO – ESTADO DO CEARÁ.

RELATOR: DES. ERNANI BARREIRA PORTO

EMENTA

APELAÇÃO CÍVEL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. ESTABILIDADE EXTRAORDINÁRIA CONFERIDA PELO ART. 19 DA ADCT. GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO. INCORPORAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

- A autora não ingressou no serviço público através de concurso, mas por expressa autorização constitucional (art. 19 da ADCT da CF/88), considerando que era contratada há mais de cinco anos quando da vigência da atual ordem constitucional. Logo, somente tem direito à estabilidade.

- Se a autora não tem efetividade no serviço público e a norma local confere o direito à vantagem pessoal reclamada apenas aos servidores que assumirem o exercício do cargo efetivo, indevido o benefício por ela almejado. Recurso conhecido e improvido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível de Fortaleza, em que é Apelante **MARIA HELENA FARIAS TORQUATO** e Apelado **ESTADO DO CEARÁ**.

A C O R D A M os Desembargadores integrantes da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará,

unanimemente, em conhecer do recurso apelatório para negar-lhe provimento e confirmar a sentença recorrida.

Trata-se de Apelação Cível interposta por **MARIA HELENA FARIAS TORQUATO** contra o **ESTADO DO CEARÁ**, por não haver se resignado com sentença proferida pelo Juízo da 5ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza, em sede de ação ordinária.

O *decisum* vergastado julgou improcedente o pedido de Maria Helena Farias Torquato de reimplantação, em seus vencimentos, da gratificação de representação pelo exercício, por mais de 10 (dez) anos, do cargo comissionado de Vice-Diretor de Escola (hoje denominado de Coordenador Pedagógico, DAS-2); condenando-a ao pagamento das custas processuais.

Conforme noticiam os autos, a autora, ora apelante, professora especializada nível 21, interpõe ação ordinária contra o Estado do Ceará sob o argumento de que ingressou no serviço público em 1976, e ter exercido por mais de dez anos, ininterruptamente, o cargo comissionado de Vice-Diretor de Escola, atualmente denominado de Coordenador Pedagógico, DAS-2, até ser definitivamente afastada do seu cargo de professor no ano de 1998.

Que tem direito à incorporação da vantagem pecuniária prevista no art. 1º da Lei Estadual nº 11.847/91, por ser detentora de cargo público, nos termos do art. 19 do ADCT c/c art. 6º da Lei Estadual nº 11.712/90.

Fez pedido na exordial de antecipação dos efeitos da tutela, para compelir o Estado do Ceará “a reimplantar nos vencimentos, contracheque, da autora a gratificação de representação pelo exercício, por mais de 10 (dez) anos, do cargo comissionado de Coordenador Pedagógico (Vice-Diretora de Escola Pública), DAS-2, na proporção de 5/5 (cinco quintos), nos termos do art. 1º da Lei 11.847/91”; o qual foi indeferido às fls. 56-57.

As razões apelatórias foram colacionadas tempestivamente às fls. 81-85, e as respectivas contra-razões às fls. 89-98.

Parecer da d. Procuradoria Geral de Justiça às

fls. 107-111.

É O RELATÓRIO.

Revisão procedida pelo Excelentíssimo Desembargador José Arísio Lopes da Costa.

DECIDO.

A apelante diz possuir agasalho no art. 1º da Lei Estadual nº 11.847/91, no art. 6º da Lei nº 11.712/90, no art 19 da ADCT da Carta Magna de 1988 e no art. 6º, § 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil.

Com a nova ordem constitucional, o ingresso no serviço público ficou subordinado à prévia habilitação em concurso público. Para adequar a nova realidade constitucional ao quadro de serviço público antes existente, o constituinte assegurou no art. 19 do ADCT o direito à estabilidade aos servidores que não prestaram concurso, desde que em exercício há pelo menos 5 (cinco) anos antes da vigência da Constituição Federal de 1988.

O art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias possui a seguinte redação: *“Os servidores públicos civis da União, dos Estados, do Distrito, e dos Municípios da administração direta, autárquica e das fundações públicas, em exercício na data da promulgação da Constituição, há pelo menos cinco anos continuados, e que não tenham sido admitidos na forma regular no art. 37, da Constituição, são considerados estáveis no serviço público.”*

A estabilidade excepcional prevista no art. 19 do ADCT/88 não significa efetividade no cargo, para o qual é imprescindível o concurso público.

Sobre a estabilidade e efetividade, sábios são os ensinamentos de MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO que afirma:

“Excepcionalmente, a Constituição de 1988, a exemplo de Constituições anteriores, conferiu estabilidade a

servidores que não foram nomeados por concurso, desde que estivessem em exercício na data da promulgação da Constituição há pelo menos cinco anos continuados (art. 19 das Disposições Transitórias). O benefício somente alcançou os servidores públicos da União, Estados, Distrito Federal, Municípios, da **Administração Direta, autarquias e fundações públicas**. Excluiu, portanto, os empregados das fundações de direito privado, empresas públicas e sociedade de economia mista. 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’”. (Curso de Direito Administrativo, 20ª edição, SP, Atlas, 2007, p. 550).

Essa é a situação da apelante, visto que goza de estabilidade, mas restrita à garantia de permanência no serviço público, sem possibilidade de acesso a cargo efetivo, uma vez que este se destina exclusivamente aos servidores concursados.

A Lei nº 11.847/91, no seu art. 1º, revogada expressamente pela Lei nº 12.913/99, dizia que: “*O servidor Estadual ocupante do cargo de provimento efetivo da Administração Direta, das Autarquias e das fundações criadas e mantidas pelo Estado passará a receber, pelo exercício do cargo em comissão, vantagem correspondente a um quinto (1/5) do valor da representação, a partir do sexto ano, acrescida de mais 1/5 por cada ano de exercício, até o décimo*”.

Logo, se a norma estadual, Lei nº 11.847/91, concedia acréscimo de vencimento como vantagem pessoal exclusivo a servidor ocupante de cargo efetivo, de todo inaplicável a regra àqueles que apenas adquiriram a estabilidade e jamais efetividade.

Por força do princípio constitucional da legalidade, o administrador está autorizado a praticar somente atos expressamente autorizados por lei, e a legislação estadual não contemplava o direito à incorporação de gratificação por

servidores estáveis em decorrência do art. 19 ADCT, mas apenas aos efetivos em cargos públicos.

O posicionamento do Superior Tribunal de Justiça é pacífico quanto ao entendimento de que servidor beneficiado pela estabilidade extraordinária conferida pelo art. 19 do ADCT não implica servidor efetivo, requisito indispensável, segundo a revogada Lei nº 11.847/91, para a concessão da gratificação de função, conforme reiterada jurisprudência:

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. ESTABILIDADE EXTRAORDINÁRIA CONFERIDA PELO ART. 19 DO ADCT. PLEITO DE INCORPORAÇÃO DE FUNÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. ESTABILIDADE E EFETIVIDADE. CONCEITOS DISTINTOS. ART. 1º DA LEI ESTADUAL N.º 11.847/91. DIREITO LÍQUIDO E CERTO NÃO EVIDENCIADO.

1. O art. 1º da Lei Estadual n.º 11.847/91 impõe como requisito indispensável para a aquisição da gratificação de função a titularidade de cargo efetivo.

2. No caso concreto, o Recorrente, quando da promulgação da Constituição Federal de 1988, contava com mais de cinco anos continuados de exercício no cargo, tendo sido, pois, beneficiado com a estabilidade de que trata o art. 19 do ADCT – estabilidade extraordinária, o que não implica efetividade. Estabilidade e efetividade são conceitos distintos.

3. Ausência de direito líquido e certo.

4. Recurso ordinário conhecido, porém, desprovido. (RMS 12499/CE; Recurso Ordinário em Mandado de Segurança; Relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma; Data do Julgamento 04/05/2006; DJ 12.06.2006 p. 498).

RECURSO ORDINÁRIO - MANDADO DE SEGURANÇA - SERVIDOR PÚBLICO – ESTADO DO CEARÁ - LEI ESTADUAL Nº 11.847/91 - ALTERAÇÃO DO REGIME REMUNERATÓRIO DOS SERVIDORES PÚBLICOS ESTATUTÁRIOS - INEXISTÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO A REGIME JURÍDICO - GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO - ESTABILIDADE EXTRAORDINÁRIA E EFETIVIDADE - CONCEITOS DISTINTOS - RECURSO IMPROVIDO.

1. Nos termos do art. 1º da Lei Estadual nº 11.847/91, só fazem jus à gratificação de função os servidores efetivos, isto é, que tenham sido providos mediante concurso público.

2. Efetividade e estabilidade são conceitos diversos, que não se confundem. O fato de a Recorrente ser detentora da estabilidade extraordinária prevista no art. 19 do ADCT não implica ser servidora efetiva, requisito indispensável, segundo a legislação estadual, para a concessão da gratificação de função.

3. Inexistência de direito adquirido a regime jurídico.

4. Recurso improvido.

(RMS 19760/CE; Recurso Ordinário em Mandado de Segurança; Relator Ministro Paulo Medina, Sexta Turma; Data do Julgamento 06/10/2005; DJ 21.11.2005 p. 300).

Pelo exposto, conheço do presente recurso apelatório, para **NEGAR-LHE** provimento, confirmando a sentença vergastada em todos os seus termos.

É como voto.

Fortaleza, 10 de setembro de 2007.

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

PROCESSO Nº 2000.0120.9720-0/1

TIPO DO PROCESSO - APELAÇÃO CÍVEL

COMARCA - FORTALEZA

PARTES:

**APELANTES: JOSÉ LUCIANO GRAZIANO DA SILVA ROSAS
E OUTROS.**

APELADO: TÚLIO EUCLYDES BORGES RUBIM.

RELATOR: DES. ERNANI BARREIRA PORTO

EMENTA: PROCESSO CIVIL – AÇÃO REIVINDICATÓRIA – COMPROVAÇÃO DA PROPRIEDADE – POSSUIDOR NÃO PROPRIETÁRIO – PROCEDÊNCIA - DENUNCIAÇÃO DA LIDE. DESCABIMENTO - LITISPENDÊNCIA – INOCORRÊNCIA.

1. De se reconhecer a improcedência da irresignação dos recorrentes quanto à não inclusão do Banco Bradesco S/A na lide, uma vez que o caso não se enquadra nas três hipóteses em que tem cabimento a denúncia da lide, segundo o art. 70 do CPC (I - o de garantia da evicção; II – o da posse indireta; e III – o do direito regressivo de indenização).

2. Referente à pretendida litispendência, acertada a decisão do Juízo ‘a quo’, que a afastou. Há litispendência quando se reproduz ação idêntica a outra que já está em curso. As ações são idênticas quando têm os mesmos elementos, ou seja, quando têm as mesmas partes, a mesma causa de pedir (próxima e remota) e o mesmo pedido (mediato e imediato). *In casu*, percebe-se que a presente ação reivindicatória não repete a ação declaratória,

tombada sob nº 93.7601-9, distribuída à 1ª Vara Federal no Ceará. A causa de pedir, próxima e remota, respectivamente os fundamentos de fato e de direito, não são os mesmos. E, finalmente, o pedido também não é repetido em ambas as demandas.

3. Emergindo dos autos que o recorrido ao adquirir legalmente o imóvel objeto da lide tornou-se proprietário do bem (art. 1.245 do CC/2002), os recorrentes devem entregar-lhe o imóvel.

Recurso apelatório conhecido e improvido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível de Fortaleza, em que são Apelantes **JOSÉ LUCIANO GRAZIANO DA SILVA ROSAS** e **KENJI KANO** e suas esposas, **ANNY JAQUELINE CISNE ROSAS** e **LÚCIA KANO** respectivamente, e Apelado **TÚLIO EUCLYDES BORGES RUBIM**.

A C O R D A M os Desembargadores integrantes da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, unanimemente, em conhecer do recurso apelatório para negar-lhe provimento e confirmar a sentença recorrida.

Trata-se de Apelação Cível interposta por **JOSÉ LUCIANO GRAZIANO DA SILVA ROSAS** e **KENJI KANO** e seus cônjuges contra **TÚLIO EUCLYDES BORGES RUBIM**, por não haverem se resignados com sentença proferida pelo Juízo da 21ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza, em sede de ação ordinária reivindicatória de posse, com pedido de antecipação de tutela de imissão de posse imediata, cumulada com a de indenização de perdas e danos, lucros cessantes.

Alega o autor da ação, Túlio Euclides Borges Rubim, que adquiriu do Banco Bradesco S/A, mediante escritura pública de compra e venda registrada no Cartório de Registro da 3ª Zona, matrícula nº 45.574-R-8, o apartamento 102, situado na cidade de Fortaleza na Rua Agapito dos Santos, 376, Centro; mas, apesar da aquisição legalmente feita, não pôde entrar na posse

do referido imóvel, em virtude de este estar na posse de José Luciano Graziano da Silva Rosas que transferiu a posse direta a Kenji Kano, seu empregado.

Afirma também que José Luciano Graziano e seu cônjuge adquiriram o imóvel junto ao Bradesco S/A – Crédito Imobiliário, mediante financiamento, no ano de 1988; no entanto, em virtude do não pagamento das prestações, o imóvel foi a leilão e arrematado pelo Banco Bradesco S/A, que o vendeu ao autor.

Pede, liminarmente, a imissão na posse do imóvel; e, no mérito, a procedência do pedido com a condenação dos requeridos no pagamento das perdas e danos e lucros cessantes.

Em suas respostas, os ocupantes do imóvel, Kenji Kano e seu cônjuge, sustentam, em resumo, que têm a posse do imóvel por autorização expressa de José Luciano Graziano da Silva Rosas e de sua esposa. Aduzem também que são pontuais nas obrigações referentes ao apartamento (fls. 40-41).

Por seu turno, os ex-mutuários, José Graziano da Silva Rosas e sua esposa, em preliminar, denunciam à lide o Banco Bradesco S/A, e arguem a litispendência diante do ajuizamento e processamento de duas ações na Justiça Federal em que eles são partes. No mérito, rebatem as alegações do autor, defendendo que, conquanto não se negue a boa-fé de Túlio Euclides no ato da aquisição do imóvel, são nulos os procedimentos de leilão, adjudicação e venda do apartamento, porque o leilão extrajudicial baseou-se em preceito inconstitucional (Decreto-Lei nº 70/66); assim como a venda ocorreu em desobediência à ordem judicial exarada pelo Juiz Federal da 1ª Vara da Seção Judiciária do Ceará, em ação que tramita naquela Justiça especializada da qual são partes os contestantes (fls. 45-54).

Na réplica o autor pede que sejam rejeitadas as preliminares argüidas, repisa os argumentos manejados na exordial e roga novamente a concessão da antecipação da tutela (fls. 118-120).

Os pedidos de antecipação de tutela e de

denúnciação da lide foram indeferidos, tendo sido anunciado o julgamento antecipado do feito, consoante despacho de fls. 122.

Finalmente, às fls. 124-127, o magistrado singular julgou parcialmente procedente a ação, ordenando, em favor do promovente, ora apelado, a expedição de mandado de imissão de posse do imóvel descrito na petição inicial, e deixando de condenar os promovidos, ora apelantes, ao ressarcimento de perdas e danos e lucros cessantes; além de, em face da sucumbência recíproca, decidir que as despesas processuais serão rateadas pela metade entre os litigantes, pagando cada parte ao advogado da outra R\$ 500,00 (quinhentos reais).

Nas razões apelatórias colacionadas tempestivamente às fls. 129-138, os recorrentes **JOSÉ LUCIANO GRAZIANO DA SILVA ROSAS** e **KENJI KANO** e seus cônjuges defendem a anulação da sentença, porquanto o Banco Bradesco deveria ter figurado como litisconsorte obrigatório. Aduzem a extinção do processo, ante a existência de litispendência. Sustentam a improcedência da ação, porque são nulos o leilão, a adjudicação e a venda do imóvel, haja vista terem sido realizados com fulcro em norma inconstitucional.

Em sede de contra-razões, Túlio Euclides ratifica os termos da decisão vergastada (fls. 118-119).

É O RELATÓRIO.

Revisão procedida pelo Excelentíssimo Desembargador José Mário Dos Martins Coelho.

VOTO

Controvérsia entre proprietário e ex-mutuários de apartamento em prédio residencial. O autor propõe, com base no título de propriedade (fls. 06-07), ação reivindicatória.

Inicialmente de se reconhecer a improcedência da irresignação dos apelantes quanto à não inclusão do Banco Bradesco S/A na lide, uma vez que o caso não se enquadra nas três hipóteses em que tem cabimento a denúnciação da lide,

segundo o art. 70 do CPC (I - o de garantia da evicção; II – o da posse indireta; e III – o do direito regressivo de indenização).

Quanto à pretendida litispendência, acertada a decisão do Juízo ‘*a quo*’, que a afastou. Há litispendência quando se reproduz ação idêntica a outra que já está em curso. As ações são idênticas quando têm os mesmos elementos, ou seja, quando têm as mesmas partes, a mesma causa de pedir (próxima e remota) e o mesmo pedido (mediato e imediato).

No caso *sub exame*, percebe-se que a ação ordinária reivindicatória de posse não repete a ação declaratória, tombada sob nº 93.7601-9, distribuída à 1ª Vara Federal no Ceará, na qual pleiteia-se “a declaração de ilegalidade das cobranças praticadas pelo Bradesco, bem como a devolução/compensação dos valores pagos a maior indevidamente”. As partes não são as mesmas. A causa de pedir, próxima e remota, respectivamente os fundamentos de fato e de direito, não são os mesmos. E, finalmente, o pedido também não é repetido em ambas as demandas.

No mérito, constata-se que o autor, ora apelado, através da escritura de compra e venda datada de 23 de outubro de 2003, adquiriu do Banco Bradesco S/A o apartamento objeto da lide. Tal imóvel fora arrematado pelo Banco Bradesco S/A – credor hipotecário dos antigos proprietários: José Luciano Graziano da Silva Rosas e seu cônjuge, Anny Jaqueline Cisne Rosas – em razão de leilão do Decreto-Lei nº 70/66.

De início, afastam-se as alegações dos recorrentes sobre irregularidades que contaminaram a titularidade do autor/apelado. Como se disse, o Banco Bradesco – credor hipotecário – arrematou o apartamento e o vendeu ao recorrido. Qualquer questionamento com relação ao leilão, à adjudicação e à venda do imóvel com base no Decreto-Lei nº 70/66 deverá ser dirigido ao credor hipotecário pelo devedor do gravame.

Ressalte-se que o Egrégio Supremo Tribunal Federal reconheceu a constitucionalidade do Decreto-Lei nº 70/66, podendo o credor, efetivamente, tanto cobrar o débito pela execução tradicional, prevista no Código de Processo Civil, como

pela via extrajudicial.

Colaciono os seguintes precedentes do Supremo Tribunal Federal:

1. Execução extrajudicial: firme o entendimento do Tribunal no sentido de que o Decreto-lei 70/66 é compatível com a atual Constituição. (cf. RE 287453, Moreira, DJ 26.10.2001; RE 223075, Galvão, DJ 23.06.98). 2. Agravo regimental: inovação de fundamento: inadmissibilidade. (STF, RE - AgR 408224/SE, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Julgamento: 03.08.2007, Primeira Turma, DJ de 31.08.2007).

Agravo de regimental em agravo de instrumento. 2. Decreto-Lei nº 70/66. Recepção pela Constituição Federal de 1988. Precedentes. 3. Ofensa ao artigo 5º, I, XXXV, LIV e LOV, da Carta Magna. Inocorrência. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (STF, AI - AgR 600876/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, Julgamento: 18.12.2006, Segunda Turma, DJ de 23.02.2007).

A presente reivindicatória é ação real que compete ao proprietário não-possuidor para retomar a coisa do poder do possuidor não-proprietário. Com efeito, dispõe o art. 1.228 do novo Código Civil que: **“O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha”**.

O apelado, Túlio Euclides Borges Rubim, através de escritura de compra e venda que foi registrada no cartório competente (fls. 06-07), adquiriu do Banco Bradesco S/A o aludido apartamento. Portanto, emergindo dos autos que o recorrido tornou-se proprietário do dito imóvel ao adquiri-lo legitimamente (art. 1.245 do CC/2002), os recorrentes devem entregar-lhe o bem.

Em relação a alegativa de que a venda do

apartamento se deu em desobediência à ordem judicial exarada pelo MM. Juiz Federal da 1ª Vara da Seção Judiciária no Ceará, não há como prosperar. Na ação cautelar em tramitação naquela justiça especializada a que os recorrentes se reportam, o *decisum* prolatado não lhes assegurou o direito de permanecer na posse do imóvel com as prestações em atraso; apenas considerou os argumentos dos apelantes quanto ao valor das prestações.

Pelo exposto, conheço do presente recurso apelatório, para **NEGAR-LHE** provimento, confirmando a sentença vergastada em todos os seus termos.

É como voto.

Fortaleza, 25 de junho de 2007.

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

PROCESSO Nº 2000.0123.9284-8/1

TIPO DO PROCESSO: APELAÇÃO CÍVEL.

COMARCA: FORTALEZA.

APELANTE: ADONIAS PINHEIRO LANDIM.

APELADO: INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA DO ESTADO DO CEARÁ – IPEC.

RELATOR: DES. ERNANI BARREIRA PORTO

EMENTA

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA DE REVISÃO DE PENSÃO AJUIZADA POSTERIOR A OUTRA DEMANDA COM IDÊNTICO PEDIDO, PARTES E CAUSA DE PEDIR. LITISPÊNDÊNCIA CARACTERIZADA. EXTINÇÃO DO PROCESSO, SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO, NOS TERMOS DO ART. 267, V, DO CPC. ASSISTÊNCIA

JUDICIÁRIA GRATUITA. CONCESSÃO. PREVISÃO CF/98, ART. 5º, LXXIV, E ART. 4ª DA LEI Nº 1.060/50.

- Ocorre a litispendência quando é proposta uma demanda que apresenta as mesmas partes, pedido e causa de pedir que outra já em curso, nos termos dos parágrafos 1º e 3º do art. 301 do Código de Processo Civil. É exatamente isso que se observa no caso em comento.

- Quanto às benesses da assistência judiciária gratuita, assiste razão ao autor. A justiça gratuita existe para beneficiar os hipossuficientes. De fato, a Constituição Federal garante em seu título dos Direitos e Garantias Fundamentais, no art. 5º, inciso LXXXIV, a assistência jurídica gratuita aos necessitados.

- A Lei nº 1060/50, em seu art. 4º, vincula a concessão dos benefícios da gratuidade judiciária à simples alegação da pobreza, na própria petição inicial ou contestação, o que no presente caso foi plenamente realizado, inclusive com a juntada de declaração.

- Recurso conhecido e provido parcialmente.

ACORDAM os Desembargadores integrantes da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, unanimemente, em conhecer do recurso, dando-lhe parcial provimento, nos termos do voto da relatoria.

VOTO

Cuida-se de Apelação Cível interposta por **ADONIAS PINHEIRO LANDIM** contra sentença proferida pelo Juízo da 1ª Vara da Fazenda Pública de Fortaleza, nos autos de revisão de pensão em face do Instituto de Previdência do Estado do Ceará – IPEC.

Adonias Pinheiro Landim ingressou com ação

Ordinária de Revisão de Pensão, pretendendo perceber em sua integralidade a pensão deixada pela sua esposa Maria Ivone Rolim, ex-servidora estadual, que faleceu no dia 23 de outubro de 1998.

Em sua sentença, às fls. 74-78, a magistrada *a quo* julgou extinto o processo, com fulcro no art. 267, V, do Código de Processo Civil, em face do reconhecimento de ofício de litispendência entre a ação revisional e o mandado de segurança anteriormente ajuizado pelo autor. Condenou Adonias ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios na base de 20% do valor dado à causa.

O autor interpôs recurso de apelação, objetivando a reforma da sentença. Alega que tem direito aos benefícios da assistência judiciária gratuita, pois é pobre nos termos da lei, e que não há litispendência, pois o objeto da ação mandamental é a implantação da pensão por morte; enquanto à ação ordinária tem por finalidade a atualização da pensão e recebimento do atrasado a partir do falecimento de sua esposa.

Em contra-razões, o recorrido reafirma os termos da sentença vergastada.

Pronunciamento ministerial constante às fls. 112-114 opinando pelo conhecimento do recurso apelatório, mas por seu total improvimento, com a confirmação da sentença monocrática em todos os seus termos.

É o relatório.

Ocorre a litispendência quando é proposta uma demanda que apresenta as mesmas partes, pedido e causa de pedir que outra já em curso, nos termos dos parágrafos 1º e 3º do art. 301 do Código de Processo Civil.

Ensina Humberto Theodoro Júnior, em sua obra Curso de Direito Processual Civil (42ª ed., editora Forense, pág. 353):

“Litispendência. A existência de uma ação anterior igual a atual impede o reconhecimento da nova causa. Ocorre a litispendência, segundo o Código, ‘quando se reproduz ação anteriormente ajuizada’ (art. 301, § 1º) e que ainda esteja em curso, pendendo de julgamento (§ 3º).

Define, outrossim, o § 2º do mesmo artigo, o que se deve entender por ação idêntica, dizendo que, para haver litispendência, é necessário que nas duas causas sejam as mesmas as partes, a mesma causa de pedir, e o mesmo pedido...”

É exatamente isso que se observa no caso em comento. As partes (Adonias Pinheiro Landim x Superintendente do Instituto de Previdência do Estado do Ceará), o pedido (implantação da pensão integral a partir do falecimento da ex-servidora) e a causa de pedir (indeferimento administrativo do pedido de pagamento de pensão mensal) da ação mandamental são os mesmos relativos à ação Ordinária de Revisão de Pensão. Frise-se que o *mandamus* tramita na 4ª Vara da Fazenda Pública de Fortaleza e fora ajuizado anteriormente ao pedido de revisão de pensão.

Saliente-se que, conquanto na ação de mandado de segurança o Superintendente do Instituto de Previdência do Estado do Ceará figure como autoridade impetrada, e na ação revisional, o IPEC, há identidade das partes, pois aquele atua como preposto deste.

Nesse sentido:

EMENTA – “PROCESSO CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. AÇÃO CAUTELAR. IDENTIDADE DE PEDIDO, CAUSA DE PEDIR E PARTE. LITISPENDÊNCIA. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. SITUAÇÕES FÁTICAS DIVERSAS NÃO-CONHECIMENTO.

1. Verificada que a pretensão veiculada em ação mandamental, qual seja, a declaração de inexigibilidade do ICMS recolhido a título de substituição tributária, já foi objeto de ação cautelar proposta anteriormente, deve o feito ser extinto em razão da ocorrência de litispendência.

2. A circunstância de ações possuírem ritos diversos – no caso, as ações cautelar e mandamental –, por si só, não afasta a litispendência que se configura,

na realidade, com a ocorrência de identidade jurídica dos pedidos deduzidos.

3. Impetrado mandado de segurança contra Agente da Fazenda Pública estadual e encontrando-se pendente julgamento de ação cautelar proposta contra o Estado, na qual se apresenta mesmo pedido e causa de pedir, há identidade de partes no pólo passivo, visto que o agente fiscal atua como preposto do Estado.

4. Não se conhece do dissídio pretoriano suscitado na hipótese em que os acórdãos confrontados cuidam de situações fáticas diversas.

5. Recurso parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido.”

(Resp 119314/ES, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Segunda Turma, DJ 01.02.20055 p. 459) grifou-se.

Assim, inequívoca a litispendência, que deve ser conhecida *ex officio*, a teor do art. 301, § 4º, do CPC, conforme decidido pela magistrada singular.

No que concerne às benesses da assistência judiciária gratuita, assiste razão ao autor. A justiça gratuita existe para beneficiar os hipossuficientes. De fato, a Constituição Federal garante em seu título dos Direitos e Garantias Fundamentais, no art. 5º, inciso LXXXIV, a assistência jurídica gratuita aos necessitados.

Especificamente quantos às custas judiciais, temos ainda o disposto no art. 4º da Lei 1.060/60, que afirma: “A parte gozará dos benefícios da assistência judiciária, mediante simples afirmação, na própria petição inicial, de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários dos advogados, sem prejuízo próprio ou de sua família”.

Observa-se, então, que a Lei vincula a concessão dos benefícios da gratuidade judiciária à simples alegação da pobreza, na própria petição inicial ou contestação, o que no presente caso foi plenamente realizado, inclusive com juntada de declaração de pobreza.

O mesmo entendimento tem sido manifestado pelo

Egrégio Tribunal de Justiça, nos seguintes termos:

Processual civil. Recurso especial. Assistência judiciária gratuita. Estado de pobreza. Prova. Desnecessidade.

- A concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita não se condiciona à prova do estado de pobreza do requerente, mas tão-somente à mera afirmação desse estado, sendo irrelevante o fato de o pedido haver sido formulado na petição inicial ou no curso do processo.

RESP 469594/RS; RECURSO ESPECIAL 20002/0115652-5 DJ 30.06.2003 p. 243.

Assim, por todo o exposto, **CONHEÇO** o presente recurso de Apelação Cível, **DANDO-LHE PARCIAL PROVIMENTO** para reformar a sentença hostilizada apenas no que se refere à condenação ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, a qual não antevejo possibilidade de manutenção, e a confirmo, em todo o restante.

Fortaleza, 25 de junho de 2007.

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

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 2000.0218.1034-7/1
APELANTE: ANTÔNIO VEIMAR PONTE
APELADOS: FLORÊNCIA CARVALHO DA SILVA E OUTRA
AÇÃO DE INTERDIÇÃO
ORIGEM: VARA ÚNICA DA COMARCA DE MUCAMBO
RELATOR: ADEMAR MENDES BEZERRA**

**EMENTA: FAMÍLIA E PROCESSUAL CIVIL.
INTERDIÇÃO. COMPROVADA INCAPACIDADE**

CIVIL POR ENFERMIDADE MENTAL. NOMEAÇÃO DE CURADOR SEM PARENTESCO COM A INTERDITANDA. NÃO OBRIGATORIEDADE DE A CURATELA FICAR A CARGO DE MEMBROS DA FAMÍLIA DO INTERDITO.

I – Aqueles que, uma vez comprovada moléstia mental, não tiverem o discernimento necessário para exercer os atos da vida civil, deverão ser representados por um curador, à luz do art. 1.767, I, do NCC.

II – Não há falar em obrigatoriedade de nomeação do curador entre os membros da família do interdito, considerando a prevalência dos interesses do incapaz.

III – Hipótese em que a curatela de fato já estava há mais de 25(vinte e cinco) anos a cargo da “filha de criação” da interditanda, não sendo razoável modificar tal situação, ante as circunstâncias do caso.

IV – Apelo conhecido, mas desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos da Apelação Cível nº **2000.0218.1034-7/1**, em que figuram as partes acima referidas.

Acordam os Desembargadores integrantes da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, à unanimidade, conhecer, mas 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 ANTÔNIO VEIMAR PONTE, irresignado com a sentença de fls. 79/81, da

MMa. Juíza da Vara Única da Comarca de Mucambo, que julgou parcialmente procedente o pedido inaugural, para decretar a interdição tão-somente da primeira demandada, FLORENCIA CARVALHO DA SILVA, nomeando como sua curadora a Sra. MARIA JOSÉ DA SILVA LIMA, o que fez com fundamento no parágrafo 3º, do art. 1.775 do Código Civil em vigor, afastada a possibilidade da interdição de LUÍZA CARVALHO DA SILVA, segunda demandada, em virtude de seu superveniente falecimento.

Nas razões de apelação (fl. 90), o recorrente, que é sobrinho da interditada, alega ser melhor capacitado para exercer o múnus da curadoria, considerando não só o fato de ser parente próximo de Dona Florência, como também de sempre ter estado em condições, tanto morais quanto materiais, de lhe prestar toda a assistência necessária.

Aduz, outrossim, que se tem preocupado com a saúde da interditada, visitando-lhe com freqüência e lhe devotando especial acompanhamento, face ao seu estado, o que o habilita, como dito, a gerir de maneira mais efetiva os atos de sua vida civil.

Apresentadas contra-razões, porém a destempo, conforme despacho de fl. 94.

Ouvida às fls.104/106, a d. Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo desprovimento do apelo, tendo em vista que a nomeação da curadora atendeu a uma situação de fato consolidada no tempo, já que há anos a interditada vivia sob os seus cuidados, não sendo de bom alvitre modificar tal estado de coisas.

É o relatório.

VOTO

Note-se, inicialmente, que o apelante apenas questiona a curadoria a cargo da Sra. MARIA JOSÉ DA SILVA LIMA, relativamente à pessoa da interditada FLORENCIA CARVALHO DA SILVA, sendo esta, pois, a questão meritória devolvida ao conhecimento da Corte.

A interdição, como cediço, é o processo através do qual a pessoa maior fica declarada incapaz de gerir a sua pessoa e seus bens, ou apenas os bens, se for devidamente comprovada tal incapacidade. Portanto, constitui uma medida de proteção ao incapaz, com a finalidade precípua de evitar dano à sua pessoa e/ou ao seu patrimônio.

Assim, aqueles que se mostram inaptos para o exercício de direitos, em conseqüência de distúrbios da mente, são considerados absolutamente incapazes (NCC, art. 3º, II), recebendo proteção legal por meio do instituto da curatela, a teor dos arts. 1.767 e ss. do referido estatuto.

Curatela, define LAFAYETTE, “*é o cargo conferido pela autoridade pública a alguém para reger a pessoas e bens, ou tão somente os bens, de pessoas emancipadas que por si mesmas não o podem fazer, impossibilitadas por causas determinadas*”.

Desse conceito, não discrepa o magistério de MARIA HELENA DINIZ, para quem “*A curatela é o encargo público cometido, por lei, a alguém para reger e defender uma pessoa e administrar os bens de maiores incapazes, que, por si sós, não estão em condição de fazê-lo, em razão de enfermidade ou deficiência mental*”.

No caso concreto, o autor, ora apelante, requereu fosse declarada a incapacidade civil da promovida, aqui apelada, FLORÊNCIA CARVALHO DA SILVA, pleiteando, a final, que a Dra. Juíza o nomeasse curador da interditanda, por se tratar do parente mais próximo, o que contribuiria sobremaneira para a sua proteção e melhor representação nos atos da vida civil.

Depois do interrogatório da demandada/recorrida (fls. 31/32), foi determinada a realização de perícia técnica, nomeando-se um especialista em psiquiatria (fl. 42), o qual concluiu: “*Paciente portadora de enfermidade mental (F 29 – C.I.D 10) com prejuízos para a capacidade de reger-se na vida civil. Requer representação legal por um tutor (sic) para decisão da vida civil*”. (Laudo de fl. 50).

A despeito do resultado da perícia, a apelada já se encontrava, como se vê dos depoimentos de fls. 63/68, há

25(vinte e cinco) anos sob os auspícios da Sra. MARIA JOSÉ DA SILVA LIMA, que é filha de criação de Dona FLORÊNCIA CARVALHO DA SILVA.

Ademais, todas as testemunhas arroladas foram uníssonas acerca do bom relacionamento e dos cuidados de MARIA JOSÉ para com a interditanda, senão veja-se:

“que Maria José cuida bem de Florência (fl. 63); que pelo que se vê Mazé cuida bem de Florência dando comida na hora certa e ainda cuidando da higiene de Florência (fl. 66); que Maria José cuida muito bem de Florência, pois sempre (se vê) Florência limpinha e alimentada (fl. 67); que acredita que o dinheiro seja aplicado por Maria José em benefício de Florência, pois sempre vê Florência limpa e bem alimentada (fl.68)”.

Não há nada nos autos, por outro lado, que denote venha Dona MARIA JOSÉ administrando o patrimônio da interditada de forma ineficiente ou irresponsável.

Não obstante a opção do legislador tenha sido no sentido de deixar a família com o encargo de suprir as necessidades do interdito, tal deve ser afastada quando contrariar os interesses do incapaz, princípio maior aplicado ao caso.

Na esteira desse raciocínio, MARIA HELENA DINZ, no seu comentário ao art. 1.775 do NCC: *“A ordem estabelecida legalmente, contudo, não tem caráter absoluto... O artigo sub examine, ao ser aplicado pelo órgão judicante, deverá ceder aos interesses da pessoa protegida.”*

No mesmo sentido, pondera SÍLVIO RODRIGUES: *“Visto que tanto na tutela quanto na curatela é o interesse do incapaz que deve prevalecer, entendo que não deve ser rígida a ordem mencionada na lei, nem creio só poder o juiz nomear estranhos quando faltarem parentes daqueles ali referidos”.*

Portanto, não merece qualquer reproche a sentença impugnada, razão por que, em consonância com o parecer da d. Procuradoria de Justiça, conheço do apelo, conquanto

presentes os requisitos de sua admissibilidade, para, todavia, lhe negar provimento, mantida na íntegra a r. decisão recorrida.
É como voto.

Fortaleza, 29 de novembro de 2006.

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

**Nº PROCESSO: 2001.0000.8443-2/0
TIPO DO PROCESSO: APELAÇÃO CÍVEL
COMARCA: IGUATU
APELANTES: JOSÉ WELLINGTON CABRAL DE MENEZES
HOLANDA E OUTRO
APELADO: JOSÉ AIRTON DE LIMA FURTADO
RELATOR DESIGNADO: DES. ERNANI BARREIRA PORTO**

EMENTA: CIVIL E PROCESSUAL CIVIL – EMBARGOS À EXECUÇÃO – ALEGAÇÕES DE ILEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM*, NULIDADE DO ADITAMENTO À INICIAL E FALTA DE INTERESSE DE AGIR – EXCESSO DE PENHORA – ATINGIMENTO DE BEM DE FAMÍLIA.

a) Quanto às preliminares suscitadas pelos recorrentes, verifico irretocável o posicionamento do eminente Des. Relator, no sentido de afastá-las, razão pela qual acompanho o conspícuo Relator.

b) O mesmo se opera em relação às suscitações de excesso de penhora e inobservância do direito à compensação, que diante da melhor jurisprudência pátria não podem ser acolhidas, como bem delineou o nobre Relator.

c) Bem de família. A alegação de bem de família manejada pelos apelantes e devidamente

acompanhada de documentação que comprova a efetiva residência dos mesmos nos imóveis constritos representa hipótese clara de bem de família obrigatório, disciplinado pela Lei n. 8.009/90 e não de bem de família voluntário, este regido pelo Código Civil. Neste sentido a penhora ultimada no processo executório é descabida por afrontar norma de ordem pública, cuja origem repousa no próprio texto constitucional, que em seu art. 226 infere que *a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado*. Recurso Apelatório conhecido e parcialmente provido.

VOTO

O Eminentíssimo Desembargador José Edmar de Arruda Coelho, relativamente ao presente recurso apelatório, na seção de julgamento desta colenda 1ª Câmara Cível de 26 de fevereiro de 2007, ao final de seu judicioso voto, conheceu do recurso em tablado para negar-lhe provimento.

Conforme bem relatado, trata-se de Apelação Cível interposta por **JOSÉ WELLINGTON CABRAL DE MENEZES HOLANDA e OUTRO** contra **JOSÉ AIRTON DE LIMA FURTADO**, por não haverem se resignado com sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da Vara Única da Comarca de Iguatu que julgou improcedentes os embargos à execução agitados em instância *a quo*.

Em prol de seus intentos recursais, aduzem os apelantes, preliminarmente, serem parte ilegítima para figurar no pólo passivo da presente demanda; ser nulo o processo executivo desde a origem em razão de aditamento à inicial operado após a citação e a falta de interesse de agir do apelado/embargado com relação à entrega de coisa certa. No mérito, infere a ocorrência de excesso de penhora, o seu recaimento sobre bem de família e a inobservância do direito à compensação.

Inicialmente, quanto às preliminares suscitadas pelos

recorrentes, verifico irretocável o posicionamento do eminente Des. Relator, no sentido de afastá-las, razão pela qual acompanho o conspícuo Relator.

O mesmo se opera em relação às suscitações de excesso de penhora e inobservância do direito à compensação, que diante da melhor jurisprudência pátria não podem ser acolhidas, como bem delineou o nobre Relator.

Já diante da incidência de penhora sobre bem de família, peço vênia ao eminente Relator para tecer algumas considerações pertinentes à quizila posta.

A instituição do bem de família, segundo CAIO MARIO DA SILVA PEREIRA, *é uma forma de afetação de bens a um destino especial que é ser a residência da família, e, enquanto for, é impenhorável por dívidas posteriores à sua constituição, salvo as provenientes de impostos devidos pelo próprio prédio.*

O instituto do bem de família foi introduzido no direito brasileiro pelo Código Civil de 1916, que dele cuidava no Livro II, intitulado “Dos Bens”. O Decreto-Lei n. 3.200, de 19 de abril de 1941, também tratou da matéria, complementando o Código Civil.

Posteriormente, adveio nova modalidade de bem de família, imposto pelo próprio Estado por norma de ordem pública (Lei n. 8.009, de 29 de março de 1990), em defesa da entidade familiar. Surgiu assim o bem de família obrigatório, também denominado involuntário ou legal. Segundo ÁLVARO VILLAÇA DE AZEVEDO, *nessa lei emergencial, não fica a família à mercê de proteção, por seus integrantes, mas defendida pelo próprio Estado, de que é fundamento.*

Sobreveio, finalmente, o Código Civil de 2002, que deslocou a matéria para o Direito de Família, no título referente ao direito patrimonial, disciplinando, todavia, somente o bem de família voluntário.

Diante disso, como bem ressalta CARLOS ROBERTO GONÇALVES, *coexistem na legislação civil, atualmente, duas espécies de bem de família, ambas incidindo sobre bens imóveis, e móveis àqueles vinculados: a) o voluntário, decorrente da vontade dos cônjuges, companheiros ou terceiro; e b) o involuntário ou obrigatório, resultante de estipulação legal*

(Lei n. 8.009/90). O primeiro, no entanto, só se verifica quando o proprietário tem dois ou mais imóveis residenciais e deseja optar por um deles, para mantê-lo protegido, e o fizer mediante escritura pública ulteriormente registrada. Toda a minuciosa regulamentação do instituto no novo diploma pouca aplicação prática tem, pois concerne apenas ao bem de família voluntário, que raramente é instituído.

Assim, a Lei n. 8.009/90 veio ampliar o conceito de bem de família, que não depende mais de instituição voluntária, mediante as formalidades previstas no Código Civil. Agora, resulta ele diretamente da lei, de ordem pública, que tornou impenhorável o imóvel residencial, próprio do casal, ou de entidade familiar, que não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza.

Portanto, a alegação de bem de família manejada pelos apelantes e devidamente acompanhada de documentação que comprova a efetiva residência dos mesmos nos imóveis constrictos representa hipótese clara de bem de família obrigatório, disciplinado pela Lei n. 8.009/90 e não de bem de família voluntário, este regido pelo Código Civil.

Neste sentido a penhora ultimada no processo executório é descabida por afrontar norma de ordem pública, cuja origem repousa no próprio texto constitucional, que em seu art. 226 infere que *a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.*

No sentido da impenhorabilidade do bem de família legal ou obrigatório são os seguintes acórdãos do colendo Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. IMÓVEL. BEM DE FAMÍLIA. LEI 8.009/90. COMPROVAÇÃO DO FATO CONSTITUTIVO DO DIREITO ALEGADO PELO RECORRENTE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. omissis

2. Se o recorrente sustenta que o imóvel sobre o qual recaiu a penhora é bem de família por ser

o único que possui em Curitiba, seu domicílio, apresentando documentação necessária, fez prova constitutiva do seu direito nos termos do artigo 333, I do Código de Processo Civil, e nos termos do artigo 1º da Lei 8009/90 “Art. 1º O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta lei.”

3. Recurso especial provido.

(REsp 840421 / PR ; RECURSO ESPECIAL 2006/0085865-1DJ 19.10.2006 p. 256)

PROCESSUAL CIVIL. BEM IMPENHORÁVEL. ARTIGO 3º, INCISO I DA LEI 8.009/90. MÃO DE OBRA EMPREGADA NA CONSTRUÇÃO DE OBRA. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. IMPOSSIBILIDADE.

1. A impenhorabilidade do bem de família, oponível na forma da lei à execução fiscal previdenciária, é consectário do direito Social à moradia.

(...)

(REsp 644733 / SC ; RECURSO ESPECIAL 2004/0028948-0 DJ 28.11.2005 p. 197)

Portanto, não vislumbro a possibilidade da permanência da penhora recaída sobre os bens de matrículas ns. 6.863 e 8.055, do Cartório de Registro de Imóveis da 1ª Zona de Fortaleza.

Diante de tais considerações, **CONHEÇO** do recurso apelatório para **DAR-LHE** parcial provimento, para, reconhecendo a existência de bem de família, liberar da penhora os imóveis objetos das matrículas ns. 6.863 e 8.055, ambos do

Cartório da 1ª Zona da Comarca de Fortaleza.
É como voto.

Fortaleza, 05 de março de 2007.

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

Apelação Cível N° 2002.0000.0213-2/0

Apelante : Instituto Educacional Santa Maria Ltda

Apelado : Maria Celina Mouta Barbosa

Relator: Des. ADEMAR MENDES BEZERRA

Órgão Julgador : 2ª CÂMARA CÍVEL

EMENTA. APELAÇÃO CÍVEL EM AÇÃO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. INSTITUIÇÃO DE ENSINO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EDUCACIONAIS. RELAÇÃO SINALAGMÁTICA E INTERDEPENDENTE. TÍTULO EXECUTIVO. AUSÊNCIA DE PROVA DO CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO COMO PRESSUPOSTO PARA O AJUIZAMENTO DA EXECUÇÃO. INDEFERIMENTO DE PLANO DA INICIAL SEM CONSIGNAR À PARTE O DIREITO DE SANAR O VÍCIO QUE, DE REGRA, É SANÁVEL. IMPOSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 616, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. PROVIMENTO DA APELAÇÃO.

-Tratando-se de vício perfeitamente sanável pela parte deficitária, qual seja, a ausência da prova da prestação de serviços durante o período de inadimplência do estudante, mister seja facultado à parte a possibilidade de adequar o título executivo para, só então, ser indeferida a inicial, conforme prevê o artigo 616, do CPC.

- Ademais, deve-se observar os princípios processuais da instrumentalidade das formas, da celeridade e da economia processual.**
- Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.**
- Recurso conhecido e provido.**

ACÓRDÃO:

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos do processo nº **2002.0000.0213-2/0**, em que figuram as partes acima identificadas.

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

Fortaleza, 29 de novembro de 2006.

RELATÓRIO:

Em análise recurso de apelação cível intentado pelo Instituto Educacional Santa Maria Ltda em face de decisão monocrática que, nos autos da ação de execução por quantia certa contra devedor solvente, protocolado sob o nº 2001.02.28569-1, indeferiu a inicial, porquanto, no seu entender, o título que instruiu a ação executiva não está revestido do requisito da liquidez, conforme art. 585, II, do CPC.

Argumenta a empresa apelante ser credora do valor de R\$ 354,39 (trezentos e cinquenta e quatro reais e trinta e nove centavos) por inadimplemento da parcela referente ao mês de dezembro de 2000, oriunda do contrato de prestação de serviços educacionais, razão pela qual ingressou com a mencionada ação de execução.

Divergindo da orientação seguida pelo juízo monocrático, sustenta a adequação do título extrajudicial, eis que a liquidez do documento reside no acerto da mensalidade através do contrato, a exigibilidade se encontra clara pelo advento do termo (prazo) sem pagamento e, finalmente, a certeza se

acha estampada no fato de não haver controvérsia quanto à dívida.

Finalmente, entende que jamais poderia ter sido extinto o processo sem antes oportunizar ao autor o direito de emendar a inicial, a teor dos artigos 282, 283, 284 e 616 do Código de Processo Civil, pugnando pelo provimento da apelação para o fim de desconstituir a sentença vergastada.

Parecer da Procuradoria Geral de Justiça às fls. 52/54.

É o relatório.

VOTO:

Cuidam os autos de recurso de apelação cível ajuizado em sede de ação executiva de título extrajudicial, no qual o colégio apelante busca a reforma da decisão monocrática que indeferiu a inicial de execução, com a conseqüente extinção do processo, lançada sob color de que a empresa exeqüente não comprovou a liquidez do título, inabilitando-o, assim, para a execução.

A questão a meu ver é simples e se biparte em uma questão processual e de direito propriamente dita. Trata-se de contrato de prestação de serviços educacionais, de natureza bilateral e sinalagmático, assinado por duas testemunhas, no qual a instituição de ensino se obriga a prestar os serviços e, de outro lado, o consumidor se vincula às prestações prefixadas.

Embora existam precedentes que afastam a qualidade de título executivo extrajudicial quando afirmem que “o contrato de prestação de serviços educacionais, mesmo quando subscrito por duas testemunhas instrumentárias, não é título executivo extrajudicial”(TACivSP 40; TACivSP, órgão especial, Ap. n. 750684-5, rel. Juiz Rizzatto Nunes, julgado e 7.10.1988), o Colendo Superior Tribunal de Justiça já pacificou o entendimento pela exeqüibilidade do título, ao julgar o Recurso Especial n. 81.399/MG, segundo o qual a interpretação diversa ao art. 585, II, e 582 do CPC “limitando-o aos casos de confissão de dívida ou outra declaração de natureza unilateral, ficaria sem sentido as

disposições dos artigos 615, II, que permite a execução de dívida oriunda de relação jurídica sujeita a condição ou termo. E estaríamos em desacordo com o espírito da nova lei, que deu ao inciso II do artigo 585 uma redação mais extensiva, com o nítido propósito de ampliar os casos de execução, facilitando ao credor os meios para obter do juiz a mais pronta satisfação do seu interesse”.

No caso dessa prestação de serviços de educação, a instituição de ensino poderá perfeitamente ajuizar ação de execução com base no contrato assinado, desde que comprove o débito e o adimplemento de sua obrigação. Já que a execução se deve a algum(ns) mês(es), deve o colégio comprovar, suficientemente, a prestação do serviço respectivo

Esclarecedora a decisão do Superior Tribunal de Justiça quanto à matéria:

“PROCESSUAL CIVIL. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EDUCACIONAIS. EXECUÇÃO DE PARCELAS ALEGADAMENTE INADIMPLIDAS PELO ALUNO. FALTA DE COMPROVAÇÃO DOS SERVIÇOS RESPECTIVOS. REQUISITO DA CERTEZA DA DÍVIDA NÃO ATENDIDO. CPC, ART. 615, IV. INSUFICIÊNCIA DO TÍTULO.

I-A cobrança, pela via executiva, de parcelas inadimplidas por aluno de estabelecimento de ensino particular, exige, para que configurada a certeza da dívida, além da apresentação do contrato devidamente formalizado e do demonstrativo do débito, também a prova da efetiva prestação do serviço no período em questão, requisito este desatendido no caso dos autos.

II-Recurso especial não conhecido”(RESP N. 323704/MG, Min. Aldir Passarinho Júnior, 4ª. Turma, julgado aos 12/03/2002).

Não se argumente que possui a instituição de ensino presunção de ter prestado o serviço, pois, nas palavras do conspícuo Ministro Aldir Passarinho, extraído do voto do julgado acima, **“não parece razoável entender que o contrato de prestação de serviços, por envolver nexos de prestações, sinalagma, possa ser descartado como título executivo extrajudicial. O fato de depender a cobrança da prova do serviço não desqualifica a sua natureza porque a própria lei admite no art. 615, IV, do Código de Processo Civil, que o credor prove ter adimplido a contraprestação que lhe corresponde. É certo que não vale a presunção de que o serviço foi prestado, tal e qual estava no Acórdão a que me referi antes, da relatoria do Senhor Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Todavia, se o credor prova, como neste feito, que prestou o serviço, assim afirmado pelas instâncias ordinárias, não há razão para afastar a liquidez e certeza do título, dele constando valor certo e encargos aferíveis por simples operações aritméticas”**.

Portanto, mister que o exequente comprove, iniludivelmente, a prestação de serviços a fim de embasar a ação executiva.

Todavia, embora considere importante a análise acerca da necessidade de demonstração dos serviços prestados – daí a razão de tê-la feito *a priori*, imperioso reconhecer que o juiz monocrático não consignou o direito da parte exequente de emendar a inicial antes da prematura extinção do processo, como aliás pregam o art. 616, do CPC e o entendimento majoritário do Superior Tribunal de Justiça.

Eis o texto legal:

“Art. 616. Verificando o juiz que a petição inicial está incompleta, ou não se acha acompanhada dos documentos indispensáveis à propositura da execução, determinará que o credor a corrija, no prazo de 10 (dez) dias, sob pena de ser indeferida”.

O Ministro Jorge Scartezzini foi relator de um

memorável julgado no que diz respeito ao tema:

“PROCESSO CIVIL - RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA – ATO JUDICIAL TERATOLÓGICO - CABIMENTO DA IMPETRAÇÃO - EXECUÇÃO CONTRA DEVEDOR SOLVENTE - JUNTADA DE XEROCÓPIA DE TÍTULO EXECUTIVO AUTENTICADA - INDEFERIMENTO DA INICIAL - FALTA DE OPORTUNIDADE PARA SANAR IRREGULARIDADE - PREVISÃO LEGAL - ART. 616, DO CPC – LIQUIDEZ E CERTEZA DO DIREITO - ORDEM CONCEDIDA.

1 - A despeito do que estabelece a Súmula 267/STF, a jurisprudência e a doutrina sempre aceitaram o uso do mandado de segurança contra decisão judicial, desde que esta fosse impugnada por recurso próprio, tempestivo e desprovido de efeito suspensivo e, ainda, fosse teratológica e afrontosa ao direito, suscetível de causar dano irreparável ou de difícil reparação. No caso *sub judice*, tendo a recorrente oposto correição parcial e, concomitantemente, o presente *writ* contra sentença que, *in limine*, extinguiu Ação de Execução contra Devedor Solvente, ao fundamento desta não estar instruída com o título executivo original e sim, com cópia xerox, torna-se perfeitamente aceitável a via eleita, porquanto a instrumentalidade do processo não pode se sobrepor ao direito (cf. RESP nº 163.187/RO e 185.075/CE e RMS 4.474/RJ).

2 - Cuidando-se, na espécie, de deficiência perfeitamente sanável, já que a recorrente juntou título executivo que não o original, porém, autenticado, ou seja, revestido de fé pública, aplicável o dispositivo processual do art. 616,

do CPC, devendo-se facultar a empresa exeqüente, no prazo legal, a possibilidade de efetuar tal substituição. Tal entendimento vem sedimentar os princípios da instrumentalidade do processo, da celeridade, da economia e da efetividade na prestação jurisdicional.

3-Precedentes (Ag. Reg. RESP nº 402.046/RS, Ag. Reg. no AG nº 298.203/GO e RESP nºs 440.719/SC, 329.846/MG e 264.807/MG).

