



**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 27.2008

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-Cambeba  
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 - 3/2 14*

*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)

## APRESENTAÇÃO

A Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça, em seu Volume 27, o segundo do ano de 2008, que ora é editado, apresenta-se mais robusta e mais rica, por conter, em suas 533 páginas, o pensamento de quase todos os seus julgadores, em seus diversos órgãos (Pleno e Câmaras Cíveis e Criminais, isoladas e reunidas), pondo-se, assim, em prática a orientação da Comissão de Jurisprudência e Biblioteca, no sentido de que em cada nova edição haja a participação de todos os membros da Corte, não se podendo desprezar a oportunidade oferecida pelo Tribunal para divulgação daquelas decisões que cada um entenda deva ser destacada entre muitas que são produzidas no seu contínuo e profícuo labor judicante.

A Comissão pretende ampliar ainda mais a Revista de Jurisprudência, que bem poderia ser denominada de Revista de Jurisprudência e Doutrina, dando oportunidade aos nossos magistrados de 1ª Instância, com o inserimento em seus próximos números, de um trabalho de sua autoria, por entrância, preferencialmente, na área da prestação jurisdicional, que serão escolhidos dentre aqueles que lhe sejam encaminhados, e, dentro do possível, de um ou dois trabalhos doutrinários de autoria de Desembargadores, seus Assessores ou de outros operadores do Direito, tudo isso com o pensamento de torná-la cada vez mais culta e prestigiada por todos aqueles que atuam no campo jurídico.

Nesta edição, a Comissão achou por bem homenagear dois servidores do Tribunal, os Drs. João Alberto Mendes Bezerra Júnior, e Herisberto e Silva Furtado Caldas, analistas judiciário, recentemente aprovados no V Concurso Público da Magistratura, com vista ao provimento do cargo de Juiz Substituto do Poder Judiciário do Estado de Tocantins.

No ensejo, a Comissão agradece a participação de nossos Desembargadores e a indispensável colaboração do Presidente de nosso Tribunal de Justiça, Des. Fernando Luiz Ximenes Rocha, em tornar possível a publicação deste novo e substancial volume de nossa Revista de Jurisprudência.

Fortaleza, agosto de 2008.

**Des. João de Deus Barros Bringel**  
**Presidente da Comissão de Jurisprudência e Biblioteca**

# PODER JUDICIÁRIO

## TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ

### *Sumário*

Apresentação .....	3
Composição do Tribunal Pleno .....	7
Relatores .....	9

### *Doutrinas*

A Privação de liberdade no direito internacional dos direitos humanos - **João Alberto Mendes Bezerra Junior** - Bacharelado pela Universidade Federal do Estado do Ceará – UFC, Analista Judiciário de Entrância Especial – TJCE, Aprovado no V Concurso Público da Magistratura, para o cargo de Juiz Substituto do Poder Judiciário do Estado do Tocantins ..... 13

Aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro: Conflito com o direito interno - **Herisberto e Silva Furtado Caldas**, Analista Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da UNIVERSIDADE REGIONAL DO CARIRI-URCA, aprovado no V Concurso Público da Magistratura, destinado ao provimento do cargo de Juiz Substituto do Poder Judiciário do Estado de Tocantins ..... 51

### *Jurisprudência Cível*

Apelações Cíveis .....	87/222
Agravos de Instrumento .....	225/247
Habeas Corpus Cível .....	251/260
Mandado de Segurança .....	263/299
Ação Recisória .....	303/318
Ação Direta .....	321/338
Cautelar Incidental Inominada .....	331/342
Exceção de Suspeição .....	345/349

### *Jurisprudência Criminal*

Apelações Crime .....	355/451
Habeas Corpus Crime .....	455/514
Revisão Criminal .....	517/525

*Índice Alfabético Remissivo* ..... 526/533



**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<sup>a</sup>. Huguette Braquehais*

*Des. Rômulo Moreira de Deus*

*Des. José Cláudio Nogueira Carneiro*

*Des<sup>a</sup>. Gizela Nunes da Costa*

*Des<sup>a</sup>. 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<sup>a</sup>. Mariza Magalhães Pinheiro*

*Des<sup>a</sup>. Edite Bringel Olinda Alencar*

*Des<sup>a</sup>. Maria Iracema do Vale Holanda*

*Des. José Mário dos Martins Coelho*

*Des<sup>a</sup>. 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. Fernando Luiz Ximenes Rocha*
- Des. Ernani Barreira Porto*
- Des. Francisco Haroldo Rodrigues de Albuquerque*
- Des. João de Deus Barros Bringel*
- Desa. Huguetta Braquehais*
- Des. Rômulo Moreira de Deus*
- Desa. Gizela Nunes da Costa*
- Desa. Maria Celeste Thomaz da Aragão*
- Des. José Arísio Lopes da Costa*
- Des. Luiz Gerardo de Pontes Brígido*
- Des. João Byron de Figueiredo Frota*
- Des. Ademar Mendes Bezerra*
- Desa. Mariza Magalhães Pinheiro*
- Desa. Edite Bringel Olinda Alencar*
- Desa. Maria Iracema do Vale Holanda*
- Des. José Mário Dos Martins Coelho*
- Desa. Maria Sirene de Souza Sobreira*
- Des. Raimundo Eymard Ribeiro de Amoreira*
- Des. Francisco de Assis Filgueira Mendes*
- Des. Lincoln Tavares Dantas*
- Des. Celso Albuquerque Macêdo*
- Des. Francisco Lincoln Araújo e Silva*
- Desa. Lúcia Maria do Nascimento Fiúza Bitu*
- Des. Francisco Sales neto*
- Des. Raul Araújo Filho*



*DOCTRINAS*



## **A PRIVAÇÃO DE LIBERDADE NO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS**

**JOÃO ALBERTO MENDES BEZERRA JÚNIOR**

*Bacharelado pela Universidade Federal do Estado do Ceará – UFC, Analista Judiciário de Entrância Especial – TJCE, Aprovado no V Concurso Público da Magistratura, para o cargo de Juiz Substituto do Poder Judiciário do Estado do Tocantins*

*Sumário: I – À guisa de introdução: a realidade no Brasil e no mundo; II – Breve histórico acerca da evolução dos Direitos Humanos; III – O Sistema de Proteção Internacional dos Direitos Humanos (SPIDH) e a adesão do Brasil por meio de Tratados; IV – O Sistema de Proteção Internacional dos Direitos Humanos quanto ao privado de liberdade no Brasil; V – Confronto entre as hipóteses de privação da liberdade e a legislação penal brasileira em face do SPIDH; VI – A liberdade como regra, a interpretação do art. 594, do CPP e o direito à progressão de regime, à luz da jurisprudência dos Tribunais Superiores pátrios, como exemplos de obediência concreta ao SPIDH; VII – Conclusão.*

### **I – À GUISA DE INTRODUÇÃO: A REALIDADE NO BRASIL E NO MUNDO**

Em meio à revolução tecnológica a que se assiste, basta ligar o televisor de sua casa ou navegar pela *internet*, onde quer que se esteja, e seja qual for o dia e a hora, para verificar que o mundo herdado do período pós-guerra, infelizmente, continua bastante perigoso para os seus mais de 6,5 bilhões de “ocupantes”. As impressionantes imagens, aqui e alhures, da morte do ex-ditador iraquiano Saddam Hussein e dos ataques a ônibus e policiais no Rio de Janeiro, antes da virada do ano de 2007, levando ao óbito 19 (dezenove) pessoas, das quais 07 (sete) carbonizadas, são uma pequena amostra da banalização

da violência em todo o planeta, fruto, em última análise, do egoísmo e da intolerância do ser humano, reflexos do desprezo de uma quantidade incalculável de pessoas para com a vida de seus semelhantes.

Se, de um lado, hoje não há mais a constante ameaça de uma iminente guerra nuclear entre as duas superpotências de outrora, do outro, continuam latentes e mais do que vívidos os sentimentos de ódio e ambição desmedida que levaram à eclosão dos dois grandes conflitos bélicos do século passado. O holocausto (não mais dos judeus), sem dúvida alguma, se fez repetir no dilaceramento da antiga Iugoslávia, através da discriminação dos sérvios contra os muçumanos locais; o revanchismo entre as nações européias foi substituído pelo fundamentalismo religioso; os judeus e os árabes não se entendem; e os senhores das guerras e do petróleo, ah! Estes continuam enriquecendo e disseminando mais ressentimentos entre os povos, para obter o seu cada vez mais lucrativo “ganha-pão”.

Por seu turno, a China desponta como a outra grande potência econômica e militar do primeiro quadrante do século XXI, a desafiar os Estados Unidos da América em força, talento e mercado (quase 05 – cinco vezes maior, considerada a população de cada um). O que acontecerá até lá? O que acontecerá até o final desta década? O que acontecerá amanhã?! Este é o traço revelador do contínuo estresse do “mundo moderno”: não se ter uma previsão confiável sobre o futuro. Como exemplo, tem-se o impensável ataque terrorista às torres gêmeas do *World Trade Center*, em 11/09/2001, no alvorecer do novo milênio, o primeiro e único revés sofrido pelos estadunidenses no território continental.

Ainda do ponto de vista econômico, sabe-se, hoje, que apenas 300 (trezentas) pessoas (físicas e/ou jurídicas) detêm cerca de 50% (cinquenta por cento) de toda a riqueza global, sendo que o restante também é perfidamente distribuído, haja vista o caso do Brasil, exemplo-mor de disparidade social, por onde, apesar dos avanços, ainda perambulam em torno de 35 (trinta e cinco) milhões de miseráveis (isto levando em conta os

níveis nacionais de riqueza), 1/5 (um quinto) da população do país, sem contar os estudos do IBGE, dando conta do alarmante número de nascimentos entre os menos favorecidos, da ordem de 04 (quatro) vezes mais do que os componentes da chamada classe média e dos mais abastados.

E é exatamente aí que se insere o problema dos presos ou, para usar de um eufemismo, a fim de que eles não pareçam com animais: dos privados de liberdade. É que, embora a liberdade não tenha preço, em um país no qual, como dito, mais de 30 (trinta) milhões de pessoas passam por necessidades (das mais básicas por sinal), como aceitar que um encarcerado custe ao Estado mais de 02 (duas) vezes o valor do salário mínimo, com o qual, aliás, centenas de milhares de aposentados e subempregados sustentam suas numerosas famílias brasis afora? Isso mesmo: um preso, no padrão de razoável sustentabilidade (e não de excelência) sai aos cofres públicos por volta de R\$750,00 (setecentos e cinquenta reais), segundo fontes oficiais. Ora, repita-se, se a sociedade não consegue prover qualquer fonte de renda para tanta gente honesta, como é que vai, agora, entender que tem de suportar ônus tão caros para uns milhares de malfeitores? (Diz-se que a população carcerária brasileira aproxima-se do meio milhão).

Em outras palavras: diante dessas circunstâncias, como fazer com que as pessoas se preocupem com o caráter ressocializador da pena, e não com sua finalidade meramente retributiva? A resposta é simples, mas a solução é paradoxalmente complicada. É muito fácil, de fato, perceber e, mesmo, fazer ver que um indivíduo bem conduzido na prisão terá melhores condições de se reintegrar ao seio da sociedade. Contudo, é particularmente difícil, considerando as razões já mencionadas, antever como se empreenderá uma mudança tão radical no sistema penitenciário, sem antes resolver os problemas sociais que afligem a nação brasileira como um todo.

Nada obstante, o Estado tem o dever de zelar pela integridade do custodiado, por sua higidez física e psicológica. Mais do que isso, tem a obrigação de prover os meios necessários à justa ressocialização do condenado, a fim de que

não volte a delinquir, e, ainda, de apoiar o egresso na luta pela sua reinserção social.

Os atentados no Rio de Janeiro, e anteriormente em São Paulo, todos comandados por chefes de facções criminosas, de dentro dos presídios, os golpes dos cartões telefônicos, também levados a efeito a partir das prisões – fatos corriqueiros nas grandes cidades, como Fortaleza, e até nos mais afastados rincões –, além da constatação dos últimos e chocantes números veiculados pela imprensa nacional, de que o Brasil vive uma guerra civil, onde 120 (cento e vinte) pessoas, para mais ou para menos, são vítimas de homicídios diariamente; tudo isso retrata com indiscutível fidelidade o desprezo, tanto do Estado quanto da sociedade em geral, para com a situação carcerária do país, os quais estão, agora, colhendo os frutos negativos de décadas de incompreensão, irresponsabilidade e falta de vontade política.

Assim caminha a humanidade! Será que ainda há uma luz no final do túnel? Crê-se que sim. Esta mesma humanidade tem encontrado meios de, ao longo da história, continuar sua luta incansável pela vida. Ao que parece, o desenvolvimento tecnológico hodierno tem colocado ao alcance da comunidade internacional possibilidades concretas e exeqüíveis de resolver os principais problemas das pessoas. É incrível, de outra banda, como o equilíbrio mundial possa parecer tão fragilizado. Talvez, a solução esteja na frente de todos, faltando tão-somente acordar e viver de uma forma aproximada ao que pensou *John Lennon* em *Imagine*. Mas é melhor acordar rápido, porque, um dia, quem sabe – e olha que esse dia está cada vez mais próximo – a humanidade pode mergulhar em um sono profundo e obscuro, despertando em uma nova Idade Média, ou simplesmente dormir para sempre.

E o Brasil, tem solução? O Brasil terminará esta década com 200 (duzentos) milhões de habitantes e, certamente, em uma posição definida no mosaico da globalização, como um país atraente e que procura acertar. Não pode, todavia, e esse é um ponto relevantíssimo, se mostrar para a comunidade internacional como uma nação que vive uma guerra civil

disfarçada. E a solução, por isso, dentre outras, passa necessariamente pela reformulação de seu sistema prisional. A Turquia, v.g., conseguiu, em pouco tempo, diga-se de passagem, transformar-se em modelo nessa área, até para os demais países europeus, mesmo sem participar da União Européia; tudo se tendo iniciado com protesto do governo norte-americano, em face de um cidadão seu que sofrera abusos em prisão daquele país (cf. filme “expresso da meia noite”, de Alan Parker) e, posteriormente, por pressões da Europa.

O Brasil e o mundo têm que se voltar para o homem naquilo que respeita à sua dignidade. Isto foi reavivado pela crença cristã, servindo posteriormente de base para a doutrina dos Direitos Humanos, sem desdouro das demais religiões. Entretanto, a vida parece estar sempre por um fio. Ademais, de que vale a vida sem honra ou liberdade?!

Nesse contexto, é que se vai tratar da privação da liberdade no Brasil, à luz do Sistema de Proteção Internacional dos Direitos Humanos, passando em revista o texto constitucional, no que for pertinente, e a legislação penal brasileira, no que se coaduna, ou não, com o Direito Internacional dos Direitos Humanos, por intermédio dos principais tratados em vigor no país, analisando, por fim, a jurisprudência dos tribunais superiores pátrios em relação à exegese do art. 594, do CPP, que trata da prisão (cautelar) decorrente de sentença condenatória recorrível, bem como da nova dimensão dada pelo STF ao instituto da progressão do regime prisional, admitida, agora, pela Excelsa Corte nos casos de crimes hediondos, em que a lei ordinária de regência expressamente não a autoriza.

## **II – BREVE HISTÓRICO ACERCA DA EVOLUÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS**

A origem exata dos Direitos Humanos é desconhecida, existindo, no entanto, registros de certas hipóteses de proteção do indivíduo frente ao Estado já no 3º (terceiro) milênio antes de Cristo, no antigo Egito e na região da Mesopotâmia. O Código de Hammurabi, de 1690 a.C., talvez

seja a primeira codificação a contemplar um rol de direitos comuns a todos os súditos, tais como a vida, a dignidade, a honra, a família e a propriedade, com previsão, inclusive, da supremacia da lei em relação aos governantes<sup>1</sup>.

Muito tempo depois, os direitos fundamentais sofrem a influência filosófico-religiosa dos povos do extremo oriente, com a noção de igualdade propagada por Buda e Confúcio (por volta de 500 a.C.), obtendo, porém, nesse período, substancial avanço na Grécia antiga, com as idéias de democracia e direito natural.

Contudo, foi o Direito Romano que estabeleceu um complexo mecanismo de interditos visando à tutela dos direitos individuais em relação ao arbítrio estatal. A Lei das XII Tábuas pode ser considerada a origem dos textos escritos consagradores da liberdade, da propriedade e da proteção aos direitos dos cidadãos<sup>2</sup>. Ela foi formulada no início da República, em 451 e 450 a.C., pelos decênviros, os dez membros varões da magistratura extraordinária, constituída justamente com a finalidade de encontrar uma maneira viável de diminuir o poder despótico dos Cônsules contra os plebeus. Diz-se que, para tanto, foi enviada uma embaixada à Grécia, onde os romanos puderam estudar o sistema legal ali em vigor, concentrando-se, em especial, nas leis de Sólon.

Acerca da contribuição dos Gregos e Romanos para o Direito e a Filosofia, interessante citar excerto do pensamento de Ives Gandra da Silva Martins<sup>3</sup>, para quem:

*“Hoje, estamos convencidos – quanto mais lemos os autores modernos – de que, em matéria de Direito, pouco se acrescentou ao que os romanos criaram; e, em matéria de Filosofia, pouco se acrescentou ao que os gregos desvendaram. Qualquer filósofo posterior, como Políbio, que era também historiador, passando por Hume, Hobbes, Locke, Bacon, Maquiavel – historiador, filósofo, político e sociólogo – Rousseau e outros, traz pequena contribuição ao pensamento universal*

---

*descortinado pelos gregos. Tenho a impressão de que depois dos gregos pouca coisa se pôde criar. Criaram-se variações inteligentes, mas o tema central de Filosofia se encontra na Grécia e o do Direito em Roma.”*

Eis que, nos estertores da Idade Média, é editada a *Magna Charta Libertatum*, de 15/06/1215, da época do Rei João Sem Terra, da Inglaterra, que adquiriu essa alcunha por ser o 5º (quinto) e último filho de Henrique II, de quem nada herdou quando de sua morte. A despeito de a Magna Carta ter sido uma imposição ao Rei<sup>4</sup>, que, por isso mesmo, não a levou em consideração logo após os ânimos se acalmarem – morrendo em seguida (1216), possivelmente por envenenamento – ela é considerada, por certo, o mais importante antecedente histórico das Declarações de Direitos Humanos Fundamentais, trazendo em seu bojo, dentre outras, a previsão do devido processo legal, o livre acesso à Justiça, a proporcionalidade entre delito e sanção e algumas restrições tributárias.

Posteriormente, passando pelos textos anglo-saxões de antes (v.g., *Habeas Corpus Act*, de 1679) e depois (ex., *Bill of Rights*, de 1689) da Revolução Gloriosa (1688), em que o Parlamento se consolida na Grã-Bretanha, já a nação mais rica de então, palco da revolução industrial que se avizinhava, vêm as declarações de direitos das ex-colônias da América do Norte, que redundaram, permitam afirmar-se, na Constituição dos Estados Unidos da América (1787), a qual inaugura o constitucionalismo moderno.

Segue-se, enfim, a Revolução Francesa – marco inicial da Idade Contemporânea –, em certa medida deflagrada pelos ex-combatentes franceses que lutaram ao lado dos rebeldes norte-americanos, e voltaram à sua pátria com o espírito repleto do ideal de liberdade que viram e ajudaram a tornar-se uma verdade concreta em terras de além-mar. Na França, pois, a Assembléia Nacional promulga a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 26/08/1789, que, com seus 17

(dezessete) artigos, se converte no ápice dos Direitos Humanos Fundamentais, abordando os princípios da livre manifestação do pensamento, associação política, liberdade religiosa, legalidade, igualdade, anterioridade em matéria penal etc.

Mas a humanidade precisaria, ainda, enfrentar as revoltas liberais do séc. XIX e as duas Grandes Guerras do séc. XX para compreender a necessidade de criação de uma rede efetiva de proteção dos Direitos Humanos, no intuito de fomentar permanentemente a paz mundial, o que se deu em 10/12/1948, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, assinada em Paris, em cumprimento ao art. 55, da Carta da ONU (Organização das Nações Unidas), de 1944, que previu a formação de uma Comissão dos Direitos Humanos, presidida inicialmente por Eleonora Roosevelt.

Naquela oportunidade, afirmou-se o reconhecimento da dignidade humana como inerente a todos os membros da família humana, fundamento da liberdade, justiça e paz no mundo, dando-se, assim, o surgimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos, disciplina autônoma ao Direito Internacional Público<sup>5</sup>.

Paradoxalmente, no dia 14/05/1948, mesmo ano em que editada a DUDH, o Estado de Israel declara-se independente, autorizado por resolução da ONU, de 27/11/1947, que partilhara a Palestina em duas metades. Como resultado disso, vários países árabes uniram-se em guerra contra o recém-criado Estado, que venceu inacreditavelmente o conflito, anexando ao seu território mais 1/3 (um terço) da Palestina dividida, mas cujas cicatrizes perduram até hoje. Aliás, essa é uma ferida que só faz aumentar, tendo alguns comparado os judeus aos seus algozes nazistas e, outros, vislumbrado que a Palestina será o palco do fim dos tempos, dada a coincidência de os hebreus voltarem ao seu lar perdido quase 2.000 (dois mil) anos depois da diáspora ocorrida ao tempo do sacrifício de Pedro e Paulo, os dois maiores seguidores de Jesus Cristo, tudo sob o beneplácito não só dos Estados Unidos, mas do “governo mundial” – a ONU.

### III – O SISTEMA DE PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS E A ADESÃO DO BRASIL POR MEIO DE TRATADOS

A Declaração Universal, como visto, é o marco do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Com efeito, ela estabelece, no âmbito das Nações Unidas, um conjunto de direitos que não observam fronteiras, representando, por um lado, norma moral que impõe uma conduta política aos Estados-partes e, por outro, um importante paradigma que tende a ser cada vez mais aceito pela quase totalidade dos países do mundo, ainda que sob os protestos de alguns, no sentido de haver adotado um delineamento eminentemente ocidental.

Note-se, portanto, que a Declaração Universal dos Direitos do Homem, melhor traduzida como Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), nomenclatura aqui adotada *“...não é um tratado, e por isso seus dispositivos não constituem exatamente uma obrigação jurídica para cada um dos Estados representados na Assembléia Geral quando, sem qualquer voto contrário, adotou-se o respectivo texto sob a forma de uma resolução da Assembléia. Por mais de uma vez, ante gestões externas fundadas no zelo pelos Direitos Humanos, certos países reagiram lembrando a natureza não-convencional da Declaração.”*<sup>6</sup>

De qualquer modo, com seus 30 (trinta) artigos, a DUDH consolida a base estrutural do arcabouço internacional dos Direitos Humanos. E, a partir dessa base, o Sistema Internacional de Direitos Humanos busca a tutela dos direitos fundamentais por meio de tratados internacionais, cujo cumprimento, aí, sim, é obrigatório para os Estados que eventualmente os adotem.

Não obstante, ainda que o texto da Declaração reconheça expressamente a universalidade e indivisibilidade do conjunto de direitos por ela relacionado, é correto afirmar que este conjunto se fragmenta em 02 (dois) grandes grupos de direitos que derivam de propostas emergentes em momentos históricos bastante distintos.

Por conseguinte, a consagração internacional de tais direitos, através de tratados internacionais, exigiu a construção de 02 (dois) instrumentos jurídicos independentes, já que os Estados signatários da Declaração, mergulhados em um contexto bastante conflitivo que dominava o cenário internacional durante os anos da Guerra Fria, não encontraram como implementar ambas as classes de direitos que, *prima facie*, poderiam indicar posturas políticas antagônicas.

Assim, quase 20 (vinte) anos mais tarde, através de resoluções da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 16/12/1966, é que foram adotados e abertos à assinatura, ratificação e adesão, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

Através do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, são consolidados, junto ao Direito Internacional Público, os direitos de **1ª (primeira) geração**, assim chamados devido à sua concepção historicamente anterior à dos demais Direitos Humanos atualmente reconhecidos pela comunidade internacional. Tais direitos encontram-se fundados eminentemente na proposta liberal e nos valores democráticos emergentes na segunda metade do séc. XVIII, que resultaram na reivindicação de **liberdade** da Revolução Francesa.

Esse Pacto se refere às liberdades públicas, como a de locomoção, de pensamento, de reunião pacífica e de associação, de religião, direito à participação de eleições, igualdade perante a lei, juiz imparcial, presunção de inocência, proteção às minorias etc., proibindo, ademais, a privação arbitrária da vida, as torturas e os tratos ou penas cruéis ou degradantes, a escravidão e o trabalho forçado, a detenção e a ingerência na vida privada arbitrárias, a instigação ao ódio racial ou religioso etc.

Justamente por advogar princípios de liberdade, é que se entende que os direitos ora tratados impõem uma conduta omissiva ao Estado, devendo este, antes de tudo, evitar interferir nas relações jurídicas estabelecidas com (e entre) os indivíduos, o que acabou estimulando muitos Estados a aderirem confortavelmente ao documento internacional em apreço,

enquanto que outros sentiram dificuldades insuperáveis em fazê-lo, rejeitando-o completamente.

De seu turno, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais busca atender ao grito de **igualdade** do lema da Revolução Francesa, recepcionando, assim, os direitos entendidos como de **2ª (segunda) geração**, inspirados nas bases sociais da política do *Welfare State*, verificadas ao final do séc. XIX e início do séc. XX.

No aludido documento estão tutelados internacionalmente, como o próprio nome deixa antever, 03 (três) espécies de direitos, quais sejam: a) os direitos relacionados ao trabalho em condições justas e favoráveis (**direitos econômicos**); b) os relacionados à seguridade social e ao alcance de uma qualidade de vida adequada, levando em consideração o melhor nível de bem-estar físico e mental que se possa atingir (**direitos sociais**); e c) os que garantam educação com liberdade cultural e progresso científico (**direitos culturais**), tudo sem nenhum tipo de discriminação arbitrária.

Ante as circunstâncias, ocorreu um movimento inverso ao verificado com os direitos de 1ª geração, conquanto o mencionado Pacto visivelmente imponha condutas positivas aos Estados, razão por que muitos deles julgaram inexecutáveis as suas proposições, enquanto que para outros foi fácil aceitá-lo.

A esses dois conjuntos de direitos tutelados cada qual por um Pacto Internacional, através, como visto, de um processo de evolução histórica, soma-se um novo, constituído pelos direitos de **3ª (terceira) geração**, inspirados, agora, na aclamação por **fraternidade** da Revolução Francesa, ou em sua concepção mais atualizada, na **solidariedade** humana, ganhando força a partir da 2ª (segunda) metade do séc. XX, e completando o lema da Revolução Francesa.

Tais direitos se caracterizam, para efeito de sua proteção, na consideração do indivíduo não mais em sua própria singularidade, mas enquanto componente de um grupo, setor social ou coletividade, ainda que essa coletividade represente toda uma sociedade, exurgindo, ao lado do indivíduo (as mais

das vezes, somente quando pessoalmente lesado), a legitimidade dos órgãos do Ministério Público para a promoção das ações coletivas pertinentes. São os direitos difusos (indivisíveis e de titularidade indeterminada), coletivos (indivisíveis e de titularidade determinável, e não determinada) e individuais homogêneos (divisíveis, mas de titularidade determinável), de que trata o art. 81, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor brasileiro, podendo-se exemplificar com o direito a um meio ambiente saudável, ao desenvolvimento sustentável, à moralidade administrativa, à proteção ao consumidor e, até, à paz.

Trata-se, em verdade, do alargamento do horizonte daqueles direitos societários, ditos de 2<sup>a</sup> (segunda) geração, de que cuida a parte final da Declaração de 1948, e fruto do pensamento ocidental vanguardista. Nesses casos, porém, o problema que se coloca atualmente é saber de quem se exigirá a garantia, em plano global, ao direito a um meio ambiente saudável, à paz ou ao desenvolvimento<sup>7</sup>.

Pois bem. O Estado brasileiro passou a ratificar os principais Tratados de Proteção dos Direitos Humanos a partir do processo de democratização, iniciado em 1985. Impulsionado pela Constituição de 1988 – que consagra os princípios da prevalência dos Direitos Humanos e da dignidade da pessoa humana – o Brasil passa a se inserir no cenário de Proteção Internacional dos Direitos Humanos. Assim, a partir da atual Carta da República, foram ratificados pelo Brasil: a) a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, em 20/07/1989; b) a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes, em 28/09/1989; c) a Convenção sobre os Direitos da Criança, em 24/09/1990; d) o Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos, em 24/01/1992; e) o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, também em 24/01/1992; f) a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), em 25/09/1992; g) a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, em 27/11/1995; h) o Protocolo à Convenção Americana referente à Abolição da Pena de Morte,

em 13/08/1996; i) o Protocolo à Convenção Americana referente aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo da San Salvador), em 21/08/1996.

Acrescente-se que, em 03/12/1998, o Estado brasileiro reconheceu a competência jurisdicional da Corte Interamericana de Direitos Humanos e em 07/02/2000, o Brasil assinou o Estatuto do Tribunal Internacional Criminal Permanente (TPI), que entrou em vigor em 1º/07/2002.

#### **IV – O SISTEMA DE PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS QUANTO AO PRIVADO DE LIBERDADE NO BRASIL**

Há ainda, infelizmente, uma identificação de militantes de Direitos Humanos com “defensores de bandidos” – uma idéia que teve início, em grande parte, durante o regime ditatorial, incentivado pelo governo autoritário e justificado pelas prisões arbitrárias ocorridas no Brasil durante esse período.

Mais do que isso, há uma falsa impressão de que o preso não é sujeito de direitos, em função de ele ter violado a lei, porque isso é diferente de outros Direitos Humanos, como, por exemplo, os da criança e do adolescente, ou os da mulher, com os quais existe uma imediata identificação das pessoas, enquanto seres humanos. E há também um sentimento de vingança da sociedade, de um modo geral, olvidando que essa atitude iguala as condutas do agressor e do agredido, ambas indesejáveis.

O fato é que, como se viu até aqui, a luta pela efetivação internacional dos Direitos Humanos é relativamente recente, datando de período posterior às Grandes Guerras. Até então, por mais incrível que possa parecer, não existia uma consciência geral de que todos os seres humanos são iguais e sujeitos de direitos em qualquer parte do globo. Desde o final da 2ª (Segunda) Grande Guerra, portanto, consolidou-se a idéia de que a dignidade da pessoa humana é inerente a todos os seres humanos, constituindo a base fundamental dos Direitos Humanos conquistados historicamente.

E no Brasil, particularmente, esse processo só teve início, como dito, a partir de 1985, com a redemocratização, passando pela promulgação da atual Constituição da República, em 05/10/1988, e a adesão do país aos principais documentos internacionais de proteção aos Direitos Humanos.

No contexto da defesa dos Direitos Humanos, a preocupação com os direitos dos presos surgiu mais em decorrência dos maus tratos aos quais eram submetidos os presos políticos do que em função do tratamento dispensado aos presos comuns. A prisão política, em geral, é uma forma de opressão, uma maneira de tentar evitar a manifestação livre de opiniões, sendo, por si só, já uma violação de Direitos Humanos. A prisão comum, porque decorrente de condenação pela prática de infrações penais, por sua vez, é não só aceita como desejada pela sociedade.

Tecnicamente, preso é aquele que tem sua liberdade restringida em virtude de decisão proferida pela autoridade judiciária penal competente (tirante os casos constitucionalmente previstos de prisão civil). Alguns outros direitos podem ser limitados nessa decisão, considerando a regra universalmente aceita de que não há direitos absolutos, nem mesmo entre o rol mínimo dos Direitos Humanos. No entanto, todos os demais devem ser assegurados pelo Estado, que tem responsabilidade sobre as pessoas que estão sob a sua custódia.

Dessa forma, somente os direitos restringidos por lei e delimitados pela sentença penal condenatória é que podem ter o seu exercício diminuído: dentre eles destacam-se a própria liberdade e os decorrentes de sua privação, além dos direitos políticos. Mas a dignidade da pessoa humana, o direito à vida, à integridade física e moral, à assistência médica, social e jurídica, o direito à queixa, o acesso à Justiça, o direito ao trabalho e ao contato com o mundo exterior à prisão etc., todos eles devem ser garantidos pelo Estado.

Apesar disso, são corriqueiras no Brasil as violações sofridas pelos presos, estando entres as mais comuns o desrespeito à integridade física e moral, sob vários aspectos, a negligência médica, a alimentação deficiente e os castigos cruéis

e desnecessários.

Considerando a legislação internacional, aplicada ao Brasil, em virtude da ratificação de tratados internacionais, no âmbito de Proteção aos Direitos Humanos, são dignos de nota, no que concerne às pessoas privadas de liberdade:

I – A Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948): a despeito de não ter força normativa, como anteriormente salientado, a DUDH é consenso internacional no campo dos Direitos Humanos, já sendo tida como direito internacional costumeiro. Além do direito a uma existência digna, à liberdade de religião e pensamento, à igualdade e a um Estado de Direito, que são direitos aplicáveis a todos, inclusive aos presos, ela prevê em seu texto uma série de direitos específicos para aqueles que se encontram em conflito com as leis nacionais, dispostos nos arts. 5º, 7º, 8º, 9º e 10;

II – O Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos (1966): adotado no Brasil apenas em 1992, esse documento internacional, como já se sabe, disciplina os direitos fundamentais de 1ª (primeira) geração, trazendo em seu bojo direitos e garantias importantes para os presos. No art. 2º, fala sobre a aplicabilidade do Tratado e os compromissos que os Estados-partes assumem ao assiná-lo, dizendo respeito à igualdade e à garantia, pelo Estado, de meios para proteger e assegurar os direitos nele reconhecidos. E, tratando especificamente dos direitos das pessoas privadas de liberdade, destacam-se os arts. 7º, 9º, 11 e 14;

III – A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969): em vigor no Brasil desde 06/11/1992, o Pacto de São José da Costa Rica prevê, em largo alcance, o direito à liberdade individual, tratando também de várias garantias judiciais, dos princípios da legalidade e da irretroatividade da lei penal que agrave a situação do réu, assim como do direito à indenização por erro judiciário, o fazendo nos arts. 7º a 10;

IV – A Convenção contra Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas e Degradantes (1984): a Convenção entrou em vigor no Brasil somente em 1991, através do Decreto presidencial nº 40, depois de formalmente ratificada

em 28/09/1989. Ela traz uma série de garantias aos presos, para que não sejam submetidos a torturas, e também uma série de medidas para aqueles que já foram vítimas dessa prática, impondo aos Estados-parte a obrigação de coibir a prática de tortura em seu território, através de medidas administrativas, legislativas e judiciais. Atendendo ao mandamento da Convenção, o Brasil editou a Lei nº 9.455/1997, estabelecendo os crimes de tortura, classificados como hediondos, sendo mais ampla do que o documento internacional, no sentido de não distinguir entre o particular e o exercente de função pública como sujeito ativo do delito. Isto é, em linguagem técnica, o crime de tortura foi adotado no Brasil como crime comum e não como crime próprio, o que é inteiramente possível, na medida em que se amplia o alcance de um direito fundamental, e não o contrário;

V – Regras e Princípios da ONU (1955, 1979 e 1990): no primeiro congresso sobre o crime realizado pela ONU, em Genebra, em 1955, foram adotadas regras mínimas para o tratamento de prisioneiros, que, de uma forma geral, fixam um padrão mínimo internacional no tratamento a ser dispensado às pessoas presas sob a responsabilidade do Estado. Tal documento é dividido em diversos capítulos que tratam de cada tema referente à prisão, a fim de que os Estados-parte possam melhor adequar as suas legislações nacionais ao cumprimento dos preceitos ali positivados, sendo vários os temas abordados, indo desde o registro dos presos até o direito à informação e a frequência a bibliotecas. Posteriormente, em 1979, a ONU elaborou um conjunto de princípios para a proteção de todas as pessoas sujeitas a qualquer forma de detenção ou prisão, reafirmando no ano de 1990 os princípios básicos relativos ao tratamento de prisioneiros. O Brasil não aderiu formalmente a nenhum desses documentos, muito embora tenha uma legislação bastante avançada (Lei de Execução Penal) em termos de enunciação de princípios e estabelecimento de regras de proteção ao preso. E, a exemplo do que se dá com a DUDH, eles servem de norte para o país, que já se inseriu de maneira bastante satisfatória no âmbito de proteção dos Direitos Humanos.

A par de tudo o que foi exposto nestes 02 (dois) últimos capítulos, mormente acerca da proteção internacional à pessoa do preso e de como é adotada no Brasil, impõe-se dispensar especial atenção ao Pacto de Direitos Cíveis e Políticos e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ambos em vigor no Brasil desde 1992, mas em uma perspectiva anterior e posterior à colocação da pessoa sob custódia, o que também interessa sobremaneira aos Direitos Humanos.

Destarte, com base no art. 9º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, reiterando e tornando mais específica a proclamação de que “ninguém será arbitrariamente preso, detido ou exilado”, seguiram-se vários instrumentos normativos internacionais, com a natureza de compromissos jurídicos, que se incorporaram ao direito positivo dos Estados signatários.

O Pacto de Direitos Cíveis e Políticos, aprovado pela ONU em 1966, formalmente integrado ao direito positivo brasileiro pelo Decreto nº 592, de 06/07/1992, dedica ao tema da liberdade e segurança pessoais o seu art. 9º, numa alvissareira coincidência com a DUDH, compreendendo vários itens. Além da afirmação de que ninguém poderá ser preso ou detido arbitrariamente, ali se dispõe sobre algumas regras de grande importância, que podem ser assim sintetizadas: ninguém poderá ser privado da liberdade, a não ser com base em lei previamente existente e obedecidos os procedimentos legalmente estabelecidos; toda pessoa detida ou presa deverá ser informada imediatamente das razões da restrição à liberdade; a pessoa presa ou encarcerada sob acusação ou suspeita de infração penal deverá ser imediatamente apresentada a um juiz; toda pessoa detida ou presa deverá ter o direito de recorrer a um juiz ou tribunal para que este decida quanto à legalidade da restrição à liberdade e determine a imediata soltura se houver ilegalidade; qualquer pessoa vítima de prisão ou encarceramento ilegal terá direito à reparação.

Na mesma linha, prescreveu a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), de 1969, incorporada ao direito positivo pátrio pelo Decreto nº 678, de 06/11/1992. Com efeito, o art. 7º dessa Convenção

praticamente reproduz as disposições do art. 9º do Pacto de Direitos Civis e Políticos. Assim, por meio desses 02 (dois) instrumentos normativos internacionais de Direitos Humanos, dá-se eficácia jurídica no Brasil à proibição de prisão, detenção ou exílio arbitrários contida na Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Já quanto à apuração dos casos de violação dos Direitos Humanos, o Sistema Interamericano (regional) de Proteção desses direitos tem na Convenção Americana de Direitos Humanos o seu principal documento, em que se estabelecem, ao lado dos direitos da pessoa, também disposições sancionatórias àqueles que infringiram os seus mandamentos.

Assim, a Convenção Americana de Direitos Humanos criou 02 (dois) órgãos competentes para cuidar de assuntos relacionados a qualquer violação de seu texto. São eles: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A Comissão, como é chamada, possui, dentre outras funções, a de atuar quanto às petições contendo denúncias de violação da Convenção por parte de um Estado-membro. Tais denúncias podem ser encaminhadas à Comissão por qualquer pessoa, grupo de pessoas, ou ainda, por organização não governamental, desde que legalmente reconhecida por um ou mais Estados-membros.

Para que a petição possa ser aceita, exige-se que tenham sido interpostos e esgotados todos os recursos internos, o que somente não será necessário caso não haja na legislação interna o devido processo legal para a defesa do direito tido como violado, quando não for permitido ao suposto prejudicado o acesso ou o esgotamento dos recursos existentes, ou quando ocorrer injustificada demora na apreciação do caso.

A Comissão tentará obter uma solução amistosa, e, caso não seja alcançada composição alguma, poderá encaminhar o caso à Corte, se houver declaração do Estado-membro de que aceita a função contenciosa do citado órgão. O próprio Estado-parte também poderá requerer a apreciação do caso pela Corte.

A Corte, por seu turno, consiste em um órgão composto por juristas que deverão ser escolhidos entre os mais capacitados estudiosos de Direitos Humanos e merecedores de ocupação das mais altas funções judiciais, de acordo com a lei do país do qual sejam nacionais, ou daquele que os tiver indicado.

Para que seja possível o encaminhamento de um caso à Corte, pela Comissão ou pelo Estado, é preciso que, antes, a questão tenha sido submetida à Comissão.

Finalmente, a sentença prolatada pela Corte terá caráter obrigatório, sendo definitiva e inapelável, comprometendo-se o Estado-parte a cumprir o estabelecido na decisão internacional, não havendo, todavia, dispositivo algum que o obrigue a proceder de tal ou qual modo, ou que determine qualquer tipo de sanção para a hipótese de descumprimento.

O Brasil reconheceu a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos no final de 1998, e em 17/08/2006, na Costa Rica, saiu a 1ª (primeira) condenação na história do país por uma Corte Internacional, envolvendo o caso do cearense Damião Ximenes Lopes, morto em virtude de maus tratos no interior de uma clínica para tratamento de deficientes mentais, na cidade de Sobral, violando, assim, a Convenção Americana de Direitos Humanos.

## **V – CONFRONTO ENTRE AS HIPÓTESES DE PRIVAÇÃO DA LIBERDADE E A LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA EM FACE DO SPIDH**

Muito embora a principal lei penal brasileira – o Código Penal – remonte ao período fascista do Estado Novo, conquanto concebido em 1940, assim como o Código de Processo Penal, de 1941, atualmente, pode-se dizer que a legislação brasileira é das mais avançadas do ponto de vista dos direitos assegurados aos presos e das garantias ao *status libertatis* do indivíduo. A Lei de Execução Penal, promulgada no ocaso do regime ditatorial, em 1984, corrobora essa assertiva, estando de acordo em quase tudo com a mais autorizada legislação internacional de proteção

aos Direitos Humanos. Não se arrisca quem disser que, se ela fosse seguida à risca, o Brasil seria um símbolo de respeito à dignidade da pessoa humana. Acontece que, mesmo depois de 20 (vinte) anos de sua edição, a realidade nacional ainda parece muito distante do horizonte traçado pelos seus idealizadores. E esse continua a ser o problema fulcral por aqui: falta efetividade às disposições legais e, mesmo, constitucionais.

Sem embargo, depois da mudança de opção política que resultou na Constituição Cidadã, expressão cunhada pelo inolvidável Ulisses Guimarães, muitos outros diplomas legislativos elogiáveis vieram se juntar aos textos já consolidados, em obediência à clara posição do novo Estado em efetivar o principal fundamento da República, consubstanciado na dignidade da pessoa humana, e se inserir o mais rápido no Sistema de Proteção Internacional dos Direitos Humanos, talvez para contrabalançar as mais de 02 (duas) décadas vividas sob a obscuridade, a mordaza e o terror, que, às vezes, ainda parece ter ocorrido ontem.

Foi sob essa atmosfera que a Constituição de 1988 delimitou o alcance da noção de autoridade competente para o decreto de prisões, restringindo-a ao Poder Judiciário, o que jamais havia sido contemplado nos textos constitucionais passados, mesmo na Carta de 1946, erigindo, igualmente, a liberdade, dentro da nova ordem constitucional vigente, como uma regra necessária, que só pode ser excepcionada, ainda que exclusivamente pelo juiz, ante a presença de robustos elementos caracterizadores de uma situação preventiva, em que deva prevalecer a proteção da coletividade em detrimento do criminoso.

Nesse cenário, pode-se distinguir 05 (cinco) espécies de prisão no Direito brasileiro vigente, a saber: prisão penal, prisão processual, prisão administrativa, prisão civil e prisão disciplinar.

A prisão penal é a decorrente do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, sendo este o traço diferenciador das subespécies de prisão processual, todas elas provisórias,

dividindo-se esta última em prisão temporária (Lei nº 7.960/1989), em flagrante delito (CPP, arts. 301 a 310), preventiva (CPP, arts. 311 a 316 e Lei nº 11.101/2005 – Lei de Falências, art. 99, VII), resultante de pronúncia (CPP, arts. 282 e 408, § 1º) e resultante de sentença penal condenatória recorrível (CPP, art. 393, I), além da prevista nos arts. 263 e ss. do CPPM.

As prisões administrativas, previstas no art. 319 do CPP e no Estatuto do Estrangeiro (Lei nº 6.815/1980) foram recepcionadas pela Constituição da República, com alteração da titularidade para sua decretação, hoje, como visto, deferida somente ao Poder Judiciário.

Já as prisões civis só são admitidas nos casos de inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentar e do depositário infiel (CF, art. 5º, LXVII), cabendo lembrar o alinhamento da jurisprudência do STJ no sentido da impossibilidade da prisão nos casos de alienação fiduciária, onde o devedor é considerado depositário infiel apenas por uma ficção legal, o que se coaduna com o art. 7º, nº 7, do Pacto de San José da Costa Rica, e a forte tendência existente hoje, com a nova composição do Supremo, em modificar o seu posicionamento anterior pela constitucionalidade do DL 911/1969, nesse ponto.

Finalmente, tem-se a prisão disciplinar, única hipótese que se subtrai à competência do Poder Judiciário para a sua decretação, como vem expressamente excepcionada na parte final do inc. LXI, do art. 5º, da CR (casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, previstos em lei), tendo sido recepcionado, portanto, o art. 18 do Código de Processo Penal Militar. Isto é perfeitamente compreensível, à vista da necessidade de disciplina e hierarquia próprias da atividade militar, sendo assim entre a maioria dos povos civilizados. Todavia, já é pacífico o entendimento no Pretório Excelso, da possibilidade de controle judicial desses atos quando malferirem a legalidade (hierarquia, poder disciplinar etc.), ressalvado apenas o mérito do ato administrativo, que diga respeito precisamente à punição disciplinar, sem nenhum desvio, o que acabou flexibilizando o

alcance normativo do art. 142, § 2º, da CF, que impede a concessão de hábeas corpus em relação às punições disciplinares militares.

Pois bem. Analisada, no que interessa a este trabalho, a legislação penal brasileira e as hipóteses legais de privação da liberdade, com seus consectários, ainda que muito superficialmente, percebe-se, como dito no início, que tudo condiz com o Sistema de Proteção Internacional dos Direitos Humanos. A crítica que se faz é sobre a violação, que parece óbvia, do art. 9º, nº 3, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, que assim estabelece:

*“Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência e a todos os atos do processo, se necessário for, para a execução da sentença.”*

A mesma regra, *mutatis mutandis*, está prevista, dentro, agora, do Sistema da Organização dos Estados Americanos, no artigo 7º, nº 5, da Convenção Americana de Direitos Humanos, que dispõe:

*“Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.”*

No entanto, a lei brasileira não determina que o preso seja apresentado ao juiz, podendo partir esta providência, é certo, do próprio magistrado, o que, de qualquer forma, representa uma redução da garantia.

Mesmo assim, acaba de ser publicada, em 16/01/2007, a Lei nº 11.449/2007, que dá nova redação ao art. 306, do CPP, determinando a comunicação imediata da prisão ao juiz competente, à família ou pessoa de confiança do preso, e à Defensoria Pública, se ele declarar que não tem advogado:

*“Art. 306. A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou a pessoa por ele indicada.*

*§ 1º Dentro em 24h (vinte e quatro horas) depois da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante acompanhado de todas as oitivas colhidas e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública.*

*§ 2º No mesmo prazo, será entregue ao preso, mediante recibo, a nota de culpa, assinada pela autoridade, com o motivo da prisão, o nome do condutor e o das testemunhas.”*

Sem contar que o Ministério Público também precisa ser comunicado da prisão em flagrante, o que ainda não é ideal, considerando os compromissos internacionais subscritos pelo país, mas representa substancial alento, atendidas, outrossim, as realidades regionais e nacional, chegando-se à conclusão, sem receio de dúvida, de que o problema, no Brasil, acerca da não efetividade dos Direitos Humanos relacionados à pessoa do preso se encontra no descaso do Poder Executivo em não implementar as políticas necessárias à execução da lei, deixando aberto um fosso abismal entre a realidade e a previsão legislativa.

## **VI – A LIBERDADE COMO REGRA, A INTERPRETAÇÃO DO ART. 594, DO CPP E O DIREITO À PROGRESSÃO DE REGIME, À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES PÁTRIOS, COMO EXEMPLOS DE OBEDIÊNCIA CONCRETA AO SPIDH**

A despeito da inoperância do Poder Executivo, que aqui e acolá tem tido boa vontade na solução do problema, o Poder Judiciário, dentro de suas atribuições, vem dando provas de maturidade no trato da questão dos Direitos Humanos, procurando, com suas decisões, fazer valer a Constituição e os preceitos internacionais aplicáveis. O primeiro exemplo que se pode dar é o caso do jornalista PIMENTA NEVES, réu confesso do assassinato de sua ex-namorada e também jornalista SANDRA GOMIDE, fato que ocupou o noticiário brasileiro por algum tempo e, vira e mexe, tem voltado à tona. Avesso à enorme pressão da imprensa, o Supremo Tribunal Federal permaneceu seguro, não retrocedendo na jurisprudência que se firmou no sentido da preservação do postulado da liberdade como regra, a qual só deve sucumbir nas hipóteses de trânsito em julgado da sentença penal condenatória ou, cautelarmente, quando presentes os pressupostos indispensáveis à prisão preventiva (que é a pedra de toque das prisões provisórias), o que só ocorre excepcionalmente, segundo a previsão legal. Senão, veja-se a decisão em apreço, cuja ementa segue transcrita, e que fala por si mesma:

*“E M E N T A: HABEAS CORPUS - CRIME HEDIONDO - ALEGADA OCORRÊNCIA DE CLAMOR PÚBLICO - TEMOR DE FUGA DO RÉU - DECRETAÇÃO DE PRISÃO PREVENTIVA - RAZÕES DE NECESSIDADE INOCORRENTES - INADMISSIBILIDADE DA PRIVAÇÃO CAUTELAR DA LIBERDADE - PEDIDO DEFERIDO. A PRISÃO PREVENTIVA CONSTITUI MEDIDA CAUTELAR DE NATUREZA EXCEPCIONAL. - A privação cautelar da liberdade individual reveste-se de caráter*

*excepcional, somente devendo ser decretada em situações de absoluta necessidade. A prisão preventiva, para legitimar-se em face de nosso sistema jurídico, impõe - além da satisfação dos pressupostos a que se refere o art. 312 do CPP (prova da existência material do crime e indício suficiente de autoria) - que se evidenciem, com fundamento em base empírica idônea, razões justificadoras da imprescindibilidade dessa extraordinária medida cautelar de privação da liberdade do indiciado ou do réu. A PRISÃO PREVENTIVA - ENQUANTO MEDIDA DE NATUREZA CAUTELAR - NÃO TEM POR OBJETIVO INFLIGIR PUNIÇÃO ANTECIPADA AO INDICIADO OU AO RÉU. - A prisão preventiva não pode - e não deve - ser utilizada, pelo Poder Público, como instrumento de punição antecipada daquele a quem se imputou a prática do delito, pois, no sistema jurídico brasileiro, fundado em bases democráticas, prevalece o princípio da liberdade, incompatível com punições sem processo e inconciliável com condenações sem defesa prévia. A prisão preventiva - que não deve ser confundida com a prisão penal - não objetiva infligir punição àquele que sofre a sua decretação, mas destina-se, considerada a função cautelar que lhe é inerente, a atuar em benefício da atividade estatal desenvolvida no processo penal. O CLAMOR PÚBLICO, AINDA QUE SE TRATE DE CRIME HEDIONDO, NÃO CONSTITUI FATOR DE LEGITIMAÇÃO DA PRIVAÇÃO CAUTELAR DA LIBERDADE. - O estado de comoção social e de eventual indignação popular, motivado pela repercussão da prática da infração penal, não pode justificar, só por si, a decretação da prisão cautelar do suposto autor do comportamento delituoso, sob pena de completa e grave aniquilação do postulado fundamental da liberdade. O clamor público -*

*precisamente por não constituir causa legal de justificação da prisão processual (CPP, art. 312) - não se qualifica como fator de legitimação da privação cautelar da liberdade do indiciado ou do réu, não sendo lícito pretender-se, nessa matéria, por incabível, a aplicação analógica do que se contém no art. 323, V, do CPP, que concerne, exclusivamente, ao tema da fiança criminal. Precedentes. - A acusação penal por crime hediondo não justifica, só por si, a privação cautelar da liberdade do indiciado ou do réu. A PRESERVAÇÃO DA CREDIBILIDADE DAS INSTITUIÇÕES E DA ORDEM PÚBLICA NÃO CONSUBSTANCIA, SÓ POR SI, CIRCUNSTÂNCIA AUTORIZADORA DA PRISÃO CAUTELAR. - Não se reveste de idoneidade jurídica, para efeito de justificação do ato excepcional de privação cautelar da liberdade individual, a alegação de que o réu, por dispor de privilegiada condição econômico-financeira, deveria ser mantido na prisão, em nome da credibilidade das instituições e da preservação da ordem pública. ABANDONO DO DISTRITO DA CULPA PARA EVITAR SITUAÇÃO DE FLAGRÂNCIA - DESCABIMENTO DA PRISÃO PREVENTIVA. - Não cabe prisão preventiva pelo só fato de o agente - movido pelo impulso natural da liberdade - ausentar-se do distrito da culpa, em ordem a evitar, com esse gesto, a caracterização da situação de flagrância. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO, NO CASO, DA NECESSIDADE CONCRETA DE DECRETAR-SE A PRISÃO PREVENTIVA DO PACIENTE. - Sem que se caracterize situação de real necessidade, não se legitima a privação cautelar da liberdade individual do indiciado ou do réu. Ausentes razões de necessidade, revela-se incabível, ante a sua excepcionalidade, a decretação ou a subsistência da prisão preventiva. DISCURSOS DE CARÁTER*

---

*AUTORITÁRIO NÃO PODEM JAMAIS SUBJUGAR O PRINCÍPIO DA LIBERDADE. - A prerrogativa jurídica da liberdade - que possui extração constitucional (CF, art. 5º, LXI e LXV) - não pode ser ofendida por interpretações doutrinárias ou jurisprudenciais, que, fundadas em preocupante discurso de conteúdo autoritário, culminam por consagrar, paradoxalmente, em detrimento de direitos e garantias fundamentais proclamados pela Constituição da República, a ideologia da lei e da ordem. Mesmo que se trate de pessoa acusada da suposta prática de crime hediondo, e até que sobrevenha sentença penal condenatória irrecurável, não se revela possível - por efeito de insuperável vedação constitucional (CF, art. 5º, LVII) - presumir-lhe a culpabilidade. Ninguém pode ser tratado como culpado, qualquer que seja a natureza do ilícito penal cuja prática lhe tenha sido atribuída, sem que exista, a esse respeito, decisão judicial condenatória transitada em julgado. O princípio constitucional da não-culpabilidade, em nosso sistema jurídico, consagra uma regra de tratamento que impede o Poder Público de agir e de se comportar, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se estes já houvessem sido condenados definitivamente por sentença do Poder Judiciário.”*  
**(STF – HC 80719/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJU 28/09/2001).**

Já no que concerne ao polêmico art. 594 do Código de Processo Penal, que manda o réu recolher-se à prisão ao ensejo da sentença condenatória recorrível, como que invertendo a regra geral (da liberdade antes da condenação definitiva), não obstante o STF tenha declarado a sua recepção pela CF/1988, assim como o STJ, editando o enunciado nº 09 (nove) de sua Súmula, o que, à primeira vista, poderia significar um caminho à contramão do que disposto a respeito no Pacto de São José da

Costa Rica, na verdade nenhuma mácula trouxe às regras internacionais pertinentes, senão observe-se a precisa interpretação do aludido dispositivo, em recentes julgados do Superior Tribunal de Justiça:

*“PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. SENTENÇA CONDENATÓRIA. PRISÃO PARA APELAR. PERICULUM LIBERTATIS. MOTIVOS CONCRETOS.*

*IMPRESINDIBILIDADE. INEXISTÊNCIA. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. GRAVIDADE DO DELITO. INEXISTÊNCIA DE MOTIVO AUTORIZANTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM CONCEDIDA.*

*1. No ordenamento constitucional vigente, a liberdade é regra, excetuada apenas quando concretamente se comprovar, em relação ao indiciado ou réu, a existência de periculum libertatis;*

*2. A exigência judicial de ser o réu recolhido à prisão para manejar recurso de apelação deve, necessariamente, ser calcada em um dos motivos constantes do art. 312 do Código de Processo Penal e, por força do art. 5º, XLI e 93, IX, da Constituição da República, o magistrado deve apontar os elementos concretos ensejadores da medida;*

*3. A Súmula 09 desta Corte deve ser compreendida no sentido de que a prisão para apelar, quando revestida de necessária cautelaridade, não afronta o princípio constitucional do estado de inocência;*

*4. Não compreende, portanto, os decretos prisionais que impõem, de forma automática e sem fundamentação, a obrigatoriedade da prisão para que o réu exerça seu direito de recorrer;*

*5. Se o Paciente ostenta primariedade e bons antecedentes, tendo comparecido a todos os atos do processo e, por outro lado, não havendo indicação judicial a demonstrar o periculum libertatis, apontando*

*o acórdão, tão-somente, textos legais impeditivos da existência concomitante do direito ambulatorio e direito de recorrer, não há como subsistir o decisum prisional, ainda mais quando reconhecida na sentença a situação jurídica inserta no art. 594, 2ª parte, do Código de Processo Penal;*

*6. A gravidade do crime não pode servir como motivo extra legem para decretação da prisão provisória. Precedentes do STJ e STF;*

*7. Ordem concedida para revogar a prisão decretada para que o Paciente possa aguardar em liberdade o julgamento dos recursos.”*

**(HC 37.448/RJ, Rel. Ministro PAULO MEDINA, SEXTA TURMA, julgado em 16.12.2004, DJ 18.04.2005 p. 396).**

**HABEAS CORPUS. DIREITO PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO. EXAURIMENTO DA INSTÂNCIA RECURSAL ORDINÁRIA. EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PRISÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM CONCEDIDA.**

*1. A excepcionalidade da prisão cautelar, no sistema de direito positivo pátrio, é necessária consequência da presunção de não-culpabilidade, insculpida como garantia individual na Constituição da República, somente se a admitindo nos casos legais de sua necessidade, quando certas a autoria e a existência do crime (Código de Processo Penal, artigo 312).*

*2. Tal necessidade, por certo, sem ofensa aos princípios regentes do Estado Democrático e Social de Direito, pode ser presumida em lei ou na própria Constituição, admitindo, ou não, prova em contrário, segundo se cuide de presunção juris tantum, como nos casos de inafiançabilidade de que trata o artigo 323 do Código de Processo Penal, ou de presunção iuris et de iure, como no caso do inciso II do artigo 2º*

da *Lei dos Crimes Hediondos*.

3. A *inafiançabilidade do delito* é, pois, expressão legal, no sistema normativo processual penal em vigor, de *custódia cautelar de necessidade presumida*, cuja *desconstituição*, quando admitida, como o é nos casos de *necessidade presumida juris tantum*, reclama prova efetiva da *desnecessidade da medida*, a *demonstrar seguras a ordem pública*, a *instrução criminal* e a *aplicação da lei penal*, sendo *desenganadamente do réu o ônus de sua produção* (*Código de Processo Penal*, artigo 310, parágrafo único).

4. Por certo, não oferecendo o auto de prisão em flagrante senão a notícia que lhe é própria, vale dizer, do crime flagrante que determinou a prisão do agente, não se há de exigir do juiz que demonstre a necessidade da preservação da *constricção cautelar*, até porque presumido em lei.

5. Como no magistério de Weber Martins Batista, “Para ser mais exato, o juiz não precisa verificar se a prisão é necessária, pois essa necessidade se presume *juris tantum*: o que deve fazer é examinar se ela não é desnecessária, ou seja, se há prova em contrário, mostrando que, no caso, inexistente o *periculum in mora*.” (in *Liberdade Provisória*, 2ª edição, página 74, Forense, Rio).

6. Daí por que a *liberdade provisória* de que cuida o artigo 310, parágrafo único, do *Código de Processo Penal*, no caso, pois, de *prisão em flagrante*, está subordinada à certeza da *inocorrência de qualquer das hipóteses que autorizam a prisão preventiva*, decorrente dos elementos existentes nos autos ou de prova da parte onerada, bastante para afastar a *presunção legal de necessidade da custódia*.

7. A *Lei nº 8.072/90*, que deu cumprimento ao inciso XLIII do artigo 5º da *Constituição da República* fez, de seu lado, *insuscetíveis de “fiança e liberdade*

*provisória” os crimes hediondos, a prática de tortura, o tráfico de entorpecentes e o terrorismo, estabelecendo caso de prisão cautelar de necessidade presumida iuris et de iure, na hipótese de prisão decorrente de flagrante delito.*

*8. Mostra-se, assim, incompatível com a Lei e com a Constituição Federal a interpretação que, à luz do disposto no artigo 310, parágrafo único, do Código de Processo Penal, conclui pela admissibilidade, no caso de qualquer desses crimes, da conversão da prisão cautelar decorrente de flagrante delito em liberdade provisória.*

*9. Hipóteses legais diversas são as dos artigos 393, inciso I, combinado com o artigo 594, e 408, parágrafo 2º, todos do Código de Processo Penal, que positivam restrições cautelares de necessidade presumida juris tantum, nas quais, em se cuidando de réu primário e de bons antecedentes, que respondeu ao processo da ação penal em liberdade, a necessidade de sua custódia deve emergir dos elementos existentes nos autos e ser demonstrada cumpridamente pelo Juiz.*

*10. Esta Corte Superior de Justiça, por outro lado, à luz da disciplina constitucional da liberdade, vem mitigando os termos estritos dos artigos 393, inciso I, combinado com o artigo 594, e 408, parágrafo 2º, todos do Código de Processo Penal, para estender a presunção juris tantum da desnecessidade da restrição cautelar, que milita em favor do réu primário e de bons antecedentes a todo aquele que, solto, responde ao processo da ação penal e que assim deve permanecer mesmo após o decreto condenatório, ressalvadas as hipóteses de presença dos pressupostos e motivos da custódia cautelar elencadas no artigo 312 do Código de Processo Penal, suficientemente demonstrados pelo Juiz.*

*11. Por imperativo lógico e decorrência da inafastável*

*incompatibilidade da execução provisória da resposta penal com a garantia constitucional da presunção de não-culpabilidade, esse entendimento há de projetar a sua eficácia também na instância excepcional, posição que passo a adotar doravante, embora já estivesse presente, faz muito, como tenho declinado sucessivas vezes, na minha compreensão da essência de um sistema processual penal ajustado aos imperativos do Estado de Direito.*

12. *Havia, contudo, como há ainda, o óbice do enunciado nº 267 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça, de observância obrigatória pelos seus Ministros, que afastou, porque vencido sistematicamente na Sexta Turma e porque inviabilizados, no âmbito da Terceira Seção, os instrumentos regimentais de uniformização de jurisprudência, mostrando-se evidente uma espécie de cultivo da divergência, estranha, por certo, à função constitucional desta Corte Superior, mas de razão evidente em tempos de transformação, como os que estamos a viver.*

13. *Uma tal situação, porque se consolidou, compreendida objetivamente como deve ser, impõe o entendimento que passo a aplicar em minhas decisões, enquanto expressa evolução do sistema processual penal e, por isso, deve se transformar, pelo menos, em predominante.*

14. *Em resumo, nos casos de presunção juris tantum da desnecessidade da custódia cautelar, quais sejam, de réu solto, primário e de bons antecedentes, como na Lei, ou de réu que responde, solto, ao processo da ação penal, ainda que de maus antecedentes e reincidente, como na jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, a sua prisão, até o trânsito em julgado de sua condenação, somente será legal e conforme a Constituição da República, se demonstrada a sua necessidade pelo Juiz.*

15. *De um modo geral, conclua-se, em remate, em não se fazendo presentes os motivos legais da prisão preventiva, que reclamam demonstração efetiva e concreta, prevalece o princípio da presunção de não-culpabilidade, até o trânsito em julgado da sentença condenatória.*

16. *Tal compreensão, fundada na incompatibilidade da execução provisória da resposta penal com a presunção de não-culpabilidade inculpada na Constituição da República, afora harmonizar-se com as exigências do Estado Social e Democrático de Direito, em nada desserve ou prejudica a defesa da sociedade, devendo e podendo, como pode e deve o magistrado, de qualquer grau da jurisdição, decretar a prisão do réu no curso do processo da ação penal, já esteja ou não condenado, ainda que na instância recursal ordinária ou excepcional, sempre que se fizer presente motivo legal de prisão preventiva, sem deslembrar, sempre e sempre, que tal decisão excepcional deve ser efetiva e concretamente fundamentada, à luz dos fatos da vida, do concreto homem-autor e do fato-crime cometido, não lhe servindo, para tanto, opiniões pessoais e considerações de ordem genérica, ainda que tisonadas de gravidade.*

17. *Com efeito, a toda evidência, a fundamentação das decisões do Poder Judiciário, tal como resulta da letra do inciso IX do artigo 93 da Constituição Federal, é condição absoluta de sua validade e, portanto, pressuposto da sua eficácia, substanciando-se na definição suficiente dos fatos e do direito que a sustentam, de modo a certificar a realização da hipótese de incidência da norma e os efeitos dela resultantes.*

18. *Tal fundamentação, repise-se, deve ser deduzida em relação necessária com as questões de direito e de fato postas na pretensão e na sua resistência,*

*dentro dos limites do pedido, não se confundindo, de modo algum, com a simples reprodução de expressões ou termos legais, postos em relação não raramente com fatos e juízos abstratos, inidôneos à incidência da norma invocada.*

19. *E em se tratando de prisão preventiva, a regra com incidência é a do artigo 312 do Código de Processo Penal, em cujo texto são elencados, além de seus pressupostos, os motivos que a autorizam.*

20. *Fundando-se a prisão do paciente exclusivamente na natureza hedionda do crime e no fato do exaurimento da instância recursal ordinária e, não, na concreta necessidade da sua prisão cautelar, contrapõe-se à lei e à Constituição Federal, de rigor a concessão do habeas corpus para superação do constrangimento ilegal.*

21. *Ordem concedida.*”

**(HC 56.224/PA, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, julgado em 24.10.2006, DJ 20.11.2006 p. 365).**

Finalmente, acompanhe-se a ementa do *leading case* acerca da inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/1990 (Lei dos Crimes Hediondos), que inadmitia de plano a progressão de regime, entendendo o Excelso Pretório que isso viola a Constituição da República, na medida em que não assegura a individualização da pena, um direito fundamental reconhecido ao preso.

*“PENA - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - RAZÃO DE SER. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semi-aberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social. PENA - CRIMES HEDIONDOS - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - ÓBICE -*

---

*ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/90 - INCONSTITUCIONALIDADE - EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL. Conflita com a garantia da individualização da pena - artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal - a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90.”*

**(STF – HC 82959/SP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJU 01/09/2006).**

Em todos esses casos, rendeu-se homenagem ao Sistema de Proteção Internacional dos Direitos Humanos, na medida em que os paradigmas guardam consonância com as regras e princípios internacionais respectivos, seja no âmbito da ONU, seja no da OEA.

## **VII – CONCLUSÃO**

Chega-se ao fim deste estudo com a certeza de que o Brasil evoluiu sobremaneira no tema dos Direitos Humanos, até mesmo no que concerne aos indivíduos privados de liberdade, considerados nas três perspectivas possíveis (o antes, o durante e o depois da prisão definitiva), consolidando, assim, a sua inserção no Sistema de Proteção Internacional dos Direitos Humanos, seja no âmbito da ONU seja no subsistema americano, onde, aliás, já sofreu a sua primeira condenação, o que – espera-se – pode render bons frutos, no sentido da prevenção de outros casos.

Apesar disso, os desafios são enormes, principalmente no campo dos direitos dos encarcerados, que é o objeto do presente trabalho, tendo-se verificado que o Poder Legislativo Federal, as mais das vezes, produz textos legais excelentes, e que o Judiciário, a despeito das críticas em contrário, cumpre satisfatoriamente o seu papel, interpretando de maneira bastante razoável a legislação respectiva, na linha

de orientação do SPIDH, no que tange aos conflitos que são levados ao seu conhecimento. O problema está no Executivo, que teima em não cumprir a Constituição e as leis do país, assim como os tratados internacionais em que seja parte, relegando, disseminadamente, o preso a uma condição subumana, o que está errado sob todos os aspectos e sob qualquer ponto de vista.

Como dito, essa maneira de pensar o preso tem sido muito, mas muito mais danosa para a própria sociedade do que se imagina. Não há nenhum mal em seguir uma pauta mínima de respeito à pessoa do condenado, nos termos do que estabelecido nos tratados internacionais subscritos pelo Brasil.

A propósito, diz a lenda que um menino aproximou-se de Confúcio – para muitos, o maior sábio de todos os tempos – e perguntou a ele se poderia resumir toda a sua doutrina em uma única palavra. Voltando-se para a criança, o mestre chinês disse sem pestanejar: “reciprocidade”. Quase 600 (seiscentos) anos depois, o Nazareno diria coisa parecida: “não façais a outrem o que não quereis que façam a vós”. E para que rememorar tais lições, devem perguntar alguns? Para mostrar que o Estado não precisa oferecer a outra face, como propôs o Cristo; basta que dê o exemplo, cumprindo a palavra dos Grandes e os textos legislativos hoje em vigor, isto é, tratando o privado de liberdade com a dignidade que todo e qualquer ser humano merece, porque, em regra, as pessoas dão o que recebem. Em regra, se você respeita, faz com que o respeito germine, o que certamente contribuiria com a completa ressocialização do condenado.

Pois bem. Qualquer pessoa é capaz de entender, por menos instruída que seja (sem que se precise espalmar a mão, como fez o Sr. Fernando Henrique Cardoso), que o país deve priorizar os “cinco pontos cardeais”: segurança, emprego, infraestrutura, educação e saúde, não necessariamente nesta ordem. É o que vale para ontem, hoje e sempre, sendo que tudo isso deve caminhar junto, estando contemplado nos orçamentos federal, estaduais e municipais. É simples, não há segredo. E o Brasil é rico: tem gente, terra, energia e água, o ouro do séc. XXI.

Ora, a questão do preso insere-se, justamente, no

questo da segurança, sendo que a violência das ruas, em todo o país, está umbilicalmente ligada ao interior dos presídios. Só não enxerga quem não quer. O brasileiro precisa recuperar o seu lúdimo direito de ir e voltar vivo, o que passa inadiável e inapelavelmente pela revisão do sistema penitenciário, bastando para tanto adequá-lo à legislação já existente. Não tem ciência. Fica, aqui, portanto, permita-se, um manifesto de engajamento dos entes federados, das organizações do terceiro setor e da sociedade em geral para o respeito dos Direitos Humanos dos presos, o que trará, indubitavelmente, mais paz e sossego para todos.

---

<sup>1</sup> de Moraes, Alexandre, in *DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS*. 4ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2002, pp. 24/25.

<sup>2</sup> Idem, p. 25.

<sup>3</sup> In *A Constituição brasileira de 1988: interpretações*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p. 187.

<sup>4</sup> Diz-se que o Reino da Inglaterra entrou em colapso econômico com o resgate do irmão de João Sem Terra, Ricardo Coração de Leão, capturado por Henrique VI, do Sacro Império Romano –Germânico, contra quem a Inglaterra, desprendida do continente europeu, lutava para não se subordinar. Alguns anos depois, com o agravamento da crise, que gerou o aumento da cobrança de tributos, os barões ingleses forçaram a aceitação da Carta, quando João voltava de uma embaixada à Santa Sé.

<sup>5</sup> Ob. Cit. (nt. 1), pp. 35/36.

<sup>6</sup> Rezek, Francisco, in *DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO – CURSO ELEMENTAR*. 10ª ed. Saraiva: 2006, p. 219.

<sup>7</sup> Id., p. 220/221.

---

**BIBLIOGRAFIA**

**MORAES**, Alexandre de, *DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS – Teoria Geral – Comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, Doutrina e Jurisprudência*, 4ª ed. São Paulo/SP: Editora Atlas S/A, 2002;

**REZEK**, Francisco, *DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO – Curso Elementar*, 10ª ed. São Paulo/SP: Editora Saraiva, 2006 – 2ª tiragem;

**PINHEIRO**, Carla, *Direito Internacional e Direitos Fundamentais*, 1ª ed. São Paulo/SP: Editora Atlas, 2001;

**MACHADO HORTA**, Raul, *DIREITO CONSTITUCIONAL*, 4ª ed. Belo Horizonte/MG: Editora Del Rey, 2003;

**LENZA**, Pedro, *Direito Constitucional Esquematizado*, 8ª ed. São Paulo/SP: Editora Método, 2005 – 4ª tiragem;

**MORAES**, Alexandre de, *DIREITO CONSTITUCIONAL*, 17ª ed. São Paulo/SP: Editora Atlas, 2005;

**DALLARI**, Dalmo de Abreu, *LIBERDADE, CONVIVÊNCIA E PROTEÇÃO DA PESSOA*, artigo veiculado pela *internet*, no sítio [www.dhnet.org.br](http://www.dhnet.org.br);

**PIOVESAN**, Flávia, *O Sistema Internacional dos Direitos Humanos no Brasil*, artigo veiculado pela *internet*, no sítio [www.dhnet.org.br](http://www.dhnet.org.br);

**PELLAES NETO**, Hélio Michelini, *O Papel das Organizações Não-Governamentais na Proteção Internacional aos Direitos Humanos*, artigo veiculado pela *internet*, no sítio do *Jus Navigandi*;

**DAYRELL VIVAS**, Marcelo, *PRESOS E DIREITOS HUMANOS*, tema da Cartilha de Direitos Humanos, do Centro de Direitos Humanos – CDH, veiculado pela *internet*, no sítio [www.cdh.org.br](http://www.cdh.org.br).

## **APLICAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: CONFLITO COM O DIREITO INTERNO.**

**Herisberto e Silva Furtado Caldas**, Analista Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da UNIVERSIDADE REGIONAL DO CARIRI-URCA, aprovado no V Concurso Público da Magistratura, destinado ao provimento do cargo de Juiz Substituto do Poder Judiciário do Estado de Tocantins.

Sumário: I – Introdução; II – Origens e conceito de Direito Internacional Público; III – Fundamentos do Direito Internacional Público; IV – Fontes do Direito Internacional Público; V – Aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento brasileiro: conflito com o direito interno; VI – A Questão do Depositário Infiel; VII - Conclusão.

### **I - INTRODUÇÃO.**

O presente trabalho foi apresentado, inicialmente, como critério de avaliação da disciplina Direitos Humanos, do Curso de Especialização em Direito Constitucional, da Escola de Magistratura do Estado do Ceará. Todavia, dada a importância do tema e aos recentes votos emitidos no Recurso Extraordinário nº 466.343/SP, instigou-nos a atualizar o texto e publicá-lo em periódico especializado, a fim de levar à comunidade jurídica o entendimento do Supremo Tribunal Federal, acerca da problemática dos tratados sobre direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro.

Discorre-se de início, sobre as origens, conceito, fundamentos e fontes do direito internacional público. Em seguida, analisa-se as várias correntes e teorias tocantes a conflitos entre os tratados internacionais e o Direito interno, oportunidade em que se expõe as posições do Pretório Excelso, por meio da declinação de julgamentos.

Mais a frente, procura-se transcrever trechos do

Recurso Extraordinário nº 466.343/SP, onde se discute a constitucionalidade da prisão do depositário infiel nos contratos de alienação fiduciária, em especial do relator, Min. Cezar Peluso, do Min. Gilmar Mendes e do Min. Celso de Mello.

Em vários momentos lembra-se também das principais convenções acerca do assunto, como por exemplo, a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, o Pacto de San José da Costa Rica, Convenção de Havana sobre tratados.

Finalmente, adentra-se nos dispositivos da Constituição Federal de 1988, que tratam especificamente dos tratados firmados pela República Federativa do Brasil, sem esquecer a inovação trazida pela emenda constitucional nº 45/04, denominada de reforma do Judiciário, assim como do Projeto de Lei nº 243/2002, que trata da nova Lei de Introdução ao Código Civil, em especial, acerca dos conflitos entre tratados e o ordenamento interno do país.

## **II. Origens e Conceito de Direito Internacional Público.**

Antes de mais nada, necessário se faz uma breve digressão sobre as origens e o conceito do direito internacional público, seus fundamentos e suas fontes, pois, como diria o autor Maximilianus Cláudio Américo Führer<sup>1</sup>: “não sabe onde está quem, fechado num apartamento, não viu, antes, pelo menos de relance, o edifício todo”.

Partindo da premissa de Aristóteles, que o homem é um ser social, podemos dizer que o Direito Internacional remonta aos tempos em que o ser humano passou a viver em sociedade, haja vista a necessidade constante de criar normas de condutas para reger a vida em grupo, bem como para a busca da pacificação social.

É sabido que pequenos grupos se uniram formando sociedades, as quais acabaram por fazer nascer o Estado na forma que se conhece hoje, como sendo, juridicamente falando, aquele constituído por território, povo e soberania.

A multiplicação dos Estados, implicou necessariamente no surgimento de relações, as quais levaram

o Direito a se modernizar, na busca de superar os limites territoriais da soberania estatal e a criar um regime de normas jurídicas aptos coordenar os vários interesses, sejam conflitantes, sejam de finalidades comuns.

Assim, podemos conceituar o Direito Internacional Público como sendo o sistema de normas jurídicas, que visa disciplinar e regulamentar as atividades exteriores da sociedade dos Estados, além das atividades das organizações internacionais e até mesmo as do próprio indivíduo. O mestre Hildebrando Accioly<sup>2</sup> prefere conceituar o direito internacional público como sendo “o conjunto de normas jurídicas que regulam as relações mútuas dos Estados e, subsidiariamente, das demais pessoas internacionais, como determinadas organizações intergovernamentais e dos indivíduos”

### III. Fundamento do Direito Internacional Público.

Se não existe uma entidade superior que possa compelir os entes estatais, por que então os Estados submetem sua vontade, muitas vezes até mesmo limitando-a, a um imperativo jurídico internacional?

A resposta a esta indagação é que dará, com certeza, fundamento ao Direito Internacional Público. Para responder a tal pergunta surgiram então várias correntes, as quais podem ser resumidas nas seguintes: a) doutrina voluntarista; b) doutrina objetivista e c) princípio do *pacta sunt servanda*.

Segundo o autor Valério de Oliveira Mazzuoli<sup>3</sup>, para a corrente voluntarista “(...) a obrigatoriedade do direito internacional decorre do *consentimento* (vontade) dos Estados, expresso em tratados e convenções internacionais, ou ainda proveniente de uma vontade tácita, pela aceitação generalizada do costume internacional. Ou seja, para a doutrina voluntarista, o direito internacional público é obrigatório porque os Estados assim o desejam”.

Para os adeptos da segunda corrente, doutrina objetivista, a obrigatoriedade do direito internacional repousa,

como o próprio nome diz, em razões objetivas, as quais segundo seus filiados, estariam acima da vontade do Estado, como, por exemplo, as regras do direito natural.

Aqueles que argumentam que o fundamento do direito internacional público encontra-se no princípio *pacta sunt servanda*, defendem o posicionamento de que a vontade dos Estados estariam em um grau inferior às regras do direito internacional público, todavia sem que fosse abandonada sua própria vontade.

Há de lembrar, todavia, que a Convenção de Viena, sobre o Direito dos Tratados, filia-se à terceira corrente, pois seu art. 26 assim estabelece:

“Art. 26. Todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa-fé”.

Descobrir o fundamento do direito das gentes é de grande relevância, pois é decorrência direta dele a questão primordial desse trabalho, qual seja: o conflito gerado entre o direito interno e a aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro.

#### **IV. Fontes do Direito Internacional Público.**

A doutrina procura classificar as fontes do direito das gentes em três espécies, a saber: fontes primárias, meios auxiliares e novas fontes.

O art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça estabelece quais seriam as fontes do direito internacional público, a saber:

“1. A Corte, cuja função é decidir de acordo com o direito internacional as controvérsias que lhe forem submetidas, aplicará:

a) as convenções internacionais, quer gerais, quer especiais, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes;

- b) o costume internacional, como prova de uma prática geral aceita como sendo o direito;
  - c) os princípios gerais de direito, reconhecidos pelas nações civilizadas;
  - d) sob a ressalva da disposição do art. 59 [*verbis*: 'A decisão da Corte só será obrigatória para as partes litigantes e a respeito do caso em questão'], as decisões jurídicas e a doutrina dos juristas mais qualificados das diferentes nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito.
2. A presente disposição não prejudicará a faculdade da Corte de decidir uma questão *ex aequo et bono*, se as partes com isto concordarem”.

Do citado artigo se extrai que são fontes primárias do Direito Internacional, os tratados internacionais (os quais serão o centro de nosso estudo), o costume internacional e os princípios gerais de direito.

As decisões judiciais e a doutrina dos publicistas, por sua vez, seriam apenas meios auxiliares na busca da comprovação da existência de determinada regra de direito.

Há de se considerar como meio auxiliar, além das decisões das Organizações Internacionais, os atos unilaterais dos Estados, conforme se depreende da sentença proferida em 20 de dezembro de 1974, no caso envolvendo a Austrália e a França, em que se discutia a questão de testes nucleares, a qual findou qualificando os atos unilaterais como forma de criar obrigações legais.

Por fim, há de se ressaltar como novas fontes, a analogia, a equidade e, para alguns, o *soft law*. No tocante à equidade é importante asseverar que o art. 38, §2º do Estatuto da CIJ, retrotranscrito, estabelece que tal fonte somente será aplicada se houver concordância das partes envolvidas (*ex aequo et bono*).

Feitas estas considerações passar-se-á ao tema do presente estudo.

## V. Aplicação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos no Ordenamento Jurídico Brasileiro: Conflito com o Direito Interno.

Inicialmente, é importante lembrar do conceito de tratado internacional, o qual, segundo o art. 2º, §1º, letra a, da Convenção de Viena de 1969, é considerado como o “acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regidos pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja a denominação específica”.

Estabelecido o conceito de tratado internacional, uma pergunta se faz necessária: diante do fundamento constitucional da soberania<sup>4</sup>, como se resolvem os conflitos, por ventura existente, entre o direito interno e os tratados firmados pela República Federativa do Brasil? E em sendo tratados, especificamente, sobre direitos humanos, qual a solução que deverá ser dada?

É sabido que o conflito pode se dar entre um tratado e a própria Constituição do país e entre um tratado e as leis infraconstitucionais. Esses conflitos podem ser prévios ou posteriores. Serão prévios quando já houver lei interna conflitante, quando da celebração do tratado, leia-se do decreto legislativo (art. 49, I c/c 59, VI, CF/88); por sua vez, serão posteriores quando o conflito surgir em decorrência de uma lei promulgada a um tratado já vigente.

Duas doutrinas surgiram na busca de solucionar os conflitos entre os tratados internacionais e as leis internas, são elas: a) monista e b) dualista.

A teoria dualista, formulada por Triepel (Alemanha) e Anzillotti (Itália), repele a existência de conflitos, porquanto os sistemas, interno e internacional, não se interceptam, muito embora existam e tenham validade. Assim, um pacto internacional jamais poderia discorrer sobre questões internas, salvo se previamente fosse incorporado ao direito interno através do procedimento que os ingleses convencionaram chamar de *act of parliament*, não havendo, pois em se falar em conflito, a uma

porque os tratados internacionais representam meros compromissos estatais; a duas porque a norma internacional, uma vez incorporada ao direito interno, passa a ser considerada como tal, ou seja, o conflito seria entre o próprio direito interno.

Diametralmente opostos, são os defensores da teoria monista, a qual, segundo seus seguidores, o sistema seria uno, do qual fariam parte tanto as normas internacionais como as nacionais. A solução de eventuais conflitos seria dada a partir da hierarquia das normas, onde às vezes o direito interno se sobreporia ao direito externo ou vice-versa.

Diante de tais argumentos, uma indagação há de ser feita: quais regras devem se sobrepor a outra?

Na busca de responder a citada pergunta, surgem duas correntes: a do monismo internacionalista e do monismo nacionalista (Hegel). O monismo internacionalista, desenvolvido basicamente pela Escola de Viena (Kelsen, Verdross e Kunz), defende a tese de que o direito interno deriva do direito internacional, primeiro porque a existência de um único sistema impõe o ajuste das leis internas às externas; segundo porque as regras internacionais, hierarquicamente falando, estariam no ápice da pirâmide dos ordenamentos jurídicos, enquanto que aquela (normas internas) estaria em um patamar logo abaixo, devendo, inclusive obediência ao direito internacional.

Os doutrinadores que seguem os ensinamentos de Kelsen argumentam que as leis internas, caso entrem em conflito com o direito externo (DIP), são entendidas como nulas. Uma corrente mais moderada (Alfredo von Verdross) oferece a solução através do critério cronológico, qual seja: *lex posterior derogat priori*. Essa parece ser a linha que a Corte Permanente de Justiça Internacional vem adotando (1930 e 1932), a qual, também, se filiou as Organizações das Nações Unidas (05 de novembro de 1948).

A corrente monista nacionalista (constitucionalista nacionalista) prega a soberania estatal, ao estabelecer que cada Estado é livre para escolher se adotará ou não as normas do direito internacional, as quais, mesmo quando adotadas deverão se submeter às regras do direito interno, já que inexistem no cenário

mundial uma entidade superior apta a compelir um Estado a cumprir com suas obrigações.

O art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados mostrou-se contrário à teoria monista nacionalista. Em idêntico sentido, vários foram os pronunciamentos CIJ, impossibilitando, pois, que o direito interno seja usado como fator de descumprimento de um tratado.

Há de se lembrar, ainda, dos conflitos envolvendo normas de uma Constituição com tratados internacionais comuns, os quais, segundo o autor Mirtô Fragra, devem ser solucionados conforme as regras contidas no texto constitucional. Explica-se melhor: deverá ser aplicado o tratado internacional, caso a Constituição do país pactuante imponha, em algum de seus dispositivos, a prioridade dos pactos internacionais sob a própria Carta Magna, do contrário aplica-se esta última.