4-Recurso provido para, reformando o v. acórdão de origem, conceder a ordem, afastando a extinção da Ação Executiva e determinando que o magistrado a quo aplique, ao caso concreto, o disposto no art. 616, do CPC. (RMS 11962/SP; RECURSO ORDINARIO EM MANDADO DE SEGURANÇA 2000/0045740-0, Ministro JORGE SCARTEZZINI, QUARTA TURMA, DJ 06.12.2004 p. 311, sem grifos na origem);

No mesmo sentido:

“PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. APLICAÇÃO SUBSIDIARIA DA LEI PROCESSUAL - EMENDA DA INICIAL (ART. 284 DO CPC). POSSIBILIDADE. CONSOANTE DISPÕE A LEI, AO PROCESSO DE EXECUÇÃO FISCAL SÃO APLICAVEIS, SUBSIDIARIAMENTE, AS REGRAS DO CPC ATINENTES AO PROCEDIMENTO ORDINÁRIO. HAVENDO (NO PROCESSO DE EXECUÇÃO) NA INICIAL, OMISSÃO OU DEFEITOS QUE DIFICULTEM OU IMPOSSIBILITEM O JULGAMENTO, AO JUIZ E DEFESO DECRETAR A EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM QUE, ANTES, FACULTE A PARTE O PRAZO PARA A EMENDA DA EXORDIAL (CPC, ART. 284)”. (RECURSO IMPROVIDO. DECISÃO UNANIME. REsp 106130 / PR , Ministro

DEMÓCRITO REINALDO , DJ 30.06.1997 p. 30894, PRIMEIRA TURMA);

“RECURSO ESPECIAL. INICIAL DE EXECUÇÃO EM QUE NÃO CONSTOU O ENDEREÇO DO CREDOR, NEM FOI INSTRUÍDA COM O DEMONSTRATIVO DE QUE TRATA O INCISO II, DO ART. 614, DO CPC. EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO SEM ABRIR ENSANCHAS À EMENDA DA INICIAL E AO SUPRIMENTO DA OMISSÃO. ESCABIMENTO. APLICAÇÃO DO ART. 616, CPC, COM ASSINAR PRAZO PARA SUPRIR EVENTUAL FALTA. PRESTÍGIO DA FUNÇÃO INSTRUMENTAL DO PROCESSO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO COM RETORNO DOS AUTOS AO JUIZ DE 1º GRAU”.

(STJ - RESP 295642-RO (RSTJ 157/89), DJ 25.10.2004 p. 379, QUINTA TURMA, Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, REsp 593130 / RS ; RECURSO ESPECIAL, 2003/0163994-8).

Merece reparo a sentença monocrática que, com fulcro nos artigos 295, III, 583, 586 e 618, I, todos do CPC, indeferiu a inicial da execução por não conter os seus requisitos essenciais, devendo, antes, conceder prazo para que a parte adeque a inicial com os documentos indispensáveis ao seu destreame, para, somente no caso de sua negativa, extingui-lo.

Perceba-se que no caso dos autos o vício da interposição da inicial era perfeitamente sanável (ao contrário, por exemplo, de quando a parte ajuíza ação cujo direito decaíra), merecendo, por isso, o cumprimento do rito processual previsto acertadamente no Código de Processo Civil, olvidado pelo nobre julgador.

Este, na nossa ótica, é o sentido no novo dimensionamento do processo civil, deixando de lado o apego excessivo à forma e alinhavando-se com sua função primordial – viabilizar a prestação jurisdicional de forma mais equânime e

célere quanto possível.

Ademais, deve-se observar os princípios processuais da instrumentalidade das formas, da celeridade e da economia processual, na medida em que militam em favor da solução mais rápida quanto possível às partes, impedindo repetição desnecessária de processos e fases processuais.

Ante o exposto, voto pelo provimento do recurso apelatório, no sentido de remeter os autos à instância *a quo*, a fim de que se dê guarida ao disposto no art. 616, do CPC.

É como voto.

Fortaleza, 29 de novembro de 2006.

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

Apelação Cível N° 2002.0009.7388-0

Órgão Julgador : 2ª CÂMARA CÍVEL

Apelante : ESTADO DO CEARÁ

Apelado : GLEUSTON MATIAS DOS SANTOS

**Remessa Oficial: JUIZ DE DIREITO DA 3a.VARA DOS FEITOS
DA FAZENDA PÚBLICA**

Relator: Des. ADEMAR MENDES BEZERRA

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. POLICIAL MILITAR. PROMOÇÃO POR ANTIGUIDADE. RESSARCIMENTO POR PRETERIÇÃO. REMESSA OFICIAL. PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. INEXISTÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE DE AFERIÇÃO “IN CASU”. MATÉRIA FÁTICA.

1- Em Mandado de Segurança, a parte deve comprovar, no ajuizamento da ação, o seu direito líquido e certo, sendo impraticável instrução probatória por incompatibilidade com o rito

processual.

2- O impetrante não se desincumbiu da prova referente à existência de vaga para a promoção requerida, a teor do entendimento exarado pelo STF no julgamento da ADIN – 2979, nem de qualquer disposição que indicasse ter sido a vaga preenchida por outrem em situação menos benéfica que a sua, inviabilizando a prova do direito líquido e certo.

3- Recurso e remessa conhecidos e providos

ACÓRDÃO:

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Mandado de Segurança nº 2002.0009.7388-0, em que figuram as partes acima indicadas.

Acorda a 2ª Câmara Cível do egrégio TJCE, à unanimidade, conhecer e dar provimento ao recurso e à remessa oficial nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, 21 de setembro de 2005.

RELATÓRIO:

O apelado ingressou com ação de mandado de segurança para obter promoção até a graduação de 1º Sargento PM, com base na Lei Estadual nº 10.072/76 c/c arts. 165 da Lei Estadual nº 226/48, e art. 11, inciso II, do Decreto Estadual nº 15.275/82.

Argumenta que ingressou nas fileiras da Polícia Militar aos 03 de agosto de 1992, na graduação de soldado-PM, tendo sido convocado para o curso de direção defensiva, possuindo, segundo entende, o direito de ser promovido ao posto de 1º Sargento-PM, haja vista que, além de possuir ótimo comportamento na instituição, possui os requisitos básicos para o ato administrativo, **exempli gratia**, os cursos de especialidade e a antiguidade no cargo.

A sentença concessiva da ação mandamental foi proferida às fls. 69/74, gerando a remessa **ex officio** para apreciação neste sodalício.

Inconformado, recorre o Estado do Ceará (fls. 78/94), pugnando pela reforma da sentença **a quo**.

Contra-razões de apelação às fls. 97/117.

A Procuradoria Geral de Justiça opina no feito às fls. 130/134 pelo improvimento do recurso da remessa oficial.

É o relatório.

VOTO

Em se tratando de promoção de militares por antiguidade, como é o caso, as leis que regem a matéria estabelecem todos os requisitos necessários para progressão à escala hierárquica superior, de modo que, uma vez implementadas as condições, surge para o policial o direito subjetivo à promoção, não cabendo qualquer exame de conveniência e oportunidade por parte da Administração, ainda mais quando a promoção se der por preterição de direito do militar.

Dessa forma, imperioso extrair qual o regramento legal a ser aplicado para o deslinde da presente **quaestio** e, após, verificar-se o atendimento a todos os requisitos necessários à promoção pretendida.

Mister a análise normativa, sob o ponto de vista da aplicação da lei no tempo.

Registre-se que a Lei estadual nº 226/48 não foi abrogada (totalmente revogada) pela Lei estadual nº 10.072/76, permanecendo intacta a parte referente à descrição de militares especialistas e suas promoções por antiguidade e merecimento.

A matéria está posta da seguinte forma: o Decreto nº 13.120/79 definiu praças da Polícia Militar que devem ser considerados especialistas.

Em tal lista, não se inseriu a função de motorista, que a Lei nº 226/48 qualifica como vaga de especialista. Todavia, além de aquela lei em que se embasa o decreto não ter

consignado ao mesmo a tarefa de definir as vagas de especialistas, o decreto não tem o condão de revogar norma hierarquicamente superior que, de mais a mais, não se incompatibiliza com a Lei mais moderna (Lei nº 10.072/76).

Pela sistemática da Lei de Introdução ao Código Civil, três são os princípios relativos à aplicação da lei no tempo, sendo tais o da **obrigatoriedade**, que soluciona as questões de vigência e eficácia, o da **continuidade**, segundo o qual presume-se que a lei produz efeitos até que outra a revogue, e o da **irretroatividade**, que relaciona os conceitos de aplicação e vigência da norma.

Ao contrário do sustentado pelo Estado apelante, a Lei nº 10.072/76 não regulou inteiramente a matéria, uma vez que não definiu nem outorgou ao decreto a definição das vagas de especialistas, vigendo, neste ponto, os ditames da Lei nº 226/48, inteiramente aplicáveis à espécie, juntamente com o Decreto nº 15.275/82, que regulamenta a promoção de praças da Polícia Militar do Ceará e dá outras providências.

Todavia, embora vencido o argumento de que teria sido revogada a norma regulamentadora, é preciso reconhecer que o impetrante se escusou de demonstrar, livre de dúvidas, a existência de vaga para pleitear a promoção.

Na verdade, as condições formais genéricas necessárias que o habilitam à ascensão funcional perseguida, tal qual dispõem as regras supra aludidas, são a função de especialista, a fim de lhe outorgar a expectativa à promoção, o interstício mínimo a ser observado, a conclusão do curso para a especialidade, o bom comportamento e, finalmente, ter sido preterido no direito à promoção por outros policiais, haja vista que foram observados os requisitos à obtenção da promoção para graduação(ões) superior(es).

Embora tenha defendido (e ainda o faça) o argumento segundo o qual há violação ao princípio da isonomia a concessão administrativa de promoções com base no dito estatuto parcialmente revogado, de situações idênticas às inúmeras outras somente asseguradas judicialmente, o fato é que o Supremo Tribunal Federal decidiu, no julgamento da Ação

Direta de Inconstitucionalidade nº 2979, o seguinte:

“INCONSTITUCIONALIDADE. Ação direta. Lei complementar estadual. LC nº 206, de 26.06.2001, do Estado do Espírito Santo. Servidor público. Polícia militar do corpo de bombeiros. Praças. Promoção dita peculiar”. Necessidade da existência de cargo vago na classe ou nível superior da carreira. Interpretação conforme à constituição, para esse fim. É constitucional lei estadual que regule promoção, dita ‘peculiar’, de praças da Polícia Militar e do Corpo de Bombeiros, desde que se lhe subentenda, por interpretação conforme à constituição, que cada promoção só pode efetivar-se quando exista, na classe ou nível superior, cargo vago”(ADI 2979/ES, Relator Min. Cezar Peluzo, Tribunal Pleno, DJ 04.06.2004, pg; 28, sem grifos no original).

Esse também é o recente posicionamento da 2ª Câmara do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, reconhecendo, na esteira do colendo Supremo Tribunal Federal, a necessidade de comprovação de vaga para se efetuar a promoção do militar, sem a prova da qual ruirá a ação mandamental, conforme se exemplifica no seguinte julgado de votação unânime:

“EMENTA: Apelação Cível. Recursos: obrigatório e voluntário. Direito Constitucional e Administrativo. Mandado de Segurança. Policial Militar. Promoção. Critério de ressarcimento por preterição. I - Uma vez inatendidas as exigências legais pertinentes, o militar não faz jus à promoção pleiteada e, de conseguinte, o direito reclamado não passa a integrar o seu patrimônio jurídico. II - Ausente o direito líquido e certo, até porque não comprovado documentalmente,

impede que o órgão judicial, em tal situação, denegue a segurança, a teor do disposto no art. 8º, da Lei nº 1.533/51, atentando-se para a circunstância de que: “As disposições da Lei devem ser entendidas no sentido de que cada promoção peculiar só poderá efetivar-se quando exista na classe superior cargo vago” (ADI nº 2979-ES, Supremo Tribunal Federal, Rel. Min. Cezar Peluso). III - Remessa obrigatória e apelação voluntária conhecidas e providas. **Decisão unânime” (Apelação Cível nº 2002.0000.0065-2, Rel. Desembargador José Maria de Melo, votaram os Desembargadores José Cláudio Nogueira Carneiro e Gizela Nunes da Costa, julgamento de 18 de maio de 2005).**

No caso concreto o impetrante realmente não comprovou a ocorrência de vaga para a promoção pretendida nem qualquer disposição que indicasse ter sido a vaga preenchida por outrem em situação menos benéfica que a sua, o que, em se verificando, certamente ensejaria a concessão do **mandamus**.

José dos Santos Carvalho Filho, Celso Antônio Bandeira de Mello, Hely Lopes Meirelles e praticamente toda a escola de juristas na área administrativa é uníssona ao afirmar que o rito do mandado de segurança não possui dilação probatória, necessitando de prova pré-constituída que demonstre latente o direito líquido e certo perseguido, inócurrente na espécie.

Vejam-se as palavras de José dos Santos Carvalho Filho, em seu notável “Manual de Direito Administrativo”:

“Domina o entendimento de que líquido e certo é aquele que pode ser comprovado de plano, ou seja, aquela situação que permite ao autor da ação exhibir desde logo os elementos de prova que conduzam à certeza e liquidez dos fatos que amparam o direito. Se o impetrante não tem

esses elementos logo no início do mandado de segurança, não pode se valer desse instrumento, mas sim das ações comuns” (autor e obra citados, Lúmen Juris, 12ª edição, pág. 934).

Não vejo razão, diante disso tudo, para alongar o debate.

Ante o exposto, na esteira do entendimento do Supremo Tribunal Federal e da egrégia 2ª Câmara deste Tribunal, voto pelo provimento da remessa oficial e do recurso voluntário, para o fim de denegar a ordem.

É como voto.

Fortaleza, 21 de setembro de 2005.

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

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

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

APELADO: ORGANIZAÇÃO MATOS PEIXOTO LTDA

ÓRGÃO JULGADOR: TERCEIRA CÂMARA CÍVEL

RELATOR: DES. CELSO ALBUQUERQUE MACÊDO

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

1- CONSIDERANDO-SE QUE NÃO FOI

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

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

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

4- APELO CONHECIDO E PROVIDO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação nº. 2003.0001.3864-4, oriundos da 4ª Vara Cível de Fortaleza, em que são partes os acima nominados, acorda a Turma Julgadora da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, à unanimidade de votos, em conhecer do apelo dando-lhe provimento, para o fim de, reformar a sentença monocrática de fls. 47/50, que deu por subsistente a penhora levada a efeito na execução, para o propósito de excluir o imóvel indicado às fls. 52/55 da constrição pretendida em favor do Colégio Gênese. Verba honorária arbitrada em 10% do valor

atribuído à causa.

RELATÓRIO

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

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

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

Sobreveio sentença às fls. 47/50, vazada na presunção de fraude aos direitos do exequente, explicitando que o embargante é patrono do executado e a suposta transação de compra e venda, sem registro, foi “coincidentemente anterior à propositura da demanda”. Assim sendo, declarou o juízo monocrático ser improcedentes os embargos, determinando a subsistência da penhora levada a efeito na execução e tornando a venda ineficaz com relação ao exequente/embargado.

Irresignados com o deslinde dado ao feito pelo juízo de origem, apelaram os autores. Robusteceram as informações da exordial, enunciando em síntese que o ajuizamento da obrigação assumida pelo executado/apelado é posterior à lavratura da Escritura Pública de Compra e Venda, na data já

anteriormente mencionada, defendendo que é indubitável a legítima exclusão do imóvel indicado à penhora pelo Exeqüente, através de abundante jurisprudência ali incorporada.

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

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

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

Vieram-me os autos conclusos para julgamento.

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

VOTO

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

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

“É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como

condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado”.

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

Segundo Ernane Fidélis dos Santos:

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

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

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

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

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

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

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

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

No que se refere à possibilidade da interposição de Embargos de Terceiros, reproduzo o preceito do Art. 1.046, § 1º. do CPC,

“Art. 1.046. Quem, não sendo parte no processo, sofrer turbação ou esbulho na posse de seus bens por ato de apreensão judicial, em casos como o de penhora, depósito, arresto, seqüestro, alienação judicial, arrecadação, arrolamento,

inventário, partilha, poderá requerer lhe sejam mantidos ou restituídos por meio de embargos.”

§ 1º Os embargos podem ser de terceiro senhor e possuidor, ou apenas possuidor.

A este respeito, a lição de NELSON NERY JÚNIOR:

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

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

Releve-se que, no tocante ao exposto pelo Art.

593, abaixo trasladado, a fraude a execução considerada pelo Ilustre Juízo *a Quo*, não se emoldura em nenhum dos casos ali adornados, veja-se:

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

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

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

III - nos demais casos expressos em lei.

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

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

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

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

1. A jurisprudência do STJ, interpretando o art. 185 do CTN, pacificou-se, por entendimento da Primeira Seção (REsp 40.224/SP), no sentido de só ser possível presumir-se em fraude à execução a alienação de bem de devedor já citado em execução fiscal. 2. Ficou superado o entendimento de que a alienação ou oneração patrimonial do devedor da Fazenda Pública após a distribuição da execução fiscal era o bastante para caracterizar fraude, em presunção *jure et de jure*. 3. Afastada a presunção, cabe ao credor comprovar que houve conluio entre alienante e adquirente para fraudar a ação de cobrança. 4. No caso alienação de bens imóveis, na forma da legislação processual civil (art. 659, § 4º, do CPC, desde a redação da Lei 8.953/94), apenas a inscrição de penhora ou arresto no competente cartório torna absoluta a assertiva de que a constrição é conhecida por terceiros e invalida a alegação de boa-fé do adquirente da propriedade. **5. Ausente o registro de penhora ou arresto efetuado sobre o imóvel, não se pode supor que as partes contratantes agiram em consilium fraudis. Para tanto, é necessária a demonstração, por parte do credor, de que o comprador tinha conhecimento da existência de execução fiscal contra o alienante ou agiu em conluio com o devedor-vendedor, sendo insuficiente o argumento de que a venda foi realizada após a citação do executado.** 6. Assim, em relação ao terceiro, somente se presume fraudulenta a alienação de bem imóvel realizada posteriormente ao registro de penhora ou arresto. 7. Recurso especial improvido. (REsp 811.898/CE, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 05.10.2006, DJ 18.10.2006 p. 233)

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

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

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

“PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE TERCEIRO. FRAUDE À EXECUÇÃO. ART. 593, II, DO CPC. NÃO-CARACTERIZAÇÃO. MÁ-FÉ DOS ADQUIRENTES. INEXISTÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. INOCORRÊNCIA. SÚMULA 83/STJ. PRECEDENTES. I - O fundamento que autoriza

a retirada do bem litigioso do patrimônio de terceiro, em decorrência da aplicação do art. 593, II, do CPC, consiste na demonstração de que tinha ele conhecimento da ação capaz de reduzir o devedor à insolvência, ou que a negociação tenha se dado de modo fraudulento, hipótese não caracterizada nos autos. II - Estando o acórdão recorrido em sintonia com o entendimento da Corte, impõe-se aplicar o Enunciado 83 da Súmula do STJ. III - Recurso especial conhecido e desprovido. (STJ, RESP 325584/SP, 5ª Turma, Rel.min. Gilson Dipp, j. 11.9.2001, DJ 15.10.2001, p. 291)”.

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

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

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

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

“PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE TERCEIRO. PENHORA DE IMÓVEL ADQUIRIDO MEDIANTE PROMESA DE COMPRA E VENDA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 84/STJ - Consoante

entendimento sumulado desta Corte **são cabíveis embargos de terceiro contra penhora sobre imóvel cuja posse decorre de compromisso de compra e venda, ainda desprovido de registro**” (2ª T., REsp. nº. 602.338/AL, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJ de 10/05/04). (grifo não-original).

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

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

“EMBARGOS DE TERCEIRO - EXECUÇÃO - IMÓVEL PENHORADO - BEM DADO EM PAGAMENTO - COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA - FALTA DE REGISTRO EM CARTÓRIO - NÃO-CONFIGURAÇÃO DE FRAUDE À EXECUÇÃO - BOA-FÉ - PENHORA INSUBSISTENTE. Verificado que o imóvel penhorado é bem dado em pagamento, estando o negócio lançado em documento através de contrato de promessa de compra e venda, ainda que não registrado, é insubsistente a penhora, se o negócio não configurou fraude à execução e os terceiros estão de boa-fé (TJMG - Ap. Cível n. 1.0026.05.019562-2/001, Rel. DES. FERNANDO CALDEIRA BRANT, DJ 15/09/2006).

“EMENTA: APELAÇÃO - EMBARGOS DE TERCEIRO - CONTRATO DE PROMESSA DE

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

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

“PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE TERCEIRO. EXECUÇÃO FISCAL. FRAUDE CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA. TERCEIRO DE BOA-FÉ. PRECEDENTES. - Não há fraude à execução quando no momento do compromisso particular não existia a constrição, merecendo ser

protegido o direito pessoal dos promissários-compradores - Há de se prestigiar o terceiro possuidor e adquirente de boa-fé quando a penhora recair sobre imóvel objeto de execução não mais pertencente ao devedor, uma vez que houve a transferência, embora sem o rigor formal exigido. - **Na esteira de precedentes da Corte, os embargos de terceiro podem se opostos ainda que o compromisso particular não esteja devidamente registrado**” (1ª T., Resp. 173.417/MG, REL.MIN. José Delgado, DJ de 26/10/98). (grifo não-original).

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ART. 544 DO CPC. VIOLAÇÃO A NORMA DE REGIMENTO INTERNO DE TRIBUNAL. SÚMULA N.º 399 DO STF. CERCEAMENTO DE DEFESA. SÚMULA N.º 7 DO STJ. RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS DE TERCEIRO. PENHORA SOBRE IMÓVEL. CONTRATO DE PERMUTA NÃO REGISTRADO EM CARTÓRIO. APLICAÇÃO DA SÚMULA 84 DO STJ. FRAUDE À EXECUÇÃO. INOCORRÊNCIA.

1. É cediço na Corte que o Recurso Especial não é o meio hábil a aferir violação de norma contida em Regimento Interno de Tribunal, porquanto tal diploma não se enquadra no conceito de norma federal, arrastando a incidência da Súmula n.º 399 do STF: “Não cabe recurso extraordinário, por violação de lei federal, quando a ofensa alegada for a regimento de tribunal.” Precedentes: REsp 542.334/RS, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, DJ de 23.05.2005; REsp 673.970/RS, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, Sexta Turma, DJ 14.02.2005.

2. A aferição acerca da necessidade ou não de produção de prova pericial impõe o reexame do conjunto fático-probatório exposto nos autos, o que

é defeso ao Superior Tribunal de Justiça, face do óbice erigido pela Súmula 07/STJ, porquanto é vedado atuar como Tribunal de Apelação reiterada ou Terceira Instância revisora. Precedentes: RESP 670.852/PR, desta relatoria, DJ de 03.03.2005; RESP 445.340/RS, Relator Ministro José Delgado, DJ de 17.02.2003.

3. Assentou-se a jurisprudência no sentido de que incorre fraude à execução quando a alienação do bem opera-se antes de ajuizada a execução fiscal e, a fortiori, precedentemente à penhora.(Precedentes: REsp 293.997/RS, Rel. Min. FRANCIULLI NETTO, DJ 18.10.2004; AgRg AG 532.177/PR, Rel. Min. Castro Meira, DJ 31.05.2004)

4. A novel exigência do registro da penhora, muito embora não produza efeitos infirmadores da regra *prior in tempore prior in jure*, exsurgiu com o escopo de conferir à mesma efeitos *erga omnes* para o fim de caracterizar a fraude à execução. 5. Assentando o acórdão que a responsabilidade de terceiro somente poderia advir ou de fraude de execução ou de fraude contra credores, a primeira a exigir prova de alienação ilícita *in re ipsa* e a segunda a reclamar ação pauliana com a prova do *consilium fraudis*, a análise dessa questão referente à fraude é interdita nesta Eg. Corte, ante a inarredável incidência da Súmula 07 (Precedentes: AGA 563346/MG, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 30/08/2004; REsp 283.710/SP, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes de Direito, DJ de 03/09/2001; REsp 163.742/SE, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes de Direito, DJ 09/08/99).

6. Deveras, à luz do art. 530 do Código Civil de 1916, sobressai claro que a lei reclama o registro dos títulos translativos da propriedade imóvel por ato inter vivos, onerosos ou gratuitos, posto que os negócios jurídicos em nosso ordenamento jurídico não são

hábeis a transferir o domínio do bem. Assim, titular do direito é aquele em cujo nome está transcrita a propriedade imobiliária.

7. Todavia, a jurisprudência do STJ, sobrepujando a questão de fundo sobre a questão da forma, como técnica de realização da justiça, vem conferindo interpretação finalística à Lei de Registros Públicos. Assim é que foi editada a Súmula 84, com a seguinte redação: “É admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse advinda de compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido do registro”.

8. “O CTN nem o CPC, em face da execução, não estabelecem a indisponibilidade de bem alforriado de constrição judicial. A pré-existência de dívida inscrita ou de execução, por si, não constitui ônus ‘erga omnes’, efeito decorrente da publicidade do registro público. Para a demonstração do ‘consilium’ ‘fraudis’ não basta o ajuizamento da ação. A demonstração de má-fé, pressupõe ato de efetiva citação ou de constrição judicial ou de atos persecutórios vinculados a imóvel, para que as modificações na ordem patrimonial configurem a fraude. Validade da alienação a terceiro que adquiriu o bem sem conhecimento de constrição já que nenhum ônus foi dado à publicidade. Os precedentes desta Corte não consideram fraude de execução a alienação ocorrida antes da citação do executado alienante.” (REsp nº. 31321/SP, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJ de 16/11/1999) **9. Aquele que não adquire do penhorado não fica sujeito à fraude *in re ipsa*, senão pelo conhecimento *erga omnes* produzido pelo registro da penhora. Sobre o tema, sustentamos: “Hodiernamente, a lei exige o registro da penhora,**

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

11. Agravo Regimental desprovido. (AgRg no Ag 641.363/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06.12.2005, DJ 13.02.2006 p. 667)

Nestas condições, conheço do apelo para dar-lhe provimento, reformando os termos da sentença monocrática de

fls. 47/50, anulando-a na parte que tornou a venda do imóvel ineficaz com relação ao exequente/embargado e excluindo o imóvel indicado às fls. 52/55, constituído do apto. 204, bloco “B”, do Edifício Icarai, situado na praça Paulo Sarasate S/N, em Icarai, Caucaia, da construção pretendida em favor do Colégio Gênesis, por não evidenciar a comprovação do *consilium fraudis*.

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

Fortaleza, 31 de janeiro de 2007.

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

PROCESSO nº : 2003.0004.6680-3/0

TIPO DO PROCESSO: APELAÇÃO CIVEL (*Remessa Obrigatória*)

ORIGEM: COMARCA DE FORTALEZA/CE

REQUERENTE – MM JUIZ DA 6ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA.

APELANTE - MUNICÍPIO DE FORTALEZA

APELADOS - NOSSA CASA COMÉRCIO e IMPORTAÇÕES LTDA. e OUTROS

RELATOR - Des. ERNANI BARREIRA PORTO

EMENTA – SERVIÇO DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA. COBRANÇA DE TAXA. IMPOSSIBILIDADE. INCONSTITUCIONALIDADE. APLICAÇÃO DA SÚMULA 670 DO STF.

Tratando-se de taxa vinculada à prestação de serviço de iluminação pública, tem-se que esta possui caráter universal e indivisível, cujo fato gerador decorre de prestação de serviço inespecífico, não mensurável, indivisível e insuscetível de ser referido a determinado

**contribuinte. Matéria já sumulada pelo STF (670)
RECURSO IMPROVIDO.**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível de Fortaleza, em que é requerente (*remessa obrigatória*), o MM JUIZ DA 6ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DE FORTALEZA, Apelante o MUNICÍPIO DE FORTALEZA e Apelados NOSSA CASA COMÉRCIO e IMPORTAÇÕES LTDA., JOSÉ MARTINIANO JANEIRO ROCHA, LUIZ CARLOS MOTA AGUIAR e ANTÔNIO CLÁUDIO MOTA DE AGUIAR.

ACORDAM os Desembargadores integrantes da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, unanimemente, em conhecer do recurso para negar-lhe provimento, nos termos do voto da relatoria.

Trata-se de Apelação Cível, impetrado pelo MUNICÍPIO DE FORTALEZA, objetivando a reforma da sentença de magistrado singular, em sede de Mandado de Segurança, que foi interposto por NOSSA CASA COMÉRCIO e IMPORTAÇÕES LTDA. e OUTROS, contra ato do Prefeito do Município de Fortaleza, consistente na cobrança de Taxa de Iluminação Pública – TIP, disciplinada através da lei 5.365/80.

Alegam os impetrantes que são usuários dos serviços de energia fornecidos pela Companhia de Energética do Ceará - **COELCE**, tendo sido obrigados, nos termos do art. 2º, da lei 5.365/80, a pagarem, mensalmente, nas respectivas contas de luz, taxa de iluminação pública, em razão do consumo de energia.

Afirmaram que tal cobrança, através da modalidade taxa, é inconstitucional, uma vez que o serviço em relação ao qual o município pretende vincular a cobrança da mencionada exação não pode ser considerado **específico e divisível**, nos moldes em que o art. 145, II, da CF/88 c/c o art. 77 e 79 do Código Tributário Nacional exigem para a criação de uma **taxa**.

Ademais, aduzem que o serviço público autorizado a motivar a cobrança deste tipo de exação não pode ser genérico, devendo ser destinado a determinado usuário, nem pode ser

prestado em caráter geral, como ocorre com a taxa de iluminação pública, que é cobrada indistintamente a todos.

Assim, requereram fosse determinada a imediata suspensão do pagamento da citada taxa, com a conseqüente exclusão da mencionada cobrança, em suas respectivas e próximas emissões de contas de energia elétrica.

O pedido de concessão de medida liminar "*initio litis* e "*inaudita altera pars*" foi deferida às fls.43/45 dos autos.

Informações da autoridade apontada como coatora (fls.79/91). Contestação da COELCE (fls.48/64). Parecer do ilustre representante do Ministério Público, com assento no primeiro grau (fls. 93/94), no sentido de conceder a segurança.

Decisão do juízo de primeiro grau pela concessão da segurança (fls.113/152), determinando à autoridade coatora a imediata supressão da cobrança da referida taxa, excluindo da conta de consumo mensal de energia elétrica dos imóveis dos impetrantes, no passo em que declarou a ilegalidade e inconstitucionalidade da taxa cobrada.

Em face do julgamento da demanda, atendendo à obrigatoriedade do duplo grau de jurisdição, o MM julgador *a quo* determinou a remessa dos autos a esta Egrégia Corte. Assim igualmente o fez em relação ao recurso de Apelação Civil do Município de Fortaleza (fls. 155/165).

Aqui aportados os respectivos autos, foram os mesmos – inicialmente – remetidos à D. Procuradoria Geral de Justiça, para manifestação, cujo parecer propugnou pela manutenção da sentença, em todos os seus termos (fls. 182/185).

É o relatório.

DECIDO.

A controvérsia da presente demanda diz respeito à constitucionalidade ou não da Lei Municipal nº 5.365/80, que instituiu a cobrança de **taxa**, referente à prestação de **Serviço de Iluminação Pública**, na área do Município de Fortaleza.

Referida norma legal, como se pode ver, afronta a

crystalina intenção do constituinte de somente permitir a cobrança de taxa, em razão de serviços específicos e divisíveis, no qual – obviamente – não tem como enquadrar o serviço de iluminação pública, que não é divisível, nem tampouco específico.

Tal questionamento já fora objeto de inúmeras querelas jurisprudenciais. Culminou, alfim, com o posicionamento pacificado do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que tal cobrança é de natureza inconstitucional, não havendo mais, por conseguinte, controvérsia em torno do assunto.

Neste sentido foi editada, pelo Excelso Pretório, a

“Sumula 670 - 0 Serviço de Iluminação Pública não pode ser remunerado mediante taxa”.

As decisões judiciais, assim balizadas, se manifestaram reiteradamente no sentido de que **taxa** não poderia ser instrumento tributário hábil a viabilizar tal cobrança, porquanto ausentes as características da **especificidade** e **divisibilidade**, como se pode aferir pelas ementas, abaixo, a última – inclusive – deste E. TJ/CE:

“TAXA de Iluminação Pública. Ilegitimidade. Assentou o plenário do STF (RE 199.969 – Rel. Min. Ilmar Galvão - DJ 06.02.98) que ela tem por fato gerador prestação de serviço inespecífico, não mensurável, indivisível e insuscetível de ser referido a determinado contribuinte. 2. Taxa de Iluminação Pública: incidência da Súmula 670. (Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 501679 – STF – Primeira Turma – Relator Min. Sepúlveda Pertence – Jul. 27.09.05 – Pub. 14.10.05).”

“MUNICÍPIO – TAXA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA – INCONSTITUCIONALIDADE. Tributário. Município de Niterói. Taxa de iluminação pública. Arts. 176 e 179 da Lei nº 480,

de 24.11.83, com redação dada pela Lei nº 1.224, 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 do município.” (R.Ex nº 231.764 – Rel. Min. Ilmar Galvão – publ. 10.03.99)

“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 grela e indivisível. Precedentes deste colendo Tribunal e dos Tribunais Superiores. Apelação e remessa oficial conhecidas e improvidas. 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.”(Apelação Cível nº 2004.0009.4292-1/00000 – TJ/CE – Segunda Câmara Cível – Relator Des. Ademar Mendes Bezerra – jul. 18.05.05)

Na verdade, a taxa, de acordo com os termos do art. 145, II, da CF/88 c/c o art. 77 e 79 do Código Tributário Nacional, é o tributo que tem como fato gerador uma atividade estatal específica (**tributo vinculado**), concernente ao exercício regular

do **poder de polícia** ou à utilização, efetiva ou potencial, de **serviço público específico e divisível**, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição.

Verifica-se, destarte, que existem dois tipos de taxas no ordenamento jurídico brasileiro, a **taxa de polícia** e a **taxa de serviço**, sendo, esta última, a modalidade que tem por fato gerador uma prestação de serviço público diretamente referida a alguém.

Desta forma, a **referibilidade** da **taxa de serviço** é elemento indispensável de sua natureza jurídica, importando a necessidade de que esta satisfaça interesses de pessoas individualmente consideradas, mesmo que desta situação decorra – necessariamente – um proveito ou vantagem para o contribuinte, senão a mera potencialidade da sua fruição, com a disponibilização do serviço.

Nesse sentido, ensina o jurista Hugo de Brito Machado:

“...a instituição e cobrança de uma taxa não têm como pressuposto essencial um *proveito*, ou *vantagem*, para o contribuinte, individualmente. O essencial, na taxa, é a referibilidade da atividade estatal ao obrigado... A atividade estatal que constitui fato gerador da taxa não constitui necessariamente uma vantagem para o contribuinte. Por isto temos sustentado que a contraprestacionalidade não é uma característica essencial dessa espécie tributária”. (MACHADO, Hugo de Brito. *Comentários ao Código Tributário Nacional: artigos 1º a 95*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 658)

Ademais, não é qualquer serviço que pode viabilizar a cobrança de uma taxa, mas apenas aqueles caracterizados como **uti singuli**, isto é, **específicos** e **divisíveis**, pois os serviços considerados **uti universi** ou **gerais** e **indivisíveis**, que se caracterizam, ao contrário, por satisfazem interesses

das pessoas de maneira genérica, sem se poder determinar a quota parte de ninguém, a quantidade de utilização. Estas circunstâncias, como se sabe, viabilizam a cobrança de **impostos**, tributos não vinculados, conforme entendimento pacificado na doutrina e na jurisprudência.

Ocorre que, diversamente ao alegado pelo Município de Fortaleza e implementado pela COELCE, o serviço de iluminação pública, prestado aos munícipes de Fortaleza é feito de forma **compulsória**, relativamente a um serviço que se caracteriza como geral, sem qualquer **referibilidade** (especificidade) e impossível de **mensuração** (divisibilidade), o que inviabiliza a cobrança através da espécie tributária utilizada, qual seja, a taxa.

Com efeito, tem-se que o serviço de iluminação pública não é passível de **individualização** ou **divisibilidade**, uma vez que não permite possa ser o *quantum debeatur* mensurado. Não se pode medir quanto, individualmente, cada pessoas, proprietária de unidade imobiliária urbana, utiliza da energia disponibilizada em vias públicas.

Desta forma é fácil e cristalina a percepção da manifesta ilegalidade e inconstitucionalidade da tributação municipal sob comento que, sob rótulo de **taxa**, cobra fornecimento de iluminação pública dos proprietários de unidades imobiliárias urbanas, neste Município de Fortaleza insuscetível de utilização individual e de mensuração, tomando por base de cálculo o consumo de energia.

A inconstitucionalidade desta denominada taxa de iluminação pública ficou tão inquestionável, que o Congresso Nacional promulgou Emenda Constitucional, através da qual foi introduzido à Carta Magna, o art. 149-a. Assim, atendendo aos apelos de todos os Municípios do País, inclusive o de Fortaleza, ficou autorizada a cobrança do serviço de iluminação pública, somente através de **contribuição** e nunca sob a modalidade tributária de **taxa**. (aplicável para cobrança de serviços **uti singuli**, isto é, **específicos** e **divisíveis**)

Ante o exposto, conheço da remessa obrigatória e do recurso, para **negar provimento** ao apelo, mantendo

integralmente a decisão de primeiro grau.

Fortaleza 08 de maio de 2006.

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

**PROCESSO Nº 2003.0011.6725-7/0
TIPO DO PROCESSO – APELAÇÃO CÍVEL
COMARCA - FORTALEZA**

PARTES:

APELANTE: CASA DAS LINHAS SANTA MÔNICA.

APELADA: ANTÔNIA MARLEIDE DE SOUZA.

RELATOR: DES. ERNANI BARREIRA PORTO

EMENTA

**CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL.
CONSUMIDOR. CLIENTE LESIONADO NO
INTERIOR DE ESTABELECIMENTO CO-
MERCIAL. FALTA DE MANUTENÇÃO DE SUAS
INSTALAÇÕES. RESPONSABILIDADE OBJE-
TIVA. AUSÊNCIA DE PROVA CAPAZ DE
DEMONSTRAR A CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA.
DEVER DE INDENIZAR.**

- Ação de reparação de danos morais e materiais porque uma barra de ferro caiu do teto da loja apelante no pé da autora, lesionando-o.

- Tratando-se de relação consumista, aplicável, no caso em exame, o art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, que dispõe sobre a responsabilidade objetiva dos fornecedores de serviço.

- O estabelecimento comercial responde pelos danos causados aos clientes por falha relativa à prestação dos serviços.

- Ausente à prova da excludente de responsabilidade

por culpa exclusiva da vítima.

- Quanto à obrigação indenizatória do dano material, apesar da alegada perda, não vislumbro os comprovantes nos autos.

- A reparação por dano moral deve ser suficiente para reparar o dano de forma completa e nada mais, sob pena de consubstanciar-se em fonte de lucro para o lesado. Dessa forma, o *quantum* arbitrado na sentença monocrática, a título de indenização por dano moral suportado, merece reparo, eis que excessivo.

- Recurso conhecido e provido parcial.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível de Fortaleza, em que é Apelante **CASA DAS LINHAS SANTA MÔNICA** e Apelada **ANTÔNIA MARLEIDE DE SOUZA**.

A C O R D A M os Desembargadores integrantes da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, unanimemente, em conhecer do recurso apelatório para dar-lhe provimento e reformar parcialmente a sentença recorrida.

Cuida-se de Apelação Cível interposta pela Casa das Linhas Santa Mônica contra Antônia Marleide de Souza, por não haver se resignado com sentença proferida pelo Juízo da 27ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza, em sede de ação de reparação de danos morais e materiais.

Aduz a autora da ação, Antônia Marleide, que, no dia 19 de novembro de 2001, dirigiu-se à Casa das Linhas Santa Mônica para comprar materiais básicos para a sua profissão de costureira e, ao adentrar no estabelecimento comercial, foi surpreendida por uma barra de ferro vindo do teto, que lhe acertou o pé direito.

Afirma que, com “profunda dores” e sem qualquer resistência física e emocional, foi socorrida pela gerente da Casa das Linhas, Srª Cristina, que pediu ao Sr. Hélio para transportá-la ao hospital próximo. No Instituto Doutor José Frota, não obteve atendimento. Conduzida ao Pronto Socorro SOS, foi detectada

uma lesão corporal de natureza grave, deixando-lhe acamada.

Diz que, após oito dias da desdita, teve complicações médicas na lesão e voltou ao Pronto Socorro SOS, onde fez exame e trocou o gesso, tendo comprado novos medicamentos com ajuda financeira de familiares, visto que ficou impossibilitada para o trabalho.

Sustenta ainda que está sofrendo muito pela privação financeira pela qual passa a filha e o esposo, uma vez que seu ofício de costureira ampliava a renda familiar.

Por fim, pede, em preliminar, que seja declarada a pena de confissão da ré, baseada em ata de audiência do DECOM, e, em consequência, extinto o processo com julgamento do mérito, com “total ganho de causa para a autora”. E ainda postula a concessão da tutela antecipada para liberação do valor incontroverso, R\$2.400,00 (dois mil e quatrocentos reais). No mérito, requer a condenação da autora ao pagamento de indenização por danos morais e materiais, no valor de R\$ 59.000,00 (cinquenta e nove mil reais) e R\$6.150,00 (seis mil e cento e cinquenta reais) respectivamente.

Em sua defesa às fls. 35-54, a requerida aduz que (1), por meio de sua gerente e empregado, prestou todo o socorro possível à autora; (2) a pena de confissão é descabida; (3) os danos foram provocados por meio de caso fortuito; (4) os documentos e fotografias trazidos aos autos pela requerente são desprovidos das condições de prestabilidade processual; (5) não existe demonstração de dano material; (6) o valor postulado a título de dano moral é absolutamente despido de razoabilidade e de incompatibilidade com a situação socioeconômica das partes, além de não encontrar parâmetro na jurisprudência pátria; e (7) não se apresenta inequívoca a prova do alegado em sede de pedido de tutela antecipada. Pugna ao final pela improcedência da ação, indeferimento da antecipação da tutela, com as condenações de praxe.

Réplica às fls. 58/60, repisando os argumentos apresentados na inicial.

Tentativa de conciliação, sem êxito (fls. 69). Rejeitada a preliminar levantada pela autora – pena de confissão (fls. 71).

Na instrução, foram inquiridas as testemunhas arroladas pelas partes (fls. 90-99). Memoriais escritos da ré, fls. 102-106, e da autora, fls. 111-118.

Finalmente, às fls. 123-130, o magistrado singular julgou procedente a ação para condenar a Casa das Linhas Santa Mônica no ressarcimento a Antônia Marleide dos prejuízos materiais, valores a serem apurados em sede de liquidação de sentença, e R\$10,000,00 (dez mil reais), a título de reparação aos danos morais, aplicando-se a correção monetária a partir da data do evento danoso. A requerida ainda foi condenada ao pagamento das custas do processo e honorários advocatícios, estes estipulados na base de 20% do valor total da condenação.

Nas razões apelatórias colacionadas tempestivamente às fls. 132-148, a Casa das Linhas Santa Mônica reinsiste na ausência de voluntariedade na conduta, inexistência de dolo ou culpa, falta de nexo de causalidade. Nega o dano moral, arbitrado em quantia excessiva, e, o dano material, não provado pela autora. Pede a reforma da sentença para que sejam julgados improcedentes os pedidos.

É o relatório.

Revisão procedida pelo Excelentíssimo Desembargador José Mário Dos Martins Coelho.

Decido.

A apelada pretende reparação de danos morais e materiais com fundamento em lesão no pé direito provocada por uma barra de ferro vindo do teto da loja da apelante.

Tratando-se de relação consumista, aplicável, no caso em exame, o art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, que dispõe sobre a responsabilidade objetiva dos fornecedores de serviço.

Em sede de responsabilidade objetiva, o consumidor só precisa demonstrar o dano e o nexo causal. O dever de indenizar só pode ser afastado mediante prova concreta e cabal

do fato exclusivo da vítima ou de terceiro ou do caso fortuito ou força maior.

Na hipótese, é incontroverso que a autora, ora apelada, sofreu lesão no pé direito em decorrência de uma barra de ferro vindo do teto da Casa das Linhas Santa Mônica, como evidenciam os depoimentos das testemunhas inquiridas das quais ressalto o de Hélio Ricardo de Sousa e de Cristina Aguiar Maia.

Afirma Hélio Ricardo de Sousa às fls. 96-97 que: "...é funcionário da promovida; ...à época que a requerente fazia compras na promovida, o depoente trabalhava lá; ...a barra de ferro de que trata a inicial era a coluna de sustentação da porta, a qual se encontrava escorada na parede; ... não se recorda se existia alguma presilha prendendo a coluna de sustentação da porta; ...não observou a extensão da lesão; ...acompanhou a autora ao hospital sozinho; ...a barra de ferros atualmente está fixa para não ocorrer outros acidentes".

Diz Cristine Aguiar Maia às fls. 98-99 que: "...é esposa do sócio gerente da promovida...; ...a requerente foi levada ao hospital por uma pessoa da empresa; ...a barra de sustentação da porta foi fixada com cimento e solda.".

O exame de corpo de delito de fls. 24 comprova a lesão.

É certo que a Casa de Linhas Santa Mônica deixou de produzir qualquer prova capaz de demonstrar a culpa exclusiva da vítima na ocorrência do acidente. Além disso, cabe à apelante diligenciar no sentido de manter suas instalações seguras, evitando acidentes. Ademais, quem tira proveito da atividade econômica lucrativa deve arcar com os riscos decorrentes, indenizando os danos sofridos pelos usuários de seus serviços.

Logo, o fato de uma barrar de ferro despencar do teto caracteriza o defeito do serviço por não oferecer a segurança que dele se espera, e enseja o dever de indenizar os danos.

Quanto à obrigação indenizatória do dano material, sem dúvida alguma, apesar da alegada perda, não vislumbro os comprovantes nos autos.

No que tange ao dano moral, notório se faz registrar

que a nossa ordem jurídica tem como principal escopo proteger o ilícito e reprimir o ilícito. Para tal, o direito positivo impõe condutas externas aos indivíduos denominados de deveres jurídicos, as quais, uma vez violadas, geram um dever reparatório decorrente do dano causado pela violação. Nesse sentido, Sérgio Cavalieri Filho, *in* Programa de Responsabilidade Civil, 2ª edição, 3ª tiragem, Editora Malheiros, páginas 19-20:

“1.1 Dever jurídico originário e sucessivo –

A violação de um dever jurídico configura o ilícito, que, quase sempre, acarreta dano para outrem, gerando um novo dever jurídico, qual seja, o de reparar o dano. Há, assim, um dever jurídico originário, chamado por alguns de primário, cuja violação gera um dever jurídico sucessivo, também chamado de secundário, que é de indenizar o prejuízo. A título de exemplo, lembramos que todos têm o dever de respeitar a integridade física do outro. Tem-se, aí, um dever jurídico originário, correspondente a um direito absoluto. Para aquele que descumprir esse dever surgirá um outro dever jurídico: o da reparação do dano.”

Assim, o dano moral é lesão de bem integrante da personalidade tal como a honra, a liberdade, a saúde, a integridade psicológica, causando dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação à vítima.

No tocante ao *quantum* indenizatório, inexistem parâmetros legais expressos para o arbitramento do dano moral. Tal dificuldade tornou-se ainda mais nítida com a revogação de dispositivos do Código Civil de 1916, que contemplavam alguns elementos normativos passíveis de adequação.

Hoje, mais que nunca, a faculdade de mensuração do julgador obedece ao seu sereno arbítrio, recorrendo-se muitas vezes a precedentes jurisprudenciais sobre a matéria, todas pautadas no sentido de prestigiar os princípios da razoabilidade

e proporcionalidade.

Novamente, o Eminentíssimo Desembargador Sérgio Cavaleri Filho, na mesma obra já referida, páginas 81-82, aduz, quanto ao arbitramento do *quantum* indenizatório por dano moral:

“Creio também, que este é outro ponto onde o princípio da lógica do razoável deve ser a bússola norteadora do julgador. Razoável é aquilo que é sensato, comedido, moderado; que guarda uma certa proporcionalidade. Importa dizer que o juiz, ao valorar o dano moral, deve arbitrar uma quantia que, de acordo com o seu prudente arbítrio, seja compatível com a reprovabilidade da conduta ilícita, a intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima, a capacidade econômica do causador do dano, as condições sociais do ofendido e outras circunstâncias mais que se fizerem presentes.”

A indenização, eventualmente, devida a quem foi atingido pela conduta ilícita de outrem, não visa propiciar um enriquecimento ao lesado e sim minimizar o sofrimento. A indenização, considerando a capacidade financeira das partes, o vento lesivo e suas conseqüências, deve ser suficiente para reparar o dano de forma completa e nada mais, sob pena de consubstanciar-se em fonte de lucro para o lesado.

Dessa forma, o *quantum* arbitrado na sentença monocrática no valor de R\$10.000,00 (dez mil reais) afigura-se desproporcional e merece reparo, devendo ser reduzida a quantia de R\$5.000,00 (cinco mil reais).

Pelo exposto, conheço do presente recurso apelatório, para dar-lhe parcial provimento, somente para excluir a indenização por dano material, e fixar a verba indenizatória do dano moral em R\$5.000,00 (cinco mil reais).

É como voto.

Fortaleza, 10 de outubro de 2007.

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

Apelação Cível nº 2005.0007.6353-7/1

Apelante: HSBC BANK BRASIL S/A - BANCO MÚTIPLIO

Apelado: JOSÉ ALMIR DA SILVA

Relator: Des. Ademar Mendes Bezerra

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. DISCUSSÃO ACERCA DAS CLÁUSULAS CONTRATUAIS. POSSIBILIDADE. ANATOCISMO. APLICABILIDADE NA ESPÉCIE. CUMULAÇÃO INDEVIDA DE COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. DESCARACTERIZAÇÃO DA MORA.

- Conforme entendimento jurisprudencial consolidado do Colendo STJ, admite-se a ampla defesa do devedor em sede de ação de busca e apreensão decorrente de alienação fiduciária, restando ampliado o âmbito de discussão da demanda.

- Permitida a capitalização mensal de juros, para contratos celebrados após o advento da MP nº 1963-17/2000.

- É inválida, porém, a cumulação da comissão de permanência com correção monetária ou quaisquer outros encargos moratórios, os quais devem ser expurgados da avença, mantendo-se, porém, a dita comissão pelo índice do contrato (STJ, S. 294).

- A cobrança excessiva de encargos, como a indevida cumulação de comissão de permanência com juros moratórios e multa, descaracteriza a mora do devedor, devendo haver a compensação dos valores eventualmente pagos a maior (repetição

simples).
- Apelação parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos da Apelação Cível nº 2005.0007.6353-7/1, em que figuram as partes acima indicadas.

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

Fortaleza, 06 de dezembro de 2006.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de apelação cível interposta pelo **HSBC BANK BRASIL S/A – Banco Múltiplo**, contra sentença do MM Juiz da 26ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza, em sede de ação de **Busca e Apreensão**, que julgou parcialmente procedente o pedido inaugural.

Na vestibular da ação proposta pelo ora apelante contra o Sr. **JOSÉ ALMIR DA SILVA**, aí qualificado, alegou-se, em suma, que fora celebrado, no dia 26 de novembro de 2004, um contrato de crédito direto ao consumidor com garantia de alienação fiduciária, tendo sido financiado o valor de R\$ 5.900,00 (cinco mil e novecentos reais), a ser pago em 36(trinta e seis) parcelas de R\$296,48 (duzentos e noventa e seis reais e quarenta e oito centavos), com primeiro vencimento para o dia 26/12/2004, sendo objeto da alienação o veículo da marca Volkswagen, Modelo Parati GL 1.8, ano 1994, modelo 1995, cor branca, de placas HVB 6719.

O apelado, todavia, deixou de efetuar o pagamento da terceira parcela, assim como das subseqüentes, mesmo depois de haver sido extrajudicialmente notificado para tanto, o que motivou o requerimento de medida liminar, com a procedência, a final, da ação.

Instruíram a exordial os documentos de fls. 06 a 20.

O MM. Juiz processante, no despacho inicial, determinou a citação do demandado, na conformidade do artigo 3º, § 1º, do Decreto-lei nº 911/69, alterado pela Lei nº 10.931/2004, deixando, provisoriamente, de conceder a liminar requerida, em virtude do direito à purgação da mora garantido ao demandado (fl. 22). Citado (fl. 23), o promovido deixou transcorrer *in albis* o prazo para oferecer contestação, intentando, todavia, ação declaratória (revisional), tendo o juízo *a quo* extinguido a referida ação, sem julgamento do mérito (fl. 25 a 31), sob color de ser possível discutir as cláusulas do contrato no bojo da ação de busca e apreensão, e determinado que, em homenagem aos princípios da celeridade e economia processuais, fosse feito o traslado das cópias da peça preambular (da ação declaratória) e demais documentos para os autos da busca e apreensão, a fim de servirem como contestação (fls. 31 e 42 a 68).

Inconformado, o promovente/apelante ingressou com petição requerendo o desentranhamento da exordial da ação declaratória e, caso assim não entendesse o juízo *a quo*, que os argumentos ali apresentados fossem acatados em sede de réplica (fls. 33 a 41).

Em seguida, o MM. Juiz diretor do feito prolatou sentença, julgando parcialmente procedente a ação (fls. 70 a 77). Entendeu pela nulidade das cláusulas contratuais concernentes ao anatocismo (Tabela Price), à cobrança de multa em valor superior a 2% (dois por cento) - limite previsto pelo Código de Defesa do Consumidor -, e à cobrança de comissão de permanência, determinando, deste modo, o expurgo das cláusulas nulas de pleno direito, mediante simples cálculo aritmético, passando o contrato a observar a taxa mensal de juros pactuada, em regime de juros simples, pelo Sistema de Amortização Constante. Por fim, determinou que, após a apuração do valor devido pela Contadoria do Fórum, fosse concedido ao promovido o prazo de dez dias para proceder ao depósito das parcelas vencidas, sob pena de deferimento da liminar de busca e apreensão.

Inconformado, o promovente interpôs apelação (fls.

78 a 84), requerendo a reforma da decisão na parte em que sucumbiu.

Contra-razões às folhas 87 a 137.

É o relatório.

VOTO

Inicialmente, ressalte-se a possibilidade de discussão acerca das cláusulas contratuais no bojo da própria ação de busca e apreensão, sendo, mormente em nome dos princípios da economia processual e instrumentalidade das formas, prescindível o ajuizamento de ação declaratória específica para tratar da matéria.

Este é o **entendimento consolidado** do Superior Tribunal de Justiça, senão veja-se:

“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. Ministra NANCY ANDRIGHI (1118). T3 - 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 (1110). Órgão Julgador T4 - QUARTA TURMA Data do Julgamento 16/08/2005. Data da Publicação/Fonte DJ 12.09.2005 p. 336.

No que concerne à prática do anatocismo, rechaçada pela decisão do juízo *a quo*, que proclamou a nulidade da respectiva cláusula, a jurisprudência é no sentido de ser possível a capitalização dos juros por período inferior a um ano, nos ajustes celebrados após o advento da medida Provisória nº 1963-17/2000. Destarte, a decisão do juízo de primeira instância há que ser, neste ponto, reformada, vez que o instrumento contratual data de 2004.

"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 pactuada, o que não se verifica relativamente a um dos contratos firmados entre as partes, motivo que obsta seu deferimento.

2. A comissão de permanência é devida para o período de inadimplência, desde que pactuada, requisito inexistente no que toca a dois dos contratos em revisão, vedando-se, pois, relativamente aos mesmos, a cobrança de tal encargo.

3. Segundo o entendimento sumulado no enunciado 294/STJ, os juros remuneratórios são devidos até o advento da mora.

4. A comissão de permanência é devida para o período de inadimplência, não podendo ser cumulada com correção monetária (súmula 30/STJ) nem com juros remuneratórios, calculada pela taxa média dos juros de mercado, apurada pelo Banco Central do Brasil, tendo como limite máximo a taxa do contrato.

5. A compensação de honorários advocatícios, em face de sucumbência recíproca, não colide com as disposições da Lei 8.906/94.

6. Agravo regimental desprovido". Grifei.

Processo AgrRg no REsp 655932 / RS ; AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2004/0058891-2 Relator(a) Ministro FERNANDO GONÇALVES (1107) Órgão Julgador T4 - QUARTA TURMA Data do Julgamento 07/04/2005 Data da

Publicação/Fonte DJ 02.05.2005 p. 372

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVOS REGIMENTAIS. AÇÃO REVISIONAL. CONTRATO DE MÚTUO COM ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. JUROS REMUNERATÓRIOS.

LIMITAÇÃO (12% A.A). IMPOSSIBILIDADE. MEDIDA PROVISÓRIA N. 1.963-17/2000 REEDITADA ATÉ A DE N. 2.170-36/2001. INOVAÇÃO. CAPITALIZAÇÃO DOS JUROS. VEDAÇÃO. SÚMULA N. 121-STF. MANUTENÇÃO DA POSSE. DESCABIMENTO. ÔNUS DE SUCUMBÊNCIA. VERBA HONORÁRIA. AGRAVOS IMPROVIDOS.

I. Não se aplica a limitação de juros remuneratórios de 12% a.a., prevista na Lei de Usura, aos contratos bancários não normatizados em leis especiais, sequer considerada excessivamente onerosa a taxa média do mercado. Precedente uniformizador da 2ª Seção do STJ.

II. Em sede de agravo regimental não se permite adicionar fundamento às razões do recurso especial.

III. 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.

IV. A manutenção do devedor na posse do bem não pode persistir. A uma, porque refoge dos limites da ação revisional discussão possessória. A duas, mesmo considerando que a instituição financeira não logrou demonstrar a legalidade de todos os encargos cobrados, decaiu em menor parte de sua pretensão, cabendo ao devedor

efetuar o pagamento do débito remanescente junto à instituição financeira. Assim, não há falar-se em manutenção do bem na posse do devedor, podendo a mesma ser requerida em ação própria pelo credor.

V. Restando a instituição financeira vencedora na parte que representa o maior proveito econômico da demanda e ainda remanescendo como credora da dívida, cabe ao devedor a condenação majoritária no ônus sucumbencial, considerada a reciprocidade e a compensação (art. 21, caput, do CPC), observado o juízo eqüitativo.

VI. Agravos improvidos.”

AgRg no REsp 831780 / RS; AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2006/0069245-7. Relator(a) Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR (1110). Órgão Julgador T4 - QUARTA TURMA. Data do Julgamento 20/06/2006. Data da Publicação/Fonte DJ 14.08.2006 p. 298.

“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.”

AgRg no REsp 827035 / RS; AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2006/0053178-7. Relator(a) Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR (1110). Órgão Julgador T4 - QUARTA TURMA. Data do Julgamento 18/05/2006. Data da Publicação/Fonte DJ 19.06.2006 p. 152.

No que diz respeito, contudo, 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 de 04.05.2005).**

II - Agravo regimental desprovido”.

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

No caso destes autos, a comissão de permanência vem prevista em cúmulo com juros de mora e multa moratória, como se pode ver das cláusulas 15 e 16 do instrumento contratual respectivo (fl. 16), 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, e se compensando os valores indevidamente pagos (repetição simples) a esse título com o restante do débito.

Finalmente, advirta-se que a cobrança de encargos em excesso, como *in casu*, descaracteriza a mora. Na esteira desse raciocínio, observe-se trecho do magnífico voto de Sua Excelência, o Ministro **Ruy Rosado de Aguiar**, ao ensejo do julgamento dos Embargos de Divergência no Recurso Especial 163.884/RS (2ª Seção do STJ - DJ 24/09/2001), segundo o qual:

“A mora somente existe, no sistema brasileiro, se houver fato imputável ao devedor, conforme reza o art. 963 do CCivil (antigo), isto é, se a falta da prestação puder ser debitada ao devedor. Se o credor exige o pagamento com correção monetária calculada por índices impróprios, com juros acima do permitido, capitalização mensal, contribuição ao Proagro cobrada mais de uma vez, etc., o devedor pode não ter condições de efetuar o pagamento do que se lhe exige, e fica frustrada a oportunidade de purgar a mora. A exigência indevida é ato do credor, causa da falta do pagamento, que por isso não pode ser imputada ao devedor, nos termos do art. 963 acima citado”.

No mesmo 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 sùmula 93/STJ, não ocorrentes na espécie, constatação apta a fazer incidir a letra do art. 4º do Decreto nº 22.626/33 e a sùmula 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 (REsp 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. (sùmula 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).

Ante o exposto, impõe-se o provimento parcial do recurso apelatório interposto, para permitir a possibilidade de capitalização mensal, mantida a comissão de permanência pela taxa do contrato, ressalvada, contudo, a descaracterização da mora.

É como voto.

Fortaleza, 06 de dezembro de 2006.

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

PROCESSO Nº 2005.0002.4513-7/1

TIPO DE RECURSO: Apelação Cível

AÇÃO DE ORIGEM: Mandado de Segurança

COMARCA: Itarema

PARTES:

APELANTES: 1. Pedro Pierre Carneiro

2. Feliciano Roberval Carneiro

**APELADOS: 1. Secretária de Educação, Cultura e Desporto
de Itarema**

2. Município de Itarema

Relator: Des. João de Deus Barros Bringel

Órgão Julgador: 2ª Câmara Cível

**EMENTA. REMOÇÃO *EX OFFICIO*.
POSSIBILIDADE DESDE QUE HAJA INTERESSE
PÚBLICO E MOTIVAÇÃO DO ATO COM A
DEMONSTRAÇÃO DOS CRITÉRIOS QUE A
JUSTIFICAM NAQUELE CASO CONCRETO.
PRELIMINAR DE NULIDADE DA DECISÃO
RECORRIDA NÃO ACOLHIDA.**

1. Trazendo a sentença de forma límpida, clara e fundamentada resposta à controvérsia típica da lide não há o que se falar em nulidade por falta de análise expressa de todos os dispositivos e argumentos trazidos pelo recorrente. Inexigência legal. Exegese dos arts. 165 e 458 do CPC. Preliminar não acolhida.

2. É dever do administrador explicar de modo preciso, em relação à situação específica dos servidores que serão removidos, quais foram os critérios que o levaram, no caso concreto, a reputar como de interesse público a remoção *ex officio* praticada, ou seja, quais os fatos em

concreto que apontam que tal remoção, em particular, representa o interesse do serviço.

3. No presente caso a ausência de motivação leva à declaração de nulidade dos atos administrativos que culminaram nas remoções dos recorrentes.

4. Recurso conhecido e provido.

Vistos, relatados e discutidos os autos do recurso de apelação nº 2005.0002.4513-7/1, em que são partes as acima indicadas.

ACORDA a 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em julgamento de turma, por unanimidade, em acolher o parecer ministerial e conhecer do recurso para, após afastar a preliminar levantada, dar-lhe provimento, nos termos do voto do Relator.

R e l a t ó r i o

Cuida-se de apelação adversando a sentença em que o Dr. Juiz de Direito da comarca vinculada de Itarema (fls. 79/80), denegou ordem mandamental com vista à desconstituição dos atos em que a Senhora Secretária de Educação, Cultura e Desporto daquele Município, por abusivos, exorbitantes e ilegais, resultaram na desmotivada alteração de seu local de trabalho, distrito de Almofala, para localidades dali distanciados mais de 40 Km.

Na inicial de referida ação mandamental, afirmaram os requerentes terem sido aprovados em concurso público aberto pelo Edital n. 001/97, respectivamente, para os cargos de vigia e professor para suprirem carências em escola pública localizada no mencionado distrito de Almofala, localidades em que efetivamente prestavam serviços, quando, por ato desmotivado, resultantes de simples perseguição política, por contrários às ideologias da nova administração, foram removidos para as escolas localizadas em Riacho, o primeiro, e Aguapé, o segundo, distantes de Almofala, mais de 40 km, medida que lhes

causaram prejuízos, além de desfalcarem a escola em que prestavam serviços e para a qual foram nomeadas.

Não houve concessão de liminar.

Notificada a autoridade impetrada compareceu aos autos dizendo que os apontados atos foram decorrentes da necessidade do serviço e não por perseguição política, ambos calcados na legislação municipal, esperando, assim a negação do pleito autoral.

O município, mesmo sem ser notificado, veio aos autos, como litisconsórcio passivo, respaldando os atos de sua Secretária de Educação, dizendo não ser merecedores de desconstituição os atos por ela praticados resultantes nos deslocamento dos impetrantes.

Depois de colhido o parecer do representante ministerial vinculado à Comarca, favorável, aliás, à pleiteada segurança, o douto julgador singular proferiu a sentença de fls. 66/69, denegando a segurança.

Contrariados com esse resultado, em recurso de apelação pedem a reforma do referido *decisum*, apontado-o, de princípio, desfundamentado, mas que se não anulado, fosse o mesmo reformado com a conseqüente concessão da pleiteada garantia constitucional, tudo nos termos das razões recursais de fls. 76/89.

O recurso foi contra-arrazoado pelo Município de Itarema, às fls. 104/114, que pediu o seu improvimento, dizendo desmerecedora de reforma a douta sentença recorrida.

De sua parte, a douta Procuradoria Geral de Justiça, em seu longo parecer de fls. 123/129, após tecer considerações doutrinárias e jurisprudenciais sobre o tema, manifesta-se pelo provimento do apelo, por entender desmotivados os atos remocionais dos impetrantes.

É o relatório.

Voto

A espécie meritória cuida de pedido de reforma da sentença recorrida para que seja reconhecida em favor dos

apelantes, a nulidade dos atos administrativos que culminaram nas suas remoções *ex officio*.

Aduzem para tanto, preliminarmente, a nulidade da sentença recorrida por ausência de fundamentação, em total afronta ao inc. IX, do art. 93, da Constituição da República.

Adoto, para afastar a citada preliminar, as razões demonstradas pelo Ministério Público de segunda instância, no seu louvável parecer de fls. 123/129:

Inicialmente, cumpre esclarecer que a sentença proferida nos presentes autos não padece de qualquer nulidade, vez que encerra os fundamentos de que se valeu o magistrado para formar o seu convencimento, como demonstrado a seguir:

“Reputo inconsistentes os argumentos consignados pelos impetrantes na exordial, mormente diante do que se observa no art. 36, inciso I, da Lei Municipal n. 210/2004, e no art. 73, parágrafo único, inciso III, da Lei Municipal n. 214/2004.

Com efeito, tais diplomas legais autorizam expressamente a remoção *ex officio* de servidores municipais, de uma para outra unidade do Poder Público municipal, isto em face de interesse da administração pública. (...).”

Não merece prosperar, pois, a preliminar de nulidade da sentença argüida pelos apelantes.

Ora, trazendo a sentença de forma límpida, clara e fundamentada resposta à controvérsia típica da lide não há o que se falar em nulidade por falta de análise expressa de todos os dispositivos e argumentos trazidos pelos recorrentes.

Destaque-se que a própria lei não exige do Juiz sentenciante a adoção de tal conduta, conforme se observa dos arts. 165 e 458 do CPC.

Ultrapassado este ponto, é de se reconhecer, em conformidade com o que restou afirmado na sentença recorrida, que a **remoção *ex officio*** do funcionário público é legalmente

prevista, sendo admissível quando há interesse público que a justifique.

O cerne da questão, todavia, não se encontra na possibilidade ou impossibilidade da remoção, pois, não obstante os apelantes defenderem que não podem ser designados para prestarem serviços em outro local de trabalho diferente daquele para o qual prestaram concurso, é de se reconhecer que se cuida de argumento manifestamente inadmissível, utilizado no afã de verem afastados os atos administrativos objetos do *writ of mandamus*.

De fato, não se deve considerar como ponto central da lide a legalidade da remoção *ex officio* (como o fez o magistrado singular), uma vez que nada há de ilegal ou abusivo na alteração da unidade administrativa em que o funcionário público desempenha as suas funções, mantida a denominação de seus cargos e vencimentos, ainda que não haja prévia consulta ou anuência do funcionário.

É que, diferentemente da interpretação conferida pelos apelantes ao inc. II, do art. 73, da Lei Municipal n. 214, de 06 de dezembro de 2001, a anuência prévia que se exige é a dos **dirigentes** envolvidos e não a dos funcionários que serão removidos. Vejamos:

Art. 73 – O profissional do Magistério poderá ser deslocado de uma para outra unidade escolar ou órgão integrante da estrutura administrativa da Secretaria Municipal de Educação, Cultura, Desporto. (...)

II – por permuta das partes interessadas e **anuência prévia dos dirigentes envolvidos**.

Assim, devemos analisar se as remoções *ex officio*, no presente caso, atendem ao interesse público e foram devidamente fundamentadas, uma vez que a lei veda as remoções inadequadas ou arbitrárias, como as que se destinam à punição do servidor.

O problema que se expõe nos autos, portanto, não é

a possibilidade da remoção *ex officio* dos recorrentes, mas sim o fundamento e a motivação destas remoções, incumbindo ao Judiciário analisar se os atos praticados atendem ao interesse do serviço público ou se são abusivos, por serem imotivados ou por representarem uma punição indevida aos apelantes, como estes alegaram.

É possível, neste contexto, o controle jurisdicional dos motivos e fundamentos dos atos administrativos de fls. 19 e 20, porquanto os mesmos somente serão válidos se atenderem, de modo apropriado, à necessidade do serviço e ao interesse público.

Não se ignora que se trata de matéria inserida no âmbito da discricionariedade da autoridade impetrada, mas isto não implica que o critério para a remoção *ex officio* possa ser escolhido de modo subjetivo, sem que haja razão válida e motivo suficiente, pois neste caso a remoção será arbitrária e, portanto, ilegal.

Os ilustres representantes do Ministério Público Estadual de primeira e segunda instância defendem a falta de motivação dos atos administrativos de fls. 19 e 20.

Cumprido, em esclarecimento que se faz necessário, não confundir motivação com motivo do ato. Sobre o assunto, destacamos lição do professor e Juiz Federal Dirley da Cunha Jr.¹:

“Motivo é um dos elementos ou requisitos de todo ato administrativo que consiste na situação de fato ou de direito que autoriza ou determina a edição do ato. Motivação é a revelação ou exteriorização **formal** do motivo, integrando a própria **forma** do ato administrativo (que, na praxe administrativa, vem sob a forma de “considerandos” que antecedem a decisão de expedir o ato). Isso porque a motivação consiste na exposição **por escrito** (que é a forma do ato), do motivo do ato administrativo”.

No Estado Democrático de Direito não se concebe

ato administrativo sem motivação. A exigência de motivação está expressa na Constituição Federal de 1988 para as decisões judiciais e *administrativas* do Poder Judiciário (CF, 93, IX e X). E como bem anota Lúcia Valle Figueiredo, “se quando o Judiciário exerce função atípica – a administrativa – deve motivar, como conceber esteja o administrador desobrigado da mesma conduta?”². A Lei n. 9874/99 abrigou, de forma expressa, no art. 2º, *caput*, o princípio da motivação como princípio da Administração Pública.

No caso ora trazido à análise, ambos os atos dispõem da seguinte maneira:

Vimos pelo presente comunicar à V. As., sua remoção para a Escola (...), com base no art. 73, parágrafo único, incisos II e III da Lei nº 214, de 06 de dezembro de 2001, que define o Sistema de Educação do município de Itarema e estabelece o Estatuto do Magistério Municipal.

Art. 73 – O profissional do Magistério poderá ser deslocado de uma para outra unidade escolar ou órgão integrante da estrutura administrativa da Secretaria Municipal de Educação, Cultura, Desporto.
II – por permuta das partes interessadas e anuência prévia dos dirigentes envolvidos.

III – por necessidade interna de organização do Sistema.

Solicitamos comparecer à referida Unidade Escolar e tratar com a diretora ou diretor, seu horário de trabalho.

No que diz respeito ao impetrante **Pedro Pierre Carneiro**, a própria autoridade coatora reconheceu a inadequação do fundamento legal utilizado (art. 73, parágrafo único, incisos II e III da Lei nº 214, de 06 de dezembro de 2001), uma vez que este é *vigia* e não *profissional do magistério*.

Os atos administrativos que culminaram nas

remoções dos apelantes carecem visivelmente de fundamentação, pois não é suficiente que o administrador indique o fundamento legal para o ato (e no caso do recorrente **Pedro Pierre Carneiro**, nem ao menos isso), sendo necessária a exteriorização formal do motivo.

Como brilhantemente argumentou o Ministério Público de primeiro grau no seu parecer de fls. 61/65:

“(...) o ato praticado pela autoridade coatora, levado ao conhecimento dos autores, fls. 19 e 20, não acompanhou razões escritas e fundamento público, apenas em sede de informações, ou seja, **impropriamente**, é que foram dadas explicações sobre o mérito do ato administrativo, arrefiando dessa forma os ditames e princípios constitucionais previstos no art. 37 da Carta Magna”. (Grifo nosso).

Destaque-se que as razões apresentadas pela autoridade coatora ao prestar as suas informações na ação mandamental, sequer convencem, já que não restou demonstrada, de modo claro, a conformidade da remoção dos recorrentes com as exigências do serviço público, não sendo suficiente a alegação de que as escolas de origem possuem mais funcionários que as instituições de ensino para as quais os apelantes foram removidos, pois deveriam os apelados ter evidenciado a necessidade de cada uma das escolas, isto é, as suas dimensões (número de alunos, estrutura da instituição de ensino, horário de funcionamento etc.).

Registre-se, ainda, que a autoridade coatora ou mesmo o município de Itarema não conseguiram comprovar a ausência, nas localidades mais próximas, de remanejar um outro servidor, não obstante terem utilizado essa justificativa nas informações prestadas (fls. 26 e 43).

Ora, toda e qualquer remoção *ex officio* estaria previamente justificada pelo argumento utilizado pela autoridade impetrada (maior número de funcionários na escola de origem), fazendo tábula rasa da norma que exige que haja interesse do

serviço.

O que é certo é que os recorrentes foram removidos para localidades distantes a 40Km e 50Km de onde exerciam as suas funções, sem a demonstração de que a remoção atendia ao interesse público.

A remoção tem de ser, necessariamente, resultado de um processo lógico, fundado em razões técnicas e administrativas. A autoridade impetrada que proceda à remoção *ex officio*, deve se pautar em uma análise lógica, decorrente da avaliação de critérios técnicos e da realidade que se apresenta em relação ao serviço público.

Assim, é dever do administrador explicar de modo preciso, em relação à situação específica dos servidores que serão removidos, quais foram os critérios que o levaram, no caso concreto, a reputar como de interesse público a remoção *ex officio* praticada, ou seja, quais os fatos em concreto que apontam que tal remoção, em particular, representa o interesse do serviço.

O poder discricionário da autoridade impetrada encontra limites que, se violados implicam na ilegalidade do ato.

O que há, portanto, por trás das justificativas utilizadas, é uma remoção desmotivada, que não serve de fundamento para o ato praticado contra os impetrantes, e que merece reparo judicial.

Do exposto, acolho o parecer ministerial e conheço do recurso para, após afastar a preliminar levantada, dar-lhe provimento, determinando a reforma da sentença recorrida, com a concessão da segurança requestada pelos ora recorrentes, para anular os atos administrativos de fls. 19 e 20, que culminaram nas suas remoções.

Inverto o ônus de sucumbência na condenação das custas. Honorários advocatícios indevidos na espécie.

É como voto.

Fortaleza, 23 de janeiro de 2008.

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

Nº Processo: 2006.0021.7859-1/1

TIPO DO RECURSO: Apelação

AÇÃO DE ORIGEM: Cautelar de Exibição de Documentos

COMARCA: Fortaleza

PARTES:

Apelante: Condomínio Edifício Jalcy Avenida

Apelado: Nilo Rodrigues da Silva

Relator: Des. João de Deus Barros Bringel

EMENTA. AÇÃO CAUTELAR DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS PROPOSTA POR CONDÔMINO EM DESFAVOR DO CONDÔMÍNIO. CITAÇÃO NA PESSOA DO SÍNDICO QUE NÃO GERA NULIDADE, UMA VEZ QUE ESTE PODE FIGURAR COMO RÉU NA AÇÃO QUE VISA TÃO SOMENTE A EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS EM SEU PODER. PRECEDENTE DO STJ.

1. Conforme jurisprudência do STJ, o síndico é parte legítima para figurar no pólo passivo do processo, na medida em que só a ele cabe o poder de fazer a exibição. Afinal sendo, o condomínio uma figura abstrata não é capaz de entregar a documentação requerida. Em se tratando de simples pedido para que o síndico exiba documentos, a cautelar pode ser proposta diretamente contra ele porque, no final, só ele é quem poderá fazer a exibição.

2. A ausência de citação do condomínio não gera nulidade porque o verdadeiro legitimado passivo (síndico) foi devidamente citado.

3. Recurso conhecido, mas não provido.

Vistos, relatados e discutidos os autos do recurso

de apelação nº 2006.0021.7859-1/1, em que são partes as acima indicadas.

ACORDA a 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em julgamento de turma, por unanimidade, em conhecer do recurso e negar-lhe provimento, nos termos do voto do Relator.

Relatório

Cuida-se de recurso de apelação interposto por **Condomínio Edifício Jalcly Avenida**, contra a decisão em que a Dra. Juíza da 19ª. Vara Cível da comarca de Fortaleza julgou procedente a ação cautelar de exibição de documentos ajuizada pelo ora recorrido **Nilo Rodrigues da Silva**.

Na inicial da referida ação, o apelado relata que é proprietário há 18 (dezoito) anos de uma unidade do condomínio recorrente e que o então síndico **Hélio Monteiro de Oliveira**, no que defende ser uma má gestão administrativa, recusou-se a prestar contas junto aos condôminos, motivo pelo qual buscou a tutela do Judiciário.

Contestação de fl. 24, apresentada pelo Sr. Hélio Monteiro de Oliveira, sustentando ser parte ilegítima para figurar no pólo passivo da ação.

Após o oferecimento de réplica à contestação, a Juíza *a quo* proferiu a sentença de fls. 34/36, onde julgou procedente o pedido autoral para determinar a exibição dos documentos nos termos dos arts. 381 e 382 do CPC.

Inconformado, o apelante interpôs o presente recurso defendendo a reforma da sentença monocrática, sob o fundamento de não ter sido formalizado o seu ato citatório após a emenda à inicial promovida pelo recorrido, ou seja, mesmo depois de ter oferecido a petição de fls. 14/15, informando que a ação passava a ser proposta em face de Condomínio Edifício Jalcly Avenida, e não mais em desfavor da pessoa do seu síndico, a Secretaria da Vara não providenciou os expedientes necessários à citação do recorrente, mas tão somente do Sr. Hélio Monteiro de Oliveira (carta de citação de fl. 19).

Defende, assim, o cerceamento do seu direito de defesa.

Contra-razões de fls. 47/54, pugnando pela manutenção do julgado e pelo não provimento do apelo.

É o relatório.

Voto

O autor, ora recorrente, ingressou no dia 12.09.06 com uma ação cautelar de exibição judicial de documentos em desfavor do Sr. Hélio Monteiro de Oliveira, síndico do Condomínio Edifício Jalcý Avenida.

Logo em seguida, no dia 25.10.06, apresentou a petição de fls. 14/15, onde requereu a emenda à inicial, nos seguintes termos:

“A presente AÇÃO CAUTELAR DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS passa a ser proposta em face do CONDOMÍNIO ED. JALCY AVENIDA, sito na Av. Duque de Caxias, nº 823, Centro, Fortaleza-CE, representado por meio da pessoa do síndico HÉLIO MONTEIRO DE OLIVEIRA, brasileiro, casado contador, residente e domiciliado na Av. Duque de Caxias, nº 823, apto. 908, Centro, Fortaleza-CE, CEP.: 60.035.110”.

Compulsando os autos com fim de proferir o voto, verifico que ao proferir o despacho de fl. 18, a douta dirigente admitiu, implicitamente, a emenda à inicial, não tendo, contudo, a Secretaria providenciado a citação do condomínio, fazendo-o, entretanto, na pessoa do seu síndico, que se limitou a alegar a sua ilegitimidade passiva e **não** a ilegitimidade da parte autora, conforme relatou a juíza sentenciante.

À primeira vista, a defeituosa angulação processual seria capaz de gerar nulidade, já que foi proferida sentença sem o ingresso do condomínio no feito processual, todavia, considerando que o síndico é o representante do

condomínio, é de se reconhecer a validade do pronunciamento judicial recorrido.

Ora, a citação consiste no ato em que se chama a parte contrária a juízo a fim de se defender. Dessa forma, o processo sem a citação do réu configura negação dos direitos à garantia do contraditório e à ampla defesa, princípios fundamentais do devido processo legal. A ausência de citação no processo de conhecimento é, portanto, vício insanável a macular de nulidade todos os atos posteriores a tal omissão.

No presente caso, temos que a citação foi feita diretamente na pessoa do representante legal do réu, o que, certamente constitui uma irregularidade, mas não uma nulidade, já que não pode a parte afirmar que a sentença foi prolatada sem que se tenha dado ciência da ação à sua pessoa, porquanto, a carta de citação, como sabemos, é sempre instruída dos documentos indispensáveis ao exato conhecimento da ação pelo demandado.

Não bastasse isso, temos ainda que o Sr. Hélio Monteiro de Oliveira, síndico do Condomínio Ed. Jalcy Avenida, é o verdadeiro legitimado para figurar no pólo passivo da ação cautelar.

De fato, conforme jurisprudência do STJ, o síndico é parte legítima para figurar no pólo passivo do processo, na medida em que só a ele cabe o poder de fazer a exibição. Afinal sendo, o condomínio uma figura abstrata não é capaz de entregar a documentação requerida. Em se tratando de simples pedido para que o síndico exhiba documentos, a cautelar pode ser proposta **diretamente contra ele** porque, no final, só ele é quem poderá fazer a exibição.

Neste sentido, vejamos:

PROCESSO CIVIL. AÇÃO CAUTELAR DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS EM FACE DO SÍNDICO E NÃO DO CONDOMÍNIO. LEGITIMIDADE PASSIVA DO SÍNDICO. PRETENSÃO NÃO OPONÍVEL À COMUNHÃO. PEDIDO DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS RELATIVOS A UMALICITAÇÃO

E CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PARA REALIZAÇÃO DE OBRAS NO CONDOMÍNIO. POSSIBILIDADE.

- A Lei 4.591/64, em seu art. 22, § 1º, alínea “g”, arrola dentre as atribuições do síndico a guarda de documentos relativos ao condomínio, dentre eles o de licitação e de contratação de empresa para realização de obras no condomínio.

- Hipótese que não versa obrigação do ente despersonalizado “condomínio”, mas de obrigação pessoal de guarda de documentos pelo síndico, como mandatário, não poderia ser adimplida por terceiro, nem por eventual eleição de novo síndico, porque só o réu detinha a posse dos documentos exibendos.

- É parte legitimada passiva o síndico - quando age por si só, com abuso ou excesso de poder -, e não o condomínio, apesar de representá-lo em juízo, porque a comunhão não possui acesso aos documentos, que estão sujeitos à guarda do síndico. (STJ – REsp 224429. Rel. Min. Nancy Andrigui. T3 – Terceira Turma, j. 15.05.01. DJ 11.06.01).

É bem verdade que a pessoa física **Hélio Monteiro de Oliveira**, enquanto síndico e em decorrência da sindicatura, exercida na extrema legalidade e transparência, não responde por qualquer questão de origem condominial, todavia, considerando que a Lei n.º 4.591/64 atribui ao síndico a competência para representar o condomínio em juízo ativa e passivamente, pois, segundo a mesma Lei, o síndico, embora possa ser eleito por maioria de votos, é o representante de todos os co-proprietários do edifício e levando-se em consideração o fato de que o síndico atua como mandatário da massa condominial e que representa o condomínio em processos em que se litigue sobre pretensão oponível à comunhão, é mister afastar a ilegitimidade passiva *ad causam* do representante legal do Condomínio Ed. Jalcj Avenida.

Não se podendo obrigar a todos os condôminos a entrega dos documentos, a ação só poderá ser dirigida ao síndico, e não ao condomínio, estando correta a indicação inicial do pólo passivo da demanda.

Assim, não obstante a douta julgadora de primeiro grau ter afastado a preliminar de ilegitimidade **ativa**, é de se reconhecer que o recorrente sustentou na sua contestação a ilegitimidade **passiva**; preliminar esta que não merece acolhimento, em face das razões aqui expostas.

Afastada a preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam* e reconhecida a legitimidade do **Sr. Hélio Monteiro de Oliveira** para ser réu na presente ação cautelar, conclui-se que inexistente nulidade a ser declarada, mas tão somente equívoco que merece reparo, o que se faz neste julgamento.

A ausência de citação do condomínio não gera nulidade porque o verdadeiro legitimado passivo (síndico) foi devidamente citado.

No que diz respeito à espécie meritória, razão assiste à Juíza *a quo* ao afirmar que a recusa na exibição de documentos de interesse do condomínio é ilegítima e censurável, devendo o síndico apresentar, quando solicitado por qualquer condômino, os documentos existentes em arquivo.

Do exposto, conheço do recurso, mas nego-lhe provimento, mantendo inalterado o *dispositivo* da sentença recorrida, com as correções que aqui se fez no tocante ao seu *relatório e fundamento*.

É como voto.

Fortaleza, 30 de janeiro de 2008.

AGRAVO DE INSTRUMENTO

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

Agravo de Instrumento nº 2003.0003.5886-5/0

Agravante: Banco do Estado do Ceará S.A - BEC

Agravado: Alexandre Silveira Ferreira

Relator: Desembargador Ademar Mendes Bezerra

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO QUE DETERMINA A ABSTENÇÃO DE INSCRIÇÃO DOS NOMES DE DEVEDORES NOS CADASTROS DE RESTRIÇÃO AOS CRÉDITOS. CONTRATO CONTROVERTIDO 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.

- Se a parte deposita o valor incontroverso, deixando o banco de demonstrar claramente a quantia que o numerário a ser consignado se distingue do apresentado pelo recorrido.

- Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

- Agravo conhecido e improvido.

ACÓRDÃO:

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos do Agravo de Instrumento n.º 2003.0003.5886-5/0 contra decisão do Juízo da 28ª 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, 14 de dezembro de 2005.

RELATÓRIO

Tratam os presentes autos de Agravo de Instrumento interposto pelo Banco do Estado do Ceará S.A - BEC contra decisão interlocutória do MM. Juiz da 28ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza, que determinou à recorrente de se abster de realizar a inserção do nome da parte agravada nos cadastros de restrição ao crédito, suspendeu os descontos em folha de pagamento e concedeu manutenção de posse do bem objeto do contrato.

Sustenta o recorrente que a medida contraria o ordenamento pátrio vigente. Aduz que tal medida lhe tem causado sérios danos.

Entendi prudente ouvir o juiz da causa e o agravado, a fim de estabilizar a demanda, para obter maiores elementos de convicção e destramar a lide recursal (fls. 63).

O MM Juiz prestou as informações, ratificando o interlocutório (fls. 68/69).

Contra-razões repousam às fls. 71/77, pugnando pelo improvimento do agravo.

O pedido de efeito suspensivo foi denegado por esta Relatoria às fls. 80/81.

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

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

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

Recurso conhecido pelo dissídio, mas improvido”.

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

“PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO - INSCRIÇÃO NO CADIN - RECONHECIMENTO PELA CORTE DE ORIGEM DA EXISTÊNCIA DE PROCESSO JUDICIAL A DISCUTIR O DÉBITO QUE MOTIVOU A INSCRIÇÃO – INVIABILIDADE DA INSCRIÇÃO - ITERATIVOS PRECEDENTES - IMPOSSIBILIDADE DE VERIFICAÇÃO SE HÁ DISCUSSÃO JUDICIAL ACERCA DA DÍVIDA QUE ORIGINOU A INSCRIÇÃO, SOB PENA DE AFRONTA À SÚMULA N. 7/STJ - RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.

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

- De qualquer modo, cumpre registrar que apreciar a natureza da dívida objeto do litígio judicial significa arredar do âmbito de cognição do recurso especial, pois necessário seria o reexame do conjunto probatório para se verificar se há discussão judicial da dívida que ensejou a inclusão do nome da contribuinte no CADIN, o que encontra óbice no enunciado da Súmula n. 7 deste Sodalício (“A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”).

- Recurso especial improvido.

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

* * *

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

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

- Recurso especial não conhecido.

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

No presente caso, porém, não vislumbro sequer a possibilidade de aplicação do entendimento jurisprudencial da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça – como busca o agravante -, pois, na peça de interposição, não há a indicação ou comprovação de que o autor da revisional tenha reconhecido

alguma parte do débito advindo do contrato, de cujas cláusulas se busca a revisão ou, ainda, se estaria inadimplida tal parte incontroversa.

Quanto aos descontos em folha de pagamento, não precisa, sequer, incursionar na sua validade, ou seja, saber se eles podem ou não ser levados a cabo. É que, se a parte pode consignar o valor em juízo em qualquer ação de consignação em pagamento, nos autos de revisionais, forçosa a ilação de que também o pode quando assina contrato que autoriza descontos em folha.

Ora, não é a simples assinatura que obstará o direito constitucional à inafastabilidade da jurisdição. Se nos outros casos também ocorre a manifestação de vontade, embora não se pactue sobre os descontos incidentes nos contra-cheques, não seria essa cláusula que se prestaria a afastar o direito de ingressar com ações revisionais, arcando somente com as quantias incontroversas.

Se os Tribunais Superiores aceitam a possibilidade de depósitos dos valores incontroversos, entendo que, da mesma forma, pode haver a consignação nos contratos que prevêem tais descontos, porquanto a tutela jurisdicional é direito fundamental assegurado pelo art. 5º, XXXV, da Carta Federal, que, sequer, pode haver emenda constitucional tendente a abolilo. Se nem o constituinte derivado pode afastar a possibilidade de o Judiciário analisar as matérias que lhe são submetidas, resta-nos concluir que uma simples cláusula contratual não tem poder para tanto, donde o despropósito da pretensão deduzida no recurso.

No que tange à manutenção do bem na posse do agravado, tenho que é decorrência lógica da ação revisional cumulada com o depósito, vez que se a parte tivesse de entregar o veículo para discutir judicialmente o contrato, estaria sendo negada a jurisdição. Apenas quando a parte se encontrar em mora, sabendo qual a quantia incontroversa, não depositando os valores, é que se pode coonestar com a perda da posse do objeto do contrato.

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, 14 de dezembro de 2005.

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

Nº PROCESSO: 2005.0026.5103-5/0

TIPO DO PROCESSO: AGRAVO DE INSTRUMENTO

COMARCA: FORTALEZA

AGRAVANTE: JOSÉ AIRTON BEZERRA FALCÃO

AGRAVADOS: ESTADO DO CEARÁ e OUTROS

RELATOR DESIGNADO: DES. ERNANI BARREIRA PORTO

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO – DIREITO CONSTITUCIONAL – DIREITO ADMINISTRATIVO – ELEIÇÃO DE DIRIGENTE DE ESCOLA ESTADUAL – LEI ESTADUAL Nº 13.513/04 – INAPLICABILIDADE – PRECEDENTES DO STF.

a) Sendo o cargo de Diretor de escola estadual classificado como cargo em comissão seu preenchimento é prerrogativa do Governador do Estado.

b) Não pode Lei estadual tolher a autonomia do Poder Executivo impondo a necessidade de realização de eleição para tais cargos, bem como a nomeação do vencedor do pleito.

Recurso apelatório conhecido e improvido.

VOTO

Trata-se de recurso de Agravo de Instrumento, interposto por **JOSÉ AIRTON BEZERRA FALCÃO**, contra o **ESTADO DO CEARÁ e OUTROS**, haja vista não haver se resignado com decisão proferida pelo MM. Juiz de Direito da 4ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza que, em sede de Ação Popular questionadora da legitimidade da nomeação, pelo Governador do Estado, da diretora da Escola de Ensino Fundamental Instituto dos Cegos, indeferiu medida liminar de afastamento da indicada.

Conforme relatado pelo Eminentíssimo Des. Relator, na sessão desta Colenda 1ª Câmara Cível de 05 de março de 2007, assevera o recorrente que a lei estadual nº 13.513/04 disciplina o processo de escolha dos dirigentes da rede de ensino cearense, o qual, a teor de seu art. 2º, é efetivado em duas etapas, sendo a primeira composta de avaliação escrita e a segunda por meio de eleição direta, pela comunidade escolar, daqueles candidatos que obtiveram média igual ou superior a 6 (seis) na etapa anterior.

Afirma que, a despeito da dicção do referido art. 2º, o edital 003/2005 excluiu o direito de voto da comunidade escolar, enquadrando o Instituto dos Cegos como escola de educação especial, fato que, conforme preceitua o art. 18, do Decreto Estadual 27.556/04, permite a não realização de eleição do dirigente, podendo ocorrer sua nomeação pelo Chefe do Executivo.

Por esse motivo, o Presidente do Conselho escolar daquele Instituto, na qualidade de cidadão, ingressou com ação popular, a fim de ver anulada a referida cláusula editalícia, com o consequente afastamento da diretora nomeada, permanecendo no cargo a antiga, até que se proceda nova eleição da forma como preceitua a lei estadual nº 13.513/04.

Analisando a quizila posta o eminentíssimo Des. Relator, em judicioso voto, proferiu entendimento no sentido de prover o presente agravo de instrumento confirmando a liminar concedida

in initio litis para manter afastada a nomeada para o cargo de Diretora do referido Instituto até a realização de eleições.

É o breve relato.

Passo a votar.

Em que pese o voto proferido pelo eminente Relator, peço vênia para tecer algumas considerações pertinentes a aplicabilidade da lei estadual nº 13.513/04.

A Constituição Federal, no inciso II do art. 37, proclama a existência de duas categorias básicas de cargos públicos: os efetivos, preenchidos através de concurso público, que se revestem de caráter de permanência e os em comissão, de ocupação transitória, nomeados em função da relação de confiança que existe entre os seus ocupantes e a autoridade nomeante.

Sobre os cargos em comissão é a lapidar lição de JOSÉ AFONSO DA SILVA, *in verbis*:

Independem de concurso as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração (art. 37, II). Justifica-se a exceção, porquanto tais cargos devem ser providos por pessoas de confiança da autoridade a que são imediatamente subordinadas. Demais, o titular assume-os em caráter passageiro. (Curso de Direito Constitucional Positivo, 16ª Ed., São Paulo, Malheiros).

JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, por seu turno afirma que:

Os cargos em comissão, ao contrário dos tipos anteriores (cargos vitalícios e efetivos) são de ocupação transitória. Seus titulares são nomeados em função da relação de confiança que existe entre eles e a autoridade nomeante. A natureza desses cargos impede que os titulares adquiram estabilidade. Por outro lado, assim como a

nomeação para ocupá-los dispensa a aprovação prévia em concurso público, a exoneração do titular é despida de qualquer formalidade especial e fica a exclusivo critério da autoridade nomeante. (Manual de Direito Administrativo, 15ª ed., Lúmen Juris).

Portanto, a hipótese de eleição para o cargo de diretor das escolas estaduais apesar de interessante exemplo de exercício democrático, não possui guarida em nossa norma constitucional, por materializar espécie de cargo público não prevista na norma superior.

Sendo o cargo de diretor de escola estadual classificado como cargo em comissão seu preenchimento é inerente ao Governador do Estado, através do Secretário de Educação Básica, que irá provê-lo diante do critério de confiança.

Não pode, dessa forma, norma estadual tolher a autonomia do Poder Executivo, impondo a necessidade de realização de eleição para tais cargos bem como a vinculação da nomeação do vencedor do pleito.

Neste sentido é a unânime jurisprudência do Pretório Excelso, que tem decidido casos que tais nos seguintes termos:

EMENTA: INCONSTITUCIONALIDADE. Ação Direta. Constituição e leis estaduais. Projeto de iniciativa de deputado, quanto a uma das leis. Educação. Direção de instituições de ensino mantidas pelo Poder Público. Normas que prevêm eleições diretas, com participação da comunidade escolar. Ofensa aparente aos arts. 2º, 37, II, 61, § 1º, II, “c”, e 84, II e XXV, da CF. Risco manifesto de dano à administração pública. Medida cautelar concedida. Precedentes. Deve concedida, em ação direta de inconstitucionalidade, medida cautelar para suspensão da vigência de normas de Constituição e de leis estaduais que prevêm eleições diretas, com participação da comunidade escolar, para os cargos de direção das instituições de ensino

mantidas pelo Poder Público

ADI-MC 2997 / RJ - RIO DE JANEIRO
MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE
INCONSTITUCIONALIDADE

Relator(a): Min. CEZAR PELUSO

Julgamento: 29/10/2003 Órgão Julgador: Tribunal
Pleno.

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE
INCONSTITUCIONALIDADE. PROVIMENTO DOS
CARGOS DE DIREÇÃO DE UNIDADES
ESTADUAIS DE ENSINO POR ELEIÇÃO: ART. 196,
VIII, DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL, LEI Nº 10.486,
DE 24.07.91, E DECRETO Nº 32.855, DE 27.08.91,
TODOS DO ESTADO DE MINAS GERAIS.
INCONSTITUCIONALIDADE: ART. 37, II, IN FINE, DA
CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. Cabe ao Poder
Executivo fazer as nomeações para os cargos em
comissão de diretor de escola pública (CF, art. 37, II,
in fine). 2. É inconstitucional a norma legal que subtrai
esta prerrogativa do Executivo, ao determinar a
realização de processo eleitoral para o
preenchimento destes cargos. 3. Ação direta julgada
procedente para declarar a inconstitucionalidade do
art. 196, VIII, da Constituição Estadual, da Lei nº
10.486/91 e do Decreto nº 32.855/91, todos do
Estado de Minas Gerais.

ADI 640 / MG - MINAS GERAIS
AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO

Relator(a) p/ Acórdão: Min. MAURÍCIO CORRÊA

Julgamento: 05/02/1997 Órgão Julgador: Tribunal
Pleno

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ENSINO PÚBLICO.
DIRETORES DE ESCOLAS PÚBLICAS: ELEIÇÃO:
INCONSTITUCIONALIDADE. Constituição do Estado

de Santa Catarina, inciso VI do art. 162. I. - É inconstitucional o dispositivo da Constituição de Santa Catarina que estabelece o sistema eletivo, mediante voto direto e secreto, para escolha dos dirigentes dos estabelecimentos de ensino. É que os cargos públicos ou são providos mediante concurso público, ou, tratando-se de cargo em comissão, mediante livre nomeação e exoneração do Chefe do Poder Executivo, se os cargos estão na órbita deste (C.F., art. 37, II, art. 84, XXV). II. - Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente.

ADI 123 / SC - SANTA CATARINA
AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO
Julgamento: 03/02/1997 Órgão Julgador: Tribunal Pleno

EMENTA: - Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Lei nº 8040, de 26.7.1990, do Estado de Santa Catarina, que dispõe sobre as funções de direção de escolas públicas, forma de escolha dos diretores, dando outras providências. 3. Escolha, por eleição da comunidade escolar, dos diretores. 4. Alegação de ofensa aos arts. 61, § 1º, II, letra "c", e 37, II, da Constituição Federal, porque a lei foi de iniciativa parlamentar e concerne ao provimento de cargos em comissão. 5. Cautelar deferida. 6. Orientação do STF no sentido de não abonar, à luz dos preceitos constitucionais em vigor, a eletividade dos diretores das escolas públicas. Sendo os diretores de estabelecimentos públicos, que se integram no organismo do Poder Executivo, titulares de cargos ou funções em comissão, não seria admissível a intitulação nesses cargos, com mandatos que lhes assegurariam professores, servidores e alunos, sem a manifestação do Chefe do Poder Executivo, que ficaria vinculado a essa escolha para prover cargos

de confiança, com vistas a gerir cargos do ruolo administrativo, integrantes da estrutura educacional.

7. Precedentes nas ADINs nºs 244-9-RJ, 387-9-RO, 578-2-RJ, 640-1-MG, 606-1-PR, 123-0-SC e 490-5.

8. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente, declarando-se a inconstitucionalidade da Lei nº 8040, de 26.7.1990, do Estado de Santa Catarina.

ADI 573 / SC - SANTA CATARINA
AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA
Julgamento: 03/02/1997 Órgão Julgador: Tribunal Pleno

ESCOLAS - DIRETORES - PROCESSO DE ESCOLHA - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - CAUTELAR. Concorrem os pressupostos indispensáveis a concessão da cautelar quando os atos normativos impugnados preveem a escolha dos diretores das escolas públicas mediante processo seletivo peculiar e para o cumprimento de mandato. Ao primeiro exame, a hipótese envolve cargos a serem preenchidos a livre discricção, sendo improprio o afastamento, por norma legal, da atuação do Executivo.

ADI-MC 640 / MG - MINAS GERAIS
MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO
Julgamento: 22/11/1991 Órgão Julgador: TRIBUNAL PLENO

CONSTITUCIONAL. O GOVERNADOR E O CHEFE DA ADMINISTRAÇÃO ESTADUAL. O ART. 213, PAR. 1. DA CONSTITUIÇÃO DO RGS E AS LEIS QUE O COMPLEMENTAM, ESTABELECENDO QUE A ESCOLHA DOS DIRETORES E VICE-DIRETORES

DAS ESCOLAS PUBLICAS ESTADUAIS SEJA FEITA MEDIANTE ELEIÇÃO, PELA DENOMINADA COMUNIDADE ESCOLAR, COM EXCLUSAO DO GOVERNADOR DO ESTADO, OFENDERIAM, "PRIMA FACIE", A PRERROGATIVA DO CHEFE DA ADMINISTRAÇÃO ESTADUAL - CF, ART. 37, II. 84, XXV. PRECEDENTES DO STF: REP. 1473, ADIN. 244, 387 E 573. A HIERARQUIA E ESSENCIAL A ORGANIZAÇÃO ADMINISTRATIVA. PRINCÍPIOS A QUE ESTA SUJEITA. RELEVÂNCIA DO FUNDAMENTO JURÍDICO. "PERICULUM IN MORA" OCORRENTE NA ESPÉCIE. CAUTELAR CONCEDIDA.

ADI-MC 578 / DF - DISTRITO FEDERAL
MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Relator(a): Min. PAULO BROSSARD
Julgamento: 25/09/1991 Órgão Julgador: TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 8.040, DE 26/07/1990, DO ESTADO DE SANTA CATARINA, QUE DISPÕE SOBRE AS FUNÇÕES DE DIREÇÃO DE ESCOLAS PUBLICAS, FORMA DE ESCOLHA DE DIRETORES, POR PROCESSO ELETIVO, DANDO OUTRAS PROVIDENCIAS. ALEGAÇÕES DE OFENSA AOS ARTS. 61, PAR. 1., II, LETRA "C", E ART. 37, II, AMBOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. RELEVÂNCIA JURÍDICA DOS FUNDAMENTOS DA INICIAL E "PERICULUM IN MORA" CARACTERIZADOS. MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA, PARA SUSPENDER A VIGENCIA DA LEI N. 8.040, DE 26/07/1990, DO ESTADO DE SANTA CATARINA, ATÉ O JULGAMENTO FINAL DA AÇÃO.

ADI-MC 573 / SC - SANTA CATARINA
MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE

I N C O N S T I T U C I O N A L I D A D E
Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA
Julgamento: 05/09/1991 Órgão Julgador:
TRIBUNAL PLENO

REPRESENTAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. NOMEAÇÃO PARA CARGO EM COMISSÃO DE DIRETOR DE ESCOLA PÚBLICA, MEDIANTE ELEIÇÃO PELOS PROFESSORES, ALUNOS E PAIS DE ALUNOS. SENDO O CARGO EM COMISSÃO CONFORMADO A CONFIANÇA DO PODER NOMEANTE, NÃO SE CONCILIAM A LIVRE NOMEAÇÃO COM A ESCOLHA POR ELEIÇÃO. A CONSTITUIÇÃO LIMITA O PROVIMENTO DOS CARGOS PÚBLICOS AS FORMAS PREVISTAS NO ARTIGO 97, PARÁGRAFOS 1. E 2., NÃO DEIXANDO MARGEM A QUE SEJA CRIADO PROCESSO ELETIVO PARA OS CARGOS EM COMISSÃO. NÃO TENDO AS ESCOLAS PÚBLICAS DE PRIMEIRO GRAU A AUTONOMIA ADMINISTRATIVA E FINANCEIRA CONFERIDA A UNIVERSIDADE, NÃO HÁ QUE COGITAR DA INVESTIDURA EM SEUS CARGOS DE DIREÇÃO POR ELEIÇÃO. REPRESENTAÇÃO JULGADA PROCEDENTE E DECLARADA INCONSTITUCIONAL O ARTIGO 1. DA LEI 6.709, DE 12 DE SETEMBRO DE 1985, DO ESTADO DE SANTA CATARINA.

Rp 1473 / SC - SANTA CATARINA
REPRESENTAÇÃO.

Relator(a): Min. CARLOS MADEIRA
Julgamento: 14/09/1988 Órgão Julgador:
TRIBUNAL PLENO

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, ARTIGO 213, § 1º. LEIS GAÚCHAS NºS 9.233/91 E 9.263/91. ELEIÇÃO PARA PROVIMENTO DE CARGOS DE DIRETORES

DE UNIDADE DE ENSINO. INCONSTITUCIONALIDADE. 1. É competência privativa do Chefe do Poder Executivo o provimento de cargos em comissão de diretor de escola pública. 2. Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, artigo 213, § 1º, e Leis estaduais nºs 9.233 e 9.263, de 1991. Eleição para o preenchimento de cargos de diretores de unidade de ensino público. Inconstitucionalidade. Ação Direta de Inconstitucionalidade procedente.

ADI 578 / RS - RIO GRANDE DO SUL
AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA
Julgamento: 03/03/1999 Órgão Julgador: Tribunal Pleno

Assim, a jurisprudência do Colendo Supremo Tribunal Federal é uníssona em proclamar a inconstitucionalidade de diplomas estaduais que imponham eleição para o cargo de diretor de escolas estaduais, razão pela qual não antevejo a presença de *fumus boni juris* a permitir o provimento do presente feito recursal.

Diante do exposto, ante os argumentos esposados, voto no sentido de conhecer o agravo de instrumento em tablado, mas para improvê-lo, em consonância com entendimento do Supremo Tribunal Federal.

É como voto.

Fortaleza, 07 de março de 2007.

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

**Nº PROCESSO: 2005.0027.8105-2/0
TIPO DO PROCESSO: AGRAVO DE INSTRUMENTO
COMARCA: FORTALEZA**

PARTES:**AGRAVANTE: SARAH WELLINGDA GIRÃO DAMASCENO**
representada por **ELIZENE DE OLIVEIRA DAMASCENO****AGRAVADA: SOCIEDADE MÉDICA CIRÚRGICA SÃO**
SEBASTIÃO**RELATOR: DES. ERNANI BARREIRA PORTO**

Ementa: DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. RESPONSABILIDADE DE HOSPITAL. OBJETIVA. DANO E NEXO CAUSAL EXISTENTES.

O simples fato de todos os exames pré-natais realizados apontarem para uma gravidez normal e para um feto saudável contrastarem com o nascimento de uma criança com diagnóstico de Hipoxia Neonatal caracteriza o nexo causal entre o procedimento de parto e do dano causado à recorrente, independentemente da comprovação de culpa, ensejando o dever de indenizar.

Recurso conhecido e parcialmente provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento, em que é agravante SARAH WELLINGDA GIRÃO DAMASCENO representada por ELIZENE DE OLIVEIRA DAMASCENO e é agravada SOCIEDADE MÉDICA CIRÚRGICA SÃO SEBASTIÃO,

A C O R D A M os Desembargadores integrantes da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conhecer do recurso para dar-lhe parcial provimento, nos termos do voto do eminente Des. Relator.

Cogita-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto por **SARAH WELLINGDA GIRÃO DAMASCENO** representada por **ELIZENE DE OLIVEIRA DAMASCENO**, contra **SOCIEDADE MÉDICA CIRÚRGICA SÃO SEBASTIÃO**, haja vista não haver se resignado com decisão proferida pelo eminente Juiz de Direito da 18ª Vara Cível da

Comarca de Fortaleza, que negou pedido de antecipação dos efeitos requestado pela parte autora/agravante.

A parte recorrente ingressou, na instância singular, com Ação de Reparação de Danos, com a finalidade de obter indenização por danos morais e materiais, além de pensão mensal para fazer frente às elevadas despesas mensais, necessárias em consequência de seqüelas de uma paralisia cerebral ocasionada durante o procedimento de parto, realizado nas dependências hospitalares da agravada.

O magistrado singular, em audiência realizada em 29 de novembro de 2005, denegou o pedido de antecipação dos efeitos da tutela, por não visualizar a existências de seus requisitos autorizadores.

Não resignada com o *decisum* monocrático, a parte autora interpôs o presente recurso de Agravo de Instrumento, requerendo a completa reforma da v. decisão, com a concessão *in limine* da antecipação dos efeitos da tutela requestada, *determinando a obrigação da agravada em pensionar o menor na quantia de R\$ 3.000,00 (três mil reais), conforme a demonstração das despesas da criança.*

Foi concedido efeito suspensivo ao recurso às fls. 101/105.

Contra-razões às fls. 107/116, inferindo a inexistência de nexos causal entre as condutas omissivas e comissivas do nosocômio.

Às fls. 435/438 consta Laudo Pericial, realizado na instância *a quo*, que conclui pela ausência de negligência, imprudência ou imperícia nos procedimentos adotados pela parte ré.

É O RELATO.

DECIDO.

Um estabelecimento hospitalar é um fornecedor de serviços, e está, portanto, sujeito às normas do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078/90.