No tocante à questão temporal, que envolva o direito constitucional e os tratados internacionais comuns, mister anotar que a simples adoção de uma nova constituição por parte de um Estado não induz ineficácia do tratado anteriormente acordado, necessitando, portanto, que o novo ente estatal denuncie, ou não, o mencionado tratado. Esse posicionamento restou expressamente consignado no texto da Convenção de Havana sobre Tratados de 1928 (art.11), de seguinte teor:

“Art. 11. Os tratados continuarão a produzir os seus efeitos, ainda quando se modifique a Constituição interna dos Estados contratantes...”

O Supremo Tribunal Federal, diante da inércia do Poder Constituinte, seja originário, seja derivado, em fincar se existe ou não hierarquia entre os tratados e as leis internas, posicionou-se no sentido de dar tratamento de lei ordinária aos tratados internacionais. Nesse sentido importante transcrevermos trecho da obra do autor Valério de Oliveira Mazzuoli, denominada “A Opção do Judiciário Brasileiro em face dos Conflitos entre Tratados Internacionais e Leis Internas”, publicada no Juris

Síntese nº 36 (JUL/AGO de 2002), de seguinte teor:

“A conclusão que chegou o STF, no julgamento do Recurso Extraordinário 80.004-SE (RTJ 83/809) foi a de que dentro do sistema jurídico brasileiro, onde tratados e convenções guardam estrita relação de paridade normativa com as leis ordinárias editadas pelo Estado, a normatividade dos tratados internacionais, permite, no que concerne à hierarquia das fontes, situá-los no mesmo plano e no mesmo grau de eficácia em que se posicionam as nossas leis internas. Trata-se da consagração do monismo moderado, cuja concepção já foi firmada e sedimentada pelo Supremo Tribunal Federal, sem embargo de vozes atualíssimas a proclamar a supremacia dos tratados de direitos humanos, frente à Constituição Federal”

A título exemplificativo, transcreve-se decisão do Pretório Excelso acerca do tema:

**“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – CONVENÇÃO Nº 158/OIT – PROTEÇÃO DO TRABALHADOR CONTRA A DESPEDIDA ARBITRÁRIA OU SEM JUSTA CAUSA – ARGÜIÇÃO DE ILEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DOS ATOS QUE INCORPORARAM ESSA CONVENÇÃO INTERNACIONAL AO DIREITO POSITIVO INTERNO DO BRASIL (DECRETO LEGISLATIVO Nº 68/92 E DECRETO Nº 1.855/96) – POSSIBILIDADE DE CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE DE TRATADOS OU CONVENÇÕES INTERNACIONAIS EM FACE DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA – ALEGADA TRANSGRESSÃO AO ART. 7º, I, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA E AO ART. 10, I DO ADCT/88 – REGULAMENTAÇÃO NORMATIVA DA PROTEÇÃO CONTRA A**

**DESPEDIDA ARBITRÁRIA OU SEM JUSTA CAUSA, POSTA SOB RESERVA CONSTITUCIONAL DE LEI COMPLEMENTAR – CONSEQÜENTE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DE TRATADO OU CONVENÇÃO INTERNACIONAL ATUAR COMO SUCEDÂNEO DA LEI COMPLEMENTAR EXIGIDA PELA CONSTITUIÇÃO (CF, ART. 7º, I) – CONSAGRAÇÃO CONSTITUCIONAL DA GARANTIA DE INDENIZAÇÃO COMPENSATÓRIA COMO EXPRESSÃO DA REAÇÃO ESTATAL À DEMISSÃO ARBITRÁRIA DO TRABALHADOR (CF, ART. 7º, I, C/C O ART. 10, I DO ADCT/88) – CONTEÚDO PROGRAMÁTICO DA CONVENÇÃO Nº 158/OIT, CUJA APLICABILIDADE DEPENDE DA AÇÃO NORMATIVA DO LEGISLADOR INTERNO DE CADA PAÍS – POSSIBILIDADE DE ADEQUAÇÃO DAS DIRETRIZES CONSTANTES DA CONVENÇÃO Nº 158/OIT ÀS EXIGÊNCIAS FORMAIS E MATERIAIS DO ESTATUTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO – PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR DEFERIDO, EM PARTE, MEDIANTE INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO – PROCEDIMENTO CONSTITUCIONAL DE INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS OU CONVENÇÕES INTERNACIONAIS – É na constituição da república. E não na controvérsia doutrinária que antagoniza monistas e dualistas. Que se deve buscar a solução normativa para a questão da incorporação dos atos internacionais ao sistema de direito positivo interno brasileiro. O exame da vigente constituição federal permite constatar que a execução dos tratados internacionais e a sua incorporação à ordem jurídica interna decorrem, no sistema adotado pelo Brasil, de um ato subjetivamente complexo, resultante da conjugação de duas vontades homogêneas: a do congresso nacional, que resolve, definitivamente,**

mediante decreto legislativo, sobre tratados, acordos ou atos internacionais (CF, art. 49, I) e a do presidente da república, que, além de poder celebrar esses atos de direito internacional (CF, art. 84, VIII), também dispõe, enquanto chefe de estado que é, da competência para promulgá-los mediante decreto. O iter procedimental de incorporação dos tratados internacionais. Superadas as fases prévias da celebração da convenção internacional, de sua aprovação congressional e da ratificação pelo chefe de estado. Conclui-se com a expedição, pelo presidente da república, de decreto, de cuja edição derivam três efeitos básicos que lhe são inerentes: (a) a promulgação do tratado internacional; (b) a publicação oficial de seu texto; e (c) a executoriedade do ato internacional, que passa, então, e somente então, a vincular e a obrigar no plano do direito positivo interno. Precedentes. Subordinação normativa dos tratados internacionais à constituição da república. **No sistema jurídico brasileiro, os tratados ou convenções internacionais estão hierarquicamente subordinados à autoridade normativa da constituição da república. Em consequência, nenhum valor jurídico terão os tratados internacionais, que, incorporados ao sistema de direito positivo interno, transgredirem, formal ou materialmente, o texto da carta política.** O exercício do treaty-making power, pelo estado brasileiro. Não obstante o polêmico art. 46 da convenção de viena sobre o direito dos tratados (ainda em curso de tramitação perante o congresso nacional) -, está sujeito à necessária observância das limitações jurídicas impostas pelo texto constitucional. Controle de constitucionalidade de tratados internacionais no sistema jurídico brasileiro. O poder judiciário. Fundado na supremacia da constituição da república. Dispõe de competência,

para, quer em sede de fiscalização abstrata, quer no âmbito do controle difuso, efetuar o exame de constitucionalidade dos tratados ou convenções internacionais já incorporados ao sistema de direito positivo interno. **Doutrina e jurisprudência. Paridade normativa entre atos internacionais e normas infraconstitucionais de direito interno. Os tratados ou convenções internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo, em consequência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa. Precedentes. No sistema jurídico brasileiro, os atos internacionais não dispõem de primazia hierárquica sobre as normas de direito interno. A eventual precedência dos tratados ou convenções internacionais sobre as regras infraconstitucionais de direito interno somente se justificará quando a situação de antinomia com o ordenamento doméstico impuser, para a solução do conflito, a aplicação alternativa do critério cronológico (“lex posterior derogat priori”) ou, quando cabível, do critério da especialidade. Precedentes. TRATADO INTERNACIONAL E RESERVA CONSTITUCIONAL DE LEI COMPLEMENTAR – O primado da Constituição, no sistema jurídico brasileiro, é oponível ao princípio pacta sunt servanda, inexistindo, por isso mesmo, no direito positivo nacional, o problema da concorrência entre tratados internacionais e a Lei Fundamental da República, cuja suprema autoridade normativa deverá sempre prevalecer sobre os atos de direito internacional público.**

**Os tratados internacionais celebrados pelo Brasil – ou aos quais o Brasil venha a aderir – não podem, em conseqüência, versar matéria posta sob reserva constitucional de lei complementar. É que, em tal situação, a própria Carta Política subordina o tratamento legislativo de determinado tema ao exclusivo domínio normativo da lei complementar, que não pode ser substituída por qualquer outra espécie normativa infraconstitucional, inclusive pelos atos internacionais já incorporados ao direito positivo interno.** LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DA CONVENÇÃO Nº 158/OIT, DESDE QUE OBSERVADA A INTERPRETAÇÃO CONFORME FIXADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – A Convenção nº 158/OIT, além de depender de necessária e ulterior intermediação legislativa para efeito de sua integral aplicabilidade no plano doméstico, configurando, sob tal aspecto, mera proposta de legislação dirigida ao legislador interno, não consagrou, como única conseqüência derivada da ruptura abusiva ou arbitrária do contrato de trabalho, o dever de os Estados-Partes, como o Brasil, instituírem, em sua legislação nacional, apenas a garantia da reintegração no emprego. Pelo contrário, a Convenção nº 158/OIT expressamente permite a cada Estado-Parte (Artigo 10), que, em função de seu próprio ordenamento positivo interno, opte pela solução normativa que se revelar mais consentânea e compatível com a legislação e a prática nacionais, adotando, em conseqüência, sempre com estrita observância do estatuto fundamental de cada País (a Constituição brasileira, no caso), a fórmula da reintegração no emprego e/ou da indenização compensatória. Análise de cada um dos Artigos impugnados da Convenção nº 158/OIT (Artigos 4º a 10). 3" (STF – ADIMC 1480 – TP –

Rel. Min. Celso de Mello – DJU 18.05.2001 – p. 00429)  
JADCT.10 JADCT.10.I JCF.49 JCF.49.I JCF.84  
JCF.84.VIII JCF.7 JCF.7.I”

A decisão citada é de relevante importância, haja vista demonstrar que o Supremo Tribunal Federal segue o sistema da paridade normativa, a qual, na existência de conflitos, aplica-se o brocardo *lex posterior derogat priori*, adotando-se, pois, o sistema que os doutrinadores convencionam chamar de monismo nacionalista moderado.

Há de se ressaltar, todavia, que a Excelsa Corte, em recentes julgados, envolvendo casos de extradição, conforme se pode ver abaixo, passou também a adotar o princípio *lex posterior generalis non derogat legi priori speciali*. Dito de outro modo, algumas leis internas infraconstitucionais são tidas como de caráter especial, razão pela qual os tratados internacionais, tidos como de caráter geral, não revogariam as leis internas, mas coexistiriam no ordenamento jurídico. Veja-se:

**“EXTRADIÇÃO SUPLETIVA – PEDIDO DE EXTENSÃO FORMULADO PELA CONFEDERAÇÃO HELVÉTICA – POSSIBILIDADE JURÍDICA – PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE EM MATÉRIA EXTRADICIONAL (LEI Nº 6.815/1980, ART. 91, I) – SIGNIFICAÇÃO POLÍTICO-JURÍDICA DESSE POSTULADO – INOCORRÊNCIA, NO CASO, DE SUA VULNERAÇÃO – PEDIDO DE EXTENSÃO DEFERIDO – A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a partir da interpretação da norma inscrita no art. 91, I, do Estatuto do Estrangeiro, tem reconhecido a possibilidade jurídica de qualquer Estado estrangeiro requerer a extensão da extradição a delitos que, anteriores ao pedido que a motivou, não foram incluídos na postulação extradicional originariamente deduzida. Precedentes. A pessoa extraditada pelo Governo brasileiro não poderá ser processada, presa ou punida pelo Estado**

estrangeiro a quem foi entregue, desde que o fato delituoso, não obstante cometido antes do pedido de extradição, revele-se diverso daquele que motivou o deferimento da postulação extradicional originária, salvo se o Brasil – apreciando pedido de extensão que lhe foi dirigido -, com este expressamente concordar. **Inteligência do art. 91, I, do Estatuto do Estrangeiro, que consagra o princípio da especialidade ou do efeito limitativo da extradição – O princípio da especialidade** – que não se reveste de caráter absoluto – somente atuara como obstáculo jurídico ao atendimento do pedido de extensão extradicional, quando este, formulado com evidente desrespeito ao postulado da boa-fé que deve informar o comportamento dos Estados soberanos em suas recíprocas relações no plano da Sociedade internacional, veicular pretensões estatais eventualmente destituídas de legitimidade. **O postulado da especialidade, precisamente em função das razões de ordem político-jurídica que justificam a sua formulação e previsão em textos normativos, assume inegável sentido tutelar, pois destina-se a proteger, na concreção do seu alcance, o súdito estrangeiro contra a instauração de persecuções penais eventualmente arbitrárias.** Convenção Européia sobre Extradicação (Artigo 14) e Tratado de Extradicação Brasil-Suíça (Artigo V). Magistério da doutrina. (STF – EXTRPE 571 – SI – T.P. – Rel. Min. Celso de Mello – DJU 04.08.1995)”

Quanto aos tratados internacionais de direito humanos, tema de nosso trabalho, necessário dizer que o regramento é distinto dos pactos comuns, tendo em vista o disposto nos §§ 2º e 3º do art. 5º da Constituição Federal de 1988<sup>5</sup>.

Vê-se, portanto, da leitura dos citados parágrafos, a

existência de quatro tipos de tratados: a) os expressos; b) os implícitos; c) os inscritos nos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte; e d) os tratados e convenções internacionais, sobre direitos humanos, que forem aprovados nos moldes das emendas constitucionais. As estes dois últimos ater-se-á, doravante, o presente trabalho.

Partindo da leitura do art. 5º, §2º c/c o art. 4º, II, da Carta Política de 1988<sup>6</sup>, CR/88, pode-se dizer: I) que os direitos e garantias emergem de duas fontes (normas provenientes do direito interno e normas advindas do direito internacional); II) que os tratados internacionais, em que a República Federativa do Brasil seja parte, adentram em nosso ordenamento jurídico no mesmo grau de hierarquia das normas constitucionais.

A doutrina brasileira diverge acerca do tratamento paritário entre tratados internacionais e as normas da Constituição Federal de 1988, para alguns, como é o caso Valério de Oliveira Mazzuoli<sup>7</sup>, para o autor, essa paridade é evidente, pois “se a Constituição estabelece que os *direitos e garantias* nela expressos ‘não excluem’ outros provenientes dos tratados em que a República Federativa do Brasil seja parte, é porque ela própria está a autorizar que esses direitos e garantias internacionais constantes dos tratados internacionais ratificados pelo Brasil ‘se incluam’ no nosso ordenamento jurídico interno, passando a ser considerados como se escritos na Constituição estivessem. É dizer, se os direitos e garantias expressos no texto constitucional ‘não excluem’ outros provenientes dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte, é porque, pela lógica, na medida em que tais instrumentos passam a assegurar certos direitos e garantias, a Constituição ‘os inclui’ no seu catálogo de direitos protegidos, ampliando, assim, o seu ‘bloco de constitucionalidade’”.

Seria, portanto, conseqüência dessa premissa a idéia de que uma lei que disponha sobre direitos e garantias poderia ser revogada por outro texto legal, utilizando-se, para tanto, simplesmente do art. 2º, §1º, da Lei de Introdução ao Código Civil<sup>8</sup>. Todavia, se tais direitos ou garantias, que tratem sobre direitos humanos, estiverem previstos em tratados

internacionais, não poderão ser eles revogados por outra lei, porquanto passariam a integrar, materialmente, a Constituição brasileira. É o que a doutrina convencionou chamar de “bloco de constitucionalidade”.

Ademais, segundo tal corrente, haveria, inclusive, vedação ao controle de constitucionalidade por parte do Supremo Tribunal Federal, além da própria proibição de revogação de tais tratados através de emenda constitucional, porquanto, diante da hierarquia constitucional, tratar-se-iam de cláusulas pétreas (art. 60, §4º, IV, CR/88)<sup>9</sup>. Ainda, segundo essa corrente, por força do art. 5º, §1º, CF/88, os tratados internacionais que envolvessem direitos humanos teriam aplicação imediata, dispensando-se, inclusive, o decreto executivo presidencial<sup>10</sup>, adotando-se, pois, o monismo internacionalista kelseniano.

Contrário ao entendimento de que os tratados internacionais teriam índole constitucional, transcreve-se o pensamento do Professor de Direito Constitucional da PUC/RS, José Levi Mello do Amaral Júnior, em sua obra “Os Tratados no Ordenamento Jurídico Brasileiro, Publicada na Revista de Estudos Tributários, nº 06 - MAR-ABR/1999, pág. 18:

”Há quem defenda, invocando o art. 5º, §2º, da CRFB/88 (...), o reconhecimento de hierarquia constitucional aos direitos e garantias fundamentais expressos em tratados. No entanto, coloca com lucidez o Prof. Gilmar Ferreira Mendes que ‘uma solução que viesse a responder afirmativamente à questão colocada teria, certamente, de admitir que a Constituição concebida como um texto rígido tornar-se-ia flexível, pelo menos para o efeito da adição de novos direitos, até por que, como se sabe, o processo constitucional de aprovação dos tratados, entre nós, reforça a idéia de que é de direito ordinário de que se cuida (aprovação de decreto legislativo, mediante decisão da maioria dos membros presentes de cada uma das Casas, presente a maioria absoluta de seus membros - maioria simples; ratificação mediante

decreto do Chefe do Poder Executivo)' - art. 49, I, c/ c arts. 47 e 84, VIII, da CRFB/88. Seria necessária uma generosa construção jurisprudencial para conferir hierarquia constitucional (ou pelo menos supralegal) aos tratados com fulcro no art. 5º, § 2º, da CRFB/88. Mesmo assim, como lembra a Prof. Anna Cândida da Cunha Ferraz, 'a evolução constitucional por força de decisões jurisprudenciais é fortemente contida na América Latina'. Assim, forçoso reconhecer que, salvo honrosas exceções como a doutrina brasileira do habeas corpus, o Brasil também não tem tradição em termos de construções jurisprudenciais. Essa constatação enfatiza a necessidade de se conferir, expressamente na Constituição, hierarquia, ao menos, supralegal aos tratados, uma vez que para tal não se presta o art. 5º, § 2º, da CRFB/88".

A jurisprudência e a doutrina brasileira, principalmente depois da adoção do Pacto de San José da Costa Rica (1992), firmaram quatro posicionamentos, acerca do conflito existentes entre os tratados internacionais sobre direitos humanos e a Constituição Federal de 1988, duas delas com assento no Supremo Tribunal Federal, são elas:

A posição tradicional da Corte Excelsa é em termos de que quaisquer tratados, inclusive os que versem sobre direito humanos, devem ingressar no ordenamento interno com força de lei ordinária, conforme foi visto anteriormente. Implicando dizer que os tratados internacionais, tanto podem revogar, como ser revogado, por qualquer lei ordinária (art. 2º, §1º, LICC).

A propósito do tema, é importante lembrar que o STF, mesmo em casos que a lei preveja situações de prevalência dos tratados internacionais, como é o caso do art. 98, Código Tributário Nacional<sup>11</sup>, tem seguido a regra geral, segundo a qual os tratados ingressam em nosso ordenamento como lei ordinária. Acerca do assunto transcrevo trecho da obra dos professores Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo<sup>12</sup>:

“Por força desse dispositivo legal, há divergência doutrinária sobre a situação hierárquica dos tratados internacionais em matéria tributária. Há doutrinadores que defendem a tese de que o art. 98 do CTN não estabelece distinção entre os tratados internacionais e a legislação tributária interna. Para eles, a primazia dos tratados internacionais dar-se-ia não pelo critério hierárquico, mas sim pelo critério da especialidade (sendo de mesma hierarquia as disposições específicas não são derogadas por disposição gerais, mesmo que estas sejam posteriores àquelas). Como os tratados internacionais versam matérias específicas, seus comandos afastariam a legislação interna. Os tratados seriam aplicados a par da legislação interna, cujas disposições são gerais; estas seriam afastadas nos pontos em que aplicáveis as disposições específicas. Não concordamos com esse pensamento. Entendemos que o CTN situa os tratados internacionais que versem sobre matéria tributária em plano hierárquico superior ao das leis ordinárias. Por que? Ora, porque uma norma somente tem que respeitar as disposições de outra norma anterior quando esta lhe seja superior. Tomemos o exemplo mais fácil, o da Constituição Federal. Todos os atos normativos editados posteriormente à Constituição devem ser compatíveis com ela. Se não o forem, são inválidos. Portanto, a parte final do art. 98 do CTN, que exige que a legislação ordinária respeite os tratados anteriores a ela, posiciona os tratados em plano hierárquico superior ao das leis ordinárias. É importante ressaltar que, não obstante o art. 98 do CTN situe hierarquicamente os tratados internacionais em matéria tributária acima das leis ordinárias, **o STF tem jurisprudência abundante**

**afirmando que os tratados internacionais incorporam-se ao Direito interno como o mesmo *status* das leis ordinárias, sem qualquer ressalva quanto à matéria tributária.** Significa que, se uma lei ordinária posterior a um tratado internacional, já internalizado, for com ele incompatível, o tratado deixará de ser aplicado. Se for o caso o Brasil sofrerá as sanções internacionais cabíveis por haver descumprido um tratado internacional. O que o STF não admite é que a lei ordinária posterior ao tratado seja considerada nula, ilegítima ou inaplicável nos pontos com ele incompatíveis” (negrito original).

A segunda corrente existente no Supremo Tribunal Federal, perfilha o entendimento de que, somente os tratados sobre direitos humanos teriam tratamento infraconstitucional. Assim, poderiam eles revogar a legislação ordinária antes já existente, sem que todavia pudessem ser extirpados por uma lei posterior, porquanto possuem *status* supralegal (tese defendida pelo Min. Gilmar Mendes, conforme se verá no capítulo referente ao RE 466343/SP).

O terceiro posicionamento, denominado de doutrina humanista, segue o entendimento de que os tratados firmados pelo Brasil, que envolvam assuntos relacionados com direitos humanos, devem ter caráter constitucional (art. 5º, §2º, CF/88). Destarte, uma vez adotados pela República Federativa do Brasil, não poderiam ser revogados, nem mesmo por emenda constitucional, haja vista a expressa vedação contida no art. 60, §4º, IV, CR/88.

A última posição, busca respaldo na jurisprudência e nos tratados internacionais europeus, ao disseminar que o art. 5º, §2º, da Carta Magna, além de dar tratamento hierárquico constitucional aos pactos internacionais sobre direitos humanos, ainda adotaria o entendimento que tais pactos prevaleceria frente às normas constitucionais, impedindo, inclusive, que uma nova Constituição tentasse revogar a regra internacional. Esta posição, defendida pelo Prof. Celso D. de Albuquerque Mello,

segue o entendimento de que, em qualquer situação, deve-se aplicar o direito mais benéfico ao ser humano.

Em 31 de dezembro de 2004 foi publicada no Diário Oficial da União a Emenda à Constituição de nº 45, denominada de reforma do Judiciário que, além de alterar vários dispositivos constitucionais, ainda introduziu um terceiro parágrafo ao art. 5º, de seguinte teor:

“§3º. Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

Da leitura do citado parágrafo, depreende-se que em nosso ordenamento co-existiriam três tipos de tratados: a) tratados e convenções que não versem sobre direitos humanos; b) tratados e convenções que versem sobre direito humanos, mas que não foram aprovados nos moldes das emendas constitucionais; e c) tratados e convenções que foram aprovados com as mesmas características das emendas à constituição.

Segundo posicionamento do Supremo Tribunal Federal, os dois primeiros tipos de tratados ingressariam em nosso ordenamento como lei ordinária. Com relação aos do terceiro tipo, é importante dizer que, diante da expressa previsão constitucional o Pretório Excelso deverá dar aos tratados, que versem sobre direitos humanos, caráter de emenda constitucional, bastando para tanto, que eles sejam aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros.

Assim, são requisitos para que os tratados sejam tidos como emendas constitucionais:

- a) que versem sobre direitos humanos;
- b) aprovação em cada Casa do Congresso Nacional;
- c) dois turnos de votação;

d) aprovação por três quintos dos respectivos membros.

Por sua vez, os publicistas internacionais se inclinam em dizer, amparado no art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (1969), que nenhum tratado pode ser descumprido, porquanto todos têm caráter supraconstitucional, sejam eles comuns, sejam aqueles que tratem sobre direitos humanos, não importando se passaram por um processo de formação diferenciada.

O autor Valério de Oliveira Mazzuoli defende a tese de que o novo parágrafo serviria apenas para os tratados firmados após a edição da emenda constitucional 45/04, as quais seriam atribuídos efeitos *ex nunc*. Defende o citado autor<sup>13</sup> que “o raciocínio faz chegar à conclusão de que o §3º do art. 5º não pode abranger situações pretéritas (como as normas constitucionais em geral também não podem), não podendo ter jamais efeito *ex tunc*, e portanto, poderá somente ser aplicado aos tratados internacionais de direitos humanos ratificados posteriormente à data de sua entrada em vigor”.

Entende-se, porém, que o parágrafo ora em análise, não veda o constituinte derivado em dar equivalência de emenda constitucional aos tratados firmados anteriores à edição da EC/45 pelo Brasil, desde que respeitados os ditames previstos para modificação do texto constitucional.

Haveria diferenças entre os tratados de direitos humanos baseados no §2º dos aprovados na forma do §3º, ambos do art. 5º, CRFB/88?

Veja-se que o texto do §2º fala em “*status* de norma constitucional”, enquanto que §3º usa as palavras “equivalentes às emendas constitucionais”. Assim, os tratados internacionais, que versem sobre direitos humanos, mas que não foram aprovados nos moldes das emendas constitucionais, deverão integrar o bloco de constitucionalidade apenas sob o aspecto material, não formal. Ao contrário são “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que foram aprovados, em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três

quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”, aos quais serão tratados como material e formalmente constitucionais.

Finalmente, há de se ressaltar que, necessariamente, duas conseqüências surgirão do tratamento formal e material dado aos tratados aprovados na forma descrita do §3º, art. 5º, CRFB/88, quais sejam: a) poderão reformar a Constituição; b) não poderão sofrer denúncia<sup>14</sup>, a qual, caso feita, será tida como ineficaz, inclusive com responsabilidade do denunciante.

## **VI. A Questão do Depositário Infiel (RE 466.343/SP).**

Tramita pelo Supremo Tribunal Federal o Recurso Extraordinário nº 466.343/SP, em que se discute a constitucionalidade ou não da prisão civil do depositário infiel nos casos de alienação fiduciária em garantia. Conquanto, não haja pronunciamento definitivo, uma vez que os autos encontram-se com vista ao Min. Menezes de Direito, desde o dia 12 de março do corrente ano, oito<sup>15</sup> integrantes da Corte Suprema se pronunciaram pela inconstitucionalidade do art. 4º, DL 911/69<sup>16</sup>. Vê-se daí que o Pretório começa a perfilhar um novo caminho acerca dos tratados internacionais sobre direitos humanos, com tendência a seguir a denominada doutrina humanista, para tanto basta citar o voto-vista do Min. Celso de Mello, que ao acompanhar o entendimento do relator, Min. Cezar Peluso, no qual salientou os seguintes aspectos:

- a) Crescente internacionalização dos direitos humanos e das relações entre o direito nacional e o direito internacional dos direitos humanos;
- b) Ausência de base legal para prisão civil do depositário infiel;
- c) Mutaçãõ constitucional no processo de interpretação da constituição;

Quanto ao primeiro aspecto, salientou o Min. Celso

de Mello, segundo informativo nº 498 (10 a 14 de marco de 2008), que “em face da relevância do assunto debatido, seria mister a análise do processo de crescente internacionalização dos direitos-humanos e das relações entre o direito nacional e o direito internacional dos direitos humanos, sobretudo diante do disposto no §3º do art. 5º da CF, introduzido pela EC 45/2005”.

Como segundo argumento, o Min. Celso de Mello assevera “que a prisão civil por dívida possui extração constitucional e que, nos termos do art. 5º, LXVII, da CF, abriu-se, ao legislador comum a possibilidade, em duas hipóteses, de restringir o alcance dessa vedação, quais sejam: inadimplemento de obrigação alimentar e infidelidade depositária”. Nessa oportunidade o integrante da Corte Maior, seguindo raciocínio do também Min. Gilmar Mendes, enfatizou que não haveria mais base legal para a prisão civil do depositário infiel, ante a ratificação, pelo Brasil, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7).

Nesse ponto, o Min. Celso de Mello divergiu do posicionamento do Min. Gilmar Mendes, o qual atribui status supralegal aos tratados internacionais de direitos humanos subsritos pelo Brasil, uma vez que, expressamente, consignou em seu voto a tese de que os mencionados tratados teriam hierarquia constitucional.

Ainda no tocante ao segundo argumento, diz o Ministro Celso de Mello que em nosso ordenamento existem três tipos de tratados, a saber: I) os tratados celebrados ou aderidos pelo Brasil e regularmente incorporados à ordem interna, em momento anterior ao da promulgação da Constituição Federal; II) os que vierem a ser celebrados pela República Federativa do Brasil em data posterior à promulgação da emenda constitucional 45; III) os tratados celebrados pelo Brasil entre a promulgação da constituição e a superveniência da EC/45. Os primeiros revestir-se-iam de índole constitucional, uma vez que formalmente recebidos ante a dicção do §2º do art. 5º da CF/88. Os do segundo tipo, para terem natureza constitucional, deverão observar, de agora em diante, o regramento esculpido no §3º do

art. 5º da CF/88, ou seja, versar sobre direitos humanos; ser aprovados, em dois turnos de votação, por cada Casa do Congresso Nacional, por três quintos dos respectivos membros. Aos últimos, se aplicaria a figura do bloco de constitucionalidade, já que os mesmos assumiriam, segundo o ministro, caráter materialmente constitucional.

O Min. Celso de Mello traz ainda a idéia de que o alcance das exceções constitucionais à cláusula geral que veda a prisão civil por dívida poderia sofrer mutações, decorrentes da atividade desenvolvida pelo próprio legislador comum, de formulações adotadas em sede de convenções ou tratados internacionais, ou ditadas por juízes e Tribunais, no processo de interpretação da Constituição e de todo o complexo normativo nela fundado. Salientou-se, nesse tocante, o papel de fundamental importância que a interpretação judicial desempenha, notadamente na adequação da própria Constituição às novas exigências, necessidades e transformações resultantes dos processos sociais, econômicos e políticos da sociedade contemporânea.

Ao final, o Min. Celso de Mello, reconhece que, em algumas situações, deve-se dar prevalência à supremacia da Constituição em detrimento dos tratados internacionais celebrados pelo Estado brasileiro, mesmo que envolva matéria relacionada aos direitos humanos. Para que a Constituição Federal prevaleça sob esses tratados é necessário que as convenções internacionais impliquem supressão, modificação gravosa ou restrição a prerrogativas essenciais ou a liberdades fundamentais reconhecidas e asseguradas pela própria carta magna.

O relator, Min. Cezar Peluso, muito embora não tenha analisado o tema à luz do direito internacional, conforme se extrai do informativo nº 449, negou provimento ao recurso pelos seguintes motivos: um, porque entre os contratos de depósito e de alienação fiduciária em garantia não há afinidade, conexão teórica entre os dois modelos jurídicos, que permita sua equiparação; dois, por não ser cabível a interpretação extensiva à norma do art. 153, §17, da EC 1/69, a qual exclui da vedação

da prisão civil por dívida os casos de depositário infiel e do responsável por inadimplemento de obrigação alimentar, tampouco possível a analogia, sob pena de se aniquilar o direito de liberdade que se ordena proteger sob o comando excepcional. Nesse ponto ressaltou o relator que “à lei, só é possível equiparar pessoas ao depositário com o fim de lhes autorizar a prisão civil como meio de compeli-las ao adimplemento de obrigação, quando não se deforme nem deturpe, na situação equiparada, o arquétipo do depósito convencional, em que o sujeito contrai obrigação de custodiar e devolver”.

Por sua vez, o Min. Gilmar Mendes, ao acompanhar o voto do relator, conforme dito anteriormente, acrescentou que os tratados internacionais de direito humanos subscritos pelo Brasil possuem status normativo supralegal, o que, segundo ele, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com eles conflitantes. Assim, desde o advento do Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 7º, 7), não há mais base legal para a prisão civil do depositário infiel. O citado ministro enfatizou, outrossim, em seu voto os princípios da proporcionalidade e da reserva legal. O primeiro consubstanciado no fato de que haveria outros meios processuais do credor-fiduciário garantir o seu crédito. O segundo no fato de não se poder equiparar a situação do devedor-fiduciante ao depositário, como já ressaltado pelo relator.

Os autores Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal<sup>17</sup>, ao comentar o pensamento exteriorizado pelos Ministros da Suprema Corte, lembram com propriedade que “não se pode tolerar que o *ter* mereça relevância maior do que o *ser!*”. Em seguida, transcrevem arremate da autora Rosana Fachin de seguinte teor:

“o instituto da alienação fiduciária deve ser interpretado à luz dos novos princípios constitucionais, o que implica a vedação do uso da prisão civil como meio coercitivo para o implemento de uma obrigação” (Fachin, Rosana. “Uma releitura

constitucionalizada da prisão civil (desafios e perspectivas à luz da jurisprudência recente), *in* Ramos, Carmem Lúcia Silveira (coord.). Direito Civil Constitucional: Situações patrimoniais. Curitiba: Juruá, 2002, p. 230).

Finalmente, a título meramente informativo, importante lembrar que o Superior Tribunal de Justiça há muito pacificou seu entendimento no sentido de que não cabe a prisão civil do depositário infiel, conforme se pode observar abaixo:

**“AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO CONVERTIDA EM DEPÓSITO. CONTRATO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. PRISÃO CIVIL DO DEVEDOR. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. AGRAVO IMPROVIDO.** 1. Não se admite prisão civil decorrente de dívida oriunda de alienação fiduciária, visto que descabida, nesses casos, a equiparação do devedor à figura do depositário infiel. 2. Agravo regimental improvido”. (STJ; AgRg-Ag 894.610; Proc. 2007/0083508-6/SP; Quarta Turma; Rel. Min. Massami Uyeda; Julg. 11/12/2007; DJU 11/02/2008; pág. 119).

## VII. CONCLUSÃO:

Diante de tudo que foi exposto, conclui-se que em nosso ordenamento coexistem três tipos de tratados, a saber: a) aqueles não relacionados aos direitos humanos; b) aqueles relacionados aos direitos humanos aprovados nos termos do §2º, art. 5º, CF/88; c) os tratados sobre direitos humanos aprovados nos moldes do §3º, do art. 5º, CR/88.

Os primeiros devem ser tratados como lei ordinária, seguindo, pois, o regramento do art. 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal.

Aos do terceiro tipo, diante da redação trazida pela

EC/45, que acrescentou o §3º ao art. 5º, deve-se dar a similitude das emendas constitucionais, razão pela qual tais tratados terão a força de modificar o texto constitucional, inclusive, não podendo sofrer denúncia.

No tocante aos tratados formulados sobre direitos humanos, mas que não foram aprovados com status de emenda constitucional, repousa grande celeuma. Entende-se que os mesmos deverão integrar o bloco de constitucionalidade apenas sob o aspecto material, não formal. Com relação a tais tratados, concluí-se que seria importante o Supremo Tribunal Federal, como parece ocorrer no RE 466.343/SP, em especial no voto do Min. Celso de Mello, rever sua posição, principalmente, porque o entendimento do Pretório Excelso foi formulado em um período ditatorial (regime militar), no qual se dava grande prioridade a soberania estatal brasileira.

Importante lembrar que a Excelsa Corte não estará inovando, pois até 1945 ela perfilhava o entendimento da prevalência dos tratados internacionais sobre o direito interno infraconstitucional.

Ademais, em um mundo cada vez mais globalizado, em que os limites territoriais dos Estados passam a tomar relevo secundário, é necessário que o Estado brasileiro se adapte as novas realidades mundiais.

Há de se ressaltar, todavia, que tramita no Senado Federal o projeto nº 243, de 2002, versando sobre uma nova lei de introdução ao código civil, a qual estabelece o seguinte:

“Art. 36. Os tratados internacionais têm o mesmo nível hierárquico da lei ordinária e a ela se equiparam. Parágrafo único. A plena eficácia dos tratados internacionais é condicionada à sua aprovação legislativa e ratificação mediante decreto.

Art. 37. A norma legal posterior prevalece sobre tratados, convenções e atos internacionais, nos pontos em que se conflitem.”

Entendemos, ainda, que a melhor interpretação que

deve ser dada ao art. 5º, §2º, da Constituição Federal de 1988, é a de que os tratados que versem sobre direitos humanos integram materialmente a Carta Política (bloco de constitucionalidade), não podendo, pois serem revogados por outras leis.

Finalmente, concluímos pela quase ineficácia do §3º, do art. 5º, da CF/88, na medida em que uma interpretação extensiva do §2º, do predito artigo, é suficiente para resolver os conflitos entre o direito internacional, leia-se tratados sobre direitos humanos, e o direito interno (tratamento formal e material).

---

<sup>1</sup> Führer, Maximilianus Cláudio Américo, *Resume de Direito Constitucional*. Coleção Resumos. 7ª ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2004. contracapa.

<sup>2</sup> Hildebrando Accioly, *Manual de Direito Internacional Público*. 12 ed. São Paulo. Saraiva. 1996, página 1.

<sup>3</sup> Valerio de Oliveira Mazzuoli. *Direito internacional público: parte geral – 3ed. rev. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: LFG – Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes, 2006. pág. 22.*

<sup>4</sup> Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Município e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I – a soberania;

<sup>5</sup> Art. 5º...

§ 2º. Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

§ 3º. Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que foram aprovados, em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

<sup>6</sup> Art. 4º. A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

(...)

II - prevalência dos direitos humanos;

<sup>7</sup> Valério de Oliveira Mazzuoli. *Direito internacional público... Op. cit. pág. 90.*

<sup>8</sup> Art. 2º. Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.

§ 1º. A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

<sup>9</sup> Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

§ 4º. Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

IV - os direitos e garantias individuais.

Art. 5º...

§ 1º. As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

<sup>10</sup> Lembre-se que o processo de formação dos tratados passa por quatro fases: a) negociações preliminares; b) assinatura ou adoção pelo Executivo; c) aprovação parlamentar (*referendum*) por parte de cada Estado interessado em fazer parte no tratado; e d) ratificação ou adesão do texto convencional, concluída com a troca dos instrumentos que a consubstanciam. No Brasil, após a quarta fase, o tratado, ainda é promulgado por decreto do Presidente da República, além de publicado no DOU.

<sup>11</sup> Art. 98. Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha.

<sup>12</sup> Alexandrino, Marcelo e Paulo, Vicente. Manual de Direito Tributário – 3ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006, pág. 162.

<sup>13</sup> Valerio de Oliveira Mazzuoli. Direito internacional público. Op cit. pág. 102.

<sup>14</sup> Segundo José Francisco Rezek, em sua obra Direito Internacional Público: Curso Elementar – 7 ed. rev. – São Paulo: Saraiva, 1998, página 110, conceitua-se denúncia como sendo “um ato unilateral, de efeito jurídico inverso ao que produzem aquelas duas figuras: pela denúncia, manifesta o Estado sua vontade de deixar de ser parte no acordo internacional”.

<sup>15</sup> Votaram pelo improvimento do recurso, ou seja, pelo reconhecimento da inconstitucionalidade do art. 4º, DL 911/69, os Min. Cezar Peluso (relator), Gilmar Mendes, Carmem Lúcia, Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Carlos Britto, Marco Aurélio e Celso de Mello.

<sup>16</sup> Art. 4º Se o bem alienado fiduciariamente não for encontrado ou não se achar na posse do devedor, o credor poderá requerer a conversão do pedido de busca e apreensão, nos mesmos autos, em ação de depósito, na forma prevista no Capítulo II, do Título I, do Livro IV, do Código de Processo Civil.

<sup>17</sup> Farias, Cristiano Chaves de e Rosenvald, Nelson, Direito das Obrigações. 3 ed. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 2008, pág. 100/104

---

**BIBLIOGRAFIA.**

Accioly, Hildebrando. Manual de direito internacional público. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

Alexandrino, Marcelo e Paulo, Vicente. Direito Tributário na Constituição e no STF: teoria e jurisprudência – 10ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2005.

. Manual de Direito Tributário – 3ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006

Amaral Júnior, José Levi Mello do, “Os Tratados no Ordenamento Jurídico Brasileiro”. In: Revista de Estudos Tributários nº 06, publicada - MAR-ABR/1999, pág. 18.

Diniz, Maria Helena. Conflito de normas, 3.ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1998.

Direitos Humanos: declarações de Direitos e Garantias - 2ed. – Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1996. Constituições do Brasil, Constituições Estrangeiras. 1. Direitos humanos. 2. Direito Constitucional Comparado.

Farias, Cristiano Chaves de e Rosenvald, Nelson. Direito das Obrigações – 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

Fraga, Mirtô. O conflito entre tratado internacional e norma de direito interno: estudo analítico da situação do tratado na ordem jurídica brasileira. Rio: Forense, 1998.

Mazzuoli, Valerio de Oliveira. Direito Internacional Público: parte geral – 3 ed. rev. e atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: LFG – Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes, 2006.

“A opção do judiciário brasileiro em face dos conflitos entre tratados internacionais e leis internas”. In: Juris Síntese nº 36, publicada JUL/AGO de 2002.

Moraes, Alexandre de. Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1.º a 5.º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência, 5.ª ed. (coleção Temas Jurídicos, n.º 3). São Paulo: Atlas, 2003.

Rezek, José Francisco. Direito internacional público: curso elementar, 7.ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

[www.senado.gov.br](http://www.senado.gov.br)

[www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)

[www.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br)

Informativos nº 449, 450 e 498 do Supremo Tribunal Federal.



---

# *JURISPRUDÊNCIA CÍVEL*

---



# *APELAÇÕES CÍVEIS*



---

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

**Apelação Cível n.º 2000.0014.5141-4/0, da 5ª. Vara da Fazenda Pública de Fortaleza.**

**Apelante: Jorge Machado de Souza.**

**Apelado: Município de Fortaleza.**

**Relatora: Des. Maria Iracema do Vale Holanda.**

**EMENTA: RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS. COMUNICAÇÃO À AUTORIDADE POLICIAL DE FATO QUE EM TESE CONSTITUI CRIME. ABSOLVIÇÃO, POR SENTENÇA, DADA A FALTA DE PROVAS. INEXISTÊNCIA DE ILÍCITO. PEDIDO INACOLHIDO. APELO IMPROVIDO.**

**- No caso, inquérito policial e posterior denúncia do Ministério Público contra o autor, imputando-lhe a prática de ato delituoso. Posterior sentença absolutória, por falta de provas, o que motivou a presente ação de indenização por danos morais.**

**- Segundo inúmeros precedentes dos Tribunais da Federação, quando a denúncia à autoridade policial não se reveste de caráter doloso, configurado está o exercício regular de um direito, ainda que resulte em absolvição a ação penal instaurada contra o pretense ofendido.**

**- Somente se legitima o direito à indenização por danos morais, quando emergir dos autos elementos positivos de grave improcedência ou de leviandade inescusável da parte do denunciante, o que deve ser cabalmente demonstrado.**

**- E, segundo precedente idêntico do STJ, albergado em vários outros julgados, “a ação penal instaurada pelo Ministério Público, para**

**apurar a existência ou autoria de um delito se traduz em legítimo exercício de direito, ainda que a pessoa denunciada venha a ser inocentada. Desse modo, para que se viabilize pedido de reparação, é necessário que o dano moral seja comprovado, mediante demonstração cabal de que a instauração do procedimento se deu de forma injusta, despropositada, e de má-fé” (STJ - REsp 592811 – Min. Castro Filho, DJ 26.04.2004 p. 172).**

- **Apelação conhecida e improvida.**
- **Sentença confirmada em todos os seus termos.**
- **Unânime.**

### **ACÓRDÃO:**

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação Cível n.º 2000.0014.5141-4/0, em que figuram as partes acima indicadas. Acorda a 1ª Câmara Civil do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conhecer e negar provimento ao recurso, nos termos do voto da Relatora.

### **RELATÓRIO:**

Trata-se de Apelação Cível interposta por Jorge Machado de Souza, em ação ordinária de indenização por danos morais contra o Município de Fortaleza. O objetivo do recurso: reformar sentença proferida pelo Juízo da 5ª. Vara da Fazenda Pública de Fortaleza, de fls. 40/43, que julgou pela improcedência da demanda.

**O caso/a ação originária:** o Autor é servidor público municipal de Fortaleza, exercendo a função de Guarda Municipal. Foi acusado e indiciado pela prática de peculato, por ter, na condição de vigia do patrimônio público, subtraído 21 telhas de alumínio do prédio desativado da Secretaria do Trabalho e Ação Social da Prefeitura Municipal de Fortaleza, no dia 18 de fevereiro de 1985. Aduz que tal informação é inverídica, e por ter sido

absolvido por sentença referente ao processo crime (cópia às fls. 15/16), ingressou com ação de indenização por danos morais contra o Município de Fortaleza, requerendo como indenização a quantia de R\$ 432.000,00.

**A Sentença:** às fls. 40/43 o juiz monocrático entendeu pela improcedência da ação. Entendeu que o autor não comprovou nem o dano, nem onexo causal. Transcreveu em seus fundamentos doutrina de Sílvio Rodrigues, jurisprudência e trechos do parecer do Ministério Público, que ora adotou como razões de decidir.

**A Apelação:** às fls. 47/50 consta recurso do autor da ação, tão somente fazendo remissões à inicial e pugnando, ao final, pela reforma da sentença.

**Não foram apresentadas Contra-razões de apelação,** apesar do Município de Fortaleza ter sido intimado para tanto (cf. certidão de fl. 53).

**Parecer da Procuradoria de Justiça:** às fls. 62/66 a douta PGJ atravessa parecer, entendendo pela manutenção da sentença.

É o relatório.

### **VOTO:**

Não assiste razão ao apelante. A sentença deve ser confirmada em todos os seus termos.

Na hipótese posta, temos verdadeira aventura jurídica, tanto no pedido, quanto na causa de pedir que o fundamenta. Rememore-se do relatório: do ponto de vista do autor, este deve ser indenizado por danos morais na quantia de R\$ 432.000,00, em virtude da falsa imputação a ele feita da subtração de 21 telhas de prédio desativado da Prefeitura. Tudo isso baseado, como elemento probatório, na sentença que absolveu o apelante por falta de provas.

Em outras palavras: insurge-se o autor/Apelante contra a r. sentença que julgou improcedente o pedido de indenização, por ele formulado, nos autos da ação de responsabilidade civil por dano moral, por ele proposta contra o

Município de Fortaleza. Os fundamentos do autor: Ihe foi imputada a prática de crime, do qual foi absolvido, o que lhe acarretou sofrimentos de ordem moral, reprovação da sociedade, perturbação nas relações psíquicas e sentimentais, intranquilidade no seio da família e no trabalho.

Ora, é sabido que absolvição por falta de prova em processo crime não produz coisa julgada no cível e ela, por si só, não implica na reparação cível.

Com efeito, no caso ora em apreciação não se caracterizou abuso de direito ou má-fé do Município de Fortaleza, não se podendo caracterizar como ato ilícito a comunicação de fato à autoridade policial quando se acredita ser o mesmo delituoso e as circunstâncias do evento a tal autorizam.

Há precedentes em casos símiles, abaixo transcritos tão somente as partes que interessam:

RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS. COMUNICAÇÃO À AUTORIDADE POLICIAL DE FATO QUE EM TESE CONSTITUI CRIME, ABSOLVIÇÃO POR FALTA DE PROVAS. INEXISTÊNCIA DE ILÍCITO. PEDIDO INACOLHIDO. APELO IMPROVIDO.

**Constitui exercício regular de direito a notitia criminis levada à autoridade policial de fato que, em tese, constitui crime, desde que não demonstrada a má-fé de quem assim agiu e, mesmo que o réu reste absolvido, máxime por falta de provas, não há falar-se em indenização, ante a ausência de ilícito.** (TJDF – APC 19990110385009APC, Relator CARMELITA BRASIL, 5ª Turma Cível, julgado em 13/12/2001, DJ 12/06/2002 p. 201)

\*\*\*\*\*

“3. No dano moral, para que surja a responsabilidade, é mister que o réu tenha praticado ilícito. Não se mostra ilícito comunicado de órgão público à delegacia de polícia competente a respeito de fatos

praticados por beneficiários de serviço público essencial com indícios de infração penal.

4. O arquivamento de inquérito policial, porque não foi apreciado o mérito da questão criminal, em nada influencia o deslinde da demanda indenizatória. Recurso improvido.” (APC4778298 DF. Acórdão 138007. 4ª Turma Cível. Rel. Des. Mário-Zam Belmiro. DJU: 30/05/2001 Pág.: 42).

Assim, para que se viabilize o pedido de reparação, fundado na instauração de inquérito policial e posterior sentença absolutória, baseada na falta de provas, faz-se necessário que o dano moral seja comprovado, mediante demonstração cabal de que a instauração do procedimento se deu de forma irresponsável ou maliciosa, injusta e despropositada, com reflexos na vida pessoal do autor, acarretando-lhe, além dos aborrecimentos naturais, dano concreto, seja em face de suas relações profissionais e sociais, seja em face de suas relações familiares.

Esse é o entendimento que prevalece no Superior Tribunal de Justiça, consoante demonstram os precedentes abaixo transcritos:

“RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. IMPUTAÇÃO DE FATO CRIMINOSO. AUSÊNCIA DE MÁ-FÉ. EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO. PRECEDENTES. RECURSO ACOLHIDO EM PARTE. I - Salvo casos de má-fé, a notitia criminis levada à autoridade policial para apuração de eventuais fatos que, em tese, constituam crime, em princípio não dá azo à reparação civil, por constituir regular exercício de direito, ainda que posteriormente venha a ser demonstrada a inexistência de fato ilícito.” (STJ - REsp. n.º 468.377/MG, relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 23/06/2003);

\*\*\*\*\*

“1. Afirmando o Acórdão recorrido que a empresa não agiu com culpa ou má-fé, tendo atitude correta e isenta, não há razão para impor a indenização, soberana a apreciação dos fatos pelas instâncias ordinárias, a teor da Súmula nº 07 da Corte. 2. Recurso especial não conhecido.” (STJ - REsp. 286.485/CE, relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 08/10/2001).

No mesmo sentido: REsp. n.º 494.867/AM, Min. Castro Filho, DJ de 29/09/2003 e REsp. n.º 470.365/RS, relatora Ministra Nancy Andrighi, DJ de 01/12/2003.

Não vislumbro, pois, qualquer equívoco na d. sentença recorrida, a qual merece subsistir por seus próprios e jurídicos fundamentos.

### **Dispositivo.**

Por tais razões, conheço o recurso, por estarem presentes todos os pressupostos, mas para **LHE NEGAR PROVIMENTO**, confirmando-se a sentença recorrida em todos os seus termos, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

É como voto.

Fortaleza, 28 de agosto de 2006.

\*\*\*

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

**Apelação Cível nº 2000.0015.0978-1/0**

**Apelante: Maria Augusta de Oliveira, representada por Rejane Maria de Sousa, e Outros.**

**Apelado: Harmony Empreendimentos Imobiliários Ltda.**

**Relator: Des. Lincoln Tavares Dantas**

**EMENTA: DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. DEFERIMENTO DE LIMINAR EM DECISÃO NÃO MOTIVADA E SEM PRÉVIA MANIFESTAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. NULIDADE DO PROCESSO A PARTIR DA CITAÇÃO E INVALIDAÇÃO DE EVENTUAIS ACORDOS CELEBRADOS. EXISTÊNCIA DE OUTRAS NULIDADES ABSOLUTAS A SANAR: AUSÊNCIA DE SENTENÇA, FALTA DE COMPROVAÇÃO DA POSSE. PROVIMENTO DO RECURSO. RETORNO DO PROCESSO AO JUÍZO DE ORIGEM PARA REGULAR PROSEGUIMENTO DO FEITO.**

#### **ACÓRDÃO:**

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação Cível nº: 2000.0015.0978-1/0, em que figuram as partes acima indicadas, **ACORDA** a 4ª Câmara Civil do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conhecer e: **DAR PROVIMENTO À APELAÇÃO**, de acordo com a ata do julgamento.

Fortaleza, 04 de julho de 2007.

#### **RELATÓRIO:**

Trata-se de apelação interposta por **Maria Augusta de Oliveira, representada por Rejane Maria de Sousa, e Outros**, pretendendo a reforma da sentença que homologou acordo supostamente celebrado entre alguns réus-apelantes e o autor-apelado, **Harmony Empreendimentos Imobiliários Ltda**, nos autos de ação de reintegração de posse.

#### **FATO E CAUSA DE PEDIR**

**Harmony Empreendimentos Imobiliários Ltda**

afirmou ser possuidor de área supostamente turbada por 11 (onze) pessoas, no caso, os réus-apelantes.

## **AÇÃO E PEDIDO**

Em decorrência, **Harmony Empreendimentos Imobiliários Ltda**, ora apelado, propôs ação de reintegração de posse, objetivando desfazer a alegada turbação.

## **DA CONFUSA TRAMITAÇÃO PROCESSUAL**

Ajuizada a ação, sem prévia manifestação do Ministério Público, o Magistrado *a quo* deferiu a liminar de reintegração na posse, em decisão flagrantemente carente de motivação.

Após a apresentação de contestação pelos réus-apelantes, o autor-apelado atravessou petição, noticiando acordo celebrado com alguns dos réus, sem comprovar a capacidade das partes e o pagamento dos valores que, segundo afirmava, teriam sido pactuados.

## **DA DECISÃO DA SENTENÇA**

Em seguida, apressadamente e novamente sem ouvir o Ministério Público, o Juízo *a quo* homologou a “transação”, extinguindo o processo tão-somente em relação aos acordantes.

## **DA APELAÇÃO INTERPOSTA**

Inconformados, os réus-apelantes questionaram a falta de demonstração da posse, pedindo a nulidade do processo e do acordo celebrado.

## **DEMAIS PROVIDÊNCIAS**

Contra-razões, às fls. 211/215.

Como se não bastassem os estranhos procedimentos até então adotados, o Juízo *a quo* resolveu obstar o processamento da apelação interposta em face da sentença homologatória, por **presumir** que os apelantes dela tomaram ciência em momento anterior (fls. 217/219) e entender que careciam de interesse processual.

Mais adiante, para coroar a sucessão de atos inexplicáveis já praticados, remeteu os autos do processo a esta Corte, juntamente com os autos de ação de nunciação de obra nova. Assim: **(a)** na reintegração de posse, o Magistrado *a quo* negou o processamento do recurso de parte dos réus-apelantes contra sentença homologatória e, simplesmente, deixou de julgar o processo em relação à ré que não constava da petição do malsinado acordo; **(b)** após obstar o processamento do recurso, posteriormente e sem qualquer justificativa, remeteu os autos à esta Corte; e **(c)** juntamente com os autos da reintegração de posse, vieram os de uma ação de nunciação de obra nova (99.02.3319-9) em que, **inacreditavelmente**, não se proferiu sentença.

Instada a se manifestar, a Procuradoria Geral de Justiça opinou pela total anulação do processo, diante da ausência de manifestação do Ministério Público e dos inúmeros vícios processuais que permearam todo o procedimento no juízo singular (fls. 244/247).

Por fim, após incontáveis idas e voltas, o processo veio redistribuído a esta relatoria em virtude da criação desta 4ª Câmara Cível.

É o relatório, no essencial.

À Revisão.

Fortaleza, 16 de fevereiro de 2007.

### VOTO:

Eminentes Desembargadores:

Os pressupostos de admissibilidade encontram-se presentes, razão porque conheço do recurso.

Trata-se de apelação interposta pelos réus em face de sentença que homologou suposto acordo celebrado, **sem:** (I) ouvir o Ministério Público; (II) verificar se o apelado detinha a posse ou, em outras palavras, se era titular do direito objeto da transação; e (III) examinar a capacidade das partes envolvidas.

O recurso é tempestivo, porquanto o fato de terem os réus-apelantes se manifestado nos autos após a sentença homologatória, por si só, não demonstra que, inequivocamente, dela tomaram ciência, consoante exige a jurisprudência pacificada no STJ, em textual:

PROCESSUAL CIVIL. SENTENÇA DE HOMOLOGAÇÃO DE CÁLCULOS. PUBLICAÇÃO A PEDIDO DO EXEQÜENTE. CIÊNCIA INEQUÍVOCA NÃO CONFIGURADA. APELAÇÃO TEMPESTIVA.

1. A jurisprudência desta Corte sedimentou-se no sentido de que a simples apresentação de petição com o propósito de regularizar o procedimento adotado pelo juízo não caracteriza, por si só, a manifestação de ciência inequívoca do conteúdo da decisão, sobretudo quando o magistrado reconhece o erro e determina a publicação da sentença. Precedentes.

2. Recurso especial a que se dá provimento.

(REsp 651232/SP, Relator(a) Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, 1ª. TURMA, Publicação DJ: 28.09.2006, p. 194)

Portanto, tenho como tempestivo o recurso, passando ao exame de mérito.

### ***Nulidade da Sentença Homologatória***

Os apelantes alegam, preliminarmente, que houve nulidade do processo desde a citação, ao argumento de que o Ministério Público não foi intimado, quando sua intervenção era obrigatória por estar em jogo interesse de incapazes e conflito

possessório envolvendo, pelo menos, 05 (cinco) famílias.

Tanto é assim que, às fls. 244/247, há indignado parecer da Procuradoria Geral de Justiça, cujo teor e fundamentação adoto, no que interessa, em textual:

“Trata-se de apelação cível interposta por Maria Augusta de Oliveira e outros, contra decisão do MM. Juiz da 6ª. Vara Cível de Fortaleza, que [...] homologou as transações feitas pelos ora apelantes, exceto a Sra. Maria Freire da Silva, extinguindo o feito no que toca aos transigentes.

Ocorre que, à época da apelação, a sentença homologatória supracitada não havia sido publicada no Diário de Justiça do Estado, faltando-se também a comprovação da regular intimação. A parte apelada questiona nos autos a tempestividade do recurso apelatório. Decerto, existem outras ações paralelas a essa ação principal, quais sejam: Mandado de Segurança (v. fls.220/221), Agravo de Instrumento (v. fls.131/137), onde **se vislumbra o mal caminhar do processo. [...]. Basta manusear os autos e não fica difícil para o estudioso da ciência jurídica examinar uma série de atecnias e impropriedades, tanto de direito material, quanto de direito processual**, conforme examinaremos em seguida.

[...]

**A apelada não provou a posse sobre o bem e o nobre magistrado concedeu uma medida liminar de maneira açodada e bastante perigosa** de lesar direito líquido e certo dos apelantes. Ora, **ficou provado** no decorrer dos autos (114 e 118) **que duas das apelantes já haviam conquistado a propriedade plena de seus imóveis através de ação de usucapião**, onde a sentença vale como título aquisitivo, para que seja devidamente registrada em cartório competente. [...] Como a apelada queria

que sua “posse” fosse reintegrada se nem provou sequer esta posse? De fato, temos que admitir que não havia posse da apelada, conforme vemos até pelas fotos repousantes nos autos e até mesmo nas próprias sentenças de usucapião. A posse era dos apelantes e esta que devia ser protegida e refletir juridicidade [...]. Por isso, **a posse dos apelantes não é tão-só *ad interdicta***, isto é, passível de ser protegida pela ordem jurídica através dos interditos possessórios até mesmo contra o proprietário, **mas também é uma posse *ad usucapionem*, ou seja, passível de ser usucapida pelos possuidores, tanto é que duas das apelantes conseguiram tal direito à propriedade.**

[...]

Ao contrário do que pensou o magistrado, a posse é dos apelantes, não se podendo [...] falar de vícios, pois há muito tempo já cessou ano e dia, ganhando a posse, pois, juridicidade.

[...]

Pois bem, os vícios processuais estão claros para os estudiosos do direito. Se a posse é pressuposto da ação possessória, em não se provando a posse, não só o autor não tem direito à medida liminar, como a própria ação deve ser extinta sem o julgamento de mérito [...]. Portanto, entendemos que **falta à ora apelada legitimidade *ad causam* ativa, pois não provou posse (a verdadeira posse é dos apelantes), falta interesse processual, e o pedido é juridicamente impossível, pois como se pode reintegrar alguém numa posse que inexistia?** Ou seja, faltam as três condições indispensáveis à ação. **Outra consideração que fazemos é o fato de o Ministério Público não ter sido chamado ao feito em nenhum momento e,**

**como fiscal da lei, deve atuar.** A sentença que homologou a transação não deve merecer respaldo jurídico e ainda vamos além disso, entendendo que o feito deve ser anulado desde o seu início pelo motivo de extrema carência processual.  
[...]

À vista do Exposto, o Procurador de Justiça se posiciona pela nulidade do presente feito, desde o seu início, por existir carência nas condições da ação, anulando-se, por via de consequência a sentença homologatória de fls.141 dos autos. Nada obstante, em caso de este Egrégio Tribunal de Justiça entender a tempestividade do recurso apelatório, somos pelo seu provimento, devendo-se em ambos os casos ser anulada a sentença homologatória.”(fls. 244/247 – ênfases acrescidas)

Assim, me acostando ao entendimento do ilustre Procurador de Justiça, tenho pela nulidade da suposta transação e da decisão judicial que a homologou, diante da ausência de demonstração de posse pela empresa apelada e pelos vícios processuais já apontados.

No entanto, dois problemas de ordem prática se colocam ao desfecho desse conturbado processo: **(1)** a impossibilidade de apreciar, nessa oportunidade, o mérito da causa, diante da impossibilidade de aplicação da **teoria da causa madura** (art. 515, §3º do CPC: “*Nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 267), o tribunal pode julgar desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento*”); e **(2)** a esta altura, escorada na decisão liminar, a autora-apelada já concluiu o empreendimento, tornando a situação irreversível no plano dos fatos, inclusive pela função social da propriedade, tendo em vista que o Harmony Center é um condomínio médico que gera centenas, talvez mais de mil empregos diretos e indiretos.

Quanto à questão da inaplicabilidade da **teoria da causa madura**, a solução é menos trabalhosa, restando tão-somente **anular todo o processo, a partir da citação**, inclusive as supostas transações (fls. 125/127 e 139/140) e a sentença homologatória. Colho, a esse respeito, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL - DIREITO CIVIL - AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE - TEORIA DA CAUSA MADURA (§ 3º DO ART. 515 DO CPC) - INAPLICABILIDADE NA HIPÓTESE DOS AUTOS.

1. Descabe a aplicação da denominada Teoria da Causa Madura, prevista no § 3º do art. 515 do CPC, se a matéria sobre a qual se debruçou o Tribunal *a quo* não é eminentemente de direito, havendo necessidade da produção de prova em torno da existência ou não de benfeitorias ou acessões na área em litígio, sob pena de cerceamento de defesa.
2. Recurso especial provido para, reformando-se o acórdão impugnado, determinar o retorno dos autos, visando a continuidade do julgamento, oportunizando-se a produção da prova requerida pelo réu. (REsp 671205/RJ, Relator(a) Ministra ELIANA CALMON, 2ª. TURMA, Publicação no DJ: 02.08.2006, p. 254)

O outro problema é a impossibilidade fática de retorno dos bens e posses à situação anterior (**status quo ante**), diante da anulação do processo que se impões, pelas razões já demonstradas.

Ora, a concessão de medida liminar em ação de reintegração de posse caracteriza-se como adiantamento da tutela jurisdicional buscada pelo autor da ação. É, portanto, exemplo típico de tutela antecipada. Assim, a exemplo da tutela antecipada prevista no artigo 273 do Código de Processo Civil, surge o problema de estabelecer as conseqüências jurídicas da revogação da medida, como conseqüência do desacolhimento,

ao final, da pretensão do autor, ou mesmo pela extinção do processo sem julgamento do mérito.

No que diz respeito à tutela antecipada típica, o legislador estabeleceu que **“A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4º e 5º, e 461-A.”** (art. 273, §3º, do CPC). Como se vê, o legislador equipara o adiantamento da prestação jurisdicional à execução provisória, sendo aplicável, em consequência, o atualmente disposto no inciso Art. 475-O, do CPC, *in verbis*:

“Art. 475-O. A execução provisória da sentença far-se-á, no que couber, do mesmo modo que a definitiva, observadas as seguintes normas: (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005)

**I – corre por iniciativa, conta e responsabilidade do exequente, que se obriga, se a sentença for reformada, a reparar os danos que o executado haja sofrido;** (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005)

**II – fica sem efeito, sobrevindo acórdão que modifique ou anule a sentença objeto da execução, restituindo-se as partes ao estado anterior e liquidados eventuais prejuízos nos mesmos autos, por arbitramento;** (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005)”

É o que ensina **Sergio Sahione Fadel**, externando ponto de vista compartilhado pela unanimidade da doutrina:

“A simples referência [...] demonstra que a responsabilidade pelos danos causados ao réu, em razão da tutela antecipada, é exclusivamente do autor.

Isso porque [...] manda restituirem-se as coisas no estado anterior, se sobrevier provimento judicial

contrário à decisão exeqüenda.

A hipótese é semelhante à do art. 811 do CPC, que cuida da responsabilidade civil do requerente da cautelar deferida, pelos prejuízos causados à parte contrária em razão da execução da medida, para o que é indiferente apurar a existência de má-fé daquele.

A exemplo do que ocorre com a execução da medida cautelar, quando o requerente vem a afinal sucumbir, no julgamento final da causa principal, nos termos do art. 811, parágrafo único do CPC, fica ele obrigado a ressarcir os danos decorrentes da execução provisória da tutela.

Tal dispositivo deve servir de parâmetro para a solução do caso, devendo ser aplicado por analogia.

**Trata-se de responsabilidade objetiva, que independe da perquirição da existência ou não de culpa, já que, promovendo a execução da tutela, o autor assume o risco das conseqüências de seu procedimento.”** (*in Antecipação da tutela no processo Civil*. São Paulo: Dialética, 1998 p. 73/73).

Idêntica solução se mostra aplicável a esta ação de reintegração, em que foi deferida medida liminar, e, agora, a sentença deve ser reformada para o fim de anular o processo, a partir da citação.

Ora, é inequívoco o ponto em comum entre as hipóteses fáticas: **os provimentos judiciais perdem sua eficácia diante de posterior sentença terminativa do feito, em desfavor do autor**. Desse modo, tornando-se indevidos, conseqüentemente, o provimento cautelar ou a execução provisória, imputou o legislador à parte sucumbente, nas hipóteses legais reguladas, a obrigação de indenizar os danos deles decorrentes. A indenização, no caso concreto, abrange, evidentemente, a impossibilidade de uso do bem desapossado, assim como a sua perda.

Daí porque, após o retorno dos autos à origem, o juiz singular deverá ouvir o Ministério Público, autorizar a produção de provas requerida pelas partes ou formar seu livre convencimento a partir do material probatório já constante dos autos, como, por exemplo, as sentenças favoráveis proferidas em ações de usucapião propostas por duas das apelantes e as fotos acostadas aos autos.

Se, **após regular tramitação**, concluir pela improcedência da reintegração de posse, deverá resolver a eventual obrigação de restabelecer a situação fática anterior em perdas e danos.

Nesse sentido, há precedentes jurisprudenciais, conforme demonstra o seguinte aresto do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS. REINTEGRAÇÃO DE POSSE QUE SE DEU POR FORÇA DE DECISÃO JUDICIAL POSTERIORMENTE REVOGADA, EM FACE DA IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO. RESPONSABILIDADE DA AUTORA PELOS DANOS DECORRENTES DO CUMPRIMENTO DA MEDIDA LIMINAR. (Tribunal de Justiça do RS, 13ª. Câmara Cível, Relator: Des. Carlos Alberto Etcheverry, Publicação no DJ do dia 02/08/2006)

Na presente hipótese, devo ressaltar que é impossível apreciar o objeto da ação de nunciação de obra nova (**Proc.: 99.02.3319-9**), anexada ao presente recurso, posto que nela não há sentença e, por conseguinte, apelação. Simplesmente, não houve prestação jurisdicional.

### **Conclusões. Dispositivo.**

Ante o exposto, CONHEÇO do recurso e LHE DOU PROVIMENTO, para:

(I) cassar a r. sentença e anular o processo, a partir da citação, inclusive as denominadas transações (fls. 125/127 e 139/140) e a sentença homologatória;

(II) determinar o retorno dos autos à origem, juntamente com o processo anexo, para que o juízo singular promova o regular prosseguimento dos processos, com oitiva do Ministério Público e produção de provas requerida pelas partes, salvo se formar seu livre convencimento a partir do material probatório já constante dos autos, como, por exemplo, as sentenças favoráveis proferidas em ações de usucapião propostas por duas das apelantes e as fotos acostadas aos autos; e

(III) esclarecer que se, após regular tramitação, o Juízo *a quo* concluir pela improcedência da reintegração de posse, deverá resolver a obrigação de restabelecer a situação fática anterior em perdas e danos.

É como voto.

Fortaleza, 04 de julho de 2007.

\*\*\*

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

**Órgão: 3ª Turma Cível.**

**Classe: APELAÇÃO CÍVEL, oriunda da 14.ª Vara Cível, Comarca de Fortaleza.**

**Processo no: 2000.0111.9884-3/1.**

**APELANTES: (1) LEALTUR – TURISMO E TRANSPORTE LTDA.**

**(2) HSBC BANK BRASIL S/A – BANCO MÚLTIPLO**

**APELADOS: (1) LEALTUR – TURISMO E TRANSPORTE LTDA.**

**(2) HSBC BANK BRASIL S/A – BANCO MÚLTIPLO**

**(3) SHEILA MARIA TRINDADE PEDROSA e outros**

**Relator: Des. José Arísio Lopes da Costa.**

**EMENTA: CIVIL. PROCESSO CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ASSALTO QUE RESULTA EM MORTE DE CLIENTE DO BANCO PROMOVIDO. DENUNCIÇÃO DA LIDE. EMPRESA QUE EXPLORA O ESTACIONAMENTO ONDE OCORREU O FATÍDICO EVENTO. IMPROCEDÊNCIA. CDC. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. DANO E NEXO CAUSAL COMPROVADOS. NEGLIGÊNCIA QUANTO AO APARATO DE SEGURANÇA CARACTERIZADA. CUMULABILIDADE DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. ALTERAÇÃO DE CRITÉRIOS PARA O CÁLCULO DOS DANOS MATERIAIS. ARBITRAMENTO DO DANO MORAL. MAJORAÇÃO DOS HONORÁRIOS DEVIDOS À LITISDENUNCIADA. RESERVA DE HONORÁRIOS.**

**1. Descabida, no caso, a denúncia da lide, uma vez que a empresa contratada para explorar o estacionamento do banco onde aconteceu o fatídico assalto tem responsabilidade apenas no tocante à guarda dos veículos dos clientes do locador.**

**2. Aplicável o CDC ao caso concreto, por tratar-se de relação típica de consumo. De conseguinte, a responsabilidade independe de culpa do fornecedor.**

**3. O simples fato de o assalto ter ocorrido na área externa da agência bancária, mais precisamente no estacionamento privativo para seus clientes, não exonera o banco de qualquer responsabilidade, mesmo porque, ao criar facilidade com o intuito de dar maior comodidade aos seus freqüentadores, atraiu a si a incumbência de implementar aparato de**

**segurança capaz de garantir a incolumidade das pessoas que utilizam o estacionamento para resolver negócios na agência bancária.**

**4. Provas que indicam negligência do banco na implementação da segurança na área do estacionamento. Dano e nexos causal entre este e a omissão do banco devidamente comprovados.**

**5. Dano patrimonial recomposto por pensão, em benefício dos promoventes, calculada multiplicando-se o número de meses faltantes até que completasse a vítima sessenta e cinco (65) anos de idade, correspondente a duzentos (200), pela renda presumida desta, de R\$ 1.600,00, apurando-se a quantia de R\$ 320.000,00, devendo ser paga aos seus filhos até o limite de vinte e quatro (24) anos de idade destes, revertendo-se, a partir dos vinte e cinco (25) anos, cada quota-parte em benefício da viúva.**

**6. A reparação por danos morais deve ser mantida em R\$ 833.800,00, por ser medida de caráter pedagógico, de modo a compelir o banco à adoção de providências que evitem a repetição de idêntico fato, ao mesmo tempo assegurando aos autores reparação plena pelo sofrimento suportado.**

**7. Majoração que se impõe aos honorários da litisdenunciada para R\$ 20.000,00.**

**8. Reserva de honorários para advogada dissidente do escritório contratado pelos autores, na ordem de 1/3 da verba.**

**9. Recursos conhecidos e parcialmente providos.**

---

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação Cível n.º 2000.0011.9884-3/1, de Fortaleza, envolvendo as partes acima aludidas.

ACORDA a Turma Julgadora da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Ceará, por unanimidade de votos, em conhecer de ambos os recursos de apelação interpostos, dando-lhes parcial provimento, para reformar a sentença recorrida nos termos do voto do Relator, parte integrante deste Acórdão.

## RELATÓRIO

Cuida-se de recursos de apelação interpostos por **LEALTUR – TURISMO E TRANSPORTE LTDA.** e **HSBC BANK BRASIL S/A – BANCO MÚLTIPLO**, de sentença do juízo da 14ª Vara Cível de Fortaleza (fls. 419/450), que julgou procedente ação ordinária de reparação de danos materiais e morais movida por **Sheila Maria Trindade Pedrosa**, seus filhos **Suyanne Maria Trindade Pedrosa** e **Antônio José Trindade Pedrosa**, representados, e **Arthur Lídio Trindade Pedrosa**, assistido, contra o **HSBC BANK BRASIL S/A – Banco Múltiplo**, em face da morte de **ANTÔNIO PEDROSA TEIXEIRA**, marido e pai dos promoventes, vítima de assalto, fato ocorrido a 21 de junho de 2000, no pátio da agência bancária do banco promovido, situada na Av. Santos Dumont nº 3.581, nesta capital.

Por reconhecimento da responsabilidade civil exclusiva do banco requerido, fundou-se a juíza *a quo* na convicção sobre que a segurança bancária deve ocorrer não só no interior da agência, também fora, no local do estacionamento, visto que este constitui um atrativo para os clientes, sendo notória a comodidade que avulta da oferta, o que traz ao banco a responsabilidade sobre perdas e danos àqueles que usufruem mencionada vantagem.

Com isso, a base de cálculo dos danos materiais foi fixada em R\$ 1.600,00 (hum mil e seiscentos reais), estabelecendo-se como limite etário para o recebimento da

pensão a data em que a vítima completaria setenta (70) anos de vida, encontrando-se 260 (duzentos e sessenta) meses, ou, em termos pecuniários, o equivalente a R\$ 416.000,00 (quatrocentos e dezesseis mil reais).

Quanto aos danos morais, igualmente reconhecidos, diante do presumido sofrimento dos familiares, foram arbitrados à razão do dobro do valor imputado aos danos materiais, ou seja, para R\$ 832.000,00 (oitocentos e trinta e dois mil reais).

No azo, a tutela antecipatória foi confirmada.

Finalmente, com a modificação inserta por julgamento de embargos declaratórios (fls. 469/473), culminou o *decisum* em condenar o banco réu a indenizar os autores na quantia de R\$ 416.900,00, por danos materiais, mais R\$ 833.800,00 a título de danos morais (fls. 476/482). Tudo devidamente corrigido pelo INPC, mais juros de 1% (hum por cento) ao mês, por marco inicial a data do evento danoso.

Ainda na oportunidade, houve a julgadora singular por rejeitar a denúncia da lide formulada pela instituição financeira promovida, para, de consequência, afastar do processo a empresa LEALTUR – TURISMO E TRANSPORTE LTDA., estabelecendo honorários advocatícios em R\$ 5.000,00, a cargo do denunciante.

Disso, a litisdenunciada LEALTUR – TURISMO E TRANSPORTE LTDA. interpôs a apelação de fls. 452/467, a se insurgir, tão somente, contra a fixação da verba honorária, pugnando por determinar-se no percentual de 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação.

De seu lado, o HSBC BANK BRASIL S/A, inconformado com a condenação imposta, assestou, também, recurso apelatório, com as razões de fls. 488/515, a reproduzir, em resenha, os mesmos argumentos antes expendidos, pleiteando a reforma da sentença de primeiro grau, em face de *error in iudicando*.

Alinha, como teses jurídicas dos seus fundamentos, a inexistência dos pressupostos da responsabilidade consumerista, exoneração de responsabilidade por culpa exclusiva da vítima, procedência da denúncia da lide,

repelindo ao final, os valores arbitrados a título de reparação.

Apelação que recebida restou apenas no efeito devolutivo, com apoio no disposto no art. 520, VII, do CPC.

Sobreveio, então, agravo de instrumento interposto pelo banco vencido (fls. 537, segs.). Recurso já julgado, entanto, em 07.01.2008, consoante se colhe por consulta ao sistema de informática desta Corte (cfr. juntada por linha - vol III).

Recursos contra-arrazoados – (fls. 521/530 - 531/536 - 548/551).

Por fim, a douta Procuradoria Geral de Justiça alvitrou em parecer de fls. 564/574, pelo parcial acolhimento do recurso apelatório do banco promovido, “(...) *para o fim de ser modificada a sentença no que toca ao ‘quantum’ fixado a título de indenização, tudo em consonância os ditames legais, bem assim, com a doutrina e a jurisprudência especializadas*” (sic).

É o relatório.

## V O T O

Conheço dos recursos, presentes os requisitos de admissibilidade.

Retrospecto.

Cuida-se de ação ordinária de reparação de danos materiais e morais movida por SHEILA MARIA TRINDADE PEDROSA e seus filhos SUYANNE MARIA TRINDADE PEDROSA, ANTÔNIO JOSÉ TRINDADE PEDROSA E ARTHUR LÍDIO TRINDADE PEDROSA, contra o HSBC BANK BRASIL S/A – BANCO MÚLTIPLO, narrando, em síntese, que a 21 de junho de 2000, o advogado Antonio Pedrosa Teixeira, marido e pai dos promoventes, ao estacionar seu veículo no pátio da agência bancária do promovido, situada na Av. Santos Dumont, n.º 3.581, nesta capital, com a intenção de proceder a depósito bancário, foi abordado por um assaltante, o qual lhe alvejou com um tiro fatal, para assegurar o produto do roubo.

Liminarmente, foi requerida pensão em caráter provisório.

Provimento deferido pelo juiz do feito, por forma de

antecipação de tutela, consoante decisão de fls. 193/197, fixando-se o pensionamento em R\$ 850,00 mensais.

Com isso, restou anunciada a interposição de agravo de instrumento junto ao eg. Tribunal de Justiça, conforme comunicação do banco às fls. 203. Recurso já julgado e arquivado, entanto, consoante se colhe por consulta ao sistema de informática desta Corte (cfr. juntada por linha - vol III).

No mérito, postularam os autores a condenação definitiva do banco demandado ao pagamento de indenização por danos materiais no valor de R\$ 423.700,00 (quatrocentos e vinte e três mil e setecentos reais), e morais em quantia não inferior a R\$ 1.000.000,00 (hum milhão de reais).

Citado, o HSBC BANK BRASIL S/A – BANCO MÚLTIPLO, em contestação de fls. 79/93, articulou preliminares de: (a) ilegitimidade passiva *ad causam* e ausência de interesse processual dos autores filhos da vítima, ao argumento de que a hipótese não comportaria multiplicidade de reparações; (b) denunciação a lide à empresa LEALTUR – TURISMO E TRANSPORTE LTDA., contratada para supostamente cuidar da segurança do estacionamento da agência bancária onde aconteceu o delito; (c) ausência dos requisitos para o deferimento da antecipação de tutela.

Preliminares rejeitadas por despacho saneador de fls. 271/273, irrecorrido.

Em tema de fundo, esposa a tese de exoneração de responsabilidade, calcado nos seguintes argumentos: (a) o *de cuius* não se achava no interior da agência no momento em que foi surpreendido pelo assaltante, o que impede qualquer responsabilização do banco quanto ao fatídico acontecimento; (b) a Lei n.º 7.102/83, sobre segurança para estabelecimentos financeiros, regulamentada pelo Decreto n.º 89.056/83, prevê plano de segurança consistente na permanência de dois vigilantes na área de circulação de pessoas, o qual foi aprovado pela Polícia Federal; (c) a descrição dos fatos caracteriza caso fortuito e força maior.

Em relação aos danos materiais e morais, o contestante afirma não haver comprovação de sua ocorrência

ou prova efetiva de prejuízo econômico sofrido pelos autores.

A sua vez, também citada, a litisdenunciada LEALTUR – TURISMO E TRANSPORTE LTDA. ofereceu contestação às fls. 145/177, suscitando, sob a forma de preliminar, ausência dos requisitos necessários à litisdenúnciação, uma vez que o contrato que a vincula ao denunciante não se trata de prestação de serviço de segurança, mas de locação do estacionamento.

Meritoriamente aduz não haver prova de negligência, imprudência ou imperícia no tocante à segurança oferecida pelo estabelecimento bancário, porquanto o plano de segurança foi aprovado pela Comissão de Vistoria, ademais, o fato configuraria caso fortuito e força maior.

Despacho saneador às fls. 271/273, dele assestando o Banco réu agravo de instrumento, conforme anunciado por fls. 280/secs. Processo extinto, contudo, por desistência do agravante, devidamente homologada (fls. 416/417).

De feito.

## **I – DO RECURSO INTERPOSTO PELO HSBC BANK BRASIL S/A- BANCO MÚLTIPLO.**

I. 1. Em primeiro plano, estou em que não merece guarida a importunação do banco apelante quanto ao afastamento processual da litisdenunciada LEALTUR – Turismo e Transporte Ltda., que lhe arrendou o pátio, para fins de exploração da atividade de estacionamento.

Realmente, na esteira da ponderação levantada pela juíza de primeiro grau, não dormita no contrato de arrendamento qualquer cláusula que designe à locatária a responsabilidade pela segurança pessoal dos usuários.

Na verdade, ao que se pode observar, a arrendatária assume responsabilidade perante os clientes do arrendante, limitada esta, porém, à segurança dos veículos estacionados na área objeto do contrato de locação. Nada mais, além disso.

Da jurisprudência pátria, extrai-se julgado que explicita entendimento da melhor doutrina civilista sobre o tema, *verbis*:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. FURTO DE VEÍCULO EM ESTACIONAMENTO PAGO. FALTA DA JUNTADA DAS RAZÕES FINAIS TEMPESTIVAMENTE PROTOCOLADAS. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. NÃO CONFIGURAÇÃO DO PREJUÍZO. PRELIMINAR REJEITADA. DEMONSTRAÇÃO DA OCORRÊNCIA DO ESTACIONAMENTO E CONSEQÜENTE FURTO. DEVER DE INDENIZAR.

**“As empresas ou pessoas físicas que exploram o estacionamento de veículos mediante pagamento firmam com o usuário contrato de depósito por tempo determinado, durante o qual o proprietário entrega a guarda ao terceiro mediante remuneração.**

**Desse modo, a responsabilidade do guardador é contratual, pois estabelece-se uma relação de resultado, cabendo-lhe devolver o bem como tal recebeu.**

**Responderá, pois, o estacionamento pelos danos causados ao veículo e pelo furto de acessórios que o equipa ou mesmo pelo furto ou roubo do próprio carro”** - (STOCO, Rui. Responsabilidade Civil e sua interpretação jurisprudencial. Editora Revista dos Tribunais, 3ª ed., São Paulo, 1997, p. 271)

[TJSC, Apelação cível número: 2000.003115-1, Des. Relator: Jorge Schaefer Martins, Data da Decisão: 24/10/2002]

Nesse passo, a Súmula nº 130 do Superior Tribunal de Justiça estabelece - **“A empresa responde, perante o cliente, pela reparação do dano ou furto de veículo ocorrido no seu estabelecimento”**.

Daí que a meu viso houve-se com acerto a sentença impugnada, por rejeitar a denúncia ofertada pela instituição bancária promovida, conseqüente afastamento da empresa

LEALTUR – Turismo e Transporte Ltda. do pólo passivo da causa.

I. 2. Adentrando ao *thema decidendum*, de todo o ponto frágeis eis que se me afiguram as colocações do banco recorrente, na tentativa de safar-se da responsabilidade que lhe compete, em razão do trágico episódio que vitimou fatalmente o marido e pai dos recorridos.

Realmente.

Dúvidas não persistem sobre a aplicação do Código de Defesa do Consumidor ao caso em questão, na medida em que a instituição bancária acionada, na relação estabelecida com o cliente que aporta em sua agência, no fito de realizar qualquer operação financeira, apresenta-se claramente como fornecedora de serviço bancário.

Entendimento que já se acha consolidado na Súmula nº 297, do Colendo STJ, conforme abaixo se depreende:

Súmula nº 297 -

**“O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras”.** (STJ, Órgão Julgador: SEGUNDA SEÇÃO, Data da Decisão 12/05/2004, Fonte DJ DATA: 09/09/2004)

E, recentemente, decidiu aquela eg. Corte de Justiça acerca da responsabilidade objetiva de estabelecimento bancário em caso semelhante, conforme julgado a seguir transcrito:

RESPONSABILIDADE CIVIL. MORTE DE MENOR. ASSALTO À AGÊNCIA BANCÁRIA. INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. *QUANTUM* INDENIZATÓRIO. RAZOABILIDADE.

**Despicienda a análise de eventual conduta culposa por parte da instituição financeira-recorrente, visto ser objetiva a sua responsabilidade em hipóteses como a dos autos. Demais disso, em razão da previsibilidade, não configura o roubo evento de força maior,**

**como pretendido.** O valor arbitrado a título de danos morais pelos juízos ordinários não se revela exagerado ou desproporcional às peculiaridades da espécie, não justificando, portanto, a excepcional intervenção desta Corte para rever o *quantum* indenizatório. Recurso especial não conhecido. (STJ - REsp 694153 / PE - QUARTA TURMA - Ministro CESAR ASFOR ROCHA - DJ 05.09.2005 p. 429).

Assim, evidente que a responsabilidade do banco apelante, *in casu*, por analisada há de ser tida à luz do art. 14, da Lei 8.078/90, que dispõe: **“O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação do serviço, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos”.**

Na hipótese dos autos, o conjunto das provas coletadas resulta sobremodo inequívoco, no sentido de evidenciar a existência do dano e do nexos causal entre este e a omissão do réu no que se refere à inadequação dos serviços prestados.

A afirmação do banco apelante sobre que providenciou todas as medidas a fim de evitar o assalto não encontra ressonância no bojo dos autos, tanto que o fato ocorreu em frente à porta giratória da agência bancária sediada na Av. Santos Dumont, nesta capital. O que se pode afirmar com absoluta certeza, mercê dos depoimentos uníssomos das testemunhas oculares do crime.

Quanto à alegada impossibilidade de se considerar a área do estacionamento como parte interna da agência bancária, tenho que isso em nada auxilia a tese exoneratória do banco.

É que o estacionamento em apreço pertence ao promovido, sendo terceirizado à excluída litisdenciada, com o intuito de facilitar a vida dos clientes da agência, proporcionando-lhes maior comodidade, constituindo, outrossim, meio de atrair nova clientela.

Seria demasiado absurdo exculpar o fornecedor por evento danoso ocorrido em sua propriedade, ao simples pretexto de que o cliente ainda não havia adentrado ao prédio da agência bancária e só ali poderia encontrar segurança.

Se o empreendimento comercial, seja ele de que forma for - hipermercado, *shopping center*, banco, loja de comércio -, cria uma facilidade ao seu cliente, ensejando maior satisfação e melhor expectativa quanto ao uso do serviço prestado, tal comportamento gera a incumbência de zelar e tomar as providências necessárias à segurança do serviço lançado no mercado de consumo.

Não é outra a visão dos Tribunais pátrios a esse respeito, senão vejamos:

APELAÇÃO CÍVEL. INDENIZATÓRIA. ASSALTO A BANCO. CLIENTE ATINGIDA POR ARMA DE FOGO. FALTA DE SEGURANÇA COMPROVADA. DEVER DE INDENIZAR.

**É dever de todo estabelecimento bancário promover as medidas necessárias para garantir a segurança de seus clientes, mormente sabendo que tais instituições são visadas por bandidos, não se podendo considerar caso fortuito o assalto nele ocorrido.**

**Considerando a falta de segurança reinante no estabelecimento quando do evento danoso, cumpre ao banco indenizar cliente que, durante assalto ocorrido na agência bancária, é atingido por disparo de arma de fogo.**

(TJSC, Apelação Cível número: 2003.005293-3, Des. Relator: Des. Carlos Prudêncio, Data da Decisão: 29/11/2005)

EMENTA: AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - RESPONSABILIDADE - **ASSALTO INICIADO EM ESTACIONAMENTO DE SHOPPING** - CDC - APLICABILIDADE - DANO MORAL - TERMO INICIAL

DE CORREÇÃO MONETÁRIA - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - MULTA. **Responde o Shopping Center réu, objetivamente, nos termos do CDC, pelo serviço prestado de maneira defeituosa, eis que não se incumbiu de zelar e tomar as providências necessárias à segurança do serviço colocado no mercado de consumo, deixando que sua cliente fosse abordada por assaltante armado em seu estacionamento.** No que diz respeito à data inicial de incidência da correção monetária, o Superior Tribunal de Justiça, nos casos de dano moral, entende ser ela devida desde a data em que foi arbitrado o valor da indenização. Não evidenciado o intento manifestamente protelatório dos embargos de declaração, é de cancelar-se a multa imposta com fulcro no art. 538, parágrafo único, do CPC. (TJMG, Número do processo: 1.0024.00.058783-2/001(1), Relator Des. EDUARDO MARINÉ DA CUNHA, Data da Publicação: 27/04/2006) .

Não se podendo olvidar, demais, que a atividade exercida pelas instituições financeiras impõe uma rigidez e controle maior no tocante à segurança, segundo se infere a teor da Lei nº 7.102/83.

Atento a essa postura rigorosa da legislação, no sentido de cobrar segurança a quem exerce atividade de cunho financeiro, é que o STJ afastou a possibilidade de alegar-se força maior nos casos em que a instituição financeira for acionada, em decorrência de assaltos, ante a própria natureza dos serviços prestados, conforme precedente que se transcreve, *verbis*:

PROCESSO CIVIL E RESPONSABILIDADE CIVIL.  
ROUBO EM AGÊNCIA BANCÁRIA. RESPONSABILIDADE DO BANCO. CASO FORTUITO OU FORÇA MAIOR. INOCORRÊNCIA. PRINCÍPIO DA

IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. CPC, ART. 132. EXEGESE. PRECEDENTES. DOCTRINA. APELO ESPECIAL. ENUNCIADO N. 7 DA SÚMULA/STJ. RECURSO DESACOLHIDO.

I – (*omissis*).

**II - Esta Corte tem entendimento firme no sentido da responsabilidade do banco por roubo ocorrido no interior de agência bancária, por ser a instituição financeira obrigada por lei (Lei n. 7.102/83) a tomar todas as cautelas necessárias a assegurar a incolumidade dos cidadãos, não podendo alegar força maior, por ser o roubo fato previsível na atividade bancária.**

III - A teor do enunciado n. 7 da súmula/STJ, o recurso especial não é a via adequada para o reexame de provas.

(STJ - REsp 227364 / AL - QUARTA TURMA - Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA - DJ 11.06.2001 p. 226).

Outro ponto a ser analisado reside na alegada reação da vítima, que teria, segundo o apelante, precipitado a agressão violenta do bandido, caracterizando culpa de terceiro.

Consoante pondera a juíza prolatora da decisão vergastada, a tentativa da vítima por livrar-se do meliante é instintiva do ser humano, quando se vê ameaçado de alguma forma, sendo perfeitamente compreensível.

Tal comportamento da inditosa vítima, *in specie*, não corta a linha do nexo causal, pois certamente se houvesse segurança armada no estacionamento, como efetivamente havia no interior da agência, outro seria o desfecho do caso, mesmo porque dificilmente algum bandido se arriscaria a tentar roubar alguém entrando ou saindo da agência bancária nas condições hipotéticas.

Tivesse observado a necessidade de contratar serviços de segurança, certamente o recorrido não teria colhido

a si a responsabilidade pelo evento. Como assim não procedeu e, com isso, expôs a vítima a iminente risco, responderá pelos danos a ela acarretados.

Dano que emerge, pois, evidente e incontestável, *in casu*.

A prova documental, leia-se certidão de óbito (fls. 24), com os aditamentos da prova testemunhal (fls. 334/340 – 340/348 – 357/360), que dispensa transcrições, é mais que suficiente à finalidade de prová-lo.

Presente, ademais, o nexu causal entre a omissão do banco em prover segurança na área do estacionamento da agência e o fatídico evento que ceifou a vida da inditosa vítima. É o quanto basta para o indeclinável dever de indenizar.

De outro vértice, no tocante aos danos morais e materiais, urge destacar que atualmente não mais se discute sobre que um único evento danoso pode originar indenizações distintas.

Esse entendimento, aliás, está estampado no verbete da Súmula n.º 37 do Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

**“São acumuláveis as indenizações por dano material e moral oriundos do mesmo fato”.**

Termos em que forçoso reconhecer-se a responsabilidade do banco apelante pelo sinistro, com o conseqüente dever de pensionamento da família da vítima, a título de danos materiais.

Nesse tanto, os parâmetros utilizados pela julgadora singular, na elaboração do cálculo, mostram-se, ao meu sentir, um tanto destoantes da realidade jurisprudencial do Colendo STJ, porquanto a idade provável da morte da pessoa humana continua sendo de sessenta e cinco (65) anos, devendo a pensão, no caso vertente, ser paga aos filhos da vítima até o aniversário de vinte e cinco (25) anos, revertendo-se cada quota-parte em benefício da viúva, a partir deste momento.

Confira-se, nesse sentido:

**Ementa**

**CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ACIDENTE DE TRABALHO COM VÍTIMA FATAL, ESPOSO E PAI DOS AUTORES. ACÓRDÃO. NULIDADE NÃO CONFIGURADA. DANO MORAL. FIXAÇÃO. RAZOABILIDADE. DIREITO DE ACRESCEER ASSEGURADO. TERMO AD QUEM. IDADE DE FORMAÇÃO UNIVERSITÁRIA. VIÚVA. CASAMENTO. DECISÃO CONDICIONAL. DESCABIMENTO. RESSARCIMENTO. NATUREZA. HONORÁRIOS. BASE DE CÁLCULO. CONDENAÇÃO.**

**I. Não padece de nulidade o acórdão que enfrenta, suficientemente, as questões essenciais controvertidas, apenas com conclusões desfavoráveis às pretensões da parte ré.**

**II. Dano moral fixado em parâmetro razoável, inexistindo abuso a justificar a excepcional intervenção do STJ a respeito.**

**III. O beneficiário da pensão decorrente de ilícito civil tem direito de acrescer à sua quota o montante devido a esse título aos filhos da vítima do sinistro acidentário, que deixarem de perceber a verba a qualquer título. Precedentes do STJ.**

**IV. O pensionamento em favor dos filhos menores do *de cujus* tem como limite a idade de 24 (vinte e quatro) anos dos beneficiários, marco em que se considera estar concluída a sua formação universitária, que os habilita ao pleno exercício da atividade profissional. Precedentes do STJ.**

**V. Honorários advocatícios incidentes sobre a condenação, assim consideradas as verbas vencidas e doze das prestações vincendas. VI.**

**Recurso especial conhecido em parte e parcialmente provido.**

(REsp 530618 / MG, T4 - QUARTA TURMA, Relator(a): Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, DJ 07.03.2005 p. 260)

Noutro ponto, estou em que se houve com acerto a d. juíza *a quo*, todavia, no pertinente à base de cálculo, já que a testemunha colega de profissão do inditoso Antonio Pedrosa Teixeira, em depoimento de fls. 347/348, assegura que este não auferia renda inferior a R\$ 3.000,00 (três mil reais) mensais.

Passando-se, então, aos danos morais, que ressumam também incontestes na espécie.

Indiscutível é que a morte do marido e pai, como no preciso caso dos autos, importa causa de imensa dor e aflição aos familiares, tanto pela perda do ente querido, quanto em face da brutal queda no poder aquisitivo de seus dependentes, já que a vítima se constituía como arrimo de família.

Quanto ao valor arbitrado a título de danos morais, imperioso lembrar que expurgado está o sistema de tarifação, como assinala DARCY ARRUDA MIRANDA, para quem - "***A Constituição Federal de 1988 acabou com as limitações de tempo e valor para as ações de reparação de danos materiais e morais***" (in 'Comentários à Lei de Imprensa', 3ª ed., RT, 1995, p.734).

Significando dizer que caberá, então, ao julgador, mediante uma análise ponderada e equilibrada de tais parâmetros, estabelecer uma indenização condizente com a realidade social, recorrendo, para tanto, à sua própria experiência de vida e ao bom senso, a fim de alcançar um patamar razoável capaz de satisfazer a pretensão daquele que sofreu o dano, sem acarretar enriquecimento sem causa.

No entendimento sobre que o fator pedagógico também deve ser bastante sopesado, mormente quando a responsabilidade pela indenização recai sobre pessoa jurídica de tamanho e pujança econômica do Banco promovido, não

sendo qualquer reparação que irá forçá-lo a medidas que coibam eventos futuros da mesma natureza do apreciado neste processo.

Donde, concluo que é de ser mantida a quantia estabelecida na sentença, de R\$ 833.800,00 (oitocentos e trinta e três mil e oitocentos reais) a constituir em si um valor justo, nada absurdo, não se revelando exagerado ou desproporcional às peculiaridades da espécie, daí que nada justificando a excepcional intervenção desta Corte para rever o *quantum* indenizatório, como pretendido.

Sob tais balizas, considerando o que tudo exposto, *ut supra*, sou pelo provimento parcial do apelo do banco promovido, apenas no alusivo à quantificação dos danos materiais.

Dano patrimonial recomposto por pensão mensal, em benefício dos promoventes, calculada multiplicando-se duzentos (200), correspondente ao número de meses faltantes, até que completasse a vítima sessenta e cinco (65) anos de idade, pela renda presumida desta, de R\$ 1.600,00, apurando-se a quantia de R\$ 320.000,00 (trezentos e vinte mil reais), devendo ser paga aos seus filhos até o limite de vinte e quatro (24) anos de idade destes, revertendo-se, a partir dos vinte e cinco (25) anos, cada quota-parte em benefício da viúva.

Mantendo-se, de resto, os mesmos parâmetros da sentença para correção monetária e juros de mora.

## **II – DO RECURSO DA LITISDENUNCIADA LEALTUR – TURISMO E TRANSPORTE LTDA.**

De feito.

Considerando que se cuida de lide secundária em relação àquela inicialmente ajuizada, uma vez julgada improcedente a denúncia da lide, incide não a norma do parágrafo 3º do art 20, CPC, como quer a apelante, reservada apenas para a hipótese de condenação, mas a regra contida no parágrafo 4º, do mesmo artigo, que determina a fixação dos

honorários advocatícios consoante apreciação eqüitativa do juiz, com a observância dos critérios das alíneas *a*, *b*, *c*, do § 3º do art. 20, do CPC.

Pecou a juíza, a meu ver, apenas por estabelecer valor um pouco acanhado para a verba honorária, *in casu*, pois embora o incidente processual não tenha a dimensão da ação principal, os efeitos da exclusão da litisdenunciada a alforriaram de arcar solidariamente com indenização vultosa, como vimos alhures, excedente a meio milhão de reais, somente a título de danos morais.

Destarte, dada a importância da lide incidental, tenho que o valor arbitrado aos honorários advocatícios deve ser majorado para vinte mil reais (R\$ 20.000,00), providência que ora se adota.

### III – DO PEDIDO DE RESERVA DE HONORÁRIOS

Em petição de fls. 517/518, a Dra. Sônia Chagas (OAB /CE. 6.506), advogada dissidente do escritório Paulo Quezado, requesta reserva de honorários, por sua participação no feito, na qualidade de causídica dos autores.

Com efeito, seu direito deflui do disposto no artigo 23, da Lei 8.906 de 04.07.1994, *litteris*:

**Art. 23. Os honorários incluídos na condenação, por arbitramento ou sucumbência, pertencem ao advogado, tendo este direito autônomo para executar a sentença nesta parte, podendo requerer que o precatório, quando necessário, seja expedido em seu favor.**

Aliás, hoje é indiscutível o direito autônomo do advogado que efetivamente prestou serviços em processo judicial de pleitear mediante ação executiva os honorários devidos em função de sanção sucumbencial.

Este é também o entendimento esposado pelo egrégio Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

**Ementa:**

**PROCESSUAL CIVIL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SENTENÇA QUE FIXA OS HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA. TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL. EXECUÇÃO AUTÔNOMA. ART. 24, § 1º DA LEI Nº 8.906/94. POSSIBILIDADE.**

**1. Sendo a Lei nº 8.906/94 especial em face do CPC, deve reger a matéria relativa à competência para a execução de honorários advocatícios de sucumbência, em detrimento do art. 575, II do CPC.**

**2. A regra inserta no § 1º do artigo 24 da Lei nº 8.906/94 instituiu para o advogado a faculdade jurídica de natureza instrumental de executar os honorários sucumbenciais na própria ação em que tenha atuado, se assim lhe convier.**

**3. Se a execução nos próprios autos é faculdade conferida ao advogado, é de se entender possível a execução em ação autônoma.**

**4. Entendimento reforçado pela exegese do art. 23 da Lei nº 8.906/94, que dispõe pertencerem ao advogado os honorários incluídos na condenação, conferindo-lhe o direito autônomo para executar a sentença nesta parte.**

**5. Recurso especial improvido.**

(Processo REsp 595242/SP; RECURSO ESPECIAL 2003/0174449-5 - Relator(a) Ministro CASTRO MEIRA (1125) - Órgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA - Data do Julgamento 22/03/2005 - Data da Publicação/Fonte DJ 16.05.2005 p. 304).

No caso específico da advogada requerente, observo que referida profissional assinou a maior parte das petições formuladas pelos demandantes, tendo, inclusive, participado de todas as audiências realizadas na fase instrutória, objetivando a coleta dos depoimentos pessoais e das testemunhas, o que

evidencia seu direito a um percentual proporcionalmente razoável, levando-se em conta, de igual modo, o empenho e seriedade com que se houve no serviço prestado.

Com baliza nestas considerações, arbitro os honorários da postulante na ordem de 1/3 (um terço) incidente sobre o total dos honorários sucumbenciais a serem percebidos pelos causídicos representantes dos autores.

**NESTAS CONDIÇÕES**, conheço de ambos os recursos interpostos e dou-lhes parcial provimento.

Assim, no tocante à apelação do HSBC Bank Brasil S/A – Banco Múltiplo, (1) fica mantido o *quantum* indenizatório a que restou condenado a título de danos morais, em prol dos autores, no valor de **R\$ 833.800,00** (oitocentos e trinta e três mil e oitocentos reais), a ser pago em parcela única, esclarecendo-se que a correção monetária deve incidir a partir da sua fixação pela sentença monocrática; (2) reforma-se a sentença recorrida, apenas para reduzir o valor da reparação em danos materiais de R\$ 416.000,00 (quatrocentos e dezesseis mil reais) para **R\$ 320.000,00** (trezentos e vinte mil reais), valor dos danos materiais recompostos por pensão mensal, na forma acima explicitada (v. p. 19).

Referente aos juros de mora – contados a partir do ato ilícito para a reparação por dano moral e a partir do vencimento de cada parcela a ser reembolsada, para o dano material -, seguindo orientação recente adotada pelo Colendo STJ, (hipótese de juros não pactuados) é de fixar-se em 6% (seis por cento) ao ano - ou 0,5% ao mês - para o período compreendido entre o dano e até enquanto vigente o Código Civil de 1916 (art. 1.962), e em 12% (doze por cento) ao ano – ou 1% ao mês - a partir da vigência do novo CC/2002 (art. 406).

Quanto ao recurso da empresa LEALTUR – Turismo e Transporte Ltda., modifica-se a sentença, apenas a efeito de majorar para R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) a verba honorária a que faz jus o seu patrono, em face da sucumbência do denunciante, nos termos e fundamentos acima alinhados.

É como voto.

Fortaleza, 03 de março de 2008.

\*\*\*

---

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

**PROCESSO Nº 2001.0000.3403-6/0**

**TIPOS DO RECURSO: Apelação Cível**

**AÇÃO DE ORIGEM: Ordinária de Cobrança**

**COMARCA: Redenção**

**PARTES:**

**Apelante: Antônio José Sampaio Ferreira**

**Apelada: Vera Lúcia Alves Costa**

**Relator: Des. João de Deus Barros Bringel**

**Órgão Julgador: 2ª Câmara Cível**

**EMENTA. CONTRATO VERBAL DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. LEI 8.906/94. COMPROVAÇÃO DA EFETIVA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. DÚVIDA ACERCA DO PERCENTUAL FIXADO ENTRE AS PARTES QUE NÃO AFASTA A PROCEDÊNCIA DO PEDIDO AUTURAL, MAS IMPÕE QUE O VALOR SEJA ESTABELECIDO COM BASE NA TABELA DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, E NÃO PELO INDICADO NA PREAMBULAR DA AÇÃO DE COBRANÇA. RECURSO DE APELAÇÃO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.**

Vistos, relatados e discutidos os autos da apelação cível nº. 2001.0000.3403-6/0, 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 dar-lhe parcial provimento, nos termos do voto do Relator.

**R e l a t ó r i o**

Cuida-se de recurso de apelação visando à reforma da sentença em que o Dr. Juiz de Direito da comarca de Redenção, às fls. 71/74, destes autos, julgou improcedente ação ordinária de cobrança de honorários advocatícios, em desfavor do apelante Antônio José Sampaio Ferreira.

Na inicial da referida ação, aduziu o recorrente que a apelada Vera Lúcia Alves Costa, firmara acordo perante a Junta de Conciliação de Baturité, para recebimento de verba trabalhista, negando-se, contudo, a passar-lhe os honorários alusivos aos trabalhos que lhe foram prestados, resultante de contrato verbal, na base de 20% (vinte por cento) do que realmente recebera, percentual fixado na sentença que acolheu a reclamatória.

Após colhida a defesa e realizada a instrução, a Dra. Juíza de Direito da comarca de Redenção, perante quem fora ajuizada a aludida ação, desacolheu a pretensão do recorrente, por entender insatisfatória a prova feita pelo apelante, o que ensejou a presente inconformação, dizendo o mesmo que a prova testemunhal repousante nos autos confirma os serviços prestados à recorrida.

O recurso foi rebatido às fls. 87/88, dizendo a recorrida que jamais contratou o recorrente para atuar como seu advogado na reclamação trabalhista já referida, não fazendo ele, assim, direito à verba pretendida e, acertadamente, desacolhida pelo órgão julgador singular.

É o relatório, com o registro de que os presentes autos me foram redistribuídos, no ano próximo passado, com inúmeros outros, pelo que se convencionou denominar de *herança*.

### **V o t o**

A análise dos autos revela, conforme bem apontou a magistrada singular, que restou inequívoco a efetiva prestação de serviços pelo advogado recorrente à recorrida.

De fato, seja pela cópia da inicial da ação ajuizada pela apelada através do apelante (fls. 05/08), ou pela própria peça contestatória que confessa a contratação (não obstante afirmar

logo em seguida que não houve contrato verbal acerca dos honorários advocatícios), o que é certo é que o advogado Antônio José Sampaio Ferreira apresentou em 25 de abril de 1994, junto ao Exmo. Sr. Dr. Juiz Presidente da extinta JCJ de Baturité-CE, reclamação trabalhista em que figuravam como autores Maria Luiza Paulo da Silva, Maria de Fátima Martins Rodrigues, Marta Caetano da Silva, Maria das Graças Silva Santos, Francisca Antônia Pereira Souza, Carmen Helena Rodrigues Pereira, **Vera Lúcia Alves Costa**, Maria Auxiliadora Gomes e Maria Liduina Gomes da Silva, e como réu o Município de Redenção.

Restando, portanto, comprovada a prestação dos serviços profissionais pelo apelante em favor da apelada, mostre-se devida a sua contraprestação, posto que esta última não logrou êxito em comprovar o pagamento do referido serviço, ônus que lhe cabia, nos termos do artigo 333, II, do Código de Processo Civil.

É que, diferentemente do que deseja, os documentos de fls. 30 e 31, não comprovam o pagamento dos honorários do causídico contratado, mas sim o depósito do cheque, pelo demandado na ação trabalhista (Município de Redenção), dos honorários de sucumbência devidos ao advogado dos demandantes pela procedência do pedido feito na reclamatória.

A comprovação de que houve efetiva prestação de serviço, torna aplicável ao caso em comento os artigos 22, *caput* e §2º e 24, §3º, ambos da Lei 8.906/94 (Estatuto da OAB).

Senão, vejamos:

Art. 22. A prestação de serviço profissional assegura aos inscritos na OAB o direito aos honorários convencionados, aos fixados por arbitramento judicial e aos de sucumbência.

(...)

§ 2º Na falta de estipulação ou de acordo, os honorários são fixados por arbitramento judicial, em remuneração compatível com o trabalho e o valor econômico da questão, não podendo ser inferiores aos estabelecidos na tabela organizada pelo

Conselho Seccional da OAB.

Art. 24.(...)

§ 3º É nula qualquer disposição, cláusula, regulamento ou convenção individual ou coletiva que retire do advogado o direito ao recebimento dos honorários de sucumbência.

Destaque-se que o fato de o contrato entre as partes ser verbal não é motivo para afastar a pretensão do apelante, pois em nada prejudica a relação profissional existente entre ambos, a qual está amplamente provada no feito processual, não havendo demonstração, por outro lado, acerca do percentual fixado entre as partes.

Com efeito, o simples testemunho de fls. 61/62, da Sra. Maria do Socorro Mendes Vasconcelos, que foi arrolada pelo apelante, afirmando que este firmou contratos semelhantes aos da recorrida, inclusive com a sua pessoa, onde fixou o percentual de 20% (vinte por cento) de honorários advocatícios nada diz, já que, não se sabe ao certo se as ações a que a testemunha se refere apresentam de fato semelhança, ou se foram ajuizadas na mesma época, ou mesmo se para a recorrida o recorrente não teria feito uma exceção fixando-lhe percentual menor.

Deveria o apelante ter arrolado como testemunha um dos litisconsortes ativos da apelada na ação trabalhista que patrocinou, e não pessoa estranha àquela lide.

Da mesma forma, o testemunho da Sra. Maria Edileuza Ferreira da Silva, que foi arrolada pela recorrida, afirmando que a Dona Socorro, que foi apresentada como Presidente do Sindicato, convidou-a para ingressar com reclamação trabalhista, onde seria repassado ao advogado responsável 20% (vinte por cento) do montante recebido a título de honorários advocatícios, nada diz, pois, tendo sido a reunião prévia à contratação, é perfeitamente possível que as partes tenham ajustado uma redução do percentual inicialmente indicado.

A ausência de comprovação do percentual fixado entre as partes, todavia, diversamente do que entendeu a juíza

sentenciante, não leva à improcedência do feito, mas tão somente ao não acolhimento do valor indicado pelo requerente, para que seja fixado em seu benefício quantia justa, nunca inferior ao previsto na Tabela da Ordem dos Advogados do Brasil.

Nesse sentido, vejamos:

**EMENTA: AÇÃO DE COBRANÇA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CONTRATO VERBAL. INCONTROVERSA A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS E O NÃO PAGAMENTO DA VERBA HONORÁRIA CONTRATUAL DEVIDA. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO QUE TEM COMO FUNDAMENTO A TABELA DA OAB-RS, EM VALOR JUSTO E ADEQUADO A REMUNERAR OS SERVIÇOS PRESTADOS. JUROS MORATÓRIOS. OS JUROS MORATÓRIOS INCIDEM, NA ESPÉCIE, A PARTIR DA CITAÇÃO, NOS TERMOS DO ART. 219 DO CPC. DERAM PROVIMENTO, EM PARTE, AO APELO. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70020654109, Décima Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Otávio Augusto de Freitas Barcellos, Julgado em 26/03/2008).**

**EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. COBRANÇA DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CONTRATO VERBAL. SERVIÇOS PRESTADOS. Restando comprovada a prestação dos serviços profissionais pelo autor em favor do requerido, mostra-se devida a contra-prestação, a qual não foi comprovada nos autos. POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO. (Apelação Cível Nº 70021647185, Décima Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Angelo Maraninchi Giannakos, Julgado em 19/03/2008)**

Assim sendo, tratando-se de contrato verbal de prestação de serviços advocatícios e sem qualquer outro dado comprobatório nos autos, devem os honorários ser fixados com base na Tabela da Ordem dos Advogados do Brasil, vigente à época da contratação.

Do exposto, com base nas razões aqui constantes, conheço do recurso e dou-lhe parcial provimento para, reformando a sentença de primeiro grau, condenar a recorrida no pagamento de verbas honorárias em valor compatível com o **mínimo** apresentado na Tabela da OAB-CE do ano de 1994, para o ajuizamento de reclamação trabalhista, desde que não ultrapasse o valor pretendido pelo recorrente (20% sobre o montante efetivamente recebido pela recorrida).

Determino a inversão do ônus de sucumbência.

É como voto.

Fortaleza, 14 de maio de 2008.

\*\*\*

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

**PROCESSO: 2001.0000.9541-8**

**NATUREZA: APELAÇÃO CÍVEL**

**COMARCA: ARACATI**

**PARTES:**

**APELANTES: BANCO DO BRASIL S.A.**

**ARMANDO PRAÇA AGRICULTURA COMÉRCIO E EXPORTAÇÃO LTDA – APACEL,  
ARNALDO JOSÉ RODRIGUES PRAÇA,  
ARMANDO JOSÉ RODRIGUES PRAÇA e  
MÁRIO GURJÃO PESSOA.**

**APELADOS : OS MESMOS APELANTES.**

**RELATORA: DES<sup>a</sup>. GIZELA NUNES DA COSTA**

**EMENTA – PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO DE**

**TÍTULO JUDICIAL. DISPARIDADE ENTRE O COMANDO DA SENTENÇA E A CONTA DE LIQUIDAÇÃO, INCLUSIVE EM RELAÇÃO AO CRITÉRIO UTILIZADO PARA A FIXAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.**

1. A execução de título judicial adstringe-se à condenação exposta na sentença transitada em julgado, sendo defeso ao julgador extrapolar os limites definidos no título executivo, respeitada a eficácia preclusiva do julgado.(CPC, art. 474).

2. A sentença transitada em julgado deve ser executada nos exatos termos em que foi proferida, inclusive em relação ao critério utilizado para a fixação dos honorários advocatícios.

3. Ocorre ofensa à coisa julgada quando, em sede de liquidação, tais parâmetros restam alterados pelo julgador.

4. Preliminares de ofensa ao princípio do contraditório e da ampla defesa no curso dilatatório da perícia; de violação ao art. 437 do CPC pela negativa de nova perícia; de nulidade da decisão recorrida por negativa aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Caracterização inocorrente. Rejeição consectária.

5. Recurso adesivo dos segundos apelantes a pugnar pela majoração da base de cálculo da verba honorária resultante de sentença ditada em sede de Embargos à Execução. Improvimento.

5.1. Sendo os embargos parciais, os honorários do advogado dos embargantes que saíram vitoriosos, devem incidir sobre o que conseguiram deduzir do valor executado, e não sobre o total da execução.

6. Embargos de declaração opostos à decisão

**primária executada. Imposição de multa. Insubsistência, por não desvelado seu caráter protelatório.**

**7. Apelo do primeiro apelante parcialmente provido. Improvido o recurso adesivo dos apelados. Custas e despesas processuais pro rata. Sem honorários.**

**Vistos, relatados e discutidos** os presentes autos de apelação cível nº 2001.0000.9541-8, de Aracati, em que são partes as acima indicadas.

**ACORDA** a 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em julgamento de turma e à unanimidade de votos, em conhecer de ambos os recursos, provendo parcialmente o manejado pelo **Banco do Brasil S. A.** e negando provimento ao recurso adesivo suscitado por Armando Praça Agricultura Comércio e Exportação Ltda – APACEL, Arnaldo José Rodrigues Praça, Armando José Rodrigues Praça e Mário Gurjão Pessoa, nos termos do voto da relatora. Integra este o relatório lançado nos autos na forma do art. 88, § 4º, do RITJCE.

## **VOTO**

Examino, de primeiro, as três preliminares articuladas pelo Banco/apelante, e indicadas no relatório lido. A primeira e a segunda, sinale-se, igualmente emolduradas no juízo planicial, sob o *nomen juris* de **agravo retido**, e, por cujo conhecimento nesta instância revisora se acha ele a proclamar, com arrimo no art. 523 do CPC.

A primeira diz com a ofensa ao princípio do contraditório e da ampla defesa, ao argumento singular de a seu assistente técnico nem sempre haver sido oportunizada a regular oitiva nos autos. A prova estampada nos fólios, por meridiana e indubitosa, não favorece a insurreição do apelante neste particular. Transluz, sem dificuldade, à observação mais perfunctória, a inexistência do alegado cerceamento de defesa, até porque, dantes, como após a perícia contábil produzida, seu

assistente técnico, bem como, seu próprio patrono judicial, intervieram no feito, quer com a apresentação de laudo técnico acessório, quer com a formulação de quesitos que foram respondidos pelo vistor oficial, quer, enfim, participando da audiência aprazada para a ouvida do **expert** do juízo. Daí porque rejeito dita preliminar.

A segunda preliminar diz com o reclamo de nova perícia contábil. Proclamada pelo apelante, com fincas no art. 437 do CPC, ao argumento de não restar suficientemente esclarecida a matéria tratada nos autos, impossível, entretanto, se torna de ser atendida nesta quadra recursal, por preclusa lhe restar a faculdade de repeti-la agora. Assim, a rejeito.

A terceira preliminar diz com a nulidade da decisão por negativa aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. A juízo da instituição financeira apelante os números apresentados na sentença objurgada, albergariam valores astronômicos, que não guardam a mais mínima identidade com os padrões comuns da realidade fática hospedada nos autos, ferindo, destarte, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, e com isto, tornando nula a decisão assim moldada. Ao malsinar com essa construção o **decisum** primário, volve-se o banco/ apelante contra o valor da condenação na verba honoratícia que lhe restou imposta, valor este que, se excessivo ou não, se justo ou injusto, só poderá ser apreciado na solução do mérito que adiante se fará, nunca, mais nunca, em sede de preliminar, mesmo porque, são outros os elementos a merecerem avaliação naquela quadra recursal. Rejeito, pois, a preliminar recitada.

Superadas as preliminares supraditas, passo ao exame do mérito. Neste propósito, por força, ademais, da regra ínsita no art. 515, **caput**, do CPC, a textuar que **“a apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada”**, imperioso se faz conhecer, **prima facie**, e em toda sua extensão, as **decisões judiciais** preexistentes, ditadas em primeiro, segundo e terceiro graus, e que deveriam ter sido tomadas como prumo e norte pelo julgador primário, ao ordenar a liquidação da sentença na hipótese em vertência.

Armando Praça Agricultura Comércio e Exportação Ltda. – APACEL, e seus dirigentes, na qualidade de fiadores, embargaram a execução movida em 28.12.90 em seu desfavor pelo Banco do Brasil S.A. pelo valor de Cr\$119.976.758,06 (cento e dezenove milhões, novecentos e setenta e seis mil, setecentos e cinquenta e oito cruzeiros e seis centavos), atualizado até 01.12.90, perante o Juízo de Direito da 2ª Vara da Comarca de Aracati, (fls. 93/94 – 1º volume dos autos), fundada em Escritura Pública de Confissão e Assunção de Dívidas com Garantia Hipotecária, Pignoratícia e Fidejussória, firmada em 26.01.90, (fls. 84/92), no valor nominal de NCZ\$9.919.702,00, (nove milhões, novecentos e dezenove mil, setecentos e dois cruzados novos), padrão monetário da época, argüindo que referido título servira para consolidar dívidas já existentes, mas, que incluía débitos quitados, total ou parcialmente, além de conter juros extorsivos, correção monetária não contratada, e indevida capitalização de juros.

A sentença hospedada às fls. 50/59 do 1º volume do vertente caderno processual, julgou **parcialmente** procedentes os embargos, determinando, em ressumta: **1- a exclusão do corpo da prefalada Escritura de Confissão e Assunção de Dívidas, e, consecutariamente, do montante do crédito exequendo, da Nota Promissória nº 01, no valor nominal de NCZ\$184.466,97, (cento e oitenta e quatro mil, quatrocentos e sessenta e seis cruzados novos e noventa e sete centavos), padrão monetário da época, oriunda do empréstimo agrícola nº 86/00288-0; do Contrato Agrícola nº 86/002289-9, do valor nominal de NCZ\$451,46, (quatrocentos e cinquenta e um cruzados novos e quarenta e seis centavos); e ainda, do Contrato Agrícola nº 86/00292-9, no valor de NCZ 705,24, (setecentos e cinco cruzados novos e vinte e quatro centavos); 2 – a prossecução da execução no tocante ao remanescente credor ou devedor, conforme resultar em execução de sentença, na qual deverá ser computado tudo quanto os embargantes pagaram por conta da dívida, tornando sem validade a nova estipulação de juros e correção monetária constante da mesma, que ficarão**

***restritos às regras vigentes às datas dos descontos dos títulos, e ao que ficou estipulado nos contratos originários do restante da dívida; 3 – o abatimento do montante da dívida exequenda do valor da Nota Promissória sobredita, acrescido de juros e correção; 4 - a devolução em dobro pelo embargado dos valores excluídos, na forma do art. 1.531 do CC, mais juros e correção monetária a serem apurados em execução de sentença; 5 - a condenação do embargado em custas processuais e honorários advocatícios, estes no percentual de vinte por cento sobre o valor dado à execução.***

O Banco apelou do ***decisum***, e esta 2ª Câmara Cível confirmou, ***in integrum***, a decisão proferida nos recitados Embargos do Devedor. (fls. 61/78).

Rejeitados seus embargos de declaração, o Banco do Brasil ingressou perante o eg. Superior Tribunal de Justiça com recurso especial, fundado nas duas alíneas do permissivo constitucional, alegando violação ao disposto no Dec. 22.626/33, art. 21, ao art. 460 do CPC, e ao art. 1.531 do CC, além de divergência jurisprudencial, inclusive das Súmulas 596 do STF e 16 e 93 do STJ, entendendo que, diante da sucumbência recíproca ocorrida nos Embargos, deveria ter sido aplicado o disposto no art. 21 do CPC; além disso, e ainda quanto aos honorários, o v. acórdão, ao deferi-lo sobre o valor dado à execução, e não sobre o valor da causa, como pedido na inicial dos embargos, teria violado a regra do art. 460 do CPC. O recurso especial, à unanimidade de votos, foi parcialmente provido por violação ao art. 460 do CPC, e, nessa parte, lhe foi dado provimento, para ***reduzir a base de cálculo dos honorários, que incidirão sobre o valor do que foi reduzido na execução.***

O acórdão daquele sodalício superior, (fls. 76/83), acha-se assim ementado:

***“EMBARGOS Á EXECUÇÃO. Honorários de advogado. Sendo os embargos parciais, os honorários do advogado dos embargantes que saíram vitoriosos, devem incidir sobre o que***

***conseguiram deduzir do valor executado e não sobre o total da execução. Recurso conhecido e em parte provido.”***

(Recurso Especial nº 120.895-CE – Recorrente: Banco do Brasil S.A. – Recorridos: Armando Praça Agricultura Comércio e Exportação Ltda. e Outros.. Rel. Min. Barros Monteiro., julgado em 16.12.97).

As decisões sobredestacadas, a meu aviso, seriam o roteiro basilar, seguro e incontrastável para a liquidação do julgado ora adversado. E força é reconhecer que o julgador primário, no particular, laborou em seara estranha à messe, sufragando a conclusão pericial do vistor do juízo que, ***motu próprio***, se afastou do regramento construído nessas decisões, para apontar valores astronômicos que não guardam a mais mínima identidade com os termos da condenação imposta ao Banco/apelante, em especial, na parte relativa à verba honorária, que sobre delirante e astronômica, se desafeiçoa com o que decidido pelo eg. Superior Tribunal de Justiça, chegando à cifra, pasme-se, de **R\$31.132.697,30 (trinta e um milhões, cento e trinta e dois mil, seiscentos e noventa e sete reais e trinta centavos)**. (fl. 931).

Em se tratando de perícia contábil produzida em sede judicial, não se há de olvidar que há critérios legais imperativos, indeclináveis, preestabelecidos para a sua concreta feitura, não podendo o perito relegá-los ao oblívio completo, induzindo a erro o julgador, e, com isto, oportunizando gravame às partes. Trata-se de inobservância de regra técnica de profissão, até porque, a perícia na espécie solvenda, como no processo em geral, não é algo de que possa dispor o perito com alvedrio absoluto.

Enxergo, no cotejo estabelecido entre o que restou decidido na sentença primária que solucionou os embargos do devedor e no que ficou assentado pelo Superior Tribunal de Justiça, e a conclusão a que chegou o experto do juízo, haver este em seu trabalho desprezado os euremas básicos de sua feitura. Nesse seu ***modus agendi*** entremostrou-se desatento, fazendo assentar suas conclusões em dados que,

evidentemente, não guardam sintonia com os termos da condenação, e equivocado, ao desatender-se com os parâmetros ditados nessa condenação. E tanto é verdade que chegou em seu cálculo a estabelecer **três parâmetros** para a fixação da verba honorária: primeiro parâmetro: **R\$31.332.697,30 (trinta e um milhões, trezentos e trinta e dois mil, seiscentos e noventa e sete reais e trinta centavos)**; segundo parâmetro: **R\$70.445.123,60 (setenta milhões, quatrocentos e quarenta e cinco mil, cento e vinte e três reais e sessenta centavos)**; terceiro parâmetro: **R\$50.788.910,45 (cinquenta milhões, setecentos e oitenta e oito mil, novecentos e dez reais e quarenta e cinco centavos)**. Essa diversidade de valores, a meu sentir, reflete a ausência da parte do perito de elementos concretos para definir o *quantum debeatur* sob a rubrica de honorários advocatícios. Não menos digno de registro é a decisão hostilizada no particular. Definiu o primeiro parâmetro como valor da condenação, única e tão-só, em razão do princípio da menor onerosidade da execução, insito no art. 620 do CPC. A condenação, como tal, entremostra-se aleatória, como aleatório foi o cálculo do perito no particular. Não parou por aí a sentença atacada. Foi mais longe, quando pontuou que “**não cabe ao juízo avaliar a dimensão dessas quantias**” É o caso de se indagar: a afirmativa do perito no processo tem cunho de verdade dogmática?

Não me parece fastidioso e inútil definir os termos da condenação que oportunizaram a liquidação de sentença que aqui impugnam ambas as partes, porque, a partir desses pressupostos, fácil é concluir-se, em princípio, que a perícia realizada e a sentença guerreada, se afastaram, *in vero*, desses mesmos padrões, circunstância que está a recomendar a reforma do julgado, com vistas, ademais, à prossecução ulterior da execução pelo Banco/apelante contra os apelados, para se ver ressarcido do crédito que diz possuir contra estes.

Relevante, de outra sorte, que se tenha em consideração que a decisão primária que solucionou os **embargos do devedor**, (fls. 50/60 – 1º volume dos autos), apenas, e tão-só, deu pelo seu provimento parcial. E por quê?

Porque, à instância dos próprios embargantes/apelados, mandou excluir do rol dos 16 (dezesseis) títulos formadores da multicitada Escritura Pública de Confissão e Assunção de Dívidas, lastreadora da execução, três (03) títulos, preferencialmente aludidos, e prosseguir a execução com relação aos títulos remanescentes; dedução em dobro dos valores representativos dos três (03) títulos excluídos, com juros e correção. Ditos pontos, de anotar, foram mantidos *in totum* em segunda e terceira instâncias, sendo de lembrar que a verba honorária, diversamente do que ordenado na decisão primária, consolidou-se pelo percentual de 20% sobre o valor da redução da dívida comentada, por força de ditame do eg. STJ, e no particular se deu o trânsito em julgado do **decisum** planicial.

Ora, se a decisão dos embargos foi parcialmente procedente na parte relativa ao capítulo do abatimento da dívida, e a prossecução da execução pelo remanescente se tornou nela admitida, lógico se faz que, em liquidação da sentença por arbitramento, haveria de subsumir-se a laboração do perito em demonstrar esses valores, com resguardo às diretrizes emanadas de tudo quanto restou decidido nas diversas instâncias. É o óbvio.

Mui de reverso, o que fez o perito do juízo nesse propósito? Fugindo aos parâmetros do que judicialmente decidido na decisão primária que, sinale-se, somente transitou em julgado com a solução do recurso especial pelo STJ, em 16 de dezembro de 1997, e numa como alquimia, construída sobre dados que se repugnam, acabou por concluir resultar em favor dos embargantes, ora apelados, um saldo credor da ordem de R\$443.362,08 (quatrocentos e quarenta e três mil, trezentos e sessenta e dois reais e oito centavos).

O laudo pericial, no capítulo da apuração dos valores alusivos aos três títulos supraditos – item 14 – (fls. 528/529), pasmese, aponta, em **primeira oportunidade**, um crédito da ordem de R\$1.668.075, 80 (um milhão, seiscentos e sessenta e oito mil, setenta e cinco reais e oitenta centavos) a favor dos embargantes, enquanto atribui aos treze títulos remanescentes da execução originária – item 16 – o valor de R\$692.666,79

(seiscentos e noventa e dois mil, seiscentos e sessenta e seis reais e setenta e nove centavos), tomando como data-base 30.09.98, e não do vencimento dos títulos, do que resultaria em favor dos embargantes/apelados um saldo credor de R\$1.168.758,99 (um milhão, cento e sessenta e oito mil, setecentos e cinqüenta e oito reais e noventa e nove centavos)

Impugnado o laudo na sua feitura comentada, (fls. 736/738), o vistor oficial veio aos autos com o laudo de fls. 752/758, desta feita, para reduzir os valores originariamente apontados, a título de crédito e débito, concluindo por existir em prol dos embargantes contra o embargado um crédito da ordem de R\$ 443.362, 08 (quatrocentos e quarenta e três mil, trezentos e sessenta e dois reais e oito centavos), valor este acolhido na decisão submetida à liquidação. (fl. 935).

No contexto do cálculo sobredito, de sinalar, o perito adotou como parâmetro de atualização do débito representado pelos três títulos excluídos a taxa ANBID, (fl. 543), não admitida, hoje, **ex-vi** da Súmula 176 do colendo STJ, bem como, utilizou-se de correção monetária e juros diversos dos contratados originariamente, de capitalização de juros, o que explica os valores astronômicos por ele apresentados.

Toante à verba honorária, objeto da condenação, e traduzida pela astronômica cifra de **R\$ 31.132.697,30 (trinta e um milhões, cento e trinta e dois mil, seiscentos e noventa e sete reais e trinta centavos)**, (fl. 939), até 30.09.98, não vejo como possa subsistir. A impropriedade do valor assim fixado deriva, à uma, da adoção pelo perito, **motu próprio**, de três parâmetros de cálculo, sem forma nem figura de juízo, onde a julgadora planicial optou pelo primeiro, e, à duas, porque o método de cálculo afrontou a decisão do STJ no particular, ao prescrever que o percentual de 20% utilizado sob essa rubrica deveria incidir sobre o valor correspondente à dedução dos valores indevidamente cobrados pelo embargado. E tal não se deu. Por isso, improsperável a mais não poder a subsistência da verba honorária assim fixada.

Admitindo-se, pelo mero sabor de argumentar, devesse prevalecer o valor de R\$1.139.632,44 (um milhão, cento

e trinta e nove mil, seiscentos e trinta e dois reais e quarenta e quatro centavos), como expressão do que indevidamente cobrado fora pelo Banco na execução, tal como apontado pelo perito à fl. 758, a verba honorária, a teor do que decidido pelo STJ, (20% sobre o que ganharam os embargantes nos embargos), seria de R\$226.926,48 (duzentos e vinte e seis reais e quarenta e oito centavos) e nunca, no valor astronômico fixado como condenação.

Ao percuciente exame que ora exerço no cotejo entre o laudo do perito oficial e do assistente técnico do Banco, (fls. 684/690), em especial, da metodologia do cálculo por ambos praticada, da aplicação de índices na correção nas quatro planilhas exibidas pelo primeiro e os postos em prática pelo segundo, rendo-me à conclusão de que a favor dos embargantes/apelados, até 30.09.98, existe um crédito da ordem de R\$654.741,47 (seiscentos e cinqüenta e quatro mil, setecentos e quarenta e um reais e quarenta e sete centavos) apenas, crédito esse representativo dos três títulos expurgados da execução, enquanto em favor do apelante há um crédito de R\$863.932,62 (oitocentos e sessenta e três mil, novecentos e trinta e dois reais e sessenta e dois centavos), circunstância que, em remate, oportuniza ao banco/apelante um crédito final da ordem de R\$209.191,15 (duzentos e nove mil, cento e noventa e um reais e quinze centavos), até 30.09.98.

Toante à verba honorária em favor do advogado Mário Gurjão Pessoa, que na liquidação de sentença se posta como litisconsorte ativo, em razão de sua condição de patrono dos demais exeqüentes, haverá esta de subsumir-se, unicamente, ao valor de R\$130.948,29 (cento e trinta mil, novecentos e quarenta e oito reais e vinte e nove centavos), correspondente ao percentual de 20% sobre os ganhos dos embargantes, como demonstrado, e em respeito à decisão do eg. Superior de Justiça no particular.

Como cediço, a Execução de título judicial, como no caso, rende-se aos estritos termos da condenação na sentença transitada em julgado. Decerto, é defeso ao julgador extrapolar os limites definidos no título executivo, pena de ofensa à coisa julgada

Na espécie examinada constata-se, *ictu oculi*, que a julgadora primária, à desdúvidas, desconsiderou critérios do cálculo, que estavam acobertados pela autoridade da coisa julgada material, à uma, quando chancelou o laudo de seu vistor na parte relativa à correção dos títulos embaixadores da execução embargada, de forma adversa ao definido no julgado posto à liquidação, e, à duas, quando os honorários foram fixados em desacordo com o que decidido pelo STJ.

A propósito, valem como padrão os seguintes arestos, *verbis*:

**“PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO DE TÍTULO JUDICIAL. DISPARIDADE ENTRE O COMANDO DA SENTENÇA E A CONTA DE LIQUIDAÇÃO.**

***A Execução de título judicial adstringe-se à condenação exposta na sentença transitada em julgado, sendo defeso ao julgador extrapolar os limites definidos no título executivo, respeitada a eficácia preclusiva do julgado. (art. 474 do CPC). (STJ – 1ª Turma, REsp. 511.369-DF, rel. Min. Luiz Fux, j. 06.11.2003).***

E ainda:

**“Processual Civil. Recurso Especial. Honorários advocatícios. Arbitramento por liquidação. Sentença que utiliza critério diverso. Ofensa à coisa julgada material.**

***- A sentença transitada em julgado deve ser executada nos exatos termos em que foi proferida, inclusive em relação ao critério utilizado para fixação dos honorários advocatícios. Ocorre ofensa à coisa julgada quando, em sede de liquidação, tais parâmetros restam alterados pelo julgador.” (STJ, 3ª Turma, REsp. 471.660-MG, rel. Ministra Nancy Andrighi, j. 04.02.2003).***

O **recurso adesivo** manejado pelos segundos apelantes, proclamando pela manutenção do julgado monocrático na parte relativa ao valor da condenação imposta em favor da empresa e de seus dirigentes, e pela sua reforma, na parte relativa à verba honorária fixada em favor do advogado Mário Gurjão Pessoa, a qual entendem merecer ser majorada ainda, com base no segundo parâmetro contábil exibido pelo vistor oficial, e como tal, superar a astronômica importância de R\$31.132.697,30, (trinta e um milhões, cento e trinta e dois mil, seiscentos e noventa e sete reais e trinta centavos), é pretensão que padece de fomento jurídico, máxime, por importar em condenação em valor diverso do que restou decidido na sentença posta à liquidação. (CPC, art. 460). Seu improvimento nesta instância revisora é consectário lógico.

Por tantos e tantos argumentos, sem pretender mais miudear o debate, até porque ocioso, dou provimento parcial ao recurso do Banco/apelante, para, desacolhendo as preliminares por ele suscitadas, **no mérito**, condenar a empresa apelada e seus dirigentes, preludivamente individuados, na importância de R\$209.191,15, (duzentos e nove mil, cento e noventa e um reais e quinze centavos), correspondente ao crédito remanescente a que faz jus o banco na execução originária que contra aqueles deverá prosseguir, importância esta calculada até 30.09.98, e que deverá ser corrigida a partir desta data até à sua efetiva liquidação, com os acréscimos de lei. Condene o banco/apelante a pagar ao advogado Mário Gurjão Pessoa, igualmente individuado nos autos, a quantia de R\$130.948,29 (cento e trinta mil, novecentos e quarenta e oito reais e vinte e nove centavos) sob a rubrica de verba honorária, apurada em 30.09.98, e que deverá ser acrescida dos corretivos de lei para efeito de ulterior execução.

Nego provimento ao recurso adesivo dos apelados pelos fundamentos retro expostos.

Diante do exposto, acolho o pleito do banco/apelante de revogação da multa de 1% (um por cento), imposta na decisão primária submetida à liquidação, por me convencer que os

declaratórios manejados não tiveram a intimidade protelatória que lhes imputara seu prolator.

Custas e despesas judiciais *pro rata*,

Deixo condenar qualquer das partes em verba honorária por inaplicável à espécie.

Fortaleza, 19 de Julho de 2006.

\*\*\*

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

**Apelação Cível nº 2002.0004.5343-6/0**

**1ºs Apelantes: Regigraf – Locadora de Fitas de Vídeo Ltda.**

**Rafranio Alencar Fonseca**

**2ºs Apelantes: Warner Bros Inc.**

**Universal City Studios Inc.**

**Paramount Pictures Corporation**

**The Walt Disney Company**

**MGM/UA Communications Co.**

**1ºs Apelados: Warner Bros Inc.**

**Universal City Studios Inc.**

**Paramount Pictures Corporation**

**The Walt Disney Company**

**MGM/UA Communications Co.**

**2ºs Apelados: Regigraf – Locadora de Fitas de Vídeo Ltda.**

**Rafranio Alencar Fonseca**

**Relator: Des. Lincoln Tavares Dantas**

**EMENTA: CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL.  
CIVIL. IMPUTAÇÃO DE CRIME CONTRA A  
PROPRIEDADE IMATERIAL. COMUNICAÇÃO À  
AUTORIDADE POLICIAL. EXERCÍCIO REGULAR  
DE DIREITO. INDENIZAÇÃO INDEVIDA.  
SENTENÇA REFORMADA.**

**ACÓRDÃO:**

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação Cível nº: 2002.0004.5343-6/0, em que figuram as partes acima indicadas, **ACORDA** a 4ª Câmara Civil do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em: conhecer dos recursos de apelação e **REFORMAR A SENTENÇA**, de acordo com a ata do julgamento.

Fortaleza, 11 de abril de 2007.

**RELATÓRIO:**

Trata-se de apelações simultaneamente interpostas pelas partes que compõem ambos os pólos da relação processual instaurada em ação de reparação de danos materiais e morais, cujo pedido foi julgado parcialmente procedente pelo juízo da 13ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza.

**FATO E CAUSA DE PEDIR**

**Rafranio Alencar Fonseca**, sócio da firma **Regigraf – Locadora de Fitas de Vídeo Ltda.**, foi investigado em inquérito policial instaurado para apurar notícia crime apresentada por **Warner Bros Inc., Universal City Studios Inc., Paramount Pictures Corporation, The Walt Disney Company e MGM/UA Communications Co.**

Assim, o inquérito apurou a prática de crime contra a propriedade imaterial, não ocorrendo indiciamento.

**AÇÃO E PEDIDO**

Em decorrência do alegado, **Rafranio Alencar Fonseca e Regigraf – Locadora de Fitas de Vídeo Ltda.** Ajuizaram ação ordinária indenizatória com o visio de ressarcimento de danos cuja origem é atribuída à referida notícia crime.

## DA DECISÃO DA SENTENÇA

O Magistrado *a quo* julgou procedente, em parte, o pedido, para,

“1) Condenar as promovidas, com exceção da empresa Twentieth Century Fox Film Corporation, ao pagamento de indenização por **danos materiais** (lucros cessantes) equivalentes a R\$ **7.117,50** (sete mil, cento e dezessete reais).

2) Condenar as promovidas, também com exceção da empresa Twentieth Century Fox Film Corporation, ao pagamento de indenização por **danos morais** no valor correspondente R\$ 225.000,00 (DUZENTOS E VINTE E CINCO MIL REAIS), sendo R\$ 150.000,00 (CENTO E CINQUENTA MIL REAIS) em benefício da empresa Regigraf e o restante, R\$ 75.000,00 (SETENTA E CINCO MIL REAIS) em benefício de seu sócio RAFRÂNIO ALENCAR FONSECA.” (fl. 496)

## DA APELAÇÃO DE AFRANIO ALENCAR FONSECA e REGIGRAF – LOCADORA DE FITAS DE VÍDEO LTDA:

Irresignados, os acima indicados, autores na ação indenizatória, apelam para elevar os valores da condenação.

## DA APELAÇÃO DE WARNER BROS INC., UNIVERSAL CITY STUDIOS INC., PARAMOUNT PICTURES CORPORATION, THE WALT DISNEY COMPANY e MGM/UA COMMUNICATIONS:

As empresas de comunicação, rés na ação originária, também recorreram, aduzindo, em suma, as seguintes teses

recursais: (1ª) falta de nexo causal, porque a notícia crime não enseja reparação de danos, quando há indícios da prática de crime; (2ª) não comprovação do alegado dano material; e (3ª) falta de razoabilidade na fixação do *quantum* correspondente aos danos morais, passível de ocasionar enriquecimento sem causa dos autores.

## DEMAIS PROVIDÊNCIAS

Contra-razões aos apelos, às folhas 577/596 e 598/619, respectivamente.

O processo veio redistribuído a esta relatoria em virtude da criação desta 4ª Câmara Cível.

É o relatório, no essencial. À Revisão.

## VOTO:

Eminentes Desembargadores:

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço de ambos os recursos.

Por razões de ordem lógica, aprecio primeiramente o recurso das empresas de entretenimento, **Warner Bros Inc.**, **Universal City Studios Inc.**, **Paramount Pictures Corporation**, **The Walt Disney Company** e **MGM/UA Communications Co.** Sem questões processuais preliminares a decidir, passo direto ao exame de mérito.

Examinando, detidamente, os fatos e documentos dos autos, tenho que o magistrado *a quo* laborou em erro ao aplicar o direito ao caso concreto, no tocante ao pedido de condenação das empresas de entretenimento, rés na ação indenizatória, ao ressarcimento de dano material e moral.

Vê-se, na petição inicial da ação de reparação de danos, que os autores fundamentam seus pedidos nos seguintes atos, tidos por ilícitos, em textual:

“As **promovidas** [...] ingressaram em 18 de maio de 1993, com uma **NOTÍCIA CRIME** junto a delegacia

de Defraudações e Falsificações de Fortaleza, noticiando que a locadora de vídeo **REGIGRAF LOCADORA DE FITAS DE VÍDEO LTDA (ora promovente)**, estaria utilizando videofonegramas irregulares, praticando, por conseqüência, o denominado crime de **“PIRATARIA”**.

[...]

Ressalte-se, nobre magistrado, a Notícia Crime formulada [...] tinha como suporte legal uma **DECLARAÇÃO** firmada pelo **Sr. TARCÍSIO EDUARDO NOBRE** acompanhada de uma **FITA DE VÍDEO**, a qual tinha sido apreendida na locadora **REGIGRAF** pelo **Sr. TARCÍSIO** [...].” (fls. 04/05)

Além disso, os alegados danos teriam sido agravados pela atuação da polícia civil, ao apreender fitas sem mandado de busca e apreensão; e pela publicação de matérias no Jornal do Vídeo e no Jornal Diário do Nordeste.

Quanto ao suposto abuso de poder perpetrado pela polícia civil e às publicações jornalísticas, não é possível responsabilizar as rés, empresas de entretenimento que não tiveram qualquer participação na divulgação das referidas notícias, porque:

(a) O Jornal do Vídeo, é de responsabilidade da UBV e o Jornal Diário do Nordeste, do Grupo Verdes Mares de comunicação;

(b) Além disso, o próprio Sr. RAFRÂNIO ALENCAR FONSECA, que se diz vítima das supostas publicações, afirma categoricamente, em seu depoimento pessoal (fl. 279):

“que foi veiculada no jornal DN Vídeo de circulação estadual e no jornal do vídeo de circulação nacional, a notícia de que o mesmo estaria comercializando fitas piratas, constando o nome do depoente em referidos jornais ali apresentados; **que referidas publicações foram de autoria e responsabilidade da UBV e não das empresas rés**; que, após a

veiculação de referida notícia, as empresas produtoras e de distribuição não mais venderam fitas à empresa de propriedade do depoente; que antes da veiculação da referida notícia o depoente comprava normalmente suas fitas; **que o depoente sente-se moralmente abalada desde o momento em que a polícia parou em frente ao seu estabelecimento e os policiais fizeram apreensão de suas fitas;**" (acresci os grifos)

Portanto, em relação a eventual abuso de poder de polícia e publicações jornalísticas, não há qualquer ato ilícito que se possa atribuir às empresas de entretenimento, rés na ação indenizatória, devendo ser reformada a sentença recorrida.

Superada essa questão, resta examinar se a apresentação de notícia-crime à autoridade policial configura ato ilícito.

Isso porque, em regra, a apresentação de notícia-crime perante a autoridade competente, com a respectiva indicação do acusado, constitui exercício regular de direito e, portanto, não sujeita o denunciante à responsabilização por danos materiais e morais sofridos pelo acusado.

Apenas excepcionalmente, **se for provada a má-fé do denunciante**, pode se reconhecer a formulação de notícia-crime como ato ilícito.

Ora, no presente caso, em maio de 1993, as empresas de entretenimento receberam denúncia feita por pessoa devidamente identificada (v. fl. 24), acompanhada de fita classificada como "pirata", cuja propriedade foi atribuída à locadora **REGIGRAF LOCADORA DE FITAS DE VÍDEO LTDA.**

Então, como toda pessoa tem o direito de representar à autoridade policial para a apuração de fatos tidos como criminosos, as empresas de entretenimento apresentaram notícia-crime baseada em denúncia identificada e início de prova material, a fim de que a autoridade policial apurasse devidamente os fatos, exercendo sua atribuição constitucional.

No meu sentir, tal proceder não se caracteriza como

ato ilícito, mas, ao contrário, constituiu apenas o exercício regular de um direito.

Não consigo enxergar má-fé no procedimento das empresas de entretenimento, rés na ação indenizatória. Ora, no caso, a providência adotada não teve a finalidade de atingir a honra dos autores do pedido de indenização, mas, pura e simplesmente, noticiar eventual prática de “pirataria” em ramo comercial que atingiria suas atividades negociais.

Se a autoridade policial agiu com abuso de autoridade e terceiros divulgaram matérias jornalísticas indevidas na imprensa, a responsabilidade por tais atos é do Estado do Ceará ou do responsável pelas publicações.

Além disso, os proprietários da locadora **REGIGRAF LOCADORA DE FITAS DE VÍDEO LTDA.** reconheceram em seus depoimentos pessoais, que:

“Que, diz o Declarante que as fitas apreendidas pelos policiais, algumas tem Notas Fiscais e outras fitas foram adquiridas por terceiros; Que, Ao adquirir as mencionadas fitas, não tinha conhecimento de elas eram fitas Piratas, pois as adquiriu de boa-fé;”

**(Sr. Rafrânio Alencar Fonseca, fl. 30)**

“Que, As demais fitas apreendidas foram compradas a locadoras desta Capital das quais apenas tem os recibos, porém deixou de apresentar nesta ocasião; [...] Que, se adquiriu algumas fitas consideradas “piratas”, o fez de boa fé [...]”

**(Sr. Francisco Reginaldo Menezes, fl. 37)**

Portanto, não houve má-fé na apresentação de notícia-crime, já que não se trata de imputação de fato ilícito que não corresponde à verdade. Trata-se, neste feito, pela natureza do ato praticado, de exercício regular de um direito, devidamente esclarecido e baseado em início de prova material. Nesse sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, cujos arestos ora transcrevo:

CIVIL - RECURSO ESPECIAL - IMPUTAÇÃO DE CRIME DE FURTO A EMPREGADO - COMUNICAÇÃO À AUTORIDADE POLICIAL - DANO MORAL - AUSÊNCIA - INDENIZAÇÃO INDEVIDA - EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO – DISSÍDIO PRETORIANO NÃO COMPROVADO.

[...]

**2 - A comunicação à autoridade policial de fato que, a princípio, configura crime (subtração de dinheiro) ou o pedido de apuração de sua existência e autoria, suficientes a ensejar a abertura de inquérito policial, corresponde ao exercício de um dever legal e regular de direito, que não culmina na responsabilidade indenizatória. Inexistência de dano moral.**

3 - Precedente (REsp nº 468.377/MG).

4 - Recurso não conhecido. (REsp 254414/RJ, Relator Ministro JORGE SCARTEZZINI, QUARTA TURMA, DJU: 27.09.2004, p. 360 – destaquei)

RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. IMPUTAÇÃO DE FATO CRIMINOSO. AUSÊNCIA DE MÁ-FÉ. EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO. PRECEDENTES. RECURSO ACOLHIDO EM PARTE.

**I – Salvo casos de má-fé, a notícia criminis levada à autoridade policial para apuração de eventuais fatos que, em tese, constituam crime, em princípio não dá azo à reparação civil, por constituir regular exercício de direito, ainda que posteriormente venha a ser demonstrada a inexistência de fato ilícito. [...].** (REsp 468377/MG, Relator Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, DJU: 23.06.2003, p. 380 – destaquei)

No caso, é inegável que se traduz em legítimo

exercício de direito o pedido feito à autoridade policial para que apurasse a existência ou autoria de um delito, ainda que o inquérito seja arquivado.

Seguindo essa linha de raciocínio, a absolvição por inexistência do fato, autoria diversa ou insuficiência de provas, por si só, não cria para aquele que foi acusado da prática de ilícito penal direito à indenização pelo só fato da instauração desse procedimento.

Portanto, como houve exercício regular de direito, ou seja, a conduta das empresas de entretenimento era possível e prevista legalmente, diante do cenário de fato destes autos, não creio que mereça prosperar a indenização imposta pela sentença recorrida.

Se não é devida qualquer indenização, pelo motivos já expendidos, resta prejudicado o recurso de apelação interposto por **Râfranio Alencar Fonseca e Regigraf – Locadora de Fitas de Vídeo Ltda.**, autores na ação reparatória, no sentido de que fosse majorado o valor da indenização arbitrado pelo juízo *a quo*.

### **Conclusões. Dispositivo.**

Forte nesses argumentos:

1º) DOU PROVIMENTO AO RECURSO DE APELAÇÃO INTERPOSTO POR **Warner Bros Inc., Universal City Studios Inc., Paramount Pictures Corporation, The Walt Disney Company e MGM/UA Communications Co.**, para reformar a sentença recorrida e JULGAR IMPRODECENTE O PEDIDO DE INDENIZAÇÃO FORMULADO, diante dos motivos fáticos e jurídicos examinados ao longo deste voto.

2º) NEGAR PROVIMENTO À APELAÇÃO INTERPOSTA POR **Rafrânio Alencar Fonseca e Regigraf – Locadora de Fitas de Vídeo Ltda.**, por ter restado manifestamente prejudicada.

3º) Em face desse resultado, CONDENAR **Rafrânio Alencar Fonseca e Regigraf – Locadora de Fitas de Vídeo Ltda.** ao pagamento de custas processuais e honorários

advocatícios, desde já fixados em percentual equivalente a 10% (dez por cento) do valor do pedido de danos materiais, posto que o valor pleiteado a título de danos morais era meramente estimativo.

É como voto.

Fortaleza, 11 de abril de 2007.

\*\*\*

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

**APELAÇÃO CÍVEL DE FORTALEZA Nº 2003.0002.4204-2  
APELANTES: ARISTOCLES CANAMARY DE OLIVEIRA  
RIBEIRO e OUTROS  
APELADOS: MARIA ELTAIR BARROS DE OLIVEIRA  
RIBEIRO e OUTROS  
RELATORA: DESA. MARIA CELESTE THOMAZ DE ARAGÃO**

**EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INVENTÁRIO E PARTILHA – CESSÃO DE DIREITOS HEREDITÁRIOS – ATO JURÍDICO PERFEITO – AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DO PATRONO DOS CESSIONÁRIOS ACERCA DOS TERMOS DA AÇÃO – DISPENSA DA AVALIAÇÃO DOS BENS E PARTILHA REALIZADA SEM CONTEMPLAR OS CESSIONÁRIOS – NULIDADE – APELO CONHECIDO E PROVIDO, DETERMINANDO A REMESSA DOS AUTOS AO JUÍZO SINGULAR, PARA FINS DE AVALIAÇÃO DOS BENS DO ESPÓLIO E REGULAR PROCESSAMENTO DO INVENTÁRIO, COM A INTIMAÇÃO DOS CESSIONÁRIOS ACERCA DOS ATOS PROCESSUAIS:**

**I – Constitui ato jurídico perfeito, nos termos do art. 82 do Código Civil de 1916, a cessão de direitos hereditários realizada por herdeiro, após**

**a sucessão, em benefício de seus sobrinhos, através de escritura pública, com a outorga uxória.**

**II – Os cessionários, apesar de não adquirirem a condição de herdeiros – qualidade esta pessoal e intransferível – sub-rogaram-se nos direitos do cedente, possuindo a titularidade do quinhão na mesma situação jurídica deste, razão pela qual se impunha a citação dos mesmos, nos termos do art. 999 do Código de Processo Civil, a fim de que se fizessem representar nos autos, acompanhando o inventário até a partilha final.**

**III – A magistrada singular, todavia, não determinou a citação dos cessionários e embora estes tenham comparecido voluntariamente, os atos processuais posteriores a tal manifestação foram realizados sem a devida intimação do patrono dos menores, o que inviabilizou o direito destes de participarem regularmente do processo, acarretando-lhes manifesto prejuízo, principalmente em face da não inclusão dos mesmos na partilha.**

**IV – Constatada a necessidade de intimação dos cessionários e não concordando estes com a dispensa da avaliação – o que afasta a norma contida no art. 1007 do Código de Processo Civil – impõe-se o retorno dos autos ao juízo singular, para a adoção de tal medida. V – Apelação conhecida e provida, determinando o retorno dos autos ao juízo de 1º grau, para fins de avaliação dos bens do espólio e regular processamento do inventário, com a intimação dos cessionários acerca dos atos processuais.**

#### **ACÓRDÃO:**

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação Cível de Fortaleza nº 2003.0002.4204-2, em que são

partes os acima indicados, acorda, à unanimidade de votos, a Turma Julgadora da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em conhecer do recurso e dar-lhe provimento, determinando o retorno dos autos ao juízo de 1º grau, para fins de avaliação dos bens do espólio e regular processamento do inventário, com a intimação dos cessionários acerca dos atos processuais.

### RELATÓRIO:

Cuidam os autos de **apelação cível** (fls. 352/356) interposta por ARISTÓTELES CANAMARY RIBEIRO FILHO, ARÍSTOCLES CANAMARY DE OLIVEIRA RIBEIRO, GUSTAVO ACIOLI CANAMARY e ANDREA ACIOLI CANAMARY, ambos representados por Arístocles Canamary de Oliveira Ribeiro contra a sentença de fls. 348/350, prolatada pelo juízo da 1ª Vara de Sucessões de Fortaleza/Ce, no bojo da ação de inventário e partilha dos bens deixados pelo falecimento de ARISTÓTELES CANAMARY RIBEIRO.

Através da sentença hostilizada, a MM. Juíza de Direito da 1ª Vara de Sucessões da Comarca de Fortaleza/Ce entendeu que a cessão de direitos hereditários outorgada por Aristóteles Canamary Ribeiro Filho e sua esposa aos menores Gustavo Acioli Canamary, Érica Acioli Canamary e Andréa Acioli Canamary<sup>1</sup> (fls. 37/38<sup>2</sup>), perdeu o objeto, tendo em vista que a parte referente ao quinhão do cedente fora antecipada a este, através de doação, nada restando aos cessionários além do contemplado antecipadamente.

Desacolheu, ademais, o petitório de fls. 302/303 – através do qual Arístocles Canamary de Oliveira Ribeiro impugnou a partilha judicial de fls. 284/300 – por entender ser desnecessária a avaliação judicial dos bens, uma vez que inexistiu objeção à avaliação efetivada administrativamente pela Fazenda Pública Municipal e por serem os herdeiros maiores e capazes, tendo em vista a exclusão dos menores cessionários, dada a falta de objeto da aludida cessão de direitos.

Pelo que, julgou procedente a partilha judicial,

homologando-a.

Inconformados, argumentam os Recorrentes que a sentença violou o art. 1003 do Código de Processo Civil, que exige a avaliação dos bens, independentemente da existência de impugnação, além de haver desconsiderado o petitório de fls. 302/303, através do qual Arístocles Canamary de Oliveira Ribeiro impugnou a partilha, exatamente em virtude da falta de avaliação dos bens.

Ressaltam que, nos termos dos artigos 1014 e 1015 do Código de Processo Civil e 1785 do Código Civil de 1916, a colação dos bens doados como adiantamento da legítima somente é dispensada quando existe consenso expresso dos donatários, sendo estes maiores e capazes. E que, no caso dos autos, inexistiu o referido consenso (fls. 343), razão pela qual imperiosa se fazia a avaliação dos bens, a fim de igualar as respectivas legítimas.

Afirmam que o juízo não poderia acolher a perda de objeto da cessão de direitos hereditários, antes de avaliar o bem que foi doado ao cedente como adiantamento da legítima, por ser a avaliação indispensável para saber se o citado bem era suficiente, insuficiente ou excedia a legítima de Aristóteles Canamary Ribeiro Filho. Apontam, ademais, que tal matéria, por envolver alta indagação, só poderia ser decidida pelos meios ordinários (art. 1016, §2º do CPC).

Alegam, por fim, que não foram inventariados todos os bens do Espólio.

Diante do que pleiteiam seja provido o recurso, determinando a anulação da partilha, a fim de que o inventário seja processado regularmente, com a avaliação de todos os bens, conferindo-se o adiantamento a cada donatário e partilhando-se todos os bens do Espólio.

Em contrariedade de fls. 360/366, MARIA ELTAIR BARROS DE OLIVEIRA, ARISTÓFANES CANAMARY DE OLIVEIRA RIBEIRO, MARIA JOSÉ CANAMARY RIBEIRO SOARES, ARISTÁGORAS CANAMARY DE OLIVEIRA RIBEIRO, MARIA ELTANAI RIBEIRO SCHAUMANN, ARISTÊNIO CANAMARY DE OLIVEIRA RIBEIRO e ARISTÓXENO

CANAMARY DE OLIVEIRA RIBEIRO defendem a manutenção da sentença.

Ponderam que o extinto Sr. Aristóteles Canamary Ribeiro contemplou quase todos os seus filhos com adiantamento de legítima e que o herdeiro que não teve adiantada a legítima recebeu seu quinhão sem qualquer embargo, razão pela qual não há o que se reparar na partilha homologada.

Ressaltam que a matéria dos autos não envolve alta indagação, entendida esta como a existência de fato incerto a depender de prova a ser colhida em outro feito.

Defendem que a cessão de direitos hereditários visa apenas obstaculizar o normal processamento do feito.

Rogam pelo improvimento do recurso.

Instada a se manifestar, a douta Procuradoria Geral de Justiça, em parecer de fls. 374/386, opinou pelo provimento do recurso, sob o argumento de que: **a)** a avaliação judicial dos bens integrantes do espólio, postulada reiteradas vezes pelos Apelantes, constitui fase inarredável do processo de inventário, principalmente por não estar a hipótese em apreço inserida na exceção de dispensa de avaliação e **b)** os bens não foram partilhados em sua totalidade.

É o relato, com revisão do Exmo. Desembargador Antônio Olímpio Castelo Branco, às fls.

### **VOTO:**

Conheço do recurso, por observar presentes os requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade.

Por ser matéria prejudicial às demais, impende analisar, de logo, se a cessão de direitos hereditários de fls. 37/38 constitui ato jurídico válido e eficaz.

Argüiu a inventariante, ora Apelada, que o Sr. Aristóteles Canamary Ribeiro Filho não poderia efetuar a cessão, por inexistir nos autos prova inequívoca da propriedade que pretendeu dispor (fls. 87/88). Defendeu, ademais, a nulidade absoluta do ato de cessão, uma vez que os menores cessionários

não estão elencados na ordem de vocação hereditária (fls. 317/322).

Não prosperam tais argumentações.

Primeiro porque, uma vez aberta a sucessão hereditária com a morte do titular do patrimônio, são transferidos “ipso jure” aos herdeiros, a posse e a propriedade da herança (art. 1.572 do Código Civil de 1916), dando-se, através de ficção jurídica, a necessária continuidade na titularidade das relações jurídicas deixadas pelo falecido.

“Nestas condições, salvo restrição imposta pelo autor da herança (cláusula de inalienabilidade), com a abertura da sucessão já nasce para o herdeiro a possibilidade de promover a transferência de seus direitos a terceiros, através de cessão de direitos hereditários.”

No caso dos autos, além de inexistir restrição imposta pelo autor da herança, o ato de cessão ocorreu em 06 de março de 1998, ou seja, após o óbito, ocorrido em 03 de outubro de 1996.

Assim, desnecessária a apresentação, pelo cedente, de prova da propriedade que pretendeu dispor.

Ademais, à época da realização do ato, inexistia – e ainda inexistia – dispositivo estabelecendo que a cessão só poderia ser deferida às pessoas elencadas no art. 1603 do Código Civil de 1916.

De onde se conclui que podem ser cessionários herdeiro, legatário ou mesmo pessoa estranha à herança.

Nesse sentido a lição de SILVIO DE SÁLVO VENOSA, *in verbis*:

**“Desse modo, o herdeiro legítimo ou testamentário pode ceder, gratuita ou onerosamente, seus direitos hereditários, transferindo-os a outrem, herdeiro, legatário ou pessoa estranha à herança.”** (Direito civil – direito das sucessões, 3ª ed., São Paulo:Atlas, 2003, p. 40)

Aponte-se, ainda, que a cessão em exame

implementou os requisitos do art. 82 do Código Civil de 1916: capacidade do agente, licitude do objeto (cessão gratuita do quinhão hereditário que competia ao cessionário) e forma prescrita em lei (escritura pública, com outorga conjugal, por se tratar de bem imóvel, nos termos do art. 44, inciso III, do CC/1916).

Tais considerações demonstram que a escritura pública de cessão de direitos hereditários de fls. 37/38 constitui ato jurídico perfeito, merecendo a proteção jurisdicional.

Partindo dessa premissa, constata-se que o inventário foi processado com mácula ao devido processo legal.

Isto porque os cessionários, apesar de não adquirirem a condição de herdeiros – qualidade esta pessoal e intransferível – sub-rogaram-se nos direitos do cedente, possuindo a titularidade do quinhão na mesma situação jurídica deste, razão pela qual se impunha a citação dos mesmos, nos termos do art. 999 do Código de Processo Civil, a fim de que se fizessem representar nos autos, acompanhando o inventário até a partilha final.

A magistrada singular, todavia, não determinou a citação dos cessionários e embora estes tenham comparecido voluntariamente (fls. 197/198), os atos processuais posteriores a tal manifestação foram realizados sem a devida intimação do patrono dos menores – devidamente habilitado às fls. 199 –, o que se infere das publicações de fls. 283, 301, 305, 316/v e 351.

A ausência de intimação do patrono dos cessionários inviabilizou o direito destes de participarem regularmente do processo, acarretando-lhes manifesto prejuízo, principalmente em face da não inclusão dos mesmos na partilha.

Ressalte-se que o entendimento adotado pela MM. Juíza da 1ª Vara de Sucessões de Fortaleza – no sentido de que a antecipação do quinhão do cedente teria acarretado a “perda de objeto” da cessão de direitos hereditários – não encontra guarida em nosso ordenamento jurídico.

A doação realizada como antecipação de legítima não se confunde com a legítima, tanto que, caso se verifique que o ato de doação excedeu à quota-parte a que teria direito o herdeiro beneficiário, tal excesso deverá ser corrigido.

Assim, a doação de fls. 41 não impede a participação daqueles que se sub-rogaram nos direitos do herdeiro, no processo de inventário, bem como não afasta o direito destes de pleitearem a avaliação dos bens do espólio, exatamente para garantir que a partilha beneficie igualmente todos os herdeiros.

Constatada a necessidade de intimação dos cessionários e não concordando estes com a dispensa da avaliação – o que afasta a norma contida no art. 1007 do Código de Processo Civil – impõe-se o retorno dos autos ao juízo singular, para a adoção de tal medida.

DIANTE DE TODO O EXPOSTO, dou provimento à apelação cível, determinando sejam os autos devolvidos ao juízo de 1º grau, para fins de avaliação dos bens do espólio e regular processamento do inventário, com a intimação dos cessionários acerca dos atos processuais.

Fortaleza, 24 de novembro de 2003.

\*\*\*

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

**Apelação Cível nº 2003.0008.6115-0/0.**

**Apelante: Instituto Educacional Santa Maria Ltda.**

**Apelado: Benício Fernandes de Queiroz.**

**Relatora: Desa. Edite Bringel Olinda Alencar**

**EMENTA:**

**DIREITO PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EDUCACIONAIS.**

**O contrato de prestação de serviços educacionais, desde que assinado pelo devedor e por mais duas testemunhas, é documento hábil para instruir execução fundada em título extrajudicial, pois atende aos requisitos do art. 585, inciso II, do CPC.**

**Efetiva comprovação, por parte do credor, de que adimpliu a contraprestação que lhe corresponde, conforme disposto no art. 615, inciso II, do CPC.**

**Inexistência de óbice ao prosseguimento do feito executivo. Precedentes deste Tribunal de Justiça e do STJ.**

**RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.  
SENTENÇA ANULADA.**

### **ACÓRDÃO:**

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

Cuida-se de recurso de apelação cível interposto pelo **INSTITUTO EDUCACIONAL SANTA MARIA LTDA.**, entidade mantenedora do Colégio Christus, figurando como apelado **BENÍCIO FERNANDES DE QUEIROZ**.

Conforme se observa nos presentes autos, o apelante ingressou em juízo com uma ação de execução fundada em título extrajudicial, qual seja, um contrato de prestação de serviços educacionais (fls. 12/12-v), para obter o pagamento de duas mensalidades escolares, vencidas nos meses de outubro e dezembro de 2002 (fl. 11). Juntou o exeqüente, ainda, o boletim escolar do aluno Victor Hugo Arruda de Queiroz, filho do executado, referente ao ano letivo de 2002 (fl. 13).

O MM. Juiz de Direito da 15ª Vara Cível desta Comarca de Fortaleza, com fundamento no art. 295, inciso V, do Código de Processo Civil, indeferiu a petição inicial (fls. 19/20). Entendeu o douto Magistrado que o mencionado contrato “*não está revestido de liquidez como exige a Lei (art. 585, II, CPC)*”. Para fundamentar a decisão, transcreveu o Julgador singular a Súmula

40 do 1º TASP, cujo teor é o seguinte:

*“O contrato de prestação de serviços educacionais, mesmo quando subscrito por duas testemunhas instrumentárias, não é título executivo extrajudicial (LEX – JTA 151/210), e isso, ante a incerteza no concernente ao quantum debeatur”* (fl. 19).

Não resignado, interpôs o apelante o presente recurso (fls. 22/39) alegando, em suma, que o contrato preenche todos os requisitos do art. 586 do Código de Ritos (liquidez, certeza e exigibilidade) e que a necessidade de ser demonstrada a efetiva prestação do serviço educacional não retiraria a sua natureza de título executivo extrajudicial.

Sem revisão, conforme arts. 551, §3º, do CPC e 34, §3º, do Regimento Interno desta Corte de Justiça.

Esse, o relatório, no essencial.

### **VOTO:**

Discute-se na apelação cível em liça se o contrato de prestação de serviços educacionais seria um título extrajudicial hábil para aparelhar uma execução de mensalidades escolares não adimplidas. Entendo que a resposta deveria ser positiva, desde que atendidas as condições do art. 585, inciso II, do Código de Processo Civil, que assim dispõe:

*“Art. 585. São títulos executivos extrajudiciais:*

*I – (omissis);*

*II – a escritura pública ou outro documento público assinado pelo devedor; o documento particular assinado pelo devedor e por duas testemunhas; o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública ou pelos advogados dos transatores”.*

No caso em concreto, vislumbro que o exeqüente

instruiu a ação com um título executivo extrajudicial, pois o contrato particular de fls. 12/12-v está devidamente assinado pelo executado e por mais duas testemunhas, preenchendo, assim, os requisitos legais.

Como não poderia deixar de ser, é esse o entendimento das demais Câmaras Cíveis deste Tribunal de Justiça, senão vejamos:

*“PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EDUCACIONAIS ASSINADO PELAS PARTES E DUAS TESTEMUNHAS. RELAÇÃO SINALAGMÁTICA. OBRIGAÇÃO EXEQÜENDA LÍQUIDA, CERTA E EXIGÍVEL. QUANTUM DEBEATUR DETERMINÁVEL. PROVA PARCIAL DO ADIMPLEMENTO DA OBRIGAÇÃO CORRESPONDENTE PELO EXEQUENTE. INDEFERIMENTO DA INICIAL DE PLANO SEM OPORTUNIZAR AO EXEQUENTE O DIREITO DE SANAR O VÍCIO EXISTENTE. IMPOSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ART. 616 DO CPC. POSSIBILIDADE DE CONVERSÃO DA EXECUÇÃO EM AÇÃO MONITÓRIA CASO NÃO RESTE SANADO O VÍCIO. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.*

*1. O contrato de prestação de serviço educacional assinado pelo devedor e por duas testemunhas é título executivo extrajudicial, conforme dicção do art. 585, II, do CPC.*

*2. A existência de relação jurídica sinalagmática, com estipulação de obrigações recíprocas, não retira a força executiva do contrato bilateral, devendo o exeqüente fazer prova do cumprimento da contraprestação, nos termos do art. 615, IV, do Código de Ritos.*

*3. Considera-se líquida a obrigação consubstanciada no título executivo mesmo quando o quantum*

*debeatur é alcançado através de meros cálculos aritméticos.*

*4. Em caso de inépcia da inicial, por não estar a peça vestibular devidamente instruída com os documentos concernentes à prestação de serviço educacional, há de se oportunizar ao exeqüente a emenda da inicial, no prazo legal, antes de indeferir-la. Art. 616 do CPC.*

*5. Em caso de não comprovação da prestação do serviço pela instituição de ensino, admite-se a conversão da execução em ação monitoria, posto que não citado o executado. Precedentes do STJ.*

*6. Recurso conhecido e parcialmente provido”.*

*(TJ-CE. 1ª Câmara Cível. Apelação nº 2006.0007.5632-6/1. Rel. Des. Raul Araújo Filho. DJ de 06/09/2007).*

**“PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EDUCACIONAIS ASSINADO PELAS PARTES E POR DUAS TESTEMUNHAS. PROVA PARCIAL DO CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO, NOS MOLDES PREVISTOS NO INC. IV DO ART. 615 DA LEI DE RITOS. INDEFERIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL E EXTINÇÃO DA LIDE SEM ANÁLISE DO MÉRITO. APLICAÇÃO DO ART. 616 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. PRECEDENTES.**

*I - O contrato de prestação de serviços educacionais, mesmo quando assinado pelas partes e por duas testemunhas, é passível de aparelhar a lide executiva, desde que reste demonstrado o adimplemento da contraprestação que competia ao exeqüente, ou seja, o efetivo cumprimento da obrigação educacional no período de inadimplência do aluno, nos termos do art. 615, IV, do CPC.*

*II - Deve-se, portanto, propiciar ao exeqüente a*

*oportunidade de emendar a inicial, consoante determina o art. 616 do Código Buzaid, cumprindo-lhe demonstrar que prestou os serviços educacionais objeto da avença contratual, para, somente então, indeferir a peça vestibular.*

**APELO CONHECIDO E PROVIDO”.**

(TJ-CE. 2ª Câmara Cível. Apelação nº 2004.0010.2916-2/0. Rel. Des. João de Deus Barros Bringel. **DJ de 06/03/2007**).