Desta feita, a responsabilidade do hospital em face de seus pacientes, pelos serviços prestados é objetiva, diferentemente da responsabilidade pessoal dos profissionais

médicos, que será nitidamente subjetiva.

Conceitualmente, na teoria da responsabilidade civil objetiva não há falar em culpa, bastando comprovar a existência do dano e do nexo causal (relação de causa e efeito) para ser responsabilizado civilmente o agente causador do dano.

Neste sentido é a lição de Carlos Roberto Gonçalves:

A lei impõe, entretanto, a certas pessoas, em determinadas situações, a reparação de um dano cometido sem culpa. Quando isto acontece, diz-se que a responsabilidade é legal ou “objetiva”, porque prescinde da culpa e se satisfaz apenas com o dano e o nexo de causalidade. (Responsabilidade Civil, 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003).

Assim sendo, O laudo pericial realizado na instância *a quo*, que concluiu pela inexistência de **negligência, imprudência ou imperícia**, poderia ser utilizado para afastar a responsabilidade pessoal do médico, mas jamais como causa de irresponsabilidade do hospital que, como fornecedor de serviço, responde independentemente da existência de culpa.

Ora, o simples fato de todos os exames pré-natais realizados apontarem para uma gravidez normal e para um feto saudável contrastarem com o nascimento de uma criança com diagnóstico de Hipoxia Neonatal caracteriza o nexo causal entre o procedimento de parto e do dano causado à recorrente, independentemente da comprovação de culpa, ensejando o dever de indenizar.

Além disso, mesmo que não incorresse o nosocômio recorrido em hipótese de responsabilidade civil objetiva, percebe-se a existência de debilidade nos procedimentos adotados pelo mesmo.

O Parecer nº 04/98 do Conselho Regional de Medicina – CREMEC, aponta a anoxia como uma das principais causas determinantes de perda gestacional numa gravidez considerada de “baixo risco”, apontando a defasagem técnica dos hospitais como a principal causa de sua ocorrência, nos seguintes termos:

Considerando, por exemplo, a anoxia, que é apontada como uma das principais causas de óbito anteparto ou intraparto, o recurso que se dispõe para o seu diagnóstico nos serviços de urgência obstétrica da maioria das maternidades em nosso País ainda é o estetoscópio de Pinard, instrumento obsoleto que nos permite apenas uma avaliação grosseira da frequência cardíaca fetal, no que diz respeito à sua linha base, mas não nos permite a avaliação adequada das nuances da frequência, a ausência de acelerações dos batimentos cardíacos bem como a caracterização de seus sub-tipos. Portanto, a falta dos recursos assistenciais necessários à boa prática obstétrica, como a não disponibilidade da monitorização eletrônica pela cardiocografia, (...) torna a prática obstétrica perigosa, expondo o profissional ao dissabor de um diagnóstico tardio de sofrimento fetal ou até mesmo de seu decesso. Ao nosso ver, existe inquestionável responsabilidade institucional no que diz respeito à má qualidade da assistência obstétrica, prestada à população.

Não se esta aqui, máxime pela estreita via recursal que é o Agravo de Instrumento, procurando examinar minuciosamente os procedimentos adotados pelo hospital agravado, o que deve ser realizado na instância singular, mas sim trazendo a lume que a anoxia ou a hipoxia, são causas comuns de morte ou sofrimento fetal que podem ser precisamente detectadas em uma maternidade devidamente equipada.

Não se pode mais encarar os procedimentos médicos como imprevisíveis, aonde qualquer resultado é esperado, pois existem, na maioria das vezes, procedimentos capazes de ensejar uma rápida e eficaz tomada de decisão pelo médico, diminuído ou até mesmo abolindo a chance de insucessos em procedimentos corriqueiros como o parto.

O Conselho Federal de Medicina, em publicação intitulada “Projeto Diretrizes” estabelece as indicações para o procedimento de cesariana, dentre as quais se destaca o

“Sofrimento Fetal Agudo”, que recomenda a realização da cesariana no prazo máximo de 30 (trinta) minutos.

Ora, tivesse a equipe da empresa médica agravada sido hábil em detectar o Sofrimento Fetal, pela ausência de oxigenação, poderia ter determinado o início imediato do procedimento recomendado pelo CFM, afastando o infortúnio sofrido pela agravante, que lhe tem gerado incontáveis transtornos.

Deve-se atentar para mais um relevante aspecto. Eis que o Ministério da Saúde, através de sua Portaria nº 31, de 15 de fevereiro de 1993, impõe a necessidade de todo parto realizado por hospitais credenciados ao Sistema Único de Saúde ser acompanhado por um neonatologista ou por um pediatra, para que se dê completa assistência ao recém-nascido.

Contudo, ao que se consta, todo o procedimento de parto foi realizado apenas pelo obstetra, em evidente desrespeito à norma ministerial, o que certamente surtiu reflexo negativo, caracterizador de negligência por parte do hospital recorrido, que não se cercou de todos os cuidados necessários à realização do procedimento de parto, assumindo, portanto, responsabilidade pelas conseqüências desta conduta.

Quanto ao valor da pensão mensal requerida pela agravante, de R\$ 3.000,00 (três mil reais), verifico a necessidade de sua revisão, para que não se onere excessivamente a parte agravada e nem caracterize enriquecimento da parte agravada, devendo a mesma ser fixada em R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais).

Diante de todo o exposto, considerando os fundamentos legais e doutrinários esposados, voto pelo conhecimento do presente recurso, para **DAR-LHE PARCIAL** provimento, para conceder a parte agravante a antecipação dos efeitos da tutela pretendida, com o escopo de obrigar a parte agravada ao pagamento de pensão mensal no valor de R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais).

É como voto.

Fortaleza, 24 de setembro de 2007.

HABEAS CORPUS CÍVEL

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

Habeas Corpus Cível de Fortaleza nº 2004.0003.9112-7

Impetrante: Marcus Vinicius Peixe Dantas

Paciente: J R R C

**Impetrado: Juíza de Dir. da 6ª Vara de Família de
Fortaleza**

Relator: Des. Rômulo Moreira de Deus.

Habeas Corpus Cível. A simples alegativa de incapacidade econômica não exime o dever do Alimentante. O reconhecimento das escusas deve ser pleiteado junto ao juízo da execução dos alimentos, de acordo com os mecanismos processuais atinentes à espécie, e não perante o Tribunal, em sede de *habeas corpus*. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Habeas Corpus, em que são partes as acima indicadas.

Acordam os Desembargadores da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Ceará, por unanimidade, em denegar a ordem impetrada.

Trata-se de Habeas Corpus Cível, com pedido de liminar, impetrado por Marcus Vinicius Peixe Dantas, em favor de J R R C, contra ordem de prisão decretada pela Juíza de Direito da 6ª Vara de Família de Fortaleza, em sede de execução de alimentos devidos à suas três filhas.

Alega o Impetrante que o Paciente apresentou, no prazo legal, justificativa da impossibilidade de pagar o débito alimentar no valor em que foi provisoriamente fixado. Percebe mensalmente a quantia de R\$ 880,00 e foi condenado a pagar alimentos no valor de seis salários mínimos (R\$ 1.440,00).

Custeia integralmente a despesa de uma das filhas e a educação das outras duas.

Apesar das escusas apresentadas, a ilustre Magistrada impetrada decretou a prisão civil do Alimentante.

Ausentes os requisitos autorizadores, indeferi a liminar pretendida (f. 118-119).

Informações da Juíza *a quo* prestadas às f. 127-127.

A Procuradoria Geral da Justiça manifestou-se pela denegação da ordem de habeas corpus (f. 128-130).

É o relatório.

A prisão do devedor de alimentos inadimplente será decretada, em despacho fundamentado, quando ele se recusar a cumprir suas obrigações e não demonstrar a plausibilidade de suas escusas.

No caso, a ordem de prisão obedece aos requisitos do art. 5º LXI e LXVII, da CF/88 e do art. 733, § 1º, do CPC. A Magistrada impetrada motivadamente rejeitou as escusas ao pagamento de pensão alimentícia, determinando, inclusive, a redução do valor executado por ter o Paciente comprovado o pagamento de mensalidades escolares de suas filhas. Entretanto, diante do inadimplemento do restante do débito, decretou a prisão do Devedor. Assim, não há que se falar em nulidade da decisão.

O Impetrante, além de confessar o inadimplemento do Paciente, não trouxe aos autos qualquer elemento que invalidasse o decreto de prisão. Limitou-se a requerer o reconhecimento, por esta Corte, da impossibilidade do pagamento da prestação alimentar fixada e, conseqüentemente, a revogação da prisão do Paciente.

O reconhecimento das escusas deve ser pleiteado junto ao juízo da execução dos alimentos, de acordo com os mecanismos processuais atinentes à espécie, e não perante o Tribunal, em sede de *habeas corpus*.

Limita-se, assim, o *habeas corpus* à verificação da regularidade da prisão civil decretada, cabendo o *writ*, quando evidenciada ilegalidade ou abuso de poder.

Esse é entendimento desta 1ª Câmara Cível:

“O Habeas-Corpus não se presta à discussão a respeito de alegada impossibilidade de pagamento de pensão alimentícia, em processo de execução de cogitada prestação isso porque se trata de matéria que requer produção de prova, o que não se compatibiliza com a natureza do writ em referência. O argumento do paciente de que não dispõe de meios materiais para cumprir obrigação alimentar não o isenta de pagar a pensão arbitrada. A discussão de tal alegação há se travar na órbita cível e não no âmbito estrito do remédio heróico em cogitação. Habeas-Corpus denegado” (HC nº2000.01156-4, rel. Des. Haroldo Rodrigues).

No mesmo sentido, decidiu o STJ:

“Em relação à condição econômica dos pacientes, o tema vem sendo debatido no curso da ação de alimentos, tanto em primeira instância, como pelos agravos manejados. Não se mostra o Habeas-Corpus, todavia, como via hábil para o exame de matéria concernente a fatos e provas, à impossibilidade de pagamento ou falta de condições financeiras. Neste sentido, aliás, a jurisprudência desta Corte, como exemplificam o RHC 2604-BA (DJ 10/05/93) e os HCs 4304-AL (DJ 23/03/96) e 4619 (DJ 06/05/96), e os RHCs 8242-SP 7850-SP e 5875-MG.” (HC 12.079-BA, STJ, Rel. Min Sálvio de Figueiredo Teixeira)

“Habeas corpus. Alimentos. Execução. Prisão civil. 1 – O habeas corpus, nos termos da jurisprudência da Corte, não é via adequada para o exame aprofundado de provas e verificação das justificativas, fáticas, apresentadas em relação à situação financeira do credor e do devedor de alimentos.(...)” (HC 27080/RJ, 3ª Turma, rel. Min. Carlos Alberto

Menezes Direito, j. 10.02.2004).

Pelos motivos expendidos, denega-se a ordem pretendida.

Fortaleza, 21 de fevereiro de 2005.

MANDADO DE SEGURANÇA

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

**MANDADO DE SEGURANÇA Nº 2003.0011.0559-6/0 de
Fortaleza-CE**

IMPETRANTES: Antônio Miranda de Andrade e Outros

IMPETRADOS: Governador do Estado do Ceará

Secretário de Administração do Estado do Ceará

RELATOR: DES. JOÃO BYRON DE FIGUEIREDO FROTA

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. VENCIMENTOS DE SERVIDORES PÚBLICOS ESTADUAIS. MAJORAÇÃO. REVISÃO GERAL DE REMUNERAÇÃO. INEXISTÊNCIA. PRELIMINARES DE DECADÊNCIA E PRESCRIÇÃO ALEGADAS PELO MP. DENEGADA A PRIMEIRA E NÃO CONHECIDA A ÚLTIMA. A majoração de vencimentos de determinada categoria de servidores públicos, efetivada por meio de lei estadual, não pode ser entendida com o caráter de revisão geral, se assim não disposto em lei. O princípio da especificidade normativa comete aos Tribunais de Contas a competência privativa para a iniciativa de lei dispondo sobre vencimentos de seus servidores. Inexistência de lesão a direito líquido e certo. Denegação da segurança.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança Nº 2003.0011.0559-6 da Comarca de Fortaleza, em que são impetrantes Antônio Miranda de Andrade, Francisco Manoel de Sousa, Josué Pereira Lima, Humberto Moreira Lima, Antônio Pereira de Queiroz e impetrados o Governador do Estado do Ceará e o Secretário de Administração do Estado do Ceará.

ACORDA o Egrégio Tribunal Pleno desta Corte de

Justiça, em julgamento de Turma, unanimemente, rejeitar a preliminar de decadência e não conhecer a preliminar de prescrição. No mérito, ainda em votação convergente, denegar a segurança.

ANTONIO MIRANDA DE ANDRADE, FRANCISCO MANOEL DE SOUSA, JOSUÉ PEREIRA LIMA, HUMBERTO MOREIRA LIMA e ANTONIO PEREIRA DE QUEIROZ impetram Mandado de Segurança com pedido de liminar, contra ato omissivo praticado pelos EXMO. SR. GOVERNADOR DO ESTADO DO CEARÁ e EXMO. SR. SECRETÁRIO DE ADMINISTRAÇÃO DO ESTADO DO CEARÁ, que implicou em negar-lhes a revisão geral de remuneração prevista no inciso X do art. 37 da Constituição Federal, quando, em 12 de agosto de 1996, através da Lei Estadual n.º. 12.611, foram majorados em 19% os vencimentos dos servidores integrantes do Grupo Ocupacional Magistério de 1º e 2º grau, sem que as demais categorias de servidores estaduais fossem beneficiadas, sem distinção de índices e na mesma data.

Alegam os impetrantes que, diante da omissão legislativa estadual, caberia às autoridades impetradas estender administrativamente aos impetrantes a revisão remuneratória de 19%, dando cumprimento ao artigo 37, inciso X, da CF/88.

Com a inicial vieram os documentos de fls. 15 **usque** 45.

O pedido de liminar guerreado pelos autores do presente remédio heróico foi indeferido às fls. 140/142.

Devidamente notificadas as Autoridades Impetradas (fls. 147/148), apenas o Ilmo. Sr. Secretário de Administração do Estado do Ceará apresentou as suas informações adversativas às fls. 150/159, objetando a pretensão mandamental, conquanto sustente, com veemência, a legalidade do ato tido como omissivo impugnado. A Ilustre Autoridade Impetrada fundamenta suas informações na finalidade precípua buscada pela Lei Estadual n.º. 12.611/96, qual seja, a majoração específica dos vencimentos dos servidores integrantes do Grupo Ocupacional Magistério de 1º e 2º grau.

A douta Procuradoria Geral de Justiça, em minuciosa

e bem fundamentada manifestação (fls. 161/175), pugna com amplo amparo doutrinário e jurisprudencial, ilustrando seu bem cuidado parecer com inúmeros excertos tirados dos mais ilustres doutrinadores da área Constitucional e Administrativa, pela denegação da segurança pretendida.

É o relatório. Passo a votar.

VOTO

I – Da preliminar de decadência

Examino, inicialmente, a tese levantada pela Douta Procuradoria Geral de Justiça da decadência da ação mandamental.

O ato tido por coator de direitos dos impetrantes decorre de alegada omissão dos Exmo. Sr. Governador do Estado do Ceará e do Exmo. Sr. Secretário de Administração do Estado do Ceará que, na ótica dos impetrantes, deveria ter sido praticado ao tempo da entrada em vigor da Lei Estadual nº. 12.611, de 12 de agosto de 1996, que concedeu revisão de proventos aos servidores integrantes do Grupo Ocupacional Magistério de 1º e 2º graus.

Face ao que dispõe o inciso X do art. 37 da Constituição Federal teria havido uma omissão legislativa estadual e caberia às Autoridades Impetradas estender, administrativamente, aos impetrantes a revisão remuneratória ali concedida, dando direto cumprimento ao dispositivo constitucional citado. Tratam-se aqui, pois, das chamadas prestações de trato sucessivo, renovadas mensalmente, por ato de responsabilidade da Secretaria de Administração do Estado do Ceará. A omissão no pagamento de vencimentos é mensal, logo, caracterizando a periodicidade da lesão ao direito do impetrante.

Como se trata de matéria de ordem pública, a decadência estabelecida por lei deve ser conhecida, de ofício, pelo magistrado, conforme dispõe o art. 210 do Código Civil. A doutrina pátria unânime corrobora o entendimento ora exposto,

senão vejamos:

“Decretação “ex officio” da decadência: A decadência decorrente de prazo legal deve ser considerada e julgada pelo magistrado, de ofício, independentemente de argüição do interessado. (DINIZ, Maria Helena, in “Novo Código Civil Comentado”, coord. Ricardo Fiúza, 4ª ed. atual., p. 206).

“Cuidando-se de decadência imposta por lei, deverá o juiz declará-la de ofício. Afinal, trata-se de um dever imposto por lei, não já de uma mera faculdade, que poderia ser exercida ao talante do julgador (Renan Lotufo, *Código Civil*, p. 559). No entendimento do STJ, “constituindo matéria de ordem pública, a decadência pode ser decretada de ofício e a qualquer tempo, inclusive em pedido de reconsideração manejado após o despacho saneador que a afastou” (STJ, 5ª Turma, REsp. nº326.292, Rel. Min. Edson Vidigal, julg. 02.08.2001, publ. DJ 03.09.2001)”. (TEPEDINO, Gustavo *et alli*. In “Código Civil Interpretado”, Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 422).

Em razão destes fundamentos jurídicos, conheço da preliminar suscitada, denegando-a.

II – Da preliminar de prescrição

Relativamente à prescrição do Fundo de Direito, esta matéria não foi suscitada pelas partes, apenas tendo sido tese levantada pela douta Procuradoria Geral de Justiça.

Desta feita, não pode a alegação da prescrição ser apreciada por esta Egrégia Corte de Justiça. Conforme dispõe o art. 194 do Novo Código Civil brasileiro: *“O juiz não pode suprir, de ofício, a alegação de prescrição, salvo se favorecer a absolutamente incapaz”*. Noutros termos, o magistrado não

poderá conhecer da prescrição da ação relativa a direitos patrimoniais, reais ou pessoais, se não for invocada pelos interessados, não podendo, portanto, decretá-la *ex officio*, por ser a prescrição um meio de defesa ou exceção peremptória.

Ademais, o Código de Processo Civil, em seu art. 219, §5º, prescreve que: “Não se tratando de direitos patrimoniais, o juiz poderá, de ofício, conhecer da prescrição e decretá-la de imediato”. Como a matéria alegada tem natureza de direito patrimonial, o magistrado não pode conhecer de ofício tal alegação.

Novamente, ressalta a importância do embasamento doutrinário da *questio juris*:

“1. Não é dado ao juiz conhecer da prescrição de ofício. A prescrição, ainda que reflita imperativos de ordem pública, visa também ao atendimento imediato de um interesse do sujeito passivo da relação jurídica. Assim sendo, não é permitido ao juiz, salvo se para favorecer o absolutamente incapaz, declarar de ofício a ocorrência da prescrição.

O Superior Tribunal de Justiça, invocando o art. 194 do CC, já se pronunciou, em julgado recente, sobre a impossibilidade de conhecer o juiz da prescrição, salvo por manifestação das partes (STJ, 4ª T., REsp. 434.992, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, julg. 06.02.2003, publ. DJ 05.05.2003). *No mesmo sentido*: STJ, 4ª T., REsp. 174.359-SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, julg. 23.05.2000, publ. DJ 07.08.2000; STJ, 3ª T. REsp. 61.606, Rel. Min. Waldemar Zveiter, julg. 16.04.1996, publ. DJ 10.06.1996; e STJ, 1ª T., REsp. 8.807, Rel. Min. César Asfor Rocha, julg. 07.06.1993, publ. DJ 13.09.1993”. (TEPEDINO, Gustavo *et alli*. In “Código Civil Interpretado”, Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 364).

“1. Direito dispositivo. Em ação judicial o juiz só pode reconhecer a prescrição se houver pedido

expresso nesse sentido, formulado pelo interessado, a quem o decreto de prescrição aproveita. Trata-se, portanto, de direito disponível. Prescrição é exceção (defesa) e como tal deve ser oposta pelo interessado. (...)”. (JUNIOR, Nelson Nery e NERY, Rosa Maria Andrade. “Código Civil Anotado e Legislação Extravagante”. 2ª ed. atual., São Paulo: Ed. RT, 2003, p. 261)

Nesse exato sentido, é mister trazer o entendimento pretoriano sobre a matéria *sub judice*:

PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO. PRESCRIÇÃO PATRIMONIAL. CONHECIMENTO DE OFÍCIO. IMPOSSIBILIDADE. ARTS. 166 DO ENTÃO CÓDIGO CIVIL E 219, § 5º, CPC. NOVO CÓDIGO CIVIL. ART. 194. INOCORRÊNCIA DE ALTERAÇÃO. PRECEDENTES. RECURSO PROVIDO.

I - A prescrição patrimonial depende de provocação da parte interessada, sendo vedado ao julgador conhecê-la de ofício, nos termos dos arts. 166 do anterior Código Civil e 219, § 5º do Código de Processo Civil, aplicados subsidiariamente ao processo de execução, a teor do art. 598, CPC.

II - O novo Código Civil não alterou a regra, ao dispor, no art. 194, que “o juiz não pode suprir, de ofício, a alegação de prescrição, salvo se favorecer a absolutamente incapaz”. (STJ, 4ª T., REsp. 434.992, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, julg. 06.02.2003, publ. DJ 05.05.2003)

PROCESSUAL CIVIL - EXECUÇÃO POR TÍTULO EXTRAJUDICIAL - PRESCRIÇÃO - DIREITO PATRIMONIAL - DECRETAÇÃO DE OFÍCIO.

I - Tratando-se de direitos patrimoniais é defeso ao juiz conhecer, de ofício, da prescrição e decretá-la, pois, neste caso, a lei exige que seja argüida pela

parte a quem aproveita para poder ser pronunciada pelo magistrado. Inteligência dos artigos 166, do Código Civil e 219, parágrafo 5º, do CPC.

II - Precedentes do STJ.

III - Recurso conhecido e provido. (STJ, 3ª T., REsp. nº 68.226/PE, Rel. Min. Waldemar Zveiter, julg. 16.04.1996, publ. DJ 10.06.1996).

À vista de tais considerações, deixo de acolher a tese da prescrição do fundo de direito levantada pela douta Procuradoria Geral de Justiça, por não ser esta parte diretamente interessada no mérito da questão.

III – Do Mérito

Na realidade, o que os impetrantes pretendem é a concessão, por via jurisdicional ou mediante simples ato administrativo do órgão impetrado, de vantagem pecuniária concedida à categoria funcional diversa, o que se revela providência de todo inviável ante a inexistência de título jurídico que, representado pela norma legal, dê legitimidade à postulação.

Se a Lei Estadual nº. 12.611/96, que concedeu o aumento aos professores, violou o princípio relativo à revisão geral de vencimentos, como previsto no inciso X do art. 37 da CF/88, ela é que seria inconstitucional, do que se deduz que a pretensão sob exame encobre, na verdade, pedido de apreciação de inconstitucionalidade de lei por omissão parcial, para, partindo dessa premissa, conseguir-se a extensão de benefício pecuniário em favor dos impetrantes.

Ora, o mandado de segurança não se qualifica como instrumento processualmente adequado a tal argüição, não sendo, portanto, os impetrantes titulares de direito líquido e certo, pois que somente lei estadual poderia autorizar a revisão de seus vencimentos.

O Poder Judiciário não pode conceder a servidores extensão de vantagens pecuniárias que foram exclusivamente outorgadas por lei a outras categorias. Do contrário, estaria

usurpando a função inerente ao Poder Legislativo.

Tal entendimento é, inclusive, incontroverso na Súmula 339 do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*: “*Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia*”.

Ademais, o aumento ocorrido em função da Lei nº 12.611/96 não se caracteriza como revisão geral de remuneração dos servidores, descabendo citar-se o dispositivo constitucional que em seu art. 37, inciso X, trata do assunto. Houve, no presente caso, somente uma revisão específica para uma determinada categoria de servidores, sem nenhum caráter de revisão geral.

A respeito do tema consignamos a lição de Adilson de Abreu Dallari:

“Por ‘revisão geral’ deve ser entendido apenas o reajuste decorrente da perda do valor aquisitivo da moeda, que atinge a todos os servidores indistintivamente. A Administração não está proibida de proceder às revisões parciais, ou seja, de alterar a situação remuneratória de específicas ou determinadas categorias profissionais, seja para corrigir injustiças, seja para proceder a uma melhor adequação ao mercado de trabalho, seja para dar um tratamento mais consentâneo com a nova estruturação da carreira, inclusive mediante a criação de estímulos à evolução funcional”. (In “Regime Constitucional dos Servidores”, São Paulo: Ed. RT, 1992, p. 58)

Entende-se, pois, por revisão o ato pelo qual se formaliza a reposição do poder aquisitivo dos vencimentos.

Por outro lado, é indiscutível que a Administração poderá, através de comandos legais específicos, alterar a situação remuneratória de determinada categoria funcional, fazendo-o, todavia, de forma justificada, atendendo sempre ao princípio da razoabilidade.

A respeito do tema, reportamo-nos à ilustre Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

“Com relação à fixação e alteração da remuneração dos servidores públicos, só pode ser feita por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso, conforme artigo 37, inciso X, na redação dada pela Emenda Constitucional n.º. 19/98. A iniciativa das leis é repartida entre o Chefe do Executivo (art. 61, §1º, II, “a”), Tribunais (art. 96, II, “b”), Ministério Público (art. 127, §2º) e Tribunal de Contas (art. 73, c/c art. 96).

Cada um desses órgãos remete ao Legislativo projeto de lei, seja de criação de cargos, seja de fixação de vencimentos de seus servidores, devendo todos observar os limites estabelecidos para os servidores do Executivo (art. 37, XII).

O inciso XIII do artigo 37, com a nova redação dada pela Emenda n.º 19, veda a vinculação ou equiparação de quaisquer espécies remuneratórias para o efeito de remuneração de pessoal do serviço público.

O que se visa impedir, com esse dispositivo, são os reajustes automáticos de vencimentos, o que ocorreria se, para fins de remuneração, um cargo ficasse vinculado ao outro, de modo que qualquer acréscimo concedido a um beneficiária a ambos automaticamente; isso também ocorreria se os reajustes de salários fossem vinculados a determinados índices, como o de aumento do salário mínimo, o de aumento de arrecadação, o de títulos da dívida pública ou qualquer outro.” (In “Direito Administrativo”, 16ª.ed., São Paulo: Atlas, 2003).

Fica assim configurado, com meridiana clareza, que a lei estadual estipuladora de novos parâmetros financeiros para os servidores da administração direta não atinge aqueles que integram outras categorias de servidores públicos a não ser os

da categoria beneficiada pela Lei nº 12.611/96, qual seja, os servidores integrantes do Grupo Ocupacional Magistério de 1º e 2º graus.

Em suma, resta caracterizada a inexistência de lesão a direito líquido e certo dos impetrantes, posto que estes são policiais militares inativos não albergados pela majoração vencimental da mencionada lei.

Diante do exposto, voto pela denegação do presente *mandamus*, em consonância com o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça.

Fortaleza, 04 de agosto de 2005.

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

**MANDADO DE SEGURANÇA Nº 2004.0004.7354-9,
Fortaleza - CE**

IMPETRANTE: Raimundo Neno de Meneses

IMPETRADO: Secretário de Administração do Estado do Ceará

IMPETRADO: Secretária de Desenvolvimento Econômico do Estado do Ceará

RELATOR: DES. JOÃO BYRON DE FIGUEIREDO FROTA

EMENTA: CONSTITUCIONAL, PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO APOSENTADO. ATUALIZAÇÃO DA GRATIFICAÇÃO PESSOAL INCORPORADA AOS PROVENTOS. PRECEDENTES.

Artigos 40, §§ 5º e 8º, da Constituição Federal e Lei Estadual nº 9.826/74 (Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado do Ceará).

Preliminar de ilegitimidade passiva rejeitada.

“Ressalvada a revisão prevista em lei, os proventos da inatividade regulam-se pela lei vigente ao tempo em que o servidor reuniu os requisitos necessários”. (Súmula 359, STF).

“EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. SERVIDOR APOSENTADO. REAJUSTE DE VANTAGEM PESSOAL INCORPORADA AOS SEUS PROVENTOS. Estrutura unitária desses proventos a permitir que tais reajustes incidam sobre o total das parcelas de que se constituíram, sem discriminar, para tal fim, que seja esta ou aquela. Necessidade, apenas, de que exista lei prevendo a outorga de reajuste geral para os servidores em atividade. Repercussão do aludido reajuste no patrimônio dos aposentados por força da norma que se hospeda no § 8º, do art. 40, da CF/88. Segurança, nessa parte, concedida”. (M.S. nº 2002.0008.0236-8, de Fortaleza).

Segurança concedida.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança Nº 2004.0004.7354-9 da Comarca de **Fortaleza**, em que é impetrante **Raimundo Neno de Meneses** e impetrados o **Secretário de Administração do Estado do Ceará** e a **Secretária de Desenvolvimento Econômico do Estado do Ceará**.

ACORDA o Egrégio Tribunal Pleno desta Corte de Justiça, em julgamento de Turma, unanimemente, em rejeitar a preliminar suscitada e, no mérito, também unanimemente em conceder a segurança.

RAIMUNDO NENO DE MENESES, servidor público estadual aposentado, da Pasta do Desenvolvimento Econômico do Ceará, bastante qualificado nos autos, por meio de patrono judicial legalmente constituído, manejou ação mandamental, com pleito de liberação de provimento jurisdicional cautelar,

assestando ato tido como ilegal e abusivo, portanto malferidor de direito líquido e certo do impetrante, de responsabilidade dos Secretários Estaduais das Pastas da Administração e Desenvolvimento Econômico do Estado do Ceará, consistente na omissão em proceder ao reajuste concedido, em caráter geral, aos servidores públicos estaduais, através da Lei Estadual nº 11.555/2001 e diplomas posteriores, relativamente à vantagem pessoal incorporada, símbolo DAS 2, nos termos da Lei nº 11.171/86, operando verdadeira redução nos proventos do impetrante, ferindo as cláusulas constitucionais alusivas ao direito adquirido, à irredutibilidade de proventos, ao ato jurídico perfeito da aposentadoria e, finalmente, da irretroatividade das normas jurídicas.

Acostou o impetrante, ao petitório, a documentação probante que entendeu pertinente ao destreme da ordem (fls. 39/59).

A requesta da medida cautelar restou denegada, em face da não comprovação, de plano, dos requisitos autorizatórios ao acolhimento (fls.64/66).

Comparecendo ao sítio mandamental o Secretário de Desenvolvimento Econômico do Ceará alegou somente a preliminar de ilegitimidade passiva para figurar na ação, posto não elaborar e manter o controle sobre a folha de pagamento dos servidores, atribuição conferida ao Secretário de Administração do Ceará.

Por sua vez, o Secretário de Administração do Ceará, prestando informações, defendeu a legalidade do ato administrativo impugnado, suplicando, ao final, pela extinção do feito sem julgamento de mérito, à míngua de comprovação de ilegalidade a ser sanada pelo conduto mandamental.

Instada a manifestação, a douta Procuradoria Geral de Justiça opinou, sem apreciação da preliminar suscitada, pela concessão da ordem requerida.

É o relatório. Passo a **votar**.

Merece êxito a ação mandamental proposta, da clara

pertinência dos argumentos fáticos e jurídicos deduzidos, em estreita sintonia com os precedentes da Corte de Justiça.

Antes, porém, do enfrentamento da questão de mérito da impetração, cumpre equacionar a preliminar agitada pelo Secretário de Desenvolvimento Econômico do Ceará atinente à ilegitimidade passiva.

Nada obstante os ingentes esforços despendidos a argüição da prejudicial não merece prosperar.

O ponto central que fundamentou a preliminar está colocado na questão alusiva ao controle da folha de pagamento dos servidores públicos estaduais, cujo gerenciamento geral compete ao Secretário de Administração do Estado, entretanto, setorialmente, pertence ao Secretário da respectiva Pasta onde estiver lotado o servidor.

É bem verdade que dispositivo legal outorgou a atribuição cogitada, também, ao Secretário de Administração, porém, desponta igualmente correto, que as alterações na folha de pagamento dos servidores, relativamente às Secretarias e órgãos vinculados, especificamente considerados, é procedida no órgão de origem e lotação do servidor e encaminhadas à Secretaria de Administração para publicação e operacionalização.

Ad argumentandum tantum, se a prejudicial levantada detivesse procedência, qual o sentido de manter o Estado do Ceará, nas respectivas Secretarias e demais órgãos administrativos, um departamento setorial denominado Folha de Pagamento, com várias chefias e servidores que trabalham nas alterações funcionais e vencimentais, encaminhando-as à Secretaria de Administração para publicação e implantação?

Partindo-se da premissa de que os órgãos do Estado formam um sistema administrativo único (está explicitado na norma de regência – o Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado do Ceará – Lei Estadual nº 9.826/74), forçoso é concluir que a autoridade requerida titular da Secretaria de Desenvolvimento Econômico do Ceará, Pasta na qual em atividade tinha lotação, também contribuiu decisivamente para a eventual lesão ao direito do impetrante.

Além do mais, e para resolver de vez a controvérsia acerca da improcedência da preliminar, desponta cediço que ninguém é obrigado a seguir ordem manifestamente ilegal, seja de que autoridade parta e, por fim, firma-se como autoridade impetrada no mandado de segurança aquele que podendo evitar a consumação da lesão ao direito, omitiu-se de assim proceder.

Assim, rejeita-se a preliminar aventada.

No mérito, melhor fortuna não ampara os argumentos defensivos propostos pelas autoridades impetradas.

Com efeito, a prova pré-constituída que guarnece a ação assegura que o impetrante incorporou a vantagem pessoal aludida, símbolo DAS 2, nos termos preconizados na Lei Estadual nº 11.171/86 (conhecida como Lei Geni) e que já se encontrava na inatividade quando sofreu a alegada lesão ao direito, reclamando a atualização do valor correspondente, nos percentuais concedidos pelas legislações posteriores aos servidores estaduais a título de reajuste geral de vencimentos.

O primeiro corolário que desponta inelutável é que, sendo a lei concessiva de reajuste, também denominada de revisão geral de vencimentos e proventos, encontra-se o direito porfiado agasalhado no artigo 40, § 8º, da Constituição Federal, o qual dispõe:

***“Art40.....
§ 8º. É assegurado o reajustamento dos benefícios para assegurar-lhes, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios estabelecidos em lei”.***

Ainda trilhando a seara constitucional, o artigo 37, inciso XI, da Carta da República, determina que os proventos e pensões serão revistos na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade.

O espírito da norma está claramente colocado no sentido de evitar que um benefício, a aposentadoria, no futuro venha a se transformar em um inequívoco prejuízo imposto ao

servidor, quando mais necessita.

Por isso, como se trata, o impetrante, de servidor público aposentado, o reajuste deve incidir sobre seus proventos, considerados como o somatório das parcelas remuneratórias incorporadas por ocasião da passagem para a inatividade.

A lição doutrinária, na aguda visão conceitual do eminente Ministro Carlos Ayres de Brito, sobre o tema, reforça do entendimento perfilhado:

“Ao contrário do que sucede com os vencimentos, os proventos não têm estrutura compósita. Eles são uma unidade, um todo pró-indiviso, na medida em que não comportam divisão em parte principal e parte acessória. É claro que, por ocasião da aposentadoria do servidor, há que se buscar o vencimento do cargo ou função por ele ocupado, mais os acréscimos pecuniários já revestidos de definitiva aderência ao mesmo vencimento, para o fim de fixação da base de cálculo dos proventos. Esta base de cálculo é que tem natureza compósita: vencimento e vantagens incorporadas. Ela é que passa de vencimento a remuneração e, daí, a provento (...)”. (*In Regime Constitucional dos Proventos do Servidor Público Efetivo, Revista Trimestral de Direito Público nº 15, pp. 137/139*).

A conclusão emerge clara na dicção do texto, revelando que a gratificação pessoal incorporada pelo impetrante, por força da regência da Lei Estadual nº 11.171/86, permaneceu integrando os proventos de aposentadoria, devendo sobre eles incidir os reajustes concedidos, em caráter geral, aos servidores públicos em atividade.

Na linha pretoriana, o Excelso Supremo Tribunal Federal sumulou a matéria com o seguinte enunciado:

“Ressalvada a revisão prevista em lei, os proventos da inatividade regulam-se pela lei vigente ao tempo em que o servidor reuniu os requisitos necessários”. (Súmula 359, STF).

Mais adiante, o eminente Ministro Maurício Corrêa, observando os precedentes da Corte Suprema, acentuou em notável decisão:

“O art. 40, § 5º, CF é auto-aplicável, de modo que a revisão dos proventos da aposentadoria pressupõe, apenas, a existência de lei prevendo essa revisão em relação aos servidores ativos, pelo que, uma vez editada a lei que preveja reajuste dos servidores em atividade, esse mesmo reajuste deve, de imediato, repercutir no campo patrimonial dos aposentados, só por força da existência da norma constitucional em comento atualmente, o § 8º, do art. 40, CF”. (AgReg nº 173851-1, *in* Constituição Federal vista pelo Supremo Tribunal Federal, Ed. Juarez Oliveira, pp. 563/564).

A orientação da Corte de Justiça local não diverge do posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, valendo ressaltar dentre os inúmeros precedentes: Ap. Cível nº 1999.05697-4, Rel. Des. Rômulo Moreira de Deus; Ap. Cível nº 1998.00354-0, Rel. Des. Rômulo Moreira de Deus; Ap. Cível nº 2000.07276-1, Rel. Des. José Cláudio Nogueira Carneiro e, em sede do Mandado de Segurança nº 1995.01690-8, de Relatoria do Des. Francisco Gilson Viana Martins, assim ementado:

“Os proventos dos inativos sempre sofrerão atualização, de acordo com o nível em que se deu a inatividade, mesmo quando houver transformação ou reclassificação do cargo ou função respectiva (...)”.

Mais recentemente, e para resolver em definitivo a questão posta, a eminente e culta Desembargadora Huguette Braquehais proferiu decisão paradigma enfrentando exatamente o mesmo tema discutido no caso vertente, cuja ementa expressa:

“EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. SERVIDOR APOSENTADO. REAJUSTE DE VANTAGEM PESSOAL INCORPORADA AOS SEUS PROVENTOS. Estrutura unitária desses proventos a permitir que tais reajustes incidam sobre o total das parcelas de que se constituíram, sem discriminar, para tal fim, que seja esta ou aquela. Necessidade, apenas, de que exista lei prevendo a outorga de reajuste geral para os servidores em atividade. Repercussão do aludido reajuste no patrimônio dos aposentados por força da norma que se hospeda no § 8º, do art. 40, da CF/88. Segurança, nessa parte, concedida”. (M.S. nº 2002.0008.0236-8, de Fortaleza).

Diante das considerações doutrinárias e jurisprudenciais expendidas não há como fugir do inegável farpeamento ao direito líquido e certo do impetrante patrocinado pelas autoridades requeridas, negando atualização do valor da gratificação pessoal incorporada nos proventos da inatividade, nos percentuais concedidos a título de reajuste geral, por leis posteriores, aos servidores em atividade.

Isto posto, concede-se a ordem requerida, nos termos do parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça.

Fortaleza, 18 de Maio de 2006.

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

Mandado de Segurança nº 2004.0005.8365-4/0

Impetrante: MARIA DE FÁTIMA PONTES PARENTE

Impetrados: Secretário de Administração do Estado do Ceará

Órgão Julgador: Tribunal Pleno

Relator: Desembargador ADEMAR MENDES BEZERRA

EMENTA. MANDADO DE SEGURANÇA. PROVENTOS DE APOSENTADORIA E PENSÃO POR MORTE. DIREITO LÍQUIDO, CERTO E EM EXERCÍCIO. ADVENTO DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 41, DE 19/12/2003, CONHECIDA COMO REFORMA DA PREVIDÊNCIA, A QUAL INSTITUIU DESCONTO PREVIDENCIÁRIO INCIDENTE SOBRE A PENSÃO E PROVENTOS. POSSIBILIDADE. INFRINGÊNCIA AO DIREITO ADQUIRIDO E À IRREDUTIBILIDADE VENCIMENTAL. INOCORRÊNCIA. ENTENDIMENTO VINCULANTE DO COLENDO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INTELIGÊNCIA DO §2º, DO ART. 102, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. RECEBIMENTO AQUÉM DO MÍNIMO. OCORRÊNCIA.

-O servidor aposentado ou pensionista, bem como o que já adquiriu direito à aposentadoria ou pensão, não está, definitivamente, isento ou imune ao pagamento de tributo legalmente instituído, não se podendo falar, quanto a isso, em afronta a direito adquirido ou a ato jurídico perfeito. Sendo espécie tributária – contribuição -, não se pode invocar direito adquirido contra a não-exação, nem tampouco defender tratar-se

o caso de imunidade, haja vista que esta deve vir prevista constitucionalmente, o que obviamente não é o caso.

-Por outro lado, a decisão do Pleno do STF no processo da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3105/DF, relator para o Acórdão o Min. Cezar Peluso, julgado em 18/08/2004, encerrou a discussão em torno da inconstitucionalidade da contribuição combatida, afirmando inexistir direito adquirido que imunize os aposentados à tributação constitucional e que a contribuição do caso concreto observou os princípios da solidariedade e do equilíbrio financeiro e atuarial.

-Embora constitucional a aludida exação, mister que se dê aplicação ao limite da contribuição previsto no parágrafo 18, do art. 40, da CF/1988 (com a redação dada pela Emenda 41) nas situações que estão dentro do limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201, da norma superior, o que é exatamente o caso dos autos.

-Concessão da segurança, por não se enquadrar na decisão vinculante do STF.

ACÓRDÃO:

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Mandado de Segurança nº 2004.0005.8365-4/0, em que figuram as partes acima identificadas.

Acorda o Tribunal de Justiça do Ceará, em sua composição plenária, por maioria, conceder a segurança, nos termos do Voto do Relator.

Fortaleza, 8 de fevereiro de 2007.

RELATÓRIO:

Trata-se de mandado de segurança com pedido de liminar impetrado por MARIA DE FÁTIMA PONTES PARENTE, com o objetivo de assegurar o direito de não se submeter à cobrança de contribuição previdenciária sobre sua pensão, em função do advento das Emendas Constitucionais Federal e Estadual de ns° 41/2003 e 56/2004, respectivamente, que deu nova redação aos artigos 40 e 330 dos citados diplomas.

Argumenta a impetrante, na qualidade de inativa/pensionista, que vinha recebendo normalmente o *quantum* relativo à pensão/proventos sem a incidência de tributo previdenciário até o advento das emendas constitucionais federal e estadual ns° 41 e 56, as quais previram o desconto na pensão de contribuição previdenciária no percentual de 11% (onze por cento).

Sustenta, em síntese, o seguinte: a) ao servidor ou pensionista que, à data da promulgação da EC n° 41/2003 à Constituição Federal e da EC n° 56/2004 à Constituição Estadual do Ceará tenha se aposentado ou iniciado o direito ao recebimento de pensão não pode sofrer a incidência de novas regras (exigências estabelecidas), havendo, portanto, direito adquirido; b) o servidor ou pensionista não está obrigado a novamente contribuir para a Previdência Social em razão da intocabilidade do direito adquirido e do ato jurídico perfeito, ainda mais quando há na contribuição viés contratual, insuscetível de alteração unilateral; c) não deve ser aplicado o raciocínio da solidariedade previdenciária, tendo em vista que o aposentado ou pensionista não gozaria de alguma vantagem futura; d) constitui a cobrança bitributação; e) deve prevalecer a irredutibilidade de proventos/pensão.

Solicitadas as informações da autoridade indicada coatora, as prestou às fls. 26/27, defendendo a perda do objeto da ação mandamental, tendo em vista o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, da Ação Direita de Inconstitucionalidade n° 3.105/DF, em que se decidiu ser constitucional a regra do *caput* do art. 4º, da Emenda

Constitucional nº 41, à Constituição Federal.

Liminar indeferida às fls. 30/31.

Chamada a intervir, a ilustre representante da Procuradoria Geral de Justiça exarou parecer de mérito (fls. 35/40), opinando pela concessão da segurança.

É o relatório.

VOTO:

Os autos trazem questão já bastante debatida neste egrégio Tribunal, referente à incidência de contribuição previdenciária sobre os proventos ou pensões da impetrante.

As contribuições são tributos os quais se coadunam com o interesse coletivo, que se encontra ligado aos direitos fundamentais de 2º e 3º dimensões, haja vista que a sua característica essencial é a solidariedade. Assim, a incidência dessa espécie tributária não gera qualquer mácula à Constituição, porquanto é ato potestativo do Estado, desde que respeite os princípios básicos estabelecidos pelo constituinte, vale dizer: legalidade, irretroatividade, capacidade contributiva, isonomia, anterioridade e proibição de confisco.

É cediço que o caso em comento não traz violação aos direitos adquiridos da impetrante, uma vez que se trata de tributação, na qual a Magna Carta jamais tenha concedido qualquer imunidade a essas pessoas.

Pode-se afirmar que não há direito adquirido à não exação tributária. Havendo a hipótese de incidência e o fato gerador, ocorre o dever de pagar o tributo, que, no caso dos autos, já se desconta na fonte.

Todavia, em última análise, a presente demanda já foi decidida de forma vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3105/DF:

“EMENTA: 1. Inconstitucionalidade. Segurança social. Servidor público. Vencimentos. Proventos de aposentadoria e pensões.

Sujeição à incidência de contribuição previdenciária. Ofensa a direito adquirido no ato de aposentadoria. Não ocorrência. Contribuição social. Exigência patrimonial de natureza tributária. Inexistência de norma de imunidade tributária absoluta. Emenda Constitucional nº 41/2003 (art. 4º, caput). Regra não retroativa. Incidência sobre fatos geradores ocorridos depois do início de sua vigência. Precedentes da Corte. Inteligência dos arts. 5º, XXXVI, 146, III, 149, 150, I e III, 194, 195, caput, II e § 6º, da CF, e art. 4º, caput, da EC nº 41/2003. No ordenamento jurídico vigente, não há norma, expressa nem sistemática, que atribua à condição jurídico-subjetiva da aposentadoria de servidor público o efeito de lhe gerar direito subjetivo como poder de subtrair *ad aeternum* a percepção dos respectivos proventos e pensões à incidência de lei tributária que, anterior ou ulterior, os submeta à incidência de contribuição previdencial. Noutras palavras, não há, em nosso ordenamento, nenhuma norma jurídica válida que, como efeito específico do fato jurídico da aposentadoria, lhe imunize os proventos e as pensões, de modo absoluto, à tributação de ordem constitucional, qualquer que seja a modalidade do tributo eleito, donde não haver, a respeito, direito adquirido com o aposentamento. 2. Inconstitucionalidade. Ação direta. Seguridade social. Servidor público. Vencimentos. Proventos de aposentadoria e pensões. Sujeição à incidência de contribuição previdenciária, por força de Emenda Constitucional. Ofensa a outros direitos e garantias individuais. Não ocorrência. Contribuição social. Exigência patrimonial de natureza tributária. Inexistência de norma de

imunidade tributária absoluta. Regra não retroativa. Instrumento de atuação do Estado na área da previdência social. Obediência aos princípios da solidariedade e do equilíbrio financeiro e atuarial, bem como aos objetivos constitucionais de universalidade, equidade na forma de participação no custeio e diversidade da base de financiamento. Ação julgada improcedente em relação ao art. 4º, caput, da EC nº 41/2003. Votos vencidos. Aplicação dos arts. 149, caput, 150, I e III, 194, 195, caput, II e § 6º, e 201, caput, da CF. Não é inconstitucional o art. 4º, caput, da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, que instituiu contribuição previdenciária sobre os proventos de aposentadoria e as pensões dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações. 3. Inconstitucionalidade. Ação direta. Emenda Constitucional (EC nº 41/2003, art. 4º, § único, I e II). Servidor público. Vencimentos. Proventos de aposentadoria e pensões. Sujeição à incidência de contribuição previdenciária. Bases de cálculo diferenciadas. Arbitrariedade. Tratamento discriminatório entre servidores e pensionistas da União, de um lado, e servidores e pensionistas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, de outro. Ofensa ao princípio constitucional da isonomia tributária, que é particularização do princípio fundamental da igualdade. Ação julgada procedente para declarar inconstitucionais as expressões “cinquenta por cento do” e “sessenta por cento do”, constante do art. 4º, § único, I e II, da EC nº 41/2003. Aplicação dos arts. 145, § 1º, e 150, II, cc. art. 5º, caput e § 1º, e 60, § 4º, IV, da CF, com restabelecimento do caráter

geral da regra do art. 40, § 18. São inconstitucionais as expressões “cinquenta por cento do” e “sessenta por cento do”, constantes do § único, incisos I e II, do art. 4º da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, e tal pronúncia restabelece o caráter geral da regra do art. 40, § 18, da Constituição da República, com a redação dada por essa mesma Emenda” (Supremo Tribunal Federal, ADI nº 3105/DF, Relator para o Acórdão o Min. Cezar Peluzo, DJU de 18.02.2005).

Ora, levando-se em consideração o disposto no §2º, do art. 102, da Constituição Federal de 1988, segundo a qual “as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo”, outro não pode ser o entendimento deste colendo Tribunal senão acatar o *decisum* acima mencionado, e, conseqüentemente, denegar a ordem.

Todavia, no caso dos autos, mister que se reconheça que a impetrante está inserida na situação de isenção da incidência da contribuição vergastada, conforme dispôs a própria Emenda Constitucional nº 41.

Segundo o art. 1º, parágrafos 18º

e 19º, da Emenda Constitucional nº 41/2003:

“§18. Incidirá contribuição sobre os proventos de aposentadorias e pensões concedidas pelo regime de que trata este artigo que superem o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201, com percentual igual ao estabelecido para os servidores titulares de cargos efetivos.

§19. O servidor de que trata este artigo que tenha

completado as exigências para aposentadoria voluntária estabelecidas no §1º, III, a, e que opte por permanecer em atividade fará jus a um abono de permanência equivalente ao valor da sua contribuição previdenciária até completar as exigências para aposentadoria compulsória contidas no §1º, II”.

Como se percebe, a própria emenda constitucional retirou do âmbito de aplicação da contribuição previdenciária aqueles valores de pensões ou aposentadorias que se igualem ao limite máximo previsto no regime geral de previdência. Desta forma, somente os valores superiores ao valor previsto no art. 201 da Constituição Federal é que serão tributados.

A impetrante comprova, através do ato de aposentadoria, publicado no DOU de 17.05.1999, bem como através do seu contra-cheque (fls. 15 e 16), que sempre recebeu valor menor do que o limite previsto para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201, não podendo, por isso, receber a carga de descontos previdenciários.

Assim, senhor Presidente, sem querer alongar o debate, conquanto desnecessário, na esteia de entendimento da nobre Procuradoria Geral de Justiça, concedo a segurança.

É o meu voto.

Fortaleza, 8 de fevereiro de 2007.

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

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 2005.0005.0513-9,

Fortaleza - CE

IMPETRANTE: José David Castelo Pereira

Litisconsorte ativo: Luciano Ricardo dos Santos

Litisconsorte ativo: Francisco José Alves Abreu

Litisconsorte ativo: Eldimar Silva de Sousa
Litisconsorte ativo: Giovanni Mattos Júnior
IMPETRADO: Secretário de Segurança Pública e Defesa Social do Estado do Ceará
RELATOR: DES. JOÃO BYRON DE FIGUEIREDO FROTA

EMENTA: CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. INSCRIÇÃO EM CURSO DE FORMAÇÃO DE OFICIAIS DA POLÍCIA MILITAR. LIMITE DE IDADE. LIVRE ACESSO AOS CARGOS PÚBLICOS. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. LEGALIDADE. CONCESSÃO DA SEGURANÇA.

1 – O pleito dos Impetrantes para inscrição em Curso de Formação de Oficiais da Polícia Militar do Estado do Ceará tem respaldo constitucional.

2 – O Edital do certame em questão, no que tange ao limite de idade para inscrição, fere os princípios do livre acesso aos cargos públicos (art. 37, I e II, CF), da legalidade (art. 5º, II, CF), da razoabilidade e da proporcionalidade, por não ter respaldo legal nenhum.

3 – Ordem parcialmente concedida.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança Nº 2005.0005.0513-9 da Comarca de **Fortaleza**, em que é impetrante **José David Castelo Pereira**, sendo litisconsortes ativos, Luciano Ricardo dos Santos, Francisco José Alves Abreu, Eldimar Silva de Sousa e Giovanni Mattos Júnior e impetrado o **Secretário de Segurança Pública e Defesa Social do Estado do Ceará**.

ACORDA o Egrégio Tribunal Pleno desta Corte de Justiça, por maioria de votos, conceder parcialmente a segurança, deferindo-a em relação aos impetrantes José David Castelo Pereira, Luciano Ricardo dos Santos, Francisco José Alves de Abreu e Giovanni Mattos Júnior e denegá-la em relação ao impetrante Eldimar Silva de Sousa, nos termos do voto do

desembargador Relator.

Trata-se de Mandado de Segurança, com pedido de liminar, impetrado por JOSÉ DAVID CASTELO PEREIRA, LUCIANO RICARDO DOS SANTOS, FRANCISCO JOSÉ ALVES DE ABREU, ELDIMAR SILVA DE SOUSA e GIOVANNI MATTOS JÚNIOR, contra ato coator do Sr. Secretário de Segurança Pública e Defesa Social do Estado do Ceará, que indeferiu suas inscrições no Curso de Formação de Oficiais da Polícia Militar do Estado do Ceará, de acordo com a regra editalícia limitadora da idade para o certame.

Analisando os requisitos autorizadores da medida, esta Relatoria concedeu a liminar pleiteada (fls. 69/72).

Após noticiadas (ofícios de fls. 75, 76 e 78), as autoridades impetradas deixaram transcorrer o prazo legal *in albis*.

Com vistas à douta Procuradoria Geral de Justiça, o Ilustre Representante Ministerial opinou pela concessão da segurança (fls. 80/85).

Levado a julgamento na sessão do dia 23.11.2006, o eminente Desembargador Francisco Haroldo Rodrigues de Albuquerque pediu vista dos autos, sendo adiado o julgamento (certidão de fl.92).

Na sessão do dia 07.12.2006, o desembargador que pedira vista na sessão passada mencionada, proferiu seu voto, partindo da mesma premissa adotada por esta Relatoria, no entanto, para denegar a segurança, asseverando que a discriminação etária adotada pelo edital do concurso em análise é plenamente justificável, dado o propósito da seleção respectiva, qual seja: a de escolher alunos para o Curso de Formação de Oficiais da Corporação Militar Estadual. Antecipadamente, o Eminentíssimo Desembargador Luiz Gerardo de Pontes Brígido manifestou-se para acompanhar o voto-vista.