**“DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE EXECUÇÃO. TÍTULO EXECUTIVO EXTRA-JUDICIAL. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE ENSINO. NECESSIDADE DE PROVA DO CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO DO CREDOR. CONTRAPRESTAÇÃO ADIMPLIDA. DÍVIDA CONFIGURADA. SENTENÇA ANULADA.**

*1.No caso apelação cível em sede de execução de título extrajudicial, julgada extinta sem resolução de mérito.*

*2.O magistrado de primeiro grau entendeu pela impossibilidade de execução de contrato de prestação de serviço de ensino particular, fundamentando seu julgado unicamente em súmula editada pelo Tribunal de Alçada de São Paulo.*

*3.Apelação interposta afirmando certeza, liquidez e exigibilidade do título executivo diante de prova inequívoca do adimplemento da obrigação do credor, qual seja a prestação de ensino educacional, conforme boletim da aluna acostado à fl. 14.*

*4.É de se reconhecer que a matéria em tela teve seu momento de controvérsia jurisprudencial, no entanto, atualmente o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento pela possibilidade de execução de contrato de prestação de serviço de ensino, desde que comprovado o adimplemento da obrigação por parte do credor, ou seja, liquidez certeza e exigibilidade do título. ‘CONTRATO DE*

*PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EDUCACIONAIS.  
ART. 615, IV, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.  
PRECEDENTES DA CORTE.*

*1. O contrato de prestação de serviços educacionais é título executivo hábil, provando o credor, na forma do art. 615, IV, do Código de Processo Civil, que adimpliu a contraprestação que lhe corresponde, não se admitindo como tal a simples presunção. 2. Recurso especial conhecido, mas desprovido. (REsp 250107 / DF ; Rel.Min. CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO - TERCEIRA TURMA DJ 12.02.2001 p. 113 JBCC vol. 188 p. 234)'.  
5. Diante da prova de ensino prestado que faz o boletim de desempenho da aluna, acostado à fl. 14, referente aos meses de inadimplência executados, entende-se pelo prosseguimento da execução.  
6. Recurso conhecido e provido. Sentença anulada.  
7. Unânime".*

*(TJ-CE. 4ª Câmara Cível. Apelação nº 2002.0007.9879-4/0. Rel. Des. Maria Iracema do Vale Holanda. DJ de 25/09/2007).*

Compete ao exeqüente, ainda, demonstrar que a obrigação representada pelo título executivo possui todas as características previstas no art. 586 do Código de Ritos, ou seja, comprovar que a execução está fundada em “*título de obrigação certa, líquida e exigível*”.

Tratando-se de prestação de serviços educacionais, o contrato firmado entre as partes tem natureza sinalagmática, cabendo ao credor, assim, provar que adimpliu a contraprestação que lhe corresponde, conforme disposto no art. 615, inciso II, do Estatuto de Ritos.

No caso em exame, vislumbro que foi devidamente demonstrado que a instituição de ensino cumpriu sua parte no acordo, pois consta nos autos, à fl. 13, o boletim escolar do aluno Victor Hugo Arruda de Queiroz, filho do devedor, referente ao ano letivo de 2002, período em que são cobradas as

mensalidades em atraso. Impende ressaltar que no referido documento consta, inclusive, que o estudante foi promovido para a 4ª série do ensino fundamental, o que comprova a efetiva prestação do serviço educacional.

Verifica-se, assim, que todos os requisitos legais foram atendidos (arts. 585, inciso II, e 615, inciso II, do CPC), não restando óbice ao prosseguimento da ação executiva. Sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça possui o seguinte entendimento:

*“Contrato de prestação de serviços educacionais. Art. 615, IV, do Código de Processo Civil. Precedentes da Corte.*

*1. O contrato de prestação de serviços educacionais é título executivo hábil, provando o credor, na forma do art. 615, IV, do Código de Processo Civil, que adimpliu a contraprestação que lhe corresponde, não se admitindo como tal a simples presunção.*

*2. Recurso especial conhecido, mas desprovido”.*

*(STJ. 3ª Turma. REsp nº 250.107/DF. Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. DJU de 12/02/2001, p. 113).*

*“DIREITO E PROCESSO CIVIL. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EDUCACIONAIS. OBRIGAÇÃO DE PAGAR QUANTIA CERTA. TÍTULO EXECUTIVO.*

*NECESSIDADE DE PROVA DO CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO, PELO CREDOR.*

*PRECEDENTES DO TRIBUNAL. RECURSO PROVIDO.*

*I - Por expressa dicção legal, considera-se título executivo extrajudicial o contrato particular, subscrito por duas testemunhas.*

*Todavia, para tornar-se hábil a instruir o processo de execução, é necessário que ele represente obrigação líquida, certa e exigível, nos termos do art.*

*586 do Código de Processo Civil.*

*II - Nos casos de contrato bilateral, incumbe ao credor provar o cumprimento de sua obrigação (art. 615, IV, CPC), a fim de tornar o instrumento hábil a instruir o processo de execução como título executivo extrajudicial”.*

(STJ. 4ª Turma. REsp nº 196.967/DF. Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. **DJU de 08/03/2000**, p. 122).

Por todo o exposto, dou provimento ao presente recurso de apelação cível para anular a sentença de primeiro grau e, conseqüentemente, determinar o retorno dos autos ao Juízo de origem para que seja retomado o curso da Execução de Título Extrajudicial de nº 2003.02.26893-6.

É como voto.

Fortaleza, 05 de novembro de 2007.

\*\*\*

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

**Nº PROCESSO: 2003.0011.6739-7/0**

**TIPO DO PROCESSO: APELAÇÃO CÍVEL**

**COMARCA: FORTALEZA**

**APELANTES: RAIMUNDO MARTINS REGO E OUTRA**

**APELADOS: RITA MARTINS REGO E OUTROS**

**RELATOR DESIGNADO: DES. ERNANI BARREIRA PORTO**

**EMENTA: DIREITO DAS SUCESSÕES – DIREITO EMPRESARIAL – INTERPRETAÇÃO DAS CLÁUSULAS TESTAMENTÁRIAS – CC 1916 ART. 1.666 - TESTAMENTO SOBRE BENS ANTERIORMENTE PERTENCENTES À SOCIEDADE EMPRESÁRIA EXTINTA –**

**INOCORRÊNCIA DE NULIDADE.**

a) Havendo duas ou mais interpretações possíveis de uma cláusula testamentária há de se preferir a que melhor traduza a real intenção do testador.

b) Ainda que não se utilize a interpretação teleológica, com o falecimento do cônjuge pré-morto da testadora a mesma obteve 100% das quotas de sociedade limitada, operando-se a dissolução da mesma em face da impossibilidade de existência de sociedade unipessoal.

c) Dessa forma os bens testados não eram mais pertencentes à pessoa jurídica, pois se encontravam diretamente no patrimônio da falecida, não havendo qualquer nulidade.

**Recurso Apalatório Conhecido e Improvido.**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível de Fortaleza, em que são Apelantes RAIMUNDO MARTINS REGO E OUTRA e Apelados RITA MARTINS REGO E OUTROS.

**ACORDAM** os Desembargadores integrantes da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por maioria, em conhecer do recurso para negar-lhe provimento, nos termos do voto vista do eminente Des. Ernani Barreira Porto.

Integra o presente Acórdão, na forma regimental, o relatório de fls. 205.

DECIDO.

O Eminent Desembargador José Arísio Lopes da Costa, relativamente ao presente recurso apalatório, na seção de julgamento desta colenda 1ª Câmara Cível de 12 de fevereiro de 2007, ao final de seu judicioso voto, conheceu do recurso em tablado para dar-lhe provimento.

Conforme bem relatado, trata-se de Apelação Cível interposta por **RAIMUNDO MARTINS REGO E OUTRA** contra **RITA MARTINS REGO E OUTROS**, por não haverem se resignado com sentença proferida pela MM.ª Juíza de Direito da

1ª Vara de Sucessões da Comarca de Fortaleza que julgou improcedente ação de anulação de testamento promovida pelos recorrentes.

Em prol de seus intentos recursais, aduzem os apelantes, em apertada síntese, a nulidade dos testamentos públicos de **João Marques da Cunha** e **Luiza Martins da Cunha** por haverem, ambos, testado sobre bens alheios aos seus respectivos patrimônios, uma vez que muitos dos bens imóveis testados encontravam-se registrados em nome da pessoa jurídica **Imobiliária João Cunha Ltda**, da qual eram os testadores os únicos sócios.

Inicialmente, para o correto deslinde da quizila posta, peço vênia para tecer breve comentário sobre a finalidade do processo sucessório e a importância do princípio da fiel interpretação das disposições testamentárias.

O Direito das Sucessões, segundo os mais abalizados historiadores, surge juntamente com a idéia de família e de propriedade. Desde que o homem passou a organizar-se em torno de um culto familiar comum fez-se necessária a organização da transmissão de seus bens, que serviriam de suporte a perpetuação da família e do culto aos antepassados.

Esse é o sentido da lição de FUSTEL DE COULANGES, que afirma:

**“Para se fazer uma idéia verdadeira da herança entre os antigos não é necessário pensar em uma fortuna que passa de mão em mão. A fortuna é imóvel, como o fogo sagrado e o túmulo aos quais está unida. O homem é que passa. É o homem que, à medida que a família estende suas gerações, chega à hora marcada para continuar o culto e cuidar de seu domínio.”**(A Cidade Antiga, 2006, ebooksbrasil).

Qualquer que seja a crença humana ou a época histórica que se examine, percebe-se sempre o desejo humano de transcender o exíguo lapso de sua existência, provocando

efeitos fáticos e jurídicos mesmo após sua morte.

Platão, em seu Tratado das Leis, que em grande parte nada mais é que um comentário sobre as leis atenienses retrata, com muita clareza, os primórdios da vontade humana de testar. Ele supõe que um homem, em seu leito de morte, reclama a faculdade de fazer testamento, e exclama: *“Ó deuses! não é crueldade que eu não possa dispor de meus bens como entendo, e em favor de quem quero, deixando mais a este, menos àquele, de acordo com o afeto que me demonstraram?”*

Desde a Antiga Grécia e os tempos Platônicos a sociedade humana assumiu novos contornos, e a evolução do Direito Civil passou a consagrar ao cidadão o direito de dispor da totalidade ou de parte de seus bens para após o seu falecimento.

Neste sentido temos duas definições clássicas de testamento, pelos consagrados mestres ULPIANO e MODESTINO, respectivamente:

**“O testamento é o testemunho justo da nossa mente feito de forma solene para que valha depois de nossa morte.”** (*Liber singularis regularum, XX, 1*)

**“O testamento é a justa expressão de nossa vontade a respeito daquilo que cada qual quer que se faça depois de sua morte”.** (*Modestino D., XX-VIII, 1, 1*).

Compreende-se destes magistrais conceitos a relevância do teor da vontade testamentária para o Direito das Sucessões e para o instituto do testamento. Eis que se não for preservada e realizada a real vontade do testador despicienda se torna toda a sucessão testamentária.

Assim, de acordo com a dogmática civil, *o intérprete deve procurar a real intenção do testador. Os métodos são os de interpretação em geral: estuda-se a redação; a concatenação lógica; as diversas cláusulas em conjunto; o momento em que foi elaborado o testamento; o local; a época da vida do testador*

*e seu estado de saúde; as pessoas que o cercavam e com ele conviviam na época; seus amigos e inimigos; seus gostos e desgostos; amores e desamores; tudo enfim que sirva para ilustrar o interprete, o julgador, em última análise, do real sentido de sua vontade.* (Silvio de Salvo Venosa, Direito Civil, Vol, Direito Das Sucessões, São Paulo, 2001, Atlas)

No esteio desta necessidade hermenêutica, dispõe o Código Beviláquia, diploma jurídico aplicável ao vertente caso, *in verbis*:

**Art. 1.666. Quando a cláusula testamentária for suscetível de interpretações diferentes, prevalecerá a que melhor assegure a observância da vontade do testador.**

Ao abordar tal dispositivo legal o ilustre mestre PONTES DE MIRANDA afirma que:

**Entre interpretação e nulidade, prima a interpretação. Uma das principais conseqüências do art. 1.666 é o salvamento das verbas testamentárias, quando, havendo dúvida, há duas ou mais soluções possíveis: uma que daria valor à disposição, outra que faria nula ou anulável, ou de qualquer maneira inoperante.** (Tratado dos Testamentos, Vol. III, São Paulo, 2005).

Portanto, as cláusulas testamentárias do processo *sub oculi*, que testam sobre bens de propriedade de pessoa jurídica poderiam assumir duas interpretações diversas, uma delas provocadora da nulidade das cláusulas testamentárias e outra que daria plena validade ao seu conteúdo.

Assim, em uma interpretação gramatical, pode-se entender que o testador dispõe sobre bens que não faziam parte de seu patrimônio, pois se encontravam registrados em nome de pessoa jurídica, com personalidade civil diversa e autônoma, dando ensejo à nulidade de tais disposições testamentárias.

Porém esta não seria a única interpretação possível. Levando-se em consideração que os únicos sócios da pessoa jurídica proprietária dos bens testados eram os consortes **João Marques da Cunha e Luiza Martins da Cunha**, ambos autores de testamentos de idêntico teor, e que a morte de qualquer deles ocasionaria a dissolução da sociedade empresária, pode-se concluir, sem qualquer esforço ou construção hermenêutica, que está tacitamente contida nos testamentos a ordem para que com a morte de um dos cônjuges fosse extinta a sociedade empresária para que seu patrimônio pudesse ser disposto na forma prescrita pelo testamento.

Não há qualquer óbice jurídico a tal interpretação, pois a sociedade empresária não possui terceiro sócio que pudesse sentir-se prejudicado com a dissolução da pessoa jurídica proprietária dos bens testados.

Há de se presumir, então, a ordem de dissolução da sociedade empresária e de disposição de seu patrimônio, tanto por ser forma de dar interpretação possibilitadora da validade das disposições testamentárias e da real intenção do testador, quanto por ser a extinção da empresa uma conseqüência lógica da morte de um dos sócios.

Além disso, a invalidade dos testamentos em exame, com a promoção de uma sucessão legítima, que irá beneficiar somente os parentes colaterais da última falecida, por sua vez, colide frontalmente com a intenção dos testadores, devendo, por isso, ser afastada.

Contudo, caso não se queira proceder a uma interpretação teleológica validante das cláusulas testamentárias, poder-se-á, através de uma análise sistemática do ordenamento jurídico, chegar a interessante conclusão, mediante a análise de um problema que transcende o Direito Sucessório espalhando-se ao Direito Empresarial.

Para a análise do vertente caso sobre prisma distinto, cumpre destacar, preliminarmente, o relevante papel que as imobiliárias familiares tradicionalmente desempenharam na sociedade cearense. Com efeito, até um passado próximo, diversas pessoas que possuíam razoável patrimônio imobiliário

constituíam empresas, normalmente optando pelo formato de uma sociedade em quota de responsabilidade limitada, com o objetivo de otimizar a administração de seus bens e facilitar suas relações com o fisco.

É o que ocorreu no caso *sub oculi*, onde o casal **João Marques da Cunha** e **Luiza Martins da Cunha** constituiu empresa imobiliária com o escopo de administrar seu acervo patrimonial.

Cumprido, então, esclarecer os efeitos jurídicos empresariais e sucessórios operados com o falecimento de ambos os consortes para que se possa verificar a existência ou não da alegada nulidade dos testamentos dos mesmos.

**João Marques da Cunha**, falecido em 15 de dezembro de 2000, deixou testamento público legando diversos bens de propriedade da *Imobiliária João Cunha Ltda.*, da qual era sócio, ocasionando, sobre este prisma interpretativo, a nulidade de tal testamento, conforme entendido pelo Eminentíssimo Des. Relator, diante da impossibilidade do falecido testar bens alheios.

Dessa forma, entendendo-se nulo o testamento de **João Marques da Cunha**, e verificando que o mesmo não deixou descendentes ou ascendentes, opera-se a transferência integral de todos os bens à viúva **Luiza Martins da Cunha**, legítima sucessora do *de cujus*, como demanda o inciso III do art. 1.603 do Código Civil de 1916.

Neste momento é necessário trazer a lume importante consideração. Com o falecimento de seu cônjuge, **Luiza Martins da Cunha** passou a deter 100% (cem por cento) das quotas da Imobiliária João Cunha Ltda. provocando, sob a regência da legislação da época, a imediata dissolução da sociedade empresária, uma vez que não se admitia, e ainda não se admite, no direito pátrio, a existência de sociedade unipessoal.

Em 17 de agosto de 2001, faleceu **Luiza Martins da Cunha** deixando testamento público idêntico ao de seu cônjuge pré-morto, mas de efeitos inteiramente diversos, pois no momento da morte do *de cujus* **não mais existia a sociedade Imobiliária João Cunha Ltda.**, que não poderia ter permanecido

como sociedade unipessoal durante nove meses.

Como bem ressalta FÁBIO ULHOA COELHO *alguma jurisprudência contornou a dificuldade lógica, assegurando ao sócio remanescente o direito de continuar explorando a mesma atividade econômica, como empresário individual (RT, 487/178). Essa forma de resolver o assunto é inteiramente compatível com o princípio da preservação da empresa, já que importa garantir a continuidade da organização econômica da atividade empresarial e não da pessoa jurídica.*

Portanto, as cláusulas testamentárias que tratam de bens anteriormente pertencentes à extinta sociedade **não são nulas**, pois tais bens já se encontravam, de fato, no patrimônio da falecida no momento de sua morte, quer se entenda ter havido a dissolução da sociedade, quer se entenda a continuidade do empreendimento como empresário individual, onde não há personalidade jurídica, sendo, portanto, impossível a ocorrência da alegada nulidade.

É o que dispõe o art. 1.678 do Código Civil de 1916, nos seguintes termos:

**Art. 1.678. É nulo o legado de coisa alheia. Mas, se a coisa legada, não pertencendo ao testador, quando testou, se houver depois tornado sua, por qualquer título, terá efeito a disposição, como se sua fosse a coisa, ao tempo em que ele fez o testamento.**

Desta forma, o testamento em comento é plenamente válido. Cogitar a possibilidade da falecida ter testado patrimônio alheio é o mesmo que admitir, no direito pátrio, a existência de uma sociedade unipessoal que assim permaneceu válida durante longo lapso temporal.

Sendo válido o testamento de **Luiza Martins da Cunha**, que é idêntico, em seu teor, ao de seu cônjuge pré-morto não teria efeito algum a declaração da nulidade do primeiro testamento, uma vez que, de acordo com a dogmática civil contemporânea, **não há nulidade sem prejuízo.**

Não haveria de surgir, portanto, qualquer insurgência acerca da validade dos testamentos, pois estes, tanto sob o aspecto interpretativo, como sob o aspecto estritamente formal, são instrumentos jurídicos válidos e idôneos a produção dos efeitos sucessórios pretendidos, prestigiando tanto as nobres origens quanto a realidade contemporânea do Direito das Sucessões.

Por todo o exposto, conheço do presente recurso de Apelação Cível para **IMPROVÊ-LO**, mantendo os efeitos da sentença vergastada.

Fortaleza, 21 de maio de 2007.

\*\*\*

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

**Processo nº 2004.0002.8144-5/0**

**Apelação Cível de Aracoiaba**

**Apelante: O Estado do Ceará**

**Apelante: Francisco Ary Ribeiro Teixeira**

**Apelado: Francisco Ary Ribeiro Teixeira**

**Apelado: O Estado do Ceará**

**Relator: Des. Francisco Lincoln Araújo e Silva**

**EMENTA:**

**CONSTITUCIONAL. CIVIL. DESAPROPRIAÇÃO. SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O PARTICULAR. PREÇO JUSTO DA INDENIZAÇÃO. FUNDAMENTO SUCINTO NÃO É FALTA DE FUNDAMENTO. 1. Imóvel declarado de utilidade pública para fins de desapropriação. 2. Acima do interesse privado, está a satisfação de necessidade coletiva. 3. Preço justo é o que preserva o valor do patrimônio com seus agregados. 4. Havendo vários laudos**

**divergentes, basta ao julgador adotar aquele de valor razoável, sem ser perdulário e sem ser mesquinho. 5. Quesitos suplementares só são aceitos antes da elaboração do laudo. 6. Não se exige na fixação do valor da indenização que o juiz analise cada um dos critérios adotados em cada qual. 7. Sentença mantida. 8. Recursos conhecidos e improvidos.**

## **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível nº 2004.0002.8144-5/0, acorda a Egrégia Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Ceará, por votação unânime, conhecer dos recursos, com a rejeição das preliminares, e se lhes negar provimento, mantida a sentença recorrida, consoante os termos da ata de julgamento.

Fortaleza, 11 de maio de 2007.

## **VOTO**

Cuida-se de Recursos de Apelação interpostos pelo Estado do Ceará e por Francisco Ary Ribeiro Teixeira, insatisfeitos com a decisão proferida pelo douto juízo da comarca de Aracoiaba nos autos da ação de desapropriação patrocinada pelo primeiro contra o segundo, este proprietário de um imóvel medindo aproximadamente 126, 28 hectares que foi declarado de utilidade pública, por força de decreto governamental.

A finalidade social era a construção da Barragem Aracoiaba para satisfazer o abastecimento local e, como houvesse litígios na área com o Banco do Nordeste, restou impedida a desapropriação amigável, também por divergência de preços.

Então, o Estado do Ceará ajuizou o feito, juntamente com o depósito no valor de R\$ 1.362.022,86 (hum milhão trezentos e sessenta e dois mil vinte e dois reais e oitenta e seis

centavos) a título de indenização.

Citado regularmente, eis que o proprietário do imóvel contestou a ação, especificamente pelo valor atribuído à indenização, sob o pretexto de não alcançar o preço justo.

Foi determinado o desentranhamento do cheque do depósito feito pelo autor e, depois, como o expropriado firmou acordo com o Banco do Nordeste, foi liberada a quantia de 80% do depósito, ficando o credor com a importância de R\$ 921.000,00 e o restante, R\$ 168.618,28, com o proprietário.

No curso da instrução, foram realizadas seis perícias de avaliação, além da perícia apresentada pelo autor ao ensejo da postulação vestibular. Cada qual atribuindo valores diferentes entre si como indenização. Peritos oficiais foram dois. Francisco Romano Pontes Araújo que apresentou um laudo de R\$ 1.665.543,01 e Antônio Araújo Maia que indicou um laudo de avaliação na importância de R\$ 2.408.174,90. E os dois, em conjunto, subscreveram laudo no valor de 1.944.078,05. Além desses, constam três outros laudos elaborados por Francisco Oscimar Barbosa de Lucena e Joinvile José Prado Gondim de Oliveira, peritos assistentes designados pelo expropriado, também com valores divergentes, R\$ 4.337.794,66. R\$ 4.416.276,65 e R\$ 4.809.134,44.

Francisco Ary Ribeiro Teixeira requereu o levantamento da quantia remanescente do depósito oriundo do restante da oferta do autor, prestando caução real, sendo o pedido deferido pelo magistrado do primeiro grau, correspondendo a R\$ 272.404,58.

Houve audiência para ouvida das explicações dos peritos, sendo que o promovido interpôs agravo retido nos autos em face de atendimento à postulação do autor para não constar os quesitos suplementares formulados pelo expropriado. O recurso foi impugnado pelo expropriante e a decisão foi mantida pelo magistrado (fls. 1499), permanecendo o recurso para ser apreciado, como questão preliminar, na apelação, acaso interposta.

Em seguida, foram apresentados pelas partes seus respectivos memoriais, nos quais o autor pugna pela procedência

da ação, confirmando-se o laudo apresentado na inicial como valor justo de indenização e transferindo-se o domínio dos bens para o Estado. E o promovido protesta pelo acolhimento dos laudos ofertados pelos assistentes, próximos do alcance do justo preço, condenando-se o promovente ao pagamento de verba indenizatória, acrescida de correção monetária, mais juros compensatórios e moratórios, além de honorários advocatícios e outros consectários legais.

Logo depois, veio a doutra sentença, dando pela procedência da ação, com a condenação do expropriante a pagar a indenização fixada em R\$ 2.408.174,90, valor correspondente ao laudo do perito Antônio Araújo Maia, considerado como indenização justa, com correção monetária, deduzida a quantia levantada pelo promovido (inclusive a parte que coube ao BNB), durante o curso do processo, acrescido de juros moratórios e compensatórios, além dos honorários advocatícios e dos peritos, custeados pelo expropriado.

Desta decisão, surgiram os recursos de apelação de ambas as partes. O autor com o interesse de limitar a indenização ao preço da oferta apresentado na vestibular, ressaltando que a sentença não demonstrou seus fundamentos. O réu, mantido o recurso de agravo retido como questão preliminar, insiste ainda pela fixação de valor que atenda ao princípio do preço justo como indenização, com observância dos critérios adotados pelo DNOCS, ajustado em audiência.

O ilustre representante do Ministério Público, em Parecer, pronunciou-se pelo acolhimento da preliminar argüida no Agravo Retido, para o fim de reformar a decisão que desconsiderou os quesitos suplementares, e, no mérito, acaso vencida a questão preliminar, ponderou pela fixação do quantum indenizatório com base nos elementos constantes dos autos.

Este é o Relatório, do que há de essencial.

Tudo bem visto e examinado. Há algumas preliminares questionadas. Em primeiro lugar, o agravo retido, que se ocupa do deferimento ao postulado pelo autor acerca da não consideração de quesitos suplementares pelo promovido após a realização da perícia. Em segundo lugar, a nulidade da

sentença alegada pelo promovido, por sua defeituosa técnica de não conter um Relatório bem como pela carência de seus fundamentos com a análise das razões de fato e de direito suscitadas pelas partes.

Quanto ao conteúdo do agravo retido, cujo pedido de conhecimento foi reiterado ao longo das razões de apelação, diz respeito à desconsideração de quesitos suplementares formulados pelo promovido na audiência para explicações dos peritos. Em verdade, o laudo já estava elaborado, situação que não comportava responder quesitos suplementares. Além da intempestividade, cabe ressaltar que tais indagações eram impertinentes no sentido de fazer articulação com laudos anteriores, já superados. Por isso, a decisão foi coerente, não considerando os quesitos suplementares.

Rejeito esta preliminar.

Não é sincero o argumento de que a sentença não contém um Relatório. Se não há um frontispício com tal designação, observa-se, no entanto, que fez um completo relato de todas as ocorrências processuais, descrevendo, com minudências, cada passo percorrido, cada episódio, com seus conteúdos, suas circunstâncias e suas repercussões. É inteiramente descabida esta arguição, se a dita sentença consumiu quase todo seu teor com o relato de cada fase, decifrando inclusive os comportamentos adotados pelas partes, seus pedidos, suas pretensões e seus protestos. Nada foi esquecido e, neste aspecto, a sentença é irrepreensível, sendo desnecessário apreciar a falta de relatório como causa de nulidade, capaz de prejudicar a higidez da decisão.

Rejeito esta outra preliminar.

Quanto à falta de fundamentação da convicção do julgador, há que se verificar algumas peculiaridades inerentes a esta causa. Há sete laudos periciais nos autos. Como se cuida de prova técnica, não está o magistrado obrigado a promover análise de cada item de cada laudo de indenização. Obedeceu o julgador ao princípio do livre convencimento regrado. Também não devia formar sua convicção, aproveitando pedaços de um laudo e de outro. Nem podia fazer seu próprio laudo,

evidentemente. Mas, esclareceu as razões de sua preferência por um laudo, mais próximo da indenização justa, como princípio constitucional consagrado.

Rejeito esta preliminar.

Quanto ao mérito, observo que não merece qualquer censura a douta sentença do juiz singular, aplicando o direito com prudência, sabedoria e sensatez.

É que, restou evidenciado nos autos a necessidade da desapropriação do imóvel pertencente ao promovido em benefício de uma obra social relevante, representada pelo abastecimento da população local, com a construção da Barragem Aracoiaba. O Nordeste tem escassez de chuvas regularmente e a água atualmente é um bem precioso e em futuro próximo será objeto de primeira necessidade de difícil acumulação. Construir barragem no sertão é uma obra de grande significação para a sociedade. E, neste ponto, as partes litigantes não divergiam, sobretudo ante a evidente supremacia do interesse público sobre o interesse privado.

Entretanto, a discussão atinge grandes proporções porque envolve somas expressivas de valores pecuniários, segundo sejam atribuídos aos imóveis e seus agregados, objetos da desapropriação. A CF/88 adota o princípio do preço justo para a indenização em dinheiro, exatamente porque é um ato que retira do particular uma parte de seu patrimônio em benefício da coletividade. No Estado democrático de direito, esta intervenção se realiza com obediência a princípios, formas e leis, de tal sorte que não pareça uma ofensa ou uma agressão às garantias constitucionais. Daí porque se tem de garantir o preço justo, pago em dinheiro, antecipadamente. E preço justo é o que preserva o patrimônio da pessoa, de tal sorte que não haja decesso, mas também não haja enriquecimento sem causa.

Pois, entre os critérios adotados pelos diferentes laudos técnicos, o juiz monocrático considerou razoável, coerente e justo, o laudo fornecido por Antônio Araújo Maia que atribuiu ao imóvel desapropriado, juntamente com outros bens agregados, o valor de R\$ 2.408.174,90. Trata-se de um laudo elaborado por perito oficial, designado pelo juiz, com experiência na formulação de perícias de avaliação para indenização.

Com efeito, a fixação deste valor é uma decisão prudente, criteriosa, sem o exagero dos valores dos assistentes técnicos do promovido e sem a mesquinhez austera da perícia do autor. E comportou-se o magistrado com independência e imparcialidade. Embora sucinto, parcimonioso, o critério adotado pelo juiz não pode ser confundido com falta de fundamento, se o julgador apresentou as razões de sua decisão e aplicou à condenação os consectários pertinentes, tais como a correção monetária, juros compensatórios, juros moratórios e pagamento de honorários de peritos e advocatícios. Também, não olvidou de transmitir o domínio do imóvel para o expropriante e revogar a caução real que garantia importância levantada pelo promovido.

Não estaria o juiz com o dever de analisar cada laudo técnico com suas peculiaridades nem discutir os valores atribuídos a cada objeto ou os critérios subjetivos e objetivos de cada perito. Competia-lhe, dentro da regularidade processual, entre vários laudos no âmbito da ação, fixar o laudo que lhe parecia mais consentâneo e mais justo. Mas, não seria necessário justificar os critérios do laudo ou compará-los com os demais. É justo seu preço, porque indeniza o patrimônio do particular em valor razoável, isto é, sem ser perdulário com enriquecimento ilícito e sem ser mesquinho.

Em face do exposto, rejeitadas as preliminares, considerando a necessidade da desapropriação para satisfazer interesse público, voto pelo conhecimento dos recursos interpostos, tempestivos e hábeis, mas para se lhes negar provimento, mantida íntegra a douta sentença recorrida em todos os seus termos.

Fortaleza, 11 de maio de 2007.

\*\*\*

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

**Apelação Cível nº 2004.0012.8827-3/0.  
Apelantes: Virta Maria Machado e outro.**

**Apelada: Francisca Nogueira Gondim.**

**Relatora: Desa. Edite Bringel Olinda Alencar**

**EMENTA:**

**APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO CIVIL. LOCAÇÃO e ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA.**

**Não se exime o locatário do pagamento dos alugueis com o simples abandono do imóvel locado. Necessária a observância do que foi estabelecido no contrato de locação. Princípio da força vinculante das convenções.**

**Depende a concessão dos benefícios da justiça gratuita apenas da declaração do interessado de que é pobre na forma da lei. Presunção *juris tantum*. Precedentes desta 3ª Câmara Cível e do STJ.**

**Recurso conhecido e parcialmente provido para reformar a sentença, apenas, no tocante ao indeferimento da justiça gratuita.**

**ACÓRDÃO:**

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

Cuida-se de recurso de apelação cível interposto por **VIRTA MARIA MACHADO** e **FÁBIO MACHADO BEZERRA**, figurando como apelada **FRANCISCA NOGUEIRA GONDIM**, em face de decisão proferida pelo MM. Juiz de Direito da 28ª Vara Cível desta Comarca de Fortaleza, nos autos da Ação de Despejo de nº 2003.02.12926-0.

Conforme se observa nos presentes autos, o douto Magistrado acolheu parcialmente os pedidos da autora e

determinou aos apelantes que efetuassem o pagamento dos “alugueis e encargos em aberto, corrigidos e acrescidos dos encargos de praxe, até a data da imissão da autora na posse do imóvel locado - 13/janeiro/2004, inclusive multa contratual pela rescisão do contrato, conforme cláusula décima” (fl. 100).

Não houve a necessidade de ser decretado o despejo da locatária, Virta Maria Machado, pois a recorrida, como já mencionado, foi imitada na posse do imóvel objeto do contrato de locação.

Não conformados com a sentença exarada (fls. 96/100), interpuseram os recorrentes o presente apelo alegando, em suma, ser injusta a cobrança dos alugueis até o dia 13 de janeiro de 2004, pois o bem locado teria sido abandonado pela locatária (em novembro de 2002, conforme alegado na contestação de fls. 36/39) e que as chaves teriam sido entregues à secretária da locadora. Questionam, ainda, o indeferimento da gratuidade da justiça para a Sra. Virta Maria Machado.

Contra-razões às fls. 111/118.

Sem revisão, conforme arts. 551, § 3º, do Código de Processo Civil, e 34, § 3º, do Regimento Interno deste Tribunal de Justiça.

Esse, o relatório, no essencial.

### **VOTO:**

Com relação ao primeiro argumento dos apelantes, não merece reparo a sentença proferida pelo MM. Juiz Carlos Henrique Garcia de Oliveira. Deveras, o simples abandono do imóvel locado, por parte do locatário, não configura uma normal rescisão da avença e, portanto, não é capaz de elidir a cobrança dos alugueis dos meses em que o bem permaneceu supostamente abandonado.

O contrato de locação (fls. 12/17), devidamente assinado pelas partes integrantes da presente relação processual, dispõe que:

**“Cláusula Segunda: O prazo de locação do imóvel**

*será de 12 (doze) meses, a iniciar no dia 04/04/2002 e terminar no dia 03/04/2003, findo o qual o (a) **LOCATÁRIO (A)**, devolverá as chaves do imóvel, após vistoria a ser realizada no mesmo, encerrando assim a locação, mediante a assinatura de termo quanto ao recebimento das chaves e à quitação do aluguel e demais encargos da locação.*

**Parágrafo primeiro:** (omissis).

**Parágrafo segundo:** *a devolução das chaves, sem que haja a devida vistoria e assinatura do respectivo termo de recebimento e quitação não exonera o (a) **LOCATÁRIO (A)** e seu (s) **FIADOR (ES)** das obrigações ora assumidas, inclusive quanto ao pagamento do aluguel e encargos e quanto à guarda do imóvel até que seja devidamente encerrada a locação” – sic – (fl. 13).*

A locatária e seu fiador não lograram êxito em comprovar o adimplemento da cláusula segunda do contrato. Igualmente não consta nos autos qualquer elemento que comprove as afirmações lançadas nas razões recursais, ou seja, que teria a locatária desocupado o imóvel e entregue as chaves à secretária da apelada.

Assim, persiste a responsabilidade dos recorrentes pelo pagamento de todos os encargos contratuais, em respeito ao princípio da força vinculante das convenções (*pacta sunt servanda*), até a data da efetiva devolução da posse direta do bem de raiz à locadora.

Por outro lado, os nossos Tribunais têm firmado o entendimento de que a concessão dos benefícios da justiça gratuita depende apenas da declaração expressa do interessado na obtenção do benefício de que é pobre na forma da lei e de que não é capaz de arcar com as custas processuais e honorários advocatícios.

Estabelece o parágrafo único do art. 2º da Lei nº 1.060/1950 que “*considera-se necessitado, para os fins legais, todo aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as*

*custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família”.*

Por sua vez, o art. 4º da mesma Lei dispõe que “a parte gozará dos benefícios da assistência judiciária, mediante simples afirmação, na petição inicial, de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família”.

Sobre a matéria, os integrantes desta douta 3ª Câmara Cível – acompanhando o judicioso voto proferido pelo Excelentíssimo Desembargador Antônio Abelardo Benevides Moraes – assim decidiram:

**“AGRAVO DE INSTRUMENTO COM PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO - JUSTIÇA GRATUITA INDEFERIDA. COMPROVAÇÃO DE INSUFICIÊNCIA DE RECURSOS. ART. 5º LXXIV DA CF/88 - PRESUNÇÃO JURIS TANTUM - DECISÃO REFORMADA.**

*1. É direito constitucionalmente garantido o benefício da justiça gratuita para as pessoas que comprovarem insuficiência de recursos, conforme consagra a Carta Magna Federal em seu art. 5º LXXIV.*

*2. Basta a simples alegação do interessado para que o juiz possa conceder-lhe o benefício da assistência judiciária. Essa afirmação constitui presunção juris tantum de que o interessado é necessitado. Havendo dúvida fundada quanto à veracidade da alegação, pode ser exigida do interessado prova da condição por ele declarada.*

*3. Recurso conhecido e provido. Decisão reformada”.*

(TJ-CE. 3ª Câmara Cível. AI nº 2002.0006.3582-8/0. Rel. Des. Antônio Abelardo Benevides Moraes. **DJ de 23/01/2007**).

Como não poderia deixar de ser, é esse o

entendimento do Superior Tribunal de Justiça, senão vejamos:

*“PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. JUSTIÇA GRATUITA. EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO ESTADO DE MISERABILIDADE. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME DE PROVA. SÚMULA 7/STJ. PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E IMPROVIDO.*

*1. Nos termos dos arts. 2º, parágrafo único, e 4º, § 1º, da Lei 1.060/50, a assistência judiciária gratuita pode ser pleiteada a qualquer tempo, desde que o requerente comprove sua condição de hipossuficiente, bastando-lhe, para obtenção do benefício, sua simples afirmação de que não está em condições de arcar com as custas do processo e com os honorários advocatícios, sem prejuízo de seu próprio sustento ou de sua família.*

*2. Tal direito, todavia, não é absoluto, uma vez que a declaração de pobreza implica simples presunção juris tantum, suscetível de ser elidida pelo magistrado se tiver fundadas razões para crer que o requerente não se encontra no estado de miserabilidade declarado.*

*3. Hipótese em que o Tribunal de origem firmou o entendimento segundo o qual o recorrente se encontrava no estado de pobreza a autorizar a concessão do benefício da gratuidade da justiça. Destarte, infirmar os fundamentos esposados no acórdão recorrido implicaria reexame de matéria fático-probatória, o que atrai o óbice da Súmula 7/STJ.*

*4. Recurso especial conhecido e improvido”.*

(STJ. 5ª Turma. REsp nº 539.476/RS. Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima. **DJU de 23/10/2006**, p. 348).

No caso em liça, o pedido de justiça gratuita não foi

impugnado pela apelada, conforme determina a Lei nº 1.060, de 05 de fevereiro de 1950, que estabelece as normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados.

Por todo o exposto, dou parcial provimento ao recurso de apelação cível em exame para reformar a sentença e conceder à apelante, VIRTA MARIAMACHADO, os benefícios da justiça gratuita. Mantidos todos os demais termos da decisão de primeiro grau.

É como voto.

Fortaleza, 05 de novembro de 2007.

\*\*\*

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

**Nº Processo: 2004.0014.9771-9/1**

**TIPO DO RECURSO: Apelação Cível**

**AÇÃO DE ORIGEM: Ordinária**

**COMARCA: Sobral**

**PARTES:**

**Apelante: Irmandade da Santa Casa de Misericórdia de Sobral**

**Apelada: Diocese de Sobral**

**Relator: Des. João de Deus Barros Bringel**

**Órgão Julgador: 2ª Câmara Cível**

**EMENTA. DIREITO CIVIL. AUSÊNCIA DE JUNTADA DO ESTATUTO SOCIAL DA PESSOA JURÍDICA. PEÇA PRESCINDÍVEL NA ESTEIRA DO RACIOCÍNIO DO STJ, CUJA APRESENTAÇÃO SÓ SE FAZ NECESSÁRIA SE HOVER DÚVIDA FUNDADA LEVANTADA PELA PARTE CONTRÁRIA, O QUE ORA NÃO SE FEZ. DESNECESSIDADE DE RECONHECER A FIRMA APOSTA NA PROCURAÇÃO OUTORGADA AO**

**CAUSÍDICO DA AUTORA. PRELIMINARES AFASTADAS. MÉRITO. SUCESSÃO DE UMA SOCIEDADE DE FATO POR OUTRA MEDIANTE SIMPLES AVERBAÇÃO NO REGISTRO DA PRIMEIRA. IMPOSSIBILIDADE. HAVENDO NOS AUTOS DEMONSTRAÇÃO DE QUE NÃO HOUE SIMPLES ALTERAÇÃO DO ATO CONSTITUTIVO DA SOCIEDADE DE FATO, MAS SIM VERDADEIRA EXTINÇÃO COM A SUCESSÃO POR OUTRA, É DE SE RECONHECER A IMPROPRIEDADE DA AVERBAÇÃO COMO FORMA DE LEGITIMAR A SUCESSÃO, QUE NÃO PODERIA OCORRER NOS MOLDES EM QUE SE DEU. APELAÇÃO CONHECIDA, MAS NÃO PROVIDA.**

Vistos, relatados e discutidos os autos da apelação cível n. 2004.0014.9771-9/1, 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 para, afastando as preliminares, negar-lhe provimento, nos termos do voto do Relator.

### **Relatório**

Trazem os autos para apreciação recurso de apelação interposto pela **Irmandade da Santa Casa de Misericórdia de Sobral** em face da sentença proferida pelo Juízo da 4ª Vara da comarca de Sobral, no processo nº. 2004.0014.9771-9/1, que trata de ação ordinária ajuizada pela ora apelada **Diocese de Sobral** em desfavor da apelante.

A exordial da referida ação ordinária narra que a **Diocese de Sobral** fundou em 08 de dezembro de 1923 a **Beneficente Santa Casa de Misericórdia**, que era uma sociedade de fato, irregular por ausência de registro do seu ato constitutivo junto ao órgão competente.

A **Beneficente Santa Casa de Misericórdia** teve como sucessora a **Santa Casa de Misericórdia de Sobral**, que foi criada legalmente mediante registro de pessoa jurídica, possuindo atos constitutivos e estatutos.

Após, em 09 de junho de 1994, criou-se, sem a autorização da recorrida, a **Irmandade da Santa casa de Misericórdia**, que seria a entidade sucessora da **Beneficente Santa Casa de Misericórdia**.

Não resignada com a situação, a Diocese de Sobral ajuizou a já indicada ação ordinária, buscando a declaração de inexistência da irmandade da Santa Casa de Misericórdia, bem como, a nulidade de todos os atos por ela praticados, com a conseqüente devolução para a Diocese de Sobral de todo o patrimônio corpóreo e incorpóreo da Santa Casa e a sua total gerência.

O magistrado singular, após anunciar o julgamento antecipado da lide (f. 251), proferiu a sentença de fls. 253/264, julgando procedente o pedido autoral para declarar como inválido o ato de formação da Irmandade da Santa Casa de Misericórdia de Sobral, restabelecendo a existência da Santa Casa de Misericórdia de Sobral, cuja direção deveria ser exercida na forma do Estatuto.

Inconformada, a promovida interpôs o presente recurso, sustentando, em síntese, como razões de reforma da sentença, preliminarmente, o defeito de representação e a não regularização do instrumento procuratório da pessoa jurídica ora recorrida; e, no mérito, a instituição da recorrente com a obediência aos trâmites estatutários previamente fixados.

O apelo foi recebido no seu duplo efeito (f. 311), ressaltando-se a validade dos efeitos da decisão interlocutória de fls. 145/149.

Contra-razões às fls. 315/386.

É o relatório.

### **V o t o**

O surgimento da pessoa jurídica depende, na lição

de *Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filhoda* conjugação de três pressupostos básicos:

- 1) A vontade humana criadora;
- 2) A observância das condições legais para a sua instituição;
- 3) A licitude de seu objetivo.

A *vontade humana criadora* contrapõe-se à idéia de *imposição estatal*, revelando que no âmbito do direito privado, a formação de uma pessoa jurídica depende da vontade das partes, não podendo lhes ser imposta, sob pena de afronta ao princípio da autonomia negocial e da livre iniciativa.

A *observância das condições exigidas em lei* demonstra que para se formar validamente, não basta a simples manifestação de vontade dos interessados, **“que se concretiza ao firmarem os estatutos ou o contrato social (sistema da livre formação), nem, muito menos, é indispensável o reconhecimento do Estado para que se possa imprimir existência jurídica a toda sociedade, associação ou fundação (sistema de reconhecimento), pela teoria adotada, de natureza eclética, é reconhecido poder criador à vontade humana, independentemente da chancela estatal, desde que respeitadas as condições legais da existência e validade”**. (Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, novo Código de Direito Civil, Vol. I - Parte geral. 8. ed. Pág. 187).

Por fim, a *licitude de seu objetivo ou finalidade* indica que a autonomia da vontade é limitada pela lei, que não admite objeto social ilícito ou proibido.

No presente caso, a ora recorrida DIOCESE DE SOBRAL, proprietária e mantenedora da SANTA CASA DE MISERICÓRDIA, ajuizou ação ordinária perante o juízo da 4ª Vara da comarca de Sobral alegando, em síntese, a má formação da aqui recorrida IRMANDADE DA SANTA CASA DE MISERICÓRDIA DE SOBRAL, sob o fundamento de inobservância das condições legais para a sua instituição.

É que, conforme sustenta, a IRMANDADE DA SANTA

CASA DE MISERICÓRDIA DE SOBRAL foi criada em 09.06.1994, no Bispado de Dom Walfrido Teixeira Vieira, para ser a sucessora da BENEFICENTE SANTA CASA DE MISERICÓRDIA, que foi extinta em 24.05.1965, quando a DIOCESE DE SOBRAL fundou a SANTA CASA DE MISERICÓRDIA DE SOBRAL como entidade sucessora da B.S.C.M.

Como forma de fundamentar a sua tese, a ora recorrida chama a atenção para o fato de que a recorrente não efetuou o registro dos seus atos constitutivos, limitando-se a averbar na margem do registro do ato constitutivo da B.S.C.M o seu surgimento.

Em contrapartida, a apelante defende que o seu ato constitutivo é o mesmo ato que constituiu a SANTA CASA DE MISERICÓRDIA DE SOBRAL, que passou a se chamar de IRMANDADE DA SANTA CASA DE MISERICÓRDIA DE SOBRAL após a alteração do seu Estatuto Social, cujas mudanças foram aprovadas pelo Presidente Provedor e Bispo da Diocese de Sobral, e respectivos diretores da equipe administrativa.

O cerne da questão, portanto, gira em torno de saber se houve ou não observância das condições legais para a instituição da recorrente.

Antes de adentrar na espécie meritória, todavia, cumpre analisar as preliminares de mérito levantadas pela parte insurgente.

O alegado defeito de representação e a suposta não regularização do instrumento procuratório da pessoa jurídica recorrida não merecem prosperar.

É que, no que toca à ausência de juntada, pela apelada, da cópia dos seus estatutos sociais, tem-se que o posicionamento defendido pela recorrente encontra-se superado pelo Superior Tribunal de Justiça, cuja mais moderna jurisprudência inclina-se para a desnecessidade de juntada dos atos constitutivos da pessoa jurídica quando não há **dúvida fundada** de que a mesma esteja sendo adequadamente representada judicialmente.

No caso dos autos, a apelante não demonstrou, em momento algum, a existência de dúvida fundada quanto à

legalidade da representação em juízo da recorrida pelo seu administrador diocesano, Pe. Raimundo Nonato Timbó, não podendo, portanto, ser afastada a eficácia e validade da sentença monocrática com fundamento apenas na ausência dos atos constitutivos da DIOCESE, por serem estes, na espécie, prescindíveis.

Nesse sentido, vejamos a jurisprudência atinente à matéria:

**“PROCESSUAL CIVIL. REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL DE PESSOA JURÍDICA EM JUÍZO. AUSÊNCIA DE JUNTADA DO CONTRATO SOCIAL. APELAÇÃO DA RÉ NÃO CONHECIDA PELO TRIBUNAL ESTADUAL. INEXISTÊNCIA DE DÚVIDA FUNDADA SOBRE EVENTUAL IRREGULARIDADE NA REPRESENTAÇÃO. EXIGÊNCIA AFASTADA. CPC, ARTS. 12, VI, E 13. EXEGESE. I. **DESCABIDO O NÃO-CONHECIMENTO DA APELAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA RÉ POR FALTA DE JUNTADA AOS AUTOS DE CÓPIA DO CONTRATO SOCIAL, SE INEXISTE FUNDADA DÚVIDA ACERCA DA REGULARIDADE DA REPRESENTAÇÃO DA EMPRESA EM JUÍZO. POSSIBILIDADE, ADEMAIS, SE FOSSE O CASO, DE SER DETERMINADO O SUPRIMENTO DOCUMENTAL, NOS TERMOS DO ART. 13 DO CPC.** II. Precedentes do STJ. III. Recurso especial conhecido em parte e provido, para determinar o prosseguimento no exame da apelação”. (Resp 621.861/AL, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 19.05.2005, DJ 20.06.2005 p. 290)**

**“RECURSO ESPECIAL – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – APRECIÇÃO DE TODOS OS TEMAS SÚSCITADOS – INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ARTIGO 535 DO CÓDIGO DE**

**PROCESSO CIVIL - PESSOA JURÍDICA – REPRESENTAÇÃO EM JUÍZO – APRESENTAÇÃO DOS ATOS CONSTITUTIVOS – DESNECESSIDADE, SALVO FUNDADA DÚVIDA – SÚMULA 07/STJ – GARANTIA PRÉVIA DO JUÍZO – CERCEAMENTO DE DEFESA – NECESSIDADE DE ESPECIFICAÇÃO DE BENFEITORIAS – PREQUESTIONAMENTO – EMBARGOS DE RETENÇÃO POR BENFEITORIAS EM AÇÃO POSSESSÓRIA – PRAZO PARA OPOSIÇÃO – PRECLUSÃO. I – Tendo o tribunal a quo se manifestado expressamente sobre cada um dos temas suscitados pelos recorrentes, então embargantes, que, em verdade, pretendiam a reapreciação do julgado, fim a que, em regra, não se destina o referido recurso, não há que se falar em violação ao artigo 535 do Cód. de Proc. Civil. II - **ESTE SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA TEM POSIÇÃO FIRMADA NO SENTIDO DE QUE A LEI NÃO EXIGE QUE AS PESSOAS JURÍDICAS FAÇAM PROVA DE SEUS ATOS CONSTITUTIVOS, PARA REPRESENTAÇÃO EM JUÍZO, NÃO FAZENDO SENTIDO EXIGIR-SE QUE ELES VENHAM AOS AUTOS SE NÃO HÁ DÚVIDA FUNDADA QUANTO AO CREDENCIAMENTO DA PESSOA QUE, EM NOME DA EMPRESA, OUTORGOU PROCURAÇÃO AO ADVOGADO.** Uma vez que o tribunal local não reconheceu fundamento para a dúvida, rejeitando-a expressamente, o conhecimento do especial quanto ao ponto encontra óbice na Súmula 7 da jurisprudência desta Corte. Por outro lado, não se conhece de recurso especial com fundamento na alínea “a” do permissivo constitucional se a matéria tratada nos referidos dispositivos legais não foi objeto de decisão pelo tribunal local. III – O prazo para oposição dos embargos de retenção deve ser**

contado a partir da juntada aos autos do mandado devidamente cumprido. A ciência prévia pela parte não tem o condão de sobrepujar à segurança jurídica imposta pela regra processual, que deve prevalecer. Todavia, tendo em vista a natureza da ação possessória, o direito de retenção por benfeitorias deve ser pleiteado já na resposta ao pedido inicial, sob pena de preclusão. Recurso especial provido". (REsp 424.300/MA, Rel. Ministro CASTRO FILHO, TERCEIRA TURMA, julgado em 15.12.2005, DJ 04.12.2006 p. 294)

Registre-se que a ausência de dúvida fundada se deve ao fato de que, como bem afirmou o magistrado singular, **“uma vez vacante o cargo de Bispo da Diocese e havendo os demais membros clero local ungido como administrador o firmatário do documento de fls. 46, denominado, hodiernamente como Administrador Diocesano, é óbvio que o fato de seu nome não haver sido registrado no Estatuto da Diocese como Vigário Capitular, não o priva das responsabilidades e do gozo dos direitos do cargo”** (fls. 257/258).

Em relação à ausência de reconhecimento de firma da assinatura aposta no instrumento procuratório de fls. 46, tem-se que o referido instrumento dispensa tal formalidade.

Superadas estas questões, vemos que melhor razão não assiste a recorrente quanto ao mérito do seu recurso.

A bem lançada sentença de fls. 253/264 deixa inequívoco que a apelante é verdadeiramente sucessora da SANTA CASA DE MISERICÓRDIA DE SOBRAL e não a mesma pessoa jurídica alterada estatutariamente.

Vejamos, assim, trecho da decisão apelada:

*In casu*, os documentos colacionados por ambos os litigantes, fls. 62/73, produção da autora, e fl. 198, coligido pela requerida, referenciam a seguinte situação: **“Irmandade da Santa Casa de**

**Misericórdia de Sobral, sucessora da Beneficente Santa Casa de Misericórdia, doravante Santa Casa de Misericórdia de Sobral”.**

A força da palavra é o modo de dirimir o entrevero, porque a autora insistentemente afirma que não poderia haver sucessão sem a extinção da pessoa sucedida, enquanto a requerida diz que apenas ocorreu mudança de denominação, para adequação à legislação vigente.

Necessário entender, portanto, o que expressa exatamente o termo suceder. Neste ponto, é de se registrar o ensinamento de DE PLÁCIDO E SILVA, em sua obra VOCABULÁRIO JURÍDICO, vol. IV, 12<sup>a</sup> edição – Editora Forense, verbete SUCEDER, primeira parte. **“Do latim *sucedere* (vir depois, tomar o lugar de, acontecer), consoante a própria etimologia *sub* (depois de, a seguir), e *ceder* (acontecer, vir, ir, decorrer o tempo, ceder, transmitir), exprime o mesmo sentido de acontecer depois, seguir-se, existir no presente, vir em seguida, tomar posição, colocar-se”.**

E acresce o mestre na parte seguinte: **“Em amplo conceito, porém, na significação jurídica, *suceder* é colocar-se uma pessoa em lugar de outra, assumindo-lhe não somente a posição, como investindo-se nas mesmas qualidades e atribuições, que se conferem ao sucedido”.**

Portanto, em se aplicando à lei a compreensão do vocábulo *sucessora*, é fato que não ocorreu simples mudança no nome da pessoa jurídica, porquanto, houve, com efeito, sucessão irregular.

É que, a sucessão deveria ser procedida de modo que se extingue a pessoa jurídica Santa Casa de Misericórdia de Sobral e, ato seguinte, cria-se a irmandade da Santa Casa de Misericórdia de Sobral. Ou, então, que simplesmente se dissesse ser esta a nova denominação daquela.

Não há como negar que a recorrente buscou suceder a SANTA CASA DE MISERICÓRDIA DE SOBRAL, não tendo havido simples alteração estatutária desta, mas verdadeira substituição da segunda pela primeira, que adquiriu o patrimônio da SANTA CASA, alterou o seu corpo dirigente e a extinguiu posteriormente.

Não se afirmou, assim, que averbação realizada à margem do registro do ato constitutivo da SANTA CASA DE MISERICÓRDIA DE SOBRAL não era prova suficiente da legalidade da apelante, mas sim que a referida averbação, nos termos em que se deu, não indicava simples alteração no estatuto da SANTA CASA, mas verdadeira sucessão de uma pela outra, que não poderia ocorrer por simples averbação.

A apelante apresenta ainda como fundamento de defesa que a alteração estatutária obedeceu aos trâmites previamente fixados, nos termos da alínea “b”, do art. 12, do Estatuto Social original, *verbis*:

Art. 12 – O Provedor será o seu Representante Legal, competindo-lhe ainda:

(...)

b) executar e fazer executar os presentes estatutos, resolvendo os casos omissos, submetendo as suas resoluções à apreciação da equipe.

O dispositivo normativo em alusão nada diz, não alcançando o fim pretendido pela recorrente. De fato, diferentemente do que afirma, tem-se que o Estatuto Social original não autorizava o Bispo paroquial (Provedor da sociedade de fato, ou seu representante legal) a alterar o Estatuto Social em termos tão amplos, implicando em verdadeira operação pela qual uma sociedade de fato é adquirida pela outra (sucessão).

A possibilidade de resolver os casos omissos com a submissão da sua resolução à apreciação da equipe nada diz. O fato de ter o Provedor submetido a sua proposta de alteração do Estatuto à equipe administrativa não indica que houve simples modificação da norma estatutária e da razão social da SANTA

CASA DE MISERICÓRDIA DE SOBRAL, sendo necessário verificar o conteúdo das alterações, que camuflam verdadeira sucessão, porquanto modificam a direção da sociedade, afastando a DIOCESE do comando, e integram, ainda, ao patrimônio da IRMANDADE os bens da SANTA CASA.

Registre-se, inclusive, que em nenhum momento ficou provada a legitimidade do Bispo Walfrido Teixeira Vieira para dispor da direção e bens da SANTA CASA, mesmo após a aprovação da equipe administrativa, limitando-se a recorrente a dizer que não se aplica à espécie o direito canônico, que veda expressamente tal hipótese.

Ora, ainda que restasse afastada a aplicação do direito canônico, não há no nosso ordenamento nenhuma disposição que autorize a Diretoria da SANTA CASA (Bispo e equipe administrativa) a dispor livremente da sociedade e de seus bens, sendo a legitimidade de atuação destes restringida ao poder de dirigir a sociedade, resolvendo questões que lhe são afetas, sem, logicamente, alterar profundamente as suas diretrizes.

O que é certo é que, restando caracterizada a sucessão, esta foi feita de forma indevida, sem a observância dos preceitos legais básicos.

É importante chamar atenção para o fato de que a recorrente, na busca de defender-se da sua apontada irregularidade, limita-se a afirmar que não é sucessora da SANTA CASA DE MISERICÓRDIA DE SOBRAL, revelando, assim, que a caracterização da sucessão torna incontestes a inobservância aos preceitos legais aplicáveis à espécie, já que, em momento nenhum, cuidou a IRMANDADE de indicar que, no caso de acolhida da tese de sucessão, a sua legalidade consistiria nesse ou naquele fato.

Do exposto, com base nas razões aqui constantes, conheço do recurso para, afastando as preliminares, negar-lhe provimento.

É como voto.

Fortaleza, 09 de abril de 2008.

\*\*\*

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

**Apelação Cível n.º 2005.0001.3522-6/0**

**Remessa Oficial: Juiz de Direito da 5ª Vara da Fazenda Pública do Estado do Ceará - CE**

**Apelante: MUNICÍPIO DE FORTALEZA**

**Apelados: ANTÔNIO FERNANDO MELO FILHO e outros**

**Relator Des. Ademar Mendes Bezerra**

**Órgão Julgador: 2ª CÂMARA CÍVEL**

**EMENTA: EQUIPARAÇÃO VENCIMENTAL. ISONOMIA EXTERNA. IMPOSSIBILIDADE POR VIA JUDICIAL.**

**- Não pode o Judiciário conceder aumento de vencimentos sob o fundamento da isonomia (súmula 339, STF).**

**- Conquanto seja lícito aos servidores públicos buscarem no Judiciário a satisfação de seus direitos, dada a reiterada desídia do Executivo em cumprir tal mister, já é cediço nos tribunais pátrios o entendimento pela impossibilidade de o Judiciário conceder aumento de vencimentos com fundamento no princípio da isonomia.**

**- Precedentes deste egrégio sodalício e do excelso Supremo Tribunal Federal.**

**- Apelação e Remessa Obrigatória conhecidas e providas.**

**ACÓRDÃO:**

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação Cível n.º 2005.0001.3522-6/0, em que figuram as partes acima indicadas.

Acorda a 2ª Câmara Civil do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, à unanimidade, conhecer e dar provimento ao recurso de Apelação Cível e à Remessa Oficial.

Fortaleza, 9 de janeiro de 2008.

## **RELATÓRIO**

Cuidam os presentes autos de remessa obrigatória e apelação cível interposta pelo Município de Fortaleza em face de decisão do MM. Juiz de direito da 5ª Vara da Fazenda Pública do Estado do Ceará, que julgou procedente o pedido dos servidores, para o fim de declarar a obrigatoriedade de o demandado fixar os seus vencimentos de médicos com base nas regras do Decreto Municipal nº 7153/85.

Pela exordial de fls. 02/09, os autores/recorridos afirmam que são servidores do quadro efetivo do Município, ocupando os cargos de médico. Buscam no presente feito, invocando o princípio constitucional da isonomia, a equiparação de seus vencimentos aos obtidos, em ação trabalhista, por outros médicos do mesmo ente – no valor de sete salários mínimos – que, segundo alegam, desempenham atividades absolutamente idênticas às suas.

Inconformada com a sentença favorável aos pleiteantes, o Município de Fortaleza apelou, aduzindo: a) a decisão contraria o posicionamento reiterado do Tribunal de Justiça do Ceará e do Supremo Tribunal Federal; b) O Decreto Municipal nº 7.153/85 não foi recepcionado pela atual Constituição Federal, pois esta veda a vinculação do salário-mínimo para qualquer espécie salarial; c) não se pode pretender equiparação salarial com base no princípio da isonomia.

Contra-razões às fls. 119/128.

A Procuradoria Geral de Justiça lançou parecer às fls.137/142, pugnano pelo improvimento do apelo e da remessa oficial.

É o relatório.

## **VOTO**

A presente matéria tem recebido, ao longo do tempo, neste sodalício, tratamento controvertido e às vezes oscilante, o

que não é de se surpreender dada sua complexidade.

Eu mesmo, há vários meses, exarei entendimento pela impossibilidade de o Judiciário conceder a equiparação salarial sob fundamento da isonomia. Aplicava, na ocasião, irrestritamente, o enunciado da súmula n.º 339 do Supremo Tribunal Federal.

Contudo, percebi que mencionado assento pretoriano não é aplicável indiscriminadamente a todas as situações de disparidade vencimental, porquanto, na Administração Pública, deve, necessariamente, existir a isonomia vencimental interna, ou seja, aquela que se dá dentro da mesma carreira, entre cargos idênticos. Na hipótese de ofensa desse dever de igualdade, o Judiciário não só pode, como deve fazer prevalecer a equiparação, pois não se poderia falar em justiça na situação de dois servidores ocupante do mesmo cargo – de igual carreira – receberem vencimentos diferenciados.

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal já exarou julgado nesse sentido:

“CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. ISONOMIA. A ISONOMIA VENCIMENTAL INTERNA (DENTRO DA MESMA CARREIRA), PODE SER DEFERIDA PELO JUDICIÁRIO; AQUELA DENOMINADA EXTERNA (CARREIRAS DIFERENTES) DEPENDE DE LEI. AO JUDICIÁRIO NÃO SE DEFERE O DIREITO DE AUMENTAR VENCIMENTOS DE PERITOS CRIMINAIS DO DF POR ISONOMIA COM A CARREIRA POLICIAL FEDERAL. REJEITA-SE TAMBÉM PEDIDO DE APLICAÇÃO DE DUAS LEIS, UMA FEDERAL, OUTRA DISTRITAL, PARA, COM A SIMBIOSE DOS PRECEPTIVOS, CRIAR UM NOVO VALOR VENCIMENTAL. (Classe do Processo : APELAÇÃO CÍVEL [19980110105374APC](#) DF Registro do Acórdão Número : 136103 Data de Julgamento : 06/11/2000 Órgão Julgador : 2ª Turma Cível Relator : GETÚLIO MORAES OLIVEIRA Publicação no DJU: 04/04/2001

Pág. : 25 (até 31/12/1993 na Seção 2, a partir de 01/01/1994 na Seção 3)”

Em igual sentido APC 1998.01.1.010565-8, APC 5231099 e APC5018898 do mesmo tribunal.

No caso dos autos, entretanto, a causa de pedir é relativa a situações oriundas de julgados da Justiça do Trabalho, portanto, com base em isonomia externa, conforme se extrai do relatório da sentença monocrática, *in verbis*:

“[os autores] ingressaram com a presente Ação Ordinária de Obrigação de Fazer, objetivando o reconhecimento do direito de auferir o piso salarial instituído pelo Decreto-Municipal nº 7153/85 e que, por sentença transitada em julgado a cargo da 4ª JCJ de Fortaleza, foi deferido em favor de José Olímpio de Albuquerque e Arraes e outros, também médicos lotados nos diversos órgãos da municipalidade alencarina, como se vê às fls. 02/09” (fls. 93/94, sem grifos na origem).

Dessa forma, presente a intenção de servidores lotados no IJF de obterem provimento jurisdicional o qual – com fulcro na isonomia – lhes estendam a remuneração da ordem de sete salários mínimos conseguidas por outros assistentes sociais em sede de ação trabalhista, obrigatória a incidência da Súmula 339, do Supremo Tribunal Federal.

Conquanto seja lícito aos servidores públicos buscarem no Judiciário a satisfação de seus direitos, dada a reiterada desídia do Executivo em cumprir tal mister, já é cediço nos tribunais pátrios o entendimento pela impossibilidade de o Judiciário conceder aumento de vencimentos com fundamento no princípio da isonomia.

Eis o teor da Súmula:

“Súmula 339. Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar os vencimentos de servidores públicos sob o fundamento de isonomia”.

Convém registrar o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, que em recente julgado reiterou tal forma de entender a questão, conforme se vê da seguinte ementa:

“SERVIDOR PÚBLICO. VENCIMENTOS. REAJUSTE. ISONOMIA. SÚMULA STF Nº 339. ART. 37, X, DA CF/88. 1. O princípio da isonomia dirige-se aos Poderes Executivo e Legislativo, a quem cabe estabelecer a remuneração dos servidores públicos e permitir a sua efetivação. Vedado ao Judiciário estender aumentos que foram concedidos apenas a uma determinada categoria. Precedente: RE 173.252. (...)”. (RE 355517 / PR – PARANÁ RECURSO EXTRAORDINÁRIO.

Relator(a) : Min. ELLEN GRACIE Julgamento: 24/06/2003 Órgão Julgador: Segunda Turma Publicação: DJ DATA-29-08-2003 PP-00037 EMENT VOL-02121-18 PP-03637)

Mas não é só sob esse aspecto que se apresenta desprovido de fundamento a pretensão dos servidores. Vê-se que o objetivo é ter como piso o valor correspondente a sete salários mínimos, o que configura uma vinculação que não se valida em nossa ordem jurídica, onde não se admite qualquer sorte de atrelamento ao salário mínimo.

É nessa linha de idéias que também vem julgando o Excelso Supremo Tribunal Federal, como se apreende do seguinte julgado:

“Professores do Estado do Paraná. Piso Salarial de três salários mínimos. – (...) A vinculação desse piso salarial a múltiplo de salários mínimos ofende o disposto no artigo 7º, IV, da Constituição Federal. Precedentes do S.T.F. - Inexistência de ofensa por parte do acórdão recorrido aos artigos 39, § 2º, 7º, V e VI, e 206, V, da Constituição Federal. Recurso

extraordinário conhecido pela letra “c” do inciso III do artigo 102, da Constituição, mas não provido”. (RE 273205 / PR – PARANÁ, RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. MOREIRA ALVES Julgamento: 26/02/2002 Órgão Julgador: Primeira Turma Publicação: DJ DATA-19-04-2002 PP-00062 EMENT VOL-02065-08 PP-01664)

Esta Colenda 2ª Câmara, no julgamento do Agravo de Instrumento n.º 2000.0015.0957-9, sob a relatoria do eminente Desembargador José Cláudio Nogueira Carneiro, possui precedente no mesmo sentido, consoante se infere da ementa:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO.

I - A vinculação dos vencimentos do servidor público ao salário mínimo afronta os princípios constitucionais da autonomia administrativa do Município e as disposições contidas nos arts. 7º, inc. IV e 37, inc. XIII da Carta Magna.

II - É vedada a equiparação ou vinculação vencimental a quaisquer espécies remuneratórias, sendo proibido ao Poder Judiciário aumentar os vencimentos dos servidores públicos sob o fundamento de aplicação do princípio da isonomia (Súmula nº 339 do STF).

III - Agravo conhecido e provido”.

Diante do exposto, conheço e dou provimento ao presente recurso de apelação, reformando a sentença de primeiro grau, para julgar improcedente a ação, invertendo os ônus sucumbenciais.

É como voto.

Fortaleza, 9 de janeiro de 2008.

\*\*\*

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

**Órgão Julgador: 1ª Câmara Cível.**

**Processo n.º.: 2005.0009.6285-8/1.**

**Classe: Apelação Cível.**

**Apelantes: Michele Aspord Lascaux e Alain Christian Rene Lascaux.**

**Apelados: Rui Eduardo Vieira Matias e Café Creme LTDA – ME.**

**Relator: Desembargador Francisco Sales Neto.**

**EMENTA: DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL EM SEDE DE AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO. PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE SEM A REALIZAÇÃO DE PERÍCIA CONTÁBIL REQUERIDA POR AMBAS AS PARTES. PRELIMINAR ACOLHIDA. SUPRESSÃO DA REALIZAÇÃO DE PROVA INDISPENSÁVEL À SOLUÇÃO DA LIDE. APELO A QUE SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO.**

**1. Constitui cerceamento de defesa o julgamento antecipado da lide com dispensa de realização de perícia contábil requestada por ambas as partes e indispensável à solução da lide;**

**2. Matéria fática complexa na qual se afigura a elaboração de prova técnica como providência imprescindível à apreciação da pretensão consignatória;**

**3. Apelo conhecido e parcialmente provido.**

**ACÓRDÃO:**

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos da

Apelação Cível nº 2005.0009.6285-8/1, em que são partes as pessoas acima indicadas, acordam os desembargadores da 1ª Câmara deste egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em conferir provimento parcial ao presente recurso apelatório, tudo nos termos do voto do relator.

### **VOTO.**

Cuida-se de Apelação Cível manejada por Michele Aspod Lascaux e Alain Christian Rene Lascaux, colimando a reforma da r. sentença de fls. 150/154 a qual, em sede de ação de consignação em pagamento, julgou procedente a pretensão formulada na peça exordial de fls. 02/08, declarando extinta a obrigação dos consignantes, ora apelados.

A irrisignação recursal, disposta às fls. 156/171, suscita como razões bastantes à reforma da r. sentença “a quo” os seguintes fundamentos:

- que a sentença monocrática é nula por violação ao art. 5º, inc. LV da Constituição da República;
- que a pretensão autoral baseia-se em demonstrativos inválidos;
- que a prova apresentada pelos apelados é insubsistente para a fiel configuração da procedência do seu pleito;
- que o magistrado singular não levou em consideração, na apreciação da lide, os elementos trazidos à instrução pelos recorrentes;
- que o julgamento antecipado da lide findou por causar prejuízo processual aos apelantes com a impossibilidade de se efetuar cognição mais aprofundada das provas trazidas à espécie.

Apelação recebida em seu duplo efeito, nos termos do despacho de fls. 173.

Contra-razões de apelação adunadas às fls. 178/185, pugnando pela manutenção da r. sentença vergastada.

Às fls. 186, despacho oriundo do juízo singular, retificando os termos do “decisum” de fls. 173, atribuindo ao recurso apelatório apenas efeito devolutivo, tendo em vista a confirmação, na sentença atacada, da tutela antecipatória concedida aos apelados, com a aplicação, à espécie, da regra do art. 520, inciso VII, do Código de Processo Civil.

É o que importava relatar.

À Doutra Revisão.

### **DECIDO.**

Da análise do recurso em apreço, verifico a presença dos pressupostos intrínsecos e extrínsecos de sua admissibilidade, conforme o previsto na Legislação Processual Civil em vigor, razão pela qual dele tomo conhecimento.

Passando ao conhecimento da questão preliminar suscitada pelos ora apelantes, a sentença recorrida é nula de pleno direito, contendo violação de princípios constitucionais e processuais que não se pode tolerar, ainda mais se delas resultam uma condenação ao pagamento de valor astronômico – equivalente ao prêmio acumulado de um sorteio da “Mega Sena”.

Como cediço, a atividade do magistrado é sobretudo informada pelo princípio do livre convencimento motivado do juiz, o qual enuncia, consoante o proposto no art. 131 do Código de Processo Civil, que o julgador apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e as circunstâncias constantes dos autos, na conformidade dos motivos que lhe formaram o convencimento.

O preceito ora referenciado, com efeito, traduz-se como garantia do magistrado e o conduz à maior aproximação da verdade material no caso concreto, através da livre e irrestrita possibilidade de valoração da prova legitimamente produzida no curso da instrução.

No entanto, a despeito de sua importância processual, o postulado “sub espécie”, por não comportar lindes absolutos, tem sua aplicação jungida à observância dos princípios

estatuídos na Carta Republicana, da qual se destacam, com especial importância processual, o da ampla defesa e do contraditório e o da garantia do devido processo legal.

Na esteira dessa premissa, a partir da análise da instrução, verifica-se ter havido na hipótese “in concreto” a ocorrência de cerceamento de defesa, tal como o decantado pelos apelantes em sua peça recursal, substanciado na dispensa, pelo juízo singular, da realização de perícia contábil dos documentos ofertados pelas partes litigantes e igualmente impugnados em suas respectivas manifestações processuais.

Tal se infere, num primeiro momento, porquanto, no deslindar da “actio originalis”, mais precisamente na peça póstica e na peça de resposta dos promoventes/apelantes, foi efetivamente requestada a realização de perícia contábil dos documentos ofertados, circunstância esta que, aliada à impugnação recíproca da documentação apresentada pelos pólos litigantes, importaria o prosseguimento da instrução com a realização da prova técnica, com o fito de elucidar as dúvidas suscitadas pelas partes, mormente no que tange à legitimidade dos meios de prova e ao valor do cálculo da diferença consignada.

Em face de tal particularidade, não poderia o magistrado monocrático, por seu próprio nuto, dispensar a elaboração de perícia contábil sob o simples fundamento da comprovação dos descontos efetuados e julgar antecipadamente a lide, sobretudo em face da impugnação feita pelos ora requerentes. Dando suporte ao entendimento ora esposado, eis o que verbera a jurisprudência pátria acerca do tema em deslinde, “ad litteram”:

**PROCESSUAL CIVIL – CERCEAMENTO DE DEFESA** – Julgamento antecipado da lide sem apreciação do pedido de realização de perícia contábil

.- Reconhece-se cerceamento de defesa no fato de o juiz decidir antecipadamente a lide sem oportunizar às partes a especificação de suas provas, quando na inicial dos embargos havia sido ventilada prova pericial para apuração dos valores da cobrança,

especialmente quando verificada enorme disparidade entre o valor original do mútuo e o resultante da sua renegociação. Apelo provido para cassar a sentença. (TJDF – APC 4401497 – DF – 4ª T.Cív. – Rel. Des. George Lopes Leite – DJU 17.12.2003 – p. 56)

**PROCESSUAL CIVIL – COMODATO – JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE – CERCEAMENTO DE DEFESA – CONFIGURAÇÃO**

– Tendo o autor impugnado documentos acostados pelo réu, requerendo ainda produção de provas, incabível julgamento antecipado em audiência de conciliação, sendo necessária a instrução do feito a fim de solucionar matéria controvertida. Sentença desconstituída. Apelo provido por decisão monocrática do relator. (TJRS – APC 70002796803 – 18ª C.Cív. – Rel. Des. Pedro Luiz Pozza – J. 06.10.2003)

**PROCESSUAL CIVIL – COBRANÇA – CERCEAMENTO DE DEFESA – JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE – RÉUS QUE PROTESTAM PELA PRODUÇÃO DE TODOS OS MEIOS DE PROVA EM DIREITO ADMITIDOS, ESPECIALMENTE A PROVA PERICIAL**

– Constitui cerceamento de defesa o julgamento antecipado da lide se a ré desde a contestação alega que pretende provar as suas alegações valendo-se da produção de todos os meios de prova em direito admitidas, especialmente a pericial e o juiz, equivocadamente e contrariando a norma processual inscrita no art. 331, do CPC, deixa de designar audiência de conciliação passando, imediatamente, ao julgamento antecipado da lide. (TAMG – AC 0391299-4 – (72550) – 4ª C.Cív. – Rel. Des. Paulo César Dias – J. 30.04.2003)

Doutrinando sobre a temática em tablado, assim considera o eminente doutrinador Antônio Carlos Marcato,

apreciando o julgamento antecipado à luz da relevância dos fatos articulados no processo, “*verbatim*”:

**3. Julgamento antecipado e cerceamento de defesa:** Constitui cerceamento de defesa o julgamento antecipado do pedido, se e quando, havendo controvérsia a respeito de matéria de fato relevante, o juiz impedir a produção das provas necessárias à sua elucidação. Entenda-se por fato relevante todo aquele que, além de manter pertinência com a causa, também é apto a influir no julgamento do pedido. Importante observar, no entanto, que, por haver determinado a intimação das partes para especificarem provas, não fica o juiz, só por isso, impedido de proceder ao julgamento antecipado, caso venha a entender que aquelas especificadas são inúteis ou protelatórias (CPC, art. 130). (MARCATO, Antônio Carlos *et alii*. Código do Processo Civil Interpretado, p. 984)

Destaque-se, neste ponto, que o conhecimento direto do pedido com o julgamento antecipado da lide, nos termos do art. 330, “*caput*” e incisos, do Código de Processo Civil, constitui faculdade do julgador singular que lhe impõe o enfrentamento exaustivo, das razões ventiladas pelos demandantes.

Entrementes, assim não se verificou na sentença reprochada, a qual limitou-se à averiguação superficial das razões de fato articuladas no destreame da instrução, o que seria incompatível com a complexidade da matéria fática proposta na pretensão originalmente formulada, cujo apreço demandaria, inclusive, a liquidação dos valores compensados, resguardando-se, no caso concreto, a aplicação do precitado princípio da ampla defesa, no âmbito da contemplação e consideração pelo julgador das razões argüidas nos autos da instrução. Translúcido, portanto, o cerceamento de defesa apontado pelos apelantes.

D’outra banda, impõe-se salientar que a compensação exige, a título de requisito imprescindível de aplicação, a liquidez dos créditos compensados, como bem anotado pelo mestre Roberto de Ruggiero, que assim elucida

sobre o tema:

“a) Serem líquidos ambos os créditos e líquido é aquele cuja existência certa e incontroversa e determinado o montante (*certum an et quantum debeat*). É esta uma exigência da compensação em geral, mas mais particularmente daquela que operando *ipso jure* não exige qualquer ato das partes ou do juiz. Se a compensação serve de pagamento; se faz as suas vezes, é indispensável que seja certo o débito tanto na sua existência como no seu montante e, assim, quando há esta certeza a anulação recíproca dos créditos produz-se desde logo, no próprio momento em que se contraponham, e quando falta, impõe-se a intervenção do juiz para acertar e liquidar, para tornar compensáveis entre si as duas partidas.” (RUGGIERO. Roberto de. Instituições de Direito Civil, v. 3, 1ª ed. 1999: Campinas/SP, p. 277)

Por todas estas considerações, conhecendo da preliminar suscitada pelos recorrentes, voto pelo conhecimento e provimento parcial da presente apelação, no sentido de cassar a sentença recorrida, determinando o retorno dos autos à origem, para que lá seja concluída a indispensável e regular instrução processual.

Fortaleza/CE, 25 de fevereiro de 2008.

\*\*\*

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

**Apelação Cível n.º 2005.0017.6617-3/1  
Apelante: Telemar Norte Leste S/A  
Apelado: Mário Sérgio de Oliveira  
Origem: 25ª Vara Cível**

---

**Relator: Desembargador Ademar Mendes Bezerra**

**EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DO CONSUMIDOR, CIVIL, E ADMINISTRATIVO. - AÇÃO ANULATÓRIA C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO - SERVIÇO DE TELEFONIA FIXA - COBRANÇA DE “ASSINATURA BÁSICA RESIDENCIAL” - NATUREZA JURÍDICA: TARIFA-MODELO REGULATÓRIO BRASILEIRO - LEGALIDADE DA COBRANÇA - CONTINUIDADE DOS SERVIÇOS PÚBLICOS - PRECEDENTE DA PRIMEIRA SEÇÃO DO STJ.**

**- A habilitação do Serviço de Telefonia Fixa Comutada – conhecida como assinatura básica –, atenderia a uma contraprestação pela comodidade advinda do serviço fruído no domicílio do usuário.**

**- De outra banda, a feitura da equação tarifária é atribuição administrativa da Agência. Só poderia o Poder Judiciário interferir em casos excepcionais, de gritante abuso ou desrespeito aos procedimentos formais de criação dessas figuras. Carece o dito Poder de mecanismos suficientemente apurados de confronto paritário às soluções identificadas pelos expertos da Agência reguladora.**

**- O Direito do Consumidor qualifica as relações jurídicas entre usuários e operadoras naquilo que não for objeto de regulação ou quando a regulação extrapolar os limites científicos do Direito das Telecomunicações e passar a invadir a órbita daquela província. A cobrança indevida de ligações não efetuadas é questão nitidamente consumerista. A exigência da assinatura básica, por seu turno, é tema específico da regulação dos serviços de telecomunicações.**

**- A Primeira Seção do eg. STJ, na assentada de 24.10.2007, por maioria, deu provimento ao Resp 911.802/RS, que teve como relator o Min. José Delgado, que se constitui em verdadeiro caso-líder desse tema e estabeleceu a necessária pacificação na Corte quanto ao antigo dissídio, firmando posicionamento no sentido da legalidade da cobrança da “assinatura básica mensal.”**

**- Apelação Conhecida e Provida.**

### **ACÓRDÃO:**

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos da Apelação Cível n.º 2005.0017.6617-3/1, em que figuram as partes acima indicadas. Acorda a colenda Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, à unanimidade, julgar conhecida a apelação, para dar-lhe provimento, nos termos do voto do relator.

Fortaleza, 27 de fevereiro de 2008.

### **VOTO**

Cuidam os presentes autos de apelação cível interposta por Telemar Norte Leste em face de decisão do MM. Juiz de Direito da 25ª Vara Cível que julgou procedente Ação de Conhecimento c/c Repetição de Indébito proposta por Mário Sérgio de Oliveira contra a apelante, objetivando a declaração de nulidade da chamada “assinatura básica residencial”, bem como a devolução dos valores pagos de forma indevida desde o início da prestação dos serviços.

Na inicial de fls. 03/15, aduz o demandante/apelado, em breve síntese, que a exigência da tarifa taxada de assinatura básica é totalmente indevida, por não haver qualquer previsão legal ou contratual que a justifique, alegando ainda que, por se tratar de tarifa, a Telemar somente poderia cobrar pelos serviços

efetivamente prestados.

Juntou os documentos de fls. 16/20.

A tutela antecipada foi deferida às fls. 32/41.

Devidamente citada, a TELEMAR contesta às fls. 92/111, alegando, preliminarmente, a incompetência absoluta do juízo estadual, em virtude do interesse da ANATEL na lide.

No mérito, sustenta a legalidade da cobrança de tarifa mínima mensal, que encontra respaldo na Lei nº 9.472/97 (Lei Geral das Telecomunicações), assim como na Resolução nº 85/98 da ANATEL e nas Portarias nº 217/97 e 226/97 do Ministério das Comunicações.

Adverte, ainda, que a tarifa mensal (franquia de pulsos) foi implantada em benefício do consumidor e que foi criada para fins de contemplar os custos de manutenção da rede dos serviços prestados, levando-se em conta a onerosa infraestrutura da rede.

Carreou os documentos de fls. 112/444.

A MM<sup>a</sup>. Juíza *a quo* prolatou a sentença às fls. 445/458, no sentido de rejeitar a preliminar alegada e, no mérito, julgar parcialmente procedente a pretensão autoral, decretando a invalidade da cobrança da assinatura básica residencial mensal, bem como condenar a empresa promovida a restituir, na forma simples, os valores pagos pela promovente a título da referida tarifa.

Concedeu, ainda, a tutela antecipada requerida na vestibular com o objetivo de impedir a cobrança da tarifa de assinatura básica, fixando multa diária no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

Embargos de declaração opostos pela requerida às fls. 460/466, alegando obscuridade e omissão no julgado no que se refere às normas legais que regem a matéria.

Decisão presente às fls. 496/497, desacolhendo os embargos declaratórios.

Inconformada, a Telemar vem de apelar às fls. 499/520, reiterando os argumentos de sua peça contestatória, requerendo a total reforma da sentença.

Sem contra-razões.

É o relatório. Decido.

Em relação à preliminar de incompetência alegada esta não pode prosperar, posto que a ação foi proposta em face de empresa concessionária de telefonia objetivando o reconhecimento da ilegalidade da “Assinatura Básica Residencial”, com a devolução dos valores pagos desde o início da prestação dos serviços. Por tais fatos, fica subjacente a ausência de interesse jurídico da ANATEL neste processo porquanto a repercussão dos efeitos da declaração de ilegalidade da aludida cobrança, assim como os da repetição do indébito, não atingirá sua órbita jurídica, mas tão-somente a da empresa ora recorrente.

Desta sorte, tratando-se de relação jurídica instaurada em ação entre a empresa privada concessionária de serviço público federal e o usuário, não há interesse na lide do poder concedente, no caso, a União, falecendo, a *fortiori*, competência à Justiça Federal.