Na mesma sessão, este Relator, com fundamento no art. 80, §1º, do Regimento Interno desta Corte de Justiça, pediu vista dos autos para melhor exame.

Eis, em síntese, o breve relatório. Segue o **voto**.

Em que pese a brilhante tese exposta pelo eminente Desembargador Francisco Haroldo Rodrigues de Albuquerque, *data maxima venia*, ousamos dela discordar pelas mesmas razões já apresentadas na primeira sessão de julgamento deste *mandamus*.

Cumpra, de plano, ressaltar que a discriminação adotada pelo edital do concurso em análise não é justificável pela finalidade da seleção, como aduziu o Relator do voto-vista. Em verdade, não defendemos que possa haver uma fixação de limite etário para ingresso na carreira militar por parte do Poder Judiciário. A limitação etária é de ordem legal, ou seja, há um parâmetro definido em lei para inscrição no Curso de Oficiais da Polícia Militar do Ceará e é este que deve ser observado. Em momento algum, pregamos a substituição ou a sobreposição da vontade do Poder Executivo pelo Poder Judiciário.

Por esse motivo, acatamos a argumentação do Impetrante de que houve afronta por parte do edital ao princípio constitucional da legalidade, com fundamento nos incisos II e XIII do art. 5º; nos incisos I e II do art. 37 e no parágrafo 3º, inciso X, do art. 142, todos da Constituição Federal.

Dos dispositivos constitucionais retro-mencionados, pode-se entender, destarte, que o ingresso em cargos da Administração Pública depende de previsão legal, sendo os requisitos estabelecidos naquele comando normativo, ou seja, lei material.

No Estado do Ceará, a Lei nº 10.072, de 20 de dezembro de 1976, dispõe sobre o Estatuto dos Policiais Militares do Ceará. O ingresso na Polícia Militar está disciplinado em seu art. 10, *in verbis*:

Art. 10. O ingresso na Polícia Militar é facultado a todos os brasileiros, solteiros, ou viúvos, sem filhos e com idade inferior a 22 anos na data da inscrição, sem distinção de raça ou de crença religiosa, mediante inclusão, matrícula ou nomeação, observadas as condições previstas em lei e nos

regulamentos da Corporação. (grifamos)

Como a referida lei estadual dispõe sobre o limite máximo de idade para o ingresso na Polícia Militar do Estado do Ceará, esta não se aplica ao caso dos impetrantes que já são militares, pois estes já integram a corporação. Entretanto, com relação ao Impetrante Eldimar Silva de Sousa, que ainda é estudante e não militar, o referido limite legal é inteiramente aplicável.

Com relação aos outros impetrantes (José David Castelo Pereira, Luciano Ricardo dos Santos, Francisco José Alves de Abreu e Giovanni Mattos Júnior), o Decreto Estadual nº 9.692, de 13 de janeiro de 1972, prevê a idade máxima de 30 (trinta) anos dos candidatos militares, no ato da inscrição, ao Curso de Formação de Oficiais da PM/CE, conforme art. 13, §1º, II, “a”. Eis, portanto, o limite legal – constitucionalmente amparado – para inscrição dos militares impetrantes no referido certame.

Com efeito, resta configurada a ilegalidade e a inconstitucionalidade do disposto na cláusula 5.1.1 do Edital para o Curso de Formação de Oficiais da PM/CE, no que tange ao requisito etário para inscrição no referido certame. Isto porque o referido edital não poderia restringir a idade de ingresso no curso de oficiais em 27 (vinte) anos, em evidente afronta ao critério etário legal estabelecido no Decreto Estadual nº. 9.692/72 pertinente à carreira militar estadual, ou seja, 30 (trinta) anos.

Tal entendimento, como já ressaltado no voto da primeira sessão de julgamento, vem plenamente embasado em vários escólios pretorianos:

STF: “RECURSO. Extraordinário. Inadmissibilidade. Concurso público para policial militar. Limitação de idade. Edital que fixa idade limite para o ingresso na corporação, o que a Lei ordinária (L. 7.289/84), não restringiu. Jurisprudência assentada.(...)” (RE-AgR nº.307.112/DF, Rel. Min. Cezar Peluso, 1ª Turma, julg. em 02.05.2006, DJ de 25.05.2006, p.17)

STF: “EMENTA: Policial Militar do Distrito Federal: concurso público: limite de idade: restrição não prevista em lei ordinária (L. 7.289/84), não cabendo ao edital limitar o que a lei não restringiu: precedentes.” (RE-AgR nº.327.784/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 07.12.2004, 1ª Turma, DJ de 18.02.2005, p. 26)

STF: “CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRA-ORDINÁRIO. CONCURSO PÚBLICO. CORPO DE BOMBEIROS MILITAR DO DISTRITO FEDERAL. LIMITE DE IDADE. LEI 7.289/84. I. - Não pode o edital limitar o que a lei não restringiu. Precedentes. II. - Agravo não provido”. (AI-AgR nº.523.254/DF, Rel. Min. Carlos Velloso, 2ª Turma, julgado em 20.09.2005, DJ de 14.10.2005, p. 16)

TJRS: “EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. BRIGADA MILITAR. SOLDADO. LIMITE DE IDADE. LEI ESTADUAL Nº 12.307/05. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. Não há ilegalidade no Edital que estabeleceu limite de idade para ingresso na função pública, quando esse está amparado por Lei, inexistindo inconstitucionalidade no ato. Princípio da razoabilidade observado, diante da natureza da atividade a ser desenvolvida no exercício da função. APELAÇÃO PROVIDA. REEXAME NECESSÁRIO PREJUDICADO.” (Apelação e Reexame Necessário Nº 70016553299, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rogerio Gesta Leal, Julgado em 21/09/2006)

TJMT: “Inobstante seja o edital o estatuto de regência do concurso, deve estar em harmonia, no plano hierárquico-normativo, com o texto da Constituição

Federal com os estatutos legais, estando, dessa forma, sempre vinculado à lei que dispõe sobre o processo seletivo e sobre as qualificações para a categoria funcional específica, não podendo fugir de seus limites, sob pena de violação ao princípio da legalidade inerente aos atos administrativos. (TJMT, 3ª Câ. Cível, Rel. Leônidas Duarte Monteiro, Ap. Cível nº.45936/2003, julg. 11.08.2004)

Resta evidente da jurisprudência ora colacionada que o edital (norma subalterna) não pode contrariar a lei, sob pena de ofensa ao princípio da legalidade.

Mister, ainda, analisar o acórdão mencionado pelo eminente Desembargador do voto-vista (Recurso Extraordinário nº 197.479/DF, da 1ª Turma, Relator Ministro Luiz Octávio Galloti, julgado no dia 04.04.2000), o qual serviu como fundamento jurisprudencial de sua tese:

“EMENTA: Não é inconstitucional a imposição de limite máximo de idade, para ingresso de praça, nos quadros de Corpo de Bombeiros Militar (CF, art. 42, §§ 9º e 11, no texto original)

À primeira vista, a citada decisão parece atender a tese exposta pelo Eminentíssimo Desembargador do voto-vista. Contudo, analisando detidamente o relatório e o voto do referido recurso extraordinário, percebe-se que naquele caso o edital e a lei estavam consoantes nos limites de idade para ingresso no Corpo de Bombeiros Militares do Distrito Federal, o que não é o caso dos presentes autos. Em passagem do mencionado acórdão, infere-se:

“Consoante bem fundamentado na sentença apelada, às fls. 54, o edital do certame, com suporte nos Decretos 7.738/82 e 11.940/89, regulamentadores do art. 10, da Lei 7.479/86, exigiu, licitamente: “III – possuir no máximo 24

**anos e 6 meses de idade na data da sua inclusão;
(...)” (grifo e destaque nosso)**

No caso *sub judice*, ao contrário do mencionado na jurisprudência citada acima, o edital está dissonante com o Decreto Estadual nº.9.692/72 para inscrição dos militares no Curso de Oficiais da PM/CE, o que, reitero, é uma afronta ao princípio constitucional da legalidade.

Portanto, são pertinentes as alegações dos Impetrantes quanto à inconstitucionalidade da cláusula 5.1.1 do Edital nº 001/2005 em apreço que limita à idade de 27 anos para o ingresso no Curso de Formação de Oficiais da PM/CE, porquanto ofendem os princípios constitucionais da razoabilidade, da proporcionalidade e da legalidade, notadamente quanto ao livre acesso aos cargos públicos e ao livre exercício profissional.

Desta feita, quanto aos impetrantes José David Castelo Pereira, Luciano Ricardo dos Santos, Francisco José Alves de Abreu e Giovanni Mattos Júnior, todos militares, CONCEDO A SEGURANÇA para o único fim de garantir suas inscrições no Curso de Formação de Oficiais da PM/CE, com fundamento no art. 5º, II e IX; art. 37, I e II; art. 142, §3º, X, todos da Constituição Federal, bem como no art. 10 da Lei nº 10.072, de 20 de dezembro de 1976 (Estatuto da Polícia Militar do Ceará), e no art. 13 do Decreto Estadual nº 9.692, de 13 de janeiro de 1972, confirmando assim a liminar anteriormente concedida.

Quanto ao impetrante Eldimar Silva de Sousa, estudante não militar, DENEGO A SEGURANÇA, devido ao limite de idade para o ingresso na Polícia Militar do Estado do Ceará, qual seja, 22 (vinte e dois) anos, com fundamento no art.10 da Lei nº 10.072, de 20 de dezembro de 1976.

Diante do exposto, reitero nosso voto, em consonância parcial com o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça e em dissonância ao voto-vista do Eminentíssimo Desembargador Francisco Haroldo Rodrigues de Albuquerque.

Fortaleza, 1º de fevereiro de 2007.

AÇÃO RESCISÓRIA

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

Ação Rescisória n. 2000.0014.9876-3

Autor: Manoel Cordeiro de Freitas

Réu: Marcos Antônio Vieira Sousa

Relator: Des. Rômulo Moreira de Deus

ACÓRDÃO

Ação Rescisória. Ação de Reparação de Danos por Acidente de Veículo. Rito Sumaríssimo (vigente à época). Ausência de Apresentação de Contestação na Audiência. Alegação de que o julgador não oportunizou a manifestação do réu após o encerramento da prova pleiteada pelo autor. Inocorrência. Acórdão desta Corte de Justiça que manteve o Julgado. Improcedência do Pleito Rescisório.

I - A hipótese de encerramento das provas em audiência sem que tenha havido irresignação expressa e formal da própria parte, não se enquadra dentre as hipóteses do art. 485, III e V do C.Pr.Civ.

II - Inocorrência de maltrato ao contraditório e à ampla defesa.

III - Ademais, à época, contra a decisão de encerramento das provas na audiência caberia recurso de agravo, vedado, pois, revolver matéria preclusa, posto não ser a rescisória sucedâneo recursal.

IV - Precedentes desta Corte de Justiça (TJCE – AR 2000.0014.5185-6/0, Rel. Des. Francisco Hugo Alencar Furtado, julgado em 30.09.2003).

V - Ação rescisória improcedente.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de

Ação Rescisória nº 2000.0014.9876-3, em que é autor Manoel Cordeiro de Freitas e Réu Marcos Antônio Vieira Sousa.

Acordam os Desembargadores integrantes das Câmaras Cíveis Reunidas do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade de votos, julgar improcedente a ação rescisória.

Adota-se o relatório de f. 71-74, na forma regimental do art. 88, § 4º.

A ação rescisória em trato visa desconstituir o acórdão proferido pela egrégia Segunda Câmara Cível deste Sodalício que, em grau de recurso, manteve incólume a sentença proferida na ação de reparação de danos por acidente de veículo.

Cinge-se o pleito rescisório ao fato de, segundo o Autor, não lhe haver sido oportunizado o contraditório quando do encerramento das provas na audiência de instrução e julgamento.

Atribuiu o Demandante ao contido no termo de audiência (f.15) a prova maior do maltrato ao direito de se opor ao encerramento da prova.

Constata-se a presente ação não se enquadra em quaisquer das hipóteses invocadas pelo Autor, quer quanto à alegação de dolo da parte vencedora (CPC, art. 485, III), quer quanto à violação literal de lei pela sentença e pelo acórdão (CPC, art. 485, V).

Ao revés, o termo de audiência acostado pelo Promovente (f. 15), demonstra tão-só o seu assentimento com o término da dilação probatória, não podendo o acórdão que ratificou a sentença ser rescindido em decorrência do silêncio do próprio réu, mormente, por não haver apresentado defesa em audiência prevista no rito sumaríssimo vigente à época.

Ressalte-se que é ônus da parte impugnar, através dos meios e recursos existentes, a decisão que de qualquer modo lhe cause prejuízos.

No caso vertente, inconformado com a conduta da Magistrada que não lhe oportunizara a manifestação, competia ao Autor externar seu inconformismo na própria audiência ou, no prazo legal, mediante a interposição de agravo.

A inércia acima mencionada encerra preclusão lógica

cujo ato omissivo do réu, autor desta rescisória, demonstra incompatibilidade com quem se conformou com a decisão judicial proferida em audiência.

Acerca da importância do regime das preclusões no Código de Processo Civil, de modo a permitir que o processo alcance sua finalidade primordial - a sentença - o magistério de Antônio Alberto Alves Barbosa e Antônio Cezar Peluso, *verbis*:

“A preclusão constitui, sem dúvida, uma garantia do processo; força as partes litigantes e o juiz a acompanharem-no com diligência, praticando os atos processuais nas fases e momentos oportunos. É, em uma palavra, uma imperativo da ordem e da disciplina processuais. Encarna o princípio da auto-responsabilidade de que fala Riccio, segundo o qual arcarão as partes com as conseqüências desvantajosas que lhes advirão no caso de deficiência ou incauta conduta.” *In* Da preclusão Processual Civil, BARBOSA, Antônio Alberto Alves, com notas remissivas à legislação processual vigente por Antônio Cezar Peluso, p. 61, 2ª edição, revista e atualizada, Editora Revista dos Tribunais.

Dessa opinião partilha o festejado jurista Humberto Theodoro Júnior:

“Todos os prazos processuais, mesmo os dilatatórios, são preclusivos. Portanto, “decorrido o prazo, extingue-se, independentemente de declaração judicial, o direito de praticar o ato” (art. 183). Opera-se, para o que se manteve inerte aquele fenômeno que se denomina *preclusão processual*. (...) Preclusão lógica: é a que “decorre da incompatibilidade entre o ato praticado e outro que se queria praticar também”. Quem, por exemplo, aceitou uma sentença, expressa ou tacitamente, não mais poderá interpor recurso contra ela (art. 503).”

In Curso de Direito Processual Civil, JÚNIOR, Humberto Theodoro, p. 468, 36ª edição, Vol. I, Editora Forense.

Ademais, não provou o Autor desta demanda haver suscitado a questão processual objeto da rescisória na apelação que ensejou o acórdão rescindendo, o que de *per si* impediria a desconstituição do mesmo, visto ali ter tratado somente do mérito da condenação indenizatória e não de suposto *error in procedendo* da Juíza.

Daí concluir-se que não houve irresignação do réu, ora autor, quer no azo da audiência quando da decisão de enceramento da dilação probatória ou no prazo para interposição de agravo, quer quando do manejo da apelação que ensejou o acórdão rescindendo, o que inviabiliza a propositura da ação rescisória ante a presunção de assentimento em face da flagrante preclusão lógica, corolário da segurança jurídica e do dogma da coisa julgada.

Acresça-se ao exposto, estar evidenciado nos autos que a pretensão do autor é de natureza tipicamente recursal como bem enfatizou a Procuradoria de Justiça em seu bem lançado parecer (f.65-69), ora transcrito:

“A rescisória não é recurso apelatório, porque não lhe compete reapreciar provas mal interpretadas, teses debatidas e vencidas, mas é uma ação autônoma, independente da precursora, que se propõe a rescindir sentença de mérito, transitada em julgado nas hipóteses elencadas no art. 485, do CPC, quando ela contrariar o direito expresso e quebrar a harmonia do ordenamento jurídico. O autor, no caso presente, fundou sua súplica nos itens III, dolo da parte vencedora e infringência de disposição literal de lei, V, do art. 485, do CPC.”

A ação rescisória não é sucedâneo recursal, como têm reiteradamente decidido as Câmaras Cíveis Reunidas desta

Corte de Justiça:

“Ação rescisória. É inidônea como forma de via recursal, porquanto destinada a devolver ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada, sem especificar a causa de pedir dentre as previstas pelo artigo 485 do Código de Processo Civil. Ademais, não cabe ação rescisória para desconstituir julgado pertinente a matéria flagrantemente controvertida nos tribunais (Súmula nº 343 do STF). Ação improcedente.” (TJCE – AR 2000.0014.5185-6/0, Rel. Des. Francisco Hugo Alencar Furtado, julgado em 30.09.2003).

No mesmo sentido, trecho da ementa de acórdão proferido pelo TJDF, *verbis*:

“A ação rescisória não se presta como sucedâneo de recurso, para reforma de decisão, nem constitui meio de se corrigir pretendida justiça ou injustiça de um julgado. Não se deve perder de vista a preservação da coisa julgada, em respeito ao princípio de sua imutabilidade e estabilidade, sendo a rescindibilidade do julgado a exceção.” (TJDF - AR 2001.00.2.006261-6, Rel. Des. Jerônimo de Souza, Primeira Câmara Cível, julgado em 10.09.2003).

Incisava, também, neste sentido, a decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, *verbis*:

“Ação Rescisória. Inexistência de qualquer mácula no acórdão vergastado. Parte que busca sucedâneo recursal manifestamente descabido. Petição inicial indeferida. A ação rescisória não se presta a reabrir discussão já superada pelo manto da coisa julgada. Inexistindo mácula legalmente prevista, o caso é de indeferimento da inicial. Agravo regimental

desprovido. Unânime.” (TJRS - Agravo Regimental n. 70003301124, Rel. Des. José Aquino Flores de Camargo)

Não resta dúvida, pois, que a ação rescisória não se presta a fazer às vezes de sucedâneo de recursos que sequer foram interpostos nos momentos oportunos, não tendo, ademais, havido qualquer incidência do art. 485, III e V, do C.Pr.Civ., porquanto deveria ter se insurgido o réu na própria audiência ou via recurso de agravo contra a decisão que encerrou a dilação probatória.

Ante o exposto, julga-se improcedente o pedido rescisório, posto não haver sido comprovado que a parte vencedora tenha incorrido em dolo processual consubstanciado em litigância de má-fé durante a tramitação da causa, tampouco que o acórdão fora proferido com menosprezo ao modo e forma estabelecidos em lei.

Sem custas, por ser a parte vencida beneficiária da justiça gratuita. E, observando-se o que dispõe o art. 12 da Lei 1.060/51, os honorários advocatícios são fixados em 10% do valor dado à causa.

Fortaleza, 25 de janeiro de 2005.

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

APELAÇÕES CRIME

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

**APELAÇÃO CRIME: N º 2001.0000.8952-3 - Barbalha-CE.
APELANTE: REPRESENTANTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO.
APELADO: GERMANO CÉSAR DANTAS.
RELATOR: O EXMO. SR. DES. JOÃO BYRON DE
FIGUEIRÊDO FROTA**

PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIME. TENTATIVA DE HOMICÍDIO. TRIBUNAL DO JÚRI POPULAR. DESCLASSIFICAÇÃO PARA LESÃO CORPORAL. DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. DECISÃO ANULADA.

Apelo deduzido objetivando a desconstituição do *decisum* por julgamento manifestamente contrário à prova dos autos. Inexistência de versão que respalde a sentença do Colegiado Popular. Apelo provido para submeter o réu a novo Júri.

Réu que, com arma branca e de fogo, produz três graves ferimentos na vítima, quando esta já fugia, somente cessando a agressão com a mesma já prostrada desfalecida, evidencia o *animus necandi*, perpetrando, indubitavelmente, o homicídio tentado. Decisão anulada para realização de outro julgamento.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Crime nº **2001.0000.8952-3**, da Comarca de Barbalha, neste Estado, na qual é apelante o **Representante do Ministério Público** e apelado **Germano César Dantas**.

ACORDA a 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por julgamento de Turma, unanimemente, dar provimento ao recurso ministerial para, anular

a decisão recorrida, submetendo o apelado a novo julgamento, em consonância com o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça.

Inconformado com a decisão do Tribunal do Júri Popular da Comarca de Barbalha, que desclassificou o delito em que foi denunciado o réu Germano César Dantas, qualificado nos autos, do art. 121, § 2º, incisos I e IV, c/c o art. 14, inciso II, para o capitulado no art. 129, § 1º, inciso II, todos do Código Penal, tendo como vítima José Carlos da Silva, ocorrido no dia 03 de setembro de 1996, no lugar Balneário do Caldas, daquela cidade e comarca, recorre o ilustre representante do Ministério Público, alegando o *decisum* ter sido prolatado manifestamente contra a prova dos autos.

Alinha, como substrato fático e jurídico às suas razões, o réu, colega de trabalho da vítima, mas que com ela tivera acirrada discussão no dia anterior, no dia seguinte foi ao encontro do vitimado, já armado de revólver, efetuando contra este vários disparos, o primeiro dos quais falhou, atingindo-o na região das nádegas, quando este já fugia e, não satisfeito em produzir a lesão, saiu-lhe no encalço e desferiu-lhe dois ferimentos à faca, nas costas, após o que fugiu. Aduz as testemunhas que a tudo presenciaram, ajudaram a vítima a não morrer, levando-a ao hospital local.

Contra-arrazoando o apelo, em sucintas razões, o acusado alega o veredicto do Júri Popular estar totalmente correto, quando operou a desclassificação, não merecendo reproche senão na ocasião em que estabeleceu o juiz a pena de dois (02) anos e seis (06) meses de reclusão, uma vez que deveria ter sido aplicado o regime de detenção e assim transformada a pena em alternativa.

Encaminhados os lautos a esta Corte, foram eles remetidos à douta Procuradoria Geral da Justiça que, em parecer de fls. 165/170, opinou pelo provimento do apelo com a conseqüente anulação do julgamento e a realização de outro.

É o relatório.

Merece êxito o intento recursal, manejado pelo *Parquet*, amparado pela doutrina e por remansosa jurisprudência.

Do exame detido dos autos, chega-se à inelutável conclusão de que estão presentes, *in casu*, os elementos do homicídio tentado vez que presentes no lamentável evento, o *animus necandi*, os eficientes atos de execução, a idoneidade dos meios empregados para a consecução da *meta optata* e, ainda, a não consumação do resultado morte por motivos alheios à vontade do agente, no caso o socorro pronto e eficaz à vítima pelas testemunhas, seu atendimento hospitalar e a resistência física do ofendido que superou a gravidade dos graves ferimentos a ela infligidos, embora com seqüelas.

Com efeito, as testemunhas presenciais são assentes em relatar que após o desentendimento havido entre os protagonistas do fato de que se cuida, no dia aziago, o réu sacou de seu revólver e atirou por três vezes na vítima, acertando-a quando esta já fugia e, não satisfeito com a lesão praticada, *perseguiu-a e aplicou-lhe duas violentas facadas, uma na região escapular esquerda e outra na região cervical posterior esquerda, resultando perigo de vida e incapacidade para ocupações habituais por mais de trinta dias, tudo conforme auto de exame de corpo de delito de fls. 10/10 verso. Impõe-se ressaltar das lesões haver resultado intensa perda sangüínea por parte da vítima bem assim lesões da bexiga e alças intestinais e perfuração pulmonar, conforme o laudo mencionado.*

Testemunha presencial assevera:

“... que Germano sacou seu revólver e efetuou pelo menos dois disparos contra a vítima, mas no primeiro disparo a arma bateu catolé; Que a vítima saiu correndo e o acusado alvejou-a pelas costas, desta vez atingindo as nádegas; Que a vítima pondo a mão sob (sic) o ferimento continuou a correr e o acusado a perseguiu agora de faca na mão; Que não presenciou as facadas que o acusado deu na vítima porque logo após os disparos, saiu para buscar um carro para socorrer o ferido e não presenciou a agressão final, mas ouviu falar por comentários das pessoas no lugar que o acusado alcançou a vítima e

lhe desferiu uma facada...” (Antonio Vitorino de Souza, fls. 39/39 verso)

Essa versão casa-se perfeitamente com a apresentada pela vítima:

“...Que o acusado começou a atirar no depoente e este correu, mas perseguido e atingido por uma bala por traz, próximo ao quadril do lado esquerdo; Que o depoente tentou correr para uma das portarias e pular a cerca, mas não conseguiu por conta do ferimento recebido; Que o depoente virou-se e tentou cair para puxar as pernas do seu perseguidor, mas no momento em que caiu foi atingido por uma facada no seu pescoço, pelo lado esquerdo da nuca; Que o depoente tentou se manter de pé mas não conseguiu, caindo prostrado ao solo enquanto Germano fugia...” (José Carlos da Silva, fls. 41/41 verso).

Nesse momento ressalta-se que a testemunha presencial José Edinaldo de Almeida, inquirida na instância policial (fls. 16/17) inexplicavelmente não o foi em juízo, mas suas declarações são também acordes com a da outra cujos trechos transcrevemos bem como com as da vítima.

Relativamente ao crime tentado, prelecionam renomados mestres, *verbis*:

“É a execução iniciada, que não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente. É conceito extraído do art. 14, II, do Código Penal, ao determinar que o crime se diz tentado, “quando, iniciada a execução não se consuma, por circunstâncias alheias à vontade do agente”. (In Código Penal Anotado. Damásio E. de Jesus. Editora Saraiva, 7ª edição, pág. 41).

“...e a realização incompleta da conduta típica, que

não é punida como crime autônomo. (...) Preferiu-se usar uma forma de extensão, ou seja para caracterizar a tentativa de homicídio, não se encontra previsão expressa da Parte Especial. Nesse caso, aplica-se a figura do crime consumado em associação com o disposto no art. 14, inciso II, da Parte Geral. Portanto, o crime tentado de homicídio é a união de "matar alguém" com o "início de execução, que não se consumou por circunstâncias alheias à vontade do agente". Pode-se ler: quem pretendendo eliminar a vida de alguém dando início à execução, não conseguiu o resultado morte, praticou uma tentativa de homicídio." (In Código Penal Comentado. Guilherme de Souza Nucci. Editora Revista dos Tribunais, 4ª edição, pág. 120)

tentado: A jurisprudência, de sua parte, pontifica sobre o crime

“Tentativa – Caracterização – Argumento formulado pelo réu de que, por ter habilidade com arma de fogo, atirou somente para ferir – Afirmação que corrobora com a existência de dolo eventual na prática do crime” (TRF 5ª Reg. –RT 825/724).

“Tentativa – Pronúncia Conversão do julgamento em diligência, visando a juntada de laudo de exame de corpo de delito – Desnecessidade – Prova das lesões da vítima que, na hipótese, não é essencial, porque, ainda que os tiros não a tivessem atingido, restaria evidenciada a intenção homicida” (TJSP – RT 825/566).

No caso, como vimos Através da doutrina e da jurisprudência mais abalizada o Colegiado Popular da Comarca de Barbalha decidiu manifestamente contra a prova dos autos desclassificando para lesão corporal evidente tentativa de

homicídio, caracterizado por todos os elementos integrativos de sua definição legal, impondo-se a anulação do julgado, para que outro se realize com observância dos parâmetros legais atinentes à espécie.

Nesse sentido é o comando dos escólios pretorianos:

“A decisão do Júri somente comporta Juízo de reforma, que desatende ao respeito devido à soberania de seus pronunciamentos, quando manifestamente contrária à verdade apurada no processo, representando distorção da função de julgar” (RT 642/287).

“É pacífico que o advérbio manifestamente (III, d) dá bem a idéia de que só se admite seja o julgamento anulado quando a decisão do Conselho de Sentença é arbitrária, porque se dissocia integralmente da prova dos autos” (RT 526/442).

Diante do exposto, entendo o corpo de jurados haver decidido em dissonância com o conjunto probatório, vale dizer, manifestamente contra as provas dos autos, merecendo reproche.

Isto posto, dá-se provimento ao recurso ministerial para, anulando o veredicto, submeter o acusado a novo julgamento, nos termos do parecer da douta Procuradoria Geral da Justiça.

Fortaleza, 12 de março de 2007.

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

**Nº 2002.0005.9724-1 APELAÇÃO CRIME
COMARCA: SOBRAL**

APELANTE: FRANCISCO ARAÚJO GOMES

APELADA: A JUSTIÇA PÚBLICA

RELATOR: DES. RDO. EYMARD RIBEIRO DE AMOREIRA

EMENTA: CONSTITUCIONAL – TRIBUNAL DO JÚRI - CRIMES DOLOSOS CONTRA A VIDA – APELAÇÃO CRIME – COM ESPEQUE NO ART. 593, III, LETRA “D”, DO CPP. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA TRANSMUDADO A LUZ DA LEI Nº 11.464/07 – (NOVATIO LEGIS IN MELLIUS).

1. O grupo comandado pelo apelante, com seu procedimento de surgir ex abrupto, surpreendendo a vítima, agindo pelo vil instinto de vingança pelas desavenças passadas, tendo agarrado a vítima, juntamente com seus iguais, de molde a dificultar qualquer meio de recurso para sua sobrevivência, indisfarçavelmente fez recair em sua conduta, simultaneamente, as qualificadoras do motivo torpe e do emprego de recurso que impossibilitou a defesa da vítima, previstas nos incisos I e IV, do § 2º do art. 121, do CPB, acolhidas com propriedade pelo Cenáculo Popular da vara de origem. Nessa parte, improvido o apelo.

2. Quanto ao regime de cumprimento da pena, a mesma deve ser revista, à luz da vigência imediata da Lei nº 11.464/2007, que deu nova redação ao art. 2º da Lei nº 8.072/90, comportando para a hipótese, a aplicação do princípio da retroatividade mais benéfica por se tratar de direito material penal e de execução penal, previstos no art. 5º, XL, da Carta Republicana e art. 2º, parágrafo único, do Código Penal Nacional.

3. Assim é que, dou provimento parcial ao apelo para, transmudar o cumprimento da pena do

apelante para inicialmente fechado, por ser mais benéfico (novatio legis in melius) com aplicação do § 2º, do art. 2º, da referida lei, ou seja, 2/5 (dois quintos) da pena cumprida, em face de seus antecedentes, desde que, preenchidos os demais requisitos do art. 112 da Lei de Execução Penal, a serem analisados pelo Juízo das Execuções Criminais, no momento da concessão do deslizamento para a meia liberdade.

4. Decisão unânime.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação crime, nº 2002.0005.9724-1, de Sobral, em que é apelante Francisco Araújo Gomes e apelada a Justiça Pública.

Acorda a Turma, por unanimidade de votos, em conhecer do apelo, mas para lhe dar parcial provimento, nos termos do voto do Relator.

Francisco Araújo Gomes, qualificado nos autos, interpôs o presente apelo visando rescindir decisão do Conselho de Sentença do Tribunal do Júri da comarca de Sobral que o condenou, por sentença, a uma pena de 16 (dezesesseis) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime integralmente fechado, por infração ao art. 121, § 2º, I e IV, c/c art. 29, do Código Penal Nacional.

O fato subjacente a esta decisão, ocorreu no dia 13 de setembro de 2002, por volta das 23h45min, no bairro Sinhá Sabóia, nas proximidades do Clube Modestão, quando o apelante, na companhia de terceiros, todos integrantes da gangue conhecida como “Os Mutantes”, a golpes de faca, abateu a vítima Francisco Robson Balica Sampaio, conforme testifica o auto de exame cadavérico de fs.19.

Persegue o apelo, a nulificação do veredicto popular, sob a alegativa da não ocorrência das qualificadoras do “motivo fútil” e do recurso que impossibilitou a defesa da vítima, além de contestar a fixação do regime da pena em integralmente fechado (fs.131/135).

Contra-razões da parte ex-adversa às fs.136/139,

requerendo a confirmação da decisão recorrida.

Parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça às fs.146/153, opinando pelo improvimento do apelo.

É o relatório.

Versa a hipótese dos autos sobre mais um crime de morte perpetrado por gangueiros, desta feita teve como vítima a pessoa de Francisco Robson Balica Sampaio, morta com nada menos de 10 (dez) facadas.

A defesa do apelante obtempera neste recurso a possibilidade desta Corte de Justiça deconstituir a decisão do Tribunal Júri para dar lugar a um novo julgamento, a pretexto de que o Conselho de Sentença, ao acolher as qualificadoras da “futilidade” e do uso de recurso que tornou impossível a defesa da vítima, decidiu contra a prova dos autos.

No fatídico dia de que trata a denúncia, a vítima compareceu a uma seresta próximo ao Clube Modestão, no município de Sobral, sem supor que a emboscada estava preparada para pô-lo em sossego definitivamente. Fato é que, como existia uma relação de animosidade entre o apelante e a vítima, já tendo esta tentado contra a vida de “Chiquim”, como é conhecido o apelante, foi cercada pelo grupo de malfeitores, iniciando-se uma série de agressões a chutes e socos contra a infeliz criatura, que tentou ainda, inutilmente, arremessar uma garrafa na direção do Chefe da Gangue. A vítima foi derrubada ao chão e massacrada pelo grupo com nada menos de que 10 (dez) facadas.

Como se vê, a pretensão recursal posta em debate não merece vingar ante a total inconsistência das premissas em que se acostara. Observe-se que o apelo se referiu insistentemente em futilidade, quando na verdade, a vítima foi executada por motivo torpe, na modalidade vingança e uso de recurso que tornou impossível a sua defesa, nos devidos termos do discernimento do Conselho de Sentença.

Com efeito, na espécie, o grupo comandado pelo apelante, com seu procedimento de surgir **ex abrupto**, surpreendendo a vítima, agindo pelo vil instinto de vingança pelas desavenças passadas, tendo agarrado a vítima, juntamente com

seus iguais, de molde a dificultar qualquer meio de recurso para sua sobrevivência, indisfarçavelmente fez recair em sua conduta, simultaneamente, as qualificadoras do motivo torpe e do emprego de recurso que impossibilitou a defesa da vítima, previstas nos incisos I e IV, do § 2º do art. 121, do CPB, acolhidas com propriedade pelo Cenáculo Popular da vara de origem, senão vejamos:

A confissão detalhada do apelante, se bem examinada, apenas revela ter sido a vítima assassinada por motivo torpe, consistente na vingança, na medida em que o apelante confessou que matou seu desafeto porque aquele, há dez dias, a golpes de punhal, tentou contra sua vida, concretizando-se, assim, a vingança, nesse sentido, **verbis**:

“A vingança, o ódio reprimido, que levam o agente à prática do crime, configuram o motivo torpe a que alude o art. 121, § 2º, I, do CP” (TJSP – Rec.Rel. Weiss de Andrade – RT 560/323).

E mais, a circunstância qualificadora que dificultou a defesa da vítima e resultou indubitavelmente comprovada nos autos, visto que a vítima foi cercada e agredida pelo grupo, que não lhe oportunizou qualquer gesto eficaz de defesa. Neste sentido, pacífico é o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, **verbis**:

“Nos casos indicados em o nº IV, do art. 121, § 2º, do CP, o que qualifica o homicídio não é o meio escolhido ou usado para a prática do crime, e, sim o modo insidioso com que o agente o executa, empregando para isso, recurso que dificulte ou torne impossível a defesa” (TJSP - Rec. Humberto da Nova - RJTJSP 20/365).

À luz do exposto, nesta parte, nego provimento ao apelo.

Quanto ao regime de cumprimento da pena, a mesma deve ser revista, à luz da vigência imediata da Lei nº

11.464/2007, que deu nova redação ao art. 2º da Lei nº 8.072/90, comportando para a hipótese, a aplicação do princípio da retroatividade mais benéfica por se tratar de direito material penal e de execução penal, previstos no art. 5º, XL, da Carta Republicana e art. 2º, parágrafo único, do Código Penal Nacional.

Assim é que, dou provimento parcial ao apelo para, transmudar o cumprimento da pena do apelante para inicialmente fechado, por ser mais benéfico (*novatio legis in mellius*) com aplicação do § 2º, do art. 2º, da referida lei, ou seja, 2/5 (dois quintos) da pena cumprida, em face de seus antecedentes, desde que, preenchidos os demais requisitos do art. 112 da Lei de Execução Penal, a serem analisados pelo Juízo das Execuções Criminais, no momento da concessão do deslizamento para a meia liberdade.

É como voto.

Fortaleza, 12 de junho de 2007.

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

**APELAÇÃO CRIME Nº: 2002.0007.2245-3, DE FORTALEZA
APELANTE: O REPRESENTANTE DO MINISTÉRIO
PÚBLICO**

**APELADO: ANTONIO CLAUBERTO BORGES ALÍBIO
RELATOR: DES. FRANCISCO HAROLDO RODRIGUES DE
ALBUQUERQUE**

**EMENTA: APELAÇÃO CRIME. FURTO. REFORMA
DA SENTENÇA PARA RECLASSIFICAÇÃO DA
CONDUTA DELITIVA COMO ROUBO.
SIMULAÇÃO DE ARMA DE FOGO. I- A reforma da
sentença absolutória afigura-se necessária,
posto que a subtração da res furtiva foi cometida
mediante grave ameaça. II- A simulação de arma**

de fogo constitui elemento idôneo para configurar grave ameaça no delito de roubo, já que suficiente para produzir temor na vítima, revelado com a entrega da res. Recurso provido.

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, sem divergência de votos, conhecer do recurso, por ser próprio e tempestivo, para conceder-lhe provimento, tudo nos termos do voto do relator.

Antônio Clauberto Borges Alíbio, qualificado nos autos, foi denunciado pelo representante do Ministério Público com atuação na 13ª Vara Criminal da Comarca de Fortaleza, como incurso nas sanções do art. 157, *caput*, do Código Penal brasileiro, sob o argumento de ter o mesmo, no dia 12 de julho de 1998, por volta das 18:00 horas, no interior do ônibus que fazia a linha Grande Circular II, da empresa Montenegro, nas proximidades da Avenida Perimetral, executando gestos de quem portava uma arma de fogo, subtraído do cobrador - Osório Cavalcante de Sousa - a quantia de R\$ 38,00 (trinta e oito reais), que correspondia a todo o dinheiro arrecadado naquele dia e, ainda, 59 (cinquenta e nove) vales-transporte.

O acusado, depois de citado, compareceu em juízo e foi interrogado, oportunidade em que, embora tenha confessado a autoria delitiva, destacou que não estava armado, tendo sido apresentado, no prazo legal, defesa prévia.

Efetivada a instrução criminal e apresentadas as alegações finais, sobreveio a sentença de fls. 77/80, na qual o juiz sentenciante, julgando parcialmente procedente a denúncia, condenou o acusado, tão somente, à pena de multa, no valor de 02 (dois) salários mínimos, vigentes à época do crime, por infração ao art. 155, c/c o art. 14, inciso II, ambos do Código Penal Brasileiro.

Irresignado com a sentença proferida pelo magistrado singular, a Promotoria Pública interpôs o presente recurso de apelação, onde pugnou, em síntese, pela condenação

do acusado pelo crime tipificado no art. 157, c/c o art. 14, inciso II, ambos do CPB.

O réu, ao apresentar as contra-razões de fls. 93/98, postulou pela manutenção da sentença vergastada.

Remetidos os autos a esta Corte de Justiça, foram com vista à douta Procuradoria Geral da Justiça, que, no parecer de fls. 110/112, manifestou-se pelo provimento do presente recurso.

Consta, à fl. 120, termo de redistribuição a este relator.

É o relatório.

O órgão ministerial, nas razões recursais, postulou pela condenação do acusado pelo crime de roubo, na sua forma tentada, haja vista que o acusado, ao anunciar o assalto, agiu mediante grave ameaça, no que, seguramente, lhe assiste razão.

O certo é que os elementos de convicção insertos nos fólios conduzem à certeza da autoria e da materialidade do crime, isso porque, além de o próprio acusado ter confessado que praticou o crime a ele imputado na denúncia, o depoimento da vítima, prestado de forma isenta e categórica, é incisivo no sentido de deixar bastante claro que o réu, fazendo menção de estar armado, anunciou o assalto e subtraiu da mesma todo o dinheiro arrecadado naquela dia e os vales-transportes, pertencentes a empresa de ônibus. Senão, vejam-se importantes trechos das declarações da vítima, bem como do acusado, em juízo:

(...); o acusado levantou-se, aproximou-se do declarante e anunciou que era uma assalto, estando nesta ocasião com a mão por debaixo da blusa, fazendo crer que estaria com uma arma; Que o declarante sentiu-se obrigado a entregar o dinheiro apurado e os vales-transportes, (...); Que reconhece o acusado aqui presente como sendo o autor desse assalto; (...); Que o acusado ainda ameaçou o declarante para entregar o dinheiro apurado, sob pena de dar um tiro na boca do respondente; (...).

(Declarações prestada pela vítima Osório Cavacante de Sousa Neto, às fls. 52/53).

(...); Que são verdadeiros os fatos narrados na denúncia, com exceção da afirmativa de ter o interrogando parado numa lanchonete, e, ter pedido proteção ao proprietário da referida lanchonete;(...); Que o interrogando ainda tinha em seu poder o dinheiro e os vales-transportes surrupiado do trocador do ônibus da empresa, que tanto o dinheiro quanto os vales que ainda se encontravam em poder do interrogando, foram devolvidos à empresa;(...). (Declarações prestadas pelo acusado Antônio Clauberto Borges Alípio, à fl. 32v.).

Diga-se, mais, que a prova da autoria e da materialidade do crime também estão evidenciadas pelo auto de apresentação e apreensão de fl. 12 e pelos depoimentos dos policiais militares, que prenderam o réu em flagrante. Senão, observe-se:

(...); Que dentro do bolso do acusado foram encontrados vales-transportes e a renda do ônibus que ele acabara de assaltar. Que não se lembra da quantia levada pelo acusado. Que o cobrador falou para o depoente que o acusado colocou a mão por dentro da blusa como se tivesse um revólver, no entanto nenhuma arma foi encontrada em poder do mesmo no momento de sua prisão; (...). (Depoimento prestado por Paulo Sérgio Carvalho Silva, às fls. 47/48).

Destaque-se que a palavra coerente da vítima, em crimes patrimoniais, assume relevante importância na identificação do infrator, principalmente sendo ela pessoa idônea, que não conhecia o réu e não tinha qualquer motivo para acusar, injustamente, uma pessoa inocente.

Nesse sentido, convém colacionar as seguintes decisões:

PROVA. ROUBO. PALAVRA DA VÍTIMA. VALOR. Em termos de prova convincente, a palavra da vítima, evidentemente, prepondera sobre a do réu. Esta preponderância resulta do fato de que uma pessoa, sem desvios de personalidade, nunca irá acusar desconhecido da prática de um delito, quando isto não ocorreu. E quem é acusado, em geral, procura fugir da responsabilidade de seu ato. Portanto, tratando-se de pessoa idônea, sem qualquer animosidade específica contra o agente, não se poderá imaginar que ela vá mentir em Juízo e acusar um inocente. Na hipótese, os recorrentes foram reconhecidos pelas vítimas como co-autores do roubo. Suas declarações, ainda, encontram respaldo na confissão feita pelo co-apelante, ao ser interrogado em juízo, onde, inclusive, fez a chamada de co-réu em relação ao outro acusado. (...). DECISÃO: Apelos defensivos desprovidos. Unânime. (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Crime nº 70014723373, Sétima Câmara Criminal, Relator: Sylvio Baptista Neto, julgado em 04/05/2006).

ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO. USO DE ARMA E CONCURSO DE AGENTES. DESCLASSIFICAÇÃO PARA MODALIDADE TENTADA SIMPLES. PROVA. PALAVRA DA VÍTIMA. PENA. REINCIDÊNCIA. REGIME DE CUMPRIMENTO. MULTA DO TIPO. CUSTAS PROCESSUAIS. Prova. Palavra da vítima. Em se tratando de delito patrimonial cometido às ocultas, a palavra da vítima, associada ao reconhecimento realizado em juízo, acrescida, ainda, dos

depoimentos dos policiais que efetuaram a prisão em flagrante e confissão espontânea de um dos co-réus, é suficiente à condenação. Prova segura da prática do crime imputado. (...). APELO IMPROVIDO. (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Crime nº 70013332333, Sétima Câmara Criminal, Relator: Marcelo Bandeira Pereira, julgado em 22/12/2005).

Como se pode verificar dos relatos acima transcritos, o acusado, ao anunciar o assalto, fez gestos de que estaria armado, causando, inquestionavelmente, temor à vítima, fazendo com que a mesma, de imediato e sem resistência, entregasse ao mesmo a *res furtiva*. Assim, não se faz necessário a posse efetiva de arma de fogo para o enquadramento do fato ao regramento normativo no caso em tela, posto que tal atitude foi suficiente para concretização do objetivo do agente.

Sobre o assunto, destaque-se as decisões que se seguem:

EMENTA: PROVA. ROUBO. PALAVRA DA VÍTIMA. VALOR GRAVE AMEAÇA. SIMULAÇÃO DO PORTE DE ARMA. DELITO CARACTERIZADO. Em termos de prova convincente, a palavra da vítima, evidentemente, prepondera sobre a do réu. Esta preponderância resulta do fato de que uma pessoa, sem desvios de personalidade, nunca irá acusar desconhecido da prática de um delito, quando isto não ocorreu. E quem é acusado, em geral, procura fugir da responsabilidade de seu ato. Portanto, tratando-se de pessoa idônea, sem qualquer animosidade específica contra o agente, não se poderá imaginar que ela vá mentir em Juízo e acusar um inocente. Na hipótese, a vítima informou que foi ameaçada pelo recorrente e seus comparsas por uma arma de fogo ou simulando-se o seu porte.

Mesmo no segundo caso, o roubo está configurado, pois esta simulação tem a idoneidade de intimidar, de incutir medo, diminuindo ou eliminando a resistência da vítima, como prevê o tipo penal do art. 157 do Código Penal. DECISÃO: Apelo defensivo desprovido. Unânime. (Apelação Crime Nº 70015857402, Sétima Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sylvio Baptista Neto, Julgado em 10/08/2006).

EMENTA: APELAÇÃO-CRIME. ROUBO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA FURTO. GRAVE AMEAÇA. INVIABILIDADE. A caracterização da grave ameaça a informar o delito como roubo, prescinde do emprego de arma ou de força física, bastando o caráter intimidativo, presente na simulação de porte de arma de fogo a inibir qualquer possibilidade de resistência da vítima. Negaram provimento. Unânime. (Apelação Crime Nº 70013598420, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Roque Miguel Fank, Julgado em 25/01/2006).

Assim, uma vez demonstrado que o acusado, ao anunciar o assalto ao trocador da empresa de ônibus, agiu com grave ameaça, restou configurado que o mesmo cometeu o delito de roubo e não o de furto, como decidiu o magistrado singular, ao sentenciar.

Diante dos fatos e fundamentos acima externados há que se conceder provimento ao presente recurso, para que seja reformada a sentença recorrida, classificando a conduta delitativa como roubo, fixando-se a pena-base em 04 (quatro) anos de reclusão, reduzida em um terço, por força do art. 14, inciso II, do Código Penal Brasileiro, diminuída, novamente, em 1/3 pela incidência de atenuante prevista no no art. 65, inciso II, letra “d”, do CPB, tornando-a definitiva em 01 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão e, ainda, a 10 (dez) dias multas, sendo o dia multa

equivalente a 1/3 do salário mínimo, a ser cumprida em regime aberto.

É como voto.

Fortaleza, 06 de fevereiro de 2007.

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

APELAÇÃO CRIME Nº. 2002.0009.4496-0/0 – Fortaleza-CE

APELANTE: David Valério dos Santos

APELADO: Justiça Pública

RELATOR: DES. JOÃO BYRON DE FIGUEIRÊDO FROTA

EMENTA: PENAL. PROCESSO PENAL. ROUBO. CONJUNTO PROBATÓRIO MANIFESTO NOS AUTOS. SENTENÇA CONDENATÓRIA. APELAÇÃO. REINCIDÊNCIA. INEXISTÊNCIA. REGIME SEMI-ABERTO. PROCEDÊNCIA PARCIAL.

I – Condenado pelo crime de roubo qualificado, baseado no conjunto probatório manifesto nos autos, o apelante requer sua absolvição ou, alternativamente, a modificação do regime de cumprimento de pena, em face da não reincidência (art. 33, §2º, “b”, CP).

II – A sentença condenatória *a quo* não deve ser modificada, diante da prova coligida nos fólios.

III – Deve ser acolhida a alegação de inexistência da reincidência, pois o crime *sub judice* foi cometido antes do trânsito em julgado da sentença condenatória pelo crime anterior. (STJ: *“Reincidente é aquele que, após o trânsito em julgado da condenação, independentemente do tipo de pena imposta, comete outro crime.*

Indevidamente considerada, deve ser afastada a nota de reincidência aplicada ao réu que, até a prolação da sentença, não detinha outra condenação transitada em julgado. – REsp n.176.930, Rel. Edson Vidigal, 5ª T., julg. 16.05.2000, DJU 12.06.2000, p.124)

IV – Modificação do regime inicial de cumprimento da pena para o semi-aberto, diante da inexistência da reincidência do apelante.

V – Provimento parcial da apelação.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Crime Nº **2002.0009.4496-0/0** da Comarca de **Fortaleza**, em que é apelante **David Valério dos Santos** e apelada a **Justiça Pública**.

ACORDA a 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por julgamento de Turma, unanimemente, dar parcial provimento ao recurso apelatório, em consonância com o parecer da douta Procuradoria Geral da Justiça.

DAVID VALÉRIO DOS SANTOS, devidamente qualificado nos autos, foi denunciado pela prática do crime de **roubo qualificado** (art. 157, §2º, inc. I, do CPB), sob a alegação de ter, na data de 24 de maio de 2000, por volta das 18:30h, no interior de um ônibus da Empresa Fortaleza, utilizando-se de um facão, assaltou da cobradora a importância de R\$ 17,50 (dezesete reais e cinquenta centavos) e 31 (trinta e um) vales-transporte, tendo em seguida mandado parar o veículo para empreender fuga (denúncia de fls. 03/04). Um policial militar que se encontrava no interior do veículo à paisana, que a tudo presenciara, saiu em companhia de um fiscal da empresa em perseguição ao delatado para após prendê-lo em flagrante delito (fls. 06/08).

Submetido ao contraditório e à ampla defesa, o apelante foi condenado pelo crime *sub judice* à pena definitiva de 06 (seis) anos de reclusão, em regime inicialmente fechado, e à pena de multa consistente em 10 (dez) dias-multa, sendo

esta equivalente a 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato, conforme sentença de fls. 66/68.

Irresignado com o provimento judicial adverso, o apenado encetou recurso apelatório, requerendo sua absolvição ou, alternativamente, a modificação do regime inicial de cumprimento da pena, em face da inexistência da reincidência (fls. 80/83).

O Representante da Justiça Pública apresentou suas contra-razões (fls. 87/88), asseverando que a r. sentença não merece qualquer reforma, pois se encontra embasada perfeitamente na prova coligida aos autos.

Após remessa dos autos à 2ª Instância, a douta Procuradoria Geral de Justiça, em bem fundamentado parecer, pugnou pela procedência parcial da apelação, requerendo a manutenção da sentença condenatória diante da prova constante dos fólios processuais, mas a modificação do regime de cumprimento de pena inicialmente imposto para o semi-aberto, diante da inexistência da alegada reincidência (fls. 97/100).

É o relatório.

Inicialmente, é mister ressaltar que a peça recursal do apelante, a despeito de conter a alegação genérica de inocência do condenado, não conduz ao raciocínio de um pedido de absolvição.

Com efeito, não há dúvidas nos autos sobre a condenação do apelante, pois restaram comprovadas sua **autoria** (auto de flagrante delito de fls. 06/08; provas testemunhais às fls. 41/46) e **materialidade** (auto de apresentação e apreensão de fl. 10; termos de devolução de fls. 13).

Na vertente testemunhal, importante salientar a palavra das mesmas:

“... que logo após o assalto fizeram a ligação para a empresa e esta se comunicou imediatamente com o depoente; que o policial militar Marcos Luís vinha no ônibus; que o depoente estava próximo do local; que o soldado imediatamente convidou o depoente para perseguir o ladrão; que foi dado as

características do acusado e o depoente de logo deduziu que se tratava de Davi, o qual já conhecia; que o depoente saiu com o policial e a cobradora no veículo da empresa; que o depoente se dirigiu para a casa do acusado e ficaram observando e com pouco tempo viram o acusado em sua direção e ainda o prenderam com o facão; que foi a arma que o acusado ameaçou a cobradora; que tomou conhecimento que o acusado ameaçara a cobradora com esse facão e tomara pequena importância em dinheiro e vales-transportes; que a cobradora reconheceu o acusado; que entre o fato e a prisão do acusado demorou meia hora; que os vales-transportes não foram recuperados e eles estavam carimbados e não podiam ser mais usados; que o acusado parecia estar drogado e nada falou...” (trecho do depoimento da testemunha **José Carlos da Silva Holanda**, fiscal da empresa, às fls. 41/42)

“... que o depoente estava a paisana e viu o acusado puxar um facão e anunciar o assalto; que o depoente presenciou o fato porque estava no interior do ônibus; que terminado o ‘assalto’ o acusado mandou que o motorista parasse o veículo e isto feito desceu correndo em direção à Favela Tancredo Neves; que o depoente ficou conversando com o motorista e a cobradora estava aflita; que desceram do ônibus e entraram em contato com o fiscal da empresa e este veio de imediato e saíram a procura do acusado e logo o encontraram na rua armado com o mesmo facão; que em poder do acusado estava a quantia de apenas dois reais; que o acusado não tinha nenhum vale transporte; que o acusado levou a importância pequena, salvo engano dezessete reais e cinquenta centavos...” (trecho do depoimento da testemunha **Marcos Luiz Oliveira Costa**, soldado PM, às fls. 43/44)

“... que já dentro do ônibus o acusado encostou-se na roleta como se fosse pagar e ali mesmo levantou a camisa e puxou o facão e encostou na declarante e anunciou o assalto e mandou abrir a gaveta e mandou que a declarante colocasse o dinheiro em um saco de bombril; que a declarante com o braço preso pelo facão disse que o acusado tirasse o dinheiro e levou todos os vales-transportes, aliás já carimbados; que então o acusado após levar dezessete reais e cinquenta centavos e trinta e um vales-transportes disse para a declarante que mandasse o motorista parar o ônibus; que como o motorista não parou o ônibus o acusado ameaçou matar a declarante; que esta gritou para o motorista que parasse o veículo e ele parou e o acusado desceu; que ia um policial militar em trajes civis e logo desceram em busca de prender o acusado, o que ocorreu mais adiante na rua; que a declarante então viu o acusado já detido pelo policial e o fiscal e a declarante logo reconheceu como sendo a pessoa que a assaltou...” (trecho do depoimento de **Maria Naiza Batista do Nascimento**, vítima, às fls. 45/46)

Enfim, o édito condenatório ora guerreado está amplamente fundamentado nas fartas e robustas provas da materialidade e autoria do delito, não havendo qualquer prova nos fólios com força para absolver o acusado, razão pela qual deve ser mantida a sentença condenatória.