Assim, ausente o interesse da União Federal na causa em que seja parte empresa privada concessionária de serviço público federal, a competência para processar e julgar a ação fixa-se na Justiça Estadual. Dessa forma, inexistente razão para a extensão do foro federal às pessoas não elencadas no art. 109, inc. I, da Constituição Federal. Este também é o posicionamento esposado pelo colendo STJ, firmado em acórdão da lavra do Min. Luiz Fux, o qual diz:

**EMENTA. RECURSO ESPECIAL PROCESSUAL CIVIL. LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO. ASSINATURA BÁSICA RESIDENCIAL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO. BRASIL TELECOM S/A EMPRESA CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL. ILEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO OU QUAISQUER DOS ENTES ELENCADOS NO ART. 109 DA CF/88.**

**1. Ação proposta em face de empresa concessionária de telefonia objetivando o**

**reconhecimento da ilegalidade da “Assinatura Básica Residencial”, bem como a devolução dos valores pagos desde o início da prestação dos serviços.**

**2. *In casu*, a ação foi proposta em face de empresa concessionária de telefonia objetivando o reconhecimento da ilegalidade da “Assinatura Básica Residencial”, bem como com a devolução dos valores pagos desde o início da prestação dos serviços. Destarte, subjaz a ausência de interesse jurídico da ANATEL no presente feito porquanto a repercussão dos efeitos da declaração de ilegalidade da aludida cobrança, assim como os da repetição do indébito, não atingirá sua órbita jurídica, mas tão-somente a da empresa ora recorrente. Precedentes: REsp 792.641 - RS, Relator para lavratura do acórdão Ministro LUIZ FUX, Primeira Turma, DJ de 20 de março de 2006; CC 47495 - RS, Relator Ministro TEORI ZAVASCKI, Primeira Seção, DJ 09 de fevereiro de 2005; CC 32.619 - AM, Relatora Ministra LAURITA VAZ, Terceira Seção, DJ de 30 de abril de 2002.**

**3. Requerimento para sobrestamento do feito prejudicado na medida em que o CC nº 47.731 - DF foi apreciado pela Primeira Seção desta Corte em 14 de setembro de 2005, não tendo sido conhecido.**

**4. Recurso especial desprovido. (RECURSO ESPECIAL Nº 796.031 - RS - 2005/0183936-6).**

Rejeito, assim, a preliminar argüida.

Passo agora a apreciar o mérito da apelação.

Em decisão paradigmática da lavra do Min. José Delgado, uniformizou-se o entendimento da Primeira Seção do eg. STJ, na assentada de 24.10.2007, por maioria, no julgamento do Resp 911.802/RS, firmando-se o posicionamento no sentido

da legalidade da cobrança da assinatura básica mensal de telefonia. Tal posicionamento continua sendo sustentado, como se vê no REsp 926159/RS, decidido em 13/11/2007, *in verbis*:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO ANULATÓRIA C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO. SERVIÇO DE TELEFONIA. COBRANÇA DE “ASSINATURA BÁSICA RESIDENCIAL”. NATUREZA JURÍDICA: TARIFA. PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. EXIGÊNCIA DE LICITAÇÃO. EDITAL DE DESESTATIZAÇÃO DAS EMPRESAS FEDERAIS DE TELECOMUNICAÇÕES MC/BNDES N. 01/98 CONTEMPLANDO A PERMISSÃO DA COBRANÇA DA TARIFA DE ASSINATURA BÁSICA. CONTRATO DE CONCESSÃO QUE AUTORIZA A MESMA EXIGÊNCIA. RESOLUÇÕES N. 42/04 E 85/98, DA ANATEL, ADMITINDO A COBRANÇA. DISPOSIÇÃO NA LEI N. 8.987/95. POLÍTICA TARIFÁRIA. LEI 9.472/97. AUSÊNCIA DE OFENSA A NORMAS E PRINCÍPIOS DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. PRECEDENTES DA CORTE ADMITINDO O PAGAMENTO DE TARIFA MÍNIMA EM CASOS DE FORNECIMENTO DE ÁGUA. LEGALIDADE DA COBRANÇA DA ASSINATURA BÁSICA DE TELEFONIA. PROVIMENTO DO RECURSO ESPECIAL.

1. Cuidam os autos de ação declaratória de nulidade cumulada com repetição de indébito ajuizada por Maria Odete Sanches em face de Brasil Telecom S/A objetivando obstar a cobrança da chamada “assinatura mensal básica” e a sua devolução em dobro. Sentença julgou improcedente o pedido. A autora interpôs apelação e o TJRS deu-lhe provimento à luz do entendimento segundo o qual é abusiva a exigência de contraprestação por serviço não fornecido, inexistir previsão legal para a cobrança e ter aplicação ao caso as normas do Código de

Defesa do Consumidor. Recurso especial da operadora indicando violação dos arts. 3º, IV, 5º, 19, VII, 63, 83, 93, II, III, IX, e 103 da Lei 9.472/97; 3º, 48 e 52 da Resolução n. 85 da Anatel; 7º da Lei 8.078/90 e 877 do Código Civil/2002, além de divergência jurisprudencial com julgados oriundos do TJMG. Sustenta, em suma, que os direitos previstos no CDC não excluem os decorrentes da legislação ordinária preexistente: a Lei Geral das Telecomunicações; que a tarifa mensal não é voltada apenas à cessão de linha ou de terminal telefônico, mas também à infra-estrutura fornecida; que o art. 52 da Resolução n. 85 da Anatel autoriza a cobrança da tarifa de assinatura; e somente cabe a repetição do indébito quando demonstrado o erro do pagamento voluntário, nos termos do atual art. 877 do Código Civil.

2. Recurso especial conhecido pela letra “a” do inciso III do art. 105 da CF bem como pela divergência.

3. A matéria jurídica abordada no acórdão, cobrança da assinatura mensal básica para prestação de serviços telefônicos, amplamente debatida. Divergência demonstrada.

4. A tarifa, valor pago pelo consumidor por serviço público voluntário que lhe é prestado, deve ser fixada por autorização legal.

5. A prestação de serviço público não-obrigatório por empresa concessionária é remunerada por tarifa.

6. A remuneração tarifária tem seu fundamento jurídico no art. 175, parágrafo único, inciso III, da Constituição Federal, pelo que a política adotada para a sua cobrança depende de lei.

7. O art. 2º, II, da Lei n. 8.987/95, que regulamenta o art. 175 da CF, ao disciplinar o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, exige que o negócio jurídico bilateral (contrato) a ser firmado entre o poder concedente e a pessoa jurídica

concessionária seja, obrigatoriamente, precedido de licitação, na modalidade de concorrência.

8. Os concorrentes ao procedimento licitatório, por ocasião da apresentação de suas propostas, devem indicar o valor e os tipos das tarifas que irão cobrar dos usuários pelos serviços prestados.

9. As tarifas fixadas pelos proponentes servem como um dos critérios para a escolha da empresa vencedora do certame, sendo elemento contributivo para se determinar a viabilidade da concessão e estabelecer o que é necessário ao equilíbrio econômico-financeiro do empreendimento.

10. O artigo 9º da Lei n. 8.987, de 1995, determina que “a tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação...”.

11. No contrato de concessão firmado entre a recorrente e o poder concedente, há cláusula expressa refletindo o constante no Edital de Licitação, contemplando o direito de a concessionária exigir do usuário o pagamento mensal da tarifa de assinatura básica.

12. A permissão da cobrança da tarifa mencionada constou nas condições expressas no Edital de Desestatização das Empresas Federais de Telecomunicações (Edital MC/BNDES n. 01/98) para que as empresas interessadas, com base nessa autorização, efetuassem as suas propostas.

13. As disposições do Edital de Licitação foram, portanto, necessariamente consideradas pelas empresas licitantes na elaboração de suas propostas.

14. No contrato de concessão firmado entre a recorrente e o poder concedente, há cláusula expressa afirmando que, “para manutenção do direito de uso, as prestadoras estão autorizadas a cobrar tarifa de assinatura”, segundo tabela fixada pelo órgão competente. Estabelece, ainda, que a tarifa

de assinatura inclui uma franquia de 90 pulsos.

15. Em face do panorama supra descrito, a cobrança da tarifa de assinatura mensal é legal e contratualmente prevista.

16. A tarifa mensal de assinatura básica, incluindo o direito do consumidor a uma franquia de 90 pulsos, além de ser legal e contratual, justifica-se pela necessidade da concessionária manter disponibilizado o serviço de telefonia ao assinante, de modo contínuo e ininterrupto, o que lhe exige dispêndios financeiros para garantir a sua eficiência.

17. Não há ilegalidade na Resolução n. 85, de 30.12.1998, da Anatel, ao definir: “XXI – Tarifa ou Preço de Assinatura – valor de trato sucessivo pago pelo assinante à prestadora, durante toda a prestação do serviço, nos termos do contrato de prestação de serviço, dando-lhe direito à fruição contínua do serviço”.

18. A Resolução n. 42/05 da Anatel estabelece, ainda, que “para manutenção do direito de uso, caso aplicável, as Concessionárias estão autorizadas a cobrar tarifa de assinatura mensal”, segundo tabela fixada.

19. A cobrança mensal de assinatura básica está amparada pelo art. 93, VII, da Lei n. 9.472, de 16.07.1997, que a autoriza, desde que prevista no Edital e no contrato de concessão, como é o caso dos autos.

20. A obrigação do usuário pagar tarifa mensal pela assinatura do serviço decorre da política tarifária instituída por lei, sendo que a Anatel pode fixá-la, por ser a reguladora do setor, tudo amparado no que consta expressamente no contrato de concessão, com respaldo no art. 103, §§ 3º e 4º, da Lei n. 9.472, de 16.07.1997.

21. O fato de existir cobrança mensal de assinatura, no serviço de telefonia, sem que chamadas sejam

feitas, não constitui abuso proibido pelo Código de Defesa do Consumidor, por, primeiramente, haver amparo legal e, em segundo lugar, tratar-se de serviço que, necessariamente, é disponibilizado, de modo contínuo e ininterrupto, aos usuários.

22. O conceito de abusividade no Código de Defesa do Consumidor envolve cobrança ilícita, excessiva, possibilitadora de vantagem desproporcional e incompatível com os princípios da boa-fé e da equidade, valores negativos não presentes na situação em exame.

23. O STJ tem permitido, com relação ao serviço de consumo de água, a cobrança mensal de tarifa mínima, cuja natureza jurídica é a mesma da ora discutida, a qual garante ao assinante o uso de, no máximo, 90 pulsos, sem nenhum acréscimo ao valor mensal. O consumidor só pagará pelos serviços utilizados que ultrapassarem essa quantificação.

24. Precedentes do STJ garantindo o pagamento de tarifa mínima: Resp 759.362/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 29/06/2006; REsp 416.383/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 23/09/2002; REsp 209.067/RJ, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 08/05/2000; REsp 214.758/RJ, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 02/05/2000; REsp 150.137/MG, Rel. Min. Garcia Vieira, DJ 27/04/1998, entre outros. Idem do STF: RE 207.609/DF, decisão da relatoria do Ministro Néri da Silveira, DJ 19/05/1999.

25. Precedente do STJ, em medida cautelar, sobre tarifa de assinatura básica em serviço de telefonia: **PROCESSUAL CIVIL. MEDIDA CAUTELAR. ANTECIPAÇÃO DA TUTELA RECURSAL. RECURSO ESPECIAL PENDENTE DE ADMISSÃO NO TRIBUNAL DE ORIGEM. APLICAÇÃO, POR ANALOGIA, DAS SÚMULAS 634 E 635 DO STF. SERVIÇO DE TELEFONIA FIXA. TARIFA DE ASSINATURA BÁSICA.**

1. Em conformidade com a orientação traçada pelo Supremo Tribunal Federal nas Súmulas 634 e 635, em casos excepcionais, em que estiverem conjugados os requisitos (a) da verossimilhança das alegações (= probabilidade de êxito do recurso interposto) e (b) do risco de dano grave e irreparável ao direito afirmado, esta Corte vem admitindo o cabimento de medida cautelar destinada a atribuir efeito suspensivo ou a antecipar tutela em recurso especial ainda não admitido pelo Tribunal de origem.
2. No caso, milita em favor da requerente a presunção de legitimidade dos atos normativos e administrativos que dão suporte à cobrança da tarifa de assinatura básica dos serviços de telefonia (verossimilhança das alegações). A supressão da cobrança, por medida liminar, compromete cláusula financeira do contrato de concessão do serviço, pesando sobre a requerente o risco maior da improvável e difícil reversibilidade da situação (risco de dano).
3. Pedido deferido. (MC 10.235/PR, Rel. Min. Teori Zavascki, Primeira Turma, DJ 01.08.2005).
26. Artigos 39, § 6º, I, III e V; e 51, § 1º, III, do Código de Defesa do Consumidor que não são violados com a cobrança mensal da tarifa de assinatura básica nos serviços de telefonia.
27. Recurso especial provido para permitir a cobrança mensal da tarifa acima identificada. (Processo REsp 926159 / RS RECURSO ESPECIAL 2007/0033061-6 Relator(a) Ministro JOSÉ DELGADO (1105) Órgão Julgador T1 - PRIMEIRA TURMA Data do Julgamento 13/11/2007 Data da Publicação/Fonte DJ 29.11.2007 p. 228)

Desta forma, pela simples leitura do julgado percebe-se que a utilização do instituto da tarifa é meio essencial para a manutenção do sistema de concessões de serviços públicos, não agredindo ou violando os dispositivos federais alegados pela

parte recorrida, percebendo-se, também, que sem a cobrança da tarifa básica estar-se-ia criando uma situação insustentável para as empresas de telefonia, tornando os contratos desequilibrados na esfera econômica financeira.

Assim, calcado nos julgados do Superior Tribunal de Justiça, afirmo que a habilitação do Serviço de Telefonia Fixa Comutada – conhecida como assinatura básica –, atenderia a uma contraprestação pela comodidade advinda do serviço fruído no domicílio do usuário.

De outra banda, também extraio dos citados votos que a feitura da equação tarifária é atribuição administrativa da Agência. O Poder Judiciário só poderia interferir em casos excepcionais, de gritante abuso ou desrespeito aos procedimentos formais de criação dessas figuras. Carece o dito Poder de mecanismos suficientemente apurados de confronto paritário às soluções identificadas pelos expertos da Agência reguladora.

Ademais, o Direito do Consumidor qualifica as relações jurídicas entre usuários e operadoras naquilo que não for objeto de regulação ou quando a regulação extrapolar os limites científicos do Direito das Telecomunicações e passar a invadir a órbita daquela província. A cobrança indevida de ligações não efetuadas é questão nitidamente consumerista. A exigência da assinatura básica, por seu turno, é tema específico da regulação dos serviços de telecomunicações.

Forte nas razões expendidas, voto pela reforma da decisão de primeiro grau a fim de declarar válida a cobrança da assinatura básica mensal de telefonia fixa.

Fortaleza, 27 de fevereiro de 2008.

# *AGRAVO DE INSTRUMENTO*



---

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

**AGRAVO DE INSTRUMENTO: Nº 2001.0000.9316-4  
AGRAVANTE: GILBERTO MARTINS BORGES  
AGRAVADO: MASSA FALIDA DA SIMCOL – SOCIEDADE  
MOBILIÁRIA E CONSTRUTORA LTDA.  
RELATOR: DES. FRANCISCO SALES NETO**

**EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO  
COMERCIAL. AÇÃO FALIMENTAR. DECISÃO  
INTERLOCUTÓRIA QUE SUPRIME REMU-  
NERAÇÃO DE FALIDO, COM BASE NO  
PERMISSIVO DO ART. 38 DO DECRETO LEI  
7.661/45. LEGÍTIMA INTERFERÊNCIA DO JUIZ,  
QUANDO ANALISADOS OS REQUISITOS DE  
DILIGÊNCIA NO CUMPRIMENTO DE SEUS  
DEVERES E MODICIDADE NO ARBITRAMENTO  
DO VALOR. AGRAVO CONHECIDO E PROVIDO.**

**ACÓRDÃO:**

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Agravo de Instrumento com pedido de efeito suspensivo, acorda a Turma Julgadora da Primeira Câmara Cível do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ, sem divergência de votos, em conhecer do recurso, por ser próprio e tempestivo, para dar-lhe provimento e reformar a decisão monocrática, tudo nos termos do voto do relator.

**RELATÓRIO**

Tratam os autos de Agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo, interposto por sócio majoritário contra decisão interlocutória que suprimiu a remuneração que percebia, em autos de falência.

Cópia da decisão agravada, conforme fólios 21 a 26.

Aos fólios 86/87 repousa decisão do meu antecessor que, não vislumbrando requisitos autorizadores para a concessão de efeito suspensivo à decisão, denegou-o.

Informações prestadas pelo juiz original, às fls. 90 a 91, ocasião onde ratifica sua decisão, por entender mais condizente com os interesses da massa.

Douto Representante do *Parquet* sugere a manutenção da decisão agravada (fls.96/101).

Eis o relatório.

Passo a decidir.

### VOTO

Conhecido o presente Recurso, posto que tempestivo e presentes os requisitos legais intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, passo ao exame do mérito.

Trata-se de Agravo de Instrumento com Pedido de Efeito Suspensivo contra o decisório constante da cópia de fl. 21/26 destes autos, proferido pelo Juízo de Direito da 2ª Vara de Falência de Fortaleza, que suprimiu, *ex officio*, a remuneração do falido, ora agravante, fundamentada no art. 38, § único do Decreto Lei 7.661/45.

Sustenta o agravante que o teor da decisão guerreada provocou-lhe injusto prejuízo, já que o administrador, em desempenho “hercúleo” de suas funções, nunca deixou de ser diligente, cumprindo criteriosamente suas tarefas. Destarte, quanto à modicidade da remuneração, aduz que não deve a mesma ser baseada em salários-mínimos, mas avaliado conforme parâmetros de um dirigente de empresa privada congênera.

A juíza *a quo*, fundamentando sua decisão, bem amparada em norma especial de falência, vislumbrou sobrecarga que a massa tolerava, que depauperava-a, por ser demais onerosa, e comprometia o princípio da *par conditio creditorum*, que ora transcrevo:

*(...) Assim, por entender inexistirem bases para sua manutenção, para livrar a massa de mais este encargo, bem como para tentar, o quanto antes possível, por um fim neste feito, faço uso da prerrogativa que me é atribuída pelo § único do art. 38 da Lei de Falências, para, de ofício, suprimir a remuneração arbitrada, a partir do corrente mês. (...)*

Ora, para melhor ilustrar meu pensamento, trago a lume excertos de artigo de Susana Santi Cremasco (A classificação de créditos na lei nº 11.101/05. Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do consumidor, Vol. 11, pag 6), sobre o tema:

*O concurso de credores que é estabelecido no bojo do procedimento falimentar tem fundamento no princípio da par conditio creditorum ou da paridade dos credores e visa evitar que se instale uma verdadeira corrida entre eles, na tentativa de alcançar, cada qual, o seu respectivo crédito, o que não é salutar e, tampouco, desejável.*

Reparei, portanto, que, em último fôlego, a fim de arrematar o processo que perdura por tantos anos, a juíza utilizou-se da prerrogativa conferida pela lei a fim de aliviar a sobrecarga de ônus que a Massa sofria.

Ora, no meu entendimento, em havendo prejuízo para a massa, haverá, conseqüentemente, prejuízo para a coletividade de credores, como estopim para o desencadeio do tratamento paritário e do equilíbrio econômico.

Assim, em havendo tornado-se por demais onerosa, esta obrigação adicional fora expurgada, pois a massa somente poderia ser responsável se o seu passivo comportasse o valor arbitrado.

Sobre o assunto, aborda o tema com engenhosa habilidade o Professor Rubens Requião *in* Curso de Direito Falimentar, que leciona:

*A remuneração é paga enquanto os serviços do falido forem diligentes e úteis à massa falida, cessando a requerimento do síndico ou de qualquer credor que alegue causa justa pra essa revogação. O juiz pode, por outro lado, ex officio, suprimir a remuneração arbitrada, por despacho. Em qualquer hipótese cessa automaticamente tão logo se inicie a liquidação do ativo. Concluído o período de informação do processo de falência, não subsiste razão para o desempenho da atividade do falido, pois inicia-se a liquidação.*

Contudo, foi demonstrada pelo agravante a essencialidade da manutenção da remuneração, já que realizou muitas viagens e diligências com o objetivo máximo de resgatar recursos, para a venda dos bens da massa e incorrer no adimplemento com os credores. Identicamente, mostrou-se justo o valor arbitrado ao falido (R\$ 2.000,00) uma vez que não ultrapassa o limite de modicidade que a remuneração deva atingir. Ora, o falido é engenheiro e não deve ter sua remuneração arbitrada de acordo com salários-mínimos, justificando-se a manutenção da remuneração tendo-se em vista a sua dedicação exclusiva em benefício da massa falida.

Nesse sentido, não ficou demonstrado que não há a necessidade dos trabalhos executados pelo falido, levando-se em consideração, para a manutenção da remuneração, a sua idade e os trabalhos despendidos.

Não verifico ter havido sobrecarga para a massa, pelo contrário, as diligencias realizadas pelo agravante vêm enriquecer e crescer o ativo, e, em conseqüência, beneficiam a possibilidade de solvência à coletividade de credores, em estrita obediência ao princípio da *par conditio creditorum*.

Preenchidos os requisitos de modicidade e essencialidade na remuneração do falido, compete ao juiz responsável pelos autos de falência, manter a remuneração pelos serviços realizados pelo falido na obtenção de recursos com o

fulcro de solver débitos da massa.

Sendo assim, ante o exposto, sou pelo conhecimento, para dar provimento ao Agravo, para reformar a decisão interlocutória *a quo*, pelos motivos aqui expendidos, optando por manter a remuneração arbitrada inicialmente ao falido.

É como voto.

Fortaleza, 10 de dezembro de 2007.

\*\*\*

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

**Nº 2006.0016.2675-2/0 AGRAVO DE INSTRUMENTO DE FORTALEZA**

**Agravantes: ADRIANA CARVALHO COELHO, DOMITILHA MARIA COELHO ROCHA, MARIA TERESA DE SÁ LEITÃO RAMOS, JOÃO IRAN ROCHA e ANA LÚCIA RAMOS EDUARDO**

**Agravado: INSTITUTO DR. JOSÉ FROTA - IJF**

**RELATOR: DES. FRANCISCO DE ASSIS FILGUEIRA MENDES**

**EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO CONTRA DECISÃO QUE SOBRESTOU EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE SENTENÇA CONCESSIVA DE EXTENSÃO DE PISO SALARIAL SOB FUNDAMENTO DE ISONOMIA. VEDAÇÕES DA LEI Nº 9.494/97. IMPROCEDÊNCIA DO RECURSO.**

**I – Irreprochável revela-se o *decisum* de 1º grau que determinou o sobrestamento da execução provisória de sentença que favoreceu os ora recorrentes no sentido de lhes ser conferido o direito de implantação em folha de pagamento**

**do piso salarial de sete salários mínimos, estendendo-lhes, assim, as vantagens já reconhecidas a outros servidores públicos, apontados como paradigmas.**

**II – É clara a vedação imposta pelo art. 2º-B da Lei nº 9.494/97 à execução provisória da sentença que tenha por objeto a inclusão de vantagem pecuniária em folha de pagamento de servidor público, mostrando-se inafastável a exigência do trânsito em julgado.**

**AGRAVO CONHECIDO E DESPROVIDO.**

**Vistos, relatados e discutidos** estes autos de agravo de instrumento nº. 2006.0016.2675-2/0 de Fortaleza, em que são partes as acima indicadas.

**ACORDA** a 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por votação unânime, em conhecer do recurso, para negar-lhe provimento.

Cuida-se de agravo de instrumento interposto por ADRIANA CARVALHO COELHO, DOMITILHA MARIA COELHO ROCHA, MARIA TERESA DE SÁ LEITÃO RAMOS, JOÃO IRAN ROCHA e ANA LÚCIA RAMOS EDUARDO, adversando decisão interlocutória da lavra do MM. Juiz da 4ª Vara da Fazenda Pública que sobrestou execução de sentença já em curso.

Afirmam os agravantes terem obtido, por meio de sentença, chancela jurisdicional concessiva do pleito veiculado mediante ação ordinária, no sentido de lhes ser reconhecido o direito à percepção do piso salarial de sete salários mínimos, resguardando-se, assim, a isonomia com outros servidores municipais apontados como paradigmas.

Aduzem que o referido provimento sentencial foi confirmado em sede de apelação nesta Egrégia Corte, ensejando a extração de carta de sentença no primeiro grau de jurisdição para fins de execução provisória do julgado, uma vez que o recurso extraordinário interposto pela autarquia municipal fora recebido apenas no efeito devolutivo.

Sucedo que, expedido mandado de citação do

Instituto Dr. José Frota, a fim de dar cumprimento à obrigação de fazer ou opor embargos à execução, houve por bem o magistrado *a quo* determinar a suspensão do feito até que se operasse o trânsito em julgado do *decisum* exequendo, tendo em vista as vedações impostas pela Lei nº 9.494/97.

Inconformados, requerem os agravantes seja provido o presente recurso, com o fito de possibilitar o prosseguimento da execução provisória sobrestada, sob alegar o caráter alimentar da obrigação e a ausência de efeito suspensivo do recurso extraordinário.

Às fls. 31 determinei a formação do contraditório, com a intimação da parte agravada para oferecimento de contraminuta, bem como a prestação de informações pelo juízo agravado.

Informações apresentadas às fls. 34/35

Contraminuta ofertada às fls. 38/47, forte em defender o acerto da decisão recorrida, frente aos comandos restritivos da Lei nº 9.494/97.

Manifestação da douta Procuradoria Geral de Justiça às fls. 56/59, opinando pelo desprovemento recursal.

### **É o sucinto relatório.**

Revela-se absolutamente irreprochável a decisão agravada, proferida que foi em consonância com os cânones legais.

No caso em tablado, pretendem os recorrentes o prosseguimento de execução provisória contra autarquia municipal tendo por objeto obrigação de fazer consubstanciada na implantação do piso de sete salários mínimos em folha de pagamento.

Afigura-se indubitável a colisão entre o pleito recursal e as vedações previstas no art. 2º-B da Lei nº 9.494/97, com redação dada pela Medida Provisória nº 2.180/2001, que assim dispõe:

**“Art. 2º-B. A sentença que tenha por objeto a**

*liberação de recurso, inclusão em folha de pagamento, reclassificação, equiparação, concessão de aumento ou extensão de vantagens a servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, inclusive de suas autarquias e fundações, somente poderá ser executada após seu trânsito em julgado.”*

Resta claro, portanto, que o mencionado dispositivo aplica-se ao caso em liça, ficando vedada, pois, a inclusão de piso salarial em folha de pagamento, resultante de equiparação concedida ante o reconhecimento de isonomia salarial, antes do trânsito em julgado.

Assim, ainda que o recurso extraordinário interposto pelo ente público não seja dotado de efeito suspensivo, a execução provisória do julgado encontra-se nitidamente vedada pela Lei nº 9.494/97, revestindo-se de imperatividade a exigência do trânsito em julgado da sentença que declarou o direito dos autores, ora agravantes, à percepção do piso de sete salários mínimos.

Em nosso apoio, colhemos da jurisprudência:

**“RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. CONCESSÃO DO ÍNDICE DE 11,98% AOS SERVIDORES PÚBLICOS FEDERAIS. CONVERSÃO DE CRUZEIROS REAIS PARA URV. DATA DO EFETIVO PAGAMENTO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. FAZENDA PÚBLICA.**

**1. Não cabe execução provisória contra a Fazenda Pública de decisão que tenha por objeto liberação de recurso, concessão de aumento ou extensão de vantagem a servidores. Inteligência do artigo 2º-B da Lei 9.494/97.**

**2. Ainda que a pretensão dos autores não seja de reajuste de vencimentos, mas concessão de diferença remuneratória decorrente de errôneo critério de conversão de seus vencimentos de**

*cruzeiros reais para URV, há adequação à moldura normativa, a qual veda a possibilidade de execução da sentença antes de trãnsita em julgado, porque importa em aumento de despesas relativas a servidor público.*

3. *Recurso provido.*” (STJ - REsp 379662/RS, 6ª Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ 28.6.2004, p. 424)

*“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. DECISÃO MONOCRÁTICA.POSSIBILIDADE DO RELATOR DAR PROVIMENTO AO RECURSO COM BASE NO ART. 557, § 1º-A, DO CPC, APÓS A EDIÇÃO DA LEI Nº 9.756/98. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. INEXISTÊNCIA. EXECUÇÃO PROVISÓRIA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO DESPROVIDO. (...)*

*III - Já decidiu este Superior Tribunal de Justiça que resulta da própria lei que não cabe execução provisória contra a Fazenda Pública de decisão que tenha por objeto liberação de recurso, inclusão em folha de pagamento, concessão de aumento ou extensão de vantagens a servidores públicos, sendo certo que a hipótese dos autos se adequa exatamente ao previsto na Lei em questão. Precedentes.*

*IV - Agravo interno desprovido.*” (STJ - AgRg no REsp 827417/RS, 5ª Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ 9.10.2006, p. 353).

Diante do exposto, toma-se conhecimento do presente agravo de instrumento, para negar-lhe provimento, mantendo inalterada a decisão de 1º grau.

Fortaleza, 20 de junho de 2007.

\*\*\*

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

**Agravo de Instrumento nº 2006.0019.5169-6/0, da 29ª. Vara Cível de Fortaleza.**

**Agravante: André Carlos Costa.**

**Agravada: Faculdades Cearenses – FAC – Centro de Ensino Superior do Ceará.**

**Relatora: Desa. Maria Iracema do Vale Holanda.**

**EMENTA: PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. MENSALIDADES ATRASADAS. ALUNO INADIMPLENTE. CAUÇÃO. CABE AO MAGISTRADO, VALENDO-SE DA DISCRICIONARIEDADE QUE A LEI LHE CONFERE, AVALIAR A CONVENIÊNCIA DO BEM OFERECIDO À CAUÇÃO, A FIM DE EVITAR PREJUÍZOS AO CREDOR.**

**1. Cabe ao juiz, em havendo receio de dano à parte contrária, determinar ao autor da medida, como contracautela, a prestação de caução, consoante os arts. 798 e 799 do Código de Processo Civil.**

**2. Se a caução não for suficiente ao pagamento de dívida confessada pelo autor da demanda e, portanto, parte incontroversa, sua rejeição é medida que se impõe.**

**3. Na hipótese posta, atraso manifesto e confessado pelo autor/agravante no pagamento de mensalidades de Faculdade particular. E em casos que tais, como ensina o STJ, “No afã de coibir abusos e de preservar a viabilidade financeira das instituições particulares de ensino, a lei excluiu do direito à renovação da matrícula (rematrícula), os alunos inadimplentes. (STJ - AgRg na MC 9147 - Ministro LUIZ FUX - DJ**

**30.05.2005)**

- **Manutenção da decisão agravada, em todos os seus termos.**
- **Agravo conhecido e improvido.**
- **Unânime.**

### **ACÓRDÃO:**

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos do Agravo de Instrumento n.º 2006.0019.5169-6/0, contra decisão do Juízo da 29ª. Vara Cível de Fortaleza, em que figuram as partes acima indicadas. Acorda a 1ª Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conhecer e negar provimento ao recurso, nos termos do voto da Relatora.

**O caso/a ação originária:** o agravante, André Carlos Costa, ingressou com uma Ação Ordinária com pedido de tutela antecipada (Proc. nº 2006.0018.0329-8/0) contra a Faculdades Cearenses (FAC) - Centro de Ensino Superior do Ceará. Aduziu ser acadêmico da Instituição e que, na condição de atleta, teria celebrado um “contrato verbal” com esta Instituição, no sentido da concessão de uma bolsa de estudos. Argumentou que por tal razão não teria efetuado o pagamento das mensalidades alusivas ao semestre de 2006.1, limitando-se a quitar a matrícula do referido período letivo. Seu **pedido liminar:** que a agravada o matriculasse no 4º semestre, 2º período do ano letivo, recebendo, assim, o pagamento da matrícula (R\$ 500,00). E, como requerimento definitivo, transcrevo seu pedido: “a quitação de todos os créditos por ele concluído, anteriormente a presente ação, pelo fato de o mesmo ter um contrato verbal com a instituição acima mencionada, o qual deverá ser ratificado por sentença, pelo fato de o mesmo ser atleta/bolsista” (cópia da inicial – fl. 20).

**A decisão agravada:** Ajuíza titular concedeu a liminar pleiteada, determinando a matrícula do agravante. Contudo, condicionou a continuidade dos estudos do agravante a prestação de caução real, correspondente ao depósito, em dinheiro, das

mensalidades em aberto, vale dizer, da dívida incontroversa. Transcrevo os trechos que interessam da decisão: “compreende esta Julgadora que a Caução Real é a que mais se ajusta ao caso concreto uma vez que realizada por meio de direito real de garantia (...) Conduta que deve ser a deliberada ao autor em face de incontroverso o débito enquanto mensalidade a ser apurado” (fls. 49). Desta decisão o agravante, fls. 50, ofereceu um imóvel situado em Aquiraz-CE, de propriedade de seu pai. Segundo a petição do agravante, tal imóvel seria avaliado em R\$ 10.000,00, enquanto a dívida em aberto corresponderia a quantia de R\$ 4.306,00.

Alegando manter a decisão de fls. 48/49 em todos seus termos, a magistrada monocrática, às fls. 51, manteve condicionado o cumprimento da liminar concedida à prestação de caução real em dinheiro. Transcrevo o inteiro teor da decisão agravada: “Mantenho a decisão lançada às fls. 192/193 em todos os seus termos, por conseguinte permanece condicionado o cumprimento da liminar concedida, a prestação de caução real correspondente ao depósito, em dinheiro, das mensalidades em aberto”. **É desta decisão interlocutória que ora se agrava.**

**O agravo e seus fundamentos:** Inconformado, sustenta o agravante que a Juíza agravada equivocou-se ao exigir caução em dinheiro, uma vez que a lei estipula que a caução pode ser real ou fidejussória. Por isso, não poderia o douto magistrado deixar de acatar o bem imóvel ofertado. **O pedido do agravo** foi o da suspensão da decisão que exigiu o depósito de quantia em dinheiro e, em julgamento definitivo, a anulação da decisão agravada, permitindo ao agravante o oferecimento do imóvel como garantia do Juízo.

**Decisão desta Relatora** às fls. 58/62, onde foi concedido o efeito suspensivo. À ocasião, decidi que a garantia ofertada pelo agravante, e avaliada pelo próprio postulante como de R\$ 10.000,00, seria caução idônea e suficiente como prestação de contracautela, uma vez que a dívida incontroversa, correspondentes as mensalidades então em aberto, seriam no valor de R\$ 4.306,00.

**Contraminuta do Agravo:** às fls. 77/920 foi anexada

contraminuta, pugnando pela manutenção da decisão agravada, conseqüente improvimento do recurso. Os argumentos do agravado, em síntese, foram os seguintes: 1) que a caução oferecida foi inidônea, pois o real valor do imóvel – R\$ 1.300,00 -, de acordo com a matrícula anexada, seria bem inferior a dívida confessada pelo próprio agravante, à época de R\$ 4.306,00, e que estaria aumentando mês a mês, uma vez que o agravante teria deixado de pagar o curso; 2) a Lei 9.870/99, referente as anuidades escolares, estabelece, em seu art. 5º, que o aluno inadimplente não teria direito a matrícula.

### **É o relatório. Decido.**

#### **VOTO:**

Não assiste razão ao agravante. A decisão agravada deve ser mantida, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Da leitura dos autos, percebe-se que o agravante colacionou todos os documentos necessários ao conhecimento deste agravo de instrumento, conforme a determinação posta no art. 525 do CPC, razão pela qual conheço do recurso. E, como seu principal argumento, adicionou cópia de sua petição, à fl. 50, onde ofereceu como caução real, a título de garantia do Juízo, imóvel de propriedade de seu pai, no qual o próprio agravante o teria avaliado em R\$ 10.000,00.

Contudo, na contraminuta, e em cópia autenticada, às fls. 97 e seu verso, adicionou a Faculdade agravada o registro de matrícula do imóvel ofertado como garantia, onde transparece, sobre tal bem, o seguinte: 1) o imóvel não é de propriedade do autor/agravante, mas de seu pai; 2) o imóvel foi arrematado pelo valor de R\$ 780,00, tendo sido avaliado, pelo Prefeitura de Aquiraz, quando do pagamento do ITBI, no valor de R\$ 1.300,00.

E, da leitura de tal registro de matrícula, retirado do próprio Cartório de Registro de Imóveis da 2ª. Zona (fl. 97 v.), se conclui que tal bem não pode servir como garantia idônea, uma vez que, além de não ser de propriedade do agravante (e portanto não poderia servir de garantia futura), teria o valor bem inferior a dívida confessada pelo próprio agravante, na cópia de sua petição de fl. 50.

Como se sabe, na concessão de liminares em que se discute o valor de uma dívida, deve o Juiz, em havendo receio de dano à parte contrária, determinar ao autor da medida, como contracautela, a prestação de caução, consoante os comandos emergentes dos arts. 798 e 799 do Código de Processo Civil. Transcrevo tais artigos, realçadas as partes que interessam:

**Art. 798** - Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, **poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.**

**Art. 799** - No caso do artigo anterior, **PODERÁ O JUIZ, PARA EVITAR O DANO**, autorizar ou vedar a prática de determinados atos, ordenar a guarda judicial de pessoas e depósito de bens e **IMPOR A PRESTAÇÃO DE CAUÇÃO.**

Infere-se daí, sem qualquer esforço de raciocínio, que não há qualquer defeito na decisão hostilizada quanto à exigência de caução.

Acontece porém que, embora a caução não necessite recair precisamente em dinheiro, já que pode ser real ou fidejussória, não se pode aceitar bens que frustrem a exigência, tal como ocorre na espécie.

Em outras palavras: o bem imóvel ofertado não se mostra como caução idônea, apta a ser aceita pelo Juízo, como futura garantia, em caso de sucumbência do autor. E, neste sentido, acertou a Juíza agravada.

E exatamente nestes termos, transcrevo precedentes de lavra do TJDF, e que aplicam, como luva, ao presente caso:

**Ao admitir a caução, deve o Julgador atentar para a capacidade de o bem caucionado atender**

**prontamente à indenização, se reclamada esta. A conduta judicial, em tais casos, deve ser a daquele que negocia com o caucionante, investindo a seriedade e validade da proposta feita. Dúvida alguma deve o juízo deixar fluir, sob pena de pôr em risco o direito da outra parte e expor a autoridade do Poder Judiciário, que se verá, no futuro, impossibilitado de garantir os direitos daquele que houver suportado o prejuízo, em decorrência da ineficaz caução. (TJDFT, 1ª Turma Cível, AGI808697DF, rel. Des. José Hilário de Vasconcelos, DJU 12.11.97, PÁG. 27.553).**

\*\*\*\*\*

**A prestação de caução na execução provisória, exigida pelo art. 588, I, do CPC, tem como escopo evitar o risco processual, sobretudo quando os procedimentos executivos envolvem a entrega de bens ou dinheiro ao credor. Nada obsta que essa caução seja representada por bem imóvel, desde que livre e desembaraçado, cujo valor seja suficiente para cobrir os eventuais prejuízos. Se o bem imóvel guarda essas características, a caução há de ser considerada idônea e, conseqüentemente, injusta a recusa. (TJDF - 20010020006206AGI, Relator ROMÃO C. OLIVEIRA, 2ª Turma Cível, DJ 20/06/2001 p. 24)**

Em síntese, o agravante não logrou êxito em demonstrar, como lhe incumbia, que o imóvel ofertado seria caução idônea a ser aceita para uma dívida que ele próprio confessa, à época de R\$ 4.306,00, e aumentando mês a mês, uma vez que referentes a mensalidades de pagamento de curso universitário.

Assim, a decisão agravada foi tanto mais acertada na medida em que procurou evitar danos irreparáveis,

especialmente no sentido de resguardar direitos do credor, uma vez que a parte da dívida confessada e, portanto, parte incontroversa da demanda, é bem maior do que o valor do imóvel, cujo valor do Registro de Matrícula é de R\$ 1.300,00.

Finalmente, e de acordo com iterativos entendimentos do STJ, se não pagas as mensalidades de um semestre, não fica a Instituição de Ensino Superior obrigada a realizar a matrícula do aluno inadimplente. É a diretiva de jurisprudência dominante do STJ, transcritos tão somente os trechos que interessam:

**O aluno, ao matricular-se em instituição de ensino privado, firma contrato oneroso, pelo qual se obriga ao pagamento das mensalidades como contraprestação ao serviço recebido.**

**O atraso no pagamento não autoriza aplicar-se ao aluno sanções que se consubstanciem em descumprimento do contrato por parte da entidade de ensino (art. 5º da Lei 9.870/99), mas está a entidade autorizada a não renovar a matrícula, se o atraso é superior a noventa dias, mesmo que seja de uma mensalidade apenas. (STJ - REsp 660439 - Ministra ELIANA CALMON - DJ 27.06.2005)**

\*\*\*\*\*

**No afã de coibir abusos e de preservar a viabilidade financeira das instituições particulares de ensino, a lei excluiu do direito à renovação da matrícula (rematrícula), os alunos inadimplentes. (STJ - AgRg na MC 9147 - Ministro LUIZ FUX - DJ 30.05.2005)**

\*\*\*\*\*

**A negativa da instituição de ensino superior em renovar a matrícula de aluno inadimplente, ao final do período letivo, é expressamente autorizada pelos arts. 5º e 6º, § 1º, da Lei 9.870/**

**99 (STJ - Resp 553.216, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 24/05/2004).**

Por tudo isso, a manutenção da decisão agravada é medida que se impõe ao caso.

**Dispositivo.**

Por tais razões, conheço do presente agravo, mas voto pelo seu **IMPROVIMENTO**, conseqüente manutenção da decisão agravada, em todos os seus termos.

É como voto.

Fortaleza, 26 de março de 2007.

\*\*\*

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

**Nº PROCESSO: 2007.0014.1095-2/0**

**TIPO DO PROCESSO: AGRAVO DE INSTRUMENTO**

**COMARCA: FORTALEZA**

**PARTES:**

**AGRAVANTE: UNIMED FORTALEZA – COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO LTDA.**

**AGRAVADOS: JOANA GURGEL HOLANDA FILHA E OUTROS**

**RELATOR: DES. ERNANI BARREIRA PORTO**

**Ementa: COOPERATIVA MÉDICA. LIVRE INGRESSO. ALEGAÇÃO DE IMPOSSIBILIDADE TÉCNICA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO. SUBSCRIÇÃO DE QUOTAS SOCIAIS. PREVALÊNCIA DE CLÁUSULA ESTATUTÁRIA. TAXA DE MATRÍCULA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO. Recurso conhecido e improvido.**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento, em que é agravante UNIMED FORTALEZA – COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO LTDA. e são agravados JOANA GURGEL HOLANDA FILHA E OUTROS,

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

Cogita-se de Agravo de Instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto por **UNIMED FORTALEZA – COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO LTDA** contra **JOANA GURGEL HOLANDA FILHA E OUTROS**, haja vista não haver se resignado com a decisão proferida pelo M.M. Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza que, em sede de **ação ordinária**, concedeu antecipação dos efeitos da tutela em favor dos agravados.

Ingressaram os recorridos, em primeira instância, com ação ordinária com pedido de tutela antecipada em face da cooperativa recorrente, aduzindo que a despeito da Lei do Cooperativismo e do estatuto da UNIMED, afirmarem que o número de associados será ilimitado, aos autores não foi dado, sequer, o direito de fazer, formalmente, um pedido para requerer seu direito de associação, uma vez que não haveria a disponibilidade de vagas para as especialidades médicas exercidas pelos mesmos.

Inferiram, também, que apesar do estatuto da UNIMED apontar como requisito necessário à associação de novos médicos a subscrição e integralização de um mínimo de 10 (dez) quotas partes do capital social da cooperativa, vem sendo dado, em verdade, cumprimento a determinação do Conselho de Administração da Unimed, demandando a integralização de 284 (duzentos e oitenta e quatro) quotas partes, além de taxa de matrícula no valor de R\$ 8.000,00 (oito mil reais), o que perfaz a importância de R\$ 39.793,80 (trinta e nove mil setecentos e noventa e três reais e oitenta centavos).

Pugnaram, finalmente, pela concessão de

antecipação dos efeitos da tutela, com o escopo de possibilitar, aos autores, o ingresso no quadro médico da cooperativa, sem a necessidade de prévia disponibilização de vagas e mediante a subscrição de apenas 10 (dez) quotas partes do capital social da ré.

O decisum vergastado, ao apreciar o pleito de antecipação dos efeitos da tutela, deferiu a medida requestada, ordenando o ingresso dos recorridos no quadro de médicos cooperados da demandada, com a subscrição de apenas 10 (dez) cotas partes do capital social da recorrida, e desobrigando-os ao pagamento da matrícula bem como a sujeição à oferta de vagas para as respectivas especialidades.

Inconformada com a decisão proferida pelo eminente magistrado singular a promovida ingressou com o presente feito recursal, pugnando pela cassação da mesma, para que os agravados sujeitem-se ao procedimento ordinário de associação.

O efeito suspensivo postulado foi parcialmente concedido, ***condicionando o ingresso dos agravados no quadro de cooperados da agravante à oferta de vagas para as suas respectivas especialidades médicas, mas mantendo o 'decisum a quo' no que diz respeito à subscrição e integralização de 10 (dez) quotas parte do capital e à dispensa do recolhimento da matrícula.***

## É O RELATO.

## DECIDO.

Para o correto destreame da presente quizila e para efeito didático hei por bem, inicialmente, adentrar em relevante questão referente ao regime jurídico das cooperativas, no que tange ao ingresso de novos cooperados e a possibilidade de limitação, para após abordar os aspectos atinentes aos valores cobrados pela agravante, Unimed de Fortaleza, a título de matrícula e de subscrição de quotas do capital social.

O regime jurídico das cooperativas tem, na adesão voluntária, um de seus princípios basilares, que estabelece o

livre ingresso de associados, condicionado tão somente ao preenchimento das condições estatutárias, conforme impõem os arts. 4º, I e 29 da Lei nº 5.764/71, que prescrevem:

Art. 4º. As cooperativas são sociedades de pessoas com forma e natureza jurídicas próprias, de natureza civil, não sujeitas à falência, constituídas para prestar serviços aos associados, distinguindo-se das demais sociedades pelas seguintes características: **I – adesão voluntária, com número ilimitado de associados, salvo impossibilidade técnica da prestação de serviços;**

**Art. 29. O ingresso nas cooperativas é livre a todos que desejarem utilizar os serviços prestados pela sociedade, desde que adiram aos propósitos sociais e preencham as condições estabelecidas no estatuto, ressalvado o disposto no art. 4º, item I, desta lei.**

O Estatuto da Unimed de Fortaleza, em observância aos preceitos da Lei das Cooperativas, estabelece em seu art. 3º, que:

**Art. 3º. Poderão associar-se à Cooperativa, salvo impossibilidade técnica de prestação de serviços, todos os médicos que, tendo livre disposição de sua pessoa e de seus bens, concordem com todos os termos do presente Estatuto, preencham os requisitos legais e estatutários, e exerçam suas atividades profissionais na área fixada no era. 1º, inc. II.**

É claramente perceptível tanto nos dispositivos da Lei nº 5.764/71, quanto no estatuto da agravante, que o ingresso de novos associados, uma vez preenchidos os requisitos estatutários mínimos, somente pode ser tolhido diante da chamada **impossibilidade técnica de prestação de serviços.**

Foi em respeito a este vago conceito jurídico, que este relator concedeu parcialmente a suspensividade requestada na exordial recursal, **condicionando o ingresso dos agravados no quadro de cooperados da agravante à oferta de vagas para as suas respectivas especialidades médicas.**

Contudo, tal decisão monocrática merece dessemelhante consideração. É inegável que não se pode permitir o indistinto ingresso de novos cooperados, quando implique a impossibilidade técnica de prestação de serviços pela cooperativa, contudo, tal impossibilidade não pode ser fruto da mera alegação da Cooperativa, devendo ser calcada em consistente estudo de mercado, elaborado por empresa independente, que possa justificar a fixação de limites para o ingresso de novos associados.

Não é outro o entendimento do colendo Superior Tribunal de Justiça, proferido em lide envolvendo a própria Unimed:

Cooperativa.

Nas associações com essa natureza, a limitação ao ingresso **de novos associados** condiciona-se à “impossibilidade técnica de prestações de serviços” (Lei 5.764/71, artigo 4º, I). Não basta para justificá-la a simples inconveniência que possa resultar para os que já integram o **quadro de cooperados**. (REsp 151858 / MG; RECURSO ESPECIAL 1997/0073736-5 DJ 08.09.1998 p. 61. **UNIMED X SEBASTIÃO MARCELO FERREIRA DUARTE**)

Desta feita, a realização de estudo de mercado por empresa independente deve ser imposta como requisito necessário a qualquer limitação ao quadro de cooperados, o que não consta nos presentes autos, sendo insuficiente a mera alegação da agravante.

Em seguida, passemos a analisar a legalidade dos valores cobrados pela Cooperativa agravante a título de integralização de quotas do capital social e de matrícula.

Conforme já relatado, tem-se que apesar do estatuto

da UNIMED apontar como requisito necessário à associação de novos médicos a subscrição e integralização de um mínimo de 10 (dez) quotas partes do capital social, vem sendo dado, em verdade, cumprimento a determinação do Conselho de Administração da Unimed, demandando a integralização de 284 (duzentos e oitenta e quatro) quotas partes, além de taxa de matrícula no valor de R\$ 8.000,00 (oito mil reais), o que perfaz a importância de R\$ 39.793,80 (trinta e nove mil setecentos e noventa e três reais e oitenta centavos).

É inegável a prevalência do dispositivo estatutário que estabelece a subscrição e integralização do valor mínimo de 10 (dez) quotas partes do capital da Cooperativa pelos novos cooperados. Com efeito, a subscrição de montante superior ao mínimo não pode ser imposta pelo Conselho de Administração ou por qualquer outro órgão decisório mirim da UNIMED, mas apenas mediante a alteração estatutária, viabilizada através de Assembléia Geral, e observado o quorum adequado.

A subscrição de valor superior ao mínimo, tal qual fora oportunizado no art. 13 do estatuto, deverá ocorrer somente mediante a livre vontade do novel cooperado, que, caso ache conveniente e oportuno, poderá subscrever valor superior, desde que não exceda a um terço do total do capital subscrito.

Não parece razoável nem legítimo entender que foi concedido “implicitamente” ao Conselho de Administração o imensurável poder de fixar a quantidade de quotas a serem subscritas pelos novos cooperados, quando tal disposição não se encontra expressamente consignada, suplantando qualquer interpretação lógica do art. 13 do referido estatuto.

Além disso, também não há qualquer respaldo legal ou estatutário para a cobrança de “matrícula”, máxime em valor excessivo, sendo inadmissível a fixação de qualquer outra modalidade de contribuição não cogitada pelo estatuto ou pela legislação nacional.

Assim, a matrícula, tal qual vem sendo cobrada, importa em verdadeiro enriquecimento sem causa da parte agravante, pois não se encontra demonstrada qualquer contraprestação ou despesa, que justifique dita cobrança.

---

Além disso, tanto a subscrição de quotas em montante superior ao disposto no estatuto vigente na data da propositura da ação, quanto a cobrança de matrícula de valor excessivo, apresentam-se como subterfúgios para impedir o ingresso de novos cooperados, que terão de arcar com quantia exorbitante, dificilmente suportada por médicos em início de carreira.

Diante de todo o exposto, considerando os fundamentos legais e doutrinários esposados, voto pelo conhecimento do presente recurso, para **NEGAR-LHE** provimento, mantendo a decisão recorrida, em todos os seus termos, determinando assim seu imediato cumprimento.

É como voto.

Fortaleza, 24 de setembro de 2007.



# *HABEAS CORPUS CÍVEL*



---

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

**HABEAS CORPUS Nº.: 2006.0000.1103-7/0**

**IMPETRANTE: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO CEARÁ**

**PACIENTE/RÉ: ANTONIETA BENÍCIO CARNEIRO**

**IMPETRADO: MM. JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE FORTALEZA**

**RELATOR: DES. RAUL ARAÚJO FILHO**

**EMENTA: *HABEAS CORPUS* PREVENTIVO. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO CONVERTIDA EM AÇÃO DE DEPÓSITO. CONTRATO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. IMINÊNCIA DE PRISÃO DA DEVEDORA, EQUIPARADA A DEPOSITÁRIA INFIEL. IMPOSSIBILIDADE. PACTO INTERNACIONAL DOS DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS. PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA. ART. 5º, LXVII, DA CF. PRECEDENTES DO EG. STJ. ORIENTAÇÃO QUE EMANA PLAUSÍVEL NO PLENO DO C. STF. ORDEM CONCEDIDA.**

**1. A Constituição Federal veda expressamente a prisão civil por dívida (CF, art. 5º, LXVII), abrindo duas únicas exceções para os casos: do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de pensão alimentícia; e do depositário infiel.**

**2. Embora o Decreto-Lei n. 911/69, equipare o devedor-fiduciante ao depositário, aquele não é efetivamente um depositário, havendo disparidades inconciliáveis entre essas figuras.**

**3. No caso da alienação fiduciária, a equiparação do devedor ao depositário apresenta-se como uma descabida ficção jurídica, criada tão-somente para possibilitar a prisão civil do**

**alienante como medida coercitiva visando ao resgate da dívida pelo credor-fiduciário, implicando em pretensa extensão da hipótese excepcional prevista na Constituição, o que é inconciliável com a vedação expressa no art. 5º, LXVII, da Carta Magna.**

**4. O ordenamento jurídico assegura ao credor adquirente meios legítimos e eficazes para o recebimento de seus créditos.**

**5. Não se pode admitir, assim, a prisão do devedor-fiduciante que não é materialmente um depositário, sob pena de se incorrer em ofensa ao princípio da proporcionalidade (CF, art. 5º, LIV – *Substantive Due Process*). Precedentes do Eg. Superior Tribunal de Justiça, com base em mudança de entendimento que se forma no Pleno do C. Supremo Tribunal Federal.**

**6. O julgamento ora em curso do Recurso Extraordinário n. 466.343/SP sugere plausível a alteração que se desenha na jurisprudência até então consolidada da Corte Suprema, acerca da prisão civil do devedor fiduciante, adotando-se entendimento que eleva o Pacto de São José da Costa Rica ao *status* de norma supra-legal, com densidade normativa superior às leis ordinárias (CF, art. 5º, § 2º).**

**7. Ordem concedida.**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus nº. 2006.0000.1103-7/0, da Comarca de Fortaleza, em que é impetrante a d. DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO CEARÁ, paciente ANTONIETA BENÍCIO CARNEIRO e impetrado o MM. JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE FORTALEZA,

A C O R D A a Primeira Câmara Cível desta Corte de Justiça do Estado do Ceará, unanimemente, em conceder a ordem de *habeas corpus* pleiteada, a fim de impedir a prisão da

paciente em virtude do inadimplemento das prestações do contrato de financiamento de bens firmado com o BANCO BRADESCO S/A.

Trata-se de *habeas corpus* preventivo, com pleito de liberação de provimento jurisdicional liminar, impetrado pela d. Defensoria Pública do Estado do Ceará, em favor da paciente ANTONIETA BENÍCIO CARNEIRO, em que figura como autoridade impetrada o MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza.

O caso refere-se à ação de busca e apreensão depois convertida em depósito (nº. 2000.0116.5123-8) ajuizada pelo BANCO BRADESCO S/A em face da ora paciente, haja vista o inadimplemento de onze prestações referentes ao contrato de financiamento de bens acostado às fls. 17/18, no qual foi dado em alienação fiduciária, para garantir o cumprimento do pacto, um KIT GNV REG R89 e um CILINDRO 62L, utilizados para converter o combustível de veículo movido à gasolina para gás natural.

Na ação pugnou a referida instituição bancária pela citação da promovida para que esta entregasse, no prazo de 48 horas, o bem dado em garantia ou o equivalente em dinheiro, sob pena de prisão (fls. 37/38). Ao analisar o pleito, converteu a d. magistrada a *quo* a ação de busca e apreensão em ação de depósito, determinando, em vinte e quatro horas, a entrega do bem ou do equivalente em dinheiro sob as penas da lei (fls. 51).

Aduzindo que a paciente não mais possui o bem dado em garantia, na medida em que fora vendido o veículo em que instalado o equipamento adquirido com o contrato, em decorrência de séria crise econômica por que passou a então promovida (doença superveniente desta, assim como o trabalho eventual de seu cônjuge como pedreiro), a d. Defensoria Pública do Estado impetrou o presente *habeas corpus*, com pedido liminar, suscitando, ainda, ser inadmissível a prisão civil em virtude do inadimplemento de contrato de alienação fiduciária. A Liminar foi deferida às fls. 60/63.

Houve manifestação da d. Procuradoria-Geral de Justiça opinando pela concessão da ordem pleiteada (fls. 68/72).

É o breve relato.

### **Voto**

*Ab initio*, conheço do presente *writ*, eis que regido pelo informalismo e porque reúne os requisitos para o transpasse para o juízo de mérito.

Verifica-se dos autos que a ação de busca e apreensão inicialmente proposta foi convertida em ação de depósito, culminando com a r. sentença que julgou parcialmente procedente o pedido, determinando a apresentação do bem ou o pagamento do valor devido.

Como se sabe, a ação de depósito é procedimento específico posto à disposição do credor a fim de reaver a coisa que confiou a guarda de um depositário. O caso em análise, no entanto, configura uma modalidade específica do contrato referido, denominado de “depósito irregular” ou atípico, na medida em que fora firmado sob a égide de alienação fiduciária em garantia, o que não retira do depositário parcela do domínio do bem, tendo em vista o pagamento das prestações que vão sendo quitadas no sentido de consolidar um domínio sempre pretendido, havendo a possibilidade de o crédito do depositante ser apurado após a liquidação do contrato. Já no depósito, o depositário se compromete apenas a guardar a coisa que sabe não ser sua para oportuna entrega e devolução ao legítimo proprietário.

Com efeito, ao possibilitar a conversão do pedido de busca e apreensão em ação de depósito (CPC, art. 901 e segs.), assentada no pressuposto fático de não haver sido localizado o bem na posse do devedor, a lei (DL n. 911, art. 4º) adota rigoroso tratamento que segue em busca de sancionar civilmente o alienante. A própria lógica seguida na lei é um tanto discutível, pois se se parte da premissa de que o devedor não detém a posse da coisa, parece um contra-senso jurídico autorizar ao credor converter a ação de apreensão em depósito, a fim de compelir o devedor a entregar em juízo a coisa que, de antemão, já se sabe que não detém. Esse procedimento, portanto, serve apenas para possibilitar ao credor coagir o devedor para o

pagamento do débito, sob a ameaça da iminente prisão civil.

Nesse passo, a norma entra em conflito com a vedação que emana da Constituição em seu art. 5º, inc. LXVII, que veda expressamente a prisão civil por dívida, abrindo apenas duas únicas exceções para os casos: do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de pensão alimentícia; e do depositário infiel.

É que embora o Decreto-Lei n. 911/69, equipare o devedor-fiduciante ao depositário, aquele não é efetivamente um depositário, havendo disparidades inconciliáveis entre essas figuras, como se viu acima. No caso da alienação fiduciária, a equiparação do devedor ao depositário apresenta-se como uma descabida ficção jurídica, criada tão-somente para possibilitar a prisão civil do alienante como medida coercitiva visando ao resgate da dívida pelo credor-fiduciário, implicando em pretensa extensão da hipótese excepcional prevista na Constituição, o que é inconciliável com a vedação expressa no art. 5º, LXVII, da Carta Magna.

O ordenamento jurídico assegura ao credor adquirente meios legítimos e eficazes para o recebimento de seus créditos. Não se pode admitir, assim, a medida extrema da prisão civil do devedor-fiduciante que não é materialmente um depositário, sob pena de se incorrer em ofensa ao princípio da proporcionalidade (CF, art. 5º, LIV – *Substantive Due Process*) ou razoabilidade.

Além disso, sendo o Brasil signatário de dois tratados internacionais de proteção aos direitos humanos – o Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos, de 1966 (ratificado no País em 24 de janeiro de 1992, sendo seu texto aprovado pelo Congresso Nacional, Decreto legislativo nº. 226/91, e adotado na legislação interna por força do Decreto presidencial nº. 592, de 6 de julho de 1992), e a Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969 (Pacto de San José da Costa Rica, ratificado sem reservas pelo Brasil, aprovado pelo Decreto Legislativo nº. 27/92, de 25 de setembro de 1992, e incorporado pelo ordenamento jurídico pátrio pelo Decreto presidencial nº 678, de 6 de novembro de 1992) –, também por esse aspecto não

deve admitir a equiparação cogitada, pois incide a norma do art. 5º, § 2º, da Carta Federal.

De fato, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, de 1966, em seu art. 11, dispõe que *“ninguém poderá ser preso apenas por não poder cumprir com uma obrigação contratual”*. Já o Pacto de San José da Costa Rica, em seu art. 7º, estabelece que *“ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.”*

Tais preceitos associados ao entendimento do Eg. Supremo Tribunal Federal de que os tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil possuem “status normativo supralegal” resulta na compreensão de que a legislação pátria ao estender a prisão civil para o alienante fiduciante incidiu em inconstitucionalidade (ou não foi recepcionada, se se entender ser caso de direito intertemporal, em razão de o DL 911/69 integrar o chamado “direito pré-constitucional”). Com efeito, acha-se atualmente em curso o julgamento do Recurso Extraordinário nº. 466.343/SP, de onde se extrai dos Informativos do Colendo STF que os eminentes Ministros Cezar Peluso e Gilmar Mendes, consignaram em seus votos que:

**O Tribunal iniciou julgamento de recurso extraordinário no qual se discute a constitucionalidade da prisão civil nos casos de alienação fiduciária em garantia (DL 911/69: “Art. 4º Se o bem alienado fiduciariamente não for encontrado ou não se achar na posse do devedor, o credor poderá requerer a conversão do pedido de busca e apreensão, nos mesmos autos, em ação de depósito, na forma prevista no Capítulo II, do Título I, do Livro IV, do Código de Processo Civil.”). O Min. Cezar Peluso, relator, negou provimento ao recurso, por entender que o art. 4º do DL 911/69 não pode ser aplicado em todo o**

**seu alcance, por inconstitucionalidade manifesta. Afirmou, inicialmente, que entre os contratos de depósito e de alienação fiduciária em garantia não há afinidade, conexão teórica entre dois modelos jurídicos, que permita sua equiparação. Asseverou, também, não ser cabível interpretação extensiva à norma do art. 153, § 17, da EC 1/69 - que exclui da vedação da prisão civil por dívida os casos de depositário infiel e do responsável por inadimplemento de obrigação alimentar - nem analogia, sob pena de se aniquilar o direito de liberdade que se ordena proteger sob o comando excepcional. Ressaltou que, à lei, só é possível equiparar pessoas ao depositário com o fim de lhes autorizar a prisão civil como meio de compeli-las ao adimplemento de obrigação, quando não se deforme nem deturpe, na situação equiparada, o arquétipo do depósito convencional, em que o sujeito contrai obrigação de custodiar e devolver. (Informativo nº. 450/STF – 27 de novembro a 1º de dezembro de 2006).**

**Em seguida, o Min. Gilmar Mendes acompanhou o voto do relator, acrescentando aos seus fundamentos que os tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil possuem status normativo supralegal, o que torna inaplicável a legislação infraconstitucional com eles conflitantes, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação e que, desde a ratificação, pelo Brasil, sem qualquer reserva, do Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), não há mais base legal para a prisão civil do depositário infiel. Aduziu, ainda,**

**que a prisão civil do devedor-fiduciante viola o princípio da proporcionalidade, porque o ordenamento jurídico prevê outros meios processuais-executórios postos à disposição do credor-fiduciário para a garantia do crédito, bem como em razão de o DL 911/69, na linha do que já considerado pelo relator, ter instituído uma ficção jurídica ao equiparar o devedor-fiduciante ao depositário, em ofensa ao princípio da reserva legal proporcional. Após os votos dos Ministros Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Carlos Britto e Marco Aurélio, que também acompanhavam o voto do relator, pediu vista dos autos o Min. Celso de Mello. (Informativo nº. 449/STF – 20 a 24 de novembro de 2006).**

E não divergem desse entendimento os reiterados julgados do Eg. Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria, veja-se:

**CIVIL. RHC. PRAZO. NÃO OBSERVÂNCIA. INTEMPESTIVIDADE. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. PRISÃO. IMPOSSIBILIDADE.**

- 1. Não se conhece de recurso ordinário de habeas corpus interposto além do prazo legal de cinco dias.**
- 2. Possibilidade de concessão da ordem de ofício, em homenagem ao princípio da ampla defesa, porquanto flagrante a ilegalidade do decreto prisional de devedor fiduciante.**
- 3. Conforme pacificado pela Corte Especial não se admite prisão civil, decorrente de dívida oriunda de contrato de alienação fiduciária, dado que descabida, nesses casos, a equiparação do devedor à figura do depositário infiel.**
- 4. Recurso não conhecido. Habeas corpus**

**concedido de ofício.**

**(RHC 21.852/PE, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 11.09.2007, DJ 24.09.2007 p. 310).**

**AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA CONVERTIDA EM DEPÓSITO. DEPOSITÁRIO INFIEL. PRISÃO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ. NOVO POSICIONAMENTO DO STF. AGRAVO IMPROVIDO.**

**1. Não se admite a decretação da prisão civil do devedor fiduciário, em sede de ação de busca e apreensão convertida em ação de depósito. Precedentes do STJ.**

**2. O c. Supremo Tribunal Federal tem externado novo posicionamento, nesse mesmo sentido. RE 466.343/SP e HC 90.172-7/SP.**

**3. Agravo regimental improvido.**

**(AgRg no REsp 937.685/ES, Rel. Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, QUARTA TURMA, julgado em 11.09.2007, DJ 24.09.2007 p. 322)**

De acordo com as razões acima explanadas, não se mostra plausível a prisão civil do depositário nos casos de depósitos atípicos, como no caso em apreço, mesmo que por força de lei. É que nessas hipóteses, falta a natureza jurídica do contrato regrado no Código Civil, pois visam, na realidade, apenas reforçar e garantir o cumprimento de obrigações pecuniárias pelo mutuário, a quem se impõe uma contratação irregular de que se servem os credores como medida coercitiva para buscar reaver a coisa depositada de quem mesmo sendo seu proprietário, em parte, a guarda com consentimento do suposto depositante.

Dessa forma, não é legítimo, em razão da vedação do art. 5º, inciso LXVII, da Constituição Federal, cogitar-se de prisão civil senão naqueles contratos tradicionais inconfundíveis

de depósito típico, sob pena de flagrante violação aos valores da liberdade e da dignidade da pessoa humana.

Diante de todo o exposto, em consonância com o parecer da d. Procuradoria-Geral de Justiça e arrimado nos precedentes do C. Supremo Tribunal Federal e do Eg. Superior Tribunal de Justiça, concedo a ordem requestada, a fim de impedir a prisão da paciente em virtude do inadimplemento das prestações do contrato de financiamento de bens firmado com o BANCO BRADESCO S/A.

É como voto.

Fortaleza, 3 de março de 2008.

*MANDADO DE SEGURANÇA*



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

**MANDADO DE SEGURANÇA Nº 2002.0002.9382-0/0**

**IMPETRANTE: MARIA DO CARMO MAIA ESMERALDO  
SOBREIRA**

**IMPETRADO: DEFENSORA PÚBLICA GERAL DO ESTADO  
DO CEARÁ**

**RELATOR: DES. FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA**

**EMENTA: CONSTITUCIONAL E ADMINIS-  
TRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA.  
SERVIDOR. OPÇÃO PELA CARREIRA DE  
DEFENSOR PÚBLICO (ART. 22 DO A.D.C.T. DA  
CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988).**

**I. O servidor investido na função de defensor público até a data de instalação da Assembléia Nacional Constituinte tem direito a optar por aquela carreira, independentemente de prévia submissão a concurso. Inteligência do art. 22 do A.D.C.T. da Constituição da República de 1988.**

**II. A prestação de serviços de assistência judiciária não confere direito líquido e certo à opção mencionada se, até 1º.2.1987, não havia sido o servidor investido, mediante ato administrativo, na função de defensor público, requisito indispensável para a aquisição daquele direito.**

**III. Segurança denegada.**

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos, acordam os Desembargadores integrantes do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em sua composição plenária, por maioria, em denegar a segurança impetrada, tudo de conformidade com o voto do

Relator, vencida a Desembargadora Huguette Braquehais, que não conheceu do **mandamus** sob o argumento de inexistência de prova pré-constituída.

Fortaleza, 12 de fevereiro de 2004.

## RELATÓRIO

Trata-se, nos presentes autos, de mandado de segurança impetrado por Maria do Carmo Maia Esmeraldo Sobreira, servidora pública ocupante do cargo de advogada na Secretaria de Justiça do Estado do Ceará, contra ato indigitado ilegal da autoridade acima apontada, a qual se omite em viabilizar à requerente a opção pela carreira de Defensor Público.

Afirma a impetrante haver por diversas vezes se dirigido à sua superiora hierárquica, requerendo fosse reconhecido o direito de optar pela carreira de Defensor Público, não obtendo, contudo, até a presente data, resposta à postulação.

Salienta que o art. 22 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal não estabelece prazo para a opção em comento, sendo tempestiva a impetração em tela, mormente porque o silêncio da Defensoria Pública constitui ilegalidade ensejadora de mandado de segurança.

Prosseguindo a insurreição, ressalta a demandante que foi designada pela antiga Superintendência de Desenvolvimento do Estado do Ceará – SUDEC para prestar serviços à comunidade carente do Município do Crato – CE, sendo cedida ao Juizado de Menores daquela Comarca, ocupando a função de advogada de ofício durante todo o ano de 1986 até julho de 1987.

Acrescenta que, em janeiro de 1987, foi incumbida de trabalhar em favor dos pobres – também como se defensora pública fosse –, perante o Comissariado de Menores do Crato, atualmente denominado Núcleo de Proteção à Infância e à Juventude, sob a competência da 4ª Vara daquela unidade judiciária.

Afirma que, sem prejuízo das atribuições anteriormente mencionadas, ainda trabalhava junto à Cadeia Pública de Juazeiro do Norte – CE, prestando, cumulativamente, serviços na Comarca de Farias Brito à época em que foi instalada a Assembléia Nacional Constituinte.

Colaciona manifestações doutrinárias e jurisprudenciais para embasar sua argumentação, instruindo a exordial com os docs. de fls. 16/61.

Afirmando a existência de direito líquido e certo, pugna a impetrante pela concessão de providência liminar determinadora de seu ingresso na Defensoria Pública Geral do Estado, voltando a exercer a função de defensora pública onde exista vaga capaz de justificar seu imediato acesso e, no mérito, seja reconhecido o direito a ser investida no cargo de Defensor Público, inserindo-a na carreira respectiva sem prévia submissão a concurso público, conferindo-se regular titularidade para o exercício das funções que vinha desempenhando.

Denegado o pleito de urgência (fl. 69), a autoridade coatora indicada apresentou as informações de estilo, destacando, preliminarmente, a carência de prova quanto à existência do direito líquido e certo e da ilegalidade apontados na preambular, requerendo, sob tal fundamento, a extinção do processo sem julgamento de mérito.

Quanto ao mérito, o agente coator sustenta, em síntese, o seguinte (fls. 74/80):

a) que a postulante ingressou no serviço público através da SUDEC, vindo, posteriormente, com a extinção daquela entidade, a ser lotada na Secretaria de Justiça, exercendo a função de advogada;

b) que a impetrante passou a prestar assistência gratuita à comunidade como servidora daquela Secretaria, lotada na CAJE e designada para citada função, jamais, portanto, como defensora pública;

c) que ao Diretor do Fórum falece competência para nomear defensor público, inserindo-se tal ato no espectro de atribuições da autoridade impetrada;

d) que a suplicante do **writ** não ocupa cargo público,

sendo-lhe inaplicável o art. 173 da Lei Complementar nº 6/1997, haja vista exercer tão-somente a função de assessora jurídica no âmbito da Secretaria de Justiça;

e) que a pretensão autoral de ingressar nos Quadros da Carreira de Defensor Público sem prévia submissão a concurso afronta o princípio insculpido no art. 37, II, da Carta Magna.

Instada a se manifestar, a Procuradoria Geral de Justiça pronunciou-se pela acolhida da preliminar suscitada pela autoridade impetrada com conseqüente extinção do feito sem julgamento de mérito, à minguada de prova pré-constituída acerca da ofensa do direito líquido e certo invocado.

É o relatório.

## VOTO

A autoridade impetrada pugnou, na peça de informações, pela extinção do feito sem julgamento de mérito, ante a carência de prova pré-constituída acerca da ilegalidade apontada, sendo a preliminar acolhida pela Procuradoria Geral de Justiça no parecer *de meritis*.

A questão, todavia, afigura-se-me coincidente com o objeto da impetração, pelo que deixo para apreciá-la em análise do *meritum causae*.

A impetrante argumenta ser titular de direito líquido e certo à opção pela carreira de defensor público, assegurada pelo art. 22 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal de 1988, o qual fora violado por ato omissivo da autoridade indigitada coatora, que não viabilizou à requerente, até o presente momento, mencionada opção.

O dispositivo constitucional citado encontra-se vazado nos seguintes termos, *verbis*:

**“Art. 22. É assegurado aos defensores públicos investidos na função até a data da instalação da Assembléia Nacional Constituinte o direito de opção pela carreira, com a observância das**

**garantias e vedações previstas no art. 134, parágrafo único, da Constituição.”**

A matéria já foi submetida ao plenário desta Corte, o qual tem, reiteradamente, afastado a necessidade de submissão prévia do servidor a concurso para ingresso na carreira de defensor público, desde que, até a data de instalação da Assembléia Nacional Constituinte, estivesse investido naquela função.

Nesse sentido foram os acórdãos proferidos nos Mandados de Segurança nºs. 98.04887-2 (D.J. 11.6.1999) e 97.07519-2 (D.J. 23.9.1999), relatados, respectivamente, pelos Exmos. Srs. Desembargadores Francisco Hugo Alencar Furtado e Raimundo Bastos de Oliveira.

Por outro lado, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça têm-se posicionado pela irrelevância da forma de investidura originária do agente no serviço público, sendo-lhe conferida a benesse constitucional, desde que mantenha vínculo com a Administração e sejam observados os requisitos constantes do art. 22 do A.D.C.T..

A esse respeito, trago à colação os seguintes arestos, **verbis**:

**“Contratado por prestadora de serviços que, em virtude de convênio entre esta e o Estado, foi posto a serviço deste e então colocado para exercer a função de defensor público até a data em que foi instalada a Assembléia Nacional Constituinte. Art. 22 do ADCT da Constituição Federal.**

**- O Plenário desta Corte, ao julgar o RE 161.712, decidiu, por maioria de votos, que ‘servidor investido na função de defensor público até a data em que foi instalada a Assembléia Nacional Constituinte tem direito à opção pela carreira, independentemente da forma de investidura originária. Interpretação do art. 22 do ADCT’.**

**- Falta ao recorrido um dos requisitos indispensáveis para a opção prevista no art. 22 do ADCT da Constituição Federal segundo a orientação adotada pelo Plenário desta Corte: a qualidade de servidor público, ainda que independentemente da forma da investidura originária, para poder fazer a opção entre sua situação funcional antes do exercício da função de defensor e a carreira deste.**

**Recurso extraordinário conhecido e provido.”**  
(S.T.F. - REExt. Nº 205.168-3 – Rel. Min. Moreira Alves - J. 1.12.1998 - D.J. 21.5.1999).

**“Constitucional e Administrativo. Defensor Público. Direito de Opção (art. 22, ADCT/88). Inexistência pela ausência de vínculo com a Administração. Anulação.**

**A opção de que trata o art. 22, do ADCT/88, da Constituição Federal, pressupõe a existência de vínculo com a Administração (Precedente do STF) [...]”** (S.T.J. - ROMS 10.474/ES – Rel. Min. Gilson Dipp - J. 25.5.1999 – D.J. 25.10.1999).

Seguindo a orientação jurisprudencial citada, passo a analisar a prova pré-constituída, com o fito de averiguar se a requerente possui o direito suscitado.

Compulsando os autos, observo que a exordial vem acompanhada de cópia de dados referentes à carteira de trabalho da impetrante, mediante os quais se constata que esta foi contratada, em 4.7.1985, pela extinta Superintendência do Desenvolvimento do Estado do Ceará – SUDEC, no cargo de assessor jurídico ANS-I (fls. 17/18v).

Colacionou também a suplicante um extrato de pagamento datado de 7.5.2002 e uma declaração expedida pelo Departamento de Recursos Humanos da Secretaria de Justiça (fl. 20), inferindo-se, assim, que a requerente exerce a função de advogada na Cadeia Pública de Juazeiro do Norte - CE.

Mencionada documentação demonstra apenas deter a autora do **mandamus** vínculo funcional com a Administração e que, atualmente, encontra-se lotada na Secretaria de Justiça.

A petionária instruiu, também, a preambular com diversas declarações e certidões, dando conta de sua atuação nas Comarcas de Crato e Farias Brito, apresentando, ademais, termos de audiência em que funcionou como defensora nomeada nesta última unidade judiciária (fls. 21/27 e 30/35).

Os documentos de fls. 21/22 noticiam ter a demandante exercido trabalho de assistência jurídica aos necessitados na sede do Comissariado de Menores da Comarca de Crato durante o ano de 1986 até julho de 1987, assim como no escritório da extinta SUDEC, situado naquela municipalidade, pelo período de janeiro a dezembro de 1986.

Ressalte-se que, apesar do altruísmo da requerente em dedicar seu trabalho à comunidade menos favorecida de Crato e Farias Brito, conduta que, é importante frisar, seria possível a qualquer advogado, tal fato não lhe confere, por si só, o direito à opção pretendida.

É que, da prova material carreada aos autos, não se vislumbra a existência de qualquer ato administrativo de investidura da servidora nas funções de defensor público até 1.2.1987, data da instalação da Assembléia Nacional Constituinte, requisito este indispensável para a aquisição do direito conferido pelo art. 22 do A.D.C.T. da Constituição da República.

Com efeito, ao contrário do que alega a autora do **writ**, a prova pré-constituída não revela que a assistência jurídica por aquela prestada no Comissariado de Menores e no escritório da SUDEC decorram de cessão desta extinta autarquia, não restando evidenciado, portanto, que a suplicante tenha realizado ditas atribuições munida de título jurídico formalmente expedido pela autoridade administrativa competente.

Ao revés, pelos documentos de fls. 25/29, observa-se que a suplicante foi designada para prestar assistência jurídica à comunidade carente de Farias Brito, sendo apresentada ao juiz de direito daquela Comarca mediante Ofício nº 1953/1987, datado de 10.7.1987, posteriormente, portanto, ao marco

temporal fixado no dispositivo da Lei Fundamental.

Cumpra esclarecer que a investidura, expressão utilizada pelo art. 22 do A.D.C.T. da Constituição Federal, pressupõe a existência de um ato administrativo que confira atribuições ao servidor público, que, *in casu*, se refere àquelas inerentes à de defensor público.

Sobre o assunto, o saudoso Hely Lopes Meirelles, assevera:

**“Investidura dos agentes públicos** - Todo agente público vincula-se ao Estado por meio de ato ou procedimento legal a que se denomina investidura, variável na forma e nos efeitos, segundo a natureza do cargo, do emprego, da função ou do mandato que se atribui ao investido.

A investidura pode ser administrativa ou política; originária ou derivada; vitalícia, efetiva ou em comissão, e outras formas temporárias.

**Investidura administrativa:** é toda aquela que vincula o agente a cargo, função ou mandato administrativo, atendidos os requisitos de capacidade e idoneidade que a lei estabelecer. [...] A forma usual dessa investidura é a nomeação, por decreto ou portaria, mas admite também, a admissão, a designação, a contratação e a eleição administrativa, nos termos regulamentares, regimentais ou estatutários.” (*In Direito administrativo brasileiro*. 21<sup>a</sup> ed., São Paulo, Malheiros, 1996, p. 76/77).

No mesmo sentido é a doutrina de Odete Medauar, *verbis*:

“Para que as pessoas atuem, de modo contínuo, em nome da Administração torna-se necessário um título legal. De regra, esse título é representado por ato de nomeação, por um contrato, por um ato de designação. Tais títulos permitem que uma pessoa

física exerça atividades em nome da Administração, com a qual mantém, assim, vínculo de trabalho; portanto, atribuem à pessoa exercício de função. Nas relações de trabalho com o poder estatal, a função pública significa o exercício de atividades da competência da Administração, em nome desta e de acordo com as finalidades desta, ou seja, para atender ao interesse público.” (*In Direito administrativo moderno. 4ª ed., São Paulo, RT, 2000, p. 312*).

Dessa forma, dессome-se que o termo “investidura”, utilizado pela Carta Magna em disposição de caráter transitório, deve ser entendido nos moldes das lições doutrinárias acima invocadas, não sendo razoável elater o alcance da expressão para beneficiar os servidores que, como no caso dos autos, prestassem, *sponte propria*, serviços de assistência judiciária gratuita aos necessitados.

Afinal, não se pode perder de vista a importância do princípio constitucional da moralidade administrativa, viga mestra de um outro, igualmente relevante, concernente à imprescindibilidade de concurso público para o ingresso em cargos de caráter efetivo, contemplados na Carta Magna.

Assim sendo, nada obstante a previsão constitucional ensejadora do ingresso na carreira de defensor público sem prévia submissão a concurso, não se pode conferir interpretação extensiva a uma regra de caráter excepcional, sob pena de, extrapolando os seus limites, violar a Lei Maior.

É como já decidiu esta Corte, à unanimidade, no julgamento do Mandado de Segurança nº 1999.11108-7, do qual fui relator, cuja ementa ora transcrevo, *ipsis litteris*:

**“CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO.  
MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR.  
OPÇÃO PELA CARREIRA DE DEFENSOR  
PÚBLICO (ART. 22 DO ADCT, CF/88).**

I – O servidor investido na função de defensor público

até a data de instalação da Assembléia Nacional Constituinte tem direito a optar por aquela carreira, independentemente de prévia submissão a concurso. Inteligência do art. 22 do ADCT da Constituição da República de 1988.

II – A prestação de serviços de assistência judiciária, *sponte propria*, não confere direito líquido e certo à opção mencionada, se, até 01.02.87, o servidor não foi investido, mediante ato administrativo, na função de defensor público, requisito indispensável para a aquisição daquele direito.

III – Segurança denegada.” (DJ 16.1.2001, p. 8).

Por todo o exposto, não se extraindo seguramente da prova juntada aos autos que a impetrante estivesse regularmente investida na função de defensor público à data da instalação da Assembléia Nacional Constituinte, não há falar em direito líquido e certo à opção pela carreira de que trata o art. 22 do A.D.C.T. da Constituição da República, pelo que denego a segurança.

É como voto.

Fortaleza, 12 de fevereiro de 2004.

\*\*\*

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

**2004.0000.9388-6/0**

**Mandado de Segurança com Pedido de Liminar**

**Impetrante: MARIA NEVES FEITOSA CAMPOS**

**Impetrados: Secretário de Administração do Estado do Ceará, Superintendente do IPEC e Procurador Geral de Justiça do Estado do Ceará**

**Relator: Desembargadora Maria Sirene de Souza Sobreira**

**MANDADO DE SEGURANÇA. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. ART. 37, XI DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. TETO REMUNERATÓRIO. PERCEPÇÃO CUMULATIVA DE SUBSÍDIO E DE PENSÃO ESTATUTÁRIA. POSSIBILIDADE ATÉ O LIMITE DO TETO ESTABELECIDO PARA OS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA DE QUE AS PARCELAS SUPRIMIDAS DEVERIAM SER ABSTRAÍDAS DO REDUTOR VENCIMENTAL.**

**1 - O princípio da inacumulabilidade de que trata o inciso XVI da Constituição Federal refere-se apenas a impossibilidade de acumulação de cargos, empregos, funções e seus respectivos proventos de aposentadoria, não abrangendo qualquer proibição relacionada à acumulação de receitas provenientes dos cofres públicos, desde que não sejam incompatíveis entre si e observem os limites definidos em lei. Assim, a percepção cumulativa de espécies remuneratórias está sujeita à limitação vencimental, pouco importando, para tal efeito, a procedência dos recursos, ou se identificados com naturezas jurídicas distintas.**

**2 – A resolução nº 09 do Conselho Nacional do Ministério Público regulamentou o regime de aplicação corporativa do teto constitucional em relação aos integrantes da carreira ministerial, definindo regras gerais e estabelecendo as arestas remuneratórias para os membros do Ministério Público, limitando os subsídios dos integrantes dos MP's Estadual e Federal, respectivamente, em 100% e em 90,25%, dos subsídios dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.**

**3 - A mesma norma jurídica em análise,**

**excepcionou a contagem nominal do valor da pensão por morte - quando cumulativamente auferida com o subsídio ministerial – do cômputo do teto constitucional de remuneração. Entretanto, a permissão em apreço, não encontra assentamento na ordenação constituinte.**

**5 – Há direito líquido e certo, na espécie, à percepção cumulativa da pensão civil e dos subsídios ministeriais até o limite do teto vencimental dos integrantes do Ministério Público Estadual, atualmente fixado em R\$ 22.111,50. (vinte e dois mil cento e onze reais e cinquenta centavos).**

**4 – Segurança Parcialmente Concedida.**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança, nº 2004.0000.9388-6/0.

ACORDAM os Excelentíssimos Desembargadores do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em rejeitar as preliminares de mérito e conceder parcialmente a segurança, nos termos do voto condutor a seguir transcrito.

Trata-se de mandado de segurança, impetrado por MARIA NEVES FEITOSA CAMPOS, em face de ato supostamente abusivo atribuído ao PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ, ao SECRETÁRIO DE ADMINISTRAÇÃO DO ESTADO DO CEARÁ e ao SUPERINTENDENTE DO INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA SOCIAL DO ESTADO DO CEARÁ que, a pretexto de levarem a efeito o novo regime teto vencimental instituído pela EC nº 41/2003, determinaram uma subtração em seus estípedios na ordem de R\$ 5.762,99 (cinco mil setecentos e sessenta e dois reais e noventa e nove centavos).

Argüiu a impetrante ser Promotora de Justiça de entrância especial e pensionista civil, na qualidade de viúva de falecido servido público da fazenda estadual e que, até a data da ordenação supostamente lesiva aqui obviada, auferia cumulativamente o benefício previdenciário em cotejo e os

subsídios oriundos de sua condição de membro do Ministério Público Estadual.

Informou que, à luz da lei estadual nº 12.950, de 05 de outubro de 1999, os promotores de justiça, assim como os demais membros do *Parquet* passaram a ser remunerados por subsídios, sendo que, à data da impetração, os estipêndios dos agentes públicos ministeriais lotados em entrância especial correspondiam a R\$ 11.936,12 (onze mil novecentos e trinta e seis reais e doze centavos).