No que tange ao regime de cumprimento de pena imposto, razão assiste ao apelante, pois inexistente a reincidência apontada na sentença. Dos autos se infere que a sentença condenatória do acusado por outro crime de roubo foi publicada em 20 de novembro de 2000 (certidão de antecedentes de fls. 63/64), enquanto que o fato delituoso *sub judice* se deu em 24 de maio de 2000. Portanto, fácil concluir que ele ainda não era reincidente, pois a sentença condenatória pelo crime anterior

não havia transitado em julgado.

Vejamos os termos do art. 63 do CP: *“Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior”*.

A propósito, a jurisprudência é farta neste mesmo sentido:

STF: *“Para caracterizar a reincidência, necessária é a certidão de que a sentença anterior haja transitado em julgado”*. (RT 454/478-9)

STJ: *“Reincidente é aquele que, após o trânsito em julgado da condenação, independentemente do tipo de pena imposta, comete outro crime. Indevidamente considerada, deve ser afastada a nota de reincidência aplicada ao réu que, até a prolação da sentença, não detinha outra condenação transitada em julgado.”* (REsp n.176.930, Rel. Edson Vidigal, 5ª T., julg. 16.05.2000, DJU 12.06.2000, p.124)

TJSC: *“O trânsito em julgado da sentença condenatória ex post e não ex ante a prática de outro delito não caracteriza a agravante da reincidência”* (RT 647/328)

TACRIMSP: *“Inadmissível o reconhecimento de reincidência perante condenação do réu por sentença posterior à prática do crime do qual se cuida no processo”* (JTACRIM 30/413)

TJAC: *“Somente a sentença condenatória, com trânsito em julgado, permite a aplicação da agravante prevista no art. 61, I, do CP”* (RT 733-605-6)

Não restam dúvidas, portanto, da inexistência da reincidência do apelante no presente caso, pois sua condenação

pelo crime anterior ainda não havia transitado em julgado (certidão de antecedentes de fls. 63/64).

Afastada a reincidência, o apelante deve cumprir sua pena no regime semi-aberto, nos termos do art. 33, §2º, “b”, do Código Penal Brasileiro, razão pela qual deve ser modificado regime fechado anteriormente imposto.

No mais, a veneranda sentença impugnada, forjada em boa técnica, operou a justiça no caso concreto, analisando pormenorizadamente todos os fatos relacionados ao delito cometido, as circunstâncias judiciais e pessoais (subjativas) inerentes, fixando a reprimenda aplicada em concreto, em justa dosimetria (art. 59, CP), não merecendo censura.

Por todo o exposto, voto no sentido de se conceder parcial provimento ao recurso apelatório, em consonância com o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça.

Fortaleza, 12 de junho de 2007.

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

Nº2002.0010.0588-7 APELAÇÃO CRIME

COMARCA: SOBRAL

APELANTE: MIGUEL MÁRCIO CAVALCANTE

APELADA: A JUSTIÇA PÚBLICA

RELATOR: DES. RDO. EYMARD RIBEIRO DE AMOREIRA

EMENTA: TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DO JÚRI. CRIMES DOLOSOS CONTRA A VIDA – DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS – INOCORRÊNCIA. A ILUSÓRIA LEGÍTIMA DEFESA PUTATIVA DESACOLHIDA PELO CONSELHO DE SENTENÇA SE APRESENTA VEROSSIMELHANTE COM A PROVA.

1. Avivam-se dos autos, que a vítima era uma pessoa simplória, conhecida na comunidade em que vivia pela alcunha de “Pé de Loro”, morta, não apareceu nenhum parente para reclamar o fato. Em contra-partida, o apelante cuidou de organizar testemunhas, primos e outras para afirmar que a vítima estava armada e afirmara que iria matar o recorrente, todavia, não foi encontrada nenhuma arma com a vítima.

2. As testemunhas Edileuda Paula Machado e Alessandra Rodrigues da Silva que afirmaram ter a vítima empurrado o apelante e que dizem que a vítima fez menção de sacar uma arma do cós da calça são “conhecidas” do apelante e entram em contradição em diversos pontos de seus depoimentos, senão vejamos: Edileuda disse que no momento do fato não havia outras pessoas próximas, estando somente ela a 02 (dois) metros do apelante e vítima. Enquanto, a testemunha apontada pela defesa José Roberto Ferreira de Sousa, afirma que no momento do fato não havia outras pessoas no lugar, senão, o apelante que seguia em sua frente e a vítima que ali se encontrava (fs.30 e 33).

3. Outra testemunha, Francisco Flávio Cavalcante, primo do apelante, que também afirmou que estava próximo ao local do crime relatou “que não chegou a ouvir” comentários de que a vítima tivesse empurrado o apelante antes do fato (fs.32).

4. D’outra sorte, o motivo orientador do delito, por seu turno, não pode deixar de ser considerado fútil, na medida em que, como visto, a infração derivou de uma causa não aparente, de nonada, em face da indisposição do apelante em relação ao comportamento da vítima, que não cumpriu o contrato do pagamento da “miçanga”,

por isso, foi morta, desarmada e sem chance de defesa.

5. Desta feita, considerando que “a decisão do Júri somente comporta juízo de reforma, que desatende ao respeito devido à soberania de seus pronunciamentos, quando manifestamente contrária à verdade apurada no processo, representando distorção de sua função de julgar” (TJSP: RT 642/287).

6. Apelo improvido. Decisão unânime.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação crime, nº 2002.0010.0588-7, de Sobral, em que é apelante Miguel Márcio Cavalcante e apelada a Justiça Pública.

Acorda a Turma, por unanimidade de votos, em conhecer do apelo, mas para lhe negar provimento, assim como opinou a douta Procuradoria Geral de Justiça.

Miguel Márcio Cavalcante, qualificado nos autos, não conformado com a decisão do Conselho de Sentença do Tribunal do Júri da comarca de Sobral que o condenou a pena de 14 (quatorze) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, por considerá-lo culpado pelo óbito de Francisco Valmir da Silva Filho, interpôs o presente apelo com amparo no art. 593, III, “d” do Código de Processo Penal, à conta da legítima defesa putativa, tese defendida em plenário, esperando que esta egrégia Primeira Câmara Criminal nulifique a decisão recorrida, para que seja submetido a um novo Conselho de Sentença.

Apelo devidamente contra-arrazoado às fs. 126/129, requerendo o improvimento do apelo.

Parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça às fs. 137/139, opinando pela conservação da decisão recorrida.

É o relatório.

O apelo desafiado propõe a esta Câmara a nulificação do veredicto popular, a considerar que o apelante agiu respaldado pelo art. 20, § 1º do Código Penal.

Com efeito, a prova dos autos esclarece que o Miguel

Márcio Cavalcante, ora apelante, Camelô de profissão, vendeu ao vitimado um cordão banhado a ouro, pela quantia de R\$ 50,00 (cinquenta reais), fixando o prazo de seis dias para o pagamento da “jóia”.

Sucedeu que, a vítima, titular da obrigação, não cumpriu com o compromisso assumido, passando o credor a fazer sucessivas cobranças, chegando inclusive às vias de fato.

Miguel Márcio, em virtude das inúmeras cobranças e discussões com a vítima, por causa da qualidade do produto, passou, então a conduzir um revólver calibre 38. Novo encontro com discussões, sendo que desta feita o apelante armado, com único disparo, levou a vítima a defunção, para em seguida ausenta-se do sítio do crime.

Interrogado perante a autoridade policial, afirmou que: **“e então mesmo sem olhar para aquele apelidado apontou a arma para ele e fez um disparo”** (fs.11).

Já em Juízo, adrede, ou seja, de caso pensado, afirmou que **“a vítima se encontrava cheirando cola e quando passou recebeu um empurrão dela; que caiu no chão tendo neste momento a vítima feito menção de tirar uma arma do cós, e diante da situação sacou do revólver e disparou.”**(fs.23).

Ora, o apelante ao ser interrogado pela autoridade policial asseverou que atirou sem olhar para a vítima e em Juízo, afirmou que a vítima fez menção de tirar uma arma do cós, inflamando com a contradição suporte para a tese da legítima defesa putativa, a qual foi por expressiva maioria desacolhida pelo Conselho de Sentença.

Ademais, avivam-se dos autos, que a vítima era uma pessoa simplória, conhecida na comunidade em que vivia pela alcunha de **“Pé de Loro”**, foi morta, não apareceu nenhum parente para reclamar o fato. Em contra-partida, o apelante cuidou de organizar testemunhas, primos e conhecidos para afirmar que a vítima estava armada e afirmara que iria matar o recorrente, todavia, não foi encontrada nenhuma arma com a vítima.

As testemunhas Edileuda Paula Machado e Alessandra Rodrigues da Silva que afirmaram ter a vítima

empurrado o apelante e que dizem que a vítima fez menção de sacar uma arma do cós da calça são “conhecidas” do apelante e entram em contradição em diversos pontos de seus depoimentos, senão vejamos: Edileuda disse que no momento do fato não havia outras pessoas próximas, estando somente ela a 02 (dois) metros do apelante e vítima. Enquanto, a testemunha apontada pela defesa José Roberto Ferreira de Sousa, afirma que no momento do fato não havia outras pessoas no lugar, senão, o apelante que seguia em sua frente e a vítima que ali se encontrava (fs.30 e 33).

Outra testemunha, Francisco Flávio Cavalcante, primo do apelante, que também afirmou que estava próximo ao local do crime relatou “que não chegou a ouvir” comentários de que a vítima tivesse empurrado o apelante antes do fato (fs.32).

D´outra sorte, o motivo orientador do delito, por seu turno, não pode deixar de ser considerado fútil, na medida em que, como visto, a infração derivou de uma causa não aparente, de nonada, em face da indisposição do apelante em relação ao comportamento da vítima, que não cumpriu o contrato do pagamento da “miçanga”, por isso, foi morta, desarmada e sem chance de defesa.

Desta feita, considerando que **“a decisão do Júri somente comporta juízo de reforma, que desatende ao respeito devido à soberania de seus pronunciamentos, quando manifestamente contrária à verdade apurada no processo, representando distorção de sua função de julgar” (TJSP: RT 642/287)**, e que, no caso concreto dos autos, a versão sufragada pelo Cenáculo Popular se apresenta verossimilhante, com apoio na prova colhida, inviável se torna, portanto, a sua pretendida anulação, devendo ser mantido o soberano veredicto dos Juízes de fato do Tribunal do Júri da comarca de Sobral.

Por todo o exposto, conheço do presente recurso de apelação, mas para lhe negar provimento, o que faço em parceria com a douta Procuradoria Geral de Justiça.

É como voto.

Fortaleza, 10 de abril de 2007.

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

Nº 2003.0001.5873-4/0

APELAÇÃO CRIME (de Palmácia)

APELANTE: FRANCIMAR CARDOSO DE MENDONÇA

APELADA: A JUSTIÇA PÚBLICA

**RELATOR: DESEMBARGADOR LUIZ GERARDO DE
PONTES BRÍGIDO**

-Apelação crime.

-Clarificado, pela prova testemunhal, que o apelante larapiou a res em companhia de um comparsa, é o suficiente para perfectibilizar a qualificadora do concurso de agentes, nada obstante a falta de identificação do cúmplice fujão, repelida, de pronto, a pretendida desclassificação para furto simples.

-Recurso improvido.

-Unanimidade.

Vistos, relatados e discutidos estes autos acima identificados.

1 – O apelante investe contra a sentença que o condenou a cinco anos de reclusão, regime inicialmente fechado, por crime de furto qualificado pelo concurso de agentes. Assume a autoria, todavia, pede a desclassificação da conduta delitiva para furto simples, ao argumento de que agiu só.

Apelo confutado pela Promotoria, autos nesta instância revisora, a PGJ, em parecer, sugere o improvimento da insurgência.

É o relatório, in summa.

2 – Pela sua indisputável desrazão, o recurso transmite a impressão de que foi vertido só para “encher lingüiça”, tomando desnecessariamente o tempo do órgão revisor e diferindo, por consectário, o serviço da execução penal.

Na madrugada de 27 de agosto de 2000, estacionamento do Clube Rebuliço, Palmácia, o apelante,

enquanto as pessoas se divertiam na tradicional festa do “Xamegão”, furtou, em companhia de outro indivíduo não identificado, uma camioneta S-10 que estava no local. O comparsa fugiu guiando a pickup, seguido pelo réu em um gol vermelho. Acionada, a polícia não tardou em localizar o veículo furtado e prender o recorrente em flagrante, a poucos metros do clube, guardando, no veículo guiado por ele, equipamentos de som retirados da S-10. O comparsa, infelizmente, já havia escapulado.

Acerca do fato, esclareceu a testemunha Francisco Cleiton Freitas da Cruz, verbis:

“...que ainda estavam nas proximidades quando uns cinco minutos depois de estacionarem o veículo viram entrar um Gol dirigido pelo acusado aqui presente, acompanhado de um outro elemento;...que logo em seguida a S-10 da vítima saiu de ré, pilotada pelo elemento que ali chegou no veículo do acusado” (fl. s. 130).

A ação do recorrente, e de seu cúmplice, como visto, está bem retratada no probatório, configurada, daí, a circunstância qualificante do delito.

Em crime de furto, **“mesmo que um segundo envolvido na prática do delito não tenha sido identificado, se sua existência é positivada e sua atuação confirmada por depoimento testemunhal, impõe-se o reconhecimento da qualificadora do concurso de agentes (JUTACRIM-SP vol. 22, p. 224-5).**

Nada mais a acrescentar por desnecessário e ocioso.

3 – Do que posto, ACORDA a 1ª CÂMARA CRIMINAL do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO CEARÁ, à unanimidade, em negar provimento ao apelo, para manter intacta a sentença invecivada, tudo nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, CE, 5 de fevereiro de 2007.

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

APELAÇÃO CRIME Nº 2003.0008.1847-5 – Fortaleza-CE

APELANTE: Maria Eunice Barbosa dos Santos

APELADA: Justiça Pública

RELATOR: O EXMO. SR. DES. JOÃO BYRON DE FIGUEIREDO FROTA

EMENTA: CONSTITUCIONAL. PENAL. PROCESSUAL PENAL. TRIBUNAL DO JÚRI. INFANTICÍDIO. PRELIMINARES DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO PROMOTOR NATURAL E EXCESSO DE ACUSAÇÃO. REJEIÇÃO. DESIGNAÇÃO DO REPRESENTANTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PRÉVIA E BASEADA EM CRITÉRIOS OBJETIVOS. ARGÜIÇÃO PRECLUSA. INTELIGÊNCIA DO ART. 571, VIII, CPP. A QUESITAÇÃO DE AGRAVANTES NÃO CONTIDAS NA PRONÚNCIA É POSSÍVEL QUANDO SEU CONHECIMENTO RESULTAR DOS DEBATES, *EX VIDO* ART. 484, PARÁGRAFO ÚNICO, II, CPP. PENA APLICADA NO MÍNIMO LEGAL. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. INCIDÊNCIA DO ART. 563, CPP. MÉRITO. JULGAMENTO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIO À PROVA. INOCORRÊNCIA. VERSÃO ACOLHIDA PELOS JURADOS COM MANIFESTO SUPEDÂNEO NO ACERVO COLIGIDO AOS AUTOS. RECURSO IMPROVIDO.

1- O Promotor de Justiça contraditado foi previamente designado pelo Procurador Geral de Justiça para funcionar junto à 1ª Promotoria de Justiça Auxiliar do Júri de Fortaleza, entrando em exercício a partir de fevereiro de 2003, data anterior à sessão de julgamento da apelante (02/

05/2003), restando afastada a hipótese de promotor de exceção, cuja argüição, inclusive, se encontra preclusa, a teor do art. 571, VIII, CPP. 2- A inclusão nos quesitos de duas agravantes não contidas na sentença de pronúncia é perfeitamente possível quando seu conhecimento resultar dos debates, conforme expressa autorização do art. 484, parágrafo único, inciso II, do Código de Processo Penal. De outro lado, a recorrente restou apenada no mínimo legal previsto, não lhe remanescendo prejuízo em face do reconhecimento da referida agravante, o que impede a declaração da aludida nulidade, a teor do art. 563, do Código de Ritos. Preliminares rejeitadas.

3- Sobejam do caderno processual elementos bastantes para conferir à recorrente a responsabilidade penal pelo crime de infanticídio, de modo que a versão acolhida pelo Conselho de Sentença encontra neles total respaldo, não havendo como se reputar o julgamento manifestamente contrário à prova dos autos, mormente em face do entendimento pacífico sufragado pela jurisprudência nacional no sentido de que somente a decisão que se aparte completamente da verdade apurada no processo deve conduzir à anulação do veredicto do Tribunal Constitucional do Júri.

4- Apelo improvido. Decisão unânime.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Crime nº 2003.0008.1847-5, da Comarca de Fortaleza, neste Estado, na qual é apelante **Maria Eunice Barbosa dos Santos** 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 duas preliminares e, no mérito, ainda

por votação unânime, negar provimento ao recurso, para confirmar a decisão recorrida, em consonância com o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça.

O representante do Ministério Público com assento na 3ª Vara do Júri de Fortaleza ofereceu denúncia contra **Maria Eunice Barbosa dos Santos**, qualificada nos autos, dando-a como incurso nas penas do artigo 123 do Código Penal da República, narrando em sua peça acusatória que a denunciada, no dia 25 de agosto de 1995, ao giro das 02:00 h, no ambiente interno de um banheiro do imóvel residencial de número 527 da rua Montevideu, bairro Serrinha, nesta capital, em seguida ao ato de parir, eliminou o próprio filho por asfixia mecânica, esganadura e traumatismo craniano, consoante auto de exame cadavérico de fls. 09.

Levada a julgamento perante o Terceiro Tribunal do Júri desta capital, restou Maria Eunice Barbosa dos Santos condenada nas sanções do art. 123, c/c o art. 61, II, "c", ambos do Código Penal, sendo-lhe cominada a pena de 02 (dois) anos de detenção, em regime semi-aberto (fls. 209/210).

Não conformada com a decisão condenatória, dela recorreu a ré/sentenciada argüindo, preliminarmente, a nulidade do julgamento por ausência do promotor natural da causa, além de excesso de acusação. No mérito, pugna pela desconstituição do julgamento, por considerá-lo manifestamente contrário à prova dos autos (fls. 215/225).

Contra-razões do agente ministerial às fls. 227/232, requerendo a manutenção do *decisum*.

Com vista à douta Procuradoria Geral de Justiça, esta, em seu parecer de fls. 239/241, opinou pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

Persegue a recorrente, em sede de preliminar, a nulidade do veredicto proferido pelo Terceiro Tribunal do Júri de Fortaleza, em virtude de, segundo alega, ter sido designado promotor de justiça com titularidade em comarca do interior do Estado, a *posteriori* ao crime, violando o princípio do promotor natural. Outrossim, aduz, ainda em caráter liminar, que houve

excesso de acusação, porquanto o representante do Ministério Público sugeriu a colocação de duas agravantes tipificadas no art. 61, II, “c” e “d”, do CPB, o fazendo de forma inadequada ao fato e além do contido na sentença de pronúncia.

Acerca da primeira preliminar deduzida, não se vislumbra, no caso dos autos, qualquer elemento que possa configurar ofensa ao princípio do promotor natural, não havendo razões para imputar como política ou casuística a prévia designação do agente ministerial que atuou no plenário do júri. Ao contrário, conforme textualmente certifica em suas contrarrazões, o promotor impugnado foi previamente designado pelo Procurador Geral de Justiça para funcionar junto à 1ª Promotoria de Justiça Auxiliar do Júri de Fortaleza, entrando em exercício a partir de fevereiro de 2003, data anterior à sessão de julgamento da apelante (02/05/2003), restando afastada a hipótese de promotor de exceção.

Discorrendo a respeito do princípio do promotor natural, assevera o professor Luiz Flávio Gomes, *verbis*:

“Depois da Lei Orgânica do Ministério Público (lei 8.625/93) já não se discute a existência no direito brasileiro do princípio do promotor natural STF, HC 67.759 e RT 726, p. 588. Mas isso não impede a designação de promotor pelo Procurador Geral de Justiça, quando feita dentro da lei (concordância do promotor natural com a designação e que esta não conduza à criação de um promotor de exceção). Não é possível designar promotor por critérios políticos ou pouco recomendáveis (RT 755,p. 566). O que se deve evitar é a designação casuística ou manipulações casuísticas ou designações seletivas, fora dos critérios legais (RT 724, p. 551). Fora disso, a designação de promotor é admitida pelo ordenamento jurídico brasileiro”. (Direito Processual Penal. Vol. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005).

De outro lado, a argüição da pretensa nulidade

deveria ter sido feita no momento apropriado, sob pena de preclusão. No entanto, verifica-se que na ata de julgamento não houve qualquer protesto pela defesa quanto à participação do representante do *Parquet* que atuou naquela sessão, tornando preclusa a respectiva alegação, consoante o disposto no art. 571, VIII, CPP.

Acerca da matéria, idêntica orientação seguem os tribunais pátrios:

“TJGO - APELAÇÃO CRIMINAL. JÚRI. PRINCÍPIO DO PROMOTOR NATURAL. OFENSA. NULIDADE INOCORRENTE. VEREDICTO CONTRÁRIO À PROVA DOS AUTOS. REITERAÇÃO. INADMISSIBILIDADE. LEI 8072/90. CONSTITUCIONALIDADE.

I- Além de ser preclusa por falta de arguição oportuna, a designação de outro promotor para a realização do novo júri, em escala preparada pelo Ministério Público com vistas ao exercício pleno e independente de suas atribuições, não ofende o princípio do promotor natural, pois não configurada a figura do acusador de exceção; II- (... omissis ...).” (GRIFO NOSSO). (APCrim 27485-6/213, 2ª Câmara Criminal, Des. José Lenar de Melo Bandeira, julgado em 17/01/2006, DJ 01/02/2006).

“TJPR - EMENTA: PROCESSUAL PENAL E DIREITO PENAL - APELAÇÃO - JÚRI - CONDENAÇÃO - HOMICÍDIO SIMPLES TENTADO - NULIDADE DO JULGAMENTO POR SUPOSTA OFENSA AO PRINCÍPIO DO PROMOTOR NATURAL - INOCORRÊNCIA - NULIDADE POR DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA A PROVA DOS AUTOS - INOCORRÊNCIA DE TENTATIVA, MAS DE LESÃO CORPORAL - NÃO CONHECIMENTO - INOVAÇÃO RECURSAL - TESE DE ESTRITO

CUMPRIMENTO DO DEVER LEGAL SUSTENTADA EM PLENÁRIO E REPELIDA PELO CONSELHO DE SENTENÇA - RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E DESPROVIDO.

(1) O princípio do Promotor Natural tem por escopo evitar a designação de agente ministerial somente para determinado julgamento, por razões políticas, transformando o Promotor de Justiça em acusador de exceção. Deve estar comprovado nos autos o prejuízo ao réu da designação de outro Promotor de Justiça que não o titular para atuação em Plenário, incorrente na espécie. Preliminar de nulidade repelida. (2) (... omissis ...)". (GRIFO NOSSO). (APCRim. 312936-2, 1ª Câmara Criminal, Rel. Des. Mário Helton Jorge, julgado em 24/08/2006).

"TJSC- EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - HOMICÍDIO - JÚRI - PRELIMINARES - SUSPEIÇÃO - ROL EXAUSTIVO - VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO PROMOTOR NATURAL - REPRESENTANTE MINISTERIAL QUE RESPONDE EM SUBSTITUIÇÃO - NULIDADES DE NATUREZA RELATIVA - PRECLUSÃO - RECURSOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DA DEFESA - DECISÃO CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS - INOCORRÊNCIA - VEREDICTO QUE ENCONTRA AMPARO NO CONTEXTO PROBATÓRIO - CONDENAÇÃO MANTIDA - RECURSOS DESPROVIDOS. Havendo o júri, em respeito à sua soberania, condenado com base em elementos de convicção constantes dos autos, não há anular o julgamento, porquanto não foi arbitrário". (GRIFO NOSSO). (APCrim. 2005.000403-4, Rel. Des. Solon d'Eça Neves, julgado em 03/05/2005).

Desse modo, divisando legítima e baseada em

critérios objetivos a prévia designação do promotor de justiça que oficiou no Terceiro Tribunal do Júri, além de preclusa referida irresignação, **rejeito a primeira preliminar argüida.**

Quanto à alegação de excesso de acusação, em face de ter o promotor de justiça sugerido a colocação de duas agravantes não contidas na sentença de pronúncia, é perfeitamente possível a sua inclusão nos quesitos quando seu conhecimento resultar dos debates, conforme expressa autorização do art. 484, parágrafo único, inciso II, do Código de Processo Penal. Ressalte-se, também, que a agravante recepcionada, qual seja, o emprego de recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa da vítima, não integra o tipo penal do infanticídio como elementar do crime, não havendo incompatibilidade em seu reconhecimento, a par do que dispõe o *caput* do art. 61, do CP.

Nesse mesmo sentido:

“STJ - HABEAS CORPUS. JÚRI. AGRAVANTES COM CORRESPONDÊNCIA ÀS QUALIFICADORAS. LIBELO. NÃO ARTICULAÇÃO. QUESITOS. VEDAÇÃO. 1 - É pacífico o entendimento pretoriano ao vedar a formulação de quesitos de agravantes com correspondência às qualificadoras, quando não tenham sido objeto do libelo ou mesmo da pronúncia. As circunstâncias agravantes, mesmo quando não articuladas no libelo, poderão ser incluídas nos quesitos, a requerimento do MP, na forma do art. 484, parágrafo único, II, do CPP, desde que não guardem correspondência com as qualificadoras (art. 61, II, letras a, c e d do Código Penal). 2 - Ordem concedida”. (GRIFO NOSSO). (HC 23414/DF, Sexta Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, julgado em 03/09/2002, DJ 30/09/2002, p. 294).

“TJDF - JÚRI. PENA. ERRO OU INJUSTIÇA. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. DEBATES.

QUESITO ESPECÍFICO. A lei autoriza a indagação a respeito de circunstâncias agravantes não articuladas no libelo, desde que ela seja argüida nos debates e o acusador requeira seu reconhecimento (art. 484, parágrafo único, inciso II, do CPP). Mostrando-se as circunstâncias judiciais, no conjunto, desfavoráveis ao agente, adequada a pena-base acima do mínimo legal. Alegado erro ou injustiça na aplicação da pena que se repele. Apelo desprovido". (GRIFO NOSSO) (APCrim 20050150002155, Relator MARIO MACHADO, 1ª Turma Criminal, julgado em 12/05/2005, DJ 22/06/2005, p. 81).

Relativo, ainda, ao tópico, a recorrente restou apenada no mínimo legal previsto, não lhe remanescendo qualquer prejuízo pelo reconhecimento da referida agravante, o que, igualmente, impede a declaração da suposta nulidade, a teor do art. 563, do Código de Ritos.

Por tais esteios, **rejeito a segunda preliminar.**

DO MÉRITO

A esforçada defesa busca desconstituir a decisão do júri a pretexto da negativa de autoria, argumentando a falta de dolo, assim como a expulsão extemporânea do feto, ressaltando, sobretudo, o não-acompanhamento médico da apelante, motivos pelos quais pretende afastar-lhe a culpabilidade delituosa.

Não obstante a tese laborada, cabe perscrutar se no acervo carreado aos fólios existem elementos de convicção idôneos a corroborar a tese albergada pelo Cenáculo Popular. Nesse escopo, exsurtem do caderno processual os seguintes meios de prova:

A materialidade delitiva avulta-se manifesta no Auto de Exame Cadavérico de fls. 09, que indica inúmeras lesões, feridas e escoriações sofridas pelo neonato, atestando, igualmente, a ocorrência de vida extra-uterina e a morte em

decorrência de asfixia mecânica por esganadura e traumatismo crânio-encefálico.

No que se refere à prova testemunhal, Noeme Silva de Oliveira, que se encontrava no local do fato e em cuja residência a apelante teve o parto, declarou que, *verbis*:

“(...) como as dores não passavam a declarante lembrou-se de telefonar para ter ali a presença de uma ambulância, o que deixou a acusada muito sobressaltada; (...) ao chegar em casa e se dirigir para o banheiro, percebeu que havia no local muito sangue e a acusada já estava tomando banho; que nesse exato momento a ambulância havia chegado e então os seus componente pegaram a mulher e o bebê e foram todos para a delegacia; (...) que como estivesse aflita não viu perfeitamente as marcas das lesões no bebê, mas pode dizer que o mesmo ainda respirava embora o neonato apresentasse marcas de ferimento na boca; (...) que constatada que a criança estava enrolada em uns panos, fora do útero materno portanto, a equipe da ambulância reprovou a acusada censurando-lhe como uma pessoa seria capaz de fazer aquilo; que a acusada não se alterou, manteve a tranqüilidade e permaneceu muda (...)” (fls. 73/75).

Já Maria Vanda Andrade Coelho, vizinha da testemunha retrocitada e também presente no sítio do crime, assim se manifestou:

“(...) que quando a ambulância chegou a depoente resolveu acompanhar uma enfermeira; que ouviu choro infantil; que a depoente indagou da mãe da criança qual a razão daquele choro e ela respondeu que era seu filho enrolado num pano molhado; que a boca do infante estava rasgada de ambos os lados; (...) que enquanto a ambulância não chegava a

deponete e Noeme entretiveram uma conversa com a acusada; que a depoente indagou dela se não se tratava de um caso de aborto tendo a criatura dito que não; que é nessa ocasião que a depoente ouviu um choro abafado provindo do banheiro; que enquanto a acusada permanecia na sala a enfermeira que acabara de chegar na viatura desenrolou o embrulho e encontrou o recém-nascido envolto; que a acusada se mantinha indiferente; (...) que os rasgões a que aludiu chegavam quase as respectivas orelhas do infante (...)” (fls. 89/90).

Como se denota, sobejam dos autos elementos de prova bastantes para conferir à recorrente a responsabilidade penal pelo crime sob enfoque, de modo que a versão acolhida pelo Conselho de Sentença encontra neles total respaldo, não havendo como se reputar o julgamento manifestamente contrário à prova dos autos, mormente em face do entendimento pacífico sufragado pela jurisprudência nacional, no sentido de que somente a decisão que se aparte completamente da verdade apurada no processo deve conduzir à anulação do veredicto outorgado pelo Tribunal Constitucional do Júri, senão vejamos:

“TJGO - APELAÇÃO CRIMINAL. TRIBUNAL DO JÚRI. INFANTICÍDIO. NEGATIVA DE AUTORIA. LAUDO PERICIAL CORROBORADO COM OUTROS ELEMENTOS DE PROVA. DECISÃO QUE NÃO CONTRARIA A PROVA DOS AUTOS. PENA. REDUÇÃO. ESTADO PUERPERAL.

I - Revelando o laudo pericial que a causa da morte do infante foi asfixia mecânica, baseado em exame histopatológico de segmento pulmonar, presença de ar no estômago, eliminação necônio anal e cianose facial, não há como negar o nascimento com vida.

II - É de se afastar a tese de negativa de autoria quando isolada dos demais elementos probatórios.

III - Não contraria a prova dos autos a decisão que

condena a mãe por infanticídio diante da constatação de que o neonato respirou, teve vida extra-uterina e, em seguida, morreu por asfixia, especialmente diante das circunstâncias, que, inegavelmente, apontam-na como autora do ato delituoso.

IV - Somente é suscetível de anulação a decisão do Corpo de Sentença que se mostrar manifestamente contrária à verdade apurada no processo, por revelar distorção de sua função de julgar.

V – Reconhecido o estado puerperal, à sua conta, reduz-se a pena em quantum suficiente e necessário à repressão do ato delituoso e à ressocialização da condenada.

VI – Apelo parcialmente provido”. (APCrim 19214-9/213, Rel. Des. José Lenar de Melo Bandeira, julgado em 22/06/1999, DJ 06/07/1999).

“TJPR - INFANTICÍDIO - RÉ CONDENADA - APELO POSTULANDO NOVO JULGAMENTO, PORQUE A DECISAO DOS JURADOS FOI MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS - LAUDO CADAVERÍCO QUE ATESTA QUE A “CAUSA MORTIS” FOI AFOGAMENTO POR MEIO DE ASPIRAÇÃO - “NAS SUBMERSÕES CURTAS NÃO É ENCONTRADO LÍQUIDO DENTRO DAS CAVIDADES PLEURAI, PELO QUE, A REALIZACAO DE DOCIMASIAS PULMONARES NAO LEVARIA A UM RESULTADO SATISFATÓRIO.” - DECISÃO DOS JURADOS QUE NAO FOI MANIFESTAMENTE CONTRA A PROVA DOS AUTOS, PORQUE, COM SUPEDÂNEO NOS ELEMENTOS DE CONVICÇÃO NELE CONSTANTES, OPTOU POR UMA DAS VERSOES APRESENTADAS - PROVIMENTO NEGADO”. (APCrim 0089183-4, Rel. Oesir Gonçalves, julgado em 21/05/1996).

À luz do exposto, nego provimento ao recurso, em consonância com o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça.

Fortaleza, 12 de março de 2007.

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

Nº 2003.0009.0910-1/0

APELAÇÃO CRIME (de Viçosa)

APELANTE: PROMOTORIA PÚBLICA

APELADO: FRANCISCO DAS CHAGAS DOS SANTOS

**RELATOR: EXMO. SR. DES. LUIZ GERARDO DE PONTES
BRÍGIDO**

-Apelação crime.

-Júri.

- Não se reveste de relevante valor moral a ação delituosa do recorrente que desferiu oito facadas na ex-companheira movido apenas por ciúme e inveja. Pelo contrário, o móvel do crime, se medido, como deve, pelo senso comum, perfaz, não há negar, conduta reprovável e anti-social, incoadunável, pois, com a hipótese do § 1º, art. 121, do CP (homicídio privilegiado).

- Provido à unanimidade.

Vistos, relatados e discutidos os autos acima identificados.

1 – Julgado pelo Tribunal do Júri, o apelado foi condenado a seis anos de reclusão, regime fechado, por homicídio privilegiado (relevante valor moral) na pessoa de Joelina Nicolau Dias.

Irresignada, a Promotoria vem com apelo, aduzindo,

em suas razões, que a decisão do Conselho de Sentença é manifestamente contrária à prova dos autos, pelo que reclama a anulação do veredicto e a designação de novo julgamento.

Contra-razões pela manutenção do decisório impugnado.

Autos nesta instância revisora, a PGJ opina pelo provimento recursal.

Relatório, a curto.

2 – Réu e vítima mantiveram relacionamento amoroso por demorados doze anos. Apartados há alguns meses, a ofendida vivia ao lado de outro homem, união não aceita por Francisco das Chagas, acusado, que tentou, por vezes, mas sem sucesso, reconciliar-se com ela.

Ao evento delituoso.

No Natal de 2001, a vítima, seu concubino e mais três amigos iniciaram, pela manhã, na residência do casal, intensa libação alcoólica. Já pelo final da tarde, resolveram continuar o pileque numa tasca intitulada “Casa dos Artistas”. A vítima acompanhou os demais. No caminho, entretanto, desistiu e, sozinha, tomou o rumo de casa. Voltou para morrer. De feito, pelas 20h, o agente, tomado por ciúme e inveja, resolveu dar cabo da felicidade do casal – armado de faca e ciente de que Joelina estava só, invadiu-lhe a residência furou-a, impiedosamente, oito vezes, causando-lhe o imediato decesso.

Esteve o Júri de Viçosa diante do contexto fático acima debuxado. Obsequioso no julgar, entendeu, por apertada maioria de um voto, que o réu matou impulsionado por relevante valor moral.

Os jurados cometeram equívoco, e dos grandes.

Com efeito, **“para que se reconheça o motivo do relevante valor moral é preciso que a prova patenteie ter o agente agido por sentimento nobre, altruístico, de piedade ou compaixão”** (RTJE 52/231). No caso dos autos, o móvel do crime, se medido, como deve, pelo senso comum, perfaz, não há negar, conduta reprovável e anti-social, incoadunável, pois, com a hipótese do § 1º, art. 121, do CP (homicídio privilegiado).

Resumindo: os jurados neutralizaram o contexto

fático dos autos, premiando o réu com o reconhecimento do homicídio privilegiado por relevante valor moral, pelo que o veredicto, óbvia ilação, foi proferido “**indiscriminadamente, sem disciplina intelectual, em frontal incompatibilidade**” com a prova material inequívoca (MIRABETE, Julio Fabbrini. Código de Processo Penal Interpretado. São Paulo: Atlas, 10ª ed., p. 1481).

Vistoso o error in iudicando operado pelo Júri, anula-se o julgamento para que outro se faça, desta feita em rima com a lei e com a realidade dos autos.

3 – Nestas condições, ACORDA a 1ª CÂMARA CRIMINAL do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ, à unanimidade e em consonância com o parecer da PGJ, em anular o veredicto recorrido, para que seja o réu submetido, como convém, a novo julgamento, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, CE, 5 de fevereiro de 2007.

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

Nº 2005.0004.1298-0/0

APELAÇÃO CRIMINAL (de Fortaleza)

APELANTE : JOSÉ GEORGE XIMENES FERREIRA

APELADA : A JUSTIÇA PÚBLICA

RELATOR : DES. LUIZ GERARDO DE PONTES BRÍGIDO

-Apelação crime.

-Roubo biqualeficado.

-Mantida a prolação condenatória ao foco de prova deveras convincente da autoria delitiva, a começar pela confissão do réu, na polícia, corroborada, de envolta, pelo reconhecimento testemunhal, efetuado com segurança pela vítima, descartável, na hipótese, o batido

expediente da retratação judicial, ilhado de todo o acervo probatório.
-Conhecida, todavia, uno ore denegada.

Vistos, relatados e discutidos os autos acima identificados.

1 – Condenado a cinco anos e um mês de reclusão, regime semi-aberto, mais dias-multa, por roubo biqualeficado, o recorrente, prenomeado, insiste na sua inocência e pede a reforma da sentença que lhe foi desfavorável, ou, pelo menos, a redução da pena imposta.

Recurso contrariado, autos no Tribunal, manifestou-se a PGJ pelo improvimento da irresignação.

É o relatório.

2 – Na madrugada de 28 de junho de 2003, Av. Leste Oeste, o réu, exibindo uma faca, e o adolescente José Wellington da Silva, de garrucha na mão, assaltaram o taxista Francisco Alves da Silva, subtraindo-lhe, com violência, a quantia de R\$ 38,00, apurada, pela vítima, após algumas horas de trabalho.

Rodaram algum tempo no táxi, sempre ameaçando a vítima de morte. Nas cercanias da Av. Francisco Sá, amarraram a vítima no banco traseiro e abandonaram o carro. Por sorte, uma equipe da PM passava no local e libertou o taxista, capturando, em seguida, o recorrente e o menor ainda na posse de parte da quantia roubada.

O apelante se diz livre de culpa, já que não há nos autos, segundo afirma, elementos aptos para fomentar a sua condenação.

Pouco a dizer.

No auto flagrantial o réu confessou, detalhadamente, toda a ação criminosa, afirmando, inclusive, que mandou o menor atirar na vítima, prova que não se elide com a simples retratação judicial, isolada, a curto se vê, de todo o contexto probatório.

O taxista, em juízo, reconheceu o recorrente, sem hesitar, como um dos assaltantes. A palavra da vítima, é cediço, **“quando se trata de demonstrar a ocorrência de subtração**

e do reconhecimento da autoria em um roubo, é de suma valia” para formação da convicção judicial, constituindo-se em prova segura e suficiente para a condenação, quase sempre única, aliás, de que se dispõe em crimes quejandos, em que estão envolvidos, na sua grande maioria, somente os agentes ativo e passivo (JUTACRIM-SP vol. 100, p. 250).

Noutro giro, o órgão a quo, dentro da “**larga margem de discricionariedade, que lhe confere o art. 59 do CP**”, bem mensurou a culpabilidade, justificando o resultado dosimétrico tanto nas circunstâncias como nas conseqüências do ato punível, afastável, daí, qualquer vício na censura penal, por sinal, graduada de molde a reprovar e prevenir, necessária e suficientemente, o delito (COSTA JÚNIOR, Paulo José. Comentários ao código penal. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 196).

Nada mais a acrescentar.

Pelo exposto, **ACORDA a 1ª CÂMARA CRIMINAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ, uno consensu**, em negar provimento ao recurso, para manter a sentença invectivada.

Fortaleza, 5 de fevereiro de 2007.

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

Nº 2005.0013.2051-5 APELAÇÃO CRIME

COMARCA: FORTALEZA

APELANTE: JOSÉ FRANCISCO DE CASTRO

APELADA: A JUSTIÇA PÚBLICA

RELATOR: DES. RDO. EYMARD RIBEIRO DE AMOREIRA

**EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL.
APELAÇÃO CRIME. ACIDENTE DE TRÂNSITO.
ART. 302, PARÁGRAFO ÚNICO DA LEI Nº 9.503/**

97. ATROPELAMENTO FATAL. AGENTE TRAFEGANDO PELA CONTRAMÃO DE DIREÇÃO AO PASSAR POR TRECHO EM OBRAS. VELOCIDADE INCOMPATÍVEL COM O LOCAL. RESPONSABILIDADE DEVIDAMENTE COMPROVADA PELA CONFISSÃO. IMPRUDÊNCIA. RECURSO IMPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação crime, nº 2005.0013.2051-5, da Comarca de Fortaleza, em que é apelante José Francisco de Castro e apelada a Justiça Pública.

Acorda a Turma, por unanimidade de votos, em conhecer do apelo, para lhe negar provimento, em consonância com o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça.

O representante do Ministério Público com assento na 1ª Vara de Delitos de Trânsito da Comarca de Fortaleza, denunciou José Francisco de Castro, qualificado nos autos, como incurso nas penas do art. 302, parágrafo único, inciso III, da Lei nº 9.503/97, tudo porque, no dia 19 de junho do ano de 2000, na Curva da Viúva, Avenida N, no Conjunto José Walter, nesta cidade, quando dirigia o veículo do tipo Caçamba, de placas HUZ 3100-Ce, pela contramão e em velocidade incompatível com o local, atropelou e matou o ciclista Antônio Elias Menezes de Lima.

Evadindo-se do sítio do sinistro foi perseguido e preso em flagrante por policiais civis que passavam pelo local para, submetido ao regular sumário de culpa, findar incurso no artigo 302, parágrafo único, inciso III da Lei nº 9.503/97 e posteriormente condenado a uma pena definitiva de 02 (dois) anos e 08 (oito) meses de detenção, em regime aberto, substituída posteriormente pela pena de prestação de serviços à comunidade, a ser cumprida junto às entidades assistenciais de Fortaleza, nos sábados, domingos e feriados, mais uma segunda pena restritiva de direitos, à escolha do Juízo da Vara de Execuções de Penas Alternativas, tudo a teor da sentença que repousa às fl. 96/104.

Não conformado com a decisão condenatória o réu

interpôs o presente apelo de fl. 106/112, para argumentar, em síntese, que merece ser absolvido dada à inexistência de sua culpa em razão da imprevisibilidade do acidente, dêz que “a vítima atravessou por trás de um ônibus e foi colhida pela caçamba”(SIC), ressaltando ainda que “foi a vítima que desprezou os cuidados necessários à travessia da avenida e não o recorrente”(SIC). Salientando ser habilitado como motorista, categoria D, desde 24.08.76 com quase 30 (trinta) anos de experiência profissional sem a ocorrência de nenhum outro acidente, conclui por reiterar sua absolvição face à inexistência de culpa.

Apelo contra-arrazoado pela representante do *Parquet*, às fl. 113/115, pugnando pela confirmação, *in totum*, da decisão vergastada.

Com vista à douda Procuradoria Geral de Justiça, esta, em seu parecer de fl. 120/121, opinou pela improcedência do recurso.

É o relatório.

Assentado no vertente apelo, pretende o recorrente obter sua absolvição sob o argumento de não haver dado causa ao fatídico acidente, motivo da morte do ciclista Antônio Elias Menezes de Lima. A materialidade e a autoria restam fartamente comprovadas pelo Auto de Apresentação e Apreensão de fl. 09, pelo Auto de Exame Cadavérico de fl. 23 e pela confissão do próprio recorrente às fl. 45/45v, onde admite ser verdadeira a acusação que lhe é imputada, alegando, todavia, que transitava numa velocidade de, no máximo, 40 Km/h, seguindo pela contramão de direção face à interdição da outra pista.

As testemunhas oitivadas em Juízo informaram que, na verdade, o veículo trafegava na contramão, tendo em vista que estavam sendo realizadas obras na outra via, mas afirmam que a pista, embora com buracos, estava trafegável e outros veículos por ela transitavam. Com relação à velocidade desenvolvida, a informação constante é de que o motorista trafegava em alta velocidade, mormente se se considerar o local da ocorrência que consiste num declive.

De qualquer forma, estando ou não justificado o trânsito pela contramão, trafegando ou não em velocidade

incompatível, o certo é que o apelante portou-se com extrema imprudência ao deixar de observar as cautelas a que estava obrigado, redobrando os cuidados ao passar por um trecho em obras.

Como o próprio sentenciado declarou na fase instrutória (fl 45), no momento do acidente o caminhão desenvolvia uma velocidade de, no máximo 40km/h, o que, reconheça-se, é bastante alta para um veículo carregado de areia, trafegando na contramão de direção, por um trecho em obras, daí porque não sobejam dúvidas de que o recorrente, pela sua conduta imprudente, há que responder como autor do fatídico acidente devendo, *ipso facto*, sujeitar-se às penas da lei. Impossível, pois, falar-se em absolvição enquanto caracterizada, à saciedade, a imprudência do apelante.

O Juiz sentenciante fez uma detalhada análise das circunstâncias judiciais, valorando de maneira desfavorável ao recorrente a culpabilidade, os motivos e as conseqüências do seu comportamento imprudente, sopesando as provas colhidas nos fólios para, no final condená-lo, concedendo-lhe, no mesmo passo, a substituição da pena restritiva de liberdade em atendimento ao disposto nos artigos 43 *usque* 48 e 55 da Lei Substantiva Penal.

Assim, entendo inexistir constrangimento ilegal a ser saneado, e, posto isso, conheço do recurso para, nessa extensão, lhe negar provimento, harmonicamente com o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça.

É como voto.

Fortaleza, 25 de junho de 2007.

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

**Nº 2005.0021.2480-9 APELAÇÃO CRIME
COMARCA: FORTALEZA
APELANTE: SUL AMÉRICA COMPANHIA NACIONAL DE**

SEGUROS**APELADOS: EDER MOURÃO SÁ E A JUSTIÇA PÚBLICA****RELATOR: DES. RDO. EYMARD RIBEIRO DE AMOREIRA**

EMENTA: PENAL – PROCESSUAL PENAL – PROVOCAÇÃO DE INCÊNDIO. NEGATIVA DA AUTORIA. APELO QUE OBJETIVA A REFORMA DA SENTENÇA ABSOLUTÓRIA DO DENUNCIADO COM SUPORTE NO ART. 386, VI, DO CPP. IMPOSSIBILIDADE DE ANULAÇÃO DO ATO, POSTO QUE, À MÍNGUA DE COMPROVAÇÃO, NÃO SE PROCLAMA A AUTORIA. RECURSO DESPROVIDO. DECISÃO UNÂNIME.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação crime, nº 2005.0021.2480-9, de Fortaleza, em que é apelante Sul América Companhia Nacional de Seguros, na qualidade de assistente do Ministério Público e apelados Eder Mourão Sá e a Justiça Pública.

Acorda a Turma, por unanimidade de votos, em negar provimento ao apelo para manter a decisão recorrida, em harmonia com o parecer da douta Procuradoria.

A ilustre representante do Ministério Público em exercício na 5ª Vara Criminal da Comarca de Fortaleza, ofereceu denúncia contra Eder Mourão Sá, qualificado nos autos, como incurso nas sanções do art. 250, § 1º, I, do Código Penal Brasileiro, por haver, no dia 01 de março de 2003, ateadado fogo no estabelecimento comercial denominado Planeta Animal Ltda - ME, localizado na Av. Oliveira Paiva nº 2355-b que, de direito, pertencia às sócias Darlene Teixeira Vítor e Kátia Teixeira Vítor, respectivamente ex-mulher e ex-cunhada do denunciado, sendo proprietário de fato o acusado.

Diz, ainda, na peça delatória, que o incêndio foi provocado propositadamente, com o objetivo de receber o valor do seguro contratado com a Sul América Companhia Nacional de Seguros, estimado em R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais),

concluindo por afirmar que nos dias que antecederam ao sinistro o denunciado comprou mercadorias de valor superior aos que habitualmente transacionava, cuja capacidade de armazenamento era incompatível com o seu comércio, mercadorias tais que foram retiradas do local antes da ocorrência do evento criminoso.

Às fl. 208 demora petição da Sul América Companhia Nacional de Seguros, requerendo a juntada de instrumento procuratório e a consequente habilitação do seu judicial patrono como assistente do Ministério Público, súplica deferida às fl.223/223v.

Após, submetido ao devido processo legal, o Juiz processante, em consonância com o próprio *Parquet* e por entender precária a prova produzida para caracterizar a autoria do delito, restou por absolver o denunciado, com fulcro no art. 386, VI, do Código de Processo Penal, como se verifica da sentença que dormita às fl. 409/411.

Inconformada com a decisão absolutória, a Sul América Companhia Nacional de Seguros, na condição de assistente do MP, atravessou nos autos o presente recurso de fl. 422/432, pugnando pela reforma da sentença e a decorrente condenação do réu, por entender presentes, nos fólios, elementos mais que suficientes para caracterizar o delito, praticado com o propósito maior de obter vantagem pecuniária. Critica o fato de o Laudo Pericial de fl. 09/33, elaborado pelos peritos do Instituto de Criminalística, haver chegado à conclusão de que o fogo foi intencionalmente ateado por estranhos, levando o Juiz a entender que o fogo foi posto por “outrem”, que não o acusado.

Em contra-razões acolhidas às fl. 453/456, o recorrido ataca o apelo, pelo seu caráter meramente protelatório, levando a crer que a empresa não quer cumprir com suas obrigações para com o réu. Pleiteia, no final, a manutenção *in totum*, da sentença guerreada.

Instada à manifestação, a douta Procuradoria Geral de Justiça, em expediente de fl.471, alegou já haver se manifestado no processo *sub examen*, em parecer que repousa

às fl. 443/446 no qual opinou pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

Perlustrando os argumentos coligidos pela parte inconformada, eis que não vislumbro possibilidade de prosperar a irresignação da apelante, posto que, desde a aurora policial até o crepúsculo instrucional judiciário, não me foi dado encontrar qualquer eiva de irregularidade capaz de enodoar o ato sentencial vergastado.

Como regra geral do processo penal tem-se que todos os fatos da questão própria de cada um necessitam ser devidamente provados, com o rigor do sistema, excetos os evidentes, as presunções legais, os fatos inúteis e os notórios, devendo, todos os outros, serem absolutamente provados por provas admissível, pertinente, concludente e possível.

Examinadas as provas dos autos, no caso denunciado, não findou demonstrada a autoria do fato havido como criminoso que, ao contrário, encontra-se devidamente provado pela prova testemunhal e, principalmente, pela prova pericial direta, meio instrumental que declarou a existência da infração denunciada, de conformidade com o laudo que consta o resultado do exame procedido, mencionando o que foi observado e consignando suas conclusões inequívocas, sem, no entanto, como não era possível, indicar a autoria do crime denunciado pelo órgão ministerial.

Toda a prova realizada, tanto pela acusação como pela defesa, foi deferida e, por esta prova devidamente produzida no Juízo competente, inclusive a testemunhal idônea, não ficou provada, a toda evidência, a autoria dada ao denunciado Eder Mourão Sá, bem conhecido de quase todas as testemunhas que prestaram depoimento em juízo.

Não se pode negar que há neste caderno processual, indícios de que seja este denunciado, pelas circunstâncias fáticas evidenciadas no processo, o provável autor intelectual do crime denunciado, - indícios que não levam à certeza da autoria, hipótese favorável ao indicado agente, já que a prova indiciária é incompatível com a exigibilidade da certeza de uma sentença

condenatória pois, salvo a prova plena, esta não leva ao indúvidoso.

Um único indício pode levar à condenação, desde que veemente, o que não é, como entendo, o caso dos autos. Embora não leve à certeza, a jurisprudência tem admitido a condenação quando a prova indiciária for veemente ou então quando diversas circunstâncias sejam concordes para tanto – sem subterfúgios. Sem a certeza indúvidosa da autoria e da culpabilidade não poderá o Juiz criminal proferir condenação, dado que duvidosa a incriminação apurada no conjunto probatório.

Ao exame acurado do caderno processual é de concluir-se, sem menear, que também o Juiz *a quo* não encontrou nos fólios provas suficientemente hábeis para estribar o decreto condenatório. Na verdade, a prova produzida aponta para a dedução de que o incêndio foi proposital, possivelmente praticado por elementos que transitavam, segundo testemunhas, pelo telhado do prédio atingido.

O Laudo Pericial é categórico em afirmar a natureza criminosa da ocorrência, muito embora não aponte o seu agente ou seus agentes, sendo certo que, embora as conclusões periciais não excluam a possibilidade de ser o acusado responsável pelo sinistro, também não o apontam como autor do delito.

Nesse passo, calha pontificar que:

“A prova para condenação deve ser robusta e estreme de dúvidas, visto o Direito Penal não operar com conjecturas” (TACRIM, SP, ap.205.507, Rel. Goulart Sobrinho).

As alegações da apelante de que o recorrido é contumaz na prática de fraude a seguradoras, pelo que responde ou respondeu a outro processo criminal da mesma natureza, esbarra no entendimento de que:

“Por pior que seja a vida pregressa de um cidadão, tal circunstância, que geralmente se reflete na fixação da pena, não serve como prova substantiva e suficiente de uma autoria, não indubitavelmente apurada no conjunto probatório” (Ap. 135.461, TACrim SP, Rel. Costa Mendes).

Já com referência à acusação de locupletamento ilícito, pelo fato de o acusado haver feito um seguro incompatível com o montante segurado, entendo que caberia à seguradora, ora apelante, ter procedido, aprioristicamente à assinatura do contrato, as averiguações necessárias, especialmente quanto à capacidade econômico-financeira da empresa do acusado para segurar aquele valor.

Dessa sorte, tenho que o lastro probatório contido no bojo processual é frágil e que a plena certeza da culpabilidade é fundamental para a prolação de sentença condenatória, a teor do disposto no dissídio jurisprudencial seguinte pelo qual:

“Sentença absolutória. Para condenação do réu, a prova há que ser plena e convincente, ao passo que para a absolvição basta a dúvida, consagrando-se o princípio do in dubio pro reo, contido no art. 386, VI, do CPP” (JUTACrim 72.26, Rel Álvaro Cury).

Entendo, pois, *permissa venia*, que sem uma segura e definitiva comprovação em Juízo, sob o manto do contraditório e da ampla defesa, não pode haver, para convencimento do julgador, a plena certeza da autoria.

Na hipótese sob exame, creio desmerecedora de reparo a sentença que absolveu o réu com fundamento no art. 386, VI, do Código de Processo Penal, diante do que dou como improcedente o apelo interposto, para manter inalterada a decisão combatida, de conformidade com a manifestação da

douta Procuradoria Geral de Justiça.

É como voto.

Fortaleza, 05 de junho de 2007.

HABEAS CORPUS

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

2006.0019.6028-8/0 Habeas Corpus Crime

Impetrante: Larnecs Alexandre Maia.

Paciente: Jessé Evangelista Fernandes Vasconcelos.

Impetrado: Juiz de Direito da 6ª Vara da Comarca de Fortaleza-CE.

Relatora: Desembargadora Maria Sirene de Souza Sobreira

EMENTA: HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. CONFLITO APARENTE DE NORMAS. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. SÚMULA 17/STJ. FALTA DE JUSTA CAUSA. PAGAMENTO ANTES DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA – SÚMULA 554/STF.

- 1. Agente denunciado pelos delitos de falsa identidade (art. 307, CPB) e Estelionato (art. 171, CPB), do qual o primeiro serviu de crime-meio para o segundo (crime-fim);**
- 2. Presença do conflito aparente de normas, resolvido pelo princípio da consunção (absorção), no qual resta caracterizado apenas o crime de estelionato;**
- 3. Acusado que paga a dívida antes do recebimento da denúncia e, por conseguinte, impõe a ausência de justa causa da ação penal, conforme precedentes do Supremo Tribunal Federal, consubstanciado na Súmula 554. Ordem concedida, a fim de trancar a ação penal.**

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 impetração, mas para **conceder a ordem**, em

consonância com o parecer da Procuradoria de Justiça, e nos termos do voto da Desembargadora Relatora, a fim de trancar a ação penal, declarando extinta a punibilidade.

RELATÓRIO

LARNECS ALEXANDRE MAIA ingressa com HABEAS CORPUS em favor de **Jessé Evangelista Vasconcelos**, contra suposto ato ilegal perpetrado pelo Juiz de Direito da 6ª Vara da Comarca de Fortaleza - CE, consistente em constrangimento ilegal decorrente da instauração de ação penal.

Registra o impetrante que o paciente foi denunciado como incurso nas sanções do art. 307 (falsa identidade) e art. 171, §2º, VI (fraude no pagamento por meio de cheque), ambos do Código Penal, haja vista, em setembro de 2003, no Município de Irauçuba-CE, ter se passado pelo Promotor de Justiça da cidade de Itapajé-CE, oportunidade em que emitiu um cheque, em favor da Churrascaria “O Mengão”, decorrente do pagamento do consumo realizado naquele estabelecimento e que, posteriormente, veio a dar contra-ordem, a qual frustrou o saque por parte do beneficiário.

Discorre sobre o princípio da consunção, momento em que cita a súmula 17 do Superior Tribunal de Justiça e jurisprudências do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais e do Rio de Janeiro, porquanto lembra da absorção do crime de falsidade pelo delito de estelionato.

Aduz que a conduta perpetrada pelo impetrante é atípica, tendo em vista faltar os elementos constitutivos do tipo penal, a saber: obtenção de vantagem ou intenção de causar dano a outrem.

Posteriormente, afirma estar ausente a justa causa para a ação penal, pois deu contra-ordem aos títulos, inclusive o cheque emitido em favor da vítima, pois teve seu talão de cheque extraviado ou roubado. A justa causa também se encontra ausente, haja vista o pagamento do citado título

de crédito antes que sequer a denúncia fosse recebida, momento em que cita, de importante, as Súmulas 246 e 554, ambas do STF.

Por fim, requer seja trancada a ação penal movida pelo Ministério Público.

Não houve pedido liminar.

Requisitaram-se, fls. 19, informações à autoridade indicada coatora, a qual, em resumo, além de dizer que os autos encontram-se na fase de instrução criminal, ratificou, quanto à denúncia (fls. 21/22) os fatos relatados no remédio constitucional, acrescentando que o Juízo de Direito da Comarca de Irauçuba declinou de sua competência em favor da capital alencarina e que na defesa prévia **Jessé Evangelista Vasconcelos** alegou o pagamento da cambial, antes do recebimento da denúncia, sem todavia juntar o comprovante de pagamento.

Instada a se manifestar, a douta Procuradoria Geral de Justiça opinou às fls. 24/27 no sentido da concessão da ordem, com a conseqüente extinção da punibilidade.

É o relatório, no que há de essencial.

VOTO

Em juízo de admissibilidade, presentes as condições genéricas da ação, no que tange à possibilidade jurídica do pedido, legitimidade para agir e interesse de agir, este repousando sobre o binômio adequação e utilidade.

Como destacado no relatório, visa o impetrante o trancamento de ação penal iniciada por provocação do Ministério Público em face do paciente, sob a alegação de que estaria presente o princípio da consunção e que se encontra ausente a justa causa para instauração da ação penal.

No que concerne à primeira alegação levantada pelo impetrante, princípio da consunção, é importante discorrer sobre o conflito aparente de normas, conceituado como “conflito que se estabelece entre duas ou mais normas aparentemente

aplicáveis ao mesmo fato. Há conflito porque mais de uma pretende regular o fato, mas é aparente, porque, com efeito, apenas uma delas acaba sendo aplicada à hipótese”. (Fernando Capez: Curso de direito penal, volume 1 ed. Rev. - São Paulo : Saraiva, 2001, pág. 59).

Quatro são os elementos configuradores do conflito aparente de normas, a saber: a) unidade do fato; b) pluralidade de normas; c) aparente aplicação de todas as normas à espécie; e d) efetiva aplicação de apenas uma delas.

A solução, por sua vez, do citado instituto é feita através de quatro princípios: especialidade, subsidiariedade, consunção e alternatividade.

No caso em espécie alega o autor sobre o princípio da consunção (“*lex consumens derogat consumptae*”), pelo qual resta caracterizado quando um fato mais amplo e mais grave consome, isto é, absorve, outros fatos menos amplos e graves, que funcionam como fase normal de preparação ou execução ou com mero exaurimento.

O argumento levantado por **Jessé Evangelista Vasconcelos** de que o crime de falsa identidade é absorvido pelo delito de estelionato, se enquadra nos crimes de progressão criminosa, em especial naquela em que o fato anterior (“*antefactum*”) não é punível, pois sempre que um fato menos grave for praticado como meio necessário para a realização de outro mais grave, ficará por este absorvido. É esta a lição da doutrina ao tratar do concurso de crime, falsa identidade e estelionato, de seguinte teor:

“Concurso de crimes. A falsa identidade é absorvida quando for meio para a prática de delito mais grave, como estelionato ou a bigamia” (Julio Fabbrini Mirabete – Código penal interpretado – 5ed. - São Paulo: Atlas, 2005, pág. 2296).

Nessa linha de entendimento, transcrevo decisão do extinto Tribunal de Alçada Criminal de Justiça do Estado

de São Paulo:

TACRSP “Falsa identidade. Delito que serviu de meio para a consumação do estelionato. Absorção, conseqüentemente, por este, que é o delito-fim. Revisão deferida. Inteligência dos arts. 307 e 171 do Código Penal. Se a falsa identidade aparece como meio necessário à concretização de outro delito-fim, é por ele absorvido” (RT384/87).

Destarte, assiste razão ao impetrante, porquanto, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, consubstanciado na Súmula 17/STJ, “quando o falso se exaure no estelionato, sem mais potencialidade lesiva, é por este absorvido” (*in verbis*), o que de fato ocorreu, pois a conduta de se passar pelo Promotor de Justiça, leia-se identidade falsa, acabou sendo absorvida pela obtenção de vantagem ilícita (estelionato).

No tocante ao segundo argumento levantado pelo impetrante, ausência de justa causa, mister discorrer sobre a Súmula 544/STF, a qual estabelece, a *contrario sensu*, que o pagamento do cheque emitido sem provisão de fundos, antes do recebimento da denúncia obsta ao prosseguimento da ação penal.

Assim, analisando os documentos trazidos ao *writ*, em especial a denúncia (fls. 7/9), cópia do cheque (fls. 11) e recibo (fls. 13), além das informações do MM Juiz de Direito da 6ª Vara da Comarca de Fortaleza, observa-se que o pagamento do título de crédito ocorreu em 30 de janeiro de 2004 e que o recebimento da denúncia somente veio a ser feito em 20 de setembro de 2004, ou seja, bem posterior ao pagamento, assistindo, pois, razão ao Sr. **Jessé Evangelista Vasconcelos**, no que não foi vergastado pela Procuradoria Geral de Justiça, razão pela qual falta à ação penal justa causa. Nesse sentido transcrevo decisão do Superior Tribunal de Justiça:

“RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. DIREITO PROCESSUAL PENAL. ESTELIONATO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. CHEQUE SEM PROVISÃO DE FUNDOS. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. PAGAMENTO ANTES DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE.

1. Inexiste justa causa para a ação penal, quando, comprovadamente, há o pagamento do cheque sem provisão de fundos, antes do recebimento da denúncia. Precedentes.

2. Recurso provido. (STJ. 6T. RHC 1503/AM; Rel. Min. Hamilton Carvalhido. DJ 06.02.2006)”

De tudo que foi exposto, conhecemos da presente ordem, inclusive para concedê-la, a fim de determinar o trancamento da ação penal, conforme o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça.

É como voto.

Fortaleza-CE, 07 de novembro de 2006.

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

Nº 2006.0026.9535-9/0

HABEAS CORPUS (de Eusébio)

IMPETRANTE: DÁCIO PERES DA SILVA

PACIENTE: IRIVAN CLÁUDIO DA SILVA

IMPETRADO: JUIZ DE DIREITO DA COMARCA DO EUSÉBIO

RELATOR: DES. LUIZ GERARDO DE PONTES BRÍGIDO

-Habeas corpus.

-Recebida a denúncia e interrogado o paciente,

não há mais falar em excesso de prazo para o encerramento da fase inquisitorial.

-A prisão preventiva provida de boa fundamentação, não consubstancia arbitrariedade judicial. Daí que deve ser prestigiada se necessária à garantia da ordem pública.

-Conhecido, mas denegado.

-Unanimidade.

Vistos, relatados e discutidos estes autos acima epigrafiados.

1 - O impetrante pede a soltura do paciente, dizendo que ele é sujeito de arbitrariedade, porque, detido à conta de prisão temporária e indiciado por assalto e formação de quadrilha, continua aferrolhado, agora, em razão de preventiva, embora vencido o prazo para a conclusão da fase inquisitorial. A mais, argúi a desnecessidade da segregação ad cautelam visto que ele, paciente, é primário, possuidor de trabalho fixo (vendedor autônomo) e de residência definida.

Sem pedido de liminar. Informado pelo impetrado. E com parecer negativo da PGJ.

É o relatório.

2 – O paciente, consta dos autos, é suspeito de integrar numerosa e bem articulada “gang” de assaltantes, que, mediante violência e utilizando armas de grosso calibre, invadia e saqueava sítios e casas no Eusébio, aterrorizando a comunidade do sobredito município.

Está nos informes do judicante, outrossim, que o paciente foi denunciado, juntamente com mais oito co-réus, pela prática de roubo triplamente qualificado e formação de quadrilha, e que dos nove acusados falta apenas um, citado via edital, para ser interrogado.

In hyphotesi, conquanto excedido o decêndio legal para o término do inquérito “**não é de ser deferido o writ, se a denúncia já foi recebida e o processo tem seu curso normal**” (RT vol. 519, p. 399).

Descartado, com a objetividade recomendável, o

primeiro vértice do peticionamento, de bom aviso liquidar, a curto e grosso, a argüida desnecessidade da prisão preventiva do paciente. E, para isto, mais não precisa do que reprisar-se algumas passagens do decreto restrigente da liberdade dele. Na sua irreprochável prolação, escreveu o impetrado, Dr. Eli Gonçalves Júnior:

“Inicialmente frise-se que os custodiados se encontram presos temporariamente por ordem deste Juízo e as declarações colhidas pela polícia, o reconhecimento de alguns deles, o êxito das buscas e apreensões na residência de outros, demonstram serem os autores dos delitos a si imputados, notadamente praticados com arma de fogo e com grave ameaça a integridade física das vítimas; ... vale ressaltar que a onda de crimes vem assustando e deixando em polvorosa toda a pacata população local, fazendo-se necessário que tanto a polícia como o Poder Judiciário, utilizem-se dos instrumentos necessários e legais, visando coibir ou cessar a atividade delitiva tão lesiva a sociedade; como se observa a medida requerida visa evitar que os imputados pratiquem novos delitos e, sobretudo, visa acautelar o meio social e a própria credibilidade da Justiça; ... É fato notório que um grupo armado consumou, nos últimos meses, vários assaltos nessa cidade e na divisa com o município de Aquiraz. Com a prisão dos representados (hoje denunciados), dezenas de vítimas acorreram à Delegacia de Polícia local à procura dos bens subtraídos”(fl. s. 6 usque 7).

O ato construtivo, para logo se descobre, talvez não seja paradigmático em termos de estilo, mas justifica, e bem, a segregação do paciente, como provimento de segurança e proteção à ordem pública, constantemente abalada pelas ações violentas de quem optou, espontaneamente, pela profissão de

assaltante.

Evoca-se, no passo, o conselho do STJ: “Em casos de custódia cautelar deve-se depositar máxima confiabilidade ao juízo de primeiro grau, mormente porque, presidindo a ação penal, tem-se-no como órgão sensível às vicissitudes do processo” (6ª T, HC nr. 21267/RN, rel. Min. Hamilton Carvalho, DJU de 17.2.03, p. 274).

Para completar, “a mera alegação de primariedade do réu e o fato de possuir residência e trabalho definidos mostram-se insuficientes para afastar a aplicação da medida” (STJ, 5ª T, RHC nr. 17729/MG, rel. Min. Edson Vidigal, DJU de 18.02.02, p.194).

A sociedade respirará aliviada com a permanência do paciente atrás das grades.

Nada mais a referir.

3 - Nessas condições, **ACORDA** a **1ª CÂMARA CRIMINAL** do **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO CEARÁ**, em conhecer da impetração, porém, para denegar a ordem, nos termos do voto do Relator e em consonância com a sugestão do Parquet.

Fortaleza, CE, 6 de fevereiro de 2007.

ESTADO DO CEARÁ
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nº 2006.0026.9814-5/0

HABEAS CORPUS (de Aurora)

IMPETRANTES : CÉLIO JOSÉ SARAIVA e FRANCISCO NARDELI MACEDO CAMPOS

PACIENTE : ANTÔNIO BERNARDO DE SENA

IMPETRADO : JUIZ DE DIREITO DA COMARCA DE AURORA

RELATOR : DES. LUIZ GERARDO DE PONTES BRÍGIDO

- Habeas Corpus.

- **Por mais repulsivo que tenha sido o crime não perde o acusado as suas garantias individuais, dentre elas o da razoável duração do recurso interposto – CF, art. 5º, LXXVIII. Nem é de se ignorar que “ninguém é culpado de nada enquanto não transitar em julgado a sentença penal condenatória”(RT 725/521-2). Isto se aprende na faculdade e à porta do fórum.**

- **Mesmo que o título da custódia provisória seja a condenação infligida pelo Júri, perfaz degradante arbitrariedade, e o que é pior, de nível constitucional, a permanência do réu encelado, sem que o juiz, deixando de lado a apatia, chame às contas o Promotor incurioso para contra-arrazoar a apelação do preso, sobretudo se o órgão acusador, em desídia descomunal, não o faz, apesar de intimado há meses e meses para deduzir a resposta recursal.**

- **Ordem concedida, à unanimidade, para que o paciente, que é primário, de bons antecedentes e vinculado por família e ocupação ao distrito da culpa, aguarde solto o desfecho do seu recurso, assinado ao juiz impetrado o prazo de vinte (20) dias para a remessa da apelação, devidamente contrariada, ao Tribunal, sob pena de comunicação ao Conselho Superior da Magistratura.**

Vistos, relatados e discutidos.

1 – Preso em flagrante por homicídio hediondo, denunciado, pronunciado e julgado pelo Júri da Comarca de Aurora, o paciente, já nomeado, recebeu dezessete anos de reclusão, regime integralmente fechado. Os impetrantes movimentaram, daí, o presente **habeas corpus**, alegando, em síntese, que o sentenciado é sujeito de coação ilegal por duas faces: primeiro, por lhe ter sido negado aguardar solto a apelação interposta contra o veredicto popular, embora imlemente

condições pessoais para tanto; segundo, pelo intolerável atraso no processamento do recurso, interposto há mais de ano, porém não refutado pela Promotoria, permanecendo os autos, de lá a esta parte, no juízo **a quo**, sem andamento.

Não houve requerimento de liminar.

Os autos acomodam as informações da autoridade judiciária e o parecer da PGJ, que se inclinou pela denegação da ordem.

Relatório, em suma.

2 – Em meio a uma bebedeira durante um banho de rio, a 11 de outubro de 2004 o paciente matou a faca o homossexual Francisco Antônio da Silva, o “Chiquinha”, que o convidara à prática de atos sexuais. Capturado em flagrante, respondeu a todo o processo **carcer ad custodiam**, capitulado o homicídio no art. 121, § 2º, II e IV, do CP, delito também etiquetado de hediondo pelo art. 1º, I, **in fine**, da Lei nº 8.072/90.

A diretiva da jurisprudência é a de que o autor de homicídio hediondo, desde que preso em flagrante, preso deve continuar após o seu julgamento pelo Júri, ainda que primário e de bons antecedentes. E que é desnecessário motivar-se a restrição à liberdade do sentenciado, “posto que a fundamentação se insere na própria determinação legal”(STJ, 6ª T, HC nº 5.599, rel. Min. Anselmo Santiago, j. 08.09.97, DJU 17.11.97, p. 59.607). Explica-se: “(...) o réu que respondeu ao processo preso, em caso de condenação, deverá ser mantido no cárcere, pois sua libertação equivaleria à concessão de liberdade provisória, vedada pelo art. 2º, II, da Lei 8.072/90” (Gonçalves, Victor Eduardo Rios. Crimes Hediondos. Terrorismo. Tortura. 2ª ed, São Paulo, Saraiva, 2002, p. 15).

Pelo primeiro tópico, já se infere, o pedido libertário não impressiona nem possui vigor jurídico. De ver-se, em compensação, que, segundo informado pelo juiz, a apelação do réu não progride porque, intimada a contra-arrazoá-la em 20 de setembro de 2006, não o fez ainda a Promotoria, lamentavelmente, conquanto processo de réu preso deva, sempre, ser considerado prioritário. Acusado na cadeia tem o direito de ser julgado em tempo razoável nos dois graus de

Jurisdição. Por este segundo enfoque, indubitável a coação ilegal imposta pelo juízo **a quo** à pessoa do sentenciado. Ao que se entrevê de displicência judicial assim desabrida é que juiz e promotor deixaram ao desdém causa de indivíduo em regime de execução provisória de pena, embora possuidor do direito de ver definida, o quanto antes, pela instância superior a medida da censura penalógica recebida (matéria da insurgência recursal).

A arbitrariedade imposta ao paciente pela Justiça de Aurora não deriva da lei ordinária – art. 648, II, do CPP. É mais eloqüente e censurável porque deita raízes na insensibilidade do juiz e do promotor pelo que está escrito na Constituição da República – art. 5º, LXXVIII: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a **razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação**” (negrito pelo Relator).

O recurso já completou aniversário. E não subiu, até hoje, ao Tribunal. Injustificável, abusivo e irrazoável atraso no processamento de simples apelação, o que “ofende, de modo frontal, o postulado da dignidade da pessoa humana” (STF, HC n. 85.988 [MC], rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, DJU 10.06.05).

Ao quadro esboçado na espécie colhe, às inteiras, emblemático pronunciamento jurisprudencial: “Ocorre constrangimento ilegal decorrente de excesso de prazo na prisão [...] na hipótese em que o recurso de apelação de sentença condenatória **demora, injustificadamente, mais de seis meses para ser processado no juízo a quo, traduzindo falta de uma regular fiscalização e condução do processo, além do desprezo ao direito do acusado de ver definida a sua situação [...]**” (TACRIM-SP, 10ª C., HC 418.276/5, rel. juiz Márcio Bártoli, j. 02.10.02, rolo-flash 1531/140 – negrito pelo Relator).

Disse Ruy em uma de suas celebres orações que “o preso por mais bárbaro que tenha sido o seu ato não decai, jamais, do abrigo da lei e da Constituição”.

Destaca-se, e com tristeza, a marcante incúria funcional do juiz e do promotor de Aurora na condução da causa do paciente.

3 – Do que posto, **ACORDA a 1ª CÂMARA CRIMINAL do TRIBUNAL de JUSTIÇA DO CEARÁ**, à unanimidade e contra o parecer ministerial, em conhecer da impetração e conceder a ordem de soltura, mediante alvará clausulado, assinado ao dr. juiz o prazo de vinte (20) dias para a remessa do apelo do paciente à instância revisora, sob pena de a desídia ser comunicada ao e. Conselho Superior da Magistratura.

Fortaleza, CE, 23 de janeiro de 2007.

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

**HABEAS CORPUS N.º 2006.0029.9644-8 – Jaguaribara-CE
IMPETRANTE: JANDUY TARGINO FACUNDO
PACIENTE: ANTÔNIO GENIVALDO ALVES DE OLIVEIRA
IMPETRADO: JUIZ DE DIREITO DA COMARCA DE JAGUARIBARA
RELATOR: DES. JOÃO BYRON DE FIGUEIREDO FROTA**

EMENTA: PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. RÉU PRESO. PRISÃO PREVENTIVA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. NÃO CONFIGURAÇÃO. REITERAÇÃO DE PEDIDO. PRONÚNCIA. EXCESSO DE PRAZO SUPERADO.

I – Réu preso alega constrangimento ilegal na custódia cautelar sem fundamentação.

II – Reiteração do writ. Não conhecimento. (STJ: “Habeas corpus. Reiteração de pedido. 1. Quando a impetração é mera reiteração de pedido anteriormente examinado, sem qualquer fato novo, não se conhece do pedido”. - STJ 36/270).

III – Excesso de prazo na formação da culpa superado, diante da pronúncia do paciente. (STJ,

Súmula n.º.21: “Pronunciado o réu, fica superada a alegação do constrangimento ilegal da prisão por excesso de prazo na instrução”.)

IV – Denegação da ordem.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* Crime N.º 2006.0029.9644-8 da Comarca de **Jaguaribara**, em que é impetrante **Janduy Targino Facundo**, paciente **Antônio Genivaldo Alves de Oliveira** e impetrado o **Juiz de Direito da Comarca de Jaguaribara-CE**.

ACORDA a 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por julgamento de Turma, por unanimidade, não conhecer do pedido quanto à alegação de ausência de fundamentação e denegar o *habeas corpus* quanto à alegação de excesso de prazo na formação da culpa, em consonância com o parecer da douta Procuradoria Geral da Justiça.

Trata a presente ação de *habeas corpus* impetrado por **Janduy Targino Facundo**, advogado já qualificado nos presentes autos, em favor do paciente **Antonio Genivaldo Alves de Oliveira**, contra ato tido como coator do MM. Juiz de Direito da Comarca de Jaguaribara-CE.

O Paciente foi denunciado pela prática dos crimes de **homicídio qualificado** (art. 121, §2º, II e IV, do CP c/c art. 1º, I, da Lei nº 8.072/90) e **porte ilegal de arma de fogo** (art. 14, da Lei nº 10.826/03), tendo sido decretada sua prisão preventiva em 16 de junho de 2005, com fulcro no art. 312 do CPP, como garantia da ordem pública e da instrução criminal, posto que os fatos criminosos causaram temor e ojeriza na sociedade local, pois aconteceram durante uma partida de futebol e na presença de várias pessoas que foram assistir ao jogo (fls. 115/119).

Inconformado com tal situação, e após vários pedidos de revogação da prisão cautelar, o Paciente teve impetrado em seu favor o presente *writ*, alegando constrangimento ilegal na custódia preventiva, devido à ausência de fundamentação do édito cautelar, por inexistir qualquer fundamento ou pressuposto legal para sua subsistência, bem

como no excesso de prazo na formação da culpa (fls. 02/24).

Notificada a autoridade apontada como coatora, seguiu-se à prestação das informações (fls. 139/141).

De posse dos informes, abriu-se vista à douta Procuradoria Geral de Justiça, cujo Ilustre Representante ofereceu parecer desfavorável ao provimento do *writ*, diante da presença dos fundamentos autorizadores da prisão cautelar (fls. 143/145).

Eis, em síntese apertada, o relatório.

O presente caso *sub judice* cinge-se ao exame dos dois argumentos levantados pelo Impetrante: a) ausência de fundamentação da medida cautelar; b) excesso de prazo na formação da culpa do Paciente.

Quanto ao primeiro ponto, trata-se de reiteração de pedido. Ora, resta claro que o Paciente tenta outra vez conseguir a ordem liberatória, mediante a impetração do terceiro *writ*, o que não muda sua situação por não haver fatos novos a ensejarem uma reapreciação de seu *status libertatis*.

Conforme se depreende das informações da autoridade impetrada (fls. 139/141), o mesmo Paciente já teve impetrado a seu favor, sobre os mesmos fatos, dois outros *habeas corpus* (Proc. n°.2005.0022.7119-4 e Proc. n°.2006.0005.7048-6), ambos com acórdãos denegatórios da segurança proferidos por esta Colenda Câmara Criminal.

Percebe-se claramente haver uma reiteração de pedidos com a utilização dos mesmos remédios constitucionais, o que decerto não pode ser aceito por esta Corte de Justiça. Impossível revistar fatos já apreciados e definidos, sob pena de ofensa à coisa julgada (art. 5º, XXXVI, CF).

Há diversos escólios jurisprudenciais acolhendo a tese de impossibilidade do conhecimento de *writ* com reiteração de pedido:

STJ: “*Habeas corpus*. Reiteração de pedido. 1. Quando a impetração é mera reiteração de pedido anteriormente examinado, sem qualquer fato novo, não se conhece do pedido” (grifamos)

(JSTJ 36/270).

STJ: “Processual penal. Habeas corpus. Reiteração de pleito anterior. Inadmissibilidade. Em sede de habeas corpus é inadmissível a formulação do pleito já apreciado e decidido em anterior impetração, salvo na hipótese de apresentação de novos fatos ou fundamentos jurídicos” (grifamos) (RSTJ 68/113-4).

STJ: “*HABEAS CORPUS* - DIREITO PROCESSUAL PENAL - ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR - **REITERAÇÃO PARCIAL DE PEDIDOS** - NÃO CONHECIMENTO - NÃO APRECIÇÃO DE TESES DA DEFESA - INOCORRÊNCIA - ILICITUDE DA PROVA - RECONHECIMENTO - IRRELEVÂNCIA NO JULGADO - 1 - **Não é de se conhecer de writ na parte em que seus fundamentos são idênticos ao de pedidos de habeas corpus anteriores, já julgados pela Corte Superior de Justiça.** 2 - Caracteriza prova ilícita o depoimento prestado por Delegado de Polícia, relativamente a “conversa informal” que manteve com indiciado, na fase inquisitorial. 3 - Nada obstante, não há falar em comprometimento de acórdão impugnado, em consequência de supressão de prova ilícita, se o fato na sua autoria, resta demonstrado por outros elementos do conjunto probatório dos autos, mormente se a prova viciada, não passa, em verdade, quando se não a entenda como razão alternativa, de fundamento trazido apenas *ad colorandam decisionem*. 4 - Em excluindo a decisão judicial, as razões das partes, ao decidir-lhes, à luz de claros motivos outros, as questões que propuseram, assim atende o julgador a exigência constitucional da fundamentação dos julgados

(Constituição da República artigo 93, inciso IX), não estando obrigado a repetir as alegações deduzidas e, tampouco, como é da compreensão deste Superior Tribunal de Justiça, responder a questionários deduzidos pelo sucumbente. 5- Ordem conhecida em parte e, nesta extensão, denegada.” (grifamos) (STJ - HC 32.056 - GO - 6ª T. - Rel. Min. Hamilton Carvalhido - DJU 28.06.2004)

A doutrina mais abalizada corrobora a impossibilidade de se conhecer de *habeas corpus* com pedido reiterado, a saber:

Por vezes tem se decidido que é admissível o conhecimento de pedido idêntico a anterior denegado, mesmo que a causa de pedir seja composta dos mesmos fundamentos, sob a alegação de que a ordem do *writ* não tem execução mandamental e não faz coisa julgada. Todavia, tem-se objetado, corretamente, que a mera repetição de fundamentos já examinados não merece conhecimento. **Esgotada a faculdade recursal do *habeas corpus*, deixa o interessado de poder reiterar a pretensão de liberdade repelida com os mesmos fundamentos, uma vez que o impetrante já obteve a prestação jurisdicional a que tinha direito. Falta-lhe, assim, interesse de agir.** (grifamos) (MIRABETE, Julio Fabbrini. *In* “Código de Processo Penal Interpretado”, 11ª ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 1698).

Resta claro, portanto, diante da jurisprudência e doutrina colacionadas, que o primeiro pedido objeto deste *writ* não pode ser conhecido, dada a sua reiteração nesta Egrégia Corte de Justiça.

O segundo argumento defendido pelo Impetrante

para a soltura do Paciente é o do excesso de prazo na formação da culpa deste no processo.

No entanto, como bem afirmou o próprio Impetrante, o Paciente já foi devidamente pronunciado para julgamento no Tribunal Popular do Júri da Comarca de Jaguaribara (sentença de fls. 30/34), o que, por si só, justifica não mais se poder acolher a alegação de excesso de prazo na instrução, tendo em vista ter sido esta encerrada.

A jurisprudência pátria já, de muito tempo, se tornou pacífica sobre este ponto, razão pela qual o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula n.º.21: *“Pronunciado o réu, fica superada a alegação do constrangimento ilegal da prisão por excesso de prazo na instrução”*.

A alegação da defesa de que a pauta do Tribunal do Júri naquela Comarca é no mês de novembro não pode ser utilizada para justificar novo excesso de prazo, o que configuraria constrangimento ilegal. Isto porque tal fato não se deve a atraso provocado pelo Juiz ou pelo Ministério Público, o que decerto descredencia a jurisprudência colacionada na exordial sobre o assunto.

Não obstante, diante da visualização do alongado espaço de tempo para o julgamento, recomenda-se à autoridade impetrada agilidade e zelo na condução do referido processo, a fim de se evitar possíveis e futuros constrangimentos ilegais.

Diante dos fundamentos jurídicos apresentados, restam ausentes as teses para a configuração do constrangimento ilegal ensejador da concessão do presente *writ*.

Por todo o exposto, quanto à alegação de ausência de fundamentação, voto pelo não conhecimento do *writ*, dada a reiteração da matéria; no tocante à alegação de excesso de prazo na formação da culpa, voto pela denegação do *habeas corpus*, em consonância com o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça.

Fortaleza, 02 de abril de 2007.

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

HABEAS CORPUS N.º 2007.0001.8523-8 - Fortaleza
IMPETRANTE: KENNEDY FERREIRA LIMA
PACIENTE: ROBERTO CUNHA FIGUEIREDO
IMPETRADO: JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA DE EXECUÇÕES
FISCAIS DE CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA DA
COMARCA DE FORTALEZA
RELATOR: DES. JOÃO BYRON DE FIGUEIREDO FROTA

EMENTA: PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS PREVENTIVO. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. IMPOSSIBILIDADE DE TRANCAMENTO DA AÇÃO.

I – O Paciente, indiciado pelo crime sonegação fiscal (art. 1º, inc. IV, c/c art. 11 da Lei nº. 8.137/90), não tem justa causa para requerer o trancamento da ação penal. A denúncia ministerial está consistente e calcada em sólidos fundamentos fáticos e jurídicos, com fortes indícios de participação do Paciente nos citados eventos delituosos.

II – Impossível anular a referida denúncia, pois calcada nos requisitos do art. 41 do CPP. (STF: “(...) Penal. Processual Penal. Habeas corpus. Denúncia. Ação Penal. Trancamento. Impossibilidade. (...) I – Denúncia que atende aos requisitos do art. 41 do CPP. II – A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que não se tranca a ação penal se a conduta descrita na denúncia configura, em tese, crime. III – HC indeferido” - JSTF 263/268). Ausência de causa justa.

III – Denegação da ordem para o trancamento da

ação penal.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* Crime Nº 2007.0001.8523-8 da Comarca de **Fortaleza**, em que é impetrante **Kennedy Ferreira Lima**, paciente **Roberto Cunha Figueiredo** e impetrado o **Juiz de Direito da 1ª Vara de Execuções Fiscais de Crimes Contra a Ordem Tributária da Comarca de Fortaleza-CE**.

ACORDA a 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por julgamento de Turma, por unanimidade, denegar a ordem impetrada, em consonância com o parecer da douta Procuradoria Geral da Justiça.

Trata a presente ação de *habeas corpus* preventivo impetrado por **Kennedy Ferreira Lima**, advogado devidamente qualificado na exordial, em favor de **Roberto Cunha Figueiredo**, contra ato tido como coator do MM. Juiz de Direito da 1ª Vara de Execuções Fiscais de Crimes Contra a Ordem Tributária da Comarca de Fortaleza, por ter recebido denúncia contra o paciente, como incurso nas tenazes do art. 1º, inc. IV, c/c art. 11 da Lei nº.8.137/90 (sonegação fiscal).

O impetrante assevera na exordial que o paciente é um dos sócios da empresa ANFISAUTO VEÍCULOS LTDA., juntamente com os Srs. Ângelo Cunha Figueiredo e Djacir Gurgel de Figueiredo, os quais detinham conjuntamente 79,10% do capital social da referida empresa. Desta feita, alega a inépcia da denúncia ministerial por não constar como acusados os três sócios, mas apenas dois deles.

Afirma, ainda, que a contabilidade da empresa é terceirizada à contadora Célia Montenegro e que são encarregados da contabilidade empresarial os funcionários de nome Francinaldo e Leopoldo. Tais fatos comprovariam, portanto, a ausência de responsabilidade do Sócio-Paciente.

Aduz, por fim, o Impetrante que não existem nos fólios provas da caracterização do delito imputado ao paciente, nem a descrição minuciosa do ato delituoso praticado por ele mesmo, estando assim inepta a denúncia em questão, o que levaria a configuração da justa causa para o trancamento da

ação penal. Junta apenas o despacho de recebimento da denúncia (fls. 19).

Notificada a autoridade apontada como coatora, seguiu-se a prestação das informações (fls. 28/29).

De posse dos informes, abriu-se vista à douta Procuradoria Geral de Justiça, cuja Ilustre Representante ofereceu parecer desfavorável ao provimento do *writ* (fls. 31/36).

Eis, em síntese apertada, o relatório.

Não está a merecer reparos a respeitável decisão *a quo*, nada obstante as considerações deduzidas pelo Impetrante.

De acordo com as informações prestadas pela autoridade impetrada, o douto representante do Ministério Público apresentou de forma clara e contundente a conduta delituosa do Paciente no crime de sonegação fiscal contra a Fazenda Pública Estadual, tendo, inclusive, a magistrada *a quo* intimado o Paciente para que este comprovasse, no prazo de 05 (cinco) dias, eventual pagamento ou parcelamento tributário, o que extinguiria a punibilidade do crime sob exame. Infere-se, ao contrário, que o Paciente não ofereceu resposta à tal oportunidade, o que certamente ensejou o recebimento da *exordial*.

O crime de sonegação fiscal tipificado no art. 1º, inciso IV, da Lei nº. 8.137/90 consiste em:

“Art. 1º. Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:
(...)

IV – elaborar, distribuir, fornecer, emitir ou utilizar documento que saiba ou deva saber falso ou inexato;”

Ora, compete aos sócios e administradores das pessoas jurídicas de direito privado – tal como a ANFISAUTO VEÍCULOS LTDA. – a responsabilidade pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto, conforme dispõe o art. 135 do Código Tributário

Nacional. E complementa o CTN, em seu art. 137, que a responsabilidade é pessoal do agente quanto às infrações conceituadas por lei como crimes – a exemplo do crime de sonegação fiscal em apreço.

Logo, a denúncia contém a exposição do fato criminoso (consistente no crime de sonegação fiscal pelo não pagamento do tributo estadual devido), com todas as suas circunstâncias (art. 11 da Lei n.º. 8.137/90), a qualificação do acusado (o Paciente é sócio da citada empresa), a classificação do crime (art. 1º, inc. IV, da Lei n.º.8.137/90) e o rol de testemunhas.

Portanto, não há inépcia da denúncia ministerial, pois calcada nos requisitos legais básicos e elementares de sua admissibilidade (art. 41, CPP). Em suma, a denúncia se revela perfeitamente válida e sem vícios de qualquer ordem.

Estando fortemente presentes os indícios de autoria do denunciado, ora Paciente, na participação do retro citado delito, bem como ser necessário um exame mais aprofundado das provas constantes nos autos, entendemos não haver justa causa para o trancamento da ação penal.

Sobre o trancamento da ação penal fundamentada em justa causa, mister analisar a doutrina mais abalizada:

Também somente se justifica a concessão de *habeas corpus* por falta de justa causa para a ação penal quando é ela evidente, ou seja, quando a ilegalidade é evidenciada pela simples exposição dos fatos com o reconhecimento de que há imputação de fato atípico ou da ausência de qualquer elemento indiciário que fundamente a acusação. É possível, entretanto, verificar perfunctoriamente os elementos em que se sustenta a denúncia ou a queixa, para reconhecimento da “fumaça do bom direito”, mínimo demonstrador da existência do crime e da autoria, sem o qual há falta de justa causa para a ação penal. Há constrangimento ilegal quando o fato imputado não constitui, em tese, ilícito penal, ou quando há

elementos inequívocos, sem discrepâncias, de que o agente atuou sob uma causa excludente da ilicitude. **Não se pode, todavia, pela via estreita do *mandamus*, trancar ação penal quando seu reconhecimento exigir um exame aprofundado e valorativo da prova dos autos.** (grifamos) (MIRABETE, Julio Fabbrini. “Código de Processo Penal Interpretado”, 11ª ed., São Paulo: Atlas, 2004, p. 1705).

Igualmente, embasando a tese ora defendida pela impossibilidade de trancamento da ação penal por falta de justa causa, há diversos escólios jurisprudenciais neste mesmo sentido:

STF: “(...) Penal. Processual Penal. *Habeas corpus*. Denúncia. Ação Penal. Trancamento. Impossibilidade. (...) I – Denúncia que atende aos requisitos do art. 41 do CPP. II – A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que não se tranca a ação penal se a conduta descrita na denúncia configura, em tese, crime. III – HC indeferido” (JSTF 263/268).

STF: “Em sede de *habeas corpus* só é possível trancar ação penal em situações especiais, como nos casos em que é evidente e inafastável a negativa de autoria, quando o fato narrado não constitui crime, sequer em tese, e em situações similares, onde pode ser dispensada a instrução criminal para a constatação de tais fatos, situação que não se configura na espécie” (RT 742/533).

STF: “EMENTA: 1. Habeas Corpus. Crimes contra a ordem tributária (Lei nº 8.137, de 1990). Crime societário. 2. Alegada inépcia da denúncia, por ausência de indicação da conduta individualizada dos

acusados. 3. Tratando-se de crimes societários, não é inepta a denúncia em razão da mera ausência de indicação individualizada da conduta de cada indiciado. 4. Configura condição de admissibilidade da denúncia em crimes societários a indicação de que os acusados sejam de algum modo responsáveis pela condução da sociedade comercial sob a qual foram supostamente praticados os delitos. (...). 5. No caso concreto, a denúncia é apta porque comprovou que todos os denunciados eram responsáveis pela representação legal da sociedade comercial envolvida. 6. Habeas corpus indeferido". (HC 86.294/SP – Rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª Turma, j. em 27.09.2005, DJU de 03.02.2006, p.89)

STJ: "1. Descrevendo a denúncia crime em tese, não havendo dúvida quanto à participação dos denunciados, prossegue-se na ação penal. 2. A falta de justa causa só justifica *habeas corpus* quando a contestação aos fatos não incursiona no contraditório" (RSTJ 50/425-6).

Aduz, ainda, o Impetrante que para a configuração do tipo penal em tela é necessária a demonstração do dolo específico de apropriar-se (*animus rem sibi habendi*), ou seja, o elemento subjetivo é exigido para a acusação do Paciente. Ora, nada mais inverídico. A caracterização e comprovação do dolo específico do crime de sonegação fiscal deve ser feita no decorrer da instrução processual, onde se demonstrará ou não o elemento subjetivo da conduta do paciente. Repita-se, não se trata matéria atinente ao exame perfunctório em sede de *habeas corpus*, sendo desnecessária tal exigência nesta seara, ao contrário do que afirma o Impetrante.

A jurisprudência pátria corrobora esta linha de raciocínio:

STJ: "Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* –

Apropriação Indébita Previdenciária – Inépcia da Denúncia: Descrição Genérica – Falta de Justa Causa – Exigência de Dolo Específico (*Animus Rem Sibi Habendi*) – Ofensa ao Princípio da Anterioridade da Lei – Alegações Improcedentes”. (AgRg-EResp 684412-SP, 3ª T., Rel. Min. Nilson Naves, DJU 02.05.2006)

STJ: “Recurso Especial – Penal – Processo Penal – Crime de Apropriação Indébita de Contribuição Previdenciária – Demonstração de Dolo Específico de Apropriar-se dos Valores Não Recolhidos – Desnecessidade”. (REsp 819986-CE, 5ª T. – Rel. Min. Laurita Vaz – DJU 19.06.2006)

Em suma, não há que se falar em constrangimento ilegal do Paciente, pois existem indícios suficientes de autoria e prova da materialidade do crime aventado na denúncia. Restam, portanto, perfeitamente válidas tanto a decisão judicial que recebeu a delação contra o Paciente, como esta última, não merecendo reparação por meio deste *writ*.

Diante do exposto, voto pela denegação do *habeas corpus*, em consonância com parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça.

Fortaleza, 02 de abril de 2007.

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

**HABEAS CORPUS N.º 2007.0009.4835-5/0- de Tamboril-CE
IMPETRANTE: João Rodrigues Neto
PACIENTE: Sebastião Pereira do Nascimento
IMPETRADO: MM. Juiz de Direito da Comarca de
Tamboril**

RELATOR: DES. JOÃO BYRON DE FIGUEIRÊDO FROTA

EMENTA: PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. LIBERDADE PROVISÓRIA. ESTATUTO DO DESARMAMENTO. INCONSTITUCIONALIDADES. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. CONCESSÃO DO WRIT.

I – Paciente preso em flagrante pelo crime de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido (art. 14 da Lei 10.826/2003), requer a liberdade provisória. Diante da denegação pelo magistrado *a quo*, impetrou-se o presente *writ*, sob a alegação de que tem direito de responder ao processo em liberdade.

II – A denegação do pedido de liberdade provisória no crime em comento ocasiona constrangimento ilegal ao paciente, autorizador de sua liberdade. Declaração de inconstitucionalidade dos parágrafos únicos dos artigos 14 e 15 e do artigo 21 da Lei n.º.10.826/2003 – Estatuto do Desarmamento. (STF, ADI n.º.3.112/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julg. em 02.05.2007).

IV – Concessão da ordem.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* Crime Nº 2007.0009.4835-5/0 da Comarca de Tamboril, em que é impetrante João Rodrigues Neto, paciente **Sebastião Pereira do Nascimento** 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, conceder a ordem impetrada, determinando a expedição do competente Alvará de Soltura em favor do paciente, se por outro motivo não estiver preso, em consonância com o parecer da douta Procuradoria Geral da Justiça.

Trata a presente ação de *habeas corpus* impetrado por **João Rodrigues Neto**, advogado já qualificado nos presentes autos, em favor do paciente **Sebastião Pereira do Nascimento**, contra ato tido como coator do MM. Juiz de Direito da Comarca de Tamboril.

Em 24.03.2007, o paciente estava num bar do referido município, quando foi abordado por policiais militares que, após uma busca em todos os presentes, encontraram com o paciente um revólver calibre 32, municiado, razão pela qual fora preso em flagrante pelo crime previsto no art. 14 da Lei n°.10.826/2003 - Estatuto do Desarmamento (auto de fls. 23/30).

O paciente requereu o relaxamento da prisão em flagrante a fim de que fosse concedida sua liberdade provisória durante o trâmite processual (fl.05), tendo sido o pedido acatado em manifestação do *Parquet* Estadual (fl.41), porém denegado pelo magistrado *a quo* (fls.42/43).

Inconformado com tal situação, o impetrante ingressa com o presente *writ* liberatório, requerendo a expedição de alvará de soltura em favor do mencionado paciente. Alega, primordialmente, que não houve sequer a denúncia do acusado, sendo tal ato por si só flagrante constrangimento ilegal. Aduz, ainda, que a decisão que denegou o pedido de relaxamento de prisão em flagrante não estava bem fundamentada, razão pela qual requereu a concessão da ordem. Para tanto, o Impetrante faz prova do alegado com documentação anexa (fls. 04/46).

Notificada a autoridade apontada como coatora, seguiu-se à prestação das informações (fls. 53/54).

Em parecer bem fundamentado, o Ilustre Representante do *Parquet* opinou pela concessão da ordem, tendo em vista a declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal, na ADIN n°.3.112/DF, afastando a validade dos parágrafos únicos dos artigos 14 e 15 e do artigo 21 da Lei n°.10.826/2003 – Estatuto do Desarmamento (fls. 58/60).

Eis, em síntese apertada, o relatório. Passo ao voto.
A análise do presente *writ* cinge-se ao exame da

legislação pertinente à matéria, bem como da recente decisão da Excelsa Corte em sede de ação direta de inconstitucionalidade.

A alegação de constrangimento ilegal do paciente devido à denegação do pedido de relaxamento de prisão em flagrante deve ser examinada à luz da legislação pátria vigente (Estatuto do Desarmamento). Senão vejamos:

“Art. 14. Portar, deter, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

Parágrafo único. O crime previsto neste artigo é inafiançável, salvo quando a arma de fogo estiver registrada em nome do agente. (grifamos)

Art. 15. Disparar arma de fogo ou acionar munição em lugar habitado ou em suas adjacências, em via pública ou em direção a ela, desde que essa conduta não tenha como finalidade a prática de outro crime: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

Parágrafo único. O crime previsto neste artigo é inafiançável. (grifamos)

Art. 21. Os crimes previstos nos arts. 16, 17 e 18 são insuscetíveis de liberdade provisória.” (grifamos)

Ante tais dispositivos legais, o magistrado impetrado entendeu por bem que o crime perpetrado pelo paciente – a despeito de este ser primário, ter profissão definida e residência fixa, não possuir qualquer antecedente criminal (fls. 09/12) – era

inafiável e, portanto, insuscetível de liberdade provisória, porém fundamentado seu *decisum* no parágrafo único do art. 15 da Lei n.º.10.826/2003 (fls. 42/43).

Ad argumentandum tantum, ainda que se tente interpretar como mero erro de grafia na fundamentação da referida decisão, quando o magistrado imputou ao paciente outro crime (disparo de arma de fogo) que não o capitulado no auto de prisão em flagrante e na denúncia ministerial (fls.44/46), tal entendimento não merece prosperar.

Com efeito, infere-se dos autos que o paciente não incorre em nenhuma das circunstâncias do arts. 311 e 312 que justificasse sua custódia preventiva, além de militar em seu favor todos os fatores de ordem pessoal (pai viúvo com oito filhos, residência fixa, profissão definida, sem antecedentes criminais).

Acrescente-se a isto, que a Lei n.º.10.826/2003 estabeleceu, claramente, quais os crimes nela previstos insuscetíveis à concessão da liberdade provisória, entre os quais não se encontra o delito tipificado no art. 14 da citada lei.

Em verdade, o magistrado *a quo* interpretou erroneamente a legislação em comento e denegou o pedido de liberdade provisória do paciente sem amparo legal.

No entanto, toda esta discussão restou superada recentemente com a decisão do Supremo Tribunal Federal, na ADIN n.º.3.112/DF, do Relator Ministro Ricardo Lewandowski, julgada em 02.05.2007, que declarou a inconstitucionalidade dos parágrafos únicos dos artigos 14 e 15, bem como o artigo 21 da Lei n.º.10.826/2003. Relativamente aos primeiros dispositivos, que proíbem o estabelecimento de fiança, respectivamente, para os crimes de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido e de disparo de arma de fogo, considerou-se desarrazoada a vedação, ao fundamento de que tais delitos não poderiam ser equiparados a terrorismo, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes ou crimes hediondos (CF, art. 5º, XLIII). Asseverou-se, ademais, cuidar-se, na verdade, de crimes de mera conduta que, embora impliquem redução no nível de segurança coletiva, não podem ser iguados aos crimes que acarretam lesão ou ameaça de lesão à vida ou à propriedade. Quanto ao art. 21 da lei impugnada,

que prevê serem insuscetíveis de liberdade provisória os delitos capitulados nos artigos 16 (posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito), 17 (comércio ilegal de arma de fogo) e 18 (tráfico internacional de arma de fogo), entendeu-se haver afronta aos princípios constitucionais da presunção de inocência e do devido processo legal (CF, art. 5º, LVII e LXI). Ressaltou-se, no ponto, que, não obstante a interdição à liberdade provisória tenha sido estabelecida para crimes de suma gravidade, liberando-se a franquia para os demais delitos, a Constituição não permite a prisão *ex lege*, sem motivação, a qual viola, ainda, os princípios da ampla defesa e do contraditório (CF, art. 5º, LV).

Em suma, tendo em vista a recente declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos em comento e da fundamentação da decisão denegatória da liberdade provisória do paciente neles baseada, não resta alternativa senão concluir pelo constrangimento ilegal do paciente.

Por todo o exposto, em consonância com o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça, voto pela concessão do *habeas corpus*, a fim de se expedir o alvará de soltura em favor do paciente, se por outro motivo não estiver preso.

Fortaleza, 28 de maio de 2007.

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

2007.0014.1043-0/0 Habeas Corpus
IMPETRANTE: ELIZABETE RIBEIRO E SILVA
PACIENTE: JOSÉ MARCOS ALVES DA SILVA
IMPETRADO: JUÍZO DE DIREITO DA 15ª VARA DA COMARCA
DE FORTALEZA-CE
RELATOR: DESEMBARGADORA MARIA SIRENE DE SOUZA
SOBREIRA

EMENTA: DIREITO PROCESSUAL PENAL.

HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL POR EXCESSO DE PRAZO. CARACTERIZAÇÃO.

1. A prisão provisória não pode exceder o prazo estabelecido na lei em obséquio ao princípio constitucional da razoabilidade. *In casu*, observa-se que o paciente já se encontra enclausurado preventivamente há aproximadamente 06 (seis) anos, sendo que 05 (cinco) destes aguardando a realização de diligências requeridas pela defesa.

2. Ordem deferida.

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 **CONCEDER** a ordem, nos termos do voto da Desembargadora Relatora.

RELATÓRIO

Cogita-se de *Habeas Corpus* impetrado por **ELIZABETE RIBEIRO E SILVA** em favor de **JOSÉ MARCOS ALVES DA SILVA**, sob a alegação de constrangimento ilegal por excesso de prazo no encerramento do processo.

Afirma a impetrante que, no dia 21 de março do ano de 2001, o juízo apontado coator decretou a prisão preventiva do paciente, sob a acusação de ter violado o art. 157, § 2º, incs. I e II, do Código Penal, contra a agência do Banco Boa Vista, nesta Capital, fato esse ocorrido aos 30 de novembro de 1999.

Diz, mais, que a instrução criminal terminou aos 19 de abril de 2002, tendo a defesa, em sede diligencial, requerida cópia de auditoria administrativa realizada na referida instituição bancária, assim como para que esta informasse os nomes do Segurança e da empresa prestadora de serviços dessa instituição.

Afirma, porém, que, nada obstante o juízo apontado coator ter deferido o pleito defensivo, aos 24 de junho de 2002, e oficiada a Direção do Banco sobre o pleito, até a presente data, ainda não houve o atendimento das diligências em comento.

Assevera, ainda, que, em razão da prisão preventiva do paciente já perdurar por mais de 06 (seis) anos, tal custódia à sua liberdade tornou-se ilegal, levando-se em conta o princípio da razoabilidade. Ademais, afirma que “mesmo que venha a ser condenado em regime fechado, hoje já poderia usufruir regime prisional menos rigoroso”.

Pugna, assim, pela concessão da presente ordem a fim de ser relaxado o encarceramento processual do paciente.

Com a exordial, documentação de fls. 10/62.

Não foi pleiteada liminar (fls. 67/68).

Notificada a autoridade indicada coatora carrou aos presentes autos informações, às fls. 70/73, dando conta que:

1. o paciente, juntamente com o acusado Cairo Lima de Souza, foi denunciado nas sanções do art. 157, § 2º, incs. I e II, do Código Penal, acusados de terem assaltado com emprego de arma de fogo e concurso de pessoas a agência do Banco Boa Vista S/A, nesta Capital, subtraindo a quantia de R\$ 238.000.00 (duzentos e trinta e oito mil reais);

2. a instrução criminal foi ultimada no dia 19 de abril de 2002, e na oportunidade do art. 499 do CPP, a defesa dos acusados requereu que fosse oficiado ao Banco Boa Vista para que enviasse a este juízo resultado de uma auditoria interna realizada pela vítima após o cometimento do crime, sob a argumento de que tal diligência seria prova crucial para comprovar a inocência dos réus;

3. aos 28 de junho de 2002, foi oficiado à instituição bancária acima nominada para ciência e cumprimento da referida diligência;

4. inobstante devidamente oficiada, por 03 (três) vezes, a vítima não prestou as informações solicitadas, fato esse que ensejou renovação de tal pleito por parte da defesa, no dia 23 de maio do ano pretérito, tendo sido novamente determinada a expedição de ofício à instituição bancária;

5. a custódia do paciente deve ser mantida ante os seus reprováveis antecedentes, para que, assim, seja preservada a credibilidade da justiça como instrumento da ordem pública.

A Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se às fls. 82/90 pelo conhecimento e denegação da ordem impetrada. É o relatório.

VOTO

Em juízo de admissibilidade, presente as condições genéricas da ação, no que tange à possibilidade jurídica do pedido, legitimidade para agir e interesse de agir, este repositando sobre o binômio adequação e utilidade.

Como declinado no relatório, cogita-se de *Habeas Corpus* com o escopo de elidir constrangimento ilegal supostamente causado ao paciente pelo juízo da 15ª Vara Criminal da Comarca de Fortaleza-CE, em razão de excesso de prazo na custódia provisória.