Aduziu que, por ocasião da surpresa ensejadora do aforamento da presente ação mandamental, estava em precário exercício da função de Procuradora de Justiça razão porque, interinamente, fazia jus a percepção de verba subsidial em montante de R\$ 13.262,36 (treze mil duzentos e sessenta e dois reais e trinta e seis centavos).

Noticiou que, paralelamente, ostentava a condição de pensionista civil junto ao IPEC, de onde percebia benefício previdenciário deixado por ocasião do óbito de seu marido, ex-fazendário estadual, então estimado em R\$ 5.762,99 (cinco mil setecentos e sessenta e dois reais e noventa e nove centavos).

Contudo, com a advento das emendas constitucionais Federal (EC 41/03) e Estadual (EC 56/04), que estabeleceram o regime jurídico de teto remuneratório, ela, impetrante, amargou uma supostamente abusiva supressão vencimental na ordem R\$ 5.762,99 (cinco mil setecentos e sessenta e dois reais e noventa e nove centavos), perpetrada em tese pelas dignas autoridades indigitadas, a título de equacionarem seus estipêndios aos limites de remuneração estabelecidos pelos diplomas em deslinde.

De efeito, escudada nos princípios da segurança jurídica e da irredutibilidade de vencimentos, ponderou a impetrante que a ação governamental obtemperada feriu-lhe direito líquido e certo, uma vez que a situação por ela ostentada antes do corte determinado a título de “abate-teto” incorporou-se a seu patrimônio jurídico - sob a feição de um direito adquirido - antes da vigência do novo regime de teto constitucional. Ademais, invocou o direito de receber as verbas obliteradas, à

vista de que a própria constituição republicana assegura a irredutibilidade dos valores nominais da remuneração.

Sob tais linhas, arregimentando um rosário de arestos jurisprudenciais e de opiniões doutrinárias dos mais festejados juristas estudiosos do assunto, requestou medida liminar no sentido do imediato retorno ao *status quo ante* de seus subsídios e, no mérito, pugnou pela concessão da segurança, com a confirmação da medida liminar colimada.

Juntou os documentos de fls. 29/92.

Liminar indeferida às fls. 103/104.

Às fls. 111/127, o Superintendente do IPEC requestou a extinção do processo sem julgamento de mérito em relação a si, argüindo ilegitimidade passiva *ad causam*.

Às fls. 144/152, a então Procuradora Geral de Justiça apresentou seus informes pugnando, exclusivamente, por sua exclusão do pólo passivo da ação, a pretexto de que não teria participado do ato de supressão remuneratória imposto aos subsídios da impetrante.

O Secretário de Administração do Estado apresentou, a seu turno, informações às fls. 160/169, pugnando pela denegação da segurança, sob o argumento de que não cabe, a luz do entendimento do Pretório Excelso, invocar direito adquirido contra emenda constitucional.

O Ministério Público, em parecer de fls. 171/200, opinou pela concessão da segurança.

É o relatório

## VOTO

Cuidam os autos de Mandado de Segurança impetrado por MARIA NEVES FEITOSA CAMPOS que, em virtude de perceber cumulativamente duas remunerações distintas - uma por força do exercício do cargo de promotora de justiça e outra em decorrência de sua condição de pensionista estadual - cujo somatório estaria ultrapassando o teto vencimental específico, vem sofrendo repetidos cortes mensais em seus benefícios por força de ato executivo perpetrado, em tese, pelas

autoridades públicas aqui indigitadas.

À título de darem cumprimento às novas orientações contidas na EC 41/03, as dignas autoridades ilustradas equacionaram a remuneração global da impetrante - então auferida em soma nominal superior aos estipêndios correspondentes ao limite vencimental máximo - procedendo à glosa proporcional, nos valores informados no relatório da Secretaria de Administração do Estado do Ceará, cuja cópia repousa às fls. 57/91 dos autos da impetração.

Com efeito, em referência a um rosário de artigos doutrinários da lavra dos mais renomados juristas no assunto, e também apoiada em vasta ilustração jurisprudencial, a impetrante, que se tornou pensionista civil e ingressou no ministério público estadual antes do advento da famigerada Emenda 41/03, sustentou imunidade do direito adquirido e do ato jurídico perfeito – em cujas definições considerou enquadrada a sua situação jurídica – à ação reformadora das emendas constitucionais, estas, em sua ótica, editadas na perspectiva de regular apenas situações futuras sem comprometer ou subjugar a segurança das relações de direitos já consolidadas no tempo.

Nesse contexto, ponderou que, uma vez que fixada sob a égide de contexto jurídico vigente à época, sua remuneração total – decorrente do somatório entre o subsídio do cargo de promotora de justiça e o benefício adquirido a título de pensão estatutária em decorrência do óbito de seu marido, ex-fazendário estadual – seria irredutível, por força dos mesmos princípios constitucionais já colacionados, ainda que diante da revogação do regime de direito em cujo império tornou-se senhora da garantia informada.

As autoridades impetradas, a seu turno, em seus estilosos informes apresentados em harmonia à dicção do inciso I do art. 7º da lei 1.533/51, advogaram a tese de que o sistema de aplicação dos tetos remuneratórios poderia, sim, atingir situações pretensamente já consolidadas no tempo, uma vez que o Supremo Tribunal Federal já pacificou entendimento no sentido de que não existe direito adquirido a regime jurídico revogado.

Nesse passo, as mesmas rés não sonegaram o princípio da segurança jurídica, bem como não ignoraram o valor jurídico da irredutibilidade vencimental. Mas os relativizaram, a par da noção, não menos decantada, de que mesmo os direitos fundamentais não são absolutos, a despeito de sua condição de extremo realce normativo-constitucional.

Especialmente para as dignas signatárias das informações de fls. 160/169, ao serem editadas, as emendas constitucionais tornam-se parte integrante e indissociável da Constituição. Logo, se o texto constitucional inaugura uma nova ordem jurídica sem conhecer limites materiais e uma vez que suas emendas passam a integrar o seu bojo, estas – a teor de suas regulamentações – devem prevalecer sobre os pretensos “direitos adquiridos” anteriores à sua vigência.

Ou seja, segundo as ilações em apreço, defendem as autoridades que o princípio da segurança jurídica – notadamente o direito adquirido e o ato jurídico perfeito – somente podem ser opostos à ação normativa infraconstitucional. Ao definir que a LEI não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, o legislador constituinte, no juízo das insignes impetradas, referiu-se à lei em sentido estrito (*strictu sensu*), entendida como norma jurídica aprovada pelo legislativo e sancionada pelo executivo, ao contrário da lei em sentido amplo que se entende como qualquer norma jurídica emanada do estado que obriga a coletividade.

Disseram mais, as promovidas, que o direito adquirido constituía, sim, uma garantia fundamental guindada à condição de cláusula pétrea. Contudo, o teor do pretenso direito adquirido não ostentava a mesma qualidade de sua figura genérica. Em outras palavras, a norma que põe o direito adquirido a salvo da dinâmica legal, não protege com a mesma desenvoltura o conteúdo de certos direitos tidos por adquiridos, uma vez que estes se referem a uma qualidade privada de seu suposto titular.

E, a exemplo do que fez a impetrante em defesa de sua tese, as impetradas também se valeram de um cabedal de referências doutrinárias e jurisprudenciais arrematando que a

ação administrativa obviada pautou-se na mais absoluta legitimidade, de maneira que, o equacionamento remuneratório em exame – a título de se dar efetividade à nova redação do art. 37, XI da Constituição Republicana - não importou em qualquer lesão a direito líquido e certo, suscetível de render ensejo à utilização do remédio heróico aqui afigurado.

Nesse contexto, em face das considerações explanadas por cada uma das partes em confronto, tenho como ponto de recalitrância, para efeito de destreame da lide mandamental de que ora se cogita aferir e esclarecer o seguinte: (I) se, à impetrante, é possível a invocação do princípio da segurança jurídica, como base de argumentação para não ter os seus estipêndios sujeitados ao novo regime de teto remuneratório do serviço público, instituído no ordenamento constitucional pela emenda nº 41/2003; (II) qual o regime de teto aplicável à espécie, considerando-se que a autora é membro do Ministério Público e beneficiária de pensão estadual deixada por ex-servidor da Secretaria da Fazenda do Estado do Ceará e; (III) se a mesma impetrante faz jus à percepção cumulativa das duas remunerações em tablado, sem que seu somatório esteja sujeito ao limite vencimental instituído pelo inciso XI do art. 37 da Constituição Federal de 1988, alterado pela Emenda Constitucional nº 41/03.

Antes, entretanto, volto-me ao desate das questões preliminares invocadas em cada uma das peças de informações colacionadas aos autos.

Em primeiro lugar, acerca da argüição de ilegitimidade passiva do Superintendente do IPEC, é de se esclarecer que a Lei Complementar nº 24/2000, em seu art. 1º estabelece como sendo de competência da Secretaria da Fazenda a concessão de pensões por morte cujo óbito tenha acontecido após a data de 01/10/1999. Logo, como a morte do instituidor da pensão ocorreu aos 28 dias do mês de janeiro de 1989, a gestão do benefício em cotejo, por dedução lógica, ainda compete ao Instituto de Previdência do Estado do Ceará – IPEC. Assim, rejeito a preliminar de mérito de que ora se cuida.

Não menos insubsistente, outrossim, apresenta-se

a alegação preliminar de que a ação mandamental em deslinde foi ajuizada contra ato normativo em tese. Em verdade, a impetrante não se vale do presente instrumento com a finalidade de obviar as disposições inauguradas pela EC 41/03. Simplesmente sustenta sua inaplicabilidade em relação às situações jurídicas consolidadas antes de seu advento, como entende ser o seu caso. Nesse passo, indefiro também, a argüição em tablado, eis que juridicamente possível a pretensão autoral que, em tese, obtempera um ato administrativo concreto, supostamente violador de direito líquido e certo.

Sorte diferente não merece a preliminar de ilegitimidade passiva levantada pela autoridade signatária dos informes de fls. 146/152. Com efeito, tenho que a glosa nos rendimentos da impetrante resultou de um ato administrativo complexo que se formou mediante o concurso inexorável de vontades das três autoridades impugnadas, formando uma vontade administrativa única, esta sim, atacável pela via mandamental aqui eleita.

Nenhuma das autoridades em tela poderia, sozinha, perpetrar o ato obtemperado, assim como a nenhuma delas assistiria a prerrogativa individual de revogá-lo. O somatório das três vontades obviadas impunha-se como requisito de formação da vontade administrativa, sem o qual, a manifestação resultante seria nula e inapta a produzir efeitos no plano jurídico. Por tal razão, inacolho mais esta questão preliminar, passando, incontinenti, ao destreme exaustivo do mérito da causa, no sentido de aferir se a impetrante faz ou não jus ao pretense objeto de seu pedido mandamental.

A propósito, por entender que a matéria impõe uma exegese sistemática e histórica dos sucessivos regimes de remuneração do serviço público, cuida-me, de início, referenciar a disciplina textual ilustrativa da redação original do art. 37, XI da Constituição de 1988, antes das alterações ensejadas pela ação constituinte derivada decorrente das emendas n.º 19/98 e 41/2003:

**Art. 37.** A administração pública direta, indireta ou

fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e, também, ao seguinte:

...

XI - a lei fixará o limite máximo e a relação de valores entre a maior e a menor remuneração dos servidores públicos, observados, como limites máximos e no âmbito dos respectivos Poderes, os valores percebidos como remuneração, em espécie, a qualquer título, por membros do Congresso Nacional, Ministros de Estado e Ministros do Supremo Tribunal Federal e seus correspondentes nos Estados, no Distrito Federal e nos Territórios, e, nos Municípios, os valores percebidos como remuneração, em espécie, pelo Prefeito;

Em nível de preceituação inaugural, a Constituição reservou à lei a fixação dos limites máximos e mínimos de remuneração do serviço público, estabelecendo como parâmetros para fins de referências em cada uma das esferas de poder – executivo, legislativo e judiciário, nessa ordem - os vencimentos dos ministros de estado, dos parlamentares membros do Congresso Nacional e dos ministros do Supremo Tribunal Federal, respectivamente e seus correspondentes nos âmbitos estadual, municipal e distrital.

Dez anos mais tarde, resguardadas as situações jurídicas consolidadas até então, a primeira das reformas administrativas, conduzida pela Emenda Constitucional nº 19, impôs sobejas alterações ao inciso XI, do art. 37 que, por tal ensejo, passou a vigor com a seguinte redação:

XI - a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos

Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal;

A nova orientação, a seu turno, traduzia uma norma de eficácia diferida, uma vez que sua aplicabilidade sujeitava-se à ação positiva do legislador infra-constituente, a quem incumbia, para fins de efetivar o comando constitucional em alusão, editar uma lei complementar de iniciativa conjunta do Presidente da República, dos Presidentes do Senado e da Câmara Federal e do Presidente do Egrégio Supremo Tribunal Federal.

À vista de inúmeras divergências entre os líderes políticos em enfoque e, a despeito das várias tentativas frustradas de se pôr em prática o novo regime de teto vencimental do serviço público, em deliberação plenária regimental – sob os olhos de uma crítica social veemente, que obtemperava a legitimidade e a constitucionalidade da ação em cotejo - o STF, por 7 votos a 4, vencidos os Ministros Sepúlveda Pertence, Carlos Velloso, Marco Aurélio e Ilmar Galvão, pacificou o entendimento de que o regime de subsídio fixado pela EC nº 19/98 somente entraria em vigor com a edição de lei de iniciativa conjunta do Presidente da República, do Presidente do Senado Federal, do Presidente da Câmara de Deputados e do Presidente do STF e que, até a edição da norma definidora do regime de subsídio, manter-se-ia a aplicação de um teto para cada esfera de Poder, **excluídas as vantagens pessoais**, na esteira da originária redação do texto constitucional.

De maneira que, de forma praticamente pacífica, os Tribunais de Justiça Estaduais passaram a se conduzir nos ditames de tal orientação, assentando o entendimento de que as gratificações ou adicionais incorporados aos vencimentos dos servidores públicos sob o dígito de vantagem pessoal

remunerada estariam obliterados do cômputo do teto vencimental, ostentando uma índole de autêntico direito adquirido oponível, inclusive, à ação constituinte reformadora.

A EC nº 41, em vigor desde 19 de dezembro de 2003, modificou novamente o art. 37, inc. XI, da Constituição Federal, fixando como teto remuneratório do serviço público a maior remuneração atribuída por lei a Ministro do STF e, como sub-tetos, o subsídio dos Prefeitos, no âmbito do Poder Executivo Municipal; dos Governadores, na esfera do Poder Executivo Estadual; dos Deputados Estaduais e Distritais, no contexto do Poder Legislativo; e, por fim, dos Desembargadores, balizando a remuneração do Poder Judiciário local, nos termos da redação seguinte:

XI – a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e Defensores Públicos;

A seu turno, a EC 41/03 além de alterar a redação do art. 37, introduziu outras duas modificações substanciais ao regime de remuneração do servidor público: a uma, concentrou nas mãos do STF a deflagração do processo legislativo para a fixação dos subsídios de seus ministros; e, a duas, definiu que, na pendência da edição legiferante em tablado, o teto máximo de remuneração do serviço público seria o maior subsídio então atribuído a um Ministro do Supremo Tribunal Federal.

Nesse compasso, a própria Constituição contemporizou o anterior equívoco, não apenas viabilizado, sob o aspecto político, a edição da malsinada lei, como, especialmente, estabelecendo, sob a rubrica de efeitos imediatos, um critério de transição eficaz para vigor no interregno da maturação legislativa.

Aos 26/07/2005, foi editada a Lei 11.143/2005, fixando o subsídio dos Ministros do STF em R\$ 24.500,00 (vinte e quatro mil e quinhentos reais). Em linhas decorrenciais, estados e municípios definiram seus respectivos subtetos, em harmonia com os ditames sugestionados no próprio texto vigente do inciso XI do art. 37 da Carta Republicana.

E na correnteza de tal definição – como já era de se esperar, à vista da hesitação normativa que se antecedeu – deflagrou-se uma celeuma hermenêutica sem precedentes, no escopo de conciliar à nova realidade vigente, as situações consolidadas e legitimadas sob a égide de regimes jurídicos então revogados. Com efeito, coube ao judiciário a árdua tarefa de aplicar, aos ditames dos princípios da razoabilidade, da moralidade e da segurança jurídica, às novas disposições resultantes da engenhosa construção de direito afigurada.

Os tribunais, pressionados a destramar a questão, começaram a dividir opiniões e a lançar entendimentos os mais diversos.

Uns posicionaram-se no sentido que o teto vencimental deveria ser imediatamente aplicado, mesmo em relação às situações consolidadas anteriormente à Emenda 41/03, uma vez que o STF já havia pacificado a tese de

inoponibilidade de direito adquirido à regime jurídico. Ademais, o próprio dispositivo constitucional em destaque além de estabelecer a inclusão das vantagens pessoais no cômputo do teto, relativizou a aplicabilidade do princípio da irredutibilidade vencimental, assentando que a remuneração do serviço público é irredutível desde que obedeça ao limite máximo de remuneração a que está subordinada.

Outros, a seu passo, como foi o entendimento majoritário nesta corte, continuaram, com poucas modificações, prestigiando a concepção de que as vantagens pessoais dos servidores, incorporadas anteriormente à vigência da emenda em tablado, constituíam direito adquirido e, portanto, haveriam de serem abstraídas do cômputo do teto vencimental.

O STF ainda não havia se pronunciado oficialmente sobre o tema até o julgamento do Mandado de Segurança nº 24875-1. Impetrado por quatro ministros aposentados da própria Suprema Corte que experimentaram uma redução em seus subsídios a pretexto da aplicação da política de teto remuneratório, sustentava a lide mandamental em cotejo que os então impetrantes não deveriam se sujeitar ao novo regime, uma vez que as vantagens incluídas no “abate-teto” objurgado foram incorporadas legitimamente a seus estipêndios sob a égide de plexo normativo anterior.

De efeito, havia que se conciliar os valores jurídicos em aparente confronto. De um lado, além do art. 17 da ADCT e da nova redação do art. 37, XI da Constituição Federal, o já consagrado entendimento acerca da inoponibilidade de direito adquirido à regime jurídico modificado. Ao passo que, de outra banda, a necessidade de se promover uma transição hermenêutica justa e politicamente adequada entre o velho e o novo regime jurídico, preservando, à medida do possível, as situações de direito já consolidadas no tempo.

O ministro relator Sepúlveda Pertence votou pela concessão parcial da segurança, no que foi acompanhado pelos Ministros Gilmar Ferreira Mendes, Ellen Gracie, Celso de Melo e Marco Aurélio Melo, este deferindo a segurança em sua plenitude. Em favor da denegação da ordem, votaram os ministros Joaquim

Barbosa, Eros Grau, Cezar Pelluzo e Carlos Brito. O julgamento ficou então sobrestado até o voto de desempate do Eminentíssimo Ministro Ricardo Lewandowski, do qual extraí o seguinte excerto:

*A conciliação da situação dos impetrantes com a nova ordem constitucional, há de fazer-se sob o prisma da irredutibilidade dos vencimentos, tradicional garantia dos magistrados – estendida pelo STF também aos proventos que repele a idéia de decurso remuneratório. Nessa linha, o Supremo tem decidido que o valor nominal da remuneração percebida pelo servidor, sob a égide de determinado plexo normativo, não pode sofrer diminuição, sob pena de vulnerar situação juridicamente estável, imune à alteração legislativa posterior.*

*Convém sublinhar, porém, que a jurisprudência desta Corte apenas assegura a percepção do montante global dos vencimentos ou proventos, e não a manutenção de percentuais que integram seu cálculo, porque não se pode admitir que uma situação jurídica derivada de regime remuneratório que não mais subsiste venha a perpetuar-se no tempo, em permanente contradição com o regramento normativo superveniente.*

*A partir dessas reflexões, e sempre no intuito de alcançar solução que melhor posa conciliar os princípios da boa-fé e da segurança jurídica com o limite remuneratório estabelecido na EC 41/2003, é que acompanho o Relator Ministro Sepúlveda Pertence, para conceder parcialmente a segurança, assegurando aos impetrantes o direito de continuar recebendo o acréscimo sobre seus proventos até que seu montante seja coberto pelo subsídio fixado em lei para os Ministros do Supremo Tribunal Federal.*

Como visto, a pretensão dos então impetrantes

harmonizou-se à preceituação constitucional atualmente em vigor – art. 37, XI – operando-se, pois, na esteira da irredutibilidade dos vencimentos. As vantagens pessoais legitimamente incorporadas aos estípedios deveriam ser excluídas do cômputo do teto remuneratório, não em virtude de constituírem um direito adquirido – tese afastada pelo entendimento pretoriano – mas à vista de serem constitucionalmente irredutíveis os vencimentos dos servidores públicos.

Contudo, ao que se depreende do mesmo julgamento, as hipóteses isoladas de remunerações superiores ao teto haveriam de serem aferidas e dimensionadas caso a caso, à luz dos princípios constitucionais norteadores da ação administrativa, entre eles o da proporcionalidade, o da razoabilidade, o da moralidade e o da segurança jurídica, todos inseridos numa escala de ponderação relativa e considerados, na esteira de sua amplitude, no desiderato de emprestar eficácia à Constituição sem que, por decorrência, os direitos individuais e subjetivos restassem atropelados como se não existissem ou como se ostentassem uma envergadura jurídica de menor significância.

A teor dos esclarecimentos em cotejo e voltando especificamente à aferição do caso ora em deslinde, há que se esclarecer, primeiramente, que a acumulação, pura e simples, entre as duas fontes de renda aqui consideradas é juridicamente possível, desde que seu somatório não ultrapasse o teto vencimental de maior base. Em tais linhas não visualizo qualquer óbice à superposição das parcelas remuneratórias em destreame, sob a condição de que o valor resultante da adição nominal entre as mesmas limite-se ao teto de remuneração estabelecido para os integrantes do Ministério Público Estadual, definido em 90,25% do subsídio atribuído aos ministros do Supremo Tribunal Federal.

A esse respeito, o princípio da inacumulabilidade de que trata o inciso XVI, do art. 37 da Constituição Federal refere-se apenas a impossibilidade de acumulação de cargos, empregos, funções e seus respectivos proventos de aposentadoria, não abrangendo qualquer proibição relacionada à acumulação de receitas provenientes dos cofres públicos,

desde que não sejam incompatíveis entre si e observem os limites definidos em lei.

Nesse contexto, uma vez legítima a acumulação, por parte da impetrante, das duas remunerações a que fez alusão em sua peça de preâmbulo, resta aferir acerca da possibilidade incidência do teto vencimental sobre o somatório das rendas em tablado e, caso afirmativo, qual o exato limite a servir de base à aplicação do limite constitucional de que cuida o art. 37, XI da Carta Política.

Como bem se observa do dispositivo constitucional *sub oculi*, a percepção cumulativa de espécies remuneratórias está sujeita à limitação vencimental cotejada, a despeito da origem dos estípedios em concurso, pouco importando, para tal efeito, se identificados com naturezas jurídicas distintas, ou se provenientes de fontes pagadoras diversas.

Sobre o tema, o Conselho Nacional do Ministério Público editou as resoluções 09, 10 e 15, todas de 2006, regulamentando o regime de aplicação corporativa do teto constitucional em relação aos integrantes da carreira ministerial.

A primeira delas definiu regras gerais e estabeleceu as arestas remuneratórias para os membros do Ministério Público, limitando os subsídios dos integrantes dos MP's Estadual e Federal, respectivamente, em 100% e em 90,25% dos subsídios dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

A resolução nº 10, a seu turno, regulamentou o teto ministerial em relação aos estados que não adotavam o regime de subsídios como forma de remuneração de seus membros.

Ao passo que a resolução nº 15, finalmente, alterou a resolução nº 09, mas apenas para excluir a sujeição dos integrantes do Ministério Público Estadual ao sub-teto mencionado, passando a aplicar-lhes os mesmos limites observados em relação aos membros do MPU e do MPF. O ato normativo em liça, contudo, teve sua eficácia suspensa por força de medida cautelar incidental à Ação Direta de Inconstitucionalidade intentada pelo Procurador Geral da República, de sorte que, para todos os efeitos, o teto atualmente em vigor para os Promotores e Procuradores de Justiça da esfera

estadual continua sendo o que definido no art. 2º da resolução corporativa nº 09/2006 do CNMP.

O mesmo instrumento em deslinde, tratou também da sujeição dos subsídios ministeriais ao teto, quando cumulativamente percebidos com outra espécie remuneratória. Contudo, referenciando em sua parte final o art. 7º do mesmo diploma, o próprio art. 5º definiu as hipóteses em que a incidência do limite vencimental restaria excepcionada:

Art. 5º - Está sujeita ao teto remuneratório a percepção cumulativa de subsídios, remuneração e proventos, de qualquer origem, nos termos do art. 37, XI da Constituição Federal, ressalvado o disposto no art. 7º desta resolução.

Art. 7º - Não podem exceder o valor do teto remuneratório, embora não sejam somadas entre si, nem com a remuneração do mês em que se der o pagamento:

...

IX – Pensão por morte

Com efeito, a mesma norma jurídica em análise excepcionou a contagem nominal do valor da pensão por morte - quando cumulativamente auferida com o subsídio ministerial - do cômputo do teto constitucional de remuneração, admitindo, em princípio, a possibilidade de um representante do Ministério Público receber, ao mesmo tempo, o subsídio pelo exercício do cargo e o benefício previdenciário da espécie em destreame, sem sujeitar-se a um teto único de remuneração, mas a tetos individuais, conforme a origem do benefício a que faria jus.

A única explicação que se me apresenta plausível no sentido de justificar a expressão normativa em comento, reside na origem e na natureza jurídica das espécies remuneratórias objeto de cuidadoso exame. Como representam figuras vencimentais distintas, oriundas de fontes de custeio diversas, talvez, às impressões do conselho normativo ministerial,

pudessem ser acumuladas sem que seu somatório nominal devesse qualquer obediência ao limite remuneratório do serviço público.

Entretanto, a meu juízo, a permissão em apreço não encontra assentamento na ordenação constituinte, em que pese todo o esforço a que me dispus no afã de conciliar a orientação corporativa em baila à nova dogmática jurídica instituída pela EC 41/03.

Não se trata, aqui, de negar vigência à dicção normativa afigurada, nem de abstrair seu valor jurídico de inexorável importância, à vista de emanar de entidade dotada da competência regulamentar a que se propôs. Contudo, fechar os olhos à ilustrada dicotomia em epígrafe, admitindo a incidência de tal comando às situações por ele pretensamente abrangidas, seria o mesmo que agredir o texto constitucional, transformando-o em mera figura de retórica, repleta de uma imperatividade volúvel e inócua, sujeita à insegurança à vulnerabilidade de uma ação hermenêutica potencialmente tendenciosa.

A Constituição se impõe a todas as normas do ordenamento, devendo ser interpretada de forma soberana e preeminente. Não há razão alguma, desse modo, para se intimidar diante de um dispositivo de índole hierarquicamente inferior, que se apresente em descompasso com a dinâmica de seus desideratos. O teto remuneratório e a preceituação que o institui no compartimento constitucional em que encontra moradia, devem prevalecer em relação às tentativas de abstraí-lo a qualquer custo, silenciando a voz do legislador constituinte.

Assim, em conclusão, tenho que a impetrante, Promotora de Justiça do MP-CE e pensionista do IPEC em decorrência do óbito de seu marido ex-servidor da Secretaria da Fazenda do Estado do Ceará, é, de fato, senhora do direito líquido e certo de perceber cumulativamente as duas remunerações respectivas, uma vez que a situação jurídica que ostenta não esbarra em nenhuma hipótese constitucional de proibição, desde que referida cumulação não ultrapasse o sub-teto respectivo instituído como fator de limitação vencimental para os integrantes do Ministério Público Estadual.

Poderia, nesse plano, ainda restar alguma discussão no sentido da possibilidade de eventuais vantagens incorporadas antes da EC 41/03 serem excluídas do cômputo do limite máximo de remuneração. Contudo, a sugestão em baila se apresenta ociosa diante da ausência de comprovação pré-constituída de que a autora fizesse jus a alguma verba subjetiva, entre as que ensejadoras do afastamento da incidência do redutor vencimental objurgado.

Nessas condições, à vista de tudo o quanto aqui exposto voto pela parcial concessão da segurança, para assegurar o direito de a impetrante acumular as duas fontes de remuneração cotejadas, mas até o limite do teto máximo de remuneração dos integrantes do Ministério Público Estadual, atualmente fixado em R\$ 22.111,25 (vinte e dois mil cento e onze reais e vinte e cinco centavos).

Fortaleza, 14 de abril de 2007.

\*\*\*

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

**2006.0018.2358-2**

**Mandado de Segurança com Pedido de Liminar**

**Impetrante: JOSÉ GONÇALVES MONTEIRO**

**Impetrado: Procurador Geral de Justiça do Estado do Ceará  
e Secretário de Administração do Estado do Ceará**

**Relator: Desembargadora Maria Sirene de Souza Sobreira**

**CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PRO-  
CESSUAL CIVIL. PROCURADOR DE JUSTIÇA.  
SUPRESSÃO DE VANTAGEM PESSOAL DEVIDA  
EM RAZÃO DE EXERCÍCIO CONTINUADO DE  
CARGO EM COMISSÃO NO PLANO DIRETIVO  
ESTADUAL. FIXAÇÃO DOS SUBSÍDIOS DOS  
MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO**

**ESTADO DO CEARÁ. ENQUADRAMENTO. ATO ADMINISTRATIVO ÚNICO DE EFEITOS CONCRETOS E IMEDIATOS. IMPETRAÇÃO POSTERIOR AO QUINQUÊNIO. PRESCRIÇÃO DO PRÓPRIO FUNDO DE DIREITO. EXTINÇÃO DO PROCESSO COM JULGAMENTO DE MÉRITO. ART. 269, IV, DO CPC.**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança nº 2006.0018.2358-2/0, **ACORDA** o Tribunal de Justiça do Estado do Ceará em sua composição plenária, por unanimidade, em extinguir o processo com julgamento de mérito, nos termos do voto condutor a seguir transcrito.

Cuidam os autos de Mandado de Segurança impetrado por JOSÉ GONÇALVES MONTEIRO que, na condição de membro do Ministério Público e beneficiário de vantagem pessoal incorporada pelo exercício nos termos da lei estadual nº 11.171/86 incorporada sofreu a supressão de referido acréscimo remuneratório por ordem, supostamente, das autoridades aqui impetradas.

Arguiu o impetrante que, na condição de Procurador de Justiça, incorporou definitivamente em sua remuneração o valor correspondente à vantagem de representação pelo exercício de função gratificada de direção chefia e assessoramento no quadro diretivo estadual, nos ditames da lei estadual nº11.171/86

Informou, no abono de sua postulação que percebeu referidas parcelas suplementares acrescidas em sua remuneração até novembro de 1999.

Contudo, a partir do mês seguinte, as autoridades impetradas, a pretexto de darem cumprimento às diretrizes contidas na lei estadual nº 12.950/99, que fixou os subsídios dos representantes do Ministério Público, ordenaram a exclusão da vantagem incorporada aludida, sob o argumento de que a mesma já estava absorvida pelo montante total do subsídio.

Ponderou, a esse respeito o impetrante, que o

Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Mandado de Segurança nº 24.875-1, admitiu a possibilidade excepcional de os servidores públicos, sob os auspícios da segurança jurídica e da irredutibilidade de vencimentos, perceberem suas vantagens pessoais acrescidas de seus estipêndios, além dos limites remuneratórios estabelecidos pela emenda constitucional 41/03.

Arrimado em tais argumentos, o impetrante manejou o requerimento administrativo nº 09876/2006-0, mas teve sua pretensão indeferida pelo Ilmo Sr. Procurador Geral de Justiça.

Assim, em virtude da denegação regimental de sua postulação, buscou socorro no Poder Judiciário, manejando a presente segurança, no sentido do cancelamento da suposta lesão a direito líquido e certo que sustenta ter experimentado. Nesse sentido, requereu medida liminar e, no mérito, pugnou pela concessão da ordem, no sentido do restabelecimento imediato da aludida vantagem pessoal de representação, suprimida de seus estipêndios quando da fixação do subsídio dos membros do Ministério Público.

À inicial, juntou os documentos de fls. 17/93.

Liminar indeferida às fls. 98/99.

Às fls. 105/112 prestou informações o Procurador Geral de Justiça, requerendo a denegação meritória da segurança. Em seguida, às fls. 117/139, veio aos autos o Secretário de Administração do Estado suscitando preliminar de prescrição do fundo de direito e no mérito, pugnando pelo indeferimento do pedido mandamental.

Em parecer de fls. 146/162, opinou o Ministério Público pela denegação da segurança.

É o relatório.

## VOTO

Sob o prisma da arguição prejudicial de mérito suscitada na peça informativa de que foi signatário o Secretário de Administração, é de se ter em conta, a par de uma leitura exauriente das ponderações mandamentais, que o alvo da postulação em deslinde foi a supressão, supostamente indevida, de vantagem pessoal dos rendimentos do impetrante devida em

razão de ter o mesmo exercido cargo de chefia no quadro diretivo estadual por período superior ao estabelecido na lei 11.187/86.

Nesse contexto, a despeito da postulação decorrencial no sentido da exclusão do referido acréscimo remuneratório da composição específica do cálculo do teto vencimental respectivo, fato é que a ordenação administrativa impugnada se deu, não em virtude da aplicação do limite estipencial instituído pela emenda 19/98, mas por força da fixação dos subsídios dos membros do Ministério Público do Estado do Ceará.

Com efeito, esclareça-se que a supressão de vantagem remuneratória dos rendimentos de servidor público – seja por motivo de enquadramento ou reenquadramento, seja em decorrência da modificação da fórmula de cálculo de seus estípedios – constitui ato administrativo único, dotado de efeitos concretos e imediatos, não se tratando, pois, de perpetração que se renova mês a mês.

Por assim dizer, em se tratando de situações como a que tais, a prescrição que se aplica é a que se instala no próprio fundo de direito, e não a que atinge apenas as parcelas anteriores ao quinquênio. Nesse sentido:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. MILITAR. DECRETO-LEI 2.201/84. SUPRESSÃO DE VANTAGEM PREVISTA NO DECRETO-LEI 1.901/81. ATO JURÍDICO DE EFEITO CONCRETO. PRESCRIÇÃO DO FUNDO DE DIREITO. ART. 1º DO DECRETO 20.910/32. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO. 1. “As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem como todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem” (art. 1º do Decreto 20.910/32). 2. É pacífica a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça do sentido de que lei que suprime

vantagem ou gratificação possui efeitos concretos, sendo a suspensão do pagamento da rubrica nos meses subseqüentes mero reflexo do ato originário, situação que não caracteriza relação de trato sucessivo. Hipótese em que o art. 1º do Decreto-Lei 2.201/84 expressamente suprimiu a vantagem prevista no art. 12, parágrafo único, do Decreto-Lei 1.901/81. 3. In casu, a ação foi ajuizada passados mais de 5 (cinco) anos da publicação do Decreto-Lei 2.201/84, restando caracterizada a ocorrência da prescrição do fundo de direito. 4. Recurso especial conhecido e provido (Resp 389261/RS – Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima. DJ 06/06/2006).

CIVIL E ADMINISTRATIVO. GRATIFICAÇÃO FAZENDÁRIA. ESTADO DO PARANA. PRESCRIÇÃO DO PRÓPRIO FUNDO DE DIREITO. FALTANDO ATO CONCRETO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NEGANDO O DIREITO À GRATIFICAÇÃO JÁ PERCEBIDA POR FUNCIONÁRIO, A PRESCRIÇÃO ATINGE APENAS AS PARCELAS NÃO REIVINDICADAS NO QUINQUÊNIO ANTERIOR. NO ENTANTO, SE A LEI OU SE A DISPOSIÇÃO ADMINISTRATIVA, INDEPENDENTEMENTE DE MANIFESTAÇÃO DO ADMINISTRADOR, CAUSAR EFEITOS CONCRETOS, É A PARTIR DE SUA VIGÊNCIA QUE COMEÇA A CORRER O PRAZO PRESCRICIONAL. RECURSO IMPROVIDO (Resp 10738 / PR – Rel. Min. César Asfor Rocha. DJ 07/11/1994)

Sendo assim, à vista de que a supressão objurgada se deu aos 02 de dezembro de 1999, o impetrante teria até 02 de dezembro de 2004 para ajuizar qualquer medida judicial no sentido de impugnar a perpetração administrativa de que ora se cuida. No entanto, como deixou para fazê-lo apenas em 09 de agosto de 2006, consumou-se, em seu desfavor, o lapso

prescricional do próprio fundo de direito.

Nessas condições, acolho a prejudicial de mérito em questão e voto pela extinção do processo com resolução de mérito, nos ditames do art. 269, IV, do Código de Processo Civil. É como voto.

Fortaleza, 31 de janeiro de 2008.

\*\*\*

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

**Mandado de Segurança nº 2005.0013.2165-1 de Fortaleza  
Impetrante: José Rogério Menezes da Costa.  
Impetrado: Secretário de Administração do Estado do Ceará,  
Secretário de Segurança Pública do Estado do Ceará e  
Reitor da Universidade Estadual do Ceará.  
Relator: Des. Rômulo Moreira de Deus**

**ACÓRDÃO**

**Mandado de Segurança. Concurso público. A fixação pelo edital de limite de vagas para a participação em curso de formação de candidatos aprovados em concurso público é ato discricionário da Administração Pública que não fere direito individual. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e deste Tribunal de Justiça. Segurança denegada.**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança preventivo em que é Impetrante José Rogério Menezes da Costa e Impetrados o Secretário de Administração do Estado do Ceará, Secretário de Segurança Pública do Estado do Ceará e Reitor da Universidade Estadual do Ceará.

Acordam os Desembargadores integrantes do Tribunal Pleno, por decisão unânime, em denegar a segurança.

Adota-se como parte integrante deste acórdão o relatório de f. 126-128.

Quanto a preliminar suscitada pelos Impetrados de litisconsórcio passivo necessário dos candidatos em posição superior ao do Impetrado, a mesma não merece prosperar pela absoluta falta de nexos causal entre o desfecho da presente lide e a situação dos demais candidatos.

O Superior Tribunal de Justiça já tem jurisprudência pacífica neste sentido, vejamos:

**“Processo Civil. Agravo Regimental. Ausência de citação dos demais concursandos na qualidade de litisconsortes passivos. Desnecessidade. Violação do artigo 1º da lei 1.533/51. Deficiência de fundamentação. Incidência da súmula 284 do STF. Agravo regimental improvido. 1. Segundo o entendimento pacífico das Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte não há necessidade de citação dos demais concursandos na qualidade de litisconsortes passivos. 2. Se o recorrente não aponta os fundamentos pelos quais entende que o acórdão violou o dispositivo legal, incorre no óbice previsto no verbete nº 284 da súmula do STF. 3. Agravo Regimental improvido.”** (STJ 6ª Turma AgRg no Ag 620864-AL. Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa. DJU de 19.09.2005 p. 394)

Por tais motivos, rejeita-se a preliminar.

No mérito, Ação Mandamental pretende fulminar previsão editalícia do concurso público para Agente de Polícia Civil que fixa o limite de 450 candidatos para a participação na quinta e última fase do certame.

Entretanto, os argumentos trazidos pelo Impetrante

não são capazes de sustentar a pretensão. A regra editalícia não fere o princípio da isonomia, tanto que alcança a todos que disputam o certame. Visa, certamente, selecionar aqueles mais preparados para exercer a função pública, como é o objetivo de todo concurso.

Na espécie, entende-se plenamente razoável que se faça tal exigência, até como medida de economia dos recursos públicos já que o curso de formação tem elevados custos para o Estado. Torna-se, portanto, antieconômico remeter um número excessivo de candidatos para tal fase do concurso.

Ademais, o Pretório Excelso já tem posição firmada no sentido de admitir tal regra nos editais de concursos.

**“Recurso Ordinário em Mandado de Segurança. Concurso público. Aprovação na primeira etapa e não aproveitamento na segunda. Direito adquirido: inexistência. 1. Candidatos aprovados na primeira etapa de concurso público. Classificação além do número de vagas existentes para o segundo estágio. Hipótese não amparada pelas normas do edital. 2. Mera previsão de vagas para futuros concursos não constitui fato concreto gerador de direito líquido e certo. 3. A prorrogação do concurso é ato discricionário da administração, a teor do inciso III do artigo 37 da Carta de 1988. Recurso não provido.”** (STF - 2ª Turma. RMS 23788-DF. Rel. Min. Maurício Correia. DJU de 16.11.2001 p. 23)

Este Eg. Tribunal Pleno também já decidiu sobre mesma matéria, acolhendo bem lançado voto do Relator, eminente Des. Francisco Haroldo Rodrigues de Albuquerque, com a seguinte ementa:

**“Mandado de Segurança. Concurso Público. Direito subjetivo de candidatos sub-**

---

**classificados a freqüentar curso de formação. Inexistência. Denegação da Segurança.”** (TJ-CE Pleno. MS 2005.0012.4151-8/0. Julgado em 02.02.2006)

A pretensão autoral, além de não guardar consonância com o edital do certame, também não encontra guarida no ordenamento jurídico a justificar sua reforma.

Isto posto, denega-se a segurança.

Fortaleza, 23 de março de 2006.



# *AÇÃO RESCISÓRIA*



---

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

**Ação Rescisória de Fortaleza nº 2002. 0004. 7736- 0**

**Autores: Coriolano José Bezerra e s/m**

**Réu: Paulo César Barbosa da Silva.**

**Relator: Desembargador José Arísio Lopes da Costa.**

**EMENTA.**

**PROCESSUAL CIVIL. USUCAPIÃO. CITAÇÃO. AUSÊNCIA. AÇÃO RESCISÓRIA. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA. CARACTERIZAÇÃO.**

**Na ausência de citação dos proprietários, na ação de usucapião, é de se notar que inexistente sentença com trânsito em julgado com relação a estes, já que sequer participaram do processo. Como já proclamou o Colendo Supremo Tribunal Federal, é ineficaz a sentença proferida em ação de usucapião na qual não foi citado aquele em cujo nome está transcrito o imóvel, sendo desnecessária a propositura de ação rescisória (STF-RT 573/286).**

**Carência de ação. Processo extinto.**

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Ação Rescisória nº 2002.0004.7736-0, envolvendo as partes acima referenciadas.

ACORDAM os Excelentíssimos Senhores Desembargadores integrantes das egs. Câmaras Cíveis Reunidas do Tribunal de Justiça do Ceará, por unanimidade de votos, em julgar os autores carecedores de ação, extinguindo o processo sem resolução de mérito, nos termos do art. 267, VI, do CPC, tudo de acordo com o voto do Relator, parte integrante deste Acórdão.

## RELATÓRIO

Coriolano José Bezerra e sua mulher, - Valmira Carvalho Bezerra, ajuizaram ação rescisória, com pedido de antecipação de tutela, em face de Paulo César Barbosa da Silva, visando a desconstituição de sentença do Juízo da 4ª Vara Cível da Capital, que julgou procedente ação de usucapião aforada pelo réu, sobre um terreno situado na rua Estado do Rio, nesta capital, com as características e confrontações descritas na exordial.

Segundo a síntese das razões autorais, o promovido ajuizou ação de usucapião ocultando ao Juízo que os promoventes eram os legítimos proprietários do imóvel, o que resultou na ausência de citação dos autores, sendo certo que a sentença rescindenda resultou de dolo da parte vencedora, violando literal disposição de lei (art. 942 do CPC), por não ter ordenado a citação dos réus, além de se fundar em erro de fato.

Contestação às fls. 112/114, aduzindo preliminar de litispendência, por terem os promoventes ajuizado anterior ação declaratória de nulidade, ainda **sub judice**. No mérito, alega o contestante que o processo de usucapião tramitou regularmente com a citação dos réus naquela ação efetivada por edital.

Réplica à peça contestatória às fls. 120/121.

Às fls. 123, indeferi o pedido de antecipação da tutela e determinei a especificação das provas pelas partes, que, entretanto, permaneceram inertes (fls. 125).

A d. Procuradoria Geral de Justiça, na manifestação de fls. 130/132, opinou pelo afastamento da preliminar e rescisão da sentença impugnada.

É o relatório.

## VOTO

Antes mesmo de apreciar a preliminar de litispendência suscitada pelo réu, convém, por imposição da técnica processual, o exame, **ex officio**, de prejudicial de

**impossibilidade jurídica do pedido**, que passo a analisar.

Com efeito, a principal alegação para a rescindibilidade no presente caso, aponta para a falta de citação dos réus, ora promoventes, na ação de usucapião, exigência do art. 942, do CPC, que torna imprescindível o ato citatório daquele em cujo nome estiver registrado o imóvel usucapiendo.

Sendo assim, na ausência de citação dos proprietários, é de se notar que inexistente sentença com trânsito em julgado com relação a estes, já que sequer participaram do processo.

Pontifica Moacyr Amaral Santos, *in* 'Primeiras Linhas de Direito Processual Civil', 3º volume, 15 ed., 1995, p 76, **verbis**:

“Reproduzindo, com outras palavras, preceito das Ordenações (ver nº 754) e acompanhando a doutrina, particularmente a teoria de LIEBMAN, o Código de Processo Civil, no art. 472, estabelece que a coisa julgada não atinge terceiros, quer beneficiando-os, quer prejudicando-os: ‘A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros’.

A coisa julgada opera, portanto, em relação às partes entre as quais é dada a sentença, e somente em relação a elas” - (grifos nossos).

Como já proclamou o Colendo Supremo Tribunal Federal, é ineficaz a sentença proferida em ação de usucapião na qual não foi citado aquele em cujo nome está transcrito o imóvel, sendo desnecessária a propositura de ação rescisória (STF-RT 573/286).

Isso porque, como afirma Pontes de Miranda, *in* ‘Tratado das Ações’, atualizado por Vilson Rodrigues Alves, Campinas: Bookseller, 1999, Tomo IV, p. 499: “Rescinde-se o que vale, rescindem-se as relações que o direito considera serem e valerem - não as que não são ou não valem”.

Efetivamente tem entendido o eg. Superior Tribunal de Justiça que diante da inexistência de coisa julgada com

relação aos réus na hipótese, somente é cabível contra a sentença a ação anulatória ou a declaratória de nulidade, nos termos do art. 486 do CPC, o que determina a impossibilidade jurídica da ação rescisória.

Veja-se agora a jurisprudência do STJ sobre o tema:

“Ementa

PROCESSUAL CIVIL. USUCAPIÃO. CITAÇÃO. CONFRONTANTE. AUTOR. RESCISÓRIA. DESCABIMENTO.

1 - Se o móvel da ação rescisória é a falta de citação de confrontante (ora autor), em ação de usucapião, a hipótese é de ação anulatória (querella nulitatis) e não de pedido rescisório, porquanto falta a este último pressuposto lógico, vale dizer, sentença com trânsito em julgado em relação a ele. Precedentes deste STJ.  
2 - Recurso conhecido em parte e, nesta extensão, provido para decretar a extinção do processo rescisório sem julgamento de mérito (art. 267, VI do CPC)”. (RESP 62853/GO, STJ, T4, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ de 01/08/2005).

“Ementa

PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. RECURSO ORDINÁRIO. ACÓRDÃO DO STJ QUE CONCEDEU O WRIT. NULIDADE DO PROCESSO POR ALEGADA FALTA DE CITAÇÃO. AÇÃO RESCISÓRIA. TEMPESTIVIDADE. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. SENTENÇA DE MÉRITO INEXISTENTE.

I. Tempestividade da ação, considerada a existência de litisconsórcio a duplicar o prazo recursal, nos termos do art. 191 do CPC.

II. Descabimento da rescisória calcada em nulidade do mandado de segurança por vício na citação, à míngua de sentença de mérito a habilitar esta via em substituição à própria, qual seja, a de querella

nulitatis.

III. Ação extinta, nos termos do art. 267, VI, do CPC".  
(AR 771/PA, STJ, S2, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJ de 26/02/2007 - grifos nossos).

O caso **sub judice** tem uma peculiaridade a mais, pois com a extinção da presente rescisória nenhum prejuízo sofrerão os autores, já que tramita perante a eg. 4ª Câmara Cível deste Tribunal, sob a relatoria do em. Desembargador Lincoln Tavares Dantas, a Apelação Cível nº 2001.0001.2115-0/0, que trata justamente de uma ação de nulidade da sentença ajuizada anteriormente pelos ora promoventes.

Diante do exposto, incabível ação rescisória na hipótese, de par com pré-existente ação anulatória em trâmite, relevante o aspecto da *impossibilidade jurídica do pedido*, julgo os autores carecedores de ação, extinguindo o processo sem resolução de mérito, de acordo com o art. 267, VI, do CPC.

Partes beneficiárias da gratuidade de justiça, afastada, destarte, condenação por sucumbência.

É como voto.

Fortaleza, 28 de abril de 2008.

\*\*\*

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

**Ação Rescisória n.º 2004.0004.6831-6/0, de Fortaleza.**

**Autor: Imobiliária José Gentil S/A.**

**Réu: Araújo Industrial de Confecções Ltda.**

**Relatora: Des. Maria Iracema do Vale Holanda.**

**EMENTA: AÇÃO RESCISÓRIA. DIREITO  
PROCESSUAL CIVIL. – INEXISTÊNCIA DE DOLO  
PROCESSUAL, VIOLAÇÃO LITERAL DE  
DISPOSITIVO DE LEI OU SUPOSTO ERRO DE**

**FATO. - NÃO VERIFICAÇÃO. - PEDIDO RESCISÓRIO JULGADO IMPROCEDENTE.**

- No caso, rescisória em ação originária de usucapião, julgada procedente em acórdão unânime de apelação neste E. Tribunal.

- I - Suposto dolo processual da parte vencedora (CPC, 485, III). – Improcedência: Rescisória não se confunde com recurso, nem se presta a analisar a correção ou não da análise de depoimentos testemunhais. A este respeito, o Autor já teve a oportunidade de manifestar-se anteriormente sobre estes depoimentos. Foi por ocasião do julgamento da apelação, tão detalhadamente analisado pelo seu Relator, douto Des. JOSÉ ARÍSIO LOPES DA COSTA. **O dolo processual a que se refere o requerente deve ser cabalmente demonstrado, e não meramente afirmado, como quer fazer crer em sua tese.**

- II – Suposta violação literal de lei (CPC, 485, V).

- Improcedência: Se a decisão tão somente interpretou, nos parâmetros da razoabilidade, o dispositivo legal, não há afronta a ser considerada na hipótese. **Para que a ação rescisória fundada no art. 485, V, do CPC prospere, é necessário que a interpretação externada na decisão rescindenda seja tal que viole o dispositivo legal em sua literalidade. Elegendo o acórdão rescindendo uma dentre as possíveis interpretações ao texto da lei, a ação rescisória não merece vingar, sob pena de tornar-se recurso ordinário com prazo de interposição de dois anos.**

- Prestigia-se, assim, a estabilidade jurídica, garantindo-se a imutabilidade da coisa julgada, não sendo de se admitir a violação literal das normas que embasaram a decisão, cuja rescisão se pretende.

- **A ofensa à lei, para dar ensejo à ação rescisória, nos moldes do art. 485, inciso V, do CPC há de ser frontal. A violação que dá ensejo ao acórdão rescindendo tem que estar ligada à literalidade do preceito. Nesse sentido, há precedente idêntico do STJ:**

- **Para ser julgado procedente, o pedido rescindendo deduzido em ação rescisória fulcrada no inc. V do art. 485 do CPC depende, necessariamente, da existência de violação, pelo v. acórdão rescindendo, a literal disposição de lei.**

- **A afronta deve ser direta - contra a literalidade da norma jurídica - e não deduzível a partir de interpretações possíveis, restritivas ou extensivas, ou mesmo integração analógica.**

- **Esse é o entendimento pacífico na jurisprudência deste Tribunal, arrimada no Enunciado n. 343 da Súmula do C. STF – Embargos infringentes a que se rejeitam.**

**(EAR 720/PR, Ministra NANCY ANDRIGHI, DJ 17.02.2003 p. 214)**

- **III – Suposto Erro de Fato (CPC, 485, IX). – Inexistência:** - Afirmou o autor, de forma meramente genérica, a ocorrência de vício de julgado advindo de erro de fato. A rescindibilidade advinda do erro de fato decorre da má percepção da situação fática resultante de atos ou documentos da causa dos quais o magistrado não se valeu para o julgamento, a despeito de existentes nos autos. Na hipótese, contudo, o douto Relator analisou as provas acostadas, inexistindo o alegado vício.

- Neste exato sentido, ensina o Ministro e Professor de Processo Civil, Dr. LUIZ FUX, **quanto a necessidade de comprovação cabal do erro de fato:**

**AÇÃO RESCISÓRIA. ERRO DE FATO. ARTIGO**

**485, IX, DO CPC. ÔNUS DA PROVA. ARTIGO 333, DO CPC. AUSÊNCIA DE PROVA DO ERRO DE FATO. EXTINÇÃO DO PROCESSO.**

**1. A rescindibilidade advinda do erro de fato decorre da má percepção da situação fática resultante de atos ou documentos da causa dos quais o magistrado não se valeu para o julgamento, a despeito de existentes nos autos.**

**(...)**

**7. Desta sorte, uma vez não comprovado o alegado erro de fato, a pretensão do autor traduz intuito de transformar a ação rescisória em recurso de prazo longo com sacrifício da segurança jurídica e da efetividade das decisões jurisdicionais, além de introduzir o Eg. STJ na análise de questões interditas à sua cognição. (REsp 839.499/MT, Ministro LUIZ FUX, DJ 20.09.2007 p. 234)**

**- Ação rescisória julgada improcedente.**

**- Unânime.**

**ACÓRDÃO:**

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos da Ação Rescisória n.º 2004.0004.6831-6/0, em que figuram as partes acima indicadas. Acordam as Câmaras Cíveis Reunidas do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conhecer e julgar improcedente a presente ação, nos termos do voto da Relatora.

**RELATÓRIO:**

Cuidam os autos de Ação Rescisória, interposta com fulcro nos artigos 485, III (suposto dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida), V (violação a literal disposição de lei) e IX (suposto erro de fato), todos do CPC, e promovida pela Imobiliária José Gentil S/A. contra Araújo Industrial de Confecções

Ltda.. Seu objetivo, rescindir acórdão proferido pela 1ª. Câmara Cível deste Eg. Tribunal, em julgamento realizado em 24 de novembro de 2003 (cf. certidão à fl. 262), tendo sido Relator o douto Des. JOSÉ ARÍSIO LOPES DA COSTA.

**O caso/ a ação originária:** a Empresa Araújo Industrial de Confecções Ltda., ora ré nesta rescisória, ingressou com ação de usucapião contra a Imobiliária José Gentil S/A (cópia da inicial às fls. 47/50). **O objetivo na ação originária:** a declaração judicial de domínio, conseqüente transcrição do título de propriedade, de terreno situado em Fortaleza, Bairro Henrique Jorge, localizado no “Sítio Pici”, Distrito de Parangaba, medindo 88,00 metros de frente e 110 metros de fundo, contendo uma pequena casa (s/n.) e dois poços, conforme a descrição detalhada das confrontações do imóvel à fl. 48 (cópia da inicial).

**A sentença na ação originária:** às fls. 198/202 consta sentença da 24ª. Vara Cível, prolatada pelo então Juiz de Direito JOSÉ ELIÉZER PINTO. Decidiu o douto Juiz pela **improcedência** da ação de usucapião.

**O acórdão rescindendo às fls. 263/269:** no Acórdão da 1ª. Câmara Cível em que foi Relator o Des. JOSÉ ARÍSIO LOPES DA COSTA, foi decidido, **à unanimidade**, pelo **provimento da apelação**, conseqüente **procedência da ação de usucapião**. Entendeu o então Relator em seu voto, no que interessa, que a parte autora comprovou tanto a posse como a de seus antecessores que, somadas, totalizariam mais de 20 anos, caracterizando assim o usucapião. Transcrevo, no que interessa, trecho do voto do então Relator:

“(...) no caso sob exame, convenço-me por que suficientemente comprovado o fato concreto da posse da autora sobre o imóvel litigioso, somada à de seus antecessores, com ânimo de dono, por mais de 20 (vinte) anos, a caráter manso e pacífico, sem interrupção nem oposição. Requisitos essenciais, vimos, a gerar condições favoráveis à pretendida aquisição de domínio *ad usucapionem*” (fl. 268 – 4º parágrafo).

**Os fundamentos da rescisória:** no entender do Autor o acórdão deve ser rescindido com base nas seguintes hipóteses legais a autorizar a rescisória: art. 485, III (acórdão que resultou de dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida, a fim de fraudar a lei); 485, V (violação literal a dispositivo de lei); 485, IX (acórdão fundado em erro de fato, resultante de documentos colocados no processo e não analisados corretamente).

**Contestação** às fls. 297/309: Requereu a Empresa ré a improcedência da presente rescisória.

Réplica à contestação às fls. 323/329.

**Razões Finais do Autor** às fls. 337/366, ratificando a inicial, e pugnando pela procedência desta rescisória.

**Razões Finais do Réu** às fls. 371/378: Foi requerido a improcedência desta rescisória, com a manutenção do acórdão rescindendo proferido pela 1ª. Câmara Cível deste TJCE, sob a Relatoria do Ilustre Des. JOSÉ ARÍSIO LOPES DA COSTA.

**O parecer do Ministério Público:** a douta PGJ, às fls. 381/388, opinou pela improcedência da ação, “mantendo-se incólume a decisão exarada pela Egrégia 1ª. Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará” (fls. 387/388).

É o relatório.

### **VOTO:**

Assiste razão ao douto parecer da PGJ. A rescisória deve ser julgada improcedente, conseqüente confirmação e manutenção do acórdão de Relatoria do douto Des. JOSÉ ARÍSIO LOPES DA COSTA, em todos os seus termos.

Nos termos da inicial, fundamentou o autor da rescisória a necessidade de rescisão do acórdão com base nos seguintes incisos do art. 485 do CPC: inciso III (suposto dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida), V (violação a literal disposição de lei) e IX (suposto erro de fato).

Sem razão o autor em quaisquer de seus fundamentos colocados. Por partes e em tópicos, os fundamentos deste voto.

## 1. Suposto dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida (CPC, art. 485, III). Inexistência.

Sustentou o Autor ocorrer a existência de dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida, na hipótese prevista no art. 485, III, do CPC, onde teria ocorrido má-fé por parte do recorrido, ora requerente da ação originária de usucapião. Aduziu que “no decorrer de toda a tramitação do processo o autor da ação de usucapião agiu dolosamente, prestando informações e afirmações falsas” (fl. 14).

Segundo o autor da rescisória, “não ficou comprovado nos autos o *animus domini* do autor da ação de usucapião e nem muito menos de seus antecessores” (fl. 20). E, por tal motivo, estaria caracterizado o dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida, o que ensejaria a rescisão do acórdão.

A amparar sua tese, transcreveu o autor inúmeros depoimentos de testemunhas que foram ouvidas por ocasião da produção de provas no processo originário de usucapião.

Ora, **rescisória não se confunde com recurso, nem se presta a analisar a correção ou não da análise de depoimentos testemunhais.** A este respeito, o Autor já teve a oportunidade de manifestar-se anteriormente sobre estes depoimentos. Foi por ocasião do julgamento da apelação, tão detalhadamente analisado pelo seu Relator, douto Des. JOSÉ ARÍSIO LOPES DA COSTA.

Assim, não assiste qualquer razão ao Autor da ação. O dolo processual a que se refere o requerente **deve ser cabalmente demonstrado, e não meramente afirmado**, como quer fazer crer em sua tese. Como ensina NELSON NERY JR., “o dolo rescisório consiste na prática, pela parte vencedora, além das condutas vedadas pelo CPC 17, de ardis, maquinações e atividades enganosas em geral, capazes de subtrair da parte contrária o direito de produzir atos e provas no processo, reduzindo-lhe a capacidade de defesa e afastando o juiz de uma decisão de acordo com a verdade” (*in CPC comentado*, p. 934,

5ª. Ed., Ed. RT, 2001).

O culto Des. JOSÉ ARÍSIO LOPES DA COSTA, em seu douto voto, analisou sim as provas apresentadas aos autos, inclusive acostando, em suas razões, trechos de depoimentos de testemunhas arroladas. É só conferir, fl. 267, quando o ilustre Julgador faz referência a três depoimentos de testemunhas. Extraio trecho do seu voto, no que interessa:

“Mais a mais, a prova testemunhal colhida, (...) reforça o entendimento acerca da justeza e certeza da posse da autora sobre o imóvel usucapiendo”.

A corroborar com o entendimento do eminente Des. ARÍSIO, da mesma forma opinou a Procuradoria de Justiça. Transcrevo partes do parecer, que ora adoto como razões de decidir:

“Na vertente hipótese, quando do julgamento do recurso apelatório pela 1ª. Câmara Cível, fora mencionado pelo Desembargador relator, segundo me é dado observar, que a sentença editada em primeiro grau não considerou os fatos contidos nos autos, como por exemplo, a compra realizada ainda no ano de 1958 do imóvel em questão, pelo Sr. José Alvarez da Nóbrega, genitor dos irmãos Cleiton e Gerson Menezes da Nóbrega, os quais, por sua vez, transferiram a posse do imóvel à empresa Araújo Industrial de Confecções Ltda, a partir de que passou a empresa a construir galpões com vistas à instalação de seus negócios.

Assim afirmaram as testemunhas de nomes Alberto Cipriano do Nascimento, Francisco Mário de Freitas e Carlos Alberto Freire Brasil, acrescentando referidos testigos que a empresa erigiu muro circundando os quatro lados da gleba, nela se instalando e permanecendo sem qualquer oposição.

## 2. Inexistência de violação literal de lei.

Afirmou o requerente que teria ocorrido, por ocasião do julgamento do acórdão rescindendo, violação literal de lei, sob a alegação de que teriam sido desrespeitados os preceitos legais referentes à propriedade, previstos na Constituição e no Código Civil.

Em outras palavras, alegou o Autor uma violação genérica de preceitos legais, e não uma violação frontal.

Ora, estabelece o art. 485, V, do CPC, que a rescisória é de ser admitida quando ocorre violação **literal de lei**. Por isso, a rescisória, em casos que tais, só pode obter êxito se a decisão rescindenda ofender a norma jurídica em sua literalidade, o que ocorre quando é dado ao preceito legal interpretação que foge inteiramente da regra nele inserta. Nesse sentido, é o que já estabeleceu a jurisprudência dominante do STJ:

- Para ser julgado procedente, o pedido rescindendo deduzido em ação rescisória fulcrada no inc. V do art. 485 do CPC depende, necessariamente, da existência de violação, pelo v. acórdão rescindendo, a literal disposição de lei.

- A afronta deve ser direta - contra a literalidade da norma jurídica - e não deduzível a partir de interpretações possíveis, restritivas ou extensivas, ou mesmo integração analógica.

- Esse é o entendimento pacífico na jurisprudência deste Tribunal, arrimada no Enunciado n. 343 da Súmula do C. STF – Embargos infringentes a que se rejeitam.

(EAR 720/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, DJ 17.02.2003 p. 214)

Como se percebe, a afronta deve ser direta - contra a literalidade da norma jurídica - e não deduzível a partir de interpretações possíveis, restritivas ou extensivas, ou mesmo

integração analógica. Esse é o entendimento pacífico na jurisprudência do STF e do STJ Tribunal, arrimada no enunciado n. 343 da Súmula do C. STF, *in verbis*:

“Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais.”

Cite-se, na jurisprudência do STJ, o acórdão proferido no julgamento da Ação Rescisória nº. 259/DF (Rel. Min. César Asfor Rocha, Primeira Seção, unânime, DJ 07/03/94), assim ementado:

A ação rescisória proposta com base no art. 485, V, do CPC, não pode ser acolhida se no ‘decisum’ rescindendo não se detectar contrariedade flagrante, evidente, à literalidade da lei, sob pena de transformá-la em um recurso ordinário e com alargado prazo de propositura.”

E, a resumir toda a questão, transcrevo precedente veiculada na Revista do STJ, volume 93, pág. 416: “Para que a ação rescisória fundada no art. 485, V, do CPC prospere, é necessário que a interpretação dada pelo ‘decisum’ rescindendo seja de tal forma aberrante que viole o dispositivo legal em sua literalidade. Se, ao contrário, o acórdão rescindendo elege uma dentre as interpretações cabíveis, ainda que não seja a melhor, a ação rescisória não merece vingar, sob pena de tornar-se recurso ordinário com prazo de interposição de dois anos”.

Assim, nesta parte, também deve ser rejeitada a rescisória sob o fundamento de violação literal de lei.

### **3. Inexistência de erro de fato.**

Finalmente, alega o Autor da ação a existência de erro de fato, a ensejar a violação ao art. 485, IX, do CPC. Mais

uma vez, a afirmação do Requerente foi genérica, como se pode ler em sua inicial, fl. 27, 2º parágrafo: “Efetivamente, o Exmo. Desembargador ao relatar o seu acórdão que ora se pretende rescindir, o fez equivocadamente, sem realizar um exame mais aprofundado da questão”.

Sem razão. A rescindibilidade advinda do erro de fato decorre da má percepção da situação fática resultante de atos ou documentos da causa dos quais o magistrado não se valeu para o julgamento, a despeito de existentes nos autos. Na hipótese, contudo, o douto Relator analisou as provas acostadas, inexistindo o alegado vício.

Neste exato sentido, ensina o Ministro e Professor de Processo Civil, Dr. LUIZ FUX, **quanto a necessidade de comprovação cabal do erro de fato:**

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO RESCISÓRIA. ERRO DE FATO. ARTIGO 485, IX, DO CPC. ÔNUS DA PROVA. ARTIGO 333, DO CPC. AUSÊNCIA DE PROVA DO ERRO DE FATO. EXTINÇÃO DO PROCESSO.

1. A rescindibilidade advinda do erro de fato decorre da má percepção da situação fática resultante de atos ou documentos da causa dos quais o magistrado não se valeu para o julgamento, a despeito de existentes nos autos.

2. Assim, há erro de fato quando o juiz, desconhecendo a novação acostado aos autos, condena o réu no quantum originário. “O erro de fato supõe fato suscitado e não resolvido”, porque o fato “não alegado” fica superado pela eficácia preclusiva do julgado - *tantum iudicatum quantum disputatum debeat* (artigo 474, do CPC). Em consequência, “o erro que justifica a rescisória é aquele decorrente da desatenção do julgador quanto à prova, não o decorrente do acerto ou desacerto do julgado em decorrência da apreciação dela” porquanto a má valoração da prova encerra injustiça, irreparável pela

via rescisória.

(...)

7. Desta sorte, uma vez não comprovado o alegado erro de fato, a pretensão do autor traduz intuito de transformar a ação rescisória em recurso de prazo longo com sacrifício da segurança jurídica e da efetividade das decisões jurisdicionais, além de introduzir o Eg. STJ na análise de questões interditas à sua cognição.

(REsp 839.499/MT, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 28.08.2007, DJ 20.09.2007 p. 234)

### **Conclusões:**

Por todos os tópicos e detalhado relatório ao longo deste julgado constata-se o acerto do julgamento do douto Des. JOSÉ ARÍSIO LOPES DA COSTA. A improcedência da rescisória é medida que se impõe.

### **Dispositivo.**

Por tais razões, conheço da presente rescisória, mas voto pela sua **IMPROCEDÊNCIA**, pelos motivos já expostos.  
É como voto.

Fortaleza, 27 de novembro de 2007.

*AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE*



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

**Nº PROCESSO: 2007.0024.6102-0/0**

**TIPO DO PROCESSO: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI ESTADUAL EM FACE DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO CEARÁ**

**ORIGEM: FORTALEZA**

**REQUERENTE – MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL**

**REQUERIDO – GOVERNADOR DO ESTADO DO CEARÁ**

**RELATOR – EXMO. SR. DES. FRANCISCO LINCOLN ARAÚJO E SILVA**

**RELATOR-DESIGNADO – DES. RAUL ARAÚJO FILHO**

**EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI ESTADUAL EM FACE DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. PEDIDO DE LIMINAR. ESTATUTO DOS MILITARES DO ESTADO DO CEARÁ. CONTROLE JUDICIAL CONCENTRADO (CF, ART. 125, § 2º, c/c CE, ARTS. 108, VII, F, 127 E 128). DIFERENCIAÇÃO DE LIMITES DE IDADE ENTRE CIVIS E MILITARES PARA INGRESSO NOS QUADROS DA POLÍCIA MILITAR. ART. 10, INC. II, ALÍNEAS “A”, “B” E “C” DA LEI ESTADUAL Nº. 13.729/06. INOBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA (CF, ART. 5º, *CAPUT*) COM ALEGADA VIOLAÇÃO AOS ARTS. 154 E 155 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO CEARÁ. INOCORRÊNCIA. LEI ESTADUAL QUE SE AMPARA EM EXPRESSAS DISPOSIÇÕES DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DISPENSA DE OBRIGATÓRIA APLICAÇÃO DO ART. 7º, XXX, DA CF/88 PARA OS MILITARES. INTELIGÊNCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS COMBINADAS DOS ARTS. 7º, 37, 39, § 3º, 42, § 1º, e 142, § 3º, VIII e X, DA MAGNA CARTA,**

**QUE AMPARAM O DISCRIMEM LEGAL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 5º, CAPUT, DA CF. LIMINAR INDEFERIDA.**

1. Em relação aos militares, face às peculiaridades de suas atividades, a Constituição Federal expressamente torna dispensáveis a observância de alguns preceitos e garantias constitucionais relacionados com o princípio da isonomia (CF, art. 5º, *caput*), os quais são de incidência obrigatória para outros destinatários, como direitos e garantias assegurados aos servidores públicos civis e aos trabalhadores urbanos e rurais. Inteligência das normas constitucionais combinadas dos arts. 7º, 37, 39, § 3º, 42, § 1º, e 142, § 3º, VIII e X.

2. Os preceitos isonômicos delimitados no art. 7º, XXX, da Carta da República, que vedam “*a diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil*” não são obrigatoriamente aplicáveis aos militares das Forças Armadas e aos militares estaduais, conforme expressamente admitem os arts. 42, § 1º, e 142, § 3º, VIII e X, da Magna Carta.

3. Cabe à lei estadual específica dispor sobre as matérias do art. 142, § 3º, X, da Constituição Federal, envolvendo, dentre outras, os limites de idade para ingresso na Polícia Militar e no Corpo de Bombeiros Militar.

4. O art. 10, inc. II, alíneas “a”, “b” e “c”, da Lei estadual n. 13.729, de 11 de janeiro de 2006, que impõe curta diferenciação de limites de idade entre candidatos civis e militares para o ingresso nos quadros da Polícia Militar e do Corpo de Bombeiros Militar mostra-se razoável e constitucional, na medida em que, diversamente do pretendente civil, o candidato integrante de outra carreira militar presumivelmente possui

**treinamento, preparo, experiência e vocação minimamente já testados para ingresso e permanência na pretendida nova carreira também militar. Situação compatível com o enunciado da Súmula 683 do Colendo Supremo Tribunal Federal - STF.**

**5. A jurisprudência do Eg. STF sobre o tema, reprovava que se faça a exigência de limite de idade apenas para o aspirante civil e nenhuma exigência de limite de idade para o candidato militar, pois, nesse caso, diante da contradição entre a exigência, apenas para uns, e a completa dispensa do mesmo critério ou condição, para outros, tem-se violação ao próprio princípio da isonomia em seu núcleo essencial (CF, art. 5º, *caput*).**

**6. Na hipótese da Lei cearense, há exigência de idade jovem tanto para os candidatos de origem civil, quanto militar, com curta e ponderada diferenciação de limites.**

**7. Ausência de violação das normas dos arts. 154, I e II, e 155 da Constituição do Estado do Ceará, as quais, distantes da hipótese legal específica impugnada nesta ADI, dispõem sobre: a ampla acessibilidade aos cargos, funções e empregos públicos; a obrigatoriedade de concurso público para investidura em cargo ou emprego na Administração Pública Estadual, de forma ampla; e garantia de participação em concurso público aos menores de dezesseis anos de idade. Tais regras, relacionados, em alguma medida, ao art. 37, I e II, da Carta Federal, nem são de obrigatoria incidência para os militares dos Estados.**

**8. Liminar indeferida, com a manutenção da eficácia da norma questionada do art. 10, II, da Lei estadual n. 13.729, de 11 de janeiro de 2006.**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação

Direta de Inconstitucionalidade nº. 2007.0024.6102-0/0, da Comarca de Fortaleza, em que é requerente o MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL e requerido o GOVERNADOR DO ESTADO DO CEARÁ,

A C O R D A o Tribunal Pleno desta Corte de Justiça do Estado do Ceará, por maioria, em indeferir a medida liminar requerida, mantendo eficazes as alíneas “a”, “b” e “c”, do inciso II, do art. 10 da Lei Estadual nº. 13.729/06.

### **VOTO-VENCEDOR**

Esta Ação Direta de Inconstitucionalidade, com pedido de liminar, foi ajuizada pelo ilustre Procurador-Geral de Justiça, em face do art. 10, inc. II, alíneas “a”, “b” e “c” da Lei Estadual nº. 13.729, de 11 de janeiro de 2006, que dispõe sobre o Estatuto dos Militares Estaduais do Ceará e dá outras providências.

As disposições legais impugnadas têm o seguinte teor:

“Art. 10. O ingresso na Polícia Militar e no Corpo de Bombeiros Militar do Ceará dar-se-á para o preenchimento de cargos vagos, mediante prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos, promovido pela Secretaria da Administração do Estado, na forma que dispuser o Edital do concurso, atendidos os seguintes requisitos essenciais e cumulativos, além dos previstos no edital:

.....  
II – ter, na data da inscrição, idade igual ou superior a 18 (dezoito) anos, e inferior a:

- a) 26 (vinte e seis) anos, quando civil, para a carreira de Praça;
- b) 28 (vinte e oito) anos, quando civil, para a carreira de oficial;
- c) 30 (trinta) anos, quando militar, para as carreiras

de Praça e Oficial.

.....”

Aduz o requerente que o aludido dispositivo legal impõe critérios diferenciados entre civis e militares para o ingresso nos quadros da Polícia Militar ao fixar limites distintos de idade: a) trinta anos para os militares, independentemente da carreira; b) vinte e seis anos para os civis que pretendem a carreira de praça; e c) vinte e oito anos para os civis que visam à carreira de oficial.

Sob tal prisma, assevera o requerente que a referida diferenciação seria odiosa e desprovida de razoabilidade, o que violaria o princípio constitucional da isonomia. Suscita, ainda, a violação do verbete da Súmula nº. 683 do C. Supremo Tribunal Federal.

Tendo em vista tais razões, ajuizou o douto Procurador-Geral de Justiça a presente Ação Direta de Inconstitucionalidade suscitando que o art. 10, inc. II, da Lei Estadual n. 13.729/06 violaria os arts. 154, I e II, e 155, ambos da Constituição do Estado do Ceará, os quais associa ao art. 37 da Carta Magna, pugnando, liminarmente, pela suspensão do referido dispositivo legal.

Como se vê do bem lavrado voto do eminente Relator, Sua Excelência, acatando as razões acima resumidamente expostas, votou pelo deferimento da medida liminar requerida, a fim de suspender a eficácia do aludido dispositivo legal.

Conclui o breve relato. Aprecio o pleito liminar.

*Ab initio*, destaca-se que é da competência desta Eg. Corte de Justiça, originariamente, processar e julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais e municipais em face da Constituição do Estado do Ceará, nos termos do que resulta das normas da Constituição da República, em seu art. 125, § 2º, e da Carta Cearense, em seus arts. 108, VII, f, 127 e 128. E tal prevalece mesmo nas hipóteses de reprodução obrigatória de textos da Carta da República, como no caso em epígrafe, onde o Promovente

associa as normas constitucionais estaduais supostamente afrontadas com as que emergem do art. 37 da Carta Federal.

De fato, o entendimento trazido pelo douto Procurador-Geral de Justiça, e acatado, em sede liminar, pelo digno Relator desta Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI, tem base forte em Acórdão do Eg. Supremo Tribunal Federal - STF, transcrito na inicial (RE n. 146.934-0-PR, 2ª. T., Rel. Min. Carlos Velloso), e em interpretação expressa do art. 5º, *caput*, da CF, concluindo que não poderia haver distinção de limite de idade entre civis e militares.

Invoco e transcrevo também outro precedente, da Colenda Corte Suprema, no mesmo sentido daquele anterior:

**CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. CONCURSO PÚBLICO. MÉDICO MILITAR. LIMITE DE IDADE.**

**1. O recorrido, aprovado em concurso público para Primeiro Tenente Médico Policial Militar do Quadro de Oficiais de Saúde do Estado de São Paulo, não pôde ser empossado, sob o argumento de que, na época da inscrição para o certame, tinha mais de 35 anos de idade. 2. Edital que fixou idade máxima, em concurso para médico militar, apenas para inscrição de candidatos civis. A Corte de origem afastou essa diferenciação e determinou a posse do recorrido. 3. Se o bom desempenho das atividades de médico da Polícia Militar demanda a força física peculiar ao jovem, a exigência de 35 anos de idade máxima deveria ser atribuída a todo e qualquer candidato e não apenas aos civis. Fica claro que a distinção em debate foi criada para favorecer os militares. Precedente: RMS 21.046. 4. Agravo regimental improvido.**

**“O LIMITE DE IDADE PARA A INSCRIÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO SÓ SE LEGITIMA EM**

**FACE DO ART. 7º, XXX, DA CONSTITUIÇÃO, QUANDO POSSA SER JUSTIFICADO PELA NATUREZA DAS ATRIBUIÇÕES DO CARGO A SER PREENCHIDO.”**

Como se viu, a jurisprudência do Eg. STF sobre o tema, reprova casos em que se fez a exigência de limite de idade apenas para o aspirante civil e nenhuma exigência de limite de idade para o candidato militar, pois, nesse caso, diante da contradição entre a exigência, apenas para uns, e a completa dispensa do mesmo critério ou condição, para outros, tem-se violação ao próprio princípio da isonomia em seu núcleo essencial (CF, art. 5º, *caput*).

Na hipótese da Lei cearense, há exigência de idade jovem tanto para os candidatos de origem civil, quanto militar, com curta e ponderada diferenciação de limites, proporcional às vantagens que a Administração Pública Estadual antevê, por via da lei, em admitir pessoas já experimentadas em funções militares, pois é certo que durante os cursos de formação muitos aspirantes desistem da vida castrense, quando não se adaptam à severa disciplina e rigorosa hierarquia, a ela inerentes, sem falar nos riscos do exercício da função.

Não há, desse modo, aparentemente, violação das normas dos arts. 154, I e II, e 155 da Constituição do Estado do Ceará, que, distantes da hipótese legal específica impugnada nesta ADI, dispõem sobre: a ampla acessibilidade aos cargos, funções e empregos públicos; a obrigatoriedade de concurso público para investidura em cargo ou emprego na Administração Pública Estadual, de forma ampla; e garantia de participação em concurso público aos menores de dezesseis anos de idade. Essas regras, relacionados ao art. 37, I e II, da Carta Federal, nem são de obrigatória incidência para os militares dos Estados.

Por tais razões, é que, rogando vênias ao eminente Relator, denego a liminar requerida, mantendo eficaz, até ulterior deliberação judicial, o art. 10, inc. II, alíneas “a”, “b” e “c”, da Lei estadual nº. 13.729, de 11 de janeiro de 2006 – Estatuto dos Militares Estaduais do Ceará –, por não vislumbrar qualquer

inconstitucionalidade em seus termos.

É como voto.

Fortaleza, 1º de novembro de 2007.

*CAUTELAR INCIDENTAL INOMINADA*



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

**PROCESSO Nº 2006.0014.7901-6/0  
CAUTELAR INCIDENTAL INOMINADA  
REQUERENTE: COBRACON E CONSULTORIA LTDA  
REQUERIDO: BANCO PONTUAL  
ÓRGÃO JULGADOR: 3ª CÂMARA CÍVEL  
RELATOR: DES. CELSO ALBUQUERQUE MACÊDO**

**EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CAUTELAR INOMINADA INCIDENTAL. AÇÃO ORDINÁRIA DECLARATÓRIA DE CRÉDITOS. *DECISUM A QUO*. IMPROCEDÊNCIA EM PARTE. REJEIÇÃO DOS PEDIDOS FORMULADOS NA INICIAL. REITERAÇÃO DOS PEDIDOS. *FUMUS BONI JURIS*. AUSÊNCIA. IMPROCEDÊNCIA.**

**I-Reconhecida judicialmente a contratação realizada entre as partes litigantes, com a impropriedade dos pedidos formulados na inicial, sem referência à restituição de valores, indubitavelmente não há a fumaça do bom direito na presente cautelar.**

**II-Destinado a garantir complexivamente o resultado de outro processo, o processo cautelar se relaciona com este como o acessório com o principal. Daí o predomínio e hegemonia do processo principal, de que a cautelar é sempre dependente” (In. Manual de Direito Processual Civil”, Frederico Marques, v. IV, ed. Saraiva, p.361).**

**III-Cabíveis as cautelares quando se encontram em situação de “conexidade por acessoriedade, decorrente de um vínculo existente entre a ação cautelar, de um lado, e a ação principal, do outro”, conforme a RT 685/215 mencionada por**

**Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery (Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante, 9ª ed., São Paulo: RT, p.947).**

**IV-Ação Cautelar Incidental Inominada Improcedente.**

## **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Ação Cautelar Inominada Incidental nº 2006.0014.7901-6/0 de Fortaleza, em que são partes as acima epigrafadas, acorda a Turma Julgadora da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por votação unânime, pela improcedência da presente ação, isentando a parte sucumbente de custas processuais e honorários advocatícios, em razão da declaração de pobreza de fl.18 dos autos.

## **RELATÓRIO**

Cuida-se de **AÇÃO CAUTELAR INCIDENTAL C/C PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR** intentada por **COBRACON – COBRANÇA E CONSULTORIA LTDA**, através da qual pretende que o **BANCO PONTUAL** efetue o pagamento/restituição dos valores recebidos indevidamente, referente à cessão de créditos, no valor de R\$ 5.167.338,91 (cinco milhões, cento e sessenta e sete mil, trezentos e trinta e oito reais e noventa e um centavos), **e como pedido sucessivo**, postula a suspensão dos feitos inerentes aos créditos discutidos, até o exame final da apelação nº 2005.0005.2492-3/1.

Ajuizou a **Ação Declaratória de Créditos com pedido de Tutela Antecipada**, tramitando sob o n.º 2005.0005.2492-3, cuja pretensão posta foi julgada procedente em parte, apenas para reconhecer a contratação firmada entre a autora e o Banco requerido, encontrando-se em grau de apelação perante esta Corte. Após tecer considerações sobre a legitimidade dos créditos, informa sobre a existência do *fumus*

*boni iuris*, sustentando que “o tempo necessário ao julgamento da apelação em destaque acarretará prejuízos irreparáveis à empresa autora, assomado à confirmação pelo próprio banco promovido no reconhecimento dos créditos pertencentes à Cobracon”. Destaca que “a atitude ilegal do banco promovido em impedir o recebimento dos créditos pela empresa autora, fere especialmente disciplinamento constitucional”, afirmando que a imediata insolvência do banco promovido lhe ocasionará danos irremediáveis, já que impossibilitaria o recebimento dos seus créditos.

Acompanham a inicial os documentos de fls. 15/119, incluindo as cópias da sentença referente à Ação Ordinária Declaratória de Créditos e da Apelação do Banco Pontual S/A.

Os autos foram distribuídos por prevenção para a Ilustre Desembargadora Maria Celeste Thomaz de Aragão. Devidamente redistribuídos (fl. 136), entendi prudente a ouvida da parte adversa para se manifestar sobre a presente cautelar, tendo a requerida apresentado contestação às fls. 144/161, com destaque de não ter reconhecido a legalidade da cessão de crédito, contrariamente ao que sustentou a parte autora. No mérito, aduz a impossibilidade jurídica do pedido autoral aliado à afirmação de que a medida cautelar pretendida é satisfativa, não restando presente o *periculum in mora*. Pugna pela improcedência da ação cautelar, com a condenação da promovente em custas processuais e honorários advocatícios.

Eis o relatório em sucinta análise.

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

## VOTO

Inicialmente, defiro o pedido da justiça gratuita requerido às fls. 03/04 dos autos.

Examino, de plano, se estão presentes os requisitos específicos da Ação Cautelar, quais sejam: o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, já que fundamentais para que se conceda a Cautelar pleiteada.

**Humberto Theodoro Júnior** leciona:

“os requisitos para alcançar uma providência de natureza cautelar são, basicamente, dois: I- um dano potencial, um risco que corre o processo principal de não ser útil ao interesse demonstrado pela parte, em razão do *periculum in mora*, risco esse que deve ser objetivamente apurável; II- a plausibilidade do direito substantivo invocado por quem pretenda segurança, ou seja, o *fumus boni iuris*.” (in: Curso de Direito Processual Civil, Vol III Editora Forense, 10ª edição, 1993, pg. 266) (grifo não-original).

Mais especificamente, o mestre **Vicente Greco Filho** abordou o conceito do *fumus boni iuris*, *in litteris*:

“O *fumus boni iuris* (fumaça do bom direito) é a probabilidade ou possibilidade da existência do direito invocado pelo autor da ação cautelar e que justifica a sua proteção, ainda que em caráter hipotético. Esse pressuposto tem por fim evitar a concessão de medidas quando nenhuma é a probabilidade ou possibilidade de sucesso e, portanto, inútil a proteção cautelar. Para a aferição dessa probabilidade não se examina o conflito de interesses em profundidade, mas em cognição superficial e sumária, em razão mesmo da provisoriedade da medida”. (grifo não-original).

A parte autora pleiteou na Ação Ordinária Declaratória (nº 2005.0005.2492-3), que se encontra em grau de recurso de Apelação, a restituição do valor transacionado com a venda de um imóvel e a suspensão das ações judiciais inclusas na cessão de crédito formalizada com a parte promovida, requerendo, ao final, a declaração de que a referida cessão lhe pertence. A exposição da exordial alcançou provimento parcial dos pedidos,

entendidos como incompatíveis com a natureza da Ação Declaratória, conforme determinou o MM Juiz *a quo* na sentença de fls. 88/95, *in verbis*:

“(…) Julgo procedente, em parte, o pedido inicial para **única e exclusivamente reconhecer a contratação firmada pela autora e o Banco Pontual**, declarando-a hígida em tudo e por tudo, **rejeitando os demais pedidos formulados na inicial, por incompatíveis com a natureza da ação** (...)”. (grifo não-original)

Valoroso o acréscimo contido no corpo do referido prolóquio, *in litteris*:

“**Há que se observar que a via eleita – ação declaratória – põe limites à pretensão autoral, afastando a aceitação dos pedidos formulados pela autora**, com única exceção daquele relacionado à existência da contratação válida e dos pagamentos dela decorrente”.

A requerente pretende na presente Ação Cautelar, o que se segue:

“Que seja determinado que o Banco Promovido **efetue o pagamento/restituição dos valores recebidos indevidamente, referente a cessão de créditos sob comento**, no valor total de R\$ 5.167.338,91 (cinco milhões, cento e sessenta e sete mil, trezentos e trinta e oito reais e noventa e um centavos) (...)”. (fls.12/13).

“Como pedido sucessivo, que o MM Juiz determine a **suspensão dos feitos inerentes aos créditos sob comento**, até o exame final da Apelação em destaque”.(grifo não-original)

Com efeito, a requerente reiterou nesta Ação Cautelar os pedidos já apreciados na Ação Principal, ou seja, renovou o que já fora confrontado e rejeitado na primeira instância.

Destaco que o MM. Juiz *a quo* apenas reconheceu a contratação realizada entre as partes litigantes, rejeitando os demais pedidos formulados na inicial, sem referência à restituição de valores. Assim, indubitável que não há a fumaça do bom direito na presente cautelar para que se acolha as reiteradas pretensões do requerente.

Opta a COBRACON por uma Ação Cautelar inominada, quando em verdade haveria uma Cautelar Específica (Arresto) que eventualmente poderia resguardar a sua reivindicação, caso a sentença tivesse provido o pleito referente à cessão de créditos com a conseqüente determinação para a restituição dos valores recebidos pelo Banco, se atendidas as hipóteses legais para a concessão daquela providência cautelar (art. 813 do Código de Processo Civil).

Grandiosa a explanação de **Vicente Greco Filho**:

**“O poder geral de cautela, todavia, ampliado pelo Código vigente, em momento algum quis que se substituíssem as medidas cautelares típicas pelas nominadas. Se não cabem aquelas por falta de requisito legal, não podem vir acobertadas pelo manto do art.798.**

Este teve a finalidade de atender a situações novas, que o legislador não previu e que merecem proteção. **Se o legislador previu e estabeleceu os requisitos para a concessão, como é o caso, por exemplo, do arresto, garantidor de futura execução por quantia, é porque deseja que somente seja concedida se presentes os seus pressupostos. Isso porque o legislador já prefixou que a concessão fora dos casos previstos seria abusiva.**

Em outras palavras, **conceder arresto ou “ordem para depósito de dinheiro”, ou “ordem de**

**bloqueio de bens”, ou “indisponibilidade de bens”, que são modos diferentes de se dizer arresto, para garantia de futura e hipotética execução (ainda que universal), sem título de dívida líquida e certa ou sentença condenatória, seria violar a lei”. (Vicente Greco Filho, Direito Processual Civil Brasileiro, vol. III, São Paulo: Saraiva, 2003, p. 157). (grifo não-original).**

**JOSÉ FREDERICO MARQUES**, leciona: **“na conjugação do *fumus boni iuris* com o *periculum in mora* é que reside o pressuposto jurídico do processo cautelar”** (cf. “Manual de Direito Processual Civil”, v. 5, 5ª edição, Ed. Saraiva, 1976, p. 334).

Nessa linha de raciocínio é o magistério do Ilustre Ministro **Sydney Sanches**, ao dilucidar que:

**“Sejam o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris* condições de admissibilidade da ação cautelar, como sustentam muitos autores, ou de sua procedência, como querem outros, fato é que se consideram requisitos indispensáveis para a obtenção de tutela jurisdicional cautelar”. (cf. “Poder cautelar geral do juiz no processo civil brasileiro”. Ed. Revista dos Tribunais, 1978, p. 43).**

Como se pode observar, uma vez que o Juízo *a quo* apenas reconheceu na Ação Ordinária Declaratória a contratação firmada entre a parte autora e o Banco Pontual, não estipulando sobre o pagamento de valores, não existe relação conexa entre os objetivos da Ação Principal e da Ação Cautelar, restando ausente o requisito do *fumus boni iuris* para a concessão da presente cautelar.

**O Código de Processo Civil, em seu art. 796**, elucida: **“O procedimento cautelar pode ser instaurado antes ou no curso do processo principal e deste é sempre dependente”**.

**JOÃO BATISTA LOPES**, faz pertinente caracterização das medidas cautelares para seu efetivo provimento, transcrevo:

**I - acessoriedade, uma vez que as ações cautelares sempre dependem do processo principal e existe, para garantir o resultado útil dele.**

**II - autonomia**, mesmo dependente do processo principal, as ações cautelares apresentam autonomia, uma vez que a provisoriedade e a revogabilidade constituem, traços distintivos do processo de conhecimento, **além disso, necessitam de ser revestidos de requisitos como o fumus boni iuris e o periculum in mora.** (LOPES, João Batista. Ação declaratória. 5. ed. rev. atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2002.)

Com efeito, cabíveis as cautelares quando se encontram em situação de “*conexidade por acessoriedade, decorrente de um vínculo existente entre a ação cautelar, de um lado, e a ação principal, do outro*”, conforme a **RT 685/215** mencionada por **Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery** (Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante, 9ª ed., São Paulo: RT, p.947).

*In casu*, impossível prover o pleito da presente cautelar incidental da ação ordinária declaratória de créditos, encontrando-se em grau de Apelação, cujo *decisum* no primeiro grau afastou os requerimentos formulados na inicial por estarem incompatíveis com a natureza da ação, com exceção do relacionado à existência da contratação firmada pela autora e o Banco Pontual.

Nestes termos, **Humberto Theodoro Júnior**, *in verbis*:

“(...) “a exposição sumária do direito ameaçado”, a que alude o art. 801, como um dos requisitos da

petição inicial da medida cautelar, corresponde exatamente à **demonstração que o autor deve fazer de que ele possui um interesse tutelável pela ação principal e que esse interesse merece ser resguardado através de um instrumento hábil até que a solução definitiva do litígio seja alcançada. Em outras palavras, o autor da ação cautelar terá de comprovar que se encontra na situação de titular do interesse que corresponde ao alegado direito que pretende fazer valer contra o réu no processo principal**". (JÚNIOR, Humberto Theodoro. Curso de Processo Civil, 33<sup>a</sup> ed., v. II, São Paulo: Forense, 2002.). (Grifo não-original).

**Frederico Marques** adverte que:

"Destinado a garantir complexivamente o resultado de outro processo, **o processo cautelar se relaciona com este como o acessório com o principal**. Daí o predomínio e hegemonia do processo principal, de que a cautelar é sempre dependente" (*In. Manual de Direito Processual Civil*", v. IV, ed. Saraiva, p.361). (grifo não-original)

A orientação jurisprudencial do **Tribunal de Justiça de São Paulo**, mencionada na **RT 649/68**, instrui, *in litteris*:

**"MEDIDA CAUTELAR - Objeto diverso do da ação principal - Inadmissibilidade - Necessidade de ajuizamento de ação própria, com nexo de dependência relativamente à cautela pedida, concomitantemente ou no prazo de 30 dias. É inadmissível medida cautelar requerida incidentalmente em ação de rito ordinário cujo objetivo é diverso daquele que a cautelar visa a**

**garantir”.**

**Humberto Theodoro Júnior** leciona:

**“A ação cautelar consiste no direito de assegurar que o processo possa conseguir um resultado útil”.** *In*: Curso de Direito Processual Civil, Vol. II, 14ª edição, Ed. Forense, pág. 358.

E Acrescenta:

**“Com a medida cautelar, a parte beneficiada apenas se precavém contra uma temida mudança na situação fática ou jurídica que poderia inutilizar o resultado do processo principal, caso lhe venha a ser favorável.”** (*In*: Ob. supracitada, pág. 358.)

A ação cautelar, repita-se, busca resguardar a utilidade e eficiência do processo principal, não se servindo para proteger um possível interesse da parte que não tenha relação com o resultado útil da jurisdição a ser prestada nos autos principais.

Essa particularidade, por si só, já é suficiente para o desacolhimento da pretensão da requerente, pois, na verdade, faz-se mister a presença conjunta dos dois requisitos (*fumus boni juris e periculum in mora*). Falecendo um, *in casu* o *fumus boni iuris*, já não é possível a prestação jurisdicional acautelatória, sendo desnecessário tecer comentários sobre a presença ou não do perigo da demora.

Na letra clara e precisa de **Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery**, transcrevo:

**“Tanto a cautelar incidental, quanto a preparatória devem aguardar relação lógico-jurídica com a ação principal da qual elas se fazem acessórias. Se o objetivo da principal é**

**diverso daquele que a cautelar visa a garantir, já não há a relação de acessoriedade que autoriza o apensamento aqui referido. O juiz fará juízo valorativo da existência desse vínculo ao examinar a petição da cautelar (CPC 801, III)".(In Código de Processo Civil Comentado. Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, 9ª edição, ed. RT, págs.953/954).**

**E acrescenta:**

**“A finalidade do processo cautelar é assegurar o resultado do processo de conhecimento ou do processo de execução”. (In, Código de Processo Civil Comentado. Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, 9ª edição, ed. RT, pág.796).**

Como pedido sucessivo, pleiteia a parte requerente que seja determinada a suspensão dos feitos inerentes aos créditos em discussão, porém, torna-se igualmente improvida tal pretensão, já que, da mesma forma do pedido anterior, houve seu indeferimento por parte do Juízo de primeiro grau.

**O Tribunal de Justiça de Minas Gerais já decidiu:**

**“A medida cautelar visa tão-somente a resguardar a situação de fato que garanta à parte a satisfação de seu direito a ser discutido na ação principal, nela não podendo ser examinadas e decididas as questões pertinentes ao processo principal” (AC. unânime. da 2ª Câmara. do TAMG de 2.3.84, na Apelação. 24.279, Rel. Des. Edelberto Lellis Santiago; RJTAMG 18/173). (grifo não-original).**

Acerca dos ônus da sucumbência, o **Superior Tribunal de Justiça** entende:

**ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA - PESSOA JURÍDICA -  
ADMISSIBILIDADE - LEI 1060/50 - OBRIGAÇÃO**

**SOBRESTADA.**

**I - Nada impede que a pessoa jurídica faça jus ao benefício da assistência judiciária gratuita, quando comprovar que não tem condições de suportar os encargos do processo. Precedentes.**

**II - O beneficiário da justiça gratuita, quando vencido na ação, não é isento da condenação nos ônus da sucumbência, devendo o mesmo ser condenado no pagamento da verba honorária, ficando, entretanto, suspensa a obrigação pelo período de até cinco anos caso persista o estado de miserabilidade, extinguindo-se a mesma após findo esse prazo.**

**- Inteligência do art. 12 da lei 1.060/1950.**

III - Recurso conhecido e provido. (REsp 202.166/RJ, Rel. Ministro WALDEMAR ZVEITER, TERCEIRA TURMA, julgado em 13.02.2001, DJ 02.04.2001 p. 287)

Ante o exposto, ausente um dos requisitos autorizadores da ação cautelar, em consonância com a doutrina, entendimento jurisprudencial e o comando do art. 796 e seguintes do CPC, voto no sentido da improcedência da presente ação, isentando a parte sucumbente de custas processuais e honorários advocatícios, em razão da declaração de pobreza de fl.18 dos autos.

É como voto.

Fortaleza, 14 de maio de 2007.

## *EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO*



---

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

**PROCESSO Nº 2007.0009.3888-0/1**

**INCIDENTE PROCESSUAL: Exceção de suspeição e impedimento**

**COMARCA: Fortaleza**

**PARTES:**

**EXCIPIENTE: Marisley Pereira Brito**

**EXCEPTO: Juiz de Direito da 23ª Vara Cível de Fortaleza**

**Relator: Des. João de Deus Barros Bringel**

**Órgão Julgador: 2ª Câmara Cível**

**EMENTA. EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO E IMPEDIMENTO. JUIZ DE DIREITO. PARCIALIDADE E PRÉ-JULGAMENTO DA CAUSA (ART. 36, III, DA LEI ORGÂNICA DA MAGISTRATURA). INEXISTÊNCIA.**

**I – Não se pode conhecer da exceção de suspeição argüida após o decurso do prazo indicado no art. 305, do CPC.**

**II – No tocante à argüição de impedimento, ainda que o pré-julgamento fosse causa possível de indicação nesse sentido, não há que se falar em antecipação de juízo se não houve emissão de juízo de valor sobre a controvérsia em momento inoportuno, pelo magistrado da causa.**

**III – As questões apreciadas pelo juiz singular se mostraram necessárias à solução da preliminar de incompetência absoluta, levantada pela própria excipiente.**

**III – Incidente processual não conhecido no tocante à argüição de suspeição e julgado improcedente no tocante à argüição de impedimento.**

Vistos, relatados e discutidos os autos da exceção de impedimento nº 2007.0009.3888-0/1 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, não conhecer do presente incidente processual no tocante à argüição de suspeição e julgá-lo improcedente no tocante à argüição de impedimento, nos termos do voto do Relator.

**Marisley Pereira Brito**, advogando em causa própria, argüiu, por via de exceção, a suspeição ou impedimento do Juiz de Direito da 23ª Vara Cível da comarca de Fortaleza para atuar nos autos do processo nº 2000.0136.8471-0.

Sustenta a excipiente que o douto magistrado singular emitiu juízo de valor sobre a controvérsia antes de momento propício, em total afronta ao art. 36, III, da Lei Orgânica da Magistratura, isto é, ao proferir decisão interlocutória na citada ação de prestação de contas (fls. 37/42), o juiz *a quo*, teria antecipado opiniões sobre a questão de mérito da lide em que é parte a excipiente.

Seguiu afirmando que a conduta do excepto na direção da ação de prestação de contas afronta o inciso V, do art. 135, do CPC, que dispõe: “**Art. 135. Reputa-se fundada a suspeição de parcialidade do juiz, quando (...) V – interessado no julgamento da causa em favor de uma das partes**”.

Com esteio em tais argumentos, pugnou pelo afastamento do excepto da direção do processo nº 2000.0136.8471-0.

A presente exceção foi recebida pelo juiz de primeiro grau (fls. 44), que suspendeu o feito principal, em observância ao art. 306, do CPC.

Despachando a petição da excipiente, o juiz não reconheceu o alegado impedimento ou suspeição, em virtude do que apresentou suas razões e determinou a remessa dos autos a esta Corte de Justiça.

Manifestação da Procuradoria Geral de Justiça às fls. 54/57 opinando pela não conhecimento da exceção de

suspeição, em razão da sua aparente intempestividade.

É o relatório.

As alegações de parcialidade e pré-julgamento da causa, feitas pela excipiente, se propõem a inibir o poder jurisdicional do magistrado do feito (CPC, art. 134) ou gerar suspeita de parcialidade do juiz *a quo*.

Para o reconhecimento da suspeição do juiz é imprescindível o oferecimento de exceção (o direito de impugnar sujeita-se à preclusão); nos casos de impedimento, a apresentação de exceção é apenas facultativa (não há preclusão, podendo a parte alegar o fato como preliminar de contestação, como objeto de petição autônoma a qualquer tempo, por recurso ou até por ação rescisória).

A excipiente argüiu ao mesmo tempo e em uma só peça, a suspeição e o impedimento do juiz do feito, conforme se observa às fls. 03.

Preliminarmente, verifico, nos termos afirmados pelo douto magistrado singular às fls. 45/48, e pelo douto representante do Ministério Público de segundo grau, que a pretensão da excipiente de ver reconhecida suposta suspeição do magistrado singular encontra-se preclusa, uma vez que a presente exceção foi oferecida fora do prazo previsto no art. 305, do Código de Processo Civil, que, lembremos, assim estatui acerca do momento da argüição de exceção:

**“Art. 305. Este direito pode ser exercido em qualquer tempo, ou grau de jurisdição, cabendo à parte oferecer exceção, no prazo de 15 (quinze) dias, contado do fato que ocasionou a incompetência, o impedimento ou a suspeição”.**

A aplicação do referido artigo se deve à superveniência do motivo indicado pela parte como causa de suspeição.

Logo, sustentando a excipiente que a decisão de fls. 24/29 revela um pré-julgamento da matéria posta à apreciação do juiz de primeiro grau, bem como a sua suposta parcialidade,

o direito da parte argüir, por meio de exceção, a suspeição do juiz *a quo*, deve ser exercido em tempo hábil (prazo de 15 dias contado da ciência do fato que ocasionou a suspeição), sob pena de preclusão. Vejamos:

**“A alegada suspeição do juiz que julgou a causa em primeira instância é matéria preclusiva que, se não alegada em tempo oportuno, convalida os atos por aqueles praticados”** (STJ. 5ª Turma., Resp 232.419-PB, rel. Min. Edson Vidigal, j. 14.12.99, não conheceram, v.u., DJU 21.12.00, p. 167).

A excipiente tomou ciência da decisão singular de fls. 24/29 no dia 13.12.06 (certidão de fls. 29v), todavia, só argüiu a suspeição, por meio de exceção, no dia 16.04.07, ou seja, após o decurso do prazo fixado no art. 305, do Código de Ritos.

Desta forma, em conformidade com a opinião expressada no parecer ministerial, não conheço da exceção de suspeição manejada.

Observa-se, todavia, que a excipiente não se limitou a argüir a **suspeição** do excepto, argüindo, ainda, o **impedimento** deste, que, como sabemos, pode ser alegado a qualquer tempo e por qualquer forma, motivo que me faz conhecer do incidente **só no que toca à alegação de impedimento do juiz da causa**.

O fato que a excipiente indica como causador do impedimento do excepto é o mesmo que hipoteticamente teria causado sua suspeição: a prolação da decisão de fls. 24/29, evidenciadora do pré-julgamento da causa e da parcialidade do juiz (CPC, art. 135, V).

Observa-se, contudo, que os fatos indicados se prestam tão-somente a sugerir uma possível suspeição, não sendo causa de impedimento, que estão enumeradas taxativamente nos incisos I a VI do art. 134 do CPC.

Ressalve-se que, ainda que se cuidasse de causa de impedimento do magistrado, certo é que não houve antecipação de juízo de valor sobre a controvérsia, pelo excepto,

antes do momento propício.

As questões apreciadas pelo juiz singular se mostraram necessárias à solução da preliminar de incompetência absoluta, levantada pela própria excipiente.

De fato, os trechos da decisão singular indicados pela excipiente às fls. 03/04 não revelam a antecipação sobre a questão de mérito da ação de prestação de contas, mas unicamente a indicação, pelo magistrado do feito, dos pontos da lide que demonstram a competência do Juízo Cível e não do Juízo Trabalhista.

A inexistência de pré-julgamento afasta a hipótese de impedimento do excepto. Vejamos:

**“Suspeição. Juiz de Direito. Alegações de parcialidade e pré-julgamento da causa. Inocorrência. Exceção rejeitada. Restando sem nenhuma comprovação nos autos as arguições de parcialidade do juiz e de pré-julgamento da causa, a exceção de suspeição contra este oposta deve ser julgada improcedente” (RT 607/35).**

Do exposto, não conheço da exceção no tocante à arguição de suspeição, em face das razões supracitadas, e conheço, mas para julgá-la improcedente, no tocante à arguição de impedimento.

É como voto.

Fortaleza, 05 de setembro de 2007.



---

*JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL*

---



# *APELAÇÕES CRIME*



---

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

**APELAÇÃO Nº 2000.0151.7287-3/1**

**ORIGEM: 2ª VARA DA COMARCA DE QUIXADÁ**

**APELANTE: CALS MAKSON PEREIRA DA SILVA**

**APELADO: A JUSTIÇA PÚBLICA**

**RELATORA: DESª. MARIZA MAGALHÃES PINHEIRO**

**EMENTA: PENAL. PROCESSO PENAL. ROUBO. ASSALTO. ART. 157, § 2º, INCISOS I E II, C/C ART. 61, INCISO II, LETRA “C” DO CÓDIGO PENAL. CONFISSÃO PERANTE A AUTORIDADE POLICIAL. RETRATAÇÃO. EVOCAÇÃO DE ÁLIBI. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. PROVA ROBUSTA DA MATERIALIDADE E DA AUTORIA DO CRIME. SENTENÇA CONFIRMADA**

**01 – A retratação em juízo, desacompanhada de elementos que a corroborem, não afasta os efeitos da confissão extrajudicial, desde que esteja em harmonia com os demais elementos probatórios existentes nos autos.**

**02 – Quem invoca álibi assume o ônus de prová-lo, invertendo-se, ai, o ônus da prova, que passa a ser da defesa.**

**03 – A materialidade delitiva e a autoria restaram fartamente comprovadas através do conjunto probatório constante dos autos.**

**04 - Apelo conhecido e negado provimento.**

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda, a Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, conhecer da apelação, mas para negar-lhe provimento, nos termos do voto da Relatora.

## RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta por CALS MAKSON PEREIRA DA SILVA, contra sentença que o condenou a 08 (oito) anos e 08 (oito) meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, mais 40 (quarenta) dias multa, como incurso nas sanções do art. 157, § 2º, incisos I e II, c/c o art. 61, inciso II, letra “c”, do Código Penal Brasileiro, pela prática do crime de roubo praticado contra a pessoa de JOAQUIM RODRIGUES NETO, utilizando-se de arma de fogo, fato ocorrido no dia 03 de julho de 1996, praticado em concurso com o falecido JAIR GIRKEI DE OLIVEIRA, também condenado.

Alega, em resumo, insuficiência de prova para sustentação do decreto condenatório, pugnando pela reforma da sentença para que seja absolvido da imputação que lhe é feita.

Contra-razões ao apelo pugnando pelo acerto e manutenção da sentença (fls. 245/246).

Parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça opinando pelo não provimento do apelo (fls. 258/260).

É o relatório.

## VOTO

Consta da denúncia que no dia 03 de julho de 1996, por volta das 22:00 horas, o apelante, em conluio com o seu irmão, já falecido, telefonou para o posto de moto-taxi da cidade de Quixadá, tendo solicitado à vítima que o apanhasse no endereço indicado para transportá-lo do bar SKINA até o Posto do Gersário, localizado na CE-060, na saída de Quixadá para Fortaleza, no que foi prontamente atendido.

Pouco tempo depois de iniciar a viagem e antes de chegarem ao posto, o apelante, que ia na garupa da moto, encostou o cano de um revólver nas costelas da vítima, dizendo que se tratava de uma fuga, pois que tinha acabado de matar uma pessoa e dizendo para ele não parar, mandou que pilotasse

até a estrada, mais a frente, onde mandou que a vítima parasse para que se juntasse a eles o seu irmão, que o estava esperando, escondido, o qual também subiu na moto, saindo a vítima guiando com os dois na garupa.

Percorrido cerca de três quilômetros na estrada, em local ermo, novamente mandaram a vítima parar e sob a mira da arma anunciaram o roubo, obrigando a vítima, sob ameaça, a entregar-lhes a motocicleta e os documentos, ficando também com os capacetes, voltando a vítima a pé para casa.

O fato é contado desse jeito pela vítima que registrou a ocorrência na Delegacia de Polícia de Quixadá. Os acusados, interrogados perante a autoridade policial confessaram a materialidade e autoria do crime, com a mesma riqueza de detalhes descrita pela vítima.

Mister ressaltar que com os acusados foram apreendidos a moto roubada e um revólver calibre 38, conforme auto de apreensão de fls. 25 e 27.

Durante a instrução, em audiência, perante o Juiz, a vítima reconheceu pessoalmente os acusados como os autores do crime.

O apelante, em seu interrogatório (fls. 46/47) retratou-se da confissão feita durante o inquisitório policial, dizendo que fora obrigado a confessar a autoria do crime, que sofrera tortura, apresentando como álibi o fato de que no dia do crime encontrava-se em Fortaleza, na sua casa, fazendo bolo, pois que tinha como atividade passar a noite fazendo bolo para vender no comércio na manhã seguinte. Que naquele dia 03 de julho, comprou um frango assado na mercearia de José Xavier, por volta das 20:00 horas, tendo se recolhido a sua casa às 20:30 horas, só saindo às 08:00 horas do dia seguinte para fazer as entregas.

No entanto a testemunha que trouxera para confirmar o álibi, contradizendo-se com a declaração do apelante, disse que no dia 03 de julho, por volta das 22:00 horas, o acusado encontrava-se no seu bar, bebendo cerveja, na cidade de Maracanaú.

A retratação do delatado não encontra amparo no

conjunto probatório dos autos, não havendo qualquer prova cabal das torturas que o apelante diz ter sofrido, em especial exame de corpo de delito.

É comum o acusado confessar a autoria do crime na polícia e retratar-se em juízo. Essa retratação, no entanto, desacompanhada de elementos que a corroborem, não afasta os efeitos da confissão extrajudicial, desde que, ressalte-se, esteja em harmonia com os demais elementos probatórios existentes nos autos.

É o caso em exame, em que as provas colhidas perante o juízo monocrático, revelam a participação do apelante no crime, não tendo ele logrado comprovar o seu alegado álibi, e quem invoca álibi assume o ônus de prová-lo, invertendo-se, aí, o ônus da prova, que passa a ser da defesa.

As demais testemunhas de defesa nada presenciaram, apenas abonando genericamente a conduta do acusado.

A materialidade do delito encontra-se fartamente comprovada nos autos, não havendo dúvidas, também, quanto a sua autoria.

Face ao exposto, conheço do apelo para negar-lhe provimento, mantendo a decisão recorrida.

Fortaleza(CE), 25 de abril de 2006.

\*\*\*

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

**Nº 2000.0166.1341-5/1      APELAÇÃO CRIME  
COMARCA: QUIXERAMOBIM  
APELANTE: JOSÉ DE OLIVEIRA VITOR  
APELADA: JUSTIÇA PÚBLICA  
RELATOR: DES. EYMARD DE AMOREIRA**

**EMENTA: PENAL – APELAÇÃO CRIME – ART. 593,**

**I CPP – PORTE ILEGAL DE ARMA – CRIME DE MERA CONDUTA – DECISÃO MANTIDA.**

1. Garante o apelante que o magistrado monocrático incorreu em erro de lógica, na medida em que não lhe absolveu da imputação de porte ilegal de arma, porquanto a usou como único meio que dispunha naquele momento para assegurar a sua defesa. Afirma ainda que “quem autoriza o disparo em legítima defesa não pode penalizar a posse da arma, sem a qual não teria defendido a própria vida eficientemente”.

2. Há de se ressaltar que o crime de porte ilegal de arma tem natureza de crime permanente e de mera conduta, que na espécie, se aperfeiçoa com o simples fato do agente: “possuir, deter, portar, fabricar, adquirir, vender, alugar, expor à venda ou fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob guarda e ocultar arma de fogo, de uso permitido, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar”, conforme se apresenta a transcrição literal do art. 10 da Lei nº 9.437/93.

3. No caso *sub oculi* a materialidade delitiva encontra-se fartamente comprovada, assim como a autoria ficou evidenciada pelos depoimentos das testemunhas e do próprio apelante, que confessou ser o proprietário da arma em questão, e não possuir a devida autorização legal, incidindo, assim, no tipo penal gizado no artigo 10, da revogada Lei nº 9.437/97.

4. Apelo improvido. Decisão unânime.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação crime, nº 2000.0166.1341-5/1, de Quixeramobim, em que é apelante José de Oliveira Vítor e apelada a Justiça Pública.

A Turma, por unanimidade de votos, conheceu do

apelo, mas para lhe negar provimento, acorde com o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça.

**José de Oliveira Vítor**, qualificado nos autos, interpôs o presente apelo com amparo no art. 593, I CPB, a fim de ver reformada a sentença proferida pelo Juiz da 2ª Vara da comarca de Quixeramobim, que o condenou a uma *pena de 01 (um) ano e 02 (dois) meses de detenção* por infração ao art. 10 da Lei nº 9.437/97, a qual foi substituída por duas penas restritivas de direitos.

Aduz em seu benefício, que a decisão objurgada se ressentia de sustentação jurídica porque não se amolda a figura da consunção, porquanto abarcada pela excludente da legítima defesa (fls.193/196).

Contra-razões da parte **ex-adversa** às fls.215/221, requerendo a manutenção da condenação do agente, nos moldes em que foi proferida pelo juízo *a quo*.

Nesta Superior Instância os autos foram com vista à douta Procuradoria Geral de Justiça que, com o parecer de fls.223/224 e 178/181, opinou pelo improvimento do presente recurso.

É o relatório.

Garante o apelante que o magistrado monocrático incorreu em erro de lógica, na medida em que não lhe absolveu da imputação de porte ilegal de arma, porquanto a usou como único meio que dispunha naquele momento para assegurar a sua defesa. Afirma ainda que “*quem autoriza o disparo em legítima defesa não pode penalizar a posse da arma, sem a qual não teria defendido a própria vida eficientemente*”.

Não obstante, a defesa busque caracterizar que o porte de arma, no caso em questão, deve amoldar-se ao instituto da consunção, em decorrência do reconhecimento pelo juízo **a quo**, da excludente da legítima defesa, há de se ressaltar que o crime de porte ilegal de arma tem natureza de crime permanente e de mera conduta, que na espécie, se aperfeiçoa com o simples fato do agente: “*possuir, deter, portar, fabricar, adquirir, vender, alugar, expor à venda ou fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente,*

*emprestar, remeter, empregar, manter sob guarda e ocultar arma de fogo, de uso permitido, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar*”, conforme se apresenta a transcrição literal do art. 10 da Lei nº 9.437/93.

Nessa consideração, a redação do art. 10 da revogada Lei nº 9.437/97, deixa claro que em momento algum se exige a efetiva exposição de outrem a risco, o qual nem sempre é indicada como elementar. Basta a realização de qualquer das ações nucleares, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para a consumação, sendo irrelevante qualquer avaliação subsequente sobre a ocorrência.

Pois bem. No caso **sub oculi** a materialidade delitiva encontra-se fartamente comprovada, assim como a autoria ficou evidenciada pelos depoimentos das testemunhas e do próprio apelante, que confessou ser o proprietário da arma em questão, e não possuir a devida autorização legal, incidindo, assim, no tipo penal gizado no artigo 10, da revogada Lei nº 9.437/97.

Revela-se, patente, que o prolator da sentença desenvolveu todo seu raciocínio e firmou seu convencimento embasado na prova que adormece nos autos, manifestando-se íntegra a tipificação conferida ao crime, como sendo aquele previsto no art. 10 da Lei nº 9.437/97, sem cabimento de qualquer censura para a pena corretamente aplicada.

Por assim ser entendo que a prova constante nos autos, somada a confissão do agente, deixou indubitável a ocorrência da prática delituosa pelo apelante, razão pela qual deve sujeitar-se à pena definitiva cominada na sentença guerreada.

Nestas condições, conheço do recurso interposto, mas para lhe negar provimento, em consonância com a manifestação opinativa da douta Procuradoria Geral de Justiça, mantendo os termos da decisão do *juízo a quo*.

É como voto.

Fortaleza, 29 de janeiro de 2008.

\*\*\*

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

**PROCESSO Nº: 2000.0214.9641-3/1  
LOCAL DE ORIGEM: VARA ÚNICA DA COMARCA DE  
MOMBAÇA  
APELAÇÃO CRIME  
APELANTE: LOURIVAL FERREIRA LIMA  
APELADO: A JUSTIÇA PÚBLICA  
RELATOR: DES. JOSÉ MÁRIO DOS MARTINS COELHO**

**EMENTA: PROCESSUAL PENAL – TRIBUNAL DO JURI – PEDIDO DE NOVO JULGAMENTO – FUNDAMENTO: DECISÃO CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. INOCORRÊNCIA – PENA APLICADA DE FORMA EXACERBADA – NECESSIDADE DE RETIFICAÇÃO PARA REDUZIR A PENA IMPOSTA APROXIMANDO-A DO MÍNIMO LEGAL – RECURSO IMPROVIDO.**

*(...) Só cabe apelação da decisão que manifestamente ou seja, de forma evidente, escandalosa, gritante, contrarie a prova dos autos. Desde que a decisão do tribunal popular se ampare em alguns elementos de prova; desde que a decisão do Júri se fundamente numa das várias versões que razoavelmente se poderiam formar a partir do conteúdo do processo, não há como cassar a decisão - ( Heleno Fragoso)*  
**(... ) A decisão contrária às provas dos autos é aquela que se mostra arbitrária, distorcida e manifestamente dissociada do conjunto probatório. De modo que não é qualquer dissonância entre o veredicto e os elementos de convicção colhidos na instrução que autorizam a cassação do julgamento. Pelo contrário, matéria sub exame há**

**coerência dos fatos descritos na denúncia com os elementos de prova hauridos na instrução do processo, o que levou o Conselho dos Sete, imprimindo sustentação ao resultado do julgamento, ao decidir a causa para a qual fora convocado, e pelo princípio de sua soberania, optou claramente pela versão que lhe pareceu a mais verossímil, qual seja, a que lhe foi exposta pela acusação.**

**- Improvimento. Decisão unânime.**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Crime nº 2000.0214.9641-3/1, de MOMBANÇA, em que é Apelante LOURIVAL FERREIRA LIMA, e Apelada a JUSTIÇA PÚBLICA.

Acorda a Turma, por unanimidade de votos, em conhecer do presente recurso por sua tempestividade, mas para negar-lhe provimento ao apelo interposto, relativamente ao crime previsto no art. 121, § 2º, IV do Código Penal Brasileiro, mas para reduzir a pena aplicada para o mínimo legal, nos termos do voto do Relator.

### **RELATÓRIO**

Cuidam os presentes autos de Apelação Crime interposta por LOURIVAL FERREIRA LIMA, tendo por Apelada a Justiça Pública, em que colima a realização de um novo julgamento pelo Tribunal Popular do Júri, com fundamento no art. 593, inciso III, alínea “d”, combinado com o art. 594, ambos do Código de Ritos Penal.

O Douto Promotor de Justiça, oficiante na Vara Única da Comarca de Mombaça, denunciou o apelante pela prática de crime descrito no artigo 121, § 2º, IV, do Código Penal, narrando na peça exordial que no dia 02 de setembro de 1995, por volta das 20h30min., em uma localidade conhecida como “*Sítio Caiçara*”, no município de Mombaça, o indiciado, munido de instrumento pérfuro - cortante (canivete), mediante vários golpes,

ceifou a vida de FRANCISCO BENEDITO DA SILVA.

Despacho proferido pelo MM. Juiz *a quo* acostado aos autos às fls. 02, em que recebeu a denúncia de fls. 02 e 03, e no mesmo azo designou o dia 03/06/1996 para o interrogatório do acusado.

Conforme despacho exarado às fls. 67, o apelante foi citado por edital no dia 14/09/1999 (fls. 68). Na oportunidade, não compareceu, nem tampouco constituiu advogado. Ficaram suspensos processo e curso do prazo prescricional, nos termos do art. 366 do CPP.

Em virtude do possível prejuízo que traria a não produção de prova testemunhal em momento oportuno, dada a urgência, achou por bem o magistrado daquela comarca designar audiências para oitivas das testemunhas de acusação (fls. 71).

Para patrocinar a defesa do acusado, foi nomeada a Defensora Dra. Maria Lúcia Martins Maia (fls. 71), a qual reservou-se ao direito de apreciar o mérito da causa somente durante às alegações finais (fls. 101).

Foi decretada a Prisão Preventiva do acusado nos termos dos artigos 311 e 312 do CPP.

Na fase de instrução foram ouvidas três testemunhas de acusação (fls. 79;80;81).

A defesa não ofertou Alegações Preliminares do acusado.

Em fase de alegações finais, o membro do *parquet* oficiante no juízo mencionado, pugnou pela admissibilidade da acusação nos termos da peça delatória, sujeitando-a ao julgamento perante o Colendo Tribunal do Povo (fls. 103/107).

Por sua vez, a defesa do incriminado, em sede de alegações finais, requereu o réu fosse absolvido, alegando para tanto a falta de suporte probatório (fls. 108).

Sentença prolatada pelo MM. Juiz da Vara Única da Comarca de Mombaça, pronunciando o réu, como incurso nas sanções do art. 121, § 2º, incisos IV, do Digesto Punitivo pátrio, submetendo-o ao veredicto do Tribunal Popular do Júri (fls. 109 usque 111).

Realizado o julgamento por aquele colegiado popular,

decidiram os heliastas pelo reconhecimento da prática do delito insculpido no art. 121, § 2º, IV, do Código Penal, tendo afinal sido condenado o réu à pena de 15 (quinze) anos de reclusão, por sentença do Juiz Presidente, a ser cumprida em regime integralmente fechado consoante ressaí de fls. 153 usque 155, dos autos em exame.

Inconformado com aquele *decisum* interpôs o réu o presente recurso apelatório apresentando as razões que descansam às fls. 160/161.

Contra-razões do Ministério Público lançadas às fls. 164/172.

Parecer da Douta Procuradoria de Justiça às fls. 179/183, opinando pelo total improvimento do apelo.

É, em síntese, o relatório.

### **VOTO**

Consoante já foi anunciado, os presentes autos cuidam de Apelação Crime interposta por LOURIVAL FERREIRA LIMA, na qual demonstra sua irrisignação frente à decisão assumida pelo Tribunal do Povo, que o condenou como incurso nas sanções do art. 121, § 2º, IV, do Código Penal, restando emporisso, jugulado à pena de 15 (quinze) anos de reclusão a ser cumprida consoante o decisório do magistrado presidente da sessão de julgamento, em regime integralmente fechado em decorrência da prática do fato punível já acima decotado, que teve como vítima FRANCISCO BENEDITO DA SILVA, delito este que teve sucesso em data de 02 de setembro de 1995.

De início cumpre assinalar que o recurso foi interposto *oportunno tempore*, e desse modo, preenchidos se encontram os pressupostos para sua tramitação, razão pela qual dele conheço.

Passo, sem maiores dilações, ao julgamento das razões da insurreição aqui desvelada.

Em primeiro lugar, não merece amparo a insurgência na parte em que se exorciza a decisão do colegiado laico, sob a alegativa de ter sido a deliberação ali

assumida de forma manifestamente contrária e frontal à prova colhida nos autos, quando exsuda daquele contingente depuratório nítida evidência do cometimento delituoso retintado com as adjetivações da conduta perpetrada.

Na verdade, tem-se que na consecução da ação punível que o réu e vítima no dia 02 de setembro de 1995, passaram o dia bebendo juntos, num botequim localizado no município de Mombaça. Por volta das 20h00 resolveram dali retirar-se. No caminho de volta, encontraram-se com outros dois amigos que vinham de uma cerimônia relacionada com o culto de uma dessas seitas proliferantes na cristandade. No átimo, conversaram um pouco, tendo a vítima e seu futuro opressor, juntos, partido ato contínuo daquele local. Momentos depois ambos retornaram e se acostaram em um local ermo, tudo indica para estancar aquela carraspana. Nessa oportunidade a vítima, sem saber do perigo que corria, adormeceu. Aproveitando-se da situação, o acusado puxou um canivete que trazia consigo e passou a desferir nesta impiedosamente uma diversidade de golpes, com o emprego daquele instrumento pérfuro cortante, causando-lhe, assim o occídio. Tendo a certeza de que a abatera, o apelante empreendeu fuga. No entanto, a dinâmica do crime fora presenciada pelos outros dois companheiros.

Saliente-se que o apelante passou o dia do crime **dissimulando** o seu efetivo e letal intento. Há relatos no condensado processual de que o verdadeiro motivo do crime teria origem em um caso amoroso mantido pela vítima com uma irmã do acusado, cujo entreter se desenrolara a contragosto do apelante.

O ofendido no momento de sua eliminação encontrava-se embriagado e adormecido, ou seja, **impossibilitado de esboçar qualquer gesto de defesa**. O modo pelo qual fora praticado o homicídio possuiu o caráter de uma manifesta adjetivação de conduta, caracterizada pela surpresa e bem decalcada na anteambular da prossecução penal deduzida em juízo.

O Conselho dos Sete, analisando a causa, em sua convicção íntima, e sopesando os fatos e as provas ali produzidas condenou o apelante como incurso nas sanções do art. 121, § 2º, IV do Código Penal, resultando na reprimenda imposta pelo Juiz Presidente do Tribunal Popular à pena definitiva de 15 (quinze) anos de reclusão, a ser cumprida em regime fechado, reconhecido assim o correspondente reproche a recair sobre a conduta do acusado pela supressão da vida da vítima FRANCISCO BENEDITO DA SILVA.

Ao ensejo de suas razões de recurso apelatório, a defensora do acusado, ora apelante, aventa a circunstância de ter sido este julgado e condenado contra as provas dos autos, aduzindo a defensoria em síntese, não existir nas entranhas do processo, elementos que sirvam para embasar aquela condenação, assegurando, emporisso, a absoluta injustiça da decisão dos componentes do Tribunal laico porquanto a seu vislumbre ao julgar a causa, os jurados apegaram-se unicamente à prova indiciária, e segundo o seu próprio articulado, *verbis*:

*“a autoria deste horrendo crime não ficou demonstrada em momento algum nos presentes autos, o que motiva a presente apelação com base no Art. 599 do CPP, em relação a todo o julgado, pois a sentença prolatada fora proferida sem qualquer apoio na prova dos autos... (...)”, e deste modo o recorrente requer a absolvição do acusado Lourival Ferreira Lima, pela absoluta falta de provas, sendo o acusado pessoa inocente, pois NINGUÉM PODE SER CONDENADO POR INDÍCIO OU POR TESTEMUNHAS QUE NADA SABEM SOBRE O CRIME CONSTANTE NOS AUTOS.” (as maiúsculas são da transcrição das razões de . Fls. 161).*

Deste modo, essa rarefeita conjuntura de indícios, tal como invectivada pela defesa quando cotejada com os

elementos contidos no arsenal probatório os quais serviram de suporte para o cabal reproche à ação do acusado, todavia parece diluir-se quando se nos depara o teor de suas declarações prestadas nos autos, com os depoimentos das testemunhas auriculadas, ao decorrer da instrução probatória, como se pode atentar, de princípio pelas afirmações do acriminado, ora recorrente, abaixo transcritas, *ut littera*:

***“que não sabe do que está sendo acusado; em 1995 morava no Sítio Malhada das Pedras; sabe onde fica o sítio Caiçara; o Sítio Caiçara fica depois da Malhada das Pedras; que só conheceu um Francisco Benedito, na Mineirolândia; aqui em Mombaça nunca ingeriu bebida alcoólica na companhia de uma pessoa chamada Francisco Benedito; nunca compareceu a uma delegacia de polícia anteriormente; conhece bem a pessoas de José Paulo que tem um botequim na localidade de Caiçara; não conhece a pessoa de Manoel Messias do Nascimento, apelidado de Messias; não tem lembrança de conhecer Vanderlei Lopes Vieira, apelidado de Vando; (...); O Francisco Benedito que conheceu na Mineirolândia nunca foi visto pelo acusado nesta Comarca de Mombaça; tem uma irmã chamada Maria Consuela Ferreira de Lima; não tem idéia de quem seja Francisco Climério da Silva, conhecido como Cícero; (...); sua irmã Consuelo não é casada; sua irmã é solteira e não sabe dizer o nome de nenhum namorado que ela teve; nem foi e nem soube que seu pai tenha ido atrás de alguma pessoa para casar a força com a sua irmã; (...); não conhece nenhum Osmar Neneu ou Chico Preto pessoas que morariam em Mineirolândia; (...).*”**

Saliente-se que as declarações do acusado refletem o seu interrogatório prestado perante o plenário do Tribunal do Júri, porquanto durante toda a instrução do processo, o réu, ora apelante, encontrava-se foragido, vindo a ser localizado no dia 22 de janeiro de 2004, ocasião em que foi cumprido o mandado de prisão expedido contra o mesmo, quando do decreto de pronúncia emitido pelo juízo de instrução do processo.

Muito ao depois é que o insurgente teve ensejo de apresentar sua versão do injusto punível a si atribuído, conforme já mencionado, na data do julgamento pelos juízes laicos e muito embora tenha negado com veemência a autoria do ilícito, asseverando que não estivera a beber com a vítima, ocultando o fato de que a conhecia anteriormente, tais afirmações se revelam inteiramente discrepantes dos depoimentos prestados pelas testemunhas ouvidas, tanto na fase policial como em Juízo.

A combativa defensora do apelante, por conseguinte, não se houve com acerto ao argüir a negativa da autoria, em que pese o esforço desenvolvido em suas razões, pois estas, qual um titã de pés de barro, não resistem a um exame profundo da prova coletada ao processo, e que exerceu poderosa e considerável influência na decisão adotada pelo veredicto dos Juizes do Povo.

Convergem deste modo, ao mosaico probatório, suficientes elementos para configurar a autoria do crime e a identificação de LOURIVAL FERREIRA LIMA como sujeito ativo dessa ação típica.

Dessa certeza nos aproximamos ao cotejar o depoimento da testemunha WANDERLEY LOPES VIEIRA – Fls. 79/79v, *verbatim*:

***“... que após decorrido uma hora, o acusado e a vítima retornaram a casa do depoente e ficaram os dois deitados no terreiro da casa do depoente; que após passado alguns***

***minutos o depoente ouviu uns gemidos e resolveu sair de dentro de sua casa, verificou que o acusado já tinha feito o serviço na vítima, ou seja, o acusado furou a vítima com 14 furadas, utilizando-se de um trinchete o qual era parecido com um canivete....***

***... que no dia do fato a vítima estava embriagado e o acusado estava bom; que o acusado matou a vítima por perversidade, porquanto não havia motivos para tal; que não houve nenhuma discussão entre o acusado e a vítima...***

Às fls. 80/80v, cotejando-se o depoimento de ANTÔNIO NUNES DA SILVA, atento às suas declarações, surge o relato referente à circunstância concernente no detalhe de haver as testemunhas acima mencionadas ter presenciado a realização do ilícito.

Assim ressalta ele:

***“(...); que o depoente e Wanderley entraram em casa e o acusado e a vítima ficaram conversando do lado de fora; que passados alguns minutos o depoente e Wanderley escutaram alguns gemidos e quando foram ver o que estava acontecendo encontraram a vítima furada e morta e o acusado correndo; (...)”***

Por último, exsurge do repositório processual ora sob conspeção o depoimento do testigo MANOEL MESSIAS PAULINO DO NASCIMENTO, repousante às fls. 81/81v., da coletânea em apreço, quando esclarece, com segurança, *litteratim*:

***“(...); que o acusado e vítima eram inimigos, mas no dia do fato o acusado tinha dito para o***

***depoente e para a vítima que tinha tido uma enrascada com a vítima, mas naquele dia fatídico o acusado não tinha mais nada contra a vítima; (...); que o depoente não ouviu nenhuma discussão entre o acusado e a vítima quando os três estavam bebendo juntos; (...)***”.

Cabe evocar, neste passo valioso escólio de HELENO FRAGOSO, que merece reproduzido pois se ajusta como a mão à luva, à casuística debatida nestes autos, o que nos conforta sobremodo, pois, ao abordar temática pertinente ao cabimento de recurso em face de decisões do Júri popular, o inolvidável penalista assegura-nos, com a proficiência que ornamentava o seu magistério, *ad littera*:

***“ Como se sabe e como o declara a lei, com todas as letras, só cabe apelação da decisão que manifestamente ou seja, de forma evidente, escandalosa, gritante, contrarie a prova dos autos. Desde que a decisão do tribunal popular se ampare em alguns elementos de prova; desde que a decisão do Júri se fundamente numa das várias versões que razoavelmente se poderiam formar a partir do conteúdo do processo, não há como cassar a decisão.”*** E conclui, afirmando categórico, que ***“Não pode o tribunal togado impor a sua conclusão respeito dos fatos, devendo limitar-se a cassar as decisões que deles sejam delirantes. Do contrário, a dita soberania do Júri seria outra inútil ficção”*** (Conf. HELENO FRAGOSO, JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL , 1º Volume, 4ª. Edição, p. 320, Forense, Rio de Janeiro, 1982, o itálico é da transcrição) .

Infere-se, portanto, na hipótese em liça, que a decisão do júri não se apresenta divorciada das provas dos autos, e muito menos se amostra a elas antagônica, caso

em que seria a hipótese de anular o julgamento, segundo nossa sistemática processual, o que não é o caso. Pelo contrário, há coerência entre os fatos descritos na prossecução penal e os elementos hauridos na instrução do processo, posto que o Conselho dos Sete imprimindo sustentação ao resultado do julgamento, ao decidir à espécie para a qual fora convocado pelo princípio de sua soberania, optou claramente pela versão que lhe pareceu mais verossímil, qual seja, a exposta pela acusação.

Os assentos pretorianos confirmam o entendimento aqui decalcado, a exemplo do respeitado Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ao enunciar, de forma categórica, *ut littera*:

**I- JÚRI DECISÃO CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS – Inocorrência-Opção do CONSELHO DE SENTENÇA -por uma das versões existentes nos autos- SIMPLES EXERCÍCIO DO LIVRE CONVENCIMENTO – SENTENÇA CONFIRMADA – RECURSO NÃO PROVIDO –**

***II - Tendo o conselho de sentença, havendo duas versões sobre o fato, no exercício de livre convencimento, adotado aquela que lhe pareceu bem provada e reveladora da verdade real, não se pode admitir existência de contrariedade às evidências dos autos (...)* ( TJ SÃO PAULO, Ap. Crim 140 644- 3 GUARULHOS, 20 DE SETE DE 1993. RELATOR LUIZ PANTALEÃO LEX RJTJSP N.º 149 PG 282 E SEG.( terceira cam. CRIMINAL)**

Do mesmo Cenáculo, ainda ressuma este convincente e oportuno aresto, *ibi*:

***“HAVENDO MAIS DE UMA TESE COM AMPARO NA PROVA, A OPÇÃO DO JÚRI POR UMA DELAS NÃO AFRONTA A PROVA DE MODO***

**MANIFESTO, DEVE ASSIM PREVALECER A SOBERANIA DO JÚRI”.**

**(ac. Unânime, de 26 08 1991, ap crm n. 89 248-3, Relator DES. BARRETO FONSECA, IN RJTJSP, LEX , 134 P.427- 432)**

Há mais.

O muitas vezes aludido Areópago da Paulicéia, em um outro aresto, cujo teor se adequa , com propriedade à matéria em debate, fulminando a tese abraçada pela defensoria, assevera em ementa a seguir transcrita , em aresto fadado a espanejar qualquer dúvida, que :

**“ARBITRÁRIA SERIA A DECISÃO APELADA, SE RESULTASSE ELA DE CRIAÇÃO MENTAL DOS JURADOS, SEM O RESPALDO DA PROVA, OU EM MANIFESTO DIVÓRCIO COM O SEU CONTEÚDO. NÃO PORÉM, QUANDO FUNDADA EM UMA DAS VERSÕES EXISTENTES E DEBATIDAS NOS AUTOS , COM VÁLIDO SUPORTE PROBATÓRIO, REPUTANDO-A O JÚRI A MAIS CONVENIENTE”(Ac. unâni. De 26.08 1991, in RT, 626/90, 5ª. Câ. Criminal, do Tribunal de Justiça de São Paulo, ap. crim. n.º 114.737, Relator Des. VANDERLEY BORGES, de Olympia, em 6-3-1992, RJTSP, LEX, Vol. 135/45)**

*Last but not least*, adverte outro acatado colégio cameral, desta feita o não menos conspícuo Tribunal de Justiça das Alterosas, quando examinando hipótese de cunho similar, ressalta que:

**(...) decisão manifestamente contrária à prova dos autos, apta a ensejar a anulação do Júri e a afastar a soberania de sua decisão é aquela proferida ao arrepio de tudo quanto mostram os autos, é**

***aquela que não tem a suportá-la ou justificá-la, um único dado indicativo do acerto da conclusão adotada. Se, ao contrário, a decisão se assenta em algum dos elementos de convicção, tendo o jurado adotado uma das teses apresentadas para os fatos de que resultou a morte da vítima, não há que se falar que a decisão é manifestamente contrária à prova dos autos, já que o advérbio ‘manifestamente’, usado pelo legislador no art. 593, III, d, do CPP, dá bem a idéia de que só se admite seja o julgamento anulado quando a decisão do Conselho de Sentença for arbitrária por se dissociar inteiramente da prova dos autos”.*** (TJMG, RT 780/653).

No concernente, outrossim, à dosimetria da pena imposta, embora não tenha sido a espécie objeto de impugnação recursal específica, desejamos ressaltar que na decisório guerreado assoma, pela sua importância e gravidade, questão a merecer impostergável análise.

Convém ressaltar que, na esteira de salutar precedente do Eg. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo acolheu-se ali o entendimento de que “O Código de Processo de Penal, proíbe a **‘reformatio in pejus’**, mas não proíbe a **‘reformatio in melius’**, ainda que o condenado não tenha recorrido”.(TJSP – RT 514/357).

No caso *sub oculi*, a nosso vislumbre não houve no momento em que veio a lume a condenação, a incidência de causas de aumento e diminuição da pena, em virtude da completa niquência das circunstâncias atenuantes e agravantes, segundo o reconheceu o próprio magistrado ao exarar sentença após o julgamento no plenário do Júri, o que não o autorizava, de maneira alguma, a proceder conforme o fez, exacerbando a reprimenda.

É que, “Na fixação da pena”, como muito bem evoca um precedente jurisprudencial, “o juiz deve pautar-se pelos critérios legais recomendados pela doutrina, para ajustá-la ao

*seu fim social e adequá-la ao seu destinatário e ao caso em concreto*". (RT 612/353).

Por tal razão se o réu não possui antecedentes criminais, a pena-base deve aproximar-se tanto quanto possível, do mínimo legal, e para que prevaleça uma pena acima desse mínimo, tornava-se necessário e imperioso que o magistrado proceda ao exame do comportamento social do condenado, *"enfim, impõe-se que o juiz analise criteriosamente a conduta do apenado à luz das circunstâncias judiciais explicitadas no art. 59 do Código Penal, porque somente assim se terá um quadro referencial abrangente e idôneo revelador do conteúdo inserto no conceito de antecedentes, que alicerce ou não a exacerbação da dosimetria da pena"*. (JCAT 61/277).

Saliente-se que o magistrado sentenciante explicitou, de modo criterioso e convincente, as razões pelas quais resolveu aplicar a pena-base que estabelecera, para o delito previsto no art. 121, § 2º, IV do Código Penal, de modo que não poderia também, atingir o absurdo de fixá-la definitivamente em **quinze anos de reclusão**. Deslembrou-se o circunspeto judicante das preleções consubstanciadas na ênfase do valor e desvalor da conduta a enfeixar o juízo da culpabilidade, porquanto a individualização da pena, como destaca o ilustre penalista FRANCISCO GALVÃO, em seu opúsculo "DA APLICAÇÃO DA PENA", configura um direito constitucionalmente reconhecido (art. 5º, XLVI CF 88) e por tal razão "deve encontrar no exame da culpabilidade do agente os elementos necessários à justificação da penal que concretamente lhe é aplicada. "A medida da pena, se gradua, conforme preleciona WELZEL 'fundamentalmente de acuerdo a la gravedad de la culpabilidad". No seu labor sentenciante, o ilustrado julgador deixa a desejar na fundamentação das motivações, das conseqüências e circunstâncias do delito, e assinale-se: na operação da aplicação da pena parte ele de logo da premissa da ausência de antecedentes do condenado. Ainda tomando de empréstimo as fartas e judiciosas lucubrações do em seu bem elaborada monografia, jurista, quando soube perslustrar as ensinanças dos mestres tedescos, à frente WELZEL, KLAUS ROXIN,

sem olvidar JESCHEK e também dando lugar ao penalista lusitano JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, houve por transpor para esta clareira doutrinária aquilo que ele intuiu como a verdadeira essência do juízo de reprovação pessoal no crucial momento da aplicação da pena. Assegura-nos o autor que deve se ater à espécie não como elemento do crime, porém “ *como caráter essencialmente ligado aos componentes de reprovação social interligados aos princípios da dignidade humana, da informação e dos direitos de qualquer pessoa, acusada ou condenada de um delito, de saber e conhecer além do conteúdo da acusação, os componentes do entendimento do julgador a respeito dos preceitos da aplicação da pena, entre nós incluídos no pressuposto constitucional da individualização da penal e complementado na consubstanciação do artigo 59 do ESTATUTO REPRESSIVO PÁTRIO, a PG 1984 DO CPB.*”

E não seria, de modo algum despiciendo, enfeixar-se o seu conteúdo, no mesmo pé de igualdade dos princípios epistemológicos vigentes e atuantes na esfera do direito à informação, os quais se acomodam dentre as disposições inseridas na CONVENÇÃO INTER AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, O PACTO DE SAN JOSE DA COSTA RICA, em seu artigo 8, n.2, bem como no PACTO INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS aprovado pela ASSEMBLÉIA GERAL DA ONU ( PACTO DE MONTEVIDÉU, artigo 143, hoje integrando as normas cogentes de nossa CARTA MAIOR, por força do artigo 5º parágrafo 2º, integrante do *due process of law* e revigorado pelas disposições de direito supra nacional agasalhados pela EMENDA 45, DE 31 DE DEZEMBRO DE 2004. ( *passim*, AUT CIT DA APLICAÇÃO DA PENA, LIVRARIA DEL REI, BELO HORIZONTE, 1995, pg. 106 e seg.)

Da exegese desses pressupostos, alcança-se a ilação de que ao julgador é defeso omitir-se em analisar com a devida precisão os elementos que influíram no juízo de reprovação que ele produziu, porquanto, como bem se integra na imagem do doutrinador a quem nos socorremos, *verbis*: “*Afinal não basta afirmar que a culpabilidade do acusado é*

*exasperada*. Deve o julgador dar a conhecer o seu raciocínio, de forma que o condenado saiba exatamente porque o juízo de censura é no caso concreto, maior ou menor. *Por outro lado, continua o exegeta, cabe perceber que a fundamentação exposta na sentença constituiu a face externa da atividade valorativa do juiz e, por isso mesmo, não poderá restringir-se ele ao exame objetivo dos fatos praticados pelo agente, devendo explicitar com clareza os posicionamentos do julgador sobre a norma a ser aplicada, a postura individual do réu diante dessa norma, e ainda os valores sociais envolvidos.*" (op, cit.)

Não é de se admitir, por conseguinte seja a pena base ser fixada, de forma exasperante e sem a fundamentação consentânea existente, como condição imperativa, pela lei penal, dentre os temperamentos ensartados em seu artigo 59, incisos I a III.

Nestas condições, não se vislumbra, analisando-se o processo como um todo, motivos razoáveis para exautorar a sentença apelada no tocante ao reconhecimento da conduta punível praticada pelo recorrente, prevista na moldura típica do art. 121, § 2º, IV do Código Penal. Apenas fariamos um pequeno reparo na sua dosimetria, isto é fixando diante dos critérios do artigo 59, II do Código Penal Brasileiro, - e com espeque nos arrazoados acima expendidos, - a pena base em 13 (treze) anos de reclusão, tornando-a, assim, definitiva em virtude da inexistência de circunstâncias agravantes e atenuantes, causa de aumento e diminuição da pena, e ainda à falta de fundamentação que autorize sua exarcebação, restando a pena definitiva a ser cumprida em regime inicialmente fechado conforme acima aludido, em 13 (treze) anos de reclusão

Deverão, portanto, permanecer sem alteração os demais sancionamentos impostos e reconhecidas na sentença apelada.

É como voto.

Fortaleza, 02 de abril de 2007.

\*\*\*

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

**APELAÇÃO CRIME Nº: 2001.0000.8669-9/0  
ORIGEM: COMARCA VINCULADA DE VARJOTA  
APELANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO  
APELADO: ANTÔNIO ARAÚJO CRUZ  
RELATORA: DES<sup>a</sup>. MARIZA MAGALHÃES PINHEIRO**

**EMENTA: PENAL E PROCESSO PENAL.  
TRIBUNAL DO JÚRI. CRIME DE HOMICÍDIO.  
ACOLHIMENTO DA TESE DE LEGÍTIMA DEFESA  
DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À  
PROVA DOS AUTOS.**

**01 – A decisão do Júri comporta juízo de reforma quando manifestamente contrária à verdade apurada no processo, representando distorção de sua função de julgar.**

**02 – É manifestamente contrária à prova dos autos a decisão dos jurados que, acolhendo a contraditória palavra do réu, afirma a existência da legítima defesa real, solução essa rechaçada pelo conjunto probatório do processo.**

**03 – Persistindo ao menos, indícios de que a ação do acusado não ficou restrita às exigências do art. 25 do Código Penal, incogitável falar-se em legítima defesa própria, a qual caracteriza-se pelo repúdio moderado à agressão injusta, atual ou iminente.**

**04 – Provimento do recurso a fim de que, cassada a decisão do Júri, seja o réu submetido a novo julgamento.**

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda, a

Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento para, anulando a decisão do Júri, determinar que o réu seja submetido a novo julgamento, tudo nos termos do voto da Relatora.

## RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta pelo MINISTÉRIO PÚBLICO, contra decisão do Tribunal do Júri que, reconhecendo o excesso culposo em legítima defesa, desclassificou o crime de homicídio doloso qualificado por utilização de meio cruel para homicídio culposo, praticado pelo apelado ANTÔNIO ARAÚJO CRUZ. Alega o Ministério Público que a decisão é manifestamente contrária à prova dos autos.

Em suas contra-razões de apelação (fls. 107/108) a defesa defende o acerto da decisão, pugnando pela sua manutenção.

Em parecer de fls. 116/120 a douta Procuradoria Geral de Justiça ratifica a tese do apelo, repelindo os argumentos da defesa e opinando pelo provimento do recurso, com a conseqüente desconstituição da decisão desclassificatória dos jurados, a fim de que o apelado seja submetido a novo julgamento.

É o relatório.

## VOTO

Consta da denúncia, do inquérito e do que mais constam dos autos, que após um entrevero no cabaré da cidade, entre a vítima e o apelado, no qual aquela lhe dera um murro, o acusado se retirara, indo embora, tendo a vítima continuado a sua farra com um companheiro de trabalho.

Ocorre que, horas depois, os desafetos se reencontram próximo à casa do acusado, quando se desentendem novamente, e a vítima ameaça o acusado com uma faca, correndo atrás dele, até que este entra e se tranca dentro de casa, ficando a vítima do lado de fora, chamando-o

para matá-lo.

Com a confusão, aparecem vizinhos que acalmam o ânimo da vítima pedindo para que ela vá embora pois que não valeria a pena tal ato, com o que são atendidos, passando a vítima a se retirar para a sua casa, momento em que o acusado sai de casa e passa a instigá-lo, voltando a vítima a correr atrás do acusado que pula pela janela para dentro da sua casa enquanto a vítima atira-lhe a faca, que bate no portal da janela e cai para dentro da casa do acusado.

Vendo que a vítima agora se encontrava desarmada o acusado passa de agredido a agressor, saindo de casa com a faca em punho e prometendo matar a vítima dizendo “*agora eu vou te matar, filho de uma égua*”. A vítima que se encontrava embriagada, tentou fugir correndo, tendo tropeçado e caído, momento em que o acusado o atacou, desferindo-lhe, segundo o laudo de exame cadavérico de fl. 11, nada menos do que 55 (cinquenta e cinco) facadas, matando-o e se evadindo do local do crime, fugindo do distrito da culpa, mantendo-se foragido, tendo sido decretada a sua revelia e prisão preventiva.

O conjunto probatório constante dos autos não sustenta a tese da legítima defesa, vez que, como se disse, o acusado encontrava-se dentro de casa quando a vítima já estava desarmada, sem lhe oferecer mais nenhum perigo, sendo suficiente, a partir daí, que levasse os fatos ao conhecimento da autoridade policial ou que deixasse a vítima mesmo do lado de fora, já que não lhe representava mais nenhum perigo, até que cansasse e fosse embora, como já tinha sido convencida outra vez pelos vizinhos.

Segundo o depoimento da primeira testemunhas da acusação (fls. 33/34), ERIZON ALVES CAMELO, ele estava dormindo, quando foi acordado com o barulho de uma briga, tendo saído de sua casa e se encontrado com o vizinho Vicente Monte, que também se acordara com o barulho, tendo os dois ido até a esquina, quando a vítima veio até eles dizendo que estava brigando com o acusado, tendo Vicente Monte aconselhado a vítima a ir para casa, no que a vítima atendeu dirigindo-se a sua residência com o Sr. Vicente Monte. Que cerca

de 20 minutos depois, já ouviram o barulho de um carro, voltando a sair, quando viu uma ambulância recolhendo o cadáver da vítima. Afirma a testemunha que ouviu comentários de que quando a vítima se dirigia para casa, o acusado voltou a insultá-la tendo a vítima corrido e desferido uma facada que pegou no portal da janela, tendo a faca caído para dentro da casa do acusado, o qual se armou com a própria faca da vítima e saiu de casa para enfrentar Chico Honório.

Esta versão é confirmada com extrema precisão pelas testemunhas VICENTE DE PAIVA MONTE e ALBERTINA VIANA LOPES, conforme depoimentos de fls. 34 e 35.

Mais importante, ainda, é o testemunho de RAIMUNDO MARCELINO DIOGO (fls. 42/43), que acompanhava a vítima e presenciou o fato delituoso.

Essa testemunha diz que era colega de trabalho da vítima, em uma construção, e ao terminar as atividades, por volta das 17:30 horas, saíram para tomar umas cervejas. Aduz que a vítima já falava que naquele dia ia arrumar confusão. Foram à casa do dono da obra receber o pagamento e continuaram a beber, tendo a vítima o convidado para irem a um forró no bairro do Ararinha e chegando lá, a vítima arrumou logo uma confusão com um rapaz que não era a pessoa do acusado. Continua dizendo que após ter acalmado os ânimos, a vítima o convidou para irem ao cabaré, aonde chegaram, pediram uma cerveja e começaram a beber.

O desentendimento começou quando o acusado, lá no cabaré, se aproximou da testemunha e lhe pediu um copo de cerveja, tendo ele oferecido o seu próprio copo porque a vítima era quem tinha pago a cerveja e quando bebia criava muito caso. Diz que quando o acusado esticou o braço para pegar o copo do depoente a vítima subitamente lhe desferiu um murro no rosto, com o que o acusado caiu ao solo.

Relata a testemunha que acalmada novamente a situação, convidou a vítima para ir para casa. Que no caminho de casa a vítima se encontrou com o acusado, tendo corrido atrás dele de arma em punho e que, porque não alcançou o acusado, as pessoas o aconselharam a guardar a arma e ir

para casa. Que a vítima já se dirigia para casa quando o acusado saltou a janela e jogou areia nele, mandando a vítima soltar a faca e disputar na mão. Aduz que a vítima não soltou a faca e chorando disse “*eu vou matar esse neguim filho duma égua*”, agredindo o acusado com uma faca que errou, acertando na forra da janela, tendo a faca caído para o lado de dentro da casa do acusado, o qual a pegou e saiu de casa dizendo “*eu é que vou matar este filho duma égua, agora!*”. Completa dizendo que a vítima fez carreira e o acusado correu atrás dela, alcançando-a e desferindo-lhe uma facada nas costas derrubando a vítima ao solo, terminando por dizer que pedia para o acusado não fazer aquilo com a vítima, no que ele respondia que ia mesmo era matá-lo, e que a vítima caída no chão, o acusado continuou a desferir os golpes de faca continuamente, para depois empreender fuga.

A versão constante da denúncia e relatada pelas testemunhas é confirmada pelo depoimento do acusado, no seu interrogatório perante o juiz (fls. 52/53). Diz que é verdadeira a imputação que lhe é feita. Confirma que levava um tapa da vítima e que depois disso foi para casa. Diz que já estava em casa quando a vítima chegou e bateu na janela, chamando-o para fora para matá-lo. Diz que seu tio, de nome José, conhecido também por Ney, tentou acalmar a vítima chamando-a para ir embora, no que a vítima aquiesceu, tendo ele saído de casa, ocasião em que a vítima voltou a investir contra ele, que correu e pulou a janela, tendo a vítima jogado a faca, que bateu na janela e caiu dentro de casa. Diz claramente o acusado que, então, pegou a faca da vítima, pulou de novo a janela, para fora de casa e correu atrás da vítima, que tropeçou tendo ele atingindo-a já no chão. Diz que recorda ter dado duas facadas, uma nas costelas e outra nas costas, não se lembrando se desferiu mais algum golpe, tendo se evadido do local e no outro dia pego um ônibus com destino ao Estado de Minas Gerais.

Interrogado perante o Tribunal do Júri, confirmou toda a versão já reiteradamente relatada nos autos, acrescentando desta feita que agira em legítima defesa, ao perceber que a vítima ia entrar na sua residência para tomar a faca, ocasião em que lhe

desferiu os dois golpes.

De acordo com o art. 25 do Código Penal, entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.

No presente caso, não vejo caracterizada a atualidade ou a iminência da agressão, uma vez que a vítima já se encontrava desarmada e o acusado seguro, dentro de casa. A sua ação não foi outra senão a de revanche ou vingança, passando de agredido a agressor. A conduta da vítima, ainda que reprovável e criminosa, de maneira alguma autoriza o comportamento do denunciado, vez que já se encontrava fora de qualquer ameaça, cabendo-lhe, tão somente, buscar as vias legais pelo que sofrera.

Contrária, também, a decisão à prova dos autos quando, mesmo reconhecendo a legítima defesa, reconhece o excesso culposo de quem desferiu raivosamente 55 golpes de faca contra a vítima, ainda mais quando reconheceu o Conselho de Sentença que os meios empregados na repulsa não eram necessários, conforme resposta ao quesito número 07 (fls. 87/88).

Face ao exposto, conheço do apelo e dou-lhe provimento para, anulando a decisão recorrida, determinar que o réu seja submetido a novo julgamento.

Fortaleza(CE), 25 de abril de 2006.

\*\*\*

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

**Nº 2001.0001.3345-0/0**

**APELAÇÃO CRIMINAL (de Fortaleza)**

**APELANTE: JOSÉ RIBAMAR PEREIRA DE SOUZA**

**APELADA: JUSTIÇA PÚBLICA**

**RELATOR: DES. LUIZ GERARDO DE PONTES BRÍGIDO**

**-Apelação crime.**

**-Roubo.**

**-O delito consuma-se no momento em que o assaltante, após ameaçar a vítima, a despoja de seus bens, ainda que, de contínuo, tenha sido perseguido e preso em flagrante. Diretiva cristalizada no verbete sumular nº 11 desta Corte.**

**-A significativa cooperação do apelante na consecução do delito, escapulindo com o produto do roubo e disparando, para garantir a posse da res, nos policiais que o perseguiram, arreda, num pronto, a aspirada redutora da participação de menor importância.**

**-Recurso, *unius modi*, improvido.**

Vistos, relatados e discutidos os autos acima identificados.

1 - O recorrente apela da sentença que o condenou a cinco anos e quatro meses de reclusão, mais multa, regime semi-aberto, pela prática de crime capitulado no art. 157, § 2º, inc. s. I e II do CP. Daí o apelo, em que pede a desclassificação da conduta delitiva para tentativa de roubo, ao argumento de que não teve a posse desvigiada da res, pugnando, de parelha, pelo reconhecimento da participação de menor importância, reduzido, por consectário, o quantum sancionatório.

Recurso contra-arrazoado, autos nesta instância revisora, opinou a PGJ pelo improvimento do reclamo.

É o relatório.

2 – Nada a modificar ou a emendar no decreto condenatório. De feito, à boca da noite de 13 de julho de 2000, o apelante, armado de revólver, e um indivíduo identificado apenas como “Mariquito”, assaltaram a panificadora Pão e Sabor LTDA da Av. Washington Soares. Após ameaçar José Arnaldo Soares Pereira, dono do estabelecimento, apontando-lhe a arma, o apelante subtraiu R\$ 37,00 da caixa registradora, fugindo, em

seguida, em uma motoneta pilotada pelo cúmplice. Chamada ao sítio da ocorrência, a polícia logo encontrou o recorrente e o comparsa, iniciada uma perseguição, com troca de tiros, culminando na prisão dele, réu, alvejado na perna, ainda na posse da quantia surrupiada. O outro assaltante, escalando, com agilidade felina, os muros das casas, conseguiu, para azar da sociedade, escapular dos milicianos.

Do apelo pode-se dizer que é “sem futuro”. Ou que é daqueles cujo objetivo resume-se a diferir a definitividade do provimento recriminatório. A vítima, em juízo, ratificou o reconhecimento do acusado feito no inquérito e descreveu, com a mesma convicção, toda a cena delituosa, detalhando o fato desde o arrebatamento do numerário até a fuga dos rapinantes.

Nesse passo, escoo pelo ralo a primeira vertente da apelação porquanto o roubo consuma-se no instante em que o ladrão torna-se possuidor da coisa móvel alheia, subtraída mediante grave ameaça ou violência. Aliás, a fuga do larápio com o bem saqueado traduz inequivocamente a existência de posse. E a perseguição – não fosse a legitimidade do desforço imediato – seria ato de turbação (ameaça à posse do ladrão).

Aplica-se à espécie, sem tirar nem pôr, a Súmula nº 11 do TJCE, verbis:

**“O delito de roubo se consuma no instante em que a detenção da coisa móvel alheia se transforma em posse, mediante o emprego de grave ameaça ou violência à pessoa, sendo irrelevante que o agente a tenha tranqüila e disponha livremente da res furtiva”.**

De remate, ponha-se em relevo que **“quem atua de forma direta e ativa na ação delituosa, inclusive, fugindo na posse da res furtiva, para retirá-la da esfera de disponibilidade e vigilância da vítima”**, não pode alegar participação de menor importância, fulminada, a curto e pronto, a pretendida lenificação da reprovação penal (JUTACRIM-SP vol. 99, p. 234).

Questão encerrada.

**3 - Pelo exposto, ACORDA a 1ª CÂMARA CRIMINAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ, uno consensu, em negar provimento ao recurso, para manter intacta a sentença investivada.**

Fortaleza, 25 de junho de 2007.

\*\*\*

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

**Nº 2002.0007.4212-8/1: APELAÇÃO CRIME  
COMARCA: QUIXERAMOBIM  
APELANTE: FRANCISCO OSMILDO MARREIRO  
APELADA: JUSTIÇA PÚBLICA  
RELATOR: DES. EYMARD DE AMOREIRA**

**EMENTA: PENAL – PROCESSUAL - APELAÇÃO CRIME - ATROPELAMENTO - CULPA DO CONDUTOR - PROVA DUVIDOSA E INSUFICIENTE – PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA. PROVIMENTO**

- 1. Conforme razões do apelo, que guardou acolhida no parecer do Ministério Público, o contexto probatório demonstrou sobejamente que o fatídico se desenvolveu sem a existência dos elementos característicos da culpa, decorrendo unicamente da precipitação da vítima em atravessar subitamente à frente do apelante, conforme apurado no depoimento de todas as testemunhas.**
- 2. Prescinde ficar provada nos autos de forma incontroversa, a culpabilidade do agente, para que se admita a prolação de uma sentença condenatória, não bastando, para tanto, meras**

**cogitações acerca do comportamento do acusado. Vejamos: “1) Quando a prova produzida se mostra insuficiente e deixa sérias dúvidas sobre a culpa imputada ao condutor do veículo envolvido no atropelamento, por aplicação do aforismo *in dubio pro reo*, sua absolvição se torna imperiosa - 2) Apelação provida. (TJAP - ACr n.º 2650/ - Acórdão n.º 11380 - Rel. MÁRIO GURTYEV - Câmara Única - j. 28/08/2007 - v. Unânime - p. 19/09/2007 - DOE n.º 4093)”.**

**3. Apelo provido. Decisão unânime.**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação crime, nº 2002.0007.4212-8/1, de Quixeramobim, em que é apelante Francisco Osmildo Marreiro e apelada a Justiça Pública.

Acorda a Turma, por unanimidade de votos, em conhecer do apelo, e dar-lhe provimento, em compasso com a douta Procuradoria Geral de Justiça.

**Francisco Osmildo Marreiro**, qualificado nos autos, interpôs o presente apelo, em face da decisão do Juízo da 2ª Vara da comarca de Quixeramobim que o condenou a uma pena de 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de detenção, assim como a suspensão da Carteira de Habilitação por período igual a 02 (dois) anos, com esteio no art. 302, I da Lei 9.503/97, em decorrência de, no dia 12 de agosto de 2002, na Rua Dom Hélio Campos, na cidade de Quixeramobim, ter atropelado e levado a óbito a vítima anciã Rosimiro Borges de Sousa, quando pilotava a motocicleta Honda CG Titan 125 de placas HXI 9053, sem que tenha habilitação.

As razões deduzidas, afirmam a inexistência de provas contundentes acerca da culpa do apelante, pelo que pede sua absolvição. (fls.89/90).

Contra-razões ministeriais às fls.97/99, requerendo a conservação da decisão recorrida.

Parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça às

fls. 106/108, opinando pelo provimento do apelo.

É o relatório.

Conforme razões do apelo, que guardou acolhida no parecer do Ministério Público, o contexto probatório demonstrou sobejamente que o fatídico se desenvolveu sem a existência dos elementos característicos da culpa, decorrendo unicamente da precipitação da vítima em atravessar subitamente à frente do apelante, conforme apurado no depoimento de todas as testemunhas.

Ficou ainda comprovado que o apelante dirigia em baixa velocidade e atento ao caminho que percorria, tentando ainda breicar, mas não logrando êxito, contudo, prestou imediato socorro à vítima.

É fato que o recurso *sub oculi* possui elementos robustos para prosperar, pois diante das provas colhidas perante a autoridade judicial, restou evidenciado, de forma inarredável, que o apelante não agiu culposamente, haja vista que a prova analisada demonstra pelas circunstâncias da ocasião, que não era razoável exigir-lhe conduta diversa, porquanto, fora surpreendido pela imprudência da vítima, que acabou sucumbindo a sua própria incúria.

É nesse sentido que os Tribunais Nacionais vêm decidindo, *verbis*:

**ACIDENTE DE TRÂNSITO. ATROPELAMENTO. RODOVIA. FALTA DE CAUTELA DA VÍTIMA – ACIDENTE DE TRÂNSITO.**

***Atropelamento em rodovia asfaltada. Pedestre colhido sobre o leito da rodovia. Tratando-se de local destinado ao trânsito de veículos, age imprudentemente o pedestre que atravessa a pista a frente de veículo que por ela se desloca. Não se infere culpa concorrente do motorista pelo só fato de não ter conseguido evitar o atropelamento. Recursos providos. (TARS – ac 187.029.475 – 4ª Cciv. Rel. Juiz Ivo Gabriel da Cunha ).***

De mais a mais, prescinde ficar provada nos autos de forma incontroversa, a culpa por parte do agente, para que se admita a prolação de uma sentença condenatória, não bastando, para tanto, meras cogitações acerca do comportamento do acusado.

Destarte, evidenciando a inconsistência de provas pela culpabilidade do réu, e o comportamento imprevisível da vítima para a eclosão do evento fatídico, a absolvição é medida que se impõe, não restando a esta relatoria outra alternativa senão reformar a decisão monocrática proclamando a absolvição do acusado, conforme se inclina a jurisprudência Pátria:

**EMENTA PROCESSUAL PENAL E PENAL - Acidente de trânsito - Atropelamento - Culpa do condutor - Prova duvidosa e insuficiente - Absolvição - Aplicação do aforismo in dubio pro reo - Apelação - Provimento - 1) Quando a prova produzida se mostra insuficiente e deixa sérias dúvidas sobre a culpa imputada ao condutor do veículo envolvido no atropelamento, por aplicação do aforismo in dubio pro reo, sua absolvição se torna imperiosa - 2) Apelação provida. (TJAP - ACr n.º 2650/ - Acórdão n.º 11380 - Rel. MÁRIO GURTYEV - Câmara Única - j. 28/08/2007 - v. Unânime - p. 19/09/2007 - DOE n.º 4093 ).**

Desse modo, dou provimento ao apelo, reformando a sentença do juízo monocrático, para absolver o apelado da condenação imposta, o que faço em parceria com o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça.

É como voto.

Fortaleza, 29 de janeiro de 2008.

\*\*\*

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

**APELAÇÃO CRIME Nº: 2003.0006.0710-5/1, DE BATURITÉ  
APELANTE: JOÃO ABREU FILHO  
APELADA: A JUSTIÇA PÚBLICA  
RELATOR: DES. FRANCISCO HAROLDO RODRIGUES DE  
ALBUQUERQUE**

**EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. LESÃO CORPORAL DE NATUREZA GRAVE. NULIDADE DA SENTENÇA. INOCORRÊNCIA. LEGÍTIMA DEFESA NÃO CARACTERIZADA. AUSÊNCIA DE SEUS REQUISITOS. ABSOLVIÇÃO INVIÁVEL. DESCLASSIFICAÇÃO PARA LESÃO LEVE. IMPOSSIBILIDADE. RETIRADA DA AGRAVANTE DO MOTIVO FÚTIL. INACOLHIMENTO. DECOTE DA AGRAVANTE DA SURPRESA. VIABILIDADE. PROVIMENTO PARCIAL. I - O réu se defende do fato narrado na denúncia e não da capitulação dada ao crime pelo titular da ação penal. Assim, não há como prosperar o argumento de cerceamento do direito de defesa, se a exordial acusatória descreveu os fatos de forma a se concluir que o acusado infringiu o dispositivo legal pelo qual foi condenado, ocorrendo, no caso, mera *emendatio libelli*. II – Inviável a absolvição do acusado, com base na legítima defesa, quando a agressão da vítima ao réu foi justa, sendo certo que reconhecer que o acusado agiu sob o manto da referida excludente de ilicitude seria aceitar legítimas defesas recíprocas, o que é inadmissível no nosso ordenamento jurídico. III – Ainda que se considere a ocorrência de injusta agressão, não há como ser acolhida a tese de legítima defesa,**

**haja vista a inexistência da necessária moderação na reação e do uso dos meios necessários. IV - Embora o laudo complementar tenha se realizado além do prazo estabelecido no § 2º, do art. 168, do Código de Processo Penal, tem-se que este foi devidamente corroborado pelas circunstâncias do fato e pela prova oral, razão pela qual não pode prosperar o pedido de desclassificação para lesão leve. V – Ainda que fosse afastado o inciso I, do § 1º, do art. 129, do CP, ainda assim, não poderia haver a pretendida desclassificação, isso porque, além da incapacidade para as ocupações habituais por mais de 30 dias, também foram reconhecidos pelo julgador, com inquestionável razão, o perigo de vida e a debilidade permanente de membro, sentido ou função, contra os quais, inclusive, o apelante não se insurgiu. VI - Somente a embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior, segundo dicção do § 1º, art. 28, do Código Penal, comprovada, com segurança, pelas provas dos autos, seria capaz de, eventualmente, mais do que afastar a agravante do motivo fútil, isentar o réu de pena, não existindo, portanto, incompatibilidade entre a embriaguez do acusado e o reconhecimento do motivo fútil. VII - Não há como se manter a agravante prevista no art. 61, inciso II, alínea 'c', do Código Penal, quando o ofendido tinha motivos para esperar um ataque do ofensor, seja porque havia inimizade anterior entre eles, relatada por diversas testemunhas e pelos próprios envolvidos, seja porque houve por parte do réu o prévio anúncio do embate. VIII – Sentença parcialmente reformada.**

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de apelação-crime, acorda a Turma Julgadora da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, sem divergência de votos, conhecer do recurso, por ser próprio e tempestivo, para dar-lhe parcial provimento, mas, apenas, para retirar a agravante da surpresa, reduzindo a pena privativa de liberdade para 01 ano e 04 meses de reclusão, mantendo-se os demais termos da sentença recorrida, tudo na forma do voto condutor.

João Abreu Filho, qualificado nos autos, foi denunciado pelo Representante do Ministério Público oficiante na 2ª Vara da comarca de Baturité, como incurso nas penas do art. 129, § 1º, inciso I, c/c o art. 61, inciso II, alíneas 'a' e 'c', ambos do Código Penal Brasileiro, sob o argumento de ter o mesmo, por volta das 01h30min, do dia 1º de janeiro de 2002, naquela cidade, agredido a vítima - Francisco Evanildo Silva Dias, a golpes de faca, por motivo fútil e de surpresa, causando-lhe lesões de natureza grave, que resultaram em perigo de vida, incapacidade para as ocupações habituais por mais de 30 dias e debilidade permanente da função motora do membro inferior direito.

Depois de citado, o réu compareceu em juízo e foi interrogado, oportunidade em que destacou que a acusação que lhe foi assacada é verdadeira, mas em parte.

Apresentada a defesa prévia, ultimada a instrução criminal e ofertadas as alegações finais, sobreveio a sentença de fls. 110/116, no qual o juiz da causa, julgando procedente a denúncia, condenou o acusado, como incurso no art. 129, § 1º, incisos I, II e III, c/c o art. 61, inciso II, letras 'a' e 'c' e art. 65, III, letra 'd', todos do CPB, aplicando-lhe a pena definitiva de 01 ano e 07 meses de reclusão, sendo-lhe concedido, ainda, o benefício da suspensão condicional da pena, pelo prazo de 02 anos.

O acusado, inconformado com a sentença, interpôs o presente recurso de apelação, no qual postulou, preliminarmente, pela nulidade da mesma, por ofensa aos princípios da ampla defesa e do contraditório, requerendo, no mérito, a sua absolvição, pelo reconhecimento da excludente de

ilicitude da legítima defesa ou, alternativamente, a desclassificação para lesão corporal leve, eis que não foi provada a incapacidade para as ocupações habituais por mais de 30 dias, bem como o decote das agravantes do motivo fútil e da surpresa.

A Promotoria Pública, ao apresentar as contrarrazões (fls. 135/139), posicionou-se pela manutenção da sentença recorrida.