Analisando, com vagar e serenidade, os presentes autos, verifica-se que o *writ* merece deferimento, uma vez que o paciente, de fato, sofre constrição ilegal em seu direito de ir e vir decorrente de excesso de prazo no seu enclausuramento provisório.

É que, pelo o art. 648, II, do CPP, tem-se como constrangimento ilegal por excesso de prazo, remediado por *habeas corpus*, a manutenção de “alguém preso por mais tempo do que determina a lei”. E como é cediço, a jurisprudência pátria estabeleceu o prazo de 81 dias para o encerramento dos procedimentos de réus presos provisoriamente, prazo este que tão-somente pode ser alargado se houver uma justificativa plausível, como por exemplo, grande número de réus, complexidade da causa, necessidade de expedição de cartas precatórias, diligências, instauração de incidentes, enfim, por motivo de força maior.

Evidentemente que o excesso de prazo deve ser verificado em cada caso concreto e específico, de tal sorte que

tão-só a extrapolação do prazo legal aferido razoavelmente é justificável no ordenamento jurídico brasileiro.

Isso parece não ser o caso de que ora se trata.

Observe-se que a prisão do paciente viola a razoabilidade em matéria de prazo de medida cautelar pessoal. De vez que, nada obstante o processo já se encontrar com a instrução concluída, **desde o dia 19 de abril de 2002**, o paciente continua encarcerado até a presente data, isto é, por aproximadamente 06 (seis) anos, sem que o processo a que responde seja encerrado.

É verdade que, segundo entendimento sumulado pelo STJ, nas Súmulas 21 e 64, estando encerrada a instrução criminal e o excesso de prazo tendo sido provocado pela defesa, não haveria constrangimento ilegal a ser sanado via *habeas corpus*.

Porém, nada obstante, na espécie, verificar-se que o sumário de culpa já se encontra concluído e que a dilação temporal do feito, em parte, foi ocasionada pelas diligências requeridas pela defesa, ainda, assim, tenho por ilegal o constrangimento à liberdade do paciente.

Sequer tais fatos – encerramento da formação da culpa e requerimento diligencial - têm o condão de continuar legitimando o encarceramento cautelar do paciente. Veja que não se mostra razoável, sob qualquer óptica de observação, que uma diligência pleiteada desde o **dia 28 de junho de 2002**, isto é, **há mais de 05 (cinco) anos**, ainda não tenha sido efetivada.

É verdade que não se pode imputa ao juízo impetrado a pecha de desidioso. Nada disso. Pois em 04 (quatro) oportunidades solicitou à instituição bancária o envio da documentação requerida pela defesa.

Mas também não se amolda ao ordenamento jurídico pátrio, de índole liberal e democrática, que o direito do paciente de ser julgado em um prazo razoável, principalmente por estar preso cautelarmente, seja vilipendiado pelo Estado-juiz, ainda que a causa da demora no cumprimento da diligência defensiva seja da instituição bancária vítima no processo em questão.

Por outro lado, registre-se que o paciente já se

encontra preso, preventivamente, pelas informações dos autos, desde o ano de 2001, ou seja, há quase 06 (seis) anos, sem que haja previsão de cumprimento das diligências solicitadas.

Isto, à toda evidência, desnatura irremediavelmente a razoabilidade que poderia resguardar legítima e constitucionalmente a superação do prazo da prisão processual do paciente, máxime quando se verifica, frise-se mais uma vez, que **já decorreram mais de 05 (cinco) anos do término do sumário de culpa (19.04.02) e do referido pedido de diligência (28.06.02)**, sem, no entanto, ocorrer a conclusão da fase processual prevista no art. 499 do CPP.

Assim, pode-se dizer que o excesso de duração na prisão acautelatória do paciente já extrapolou todos prazos aceitáveis e razoáveis de interferência do Estado-Juiz na esfera dos direitos e garantias individuais do acusado antes de sentença condenatória com trânsito em julgado, aviltado, por via direta, a dignidade da pessoa humana, pois ainda que acusado, o réu ou o condenado não deixam de ser humano e de gozarem de direitos fundamentais.

Não se pode olvidar, porém, que a irrazoabilidade da prisão preventiva do paciente, caso não seja agora sanada por este remédio heróico, agravará mais ainda o desrespeito antijurídico a sua liberdade individual, uma vez que, não se sabendo, ao menos, quando se efetivará a diligência em tela, decerto continuará enclausurado por mais tempo ainda, de forma que mais gravame sofrerá em razão da majoração do excesso de prazo daí advindo.

Há que se ressaltar que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica, de 22 de novembro de 1969, adotada pela República Federativa do Brasil, por intermédio da promulgação do Decreto nº. 678, de 06.11.1992, estabelece a orientação no sentido de que “Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e **tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo**” (art. 7º). (grifo nosso).

Adite-se que a emenda constitucional nº. 45, de 08.12.2005, corroborando a idéia acima, declarou a **celeridade processual como direito público subjetivo do indivíduo**, ao declarar, no Título dos Direitos e Garantias Fundamentais, especificamente no inc. LXXVIII, do art. 5º, da Constituição Federal vigente, que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a **razoável duração do processo** e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. (grifo nosso).

Nessa esteira de argumentação é a orientação firme dos tribunais pátrios, inclusive do Supremo Tribunal Federal. À mão de ilustrar, colacionam-se abaixo algumas decisões nesse sentido. Vejamos:

STF: “Ultrapassado o prazo total alusivo à ação penal, é de se reconhecer o excesso e a ilegalidade da persistência da custódia expedindo-se alvará de soltura. Ao Estado cumpre aparelhar-se objetivando-se o respeito ao balizamento temporal referente à tramitação da ação penal e julgamento respectivo, nada justificando a permanência do acusado, simples acusado, na prisão além do período previsto” (STF – 2ª T. – HC 79.750-4 – Rel. Marco Aurélio – j. 14.12.1999 – Bol. IBCCRIM 114/608).

TRF DA 5ª REGIÃO: “Não só a lei processual determina, como a própria Constituição exige o cumprimento dos prazos processuais, um direito impostergável do acusado que se encontra respondendo a processo provisoriamente preso. (...). A prisão vem, assim, caracterizando-se como coação ilegal, a teor do art. 648, II, do CPP, e dos postulados constitucionais das garantias fundamentais” (TRF 5ª R. 2ª T. – HC 635 – Rel. Lázaro Guimarães – j. 08.10.1996 – RTRF 5ª R. 26/292).

TJRS: “Se se prende cidadão antes do tempo correto – sentença transitada em julgado (exceção espetacular) – que se cumpram os prazos com seriedade, pena de gerar teratóide ético-jurídico. Ordem concedida” (TJRS – 5ª C – HC 7000.002.86427 – Rel. Amilton Bueno de Carvalho – j. 03.11.1999, Revista Jurídica 270/156).

Destarte, estando o paciente preso além do tempo determinado pela Constituição e lei processual penal, em total violação ao princípio da razoabilidade – **posto não existir mais nada a justificar o atraso na realização das diligências requeridas pela defesa ao juízo impetrado** - é forçoso convir que deve imediatamente ser posto em liberdade, de forma que possa acompanhar o término dos atos e procedimentos da ação penal que lhe move o Ministério Público. Tudo isso em respeito aos valores do Estado Democrático de Direito e de Justiça.

No mais, é imperioso ainda advertir que sendo os princípios constitucionais fundamentais da liberdade, da razoabilidade, do devido e regular processo legal, e, por via oblíqua, da presunção de inocência, que estão em jogo no presente caso, o acanhamento jurisdicional na sua proteção pode gerar prejuízos irreparáveis não apenas ao paciente, que é vítima de violação arbitrária e injustificada de imperativos constitucionais, mas a todos os acusados. De vez que, caso não seja restabelecido o *jus ambulandi* do paciente, podem, igualmente, ficar permanentemente expostos a toda sorte de arbítrio e desatino dos órgãos do estado, colocando, conseqüentemente, em xeque até mesmo o princípio da segurança e certeza jurídica, que é um dos vetores de um Estado verdadeiro e substancialmente Democrático e de Direito.

Em última análise, não posso deixar de fazer observação derradeira.

É que, levando-se em consideração o fato do paciente ter cumprido **aproximadamente 06 (seis) anos de prisão**, tudo levar a crer que, ainda que venha a ser condenado nas sanções que lhe imputa o órgão ministerial, o *quantum* da

pena que já cumpriu até hoje lhe permitiria usufruir regime prisional menos gravoso do que o agora suportado pelo paciente, de tal forma que, à luz, novamente, do princípio da razoabilidade, não teria sentido manter o paciente enclausurado processualmente. Sem levar em consideração que há inclusive a possibilidade de vir a ser o acusado absolvido, o que transformaria a custódia em exame de cautelar em condenação antecipada de um inocente.

Do exposto, conheço da presente ordem, para relaxar a prisão preventiva do paciente, determinando-se a imediata expedição do **competente alvará de soltura clausulado** em seu favor, para, em tal condição, acompanhar os ulteriores termos da ação penal contra ele instaurada, se por outro motivo não estiver preso.

É como voto.

Fortaleza, 13 de agosto de 2007.

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

**HABEAS CORPUS N. ° 2007.0015.2872-4/0 de Fortaleza/Ce.
IMPETRANTE: BORIS TRINDADE
IMPETRANTE: RODRIGO GONÇALVES TRINDADE
IMPETRANTE: ALBERTO TRINDADE
PACIENTE: EUDES TEIXEIRA DE CARVALHO JÚNIOR
IMPETRADO: JUIZ DE DIREITO DA 3ª VARA CRIMINAL DE
FORTALEZA/CE.
RELATOR: DES. JOÃO BYRON DE FIGUEIRÊDO FROTA**

**EMENTA: PROCESSO PENAL. HABEAS
CORPUS TRANCATIVO. CRIME DE DUPLICATA
SIMULADA. MAUS ANTECEDENTES. AÇÃO
PENAL POR HOMICÍDIO QUALIFICADO.
RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. ALEGAÇÃO DE**

INÉPCIA DA DENÚNCIA POR NÃO INDIVIDUALIZAÇÃO DA CONDOTA DO AGENTE. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. INVIABILIDADE.

“A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal considera juridicamente idônea a peça acusatória que contém exposição clara e objetiva dos fatos alegadamente delituosos, com narração de todos os elementos essenciais e circunstâncias que lhe são inerentes, permitindo, desse modo, àquele que sofre a acusação penal, o exercício pleno do direito de defesa assegurado pelo ordenamento constitucional” (JSTF 235/376).

“Não cabe trancar-se ação penal, por ausência de justa causa, quando vislumbra-se na denúncia a prática do crime em tese” (RSTJ 95/405).

Ordem denegada.

Unânime.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* Crime Nº **2007.0015.2872-4/0** da Comarca de **Fortaleza/Ce**, em que são impetrantes **Boris Trindade, Rodrigo Gonçalves Trindade, Alberto Trindade**, paciente **Eudes Teixeira de Carvalho Júnior** e impetrado o **Juiz de Direito da 3ª Vara Criminal da Comarca de Fortaleza-CE**.

ACORDA a 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por julgamento de Turma, unanimemente, denegar a ordem impetrada, em consonância com o parecer da Procuradoria Geral de Justiça.

Trata-se de ação de *Habeas Corpus* manejado pelos causídicos Boris Trindade, Rodrigo Gonçalves Trindade e Alberto Trindade, em favor do paciente **EUDES TEIXEIRA DE CARVALHO JÚNIOR**, bastante qualificado nos autos, contra ato tido como coator do eminente Juiz de Direito da 3ª Vara Criminal da Comarca de Fortaleza, neste Estado, que recebeu a denúncia formulada pela representação ministerial contra o paciente, por crime de duplicata simulada, previsto no artigo 172, do Código

Penal Brasileiro, praticado em detrimento do BMC S/A, no desconto de duplicatas emitidas pela Empresa Tropical Ráfia Industria e Comércio S/A, da qual era Diretor, em mais de R\$ 118.000,00 (cento e dezoito mil reais), depois constatadas que eram “frias”, porque não estavam lastreadas em nenhuma relação comercial de compra e venda ou prestação de serviços, provocando a comunicação do fato à Delegacia Especializada de Defraudações e Falsificações do Ceará e, em etapa posterior, o oferecimento da delação ministerial e seu regular recebimento, com instauração da ação penal correspondente.

Aduziram os ilustres subscritores da impetração, como meio viabilizador do sucesso da pretensão externada, que o paciente está submetido a constrangimento ilegal de responsabilidade da ilustrada autoridade judiciária requerida, consistente no recebimento da denúncia por suposta prática do crime de duplicata simulada, mediante desconto e recebimento de valores, na ordem de dezoito mil reais, em duplicatas descontadas do Banco BMC S/A, posteriormente constatadas que eram frias, posto não corresponderem a nenhuma operação comercial ou prestação de serviços, delação ministerial acoimada de inepta, pois o fato narrado não se constitui crime, nem, tampouco, o paciente subscreveu os referidos títulos de crédito, pugnando pelo imediato trancamento da ação penal respectiva.

Acostaram a documentação probatória que conceberam relevante para a solução da impetração (fls. 10/23).

Comparecendo ao sítio mandamental, a ínclita autoridade requerida noticiou a situação e marcha do processo, acrescentando, ainda que recebeu a delação ministerial contra o paciente pela prática do delito noticiado, porque preenchia os requisitos legais, não se constatando nenhuma das hipóteses de rejeição previstas na legislação processual. Em face da não localização do paciente no endereço fornecido, decretou a suspensão do processo e a citação por edital, sendo expedidas várias precatórias a outras jurisdições, não obtendo êxito, até que finalmente, foi o paciente interrogado. Numa das tentativas

de citação, não houve consolidada a inquirição porque o paciente estava preso e recolhido ao COTEL, por força de decreto preventivo emanado do Juízo da 2ª Vara do Júri de Recife/PE, por crime de homicídio qualificado. Finalizou asseverando a existência de fortes e suficientes indícios de autoria e da materialidade, a serem esclarecidos na instrução processual (fls. 30/31).

A douta Procuradoria Geral da Justiça, instada a manifestação opinou pela denegação da ordem.

É o relatório.

O remédio heróico aforado pelos ilustres impetrantes não guarda foros de acolhimento, eis que adverso aos contornos legais e jurisprudenciais aplicáveis à matéria.

Com efeito, depois de provocação do Banco BMC S/A, à Delegacia de Defraudações e Falsificações de Fortaleza, contra o paciente, na qualidade de Diretor da Empresa Tropical Ráfia Indústria e Comércio S/A, com vista à instauração do inquérito policial pela prática do delito de duplicata simulada, consistente no desconto na ordem de cento e dezoito mil reais em duplicatas, posteriormente constatadas “frias”, porque não correspondiam a nenhuma operação comercial ou mesmo prestação de serviços, a delação ministerial restou devidamente recebida e instaurada a ação penal, pela prática do crime de duplicata simulada, presentes a materialidade e indícios veementes de autoria, não contemplando nenhuma das hipóteses legais de rejeição.

A impetração alinha apenas um fundamento básico, concebido pelos ilustrados impetrantes como apto a viabilizar o almejado trancamento da ação penal: a inépcia da denúncia, por não descrever, individualizando a conduta do acusado, sob pena de nulidade, tendo por conseqüência a alegada ausência de justa causa para instauração e desenvolvimento válido e eficaz da ação penal.

Os fatos apurados e a documentação instrutória acostada revelam indícios fortes da ação delituosa perpetrada pelo paciente (materialidade e indícios de autoria) e ainda, consoante notícia o judicante monocrático requerido, os maus

antecedentes criminais ostentados, com aprisionamento cautelar decorrente de ação penal por homicídio qualificado. A denúncia descreveu, embora sinteticamente, a conduta do paciente em cotejo com o tipo penal no qual incidiu, suficiente ao recebimento e instauração da ação penal correspondente (fls. 17/21).

Enfrentando argumento posto na exordial da impetração, não sobra amparo legal a coima de inépcia da denúncia e ausência de justa causa para seu recebimento, por não descrever, individualizando pormenorizadamente, a conduta do paciente no episódio consignado referente ao desconto indevido de mais de cento e dezoito mil reais do Banco BMC S/A, pela Empresa Tropical Ráfia Indústria e Comércio S/A, da qual era Diretor, em duplicatas posteriormente constatadas eivadas de ilegitimidade, por não corresponderem a nenhuma operação comercial ou prestação de serviços.

Muito ao contrário do asseverado pelos insignes impetrantes, a denúncia não é imprecisa, nem omissa, não dificultando a compreensão da acusação e a formulação precisa da defesa. Descreve os fatos, com base no investigatório policial promanado da Delegacia de Defraudações e Falsificações do Ceará, embora sinteticamente, apontando o envolvimento do paciente no ilícito penal, reafirmando pesada carga indiciária acerca do fato relacionado à persecução penal pelo crime de duplicata simulada, sendo bastante para validade e eficácia, instaurando a persecução penal.

Por isso mesmo a denúncia ofertada instauradora da ação penal não é imprecisa, vaga ou mesmo inepta como almejam os perlustrados impetrantes, de sorte que o paciente detém plena ciência dos fatos imputados e daquilo que irá se defender no decorrer da instrução criminal.

Noutra vertente, ainda palmilhando o singular argumento deduzido na impetração, para oferta, recebimento da denúncia e instauração da ação penal são suficientes a convicção da materialidade e da autoria (prova de existência do crime e indícios suficientes de autoria), que se configura na sistemática processual como a proposta acusatória, a ser comprovada, pela acusação, na instrução criminal, sujeita ao

contraditório e a ampla defesa, por imperativo constitucional.

Preenchendo, então, a denúncia a previsão legal do artigo 41, do Código de Processo Penal e não incidindo nenhuma das hipóteses de rejeição contidas no artigo 43, da Legislação de Ritos Penais, deve a peça acusatória ser recebida e instaurada a ação penal respectiva.

A prova coligida nos autos demonstra, de modo claro e evidente, a materialidade e veementes elementos de convicção quanto à autoria, asseverado pela autoridade requerida nas informações prestadas, bastantes ao seu regular recebimento da peça acusatória.

Evoluindo na linha dos argumentos, a jurisprudência pretoriana tem assentado, sob a supervisão do Excelso Supremo Tribunal Federal, acerca da matéria, que se considera idônea a peça acusatória que contenha a exposição clara e objetiva dos fatos tidos como delituosos:

“A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal considera juridicamente idônea a peça acusatória que contém exposição clara e objetiva dos fatos alegadamente delituosos, com narração de todos os elementos essenciais e circunstâncias que lhe são inerentes, permitindo, desse modo, àquele que sofre a acusação penal, o exercício pleno do direito de defesa assegurado pelo ordenamento constitucional” (JSTF 235/376).

“Denúncia que bem individualiza as condutas, expondo de forma pormenorizada o fato criminoso, preenchendo, assim, os requisitos do art. 41 do CPP. Ademais, não se declara inepta a denúncia se o seu teor permite o exercício do direito de defesa. O trancamento da ação penal, em habeas corpus, se apresenta como medida excepcional que só deve ser aplicada quando evidente a ausência de justa causa, o que não ocorre quando a denúncia descreve conduta que configura crime em tese. Não se admite

na via estreita do habeas corpus a análise aprofundada de fatos e provas” (STF, HC 86622-SP, Primeira Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 29.08.2006).

“A denúncia deve apresentar-se formal e materialmente correta. Identificar, ademais, o fato como crime. Satisfazer a legitimidade ativa e passiva. Remanesce o interesse de agir, ausente causa de extinção de punibilidade. Evidenciar, além disso, o mínimo fático para arrimar a pretensão do Ministério Público. Tais requisitos não se confundem com o ‘meritum causae’, isto é, se a imputação corresponde à verdade real. Justifica-se o processo, evidenciada a necessidade da instrução criminal” (STJ, RSTJ 74/128).

Nessa linha de desenvolvimento, a delatória impugnada descreveu os fatos imputados, demonstrando a presença dos requisitos insertos no artigo 41, ausentes as condições que ensejariam a sua rejeição, previstas no artigo 43, ambos do Código de Processo Penal, não se caracterizando como inepta, mas, sim, válida e eficaz para desencadear a ação penal pública.

Respeitante ao argumento constante da impetração, rotulada a ação penal como destituída de justa causa, como consequência natural de sua inépcia, não emerge aporte jurisprudencial para agasalho do tema.

É que a ausência de justa causa fundamenta-se na carência de provas (incluindo a indiciária) para sustentar a existência e manutenção da investigação policial ou do processo criminal, o que não se cuida, à toda evidência, na hipótese colacionada.

A jurisprudência tribunalícia ratifica o entendimento perfilhado:

“O processo de habeas corpus não comporta exame

aprofundado e interpretativo da prova, notadamente da prova testemunhal” (STF, RTJ 58/523).

“Em se tratando de habeas corpus só se reconhece a falta de justa causa para a ação penal, sob fundamento de divórcio entre a imputação fática contida na denúncia e os elementos de convicção que ela se apóia, quando a desconformidade entre a imputação feita ao acusado e os elementos que lhe servem de supedâneo for incontroversa, translúcida e evidente, revelando que acusação resulta de pura criação mental de seu autor” (STJ, RT 665/342).

“Em face da natureza sumária do habeas corpus, não é possível em seu âmbito o confronto e a valoração de provas” (RT 527/355).

Ademais, os autos noticiam a inequívoca presença do crime em tese, o que inviabiliza o remédio trancativo nos moldes recomendados pelos escólios pretorianos:

“O trancamento da ação penal por falta de justa causa, postulado na via estreita do habeas corpus, somente se viabiliza quando, pela mera exposição dos fatos na denúncia, se constata que há imputação de fato penalmente atípico ou que inexistente qualquer elemento indiciário demonstrativo da autoria pelo paciente” (STJ, RSTJ 94/353).

“Não cabe trancar-se ação penal, por ausência de justa causa, quando vislumbra-se na denúncia a prática do crime em tese” (STJ, RSTJ 95/405).

“Inadmissível o trancamento de ação penal por alegada ausência de justa causa, quando a denúncia descreve, com todos os elementos indispensáveis, a existência do crime em tese, exigindo a

conveniente apuração através do regular contraditório. Precedentes jurisprudenciais”.(STJ, RSTJ 111/291).

Assim sendo, não concretizado o alegado constrangimento ilegal imposto ao paciente, deve a ordem ser indeferida.

Isto posto, denega-se a ordem requerida nos termos do parecer da douta Procuradoria Geral da Justiça.

Fortaleza, 20 de agosto de 2007.

DESAFORAMENTO

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

PROCESSADO DE DESAFORAMENTO Nº 2002.0003.3584-0/1 – Amontada-CE

REQUERENTE: Ministério Público

REQUERIDOS: Jairo Antônio de Sousa, Messias Gonçalves de Sousa, José Inaldo Gomes, Pedro de Sousa Neto, Raimundo Marques Freitas, Elizeu Serafim de Sousa, Geraldo Guilherme Gonçalves, Aldenor Marques de Alexandre, Afonso Serafim de Sousa, José Serafim de Sousa.

RELATOR: DES. JOÃO BYRON DE FIGUEIRÊDO FROTA

EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO. DESAFORAMENTO. EXISTÊNCIA DE INTERESSE DA ORDEM PÚBLICA. DÚVIDA SOBRE IMPARCIALIDADE DOS JURADOS. DEFERIMENTO.

I – Havendo interesse da ordem pública em alcançar a paz e a tranqüilidade necessárias ao julgamento do pronunciado, restando elementos concretos que indiquem o comprometimento desta tranqüilidade, mormente diante da infra-estrutura para o julgamento e da dúvida sobre a imparcialidade dos jurados, deve ser deferido o pedido de desaforamento. Dúvida sobre a imparcialidade dos jurados caracterizada.

(STF: “(...) Para se caracterizar a dúvida sobre a imparcialidade do júri não se exige a certeza, basta a previsão de índicos capazes de produzir receio fundado da mesma” - RT 603/436).

II – Necessidade de se deslocar a sede do julgamento para a Comarca de Fortaleza, a fim de se assegurar o desenvolvimento normal dos atos processuais do Júri.

III – Pedido de desaforamento deferido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Processado de Desaforamento Nº 2002.0003.3584-0/1 da Comarca de **Amontada/Ce**, em que é requerente **Ministério Público** e requeridos **Jairo Antônio de Sousa, Messias Gonçalves de Sousa, José Inaldo Gomes, Pedro de Sousa Neto, Raimundo Marques Freitas, Elizeu Serafim de Sousa, Geraldo Guilherme Gonçalves, Aldenor Marques de Alexandre, Afonso Serafim de Sousa, José Serafim de Sousa.**

ACORDAM as Câmaras Criminais Reunidas do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade de votos, em deferir o pedido de desaforamento, para a Comarca de Fortaleza, em consonância com o parecer da Procuradoria Geral de Justiça, e nos termos do voto do Eminentíssimo Desembargador Relator.

Jairo Antônio de Sousa, Messias Gonçalves de Sousa, José Inaldo Gomes, Pedro de Sousa Neto, Raimundo Marques Freitas, Elizeu Serafim de Sousa, Geraldo Guilherme Gonçalves, Aldenor Marques de Alexandre, Afonso Serafim de Sousa e José Serafim de Sousa, já devidamente qualificados nos autos em epígrafe, foram pronunciados por delito cometido contra **Eliezer Vidal de Negreiros**, capitulado no art. 121, §2º, inciso IV, do Código Penal.

O crime hediondo *sub judice* teve como vítima um vigia de um terreno de propriedade do Sr. Mário Toniatti, na comunidade de Barra das Moitas, na comarca de Amontada, tendo os réus – integrantes do “Movimento dos Sem Terra” (MST) – invadido, violentamente, o citado imóvel e assassinado a pauladas, facadas, machadadas e através de arma de fogo a indefesa vítima, covardia esta que causou grande comoção no mencionado município, conforme denúncia-crime (fls. 29/31).

Submetidos ao devido processo legal, fundado no contraditório e na ampla defesa, os acusados foram pronunciados a julgamento no Tribunal Popular do Júri da citada comarca. Interposto recurso crime em sentido estrito, a 1ª Câmara Criminal desta Corte de Justiça negou provimento ao recurso, por

unanimidade, em julgamento no dia 10 de abril de 2001.

A Ilustre Promotora de Justiça da Comarca de Amontada, no entanto, ao vislumbrar a aproximação da data de julgamento, e por entender haver motivos plausíveis de dúvidas sobre a imparcialidade dos jurados, bem como por razões de ordem pública, requereu o desaforamento do julgamento dos aludidos réus daquela comarca para a comarca da Capital (fls. 02/09). Aduz, em suma, que o julgamento dos dez réus – integrantes do MST – pode afetar a paz e a tranqüilidade social, influndo na segurança e regularidade do julgamento. Some-se a isto o fato de que a comarca em questão não dispõe de condições físicas suficientes para albergar um julgamento de tal porte e nem de policiamento satisfatório para manter a segurança no local.

Instados a se manifestar, os pronunciados requereram o indeferimento do pleito ministerial, a fim de que fossem julgados por seus pares na Comarca de Amontada, por entenderem não haver qualquer imparcialidade do corpo de jurados e por inexistirem as alegadas inadequações nas instalações físicas do prédio do fórum local para receber o julgamento do Tribunal Popular do Júri (fls. 210/212).

O MM. Juiz *a quo* oficiante naquela Comarca, por sua vez, manifestou-se favorável ao pleito ministerial, asseverando que o Município de Amontada só possui 7 (sete) policiais e apenas uma viatura. Aduz, ainda, que um julgamento que envolve interesses do MST (movimento social com interesse e repercussão nacional) não “seria de bom alvitre ser realizado em Amontada”, pois a estrutura local não permite, dispondo apenas de um oficial de justiça, um servidor e um salão de júri não satisfatório para a envergadura do julgamento. Por fim, afirma que diante da conotação política do julgamento, os jurados daquela pequena cidade ficam mais expostos às pressões de todas as ordens (fls. 221/222).

Com vista dos autos, a douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo deferimento do pedido, deslocando-se o julgamento do réu para a Comarca de Fortaleza, corroborando os fundamentos já expostos (fls. 235/237).

É o relatório.

Da análise aprofundada dos argumentos fáticos e jurídicos suscitados, entendo merecer acolhida o presente pedido de desaforamento feito pela Ilustre Representante do *Parquet* na Comarca de Amontada.

De acordo com o exposto nos autos, o julgamento em apreço oferece riscos à ordem pública, mormente em face da envergadura e relevância do mesmo numa comarca de pequeno porte. O processo envolve 10 (dez) acusados, todos integrantes do Movimento dos Sem-Terra (fenômeno social brasileiro de grande relevância e interesse nacional), que desperta interesses não apenas na comunidade local – por se tratar de um crime de homicídio –, mas também por envolver questões relativas a conflitos de terras.

O crime em questão foi cometido por invasores pertencentes ao MST, quando estes tentavam se apossar de um imóvel de propriedade alheia, sendo o vigia daquele local a vítima de tão bárbaro e violento delito, quando apenas cumpria a sua função. Vale ressaltar, inclusive, que já houve inúmeras manifestações promovidas pelo MST, em defesa dos réus, que inibiram e assustaram a população local, conforme noticiam os autos.

Desta feita, resta claro que a população de uma pequena cidade, como a de Amontada, pode sofrer facilmente pressões e quaisquer tipos de influência com certa facilidade, mormente diante de um movimento social com interesse e repercussão internacional. A dúvida sobre a imparcialidade do corpo de jurados, *in casu*, revela-se patente.

Embora o desaforamento constitua causa derogatória da competência territorial “*ratione loci*” do Júri, revestindo-se de caráter de excepcionalidade, cujas causas encontram-se elencadas no art. 424 do Código de Processo Penal, existem situações excepcionais em que ele se impõe: **uma delas é a dúvida sobre a imparcialidade do júri, justamente o caso dos autos.**

Sobre a questão do desaforamento por interesse da ordem pública, Julio Fabbrini Mirabete assevera:

“É possível também o desaforamento quando houver dúvida sobre a imparcialidade do júri, sendo esta fundamental para o julgamento. Estará ela comprometida quando o crime, apaixonando a opinião pública, gera no meio social animosidade, antipatia ou ódio ao réu provocados ou exacerbados inclusive pelos meios de comunicação. De outro, pode o réu ou sua família exercer grande influência econômica ou política sobre a comunidade, abalando a imparcialidade dos jurados”. (grifo nosso). (*Código de Processo Penal Interpretado*. 11ª ed. São Paulo : Atlas, 2004, p.1147).

Oportuno lembrar que, fundamentalmente, a opinião do Juiz de Direito, a quem está afeta a presidência do Júri, “é de ser admitida como elemento de convicção do mais alto valor” (RT 512/37 e 498/345), pois ninguém melhor do que ele “para sentir e dizer com isenção da conveniência da medida, que só excepcionalmente é permitida, em atenção ao interesse público” (STF - HC - Rel. Rafael Mayer - RT 592/409).

A jurisprudência pátria tem admitido o processado de desaforamento quando se demonstra a ocorrência dúvida sobre a imparcialidade dos jurados, senão vejamos:

STF: “(...) Para se caracterizar a dúvida sobre a imparcialidade do júri não se exige a certeza, basta a previsão de índices capazes de produzir receio fundado da mesma”. (RT 603/436)

EMENTA: DESAFORAMENTO. NORMAS. O desaforamento arrima-se em três causas: a) interesse da ordem pública; b) **dúvida sobre a imparcialidade do júri**; c) dúvida sobre a segurança pessoal do réu. Busca-se julgamento imparcial,

preocupação constante do Judiciário. (grifamos) (STJ - Rec. Esp. 168.461 - ES - J. em 25.08.1998 - D.J. 26.10.1998 - Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro)

EMENTA: JURI - DESAFORAMENTO - DESIGNACAO INICIAL DE COMARCA VIZINHA - SUBSISTENCIA DOS MOTIVOS QUE ENSEJARAM O PRIMEIRO PEDIDO - DESLOCAMENTO PARA OUTRA COMARCA, EMBORA MAIS DISTANTE, **MAS COM CONDICÕES DE ASSEGURAR A ORDEM PÚBLICA E UM JULGAMENTO SERENO E IMPARCIAL - INTELIGENCIA DO ART. 424 DO CPP - DEFERIMENTO DO PEDIDO.** (grifamos) (TJPR, 2ª Câ. Crim., Rel. Leonardo Lustosa, Proc. nº 163593200, vot. unânime, julg. em 23.12.2004).

EMENTA: JURI - DESAFORAMENTO - **DÚVIDA SOBRE A IMPARCIALIDADE DOS JURADOS - INTERESSE DA ORDEM PÚBLICA - INCIDENTE QUE SE REVELA NECESSÁRIO PARA ASSEGURAR A ISENÇÃO DO JULGAMENTO - DEFERIMENTO.** **Se há dúvida sobre a imparcialidade do júri e existindo indício que lhe dá fundamento, justifica-se o desaforamento.** Impõe-se, também, a medida se, dado o comportamento dos familiares do réu, existir a previsão de que ocorrerá dificuldade no desenvolvimento normal dos trabalhos do júri. (TJPR, 2ª Câ. Crim., Rel. Carlos Hoffmann, Proc. nº 54487800, julg. em 27.02.1997).

Da leitura dos citados escólios, resta clara a necessidade de deferimento do pedido de desaforamento *in casu*, pois o crime a ser julgado gerou clamor público na comunidade de Amontada, devendo, por esta razão, o Poder Judiciário buscar sempre a paz e a tranqüilidade dos trabalhos e atos processuais de seus pares, principalmente nas comarcas do interior do

Estado.

Outro ponto que merece relevo é o interesse da ordem pública. Neste tocante, a opinião do magistrado *a quo* é essencial, pois ele é quem trabalha e conhece o fórum. Principalmente o magistrado tem noção da realidade, das condições físicas para o andamento processual, para o salão do júri e, por fim, para o julgamento.

Ademais, de suma importância, também as informações relativas à segurança pública, tão necessária para desempenhar a proteção da população, dos atos processuais e do espaço e bens públicos. Conforme relata o magistrado, não há naquele município força policial suficiente e necessária para garantir a tranqüilidade e paz social no julgamento popular dos acusados.

A jurisprudência já mencionada no presente voto também corrobora os argumentos ora expostos sobre a necessidade de desaforamento de julgamento de processos do Tribunal do Júri, quando existirem interesses de ordem pública, tal como o dos presentes fólhos.

Desta feita, voto no sentido de que os autos em tela devam ser desaforados da Comarca de Amontada e remetidos para a Comarca de Fortaleza, comungando assim com o parecer exarado pela douta Procuradoria Geral de Justiça.

Fortaleza, 29 de agosto de 2007.

REVISÃO CRIMINAL

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

**REVISÃO CRIMINAL Nº 2005.0014.8472-0/0, DE FORTALEZA
REQUERENTE: MARCOS ANTÔNIO NOGUEIRA PEREIRA
REQUERIDA: JUSTIÇA PÚBLICA
RELATOR: DES. FRANCISCO HAROLDO RODRIGUES DE
ALBUQUERQUE**

EMENTA: REVISÃO CRIMINAL – ROUBO. A revisão criminal somente é admitida nos casos taxativamente enumerados no art. 621 do Código de Processo Penal. Saliente-se ser impossível a desconstituição da sentença que se pretende revisar, tendo em vista que houve crime e seu autor foi condenado, embora erroneamente identificado. É de geral sabedoria que a revisão criminal não admite dilação probatória, em razão das características de procedimento. Embora existam nos autos principais indícios de ter havido erro quanto à identidade do verdadeiro autor do crime, que, possivelmente, utilizou-se do documento de identidade do requerente, não há prova suficiente para excluir o peticionante da relação processual, pelo que não deve ser conhecido o pedido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de revisão criminal, acordam as Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em julgamento de Turma, não conhecer do pedido, por ter sido deficientemente instruído, nos termos do voto do relator.

Cogita-se de revisão criminal ajuizada pelo réu, de sentença da 18ª Vara Criminal de Fortaleza, transitada em julgado em 19/02/2002, que o condenou à pena de seis anos, dois meses e sete dias de reclusão, em regime inicialmente fechado, além

de multa.

Alega o requerente que, apesar de ter sido processado e julgado por crime de roubo, não é o autor do crime que lhe é imputado, tendo em vista que foi cometido por outra pessoa, presa com sua identidade, adulterada no que diz respeito à data de nascimento e a fotografia.

Aduziu que uma série de informações prestadas pela pessoa que foi presa em flagrante como sendo o requerente, não coincidem com seus dados pessoais, tais como a idade, assinatura, profissão, endereço, e o nome da mulher com quem vive, além das fotos colhidas no dia do crime (fls. 42/45).

Ao final, requereu fosse julgada procedente a revisão criminal, ante o erro judiciário cometido.

Submetido os autos à apreciação da Procuradoria Geral de Justiça (fls. 39/40), esta entendeu que, se na verdade há caso de homonímia, o caminho é a justificação, para provar o alegado, não se podendo adotar a revisional como sucedâneo de apelação, pelo que opinou pelo indeferimento da súplica.

É o relatório.

Consoante disciplina o art. 621 do Código de Processo Penal, a revisão dos processos findos somente será admitida nos casos que enuncia, taxativamente, que são os seguintes:

- I - quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos;
- II - quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos;
- III - quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena.

No caso concreto, como visto, o requerente afirma que o acusado, usando sua identidade, adulterada, passou-se por ele, estando foragido. Enquadrar-se-ia ele na hipótese do

acima transcrito inciso II, vez que a sentença condenatória teria se fundamentado em documento falso, no caso, a identidade apresentada pelo verdadeiro autor, quando de sua prisão, após o cometimento do delito, para condenar pessoa diversa, ou seja, ele promovente.

De fato, comparando-se os dados pessoais fornecidos pelo requerente, com sua fotografia atual, carteira de identidade, onde consta assinatura diversa da contida na identidade fornecida quando da sobredita prisão e outros elementos que o identificam, há indícios de que se trata de outra pessoa.

No entanto, somente com uma justificação judicial, com a realização de perícia grafotécnica e verificação das impressões digitais, poder-se-á provar, extreme de dúvida, a veracidade de suas alegações, pelo que se considera deficiente a prova apresentada.

Daí concluir-se que, sem referidos exames periciais não há como decretar-se a nulidade da sentença, como pretende o requerente, posto que foi condenado o verdadeiro autor do crime, embora ainda não identificado. A revisão terá por fim reformar a sentença apenas para excluir o nome do requerente da relação processual. Em caso similar, o TRF da 5ª região, considerou parte ilegítima o requerente e expediu *habeas corpus*, de ofício, em que concedeu salvo-conduto à pessoa civilmente identificada, que provou não ser ela quem se apresentou com o mesmo nome durante toda a ação penal, como se transcreve:

**PROCESSO PENAL–REVISÃO CRIMINAL
REQUERIDA POR ADVOGADO EM BENEFÍCIO
DE INDIVÍDUO ALHEIO AO PROCESSO –
ILEGITIMIDADE ATIVA – ACUSADO
PROCESSADO SOB NOME FALSO – AUSÊNCIA
DE ERRO SOBRE A PESSOA DO RÉU –
CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO
EM FAVOR DE PESSOA, CUJO NOME FOI
USADO – Condenação do verdadeiro autor do
crime, ainda não civilmente identificado, que**

participou de todos os atos processuais, utilizando indevidamente o nome de outrem. - O equívoco quanto ao nome do acusado em face do uso indevido do nome alheio pelo réu não acarreta a nulidade da condenação quando esta incide sobre o verdadeiro autor do crime, podendo a retificação quanto ao nome ser feita a qualquer tempo - Art. 259 do CPP. - Pedido de revisão criminal formulada pelo defensor dativo do verdadeiro autor do crime em favor daquele que tem o seu nome indevidamente utilizado pelo criminoso. Ilegitimidade ativa. Inteligência do art. 623 do CPP. - Concessão de habeas corpus de ofício para determinar a expedição de salvo-conduto em favor da pessoa que provou ser civilmente identificada como Elizeu Pereira Duda, sob o fundamento de não ser ele quem se apresentou com o mesmo nome durante toda a ação penal. (TRF 5ª R. – RVCR 2003.05.00.016030-4 – (32) – PB – TP – Rel. p/o Ac. Des. Fed. Ridalvo Costa – DJU 13.09.2005 – p. 456)

É de curial sabença que a revisão criminal não admite dilação probatória, motivo pelo qual deveria o postulante ter apresentado prova pré-constituída para demonstrar a veracidade de suas alegações, providência essa que o mesmo, no entanto, não se desincumbiu.

Segundo leciona Mirabete, *in* Processo Penal, pág. 673, não há, pela lei processual, possibilidade de se converter o julgamento da revisão criminal em diligência, em razão das características dessa ação.

Assim, encontrando-se o pedido insuficientemente instruído e dependendo o seu julgamento de prova que não veio instruindo a inicial, não deve ser conhecido. Sobre a matéria, convém colacionar os subsídios jurisprudenciais que se seguem:

**REVISÃO CRIMINAL – SENTENÇA
CONDENATÓRIA – ART. 12 DA LEI 6.368/76 –**

*SENTENÇA QUE SE BASEOU EM UMA DAS VERSÕES PROBATÓRIAS DOS AUTOS – PROVA – ÔNUS DO REVISIONANDO – PEDIDO INDEFERIDO – UNANIMIDADE – I - Só é cabível a via revisional, se a sentença impugnada não se apóia em nenhuma prova existente no processo que se divorcia de todos os elementos probatórios, ou seja, que tenha sido proferida em aberta afronta a tais elementos do processo. II - **Em sede de revisão criminal, o ônus da prova incumbe ao requerente, competindo-lhe o dever de destruir a presunção de veracidade e de certeza que decorre da sentença penal condenatória transitada em julgado.** III - Estando a sentença condenatória impugnada lastreada em conteúdo probatório coerente e seguro, impõe-se o indeferimento do pedido revisional. (TJES – RvCr 100040003012 – C.Crim.Reun. – Rel. Des. Alemer Ferraz Moulin – J. 06.10.2004)*

*REVISÃO CRIMINAL – ÔNUS DA PROVA – **Em ação revisional não tem lugar o princípio do in dubio pro reo. No reduto desta cabe ao revisionando demonstrar de maneira inequívoca e convincente o erro da decisão condenatória hostilizada.** Se o MM a quo em decisão fundamentada, sem incidência de limitações de ordem geral ou de cunho especial e com estribo em segmento do conjunto probatório, optou pela condenação, não pode haver alteração desta pela simples alegação de insuficiência de provas. Em revisão criminal indaga-se somente se os autos verdadeiramente espelharam uma realidade diante da qual a condenação não possa substituir, ou por desgarrada de todos os elementos probatórios, ou por contrariar o texto da lei, ou ainda se estiver*

estribada em prova falsa. Ausente o erro judiciário, a revisão é improcedente. (TJBA – RvCr 5.957-6/2002 – (52968) – C.Crim.Reun. – Rel. Des. Mário Alberto Hirs – J. 18.05.2005).

*REVISÃO CRIMINAL– ESTELIONATO – “CONTO DO BILHETE PREMIADO”. – PRESCINDIBILIDADE DE PERÍCIA NOS BILHETES DE LOTERIA – LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO DO JUIZ – EXCESSO DE PRAZO NA CONCLUSÃO DO INQUÉRITO – MATÉRIA PRECLUSA – RÉU REVEL, REGULARIDADE NA CITAÇÃO EDITALÍCIA E DEFESA APRESENTADA – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA – RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO – AUSÊNCIA DE JUNTADA DA FOTO DO RÉU AOS AUTOS – IRRELEVÂNCIA – AÇÃO REVISIONAL IMPROCEDENTE – I. A juíza não está obrigada a determinar a realização de perícia, quando, no caso concreto, entender ser desnecessária, entendendo-se satisfatoriamente convencida por outros elementos de prova da materialidade do delito. II. “É firme o entendimento jurisprudencial no sentido de que o reconhecimento fotográfico, como meio de prova, é plenamente apto para a identificação do réu e fixação da autoria delituosa, desde que corroborado por outros elementos idôneos de convicção”. (HC 22907/SP. DJ DATA: 04/08/2003 PG: 00337. Relator Min. FÉLIX FISCHER) III. **Tratando-se de ação revisional, inverte-se o ônus da prova, sendo que, não restou demonstrada a inocência do requerente e nem foram apresentados elementos que desfaçam o fundamento da condenação.** (TAPR – RC 0259626-9 – (220776) – Curitiba – 2º G.C.Crim. – Rel. Juiz Lidio J. R. de Macedo – DJPR 12.11.2004).*

*REVISÃO CRIMINAL – CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO – DIFERENÇA DE RECURSO DE APELAÇÃO – CONVERSAS TELEFÔNICAS – GRAVAÇÃO – PROVA ILÍCITA – SENTENÇA CONDENATÓRIA – PRESSUPOSTOS DA REVISÃO - INVERSÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO – DECISÃO INJUSTA – MAJORANTE § 1º DO ARTIGO 317 – INEXISTÊNCIA – PARCIAL PROCEDÊNCIA – PERDA DO CARGO PÚBLICO – Os critérios da revisão são diversos da apelação porque para rescindir a coisa julgada, somente quando a decisão afronte a evidência dos autos, a Lei expressa ou contenha vício insanável. O acórdão proferido em recurso de apelação, julgado pela segunda instância, é substitutivo da sentença, já o decorrente de revisão é constitutivo se procedente. 2. Condenação embasada no depoimento da vítima (direta) de que houve solicitação de pagamento de um churrasco. Para deixar de remeter inquérito policial por estelionato ao judiciário, embora não seja prova volumosa, dentro do livre convencimento do juiz ([artigo 157 do CPP](#)), suficiente para a convicção condenatória, por incurso no [artigo 317 do CP](#). Somente em apelação poderiam os julgadores de segunda instância examinar os elementos de prova e substituir a sentença, até absolvendo por insuficiência de provas. 3. **Em revisão, invertem-se os parâmetros de julgamento, em razão da coisa julgada, sendo ônus do réu provar com novos elementos ou saciedade que a sentença condenatória afrontou a evidencia dos autos.** 4. Improvado que o réu deixou de dar andamento ao inquérito policial, só encaminhando, após a denúncia, é destituída de fundamento nos autos e contraditória, sendo excluída a parcela de aumento na*

condenação. 5. Perda do cargo público é efeito extrapenal da sentença condenatória; desnecessário seja requerido pelo promotor de justiça na inicial. Não é automático e deve estar fundamentado; sua exclusão só é possível em apreciação via recurso, e não na revisão criminal. 6. Parcial procedência para excluir a majorante do [§ 1º do artigo 317. do CP](#), readequando a pena. (TJRS – REV 70006257380 – 2º G.C.Crim. – Relª Desª Elba Aparecida Nicolli Bastos – J. 12.12.2003)

Por todo o exposto, por se encontrar insuficientemente instruído, não há de se conhecer do pedido de revisão criminal sob enfoque.

É como voto.

Fortaleza, 29 de novembro de 2006.

ÍNDICE ALFABÉTICO REMISSIVO

MATÉRIA CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL

Ação cautelar de exibição de documentos proposta por condômino em desfavor do condomínio – citação na pessoa do síndico – inexistência de nulidade.....197.

Ação reivindicatória – comprovação da propriedade – possuidor não proprietário – procedência.....110/111.

Alienação fiduciária – ação de busca e apreensão – discussão acerca das cláusulas contratuais – possibilidade – anatocismo – aplicabilidade na espécie – cumulação indevida de comissão de permanência – descaracterização da mora.....176.

Contrato de plano de saúde – rescisão unilateral – ausência de prova da notificação – dano moral.....90.

Contribuição previdenciária – requisitos para concessão da aposentadoria implementados – inadmissibilidade – emenda constitucional nº 20/1998 – aplicação.....97/98.

Embargos de terceiros – decisão além dos limites da lide – penhora sobre imóvel – contrato de promessa de compra e venda – ausência de registro – fraude à execução – inocorrência.....145/146.

Execução – alegações de ilegitimidade passiva *ad causam*, nulidade do aditamento à inicial e falta de interesse de agir – inexistência – excesso de penhora – atingimento de bem de família obrigatório – impossibilidade.....126/127.

Iluminação pública – serviço inespecífico, não mensurável, indivisível e insuscetível de determinação do contribuinte – cobrança de taxa – impossibilidade – inconstitucionalidade – aplicação da súmula nº 670 do STF.162/163.

Imunidade tributária – instituição sem fins lucrativos – imóvel encravado nos fundos da sede – indemonstração de relação com objetivos da instituição – incidência de IPTU.....87.

Instituição de ensino – prestação de serviços educacionais – relação sinalagmática e interdependente – título executivo extrajudicial – ausência de prova do cumprimento da obrigação – vício sanável.....131/132.

Interdição – comprovada incapacidade por enfermidade mental – nomeação de curador sem parentesco com a interditanda – prevalência dos interesses do incapaz.....121/122.

Mandado de segurança – policial militar – promoção por antigüidade – ressarcimento por preterição – prova pré-constituída – inexistência – impossibilidade de aferição – matéria fática.....139/140.

Pensão – ação de revisão – ajuizamento posterior a outra demanda – idêntico pedido, partes e causa de pedir – litispendência caracterizada – extinção do processo, sem análise do mérito.....116/117.

Responsabilidade civil – cliente lesionado no interior de estabelecimento comercial – falta de manutenção de suas instalações – responsabilidade objetiva – culpa exclusiva da vítima – inexistência – dever de indenizar.....169/170.

Servidor público – estabilidade extraordinária conferida pelo art. 19 da ADCT da Constituição de 1988 – gratificação de função – incorporação – impossibilidade.....104.

Servidor público – remoção *ex officio* – possibilidade desde que haja interesse público e motivação do ato – demonstração dos critérios que a justificam em concreto – ausência – declaração de nulidade do ato.....188/189.

AGRAVO DE INSTRUMENTO

Contrato de financiamento – ação revisional – não demonstração de existência de parte incontroversa – inscrição do nome do devedor nos cadastros de restrição ao crédito - impossibilidade.....205.

Eleição de dirigente de escola estadual – lei estadual nº 13.513/04 – inaplicabilidade – cargo em comissão - preenchimento – prerrogativa do governador do Estado – precedentes do STF.....211.

Estabelecimento hospitalar – responsabilidade civil objetiva pelos serviços prestados a seus pacientes – dano e nexa causal comprovados – dever de indenizar.....221.

HABEAS CORPUS

Pensão alimentícia – simples alegativa de incapacidade econômica do alimentante perante o Tribunal – via inábil para exame de matéria concernente a fatos e provas – denegação da ordem.....229.

MANDADO DE SEGURANÇA

Proventos de aposentadoria e pensão por morte – desconto previdenciário – possibilidade – infringência ao direito adquirido e a irredutibilidade vencimental – incoerência – entendimento do STF.....252/253.

Servidor público – militar – inscrição em curso de formação de oficiais da polícia militar – limite de idade – livre acesso aos cargos públicos – razoabilidade e proporcionalidade – legalidade – concessão.....260.

Servidor público – vencimentos – majoração – revisão geral de remuneração – inexistência – denegação.....235.

Servidor público aposentado – atualização da gratificação pessoal incorporada aos proventos – precedentes – concessão.....244/245.

AÇÃO RESCISÓRIA

Acidente de veículo – reparação de danos – ausência de apresentação de contestação na audiência – maltrato ao contraditório e à ampla defesa – incurrência.....269.

MATÉRIA CRIMINAL

APELAÇÃO CRIME

Acidente de trânsito – atropelamento fatal – imprudência - responsabilidade comprovada pela confissão.....324/325.

Furto – reforma da sentença para reclassificação da conduta delitiva como roubo – simulação de arma de fogo289/290.

Furto qualificado – concurso de agentes – segundo agente envolvido não identificado – atuação confirmada por depoimento testemunhal – desclassificação para furto simples – impossibilidade307.

Homicídio privilegiado – relevante valor moral – ciúme e inveja – conduta reprovável incoadunável com a espécie – decisão contrária manifestamente às provas dos autos – sentença anulada.....322/323.

Homicídio qualificado duplamente – condenação – cumprimento da pena em regime integralmente fechado – transmutação para regime inicialmente fechado – *novatio legis in melius* – lei nº 11.464/2007.....285/286.

Infanticídio – preliminares de violação ao princípio do promotor natural e excesso de acusação – rejeição – quesitação de agravantes não contidas na pronúncia – possibilidade quando seu conhecimento resulta dos debates.....309/310.

Provocação de incêndio – negativa de autoria – sentença absolutória do denunciado com suporte no Art. 386, VI, do CPP – *in dúbio pro reo* -328.

Roubo – conjunto probatório manifesto nos autos – sentença condenatória – reincidência – inexistência – modificação do regime inicial de cumprimento da pena para o semi-aberto.296/297.

Tentativa de homicídio – júri – desclassificação para lesão corporal – decisão manifestamente contrária à prova dos autos – ocorrência – decisão anulada.....279.

Tribunal do júri – crimes dolosos contra a vida – decisão contrária à prova dos autos – inoocorrência –legítima defesa putativa – desacolhimento302.

HABEAS CORPUS

Conflito aparente de normas – princípio da consunção – súmula 17/STJ – falta de justa causa – pagamento antes do recebimento da denúncia – súmula 554/STF.....337.

Crime de duplicata simulada – maus antecedentes – ação penal por homicídio qualificado – recebimento da denúncia – alegação de inépcia por não individualização da conduta do agente – ausência de justa causa – trancamento da ação penal – inviabilidade.....374/375.

Denúncia – crime contra a ordem tributária – habeas corpus preventivo – alegação de ausência de justa causa – requisitos do Art. 41 do CPP atendidos – impossibilidade de trancamento da ação.....355/356.

Porte ilegal de arma de fogo – liberdade provisória – estatuto do desarmamento – inconstitucionalidades – constrangimento ilegal caracterizado.....362.

Prisão em flagrante – crime hediondo – condenação – apelação – desídia do Ministério Público no contra-arrazoar – ordem de soltura para que aguarde em liberdade o desfecho do recurso – paciente primário, de bons antecedentes e ocupação no distrito da culpa346.

Prisão preventiva – constrangimento ilegal – não configuração – reiteração de pedido – pronúncia – excesso de prazo superado.....349/350.

Prisão preventiva – constrangimento ilegal por excesso de prazo – caracterização.....367.

Prisão preventiva – denúncia recebida e paciente interrogado – boa fundamentação – garantia da ordem pública – inexistência de excesso de prazo para o encerramento da fase inquisitorial.....342/343.

DESAFORAMENTO

Homicídio – desaforamento – existência de interesse da ordem pública – dúvida sobre imparcialidade dos jurados – deferimento.....385/386.

REVISÃO CRIMINAL

Roubo – revisão criminal – admissibilidade somente nos casos taxativos enumerados no Art. 621 do CPP – existência do crime e seu autor foi condenado – não conhecimento do pedido por insuficiência de instrução.....395.