A douta Procuradoria Geral de Justiça, manifestando-se (fls. 146/152), opinou pela parcial procedência do apelo, porém, apenas, para que seja retirada a agravante da surpresa.

É o relatório.

O acusado, nas razões recursais, argüiu, preliminarmente, cerceamento de seu direito de defesa, alegando que a juíza sentenciante modificou a definição jurídica dos fatos, sem dar-lhe a chance de manifestar-se a respeito, o que, segundo defendeu, representa afronta ao art. 384 do Código de Processo Penal, bem como aos princípios da ampla defesa e do contraditório.

Realmente, a magistrada processante condenou o réu pelo crime tipificado no art. 129, § 1º, incisos I, II e III, c/c o art. 61, inciso II, letras 'a' e 'c' e art. 65, III, letra 'd', todos do CP, enquanto que o titular da ação penal, na peça delatória, requereu a condenação do mesmo nas sanções do art. 129, § 1º, inciso I, c/c o art. 61, inciso II, alíneas 'a' e 'c', do mesmo diploma repressivo.

Entretanto, depois de cuidadosa análise dos fólios, verifica-se que não assiste razão ao apelante, haja vista que, no caso concreto, não ocorreu *mutatio libelli*, mas mera *emendatio libelli*.

Como se sabe, o réu se defende dos fatos narrados na denúncia e não da capitulação dada ao crime pelo titular da ação penal. Senão, veja-se a pontual lição de Fernando Capez, *in* Curso de Processo Penal, 13ª ed., Editora Saraiva, pág. 424:

*No processo penal, o réu se defende de fatos, sendo irrelevante a classificação jurídica constante da denúncia ou queixa. Segundo o princípio da*

*correlação, a sentença está limitada apenas à narrativa feita na peça inaugural, pouco importando a tipificação legal dada pelo acusador. Deste modo, o juiz poderá dar aos eventos delituosos descritos explícita ou implicitamente na denúncia ou queixa a classificação jurídica que bem entender, ainda que, em consequência, venha a aplicar pena mais grave, sem necessidade de prévia vista à defesa, a qual não poderá alegar surpresa, uma vez que não se defendia da classificação legal, mas da descrição fática da infração penal. (...); Trata-se de aplicação pura do brocardo jura novit curia, pois, se o juiz conhece o direito, basta narrar-lhe os fatos (narra mihi factum dabo tibi jus).*

Assim, nesses termos, observa-se que o representante do *parquet*, na peça denunciatória de fls. 02/05, relatou que *o ofendido submeteu-se a uma cirurgia de grande porte, na região lesionada, sofrendo risco de vida, ficou afastado de suas ocupações habituais por mais de trinta dias e atualmente amarga debilidade permanente da função motora do membro inferior direito.*

Portanto, com base no contexto fático da denúncia e nas provas dos autos, a juíza sentenciante entendeu que o acusado também infringiu os incisos II e III, do § 1º, do art. 129, do Código Penal, efetuando, desse modo, simples emenda à peça acusatória, o que é plenamente permitido pela nossa legislação, segundo a dicção do art. 383 do Código de Processo Penal, que assim preceitua:

*Art. 383. O juiz poderá ao fato definição jurídica diversa da que constar da queixa ou da denúncia, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave.*

Os Tribunais do país já consolidaram idêntico posicionamento sobre a questão, consoante se constata dos julgados abaixo transcritos:

*PENAL E PROCESSUAL PENAL. ART. 19, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI Nº 7.492/86. VIOLAÇÃO AO ART. 619 DO CPP INEXISTENTE. DENÚNCIA. ADITAMENTO. EMENDATIO LIBELLI. MEDIDA DISPENSÁVEL. NARRATIVA ABRANGENTE QUE PERMITE OUTRA ADEQUAÇÃO TÍPICA. ART. 171, § 3º, DO CP E ART. 19, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI Nº 7.492/86. CONDUTAS DIVERSAS. COOPERAÇÃO DOLOSAMENTE DISTINTA. SÚMULA Nº 7/STJ. (...) II - **Se a imputatio facti, explícita ou implicitamente, permite definição jurídica diversa daquela indicada na denúncia, tem-se a possibilidade de emendatio libelli (art. 383 do CPP). III - Não há, pois, nulidade decorrente da inobservância do mecanismo da mutatio libelli (art. 384 do CPP) se a exordial acusatória apresenta narrativa abrangente que admite outra adequação típica (Precedentes do Pretório Excelso e do STJ). (...)** (REsp 761.354/PR, Relator: Min. Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 19.09.2006, DJ 16.10.2006 p. 421).*

*CRIMINAL. HC. ESTELIONATO. FORMAÇÃO DE QUADRILHA. PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO. EMENDATIO LIBELLI. O RÉU SE DEFENDE DOS FATOS POSTOS NA DENÚNCIA. INCOMPETÊNCIA. SÚMULA 521/STF. INAPLICABILIDADE. (...) **Hipótese em que se alega nulidade da sentença por ausência de correlação entre a denúncia e a sentença condenatória;(...) Situação na qual foi dada nova definição jurídica aos fatos expostos na denúncia, diversa da capitulação nela inserida, contudo, dentro das circunstâncias postas na peça acusatória. Hipótese de emendatio libelli, pois o réu defende-se dos fatos***

***e não da capitulação posta na denúncia.*** (...) (HC 53.318/PB, Relator: Min. Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 12.06.2006, DJ 01.08.2006 p. 486).

***RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. ABORTO. INOBSERVÂNCIA DO ART. 384 DO CPP. INEXISTÊNCIA. EMENDATIO LIBELLI. CONCURSO DE PESSOAS. CONDUTAS AUTÔNOMAS. ABSOLVIÇÃO DE CO-RÉU. POSSIBILIDADE. 1. O réu, em nosso sistema processual penal, defende-se da imputação fática e não da imputatio iuris, logo, restando caracterizada a emendatio libelli e não a mutatio libelli, desnecessária a observância das disposições do art. 384 do Código de Processo Penal.*** (...) 5. Recurso desprovido. (REsp 754.301/PA, Relatora: Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 11.04.2006, DJ 15.05.2006 p. 280).

Dessa forma, uma vez caracterizada a *emendatio libelli* e não a *mutatio libelli*, torna-se inviável o acolhimento da preliminar argüida.

No mérito, o recorrente sustentou que agiu sob o manto da legítima defesa, razão pela qual requereu a sua absolvição, argumento esse que, seguramente, não merece ser acolhido, isso porque não se reputam presentes os requisitos legais da referida excludente de ilicitude.

Com efeito, o art. 25 do Código Penal Brasileiro, abaixo transcrito, ao conceituar a legítima defesa, estabelece os seguintes requisitos, indispensáveis para a sua configuração: a injusta agressão, atual ou iminente, contra direito seu ou de terceiros; a reação moderada e proporcional do agredido e o uso dos meios necessários para repelir tal agressão, *in verbis*:

*Art. 25. Entende-se por legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.*

No caso vertente, não se verifica a injusta agressão praticada pela vítima contra o réu, isso porque o acusado, já de posse da arma branca, foi quem desafiou a vítima para o embate.

De fato, embora haja divergências entre os relatos do ofendido e do réu, ambos foram uníssonos ao afirmar que foi este quem desafiou aquele para a luta corporal, já com a arma branca na mão. Senão, veja-se:

*(...); Que daí o interrogando já estava embriagado e disse: É SÓ VOCÊ PULAR EM CIMA; Que nisso a vítima deu um soco grande no rosto de sua mãe que seria para pegar em seu rosto e que a sua mãe foi ao chão, uma senhora de sessenta e seis anos; Que nisto o interrogando e a vítima se agarraram e como o interrogando se encontrava muito próximo a faca que levava na mão lesionou a vítima na luta corporal; (...). (Acusado, às fls. 58/59).*

*(...); Que o acusado apareceu e disse: SE VOCÊ TIVER ACHADO RUIM CORRA DENTRO; Que foi aí que o declarante voltou e que era uma subida de um alto e que o acusado vinha subindo e o declarante descendo e aí se encontraram; Que quando se encontraram o declarante tacou a sua perna no acusado dando um chute e daí o acusado tacou a faca em sua perna; Que na ocasião em que deu o chute no acusado o mesmo já estava com a faca na mão (...). (Vítima, às fls. 72/73).*

Assim, o fato de o ofendido ter aplicado um chute no réu não pode ser considerado injusto, diante da circunstância de que este, ostentando o objeto ofensor, o chamou para o desafio corporal.

Reconhecer que o acusado agiu em legítima defesa seria aceitar legítimas defesas recíprocas, o que é inadmissível no nosso ordenamento jurídico, A propósito, observe-se a doutrina

de Damásio E. de Jesus, *in* Direito Penal, Parte Geral, vol. 1, 25ª ed., Editora Saraiva, pág. 387:

*Não há legítima defesa de legítima defesa (legítimas defesas recíprocas). Se A se encontra em legítima defesa contra B, é porque a conduta deste constitui agressão injusta. Ora, se o comportamento de B é ilícito, não pode ser ao mesmo tempo lícito.*

Além do que, ainda que se considere injusta a agressão da vítima ao réu, se reputa ausente um outro requisito da legítima defesa, qual seja: a moderação na reação, vez que não se fazia necessário o uso de uma faca, para repelir um chute de quem estava desarmado.

Assim, não sendo a reação do acusado proporcional à injusta agressão sofrida, tendo ele diversos outros meios menos gravosos para proteger a sua integridade física, não se pode cogitar da discutida excludente de antijuridicidade, visto que ausentes a moderação e o uso do meio necessário para repelir a agressão, como acertadamente identificou o juiz sentenciante.

Acerca da matéria, convém trazer à colação os julgados que se seguem:

**PENAL. LESÕES CORPORAIS. LEGÍTIMA DEFESA. REQUISITOS. Ausentes os requisitos necessários à configuração da legítima defesa, como a agressão atual ou eminente e a utilização pelo acusado dos meios moderados, não há que se falar na exclusão da ilicitude. Apelação conhecida e não provida, à unanimidade. (Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 2ª Turma Criminal, Apelação Criminal nº 1826097, Acórdão nº 102518, julgado em 10/12/1997, publicado no DJU de 18/03/1998, pág 31, Relatora: Desa. Aparecida Fernandes).**

**JÚRI - LEGÍTIMA DEFESA - DESCLASSIFICAÇÃO PARA HOMICÍDIO CULPOSO CONTRÁRIA À**

*PROVA DOS AUTOS - CASSAÇÃO DO JULGAMENTO. O excesso culposo deriva da falta de consciência da gravidade do ataque ou modo de repulsa, ou da desnecessidade de uma agressão. Indo o acusado ao encontro da vítima em posse de uma faca, portanto, já intencionado a matá-la, não se pode dizer que tivesse atuado sem consciência da desnecessidade de tal agressão. **Não há falar na existência dos requisitos da legítima defesa, reação moderada contra uma injusta agressão a um bem jurídico, sendo os fatos precedidos apenas de discussão, que embora acalorada, não justificava o uso de uma arma branca.** (Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Proc. nº 1.0086.03.001176-0/001, julgado em 02/08/2005, publicado em 24/08/2005, Relator: Des. Paulo Cezar Dias).*

***Não há como prevalecer a tese da legítima defesa se o agente, malgrado provocado, repele a injusta agressão com meio desproporcional. Há a caracterização de animus laedendii, emprego imoderado dos meios para cessar a injusta agressão. Decisão que agasalhou a tese da legítima defesa cassada, considerando-se o réu incurso nas penas do art. 129, parágrafo 1º, inciso II, do Código Penal. Decisão condenatória. Extinção da punibilidade pela prescrição retroativa. Recurso provido. Decisão unânime.** (Tribunal de Justiça da Bahia, 2ª Câmara Criminal, Apelação Criminal nº 5738-9, Acórdão nº 4517, julgado em 18/03/1999, Relator: Des. Gérson Pereira).*

Desse modo, comprovada a materialidade e a autoria delitiva e inexistindo qualquer causa excludente de ilicitude, não há como ser provido o pedido de absolvição do réu.

Requeru o acusado, ainda, a desclassificação do

crime de lesão corporal grave para leve, sob o argumento de que não restou satisfatoriamente provada a incapacidade da vítima para as ocupações habituais por mais de trinta dias, já que o laudo complementar foi realizado a destempo, não sendo confirmado, outrossim, por qualquer outro meio de prova.

Nesse tocante, conclui-se que também não assiste razão ao apelante, visto que a gravidade da lesão foi devidamente comprovada pelos laudos periciais, que foram corroborados pelas circunstâncias dos fatos e pela prova oral.

De acordo com os seguros relatos inseridos nos autos, o ofendido foi transferido para um hospital de Fortaleza, onde se submeteu a uma cirurgia na perna lesionada, sendo certo que este apresentava uma *ferida suturada na coxa direita, região anterior de aproximadamente 20cm, típica para exploração de vasos femurais e escoriações na face lado direito*, constando em seu prontuário *embolectomia de membro inferior direito com arteriosplastia de femural superficial direita, decorrente de ferimento por arma branca* (laudo pericial de fl. 37), da qual resultou *dormência e diminuição discreta da força do membro atingido*, representada pela *perda de cerca de 20% da função do membro inferior direito* (laudo complementar de fl. 54).

Ambos os laudos periciais, o de exame de corpo de delito e o complementar, atestaram que das lesões resultou incapacidade para as ocupações habituais por mais de trinta dias, o que não se duvida, dada a visível gravidade da lesão, considerando-se, ainda, que o ofendido trabalhava na agricultura e como pedreiro, ofícios estes que demandam, basicamente, força física.

Ademais, a prova oral também indica que realmente a vítima ficou incapacitada para suas ocupações habituais por mais de 30 dias, conforme se vê:

*(...); que foi transferido a um hospital em Fortaleza, onde permaneceu internado por oito dias; que o declarante ficou mais de seis meses sem trabalhar por conta do ferimento que sofreu; (...).* – Vítima, à fl. 43.

*(...); que sabe que em conseqüência da lesão, o “Sacola” passou mais de dois meses sem trabalhar; (...). – Francisco Sales Ferreira da Silva, à fl. 46.*

*(...); que por conta do ferimento EVANILDO ficou vários meses impossibilitado de trabalhar; (...). – Francisca Edilene Rodrigues da Silva, às fls. 48/49.*

*(...); Que passou vários dias no hospital em Fortaleza; Que chegou a fazer cirurgia; (...); Que passou mais de um ano sem trabalhar; Que atualmente a sua perna é direto dormente; (...). – Ofendido, às fls. 72/73.*

*(...); Que seu marido passou oito dias no Frotão operado; Que seu marido trabalha na agricultura e como pedreiro; Que a vítima passou quase um ano sem trabalhar e que atualmente quando vai trabalhar sente que a perna está dormente; (...). - Francisca Edilene Rodrigues da Silva, às fls. 74/75.*

Embora o laudo complementar tenha se realizado além do prazo estabelecido no § 2º, do art. 168, do Código de Processo Penal, tem-se que este foi devidamente corroborado pelas circunstâncias que rodeiam os fatos denunciados e pela prova oral retro transcrita.

Ora, se a falta do exame complementar pode ser suprida pela prova oral, conforme prevê o § 3º do supracitado dispositivo legal, o que se dirá no caso concreto, em que dita prova foi realizada, só que fora do prazo recomendado.

Na verdade, tem-se entendido que o prazo de 30 dias para a realização do exame complementar não é peremptório, pois tem como único objetivo preservar os elementos necessários à verificação da gravidade das lesões.

Assim, se mesmo depois de decorridos 03 meses da data do infortúnio, ainda havia elementos suficientes para que

os peritos oficiais atestassem a gravidade das lesões, não há como se desconsiderar o laudo em questão, principalmente quando o mesmo foi corroborado pela prova oral.

Nesse ponto, oportuno transcrever a decisão que segue, oriunda da 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal:

***“Habeas corpus”. - O prazo de 30 dias a que alude o § 2º do artigo 168 do C.P.P. não é peremptório, mas visa a prevenir que, pelo decurso de tempo, desapareçam os elementos necessários à verificação da existência de lesões graves. Portanto, se mesmo depois da fluência do prazo de 30 dias, houver elementos que permitam a afirmação da ocorrência de lesões graves em decorrência da agressão, nada impede que se faça o exame complementar depois de fluído esse prazo. - Aditamento de denúncia que se fez com base no parágrafo único do artigo 384 do C.P.P. Inexistência de nulidade. - Não obstante o réu tenha bons antecedentes e seja primário, a pena-base pode ser fixada acima do mínimo legal com fundamento nos demais fatores referidos no caput do artigo 59 do Código Penal. - Existência, ou não, de violenta emoção é matéria de prova que não comporta solução no âmbito do writ. “Habeas corpus indeferido. (HC 73444/RJ, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Julgamento: 27/02/1996, Primeira Turma, Publicação DJ 11-10-1996 PP-38499, EMENT VOL-01845-01 PP-00094).***

Saliente-se, também, que, embora fosse afastado o inciso I, do § 1º, do art. 129, do CP, ainda assim não poderia haver a pretendida desclassificação, isso porque, além da incapacidade para as ocupações habituais por mais de 30 dias, também foram reconhecidos pelo julgador, com inquestionável razão, o perigo de vida e a debilidade permanente de membro, sentido ou função, contra os quais, inclusive, o apelante não se insurgiu.

Sobre o assunto, destaque-se a ementa de acórdão que se segue:

*RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. LESÃO CORPORAL DE NATUREZA GRAVE. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. AUSÊNCIA DE DELIMITAÇÃO DA CONTROVÉRSIA. SÚMULA 284/STF. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ. LAUDO COMPLEMENTAR. PRAZO. ART. 168, § 2ª, DO CPP. DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA IMPOSSIBILIDADE. RECONHECIMENTO DA QUALIFICADORA PREVISTA NO INCISO III DO § 1º DO ART. 129 DO CP. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. ART. 44 DO CP. INAPLICABILIDADE. CRIME COMETIDO COM VIOLÊNCIA CONTRA PESSOA. PRECEDENTES. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA PARTE, IMPROVIDO. REGIME PRISIONAL. SÚMULAS 718 E 719 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO. 1. (...). 2. **A questão do prazo do laudo complementar (se extemporâneo ou não), previsto no § 2º do art. 168 do Código de Processo Penal, para validar a tipificação da conduta como qualificada, perdeu relevância, porquanto, ainda que afastada a hipótese da incapacidade para ocupações habituais por mais de trinta dias (prevista no inciso I), permanece a qualificadora da debilidade permanente de função, o que, por si só, conduz à subsunção da conduta no § 1º do art. 129 do Código Penal.** 3. (...). (Superior Tribunal de Justiça, REsp 600.706/SE, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 06.12.2005, DJ 10.04.2006 p. 267).*

Portanto, diante de todos os argumentos expendidos, há que se negar provimento ao pedido de desclassificação.

Por fim, o apelante se insurgiu, ainda, contra a aplicação das agravantes genéricas da futilidade e da surpresa, o que merece parcial procedência.

Quanto ao motivo fútil, este não pode ser retirado, visto que restou provado nos fólios que o acusado agrediu a vítima, unicamente, porque esta interveio em uma discussão ocorrida entre aquele e José Nertan, ajudando a esposa deste, que se encontrava aflita, a retirá-lo do local, levando-o para casa.

Na concepção de Cezar Roberto Bitencourt, *in* Código Penal Comentado, 4ª ed., ed. Saraiva, 2007, pág. 230, *motivo fútil é aquele desproporcionado, insignificante. É o pretexto gratuito, desproporcionado em relação à causa e à ação*, o que se encaixa perfeitamente ao caso dos autos, vez que houve uma nítida desproporção entre a ação da vítima e a reação do acusado, que a agrediu por motivo de somenos importância.

Diga-se, ainda, que não pode prosperar a tese de que a embriaguez exclui a futilidade do crime, mormente sendo a mesma voluntária.

Apesar de a ingestão de bebida alcoólica ser capaz de produzir determinadas alterações psíquicas no ser humano, a depender da quantidade ingerida, somente a embriaguez completa, decorrente de caso fortuito ou força maior, segundo dicção do § 1º, art. 28, do Código Penal, comprovada com segurança pelas provas dos autos, seria capaz de, mais do que afastar a agravante em questão, isentar o réu de pena.

Nesse exato sentido, observe-se a decisão abaixo colacionada:

*APELAÇÃO. JURI. RÉU CONDENADO POR HOMICÍDIO QUALIFICADO. MOTIVO FÚTIL. QUALIFICADORA NÃO MANIFESTAMENTE IMPROCEDENTE. EMBRIAGUEZ VOLUNTÁRIA. IRRELEVÂNCIA. ALEGAÇÃO DE DECISÃO CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. IMPROCEDÊNCIA. DECISÃO CONFIRMADA. RECURSO DESPROVIDO. A discussão desmotivada que antecede o cometimento do crime,*

*considerada pelo Júri Popular como motivo fútil, insignificante e desproporcional frente ao bem maior que é a vida humana, configura a qualificadora do artigo 121, § 2º, II, do CP. **O ato voluntário de ingerir bebida alcoólica, por si só, sobre não excluir a responsabilidade, também não afasta a possibilidade de incidência do motivo fútil. Embora a ingestão de bebida alcoólica possa produzir uma alteração psíquica no agente, somente a embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior, conforme § 1º do art. 28 do CPB, que comprometa inteiramente este estado psíquico, demonstrada cabalmente por meio de prova válida, poderia, eventualmente, mais do que afastar a qualificadora em questão, isentar de pena o agente.** A determinação de novo Júri somente é cabível se comprovado que a decisão do Conselho de Sentença foi manifestamente contrária às provas dos autos, em consonância com a orientação da Súmula n. 28, aprovada pelo Grupo de Câmaras Criminais do TJMG. (Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Proc. nº 1.0372.04.008512-1/002(1), Relator: ARMANDO FREIRE, julgado em 17/01/2006, publicado em 27/01/2006).*

Ademais, os relatos dos autos são apenas no sentido de que o acusado estava levemente embriagado, não havendo nada que garanta que tal embriaguez era completa, a ponto de tirar-lhe totalmente o discernimento.

No entanto, no que se refere à agravante prevista no art. 61, inciso II, alínea 'c', do Código Penal, tem-se que não há como esta ser mantida, isso porque o ofendido tinha motivos para esperar um ataque do ofensor, seja porque havia inimizade anterior entre eles, relatada por diversas testemunhas e pelos próprios envolvidos, seja porque, conforme já analisado, houve por parte do réu o prévio anúncio do embate.

Dessa forma, não se pode considerar que o ataque do réu à vítima foi inesperado, visto que esta deveria, pelo menos,

suspeitar da agressão, já que outras vezes teve sérios problemas com o réu, sendo certo que este ainda o desafiou para a briga, antes de efetuar o ataque.

Cezar Roberto Bitencourt, sobre o assunto, mais uma vez leciona:

*(...); a surpresa constitui um ataque inesperado, imprevisto e imprevisível; além do procedimento inesperado, é necessário que a vítima não tenha razão para esperar ou suspeitar da agressão. Não basta que a agressão seja inesperada; é necessário que o agressor atue com dissimulação, procurando, com sua ação repentina, dificultar ou impossibilitar a defesa da vítima; (...); Para se configurar a surpresa, isto é, recurso que torna difícil ou impossível a defesa do ofendido, é necessário que, além do procedimento inesperado, não haja razão para a espera ou, pelo menos, suspeita da agressão, pois é a dificuldade ou mesmo a impossibilidade de a vítima defender-se que fundamenta a qualificadora (ob. cit., págs. 402/403).*

Destarte, decidido que a incidência da agravante prevista no art. 61, inciso II, alínea 'c', do Código Penal, é inapropriada à espécie, deve ser reduzida a pena privativa de liberdade para 01 ano e 04 meses de reclusão.

À vista do exposto, e em consonância com o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça, conhece-se do apelo, por estarem presentes os pressupostos para sua admissão, para dar-lhe parcial provimento, decotando-se a agravante da surpresa, reduzindo-se, por isso, a pena privativa de liberdade para 01 ano e 04 meses de reclusão, mantendo-se os demais termos da sentença recorrida.

É como voto.

Fortaleza, 28 de abril de 2008.

\*\*\*

---

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

**APELAÇÃO CRIME Nº. 2004.0010.2975-8/0 - Fortaleza/CE**

**APELANTE: Chaurinho Selso Ferreira Lima**

**APELADA: A Justiça Pública**

**RELATOR: DES. JOÃO BYRON DE FIGUEIRÊDO FROTA**

**EMENTA:**

**PENAL. PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CARACTERIZAÇÃO DO TIPO PENAL. ABSOLVIÇÃO. DESCLASSIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. NÃO-PROVIMENTO DO RECURSO.**

**I – Apelante preso com 25 papelotes de maconha, correspondentes a 30 gramas. Confissão quanto ao fato.**

**II – Depoimento de policiais têm plena validade probatória, conforme precedentes judiciais do STF, STJ e deste tribunal (TJCE: *Os policiais não estão impedidos de depor, assim, seus depoimentos têm força probante, salvo comprovação em contrário.* - 1ª. C. Crim. Rel. Des.a Maria Apolline Viana de Freitas. RJTJCE 21/375, 2006).**

**III – Impossibilidade de absolvição e tampouco de desclassificação, ante a robustez da prova trazida aos autos.**

**IV – Condenação mantida. Negou-se provimento à apelação.**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Crime nº **2004.0010.2975-8/0**, da Comarca de Fortaleza, neste Estado, na qual é apelante **Chaurinho Selso Ferreira Lima** e apelada a **Justiça Pública**.

**ACORDA** a 2ª Câmara Criminal do Tribunal de

Justiça do Estado do Ceará, por julgamento de Turma, unanimemente, negar provimento ao recurso apelatório, mantendo-se a decisão recorrida, em consonância com o parecer da Procuradoria Geral de Justiça.

Chaurinho Selso Ferreira Lima, já devidamente qualificado nos autos em epígrafe, foi denunciado perante o Juízo 2ª Vara de Delitos sobre Tráfico de Substâncias Entorpecentes de Fortaleza como incurso nas reprimendas do art. 12 da Lei 6.368/76, em que está tipificado crime de tráfico de substâncias entorpecentes, tendo o MM. Juiz da 2ª Vara de Delitos sobre Tráfico de Substâncias Entorpecentes de Fortaleza determinado a remessa dos autos à esta Egrégia Corte de Justiça, para processar pedido de apelação formulado pelo acusado, ora apelante, através de Patrono regularmente constituído.

O referido delito ocorreu no dia 02 de abril de 2003, quando policiais militares que realizavam ronda ostensiva abordaram o apelante, tendo ele arremessado no chão um saco plástico que acondicionava certa quantidade de *Cannabis Sativa L.*, vulgarmente conhecida como maconha (25 papéletes de maconha referentes a 30 gramas), caracterizando o crime de tráfico de entorpecentes. O auto de apreensão (fls. 09) acusa a apreensão, estando o laudo de exame toxicológico (fls. 44) a evidenciar o material apreendido. Diante de tal situação delituosa, o apelante foi preso em flagrante (auto de prisão de fls. 14). Os depoimentos testemunhais dos policiais que efetuaram a prisão, por ocasião da instrução criminal, confirmaram a autoria do fato delituoso ao apelante, sendo que o mesmo confessou que vinha realizando o comércio ilícito no local onde abordado, esclarecendo que também é viciado.

O Ilustre Representante do *Parquet* ofereceu denúncia em virtude de restarem provadas a materialidade do crime, pelo auto de apreensão e exame toxicológico, bem como a autoria delituosa, haja vista a confissão do acusado, estando em harmonia com as provas (fls. 2/3). A defesa, por sua vez, requereu a desclassificação do delito para o tipificado no art. 16 da Lei 6.368/76, visto que o apelado é viciado e não traficante, pugnando também a concessão dos benefícios da liberdade

provisória (fls. 28), no qual foi deferido pelo MM Juiz, conforme alvará de soltura (fls. 40). Em sede de memorial, o Representante do Ministério Público pugnou pela substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos.

O MM. Juiz da 2ª Vara de Tóxicos julgou procedente a preambular acusatória, considerando que restaram provadas a materialidade e autoria do delito pelas provas emergentes dos autos, merecendo relevância probatória a confissão do acusado em consonância com o acervo probatório. Entretanto, indeferiu o pedido de substituição de pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, por entender que o tipo penal infringido pelo apelante não se coaduna com a tal substituição. Isto posto, condenou-o à pena privativa de liberdade, fixando a pena-base no mínimo legal, em 3 anos de reclusão e 50 dias-multa, concedendo a progressão de regime, “como forma de estimular o acriminado buscar a ressocialização mais rapidamente” (fls. 70/75).

Inconformado com tal *decisum*, o apelante interpôs recurso de apelação, requerendo a reforma de sentença de 1ª instância, pugnano pela absolvição da imputação, aduzindo insuficiência de provas, e, alternativamente, desclassificação do referido delito para o art. 16 da Lei 6.368/76 (fls. 83/84).

Chamado às contra-razões, o Representante do Ministério Público pugnou pelo não-provimento da apelação e a manutenção da sentença, afirmando que o acervo probatório assegura a culpabilidade do apelante (fls. 87/88).

A Procuradoria Geral da Justiça opinou pelo acolhimento do recurso apelatório, mantendo-se integralmente a decisão proferida em 1º grau (fls. 97/98).

É o relatório.

Da análise aprofundada dos argumentos fáticos e jurídicos suscitados, entendo não merecer acolhida o presente pedido de apelação. Cumpre salientar que o Ilustre Magistrado *a quo* condenou o apelante em inteira consonância com as provas produzidas nos autos, estando a sentença corretamente aplicada.

Com efeito, processado o acusado por trafico de entorpecentes, depois de autuado em flagrante delito com 25

papelotes de *Cannabis Sativa L* (maconha), acondicionados em sacos plásticos que consubstancia o crime de tráfico de entorpecentes, restou o mesmo condenado pelo crime denunciado pelo *Parquet* à pena-base de 3 anos de reclusão (art. 12 da Lei n. 6.368/76, atual art. 33 da Lei n. 11.343/06).

A respeitável sentença impugnada assentou, com propriedade, a materialidade do fato delituoso, imputada ao recorrente, consubstanciada no Laudo de Exame Toxicológico (fls. 44) realizado na substância apreendida em poder do mesmo. De outro turno, a autoria também resta incontestada, pela leitura do Auto de Prisão em Flagrante do condenado, e na fase judicial dos termos dos depoimentos dos policiais que efetuaram a prisão em flagrante do apelante, bem como a sua própria confissão.

A jurisprudência já pacificou há muito tempo a idoneidade de testemunhos de policiais militares em crimes de tal natureza:

**STJ: “PROVA – TESTEMUNHA – DEPOIMENTOS DE POLICIAIS QUE REALIZARAM O FLAGRANTE, COLHIDOS NO AUTO DE PRISÃO E REAFIRMADOS EM JUÍZO COM PLENA OBSERVÂNCIA DO CONTRADITÓRIO - IDONEIDADE. (...) É idônea a prova testemunhal colhida no auto de prisão em flagrante e reafirmada em juízo, com plena observância do contraditório, mesmo constituída apenas por depoimentos de policiais que realizaram o flagrante.” (RT 771/566)**

**TJSP: “Como toda testemunha, o policial assume o compromisso de dizer a verdade do que souber e lhe for perguntado, ficando sujeito, como qualquer outra pessoa, às penas da lei, na hipótese de falso testemunho. O depoimento vale, não pela condição de depoente, mas pelo seu conteúdo de verdade. Estando em harmonia com as demais provas dos autos, não há razão**

**para desprezá-la apenas por se tratar de policial”. (RT 737/606)**

**TJCE: EMENTA: APELAÇÃO CRIME – SENTENÇA CONDENATÓRIA CALCADA EM VERSÃO EMERGENTE DOS AUTOS – CONDENAÇÃO MANTIDA – RECURSO DENEGADO.**

**1) A prova dos autos é clara em demonstrar que o Recorrente estava portando drogas para revenda, quando foi preso em flagrante; 2) Os policiais não estão impedidos de depor, assim, seus depoimentos têm força probante, salvo comprovação em contrário; 3) Recurso improvido. Acórdão unânime. (1ª. C. Crim. Rel. Des.a Maria Apolline Viana de Freitas. RJTJCE 21/375, 2006).**

Pela jurisprudência colacionada, percebe-se claramente que o depoimento testemunhal consubstancia, também, elemento probatório relevante e igualmente idôneo como de qualquer outro. O trabalho policial, da forma como narrado nos depoimentos dos agentes que efetuaram o flagrante, corrobora a exordial delatória, não havendo dúvidas da perpetração do delito de tráfico de entorpecentes por parte dos apelantes.

Em resumo: a prova coligida, tanto na vertente pericial, relacionada à natureza da droga apreendida, quanto na ótica testemunhal, oferece conclusão segura e suficiente à condenação do acusado por tráfico de entorpecentes.

Convém ressaltar que a superveniência da Lei 11.343/06, em seu art. 33 *caput*, que estatuiu pena base de 5 (cinco) anos de reclusão, não poderá ser aplicada no caso em tela, devido ao princípio constitucional da iretroatividade da *lex gravior* (art. 5º, XL, CF; art 2º, parágrafo único, CP), devendo, portanto, ser afastado da condenação dos acusados o referido aumento da pena base.

De outro turno, não prospera a possibilidade de

desclassificação do delito de tráfico para a conduta tipificada como uso de entorpecentes, art. 16 da Lei n. 6.368/76, atual art. 28 da Lei n. 11.343/06, tendo em vista não haver dúvida da perpetração do delito de tráfico de entorpecentes por parte do apelante, em face do acervo probatório consubstanciado nos autos.

Veja-se posicionamento do Superior Tribunal de Justiça:

**EMENTA PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 12 DA LEI Nº 6.368/76. DESCLASSIFICAÇÃO. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA. DOSIMETRIA DA PENA.**

**I – O tipo previsto no art. 12 da Lei 6.368/76 é congruente ou simétrico, esgotando-se, o seu tipo subjetivo, no dolo. As figuras, v.g., de transportar, trazer consigo, guardar ou, ainda, de adquirir não exigem, para a adequação típica, qualquer elemento subjetivo adicional tal como o fim de traficar ou comercializar. Além do mais, para tanto, basta também atentar para a incriminação do fornecimento.**

**II - O tipo previsto, no art. 16 da Lei n. 6.368/76, este sim, como delictum sui generis, apresenta a estrutura de congruente assimétrico ou incongruente, visto que o seu tipo subjetivo, além do dolo exige a finalidade do exclusivo uso próprio.**

**III - A pequena quantidade de droga apreendida, por si só, não é suficiente para ensejar a desclassificação do delito, ainda mais quando há outros elementos aptos à configuração do crime de tráfico (Precedentes do STF e do STJ).**

**IV – A pena deve ser fixada com fundamentação concreta e vinculada, tal como exige o próprio princípio do livre convencimento fundamentado (arts. 157, 381 e 387 do CPP c/c o art. 93, inciso IX, segunda parte da Lex Maxima). Ela não pode**

**ser estabelecida acima do mínimo legal com supedâneo em referências vagas e dados não explicitados (Precedentes do Pretório Excelso e do STJ).**

**V - In casu, não há argumentos suficientes a justificar a fixação da pena-base em 04 (quatro) anos de reclusão. Writ parcialmente concedido. (STJ, HC 45496, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª. Turma, DJU I, 17.nov.2005)**

Na mesma linha de raciocínio, seguindo o precedente:

**Prova suficiente da autoria e materialidade do delito de tráfico de drogas a sustentar o decreto condenatório. O depoimento de policial é válido como qualquer outro, podendo servir de base para sentença condenatória, mormente quando a Defesa não apresenta no curso da instrução qualquer tipo de prova que possa levar o julgador a desconsiderá-lo. Impossibilidade de desclassificação para o delito de posse de drogas para uso próprio em razão da quantidade e forma de acondicionamento do material apreendido. (...) (TJRJ Apelação Crime nº 2007.050.02575, Rel. Des. Geraldo Prado, DJ 27/09/2007).**

Por derradeiro, a veneranda sentença impugnada, forjada em boa técnica, operou a justiça no caso concreto, analisando pormenorizadamente todos os fatos relacionados ao delito cometido, as circunstâncias judiciais e pessoais (subjetivas) inerentes, fixando a reprimenda aplicada em concreto, em justa dosimetria (art. 59, CPB), não merecendo censura.

Isto posto, voto no sentido de se negar provimento ao recurso apelatório, mantendo-se a condenação do apelante,

em consonância com o parecer da Procuradoria Geral de Justiça.

Fortaleza, 07 de janeiro de 2008.

\*\*\*

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

**Nº 2004.0012.9237-8/0**

**APELAÇÃO CRIME (de Fortaleza)**

**APELANTE: RAIMUNDO NONATO DE SOUSA BATISTA**

**APELADA: A JUSTIÇA PÚBLICA**

**RELATOR: DES. LUIZ GERARDO DE PONTES BRÍGIDO**

- Atentado violento ao pudor.
- Edgar de Moura Bittencourt: “...os indivíduos que se convencionou chamar de tarados”, ..., evitam consumir seus atos sempre que a situação mete-lhes o risco “... de imediato alarma por parte da vítima e pronta repulsa de seus familiares”. Calamandrei: “ ... há mais coragem em ser justo, parecendo ser injusto, do que ser injusto para salvaguardar as aparências da justiça”.
- Na medida de valor para o estabelecimento da tal “verdade real” (expressão ruidosamente fora de propósito – ou é verdade ou não é real), são equivalentes as declarações de quem se diz ofendida e as de quem nega ser o vitimizador. Raciocinar-se em estilo diferente, tomando-se por veraz a palavra da vítima e mendaz a do réu, redundaria no absurdo de condená-lo, ao último, por presunção. E o que é mais grave, com transformação do processo criminal em algo mecânico e cego, verdadeira farsa, de final

**antecipadamente conhecido – recuo, e arrepiante, aos tempos da Santa Inquisição.**

**- Não há, nos autos, evidências razoáveis de que a incriminação vertida ao apelante seja confiável. Na dúvida, ínfima que seja, não se pronuncia a culpa, absolve-se por deficiência de provas.**

**- Sentença reformada.**

**- Decisão unânime.**

Vistos, relatados e discutidos.

1 – Sentenciado a seis anos de reclusão, regime integralmente fechado, por atentado violento ao pudor, sendo ofendida J. M. de O., de oito anos de idade à época do fato, apela o supracitado, alegando, à uma, falta de comprovação material do abuso sexual que lhe foi atribuído. E, a duas, que as testemunhas nada presenciaram, injusta, então, a condenação, pelo que, a final, pede para ser absolvido por esta instância revisora.

Com as contra-razões da Promotoria e parecer da PGJ pelo desprovidimento do reclamo.

É o relatório, a curto.

2 – Os atos lascivos que a menor diz ter sofrido não deixaram vestígios. Deflue da sua narração séria dúvida quanto à realidade do abuso – num quatinho onde dormiam, em redes bem próximas umas das outras, ela (vítima), sua madrinha (cônjuge ou amásia do pretense ofensor) e mais duas crianças. Se assim foi, difícil acreditar-se na versão. O apelante não se arriscaria a molestar a menina diante da séria possibilidade de ser surpreendido por quem acordasse na ocasião. Auxiliado pela psicologia judiciária, assevera Edgar de Moura Bittencourt que os “indivíduos que se convencionou chamar de tarados” evitam consumir seus atos sempre que a situação os torna “suscetíveis de imediato alarma por parte da vítima e pronta repulsa de seus familiares” [ou protetores] (Vítima, 3ª ed., Ed. Universitária de Direito, p. 147). Outra coisa estranha: nas palavras da pubescente a sua revelação de que também fora molestada por outro homem,

um certo Paulo, com carícias idênticas às que lhe teria feito o réu – “pegadinhas” nos seios, coxas e nas nádegas.

Para que fique bem esclarecido: o apelante vive com a madrinha da suposta ofendida; Paulo, é marido de sua tia. Fora do comum: os dois inquietaram sexualmente a menor, mas só o primeiro, azar o dele, foi processado. O outro, não. Ficou a palitar os dentes.

Do mesmo autor: “A idade da vítima é fator a ser levado em consideração, sobretudo quando se trata de depoimentos de crianças, que só podem ser recebidos com extremas cautelas” (op. cit., p. 146). Especialmente, de acrescentar-se, se não houve testemunhas presenciais e se o abuso não deixou vestígio, vagando, assim, as declarações da ofendida isoladamente no contexto probatório, o que ocorre nos autos. Deveras, são conhecidos os fatores que descredenciam, em tais condições, as declarações de meninos ou meninas: “Os psicólogos que estudam a personalidade da criança têm concluído, por forma unânime, que o testemunho infantil, de um modo geral, não merece crédito. A sugestionabilidade, os lapsos de memória, o egocentrismo, a vaidade, o egoísmo viciam comumente o testemunho infantil, roubando-lhe a credibilidade e tornando-o insuficiente para, por si só, fundamentar um juízo condenatório” (TJSP, RT 218:94).

Cenas fortes de novelas, por exemplo, atuam no espírito infantil, aguçando nos pré-adolescentes, sobretudo, desvios de imaginação. Levam-os a associar tudo a sexo e à vaidade precoce. Pensam, falsamente, que atraem a lascívia adulta e, crendo-se sexualmente desejados, supõem libidinosos atos alheios que podem parecer, mas que, substancialmente, nada têm impudicos. Na vítima infantil, “os problemas de fantasia, traumas e recalques emocionais, ..., alcançam patamares incomuns, raramente atingidos na vítima mulher adulta, salvo em casos de extrema histeria ou neurose histérica. É extremamente volátil o depoimento infantil em tema de crimes sexuais, porque as pequenas vítimas, quase-vítimas ou pretensas vítimas tendem a fantasiar, jogam excessivamente com a imaginação, são altamente sugestionáveis” – pondera José

Guilherme de Souza, e com vera acuidade (Vitimologia e Violência nos Crimes Sexuais – Uma abordagem Interdisciplinar, Sérgio Antonio Fabris Editora, p. 120).

Na vertência, não se está a dizer que o apelante não fez. O problema é o conflito de versões. Enquanto a ofendida afirma, ele nega, e peremptoriamente, o que lhe é carregado. E a particularidade de nada, nada mesmo, confiar alento à incriminação (depoimentos parentais ou de pessoas íntimas da menor por “ouvir dizer” são um zero à esquerda), emprestam reduzida fé às declarações da vítima, designadamente em função do contexto, em que, conforme, ela, ocorreram os atos indecentes (situação dantes mencionada).

Na medida de valor para o estabelecimento da chamada “verdade real” (expressão ruidosamente fora de ponto – ou é verdade ou não é real), são equivalentes as declarações da ofendida e a negativa do ofensor. Não se pode nem se deve condenar só porque a vítima afirmou. A palavra dela, isolada, sem reforço confiável, no probatório, não é mais valiosa do que a palavra do designado vitimizador. Racionar-se em estilo diferente, tomando-se aprioristicamente por veraz a palavra da vítima e mendaz a do apontado glutão sexual, redundaria no absurdo de condená-lo por presunção. E o que é mais grave, por presumida verdadeira, somente ela, a incriminação que lhe é vertida, com transformação o processo criminal em alguma coisa de mecânico e cego, verdadeira farsa, cujo final é antecipadamente conhecido. Recuo arrepiante aos tempos da Santa Inquisição.

Para acurtar: “Condenação suprida basicamente pelo depoimento da ofendida, supervalorizado em relação à negativa de autoria do ofensor. Não é amigo da razão conferir-se valor extraordinário à palavra da vítima e não se atribuir expressão de valor à voz do acusado. Desvelando-se do entretchoque de versões ponta de dúvida, mínima que seja, quanto à culpabilidade do réu, ela não está juridicamente definida, mas no limbo da possibilidade. De preponderar, então, o **in dubio pro reo**. Sem prova segura, convincente, incontroversa, clara como a luz, positiva como qualquer expressão algébrica, ensina

a boa doutrina e a melhor jurisprudência, não se condena, absolve-se. Fuja o juiz, sempre, do risco do erro judiciário” (TJCE, 1ª CCr., ApCr. nº 2003.0013.8371-5/0, rel. Des. Luiz Gerardo de Pontes Brígido, unân., j. 23-5-05). E na corrente: “Não é possível fundar sentença condenatória em prova que não conduza à certeza. Não basta, sequer, a alta probabilidade, que é apenas um juízo de incerteza de nossa mente em torno à existência de certa realidade. ... Não se pode aplicar a pena sem que a prova exclua qualquer dúvida razoável. Prova deficiente, incompleta e contraditória, deixando margem à dúvida impõe a absolvição. Milita em favor do acusado a presunção de sua inocência” – o registro é do grande Heleno Fragoso (Jurisprudência Criminal, Forense, p. 506/7). E, ainda, na ponderosa lição do citado José Guilherme de Souza, “é preciso não esquecer que, a cada vez que um homem é absolvido da acusação de crime sexual, ele não deixou de passar por uma verdadeira vitimização processual, deflagrada pela suposta vítima. O processo, a toda evidência, não deixa de ser uma forma de vitimizar alguém ...” (ob. Cit., p. 123).

Não há nos autos prova bem provada, ou alimentada por outros elementos razoáveis de convicção, de que a increpação vertida ao réu seja confiável. Na dúvida, ínfima que seja, é primário, não se pronuncia a culpa, absolve-se por deficiência de prova. E não é de esquecer-se, só por argumentar, que “não é qualquer ato sexualmente abusivo que caracteriza atentado violento ao pudor, pena de agredir o princípio da proporcionalidade entre a pena e o castigo” (TJRS, RT 832:609). Então, e por tudo: pode até ser que o apelante seja culpado; há, entretanto, dúvida, um fio que seja. E havendo dubitação, mais prudente a absolvição. Calha, no particular, a sentença de Calamandrei: “há mais coragem em ser justo, parecendo ser injusto, do que ser injusto para salvaguardar as aparências da justiça”.

3- Do que posto, **ACORDA** a **1ª CÂMARA CRIMINAL** do **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ**, à unanimidade, em conhecer da apelação e provê-la, segundo o voto do Relator, para, reformada a sentença, absolver

o apelante, por deficiência de prova para a condenação (art. 386, VI, do CPP).

Fortaleza, CE, 05 de junho de 2007.

\*\*\*

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

**APELAÇÃO CRIME N°. 2004.0016.1289-5/0, de FORTALEZA  
APELANTE: Francisco Magela de Sousa  
APELADA: A Justiça Pública  
RELATOR: DES. JOÃO BYRON DE FIGUEIRÊDO FROTA**

**EMENTA:**

**PENAL. APELAÇÃO CRIME. USO DE DOCUMENTO FALSO. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE PROVAS PARA A CONDENÇÃO. INOCORRÊNCIA. CONFISSÃO. LAUDO DE EXAME GRAFOTÉCNICO QUE TESTIFICA A ASSINATURA DO APELANTE EM CARTEIRA DE IDENTIDADE ADULTERADA. TESTEMUNHOS CONVERGENTES ACERCA DA MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVA. DOLO EVIDENCIADO NA CONDUTA DO AGENTE. ACERVO DE PROVAS QUE CONFIRMA A SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO IMPROVIDO.**

**1.A conduta típica atribuída ao apelante consiste em fazer uso de documento falso como se fosse verdadeiro, no caso, documento público, e esse comportamento resta perfeitamente caracterizado no conjunto probatório colacionado ao feito, conforme se denota do laudo do exame grafotécnico realizado na cédula de identificação apreendida junto ao recorrente, e das demais provas documentais, corroboradas pelo estado flagrancial em que foi surpreendido e pela sua própria confissão apresentada em**

**juízo, exsurgindo, igualmente, o elemento subjetivo do tipo, ou seja, o dolo, patenteado na vontade livre e consciente de utilizar os respectivos papéis falsificados/adulterados.**

**2. Não há que se falar em dúvida a respeito dos fatos apurados no processo, sobretudo no que concerne à autoria e materialidade criminosa, ou acerca da conclusão a que chegou o juiz singular em seu *decisum* após o desenrolar da instrução criminal.**

**3. Apelo improvido. Decisão unânime.**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Crime nº **2004.0016.1289-5**, da Comarca de Fortaleza, neste Estado, na qual é apelante **Francisco Magela de Sousa** e apelada a **Justiça Pública**.

**ACORDA** a 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por julgamento de Turma, unanimemente, conhecer do recurso, mas para negar-lhe provimento, mantendo a decisão recorrida, em consonância com o parecer da Procuradoria Geral de Justiça.

Francisco Magela de Sousa, qualificado nos autos, por meio de sua defesa técnica, não conformado com a sentença do Juízo da 9ª Vara Criminal de Fortaleza que o condenou nas sanções do art. 304 c/c o art. 297, ambos, do Código Penal da República, sendo-lhe cominada a pena de 01 (um) ano e 09 (nove) meses de reclusão, em regime aberto, e o pagamento de 30 (trinta) dias-multa (fls. 210/213), interpôs o presente recurso apelatório, requestando a sua absolvição, sob o pretexto da falta de provas para a condenação (fls. 252/253).

Consoante indica a peça de denúncia, no dia 10 de novembro do ano de 2000, no período da tarde, Francisco Magela de Sousa foi preso em flagrante delito no Instituto de Identificação, nesta capital, quando tentava tirar uma identidade civil mediante a apresentação de uma certidão de nascimento falsa, sendo constatado que ele já possuía quatro prontuários civis, todos com nomes diferentes, e que era sua a assinatura aposta em cédula

de identidade autêntica, mas com nome diverso do seu.

Alega o recorrente que os fatos apurados na instrução probatória são eivados de dúvidas, não servindo como fundamento para a condenação, uma vez que não restou provada a autoria delitiva, reputando a decisão do juízo monocrático contrária à prova dos autos e ao devido processo legal, razão por que requer a sua reforma (fls. 252/253).

Apelo contra-arrazoado pelo representante do *Parquet* às fls. 259/261, pugnando pela manutenção do *decisum* de 1º grau.

Instada a manifestação, a Procuradoria Geral de Justiça, em seu parecer de fls. 263/266, opinou pelo improvimento do recurso.

É o Relatório.

O apelo interposto busca alcançar a reforma do provimento jurisdicional adverso, cingindo-se ao argumento da falta de provas jungidas aos autos suficientes para atribuir a autoria delituosa ao recorrente e embasar a sua condenação.

A despeito das alegações da defesa, o material probante coligido ao processado revela a presença dos elementos constitutivos da figura penal típica pela qual o apelante restou condenado.

A materialidade do crime é testificada pelo auto de apreensão à fl. 09, documentos acostados às fls. 10/17 e laudo pericial às fls. 48/56.

Relativamente à autoria, o apelante se manteve silente na esfera policial, mas, interrogado em juízo, confirmou a prática delitiva, relatando que:

*“(...) Antônio Ihe arranjava as certidões de nascimento e o interrogando ia ao instituto de identificação para tirar as identidades; (...) que Antônio Ihe pagava R\$ 100,00 (cem reais) por cada documento; que o interrogando tirou três identidades no intervalo de quatro meses aproximadamente de uma para outra; (...) que quando o interrogando conseguia o documento passava logo para Antônio*

*e em troca recebia R\$ 100,00 (cem reais); (...) que o interrogando se apresentava no instituto de identificação como sendo a pessoa da certidão de nascimento que portava trazida por Antônio; que o interrogando assinava a identidade e colocava a digital; que a fotografia aposta na identidade também era do interrogando; (...)” (fls.137/137-verso).*

Quanto à prova testemunhal, Isac Filho Uchoa da Rocha, testemunha da acusação, assim se manifestou:

*“QUE no dia do fato, foi chamado no setor de identificação, porque havia suspeita de que uma pessoa estivesse fazendo documento falso; (...) que depois de feitas as averiguações necessárias, **constatou-se a existência de outros prontuários com as fotos do acusado e nomes diferentes; que lembra da existência de três ou quatro prontuários com fotos do acusado;** que o depoente ainda perguntou ao acusado se o destino da documentação era abrir contas bancárias, porém, não obteve resposta; **que o acusado disse que foi levado até o Instituto de Identificação por uma terceira pessoa, para que fizesse carteiras de identidade, porém não iria utilizá-las; que o acusado portava também uma certidão de nascimento falsa, e indagado sobre a origem da mesma, também não deu resposta.** (Grifos nossos) (fl. 182).*

Até mesmo uma das testemunhas arroladas pela defesa, qual seja: Paulo Lopes dos Santos, certifica a ação ilícita perpetrada pelo apelante, senão vejamos:

*“(...) que soube por **informações do acusado** que o mesmo teria sido pego com documentos falsos no Instituto de identificação; que o depoente foi **informado pelo acusado** que este só tentou utilizar-se de documento falso, porque estava desempregado; (...)” (Grifo nosso) (fl. 177).*

Cotejando os dispositivos penais consignados na sentença condenatória - art. 304 c/c o art. 297, ambos, do CP, extrai-se que a conduta típica atribuída ao apelante consiste em fazer uso de documento falso como se fosse verdadeiro, no caso, documento público, comportamento esse perfeitamente caracterizado no conjunto probatório colacionado ao feito, conforme se denota dos meios de prova supramencionados, dos quais exsurge, igualmente, o elemento subjetivo do tipo, ou seja, o dolo, patenteado na vontade livre e consciente de utilizar os respectivos papéis falsificados/adulterados.

O laudo do exame grafotécnico (fls. 48/56) realizado na cédula de identificação apreendida junto ao recorrente, aliado às demais robustas provas documentais, assim como o estado flagrancial em que ele foi surpreendido e a sua própria confissão apresentada em juízo, não deixam margem para irrogar qualquer dúvida a respeito dos fatos apurados no processo, notadamente no que concerne à autoria e materialidade criminosa, ou acerca da conclusão a que chegou o juiz singular em seu *decisum* após o desenrolar da instrução criminal.

Em casos que tais, os tribunais pátrios seguem igual entendimento:

***“TJDF - CRIME DE USO DE DOCUMENTO FALSO. TENTATIVA. IMPOSSIBILIDADE.***

***1 - O crime de uso de documento falso se consuma com o uso, consubstanciado na apresentação daquele perante a pessoa a que busca iludir. Trata-se de crime formal, porquanto o delito já se consuma com o primeiro ato de uso, não se admitindo a tentativa.***

***2 - A desclassificação da conduta de uso de documento falso para o crime de falsa identidade ou para o crime de estelionato, também não é cabível, se restar demonstrado que os agentes atribuíram a si, falsa identidade, com vistas a ludibriar os servidores do Cartório e, dessa maneira, constituir sociedade empresarial. A conduta dos agentes se***

*tipifica tanto no artigo 307, typus generalis, quanto no artigo 304, typus specialis, resolvendo-se o conflito de normas em favor da norma que contém o plus especializante”* (Grifo nosso). (20010110557965APR, Relator EDSON ALFREDO SMANIOTTO, 1ª Turma Criminal, julgado em 11/06/2007, DJ 26/09/2007 p. 110).

**“TJDF - Uso de documento falso. Confissão. Prova. Condenação mantida. Presença de duas circunstâncias judiciais desfavoráveis. Pena-base fixada no dobro da mínima cominada.**

**1. Confessada pelo réu a falsificação de sua certidão de nascimento, por ele usada para obter outros documentos, fato confirmado pelo oficial do registro civil, incensurável sua condenação como incurso nas sanções do art. 304 c/c o art. 299, ambos do Código Penal**

**2. A existência de apenas duas circunstâncias judiciais desfavoráveis não autoriza a fixação da pena-base no dobro da mínima cominada ao delito”.** (Grifo nosso). (2003061 0059562APR, Relator GETULIO PINHEIRO, 2ª Turma Criminal, julgado em 23/08/2007, DJ 26/09/2007, p. 130).

**“TJRS - APELAÇÃO-CRIME. USO DE DOCUMENTO FALSO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DE FALSA IDENTIDADE. IMPOSSIBILIDADE. Somente se pune o agente pela concretização do tipo penal da falsa identidade se outro crime mais grave, que o contenha, não seja praticado. A admissão pelo réu de que comprou a carteira de identidade indica ciência da ilicitude de sua conduta. Falsificação comprovada pela perícia. Condenação mantida. Apelo improvido. Unânime”** (Grifo nosso). (Apelação Crime N° 70020147435, Quarta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Aristides Pedroso de Albuquerque Neto, Julgado em 09/08/2007).

**“TJRS - EMENTA: APELAÇÃO-CRIME. USO DE DOCUMENTO FALSO. NULIDADE DA**

**SENTENÇA. INOCORRÊNCIA. PRELIMINAR AFASTADA. Carteira de identidade apreendida contendo dados da vítima e fotografia do réu. Cometimento do delito do art. 304 do CP. Condenação mantida. Apelos improvidos. Unânime**". (Grifo nosso). (Apelação Crime N° 70019338268, Quarta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Aristides Pedroso de Albuquerque Neto, Julgado em 14/06/2007).

E, ainda:

**“TJMG - USO DE DOCUMENTO FALSO - ARTIGO 304 DO CÓDIGO PENAL - EXIBIÇÃO AO AGENTE POLICIAL – DOLO EVIDENCIADO PELO CONJUNTO PROBATÓRIO – CRIME CARACTERIZADO - CONDENAÇÃO MANTIDA - O simples uso do documento caracteriza o delito do Uso de Documento Falso, capitulado pelo artigo 304 do Código Penal, encontrando-se presentes todas as elementares desse tipo legal de crime. CRIME IMPOSSÍVEL - ART. 17 DO CP - NÃO CONFIGURAÇÃO - Somente se caracteriza o crime impossível quando, - por ineficácia absoluta do meio ou total impropriedade do objeto-, inviável se torna sua consumação, a teor do art. 17 do Código Penal”**. (Grifo nosso). (Ap. Crim 1.0079.02.018647-8/001 (1), Rel. HYPARCO IMMESI, julgado em 25/01/2007, DJ 27/02/2007).

**“TJMG - USO DE DOCUMENTO FALSO - NULIDADE - INOBSERVÂNCIA DO ARTIGO 158 DO CÓDIGO PENAL - FALSIFICAÇÃO GROSSEIRA - APLICAÇÃO DO ARTIGO 297 DO CÓDIGO PENAL. A prova da existência do delito pode se dar de outras maneiras, além da prova exclusivamente pericial. Para configuração do crime do artigo 304, do Código Penal, basta que o agente faça uso do documento falso ciente de sua falsidade. Quando a alteração do documento é capaz de enganar os olhos do homem comum, não há falsificação grosseira. Sendo o documento público, aplica-se a pena do**

*artigo 297 ao crime do artigo 304, do Código Penal'* (Grifo nosso). (Ap. Crim. 1.0024.01.018735-9/001(1), Rel. JANE SILVA, Julgado em 23/01/2007, DJ 12/04/2007).

**“TJDF - PENAL. CONDENAÇÃO. ALEGADA INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. DOSIMETRIA DA PENA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO COM RELAÇÃO À PENA PECUNIÁRIA.**

**1. Não há que se falar em falta de provas para condenação por crime de utilização de documento falso, quando preso foi o réu em flagrante.**

**2. No que se refere à determinação da pena pecuniária, está deve ser definida segundo os mesmos princípios que orientam a fixação da pena base; e estipulado o valor do dia multa segundo as condições econômicas do réu (art. 60 e 68 CP). Parcial provimento ao recurso do réu para a correção no que se refere à fixação da pena pecuniária”.** (Grifo nosso) (200501111 78883APR, Relator JOÃO TIMOTEO, 1ª Turma Criminal, julgado em 27/08/2007, DJ 10/10/2007 p. 140).

Nessas condições, não divisando motivo para a reforma da sentença impugnada, mantenho-a em todos os seus termos, negando provimento ao apelo interposto, em consonância com o parecer da Procuradoria Geral de Justiça.

Fortaleza, 18 de fevereiro de 2008.

\*\*\*

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

**Nº 2005.0000.2197-2/0  
APELAÇÃO CRIME (de Fortaleza)  
APELANTE: PAULO ROBERTO XAVIER DA SILVA  
APELADA: A JUSTIÇA PÚBLICA**

---

**RELATOR: DES. LUIZ GERARDO DE PONTES BRÍGIDO**

**- Apelação.**

**- Assalto.**

**- Provado, e bem, que o apelante, em parceria e com arma de fogo, mediante grave ameaça, tomou a motocicleta da vítima, que o reconheceu e narrou, pormenorizadamente, o constrangimento sofrido, confirma-se o decreto condenatório. Delito configurado ainda que o sentenciado, horas depois de consumá-lo, tenha sido preso em flagrante na posse da sua *res furtiva*.**

**- Precedentes da melhor jurisprudência, inclusive do STF.**

**- Decisão unânime e conforme o voto do Relator.**

Vistos, relatados e discutidos.

**1 – Sentenciado a 6 anos e 8 meses de reclusão por assalto, apela o sobrenomeado, pedindo a reforma da sentença a efeito de operar a desclassificação do delito para o de roubo tentado, já que, também, não teve a posse tranqüila da **res furtiva**.**

Contrariado o recurso, vê-se que é pelo o seu desprovimento o parecer da PGJ.

Relatório, em síntese.

**2 – Começo da noite de 7 de maio de 2002, na Av. Dedé Brasil, nesta cidade, o apelante, acompanhado de outro indivíduo, que até hoje ignora-se quem seja, armado de revólver, tomou, sob ameaças, a “vespa” pertencente a Antônio de Paula Abreu. Horas mais tarde, foi preso pilotando a motocicleta. Quis passar-se por inocente, afirmando que ela lhe fora emprestada por um certo fulano, todavia, desmentido pela vítima, que não só o reconheceu como sendo um dos assaltantes, como narrou, com precisão, o **modus operandi** dos assaltantes.**

Em juízo, o apelante voltou a negar a co-autoria que lhe foi carregada. Entrementes, a prova judicializada ostenta-se clara e limpa quanto a sua cumplicidade no assalto, não se podendo esquecer, ao demais, que a certeza visual derivada do flagrante, conjugada ao que de resto ficou apurado na instrução, é o quanto basta para o estabelecimento da culpa do recorrente.

A condenação é de ser referendada, porquanto estruturada consoante a prova e a melhor jurisprudência.

Em crime de roubo “mesmo que um segundo envolvido na prática do delito não tenha sido identificado, se a sua existência é positivada e sua atuação confirmada por depoimento testemunhal, impõe-se o reconhecimento da qualificadora do concurso de agentes” (JUTACrimSP, nº 22, p. 224-5).

“A jurisprudência do STF, firmada em Plenário, é no sentido de que se considera consumado o roubo, se os agentes, mediante violência, conseguem subtrair pertences da vítima, mesmo que, pouco tempo depois, venham a ser presos em flagrante” (AMARO, Mohamed, Código Penal na Expressão dos Tribunais, Editora Saraiva, p. 703; DJU 10.8.89, p. 12.919).

“Se a grave ameaça foi realizada com o emprego de arma de fogo, pouco importa que não se haja localizado ou apreendido esta, pois a razão da majorante é a intimidação da vítima, a qual pode ocorrer até com arma de fantasia” (TACrimSP, *op. cit.*, p. 704).

Ponho em relevo, e está demonstrado, nos autos, que o apelante é assaltante por opção de vida. Tem quatro ações penais por roubo qualificado, entrevendo-se, daí, sua emperdenida perigosidade.

**3 – Do que posto, ACORDA a 1ª CÂMARA CRIMINAL do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO CEARÁ, à unanimidade e nos termos do voto do Relator, em conhecer da apelação, mas para desprovê-la, confirmada, em consequência, a condenação infligida ao apelante.**

Fortaleza, CE, 25 de junho de 2007.

\*\*\*

---

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

**APELAÇÃO CRIME Nº 2005.0001.7775-1/1, DE CAMOCIM  
APELANTE: RAIMUNDO RIGGER QUEIROZ VIEIRA  
APELADA: JUSTIÇA PÚBLICA.  
RELATOR: DES. FRANCISCO HAROLDO RODRIGUES DE  
ALBUQUERQUE**

**EMENTA: APELAÇÃO. FURTO QUALIFICADO. CLONAGEM DE CARTÕES. NEGATIVA DE AUTORIA. Não subsiste a negativa de autoria por ter sido o réu preso em flagrante, ante a existência de testemunhas presenciais do delito, além da confissão aos policiais que o prenderam. Comprovada a materialidade do crime, com a colocação do *chip clonador* no terminal bancário, não pode o réu alegar crime impossível, posto que, se ali permanecesse o equipamento eletrônico, os depositantes da Caixa Econômica Federal seriam fatalmente lesados. O crime de furto, mediante fraude, não se confunde com o de estelionato, que exige a colaboração do lesado, mediante ardil do delinqüente, devendo permanecer a classificação constante da denúncia. O crime de dano somente se efetiva quando é fim em si mesmo, exigindo o *animus nocendi*. No caso concreto, se dano ocorreu, apenas serviu de meio à execução do crime de furto, não havendo, por parte do autor, a idéia preconcebida de danificar. Em razão do princípio da consunção, somente se pode apenar o crime fim, no caso, o de furto. Sendo estabelecida a pena base, para furto qualificado, entre dois e oito anos (CP, 155, § 4º, II e IV), considerado o dolo intenso e o comportamento da vítima, que**

**não concorreu para execução do delito, deve ser ela mantida em quatro anos de reclusão. Levando-se em conta a proximidade da consumação do delito, deve ser reduzida a pena de metade, tornando-a definitiva em dois anos de reclusão. Considerando-se que o réu encontra-se preso desde 03/02/2005, verifica-se que já cumpriu a pena privativa de liberdade que lhe foi imposta, estando prejudicado o pedido de cumprimento da pena em regime aberto e a substituição dessa pena por outra restritiva de direitos. Recurso parcialmente provido.**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação criminal, 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 dar-lhe provimento parcial, nos termos do voto do relator.

Cogita-se de recurso de apelação-crime, interposto de sentença do MM. Juiz de Direito da 2ª Vara da Comarca de Camocim, que condenou o recorrente, por crime de furto tentado, à pena de dois anos e oito meses de reclusão, e de dano ao patrimônio público, à pena um ano de detenção, além de multa.

O representante do Ministério Público denunciou o apelante como incurso nas penas do art. 155, § 4º, c/c o art. 14, II, e art. 163, parágrafo único, inciso III, todos do Código Penal, tendo em vista que foi autuado em flagrante, nas dependências da Caixa Econômica Federal, quando instalava um *chip* clonador num caixa eletrônico, com o fim de sacar valores ali depositados, tendo, também, danificado o referido equipamento.

Aduziu que o acusado não chegou a consumir o crime, isso por circunstâncias alheias à sua vontade, no caso, a prisão em flagrante, e que se encontrava acompanhado de outro elemento, o qual, no entanto, conseguiu evadir-se.

Recebida a denúncia, o réu foi citado e interrogado (fls. 37/38), oferecendo defesa prévia.

Seguiu-se a instrução, em que foram atendidos os princípios do devido processo legal e da ampla defesa.

Ofertadas alegações finais pelas partes, o magistrado singular proferiu sentença (fls. 177/187), em que condenou o réu, pela prática dos crimes tipificados na denúncia, às penas de dois anos e oito meses de reclusão (tentativa de furto) e um ano de detenção (dano ao patrimônio público), além de multa.

Registre-se que o apenado manifestou embargos de declaração, que restaram rejeitados, seguindo-se a interposição de recurso de apelação.

Nas razões do apelo (fls. 213/222), sustenta que não há prova robusta para autorizar sua condenação; que o fato de que é acusado deve ser enquadrado como estelionato e não furto; que o crime de dano somente se caracteriza quando é fim em si mesmo e não quando tem por objetivo a efetivação de outro ilícito penal, como ocorre *in casu*; que o meio utilizado (terminal para pedidos de saldos e extratos) inviabilizaria a concretização do delito em comento, constituindo-se crime impossível; que a pena imposta é exacerbada, por ter considerado que o réu ostenta maus antecedentes e ser pessoa perigosa, dada a inocorrência de provas nesse sentido; que deve ser aplicada a redução máxima pela tentativa, ante a distância para consumação do delito; que, tendo em vista a pena aplicada, o regime para seu cumprimento deveria ter sido o aberto, ou, mesmo substituída por pena alternativa; e que as penas de multa não foram reduzidas em razão da tentativa.

Nas contra-razões (fls. 226/227), o órgão ministerial rechaçou as alegações da defesa, no que se refere a ocorrência de estelionato, afirmando ser impossível a absorção do delito de dano pelo de estelionato, afirmando, outrossim, que o *quantum* da pena aplicada foi correto e que a prova contra o réu é incontroversa.

A Procuradoria Geral de Justiça, manifestando-se (fls. 235/238), opinou pelo provimento parcial do recurso, por entender inócua o crime de dano, haja vista ter sido absorvido pelo de furto.

É o relatório.

A materialidade do crime restou comprovada pelo laudo de fls. 110/111.

Quanto à autoria, não tem cabimento a negativa do apelante, posto que foi preso em flagrante, como se vê do auto de fls. 06/07.

Além do mais, a testemunha José Ivan Ferreira (fls. 70/72) afirmou ter visto quando o réu fechava a máquina de sacar cheques e que foi encontrado um alicate no chão, próximo de tal equipamento, sendo nele localizado, também, um *chip clonador* e que também ouviu o acusado dizer para os policiais como tinha colocado o *chip* na máquina.

Outra testemunha - José Domingos Filho (fls. 73/74v) - informou que quando entrou na Caixa viu o acusado próximo do terminal eletrônico, junto a uma coluna, e que depois constatou, juntamente com seu colega, que o mesmo estava com a tampa solta. Também, dá notícia do alicate encontrado perto do referido terminal.

Já a testemunha policial Valdeglácio Monteiro de Brito (fl. 75/75v) declarou que, quando perguntou ao réu pelo seu comparsa, ele afirmou que tinha saído num gol bola azul. Posteriormente, foi constatado que esse carro era branco, o que demonstra que o acusado tentou proteger o seu comparsa. O também policial Flávio Rocha de Brito (fls. 87/88v) esclareceu que, ao ser preso, o acusado lhe confirmou ter colocado o *chip* no terminal da Caixa, mesmo que depois tenha negado tal assertiva.

Por tudo quanto foi dito, não há dúvida quanto à real participação do réu no crime de que é acusado.

Diga-se, mais, que não tem razão o acusado quando pleiteia a desclassificação do crime de furto para o de estelionato.

Conforme expressa o art. 171 do CP, o estelionato caracteriza-se em obter o agente, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, **induzindo ou mantendo alguém em erro**, mediante artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento.

No caso concreto, inserir um *chip* num terminal

eletrônico, mediante artifício ou outro meio fraudulento, com o fito de clonar cartões de crédito e, posteriormente, sacar valores de usuários, não caracteriza o tipo penal desse crime, por lhe faltar o consentimento do lesado, que teria sido induzido a erro. Daí porque o enquadramento exato do crime cometido pelo acusado é o furto, previsto no art. 155, § 4º, II, do Código Penal, que constitui “subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel” mediante fraude. Sobre a matéria, veja-se, a seguir, como vem se posicionando a jurisprudência:

*PROCESSUAL PENAL – CONFLITO DE COMPETÊNCIA – ESTELIONATO – FURTO MEDIANTE FRAUDE – A figura típica do artigo 171 difere daquela do artigo 155, § 4º, inciso II, ambas do Código Penal, pois a fraude, naquele caso, “visa a permitir que a vítima incida em erro. Por isso, voluntariamente, se despoja de seus bens, tendo consciência de que eles estão saindo da esfera de seu patrimônio e ingressando na esfera de disponibilidade do autor”, sendo que na segunda hipótese “a fraude ilude a vigilância do ofendido, que, por isso, não tem conhecimento de que o objeto material está saindo da esfera de seu patrimônio e ingressando na disponibilidade do sujeito ativo” (Direito Penal/ Damásio E. De Jesus. São Paulo: Saraiva, 1995, pp. 288-289). (TRF 4ª R. – CC 2006.04.00.034434-7 – 4ª S. – Rel. Des. Fed. Luiz Fernando Wowk Penteadó – DJU 21.03.2007) JCP.155 JCP.155.4.II.*

*APELAÇÃO CRIMINAL – FURTO QUALIFICADO – ARTIGO 155, § 4º, INCISOS II E IV, DO CÓDIGO PENAL – MATERIALIDADE – AUTORIA – PROVAS DOCUMENTAIS E TESTEMUNHAIS – INTERROGATÓRIO DOS ACUSADOS – QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO – AUDITORIA NA EMPRESA VÍTIMA – DESCLASSIFICAÇÃO PARA*

**ESTELIONATO – AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO NA SENTENÇA – IMPROCEDÊNCIA – FIXAÇÃO DA PENA – REGIME PRISIONAL – PENA PECUNIÁRIA – TUDO CORRETO – RECURSO DESPROVIDO –** 1) *A materialidade restou comprovada pelas cópias dos cheques, devidamente autenticadas. A autoria, pelas provas consideradas, as quais demonstram que os apelantes, na qualidade de funcionários da vítima, contador e Técnico em Informática, com acesso à lista de contas correntes inativas da Cooperativa, obtiveram talonários de cheques dos titulares daquelas contas e, falsificando assinaturas dos mesmos, emitiam os cheques, depositando em seu favor em contas correntes. Esses cheques, quando retornaram à Empresa vítima, para compensação, o réu efetuava a liberação do dinheiro, destruindo os cheques em seguida, deixando de apontar o débito na conta corrente que emitiu o cheque; na seqüência, a ré ocultava contabilmente a artimanha.* 2) *Mesmo invocando direito constitucional de permanecer calado, diante da acusação formal em Juízo, é crível que um homem, injustamente incriminado, tente, de todas as formas possíveis, defender sua inocência, não apenas dizer que a acusação deve provar o que lhe imputa, ou mesmo se calar quando deveria falar.* 3) *A colheita da prova seguiu a legalidade, não havendo razão para tê-la como ilícita, pois iniciada a investigação do furto, pela própria empresa vítima, com a realização de auditoria interna, que não segue os princípios norteadores do processo administrativo - Contraditório e da ampla defesa, foi requerida pela autoridade policial, a quebra do sigilo bancário dos imputados, o que foi deferido pelo Juízo a quo.* 4) *A discussão se a vítima é ou não instituição financeira, é irrelevante, posto que tida como lícita a prova do crime, e não há porque adentrar em questões que*

*se desfragmentam diante da licitude das provas. 5) A sentença condenatória não padece de qualquer defeito de fundamentação, haja vista que, após estabelecer a materialidade do crime, imputado aos apelantes, analisou as provas produzidas para chegar a autoria. Posteriormente, delineou as qualificadoras de abuso de confiança, cometimento do delito mediante fraude e o concurso de agentes. **Reconheceu, por fim, a continuidade delitiva dos 185 delitos de furto.** 6) O regime prisional restou estabelecido dentro do disposto no art. 33, § 2º, “b” do Código Penal. 7) A dosimetria da pena encontra respaldo na Lei e na jurisprudência, razão pela qual não pode ser modificada. (TJPR – ACr 0273348-2 – São José dos Pinhais – 4ª C.Crim. – Rel. Des. João Kopytowski – J. 16.11.2006) JCP.155 JCP.155.4 JCP.155.II JCP.155.4.II JCP.33 JCP.33.2.B.*

No que diz respeito ao crime de dano, não há nos autos prova de que o terminal eletrônico, onde foi colocado o *chip clonador*, tenha sido danificado. Além disso, esse crime somente se efetiva quando é fim em si mesmo, exigindo o *animus nocendi*. No caso concreto, se dano ocorreu, apenas serviu de meio a execução do crime de furto, não havendo, por parte do autor, a idéia preconcebida de danificar. Em razão do princípio da consunção, embora ocorrente o crime de dano, não deve ser apenado, mas somente o crime fim. É como vem se orientando a jurisprudência, conforme se vê a seguir:

**PENAL – PROCESSUAL PENAL – EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE – LEI Nº 7.492/86, ARTS. 4º E 5º – ENQUADRAMENTO DO FATO TÍPICO – CABIMENTO – CONCURSO FORMAL E CONFLITO APARENTE DE NORMAS – POSSIBILIDADE DE OBJETOS JURÍDICOS TUTELADOS DIFERENTES – CONSUNÇÃO – RAZOÁVEL INSERÇÃO NA LINHA CAUSAL DO CRIME FINAL, COM ESGOTAMENTO DO DANO**

**SOCIAL NO ÚLTIMO E DESEJADO CRIME – CRIMES-MEIO – IMPOSSIBILIDADE DE TIPIFICAÇÃO SEPARADA – SUCESSIVOS DESVIOS MEDIANTE FRAUDE – TRATAMENTO DA FRAUDE DENTRO DA LINHA CAUSAL DO DESVIO – CRIME-MEIO – PENA MAIOR – VIABILIDADE DE SER ABSORVIDO – 1. Possível,**

*na via dos embargos infringentes, a realização do correto enquadramento do fato típico, daí advindo solução penal resultante em pena intermediária na divergência. 2. O concurso formal não é distinguido do conflito aparente de normas pela tão só diferença dos objetos jurídicos tutelados, diversidade que, ao contrário, normalmente ocorre tanto naquela espécie de concurso como no conflito aparente de normas.*

**3. A razoável inserção na linha causal de crime final, com o esgotamento do dano social no último e desejado crime, faz as condutas serem tidas como únicas já em tese (concurso aparente de normas, pela consunção) e apenado somente o crime último desejado. 4. Quando as condutas (isoladamente criminosas) são realizadas como meio de crime final e nele esgotam seu desvalor, não há tipificação separada para os crimes-meio, pois única é a conduta de desvalor final: O crime pretendido.**

**5. Sendo a fraude realizada como meio para a obtenção dos recursos financeiros (desvio) e nele esgotando seu potencial lesivo, o único crime a merecer tipicidade e apenamento é o do art. 5º da Lei nº 7.492/96, porquanto ser o crime-fim.**

**6. O fato da pena do art. 4º da Lei nº 7.492/86 ser maior do que a do art. 5º do mesmo diploma legal não é óbice para o reconhecimento da absorção daquele por crime por este, eis que o fenômeno da absorção se dá sempre do crime-meio pelo crime-fim. (TRF 4ª R. – Proc. 1999.70.00.031756-0 – 4ª S. – Rel. Des. Fed. Néfi Cordeiro – DJU 17.01.2007).**

*HC – PRESO QUE SERRA AS GRADES DA CELA ONDE SE ENCONTRA – CRIME DE DANO – NÃO CONFIGURAÇÃO – AUSÊNCIA DO ANIMUS NOCENDI – PRECEDENTES – Para a configuração do crime de dano, previsto no art. 163 do CP, é necessário que a vontade seja deliberada de causar prejuízo patrimonial ao dono da coisa (animus nocendi). Assim, preso que serra as grades da cela onde se encontra, com o intuito exclusivo de empreender fuga, não comete crime de dano. – Ordem concedida para, reformando-se o V. Acórdão guerreado, absolver o paciente do delito de dano. (STJ – HC 25658 – SP – 5ª T. – Rel. Min. Jorge Scartezzini – DJU 28.10.2003 – p. 00310) (Ementas em sentido diverso)JCP.163*

Registre-se, também, que, se porventura tivesse se consumado o crime, com os cartões clonados, o agente poderia ter sacado os saldos existentes nas respectivas contas, razão porque incabível a tese de crime impossível.

No que diz respeito à exacerbação da pena, não tem razão o apelante. O crime por ele cometido, consistente em tentativa de furto qualificado, pela fraude, e concurso de pessoas, é previsto, no art. 155, § 4º, II e IV. A pena prevista para esse crime é de dois a oito anos e o magistrado considerando o dolo intenso, os péssimos antecedentes e a alta periculosidade do réu, as conseqüências do crime, referentes ao dano patrimonial e o comportamento da vítima, estabeleceu a pena base em quatro anos de reclusão.

Na verdade, abstraindo-se os outros motivos, incomprovados ou irrelevantes, considerado o dolo intenso e o comportamento da vítima, que não concorreu para a prática do delito, o estabelecimento da pena base em apenas quatro anos, metade da máxima, é considerado razoável, mormente porque o acusado, além da fraude, atuou em concurso de pessoas. Tratando-se de crime de furto, mediante clonagem de cartões

de crédito, conforme prevê o art. 14, inciso II, do CP, pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois terços. Na graduação, leva-se em conta a maior proximidade da consumação do delito. Como a clonagem não se realizou e, conseqüentemente, o réu não se apropriou dos elementos que lhe permitiriam sacar numerário das contas dos titulares dos cartões, há de se entender distante a consumação do crime de furto. Isto posto, considera-se deva ser reduzida de metade, ou seja, tornando-a definitiva em dois anos de reclusão. O mesmo impõe-se ser feito em relação à multa, que se estabelece em quarenta e cinco dias.

Considerando-se que o réu encontra-se preso desde 03/02/2005, verifica-se que já cumpriu a pena privativa de liberdade que lhe foi imposta, estando prejudicados os pedidos de cumprimento da pena em regime aberto e a substituição da mesma por outra restritiva de direitos.

Por todo o exposto, deve ser provido parcialmente o recurso, para manter a condenação do réu pelo crime de furto, absolvendo-o do crime de dano, mantida a pena base relativa ao furto qualificado em quatro anos de reclusão, mas reduzindo-a de metade, em razão da tentativa, tornando-a definitiva em dois anos de reclusão.

É como voto.

Fortaleza, 28 de abril de 2008.

\*\*\*

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

**Nº 2005.0011.7028-9/0**

**APELAÇÃO CRIMINAL (de Acopiara)**

**APELANTE: ROGÉRIO VIEIRA DE SOUZA**

**APELADA: A JUSTIÇA PÚBLICA**

**RELATOR: DES. LUIZ GERARDO DE PONTES BRÍGIDO**

- **Apelação.**
- **Tráfico de maconha.**
- **As provas indiciárias colhidas fora de juízo e ratificadas no contraditório perfazem harmônico o conjunto incriminador, a desnudar, de forma limpa e segura, a culpabilidade do apelante, cuja condenação, é, por conseqüência, confirmada.**
- **Decisão unânime e nos termos do voto do Relator.**

Vistos, relatados e discutidos.

1 – Condenado a quatro anos de reclusão, regime semi-aberto, mais multa, por tráfico de maconha, o apelante pede para ser absolvido. Para tanto, nega a autoria do cometimento delituoso assacado a sua pessoa, frisando, por outro lado, a inexistência de provas seguras à aplicação da reprimenda penal sofrida.

Contra-arrazoada a irresignação, autos no Tribunal, a PGJ pronunciou pelo desprovimento do recurso.

Relatório, **ad summam**.

2– A sentença impugnada sustenta-se pelos seus próprios e jurídicos fundamentos.

Materialidade do crime exatificada pelo laudo de constatação, desnudando-se, por outro lado, da prova extrajudicial e judicial que não tem ponta alguma de credibilidade a negativa de autoria da qual se acode o apelante.

Radicado em Iguatu, viajava com freqüência para Acopiara, levando maconha para vender. Tantas fez, que um dia a casa caiu. Foi pego em flagrante ao final de uma jornada de traficância. Estava numa motocicleta cujas placas retirara, com bastante dinheiro miúdo e carregava na garupa Gutemberg Pereira da Silva, em cujo poder foi encontrada sobra do estupefaciente.

“O delito de tráfico de entorpecentes é de caráter permanente, sendo irrelevante a prova flagrancial da venda, ou não, a terceiros, pois consuma-se com a detenção do tóxico

pelo agente para a comercialização” (JTJSP 170/288).

A astúcia do apelante na prática da traficância desvenda-se, e bem, na sua preocupação em utilizar atalhos nas viagens de Iguatu para Acopiara. Evitava sempre a rodovia principal para não passar pelo posto da PRF, acautelando-se, assim, de possível parada para vistoria e conseqüente apreensão da maconha que costumava transportar de um Município para o outro.

As provas indiciárias colhidas fora de juízo, ratificadas, todavia, no contraditório, perfazem harmônico conjunto incriminatório, a desnudar, de forma limpa e segura, a culpabilidade do apelante. E não espanca semelhante convicção o pormenor de radicar em depoimentos de policiais. Seria, decerto, “um contra-senso credenciar ao Estado pessoas para a função repressiva e negar-lhes crédito quando dão conta de suas diligências” (RT 417/94).

**3 - Do que posto, ACORDA a 1ª CÂMARA CRIMINAL do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ, à unanimidade, em conhecer da apelação, para, contudo, desprovê-la, confirmada, em conseqüência, a sentença recorrida e a condenação do apelante, nos exatos termos do voto do Relator.**

Fortaleza, CE, 12 de junho de 2007.

\*\*\*

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

**PROCESSO N°: 2005.0017.8770-7/1**

**NATUREZA: APELAÇÃO CRIME**

**COMARCA: FORTALEZA/CE**

**APELANTE(S): SUL AMÉRICA SANTA CRUZ SEGUROS S/A  
– ASSISTENTE DA ACUSAÇÃO**

**APELADO(S): CARLOS ALBERTO FELIPSEN**

**RELATORA: DESA. LÚCIA MARIA DO NASCIMENTO FIUZA BITU**

**EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL – APROPRIAÇÃO INDÉBITA COM MAJORANTE – SENTENÇA ABSOLUTÓRIA – MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVA DEVIDAMENTE COMPROVADAS – DECISÃO REFORMADA – A RESTITUIÇÃO DO VALOR APROPRIADO NÃO TÊM O CONDÃO DE EXCLUIR A TIPICIDADE DA CONDUTA DELITIVA (PRECEDENTES – STF E STJ)**

**I– A Autoria e a materialidade delitiva encontram-se plenamente configuradas nos fólios, sobretudo, quando se coteja a confissão do réu, tanto com os depoimentos testemunhais, quanto com os cheques que repousam nos autos.**

**II- No que concerne à restituição da pecúnia apropriada funcionando como excludente de tipicidade, verifica-se que referido entendimento encontra-se superado, máxime, pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (HC 55257/SP) e do Superior Tribunal de Justiça (Resp. 843713/RS). Ademais, o réu não fez juntada aos autos de documentos comprobatórios da restituição referida.**

**III- Apelo provido, réu condenado.**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação crime, nº 2005.0017.8770-7/1, oriundo da Comarca de Fortaleza/CE, em que figura como apelante a assistente da acusação SULAMÉRICA SANTA CRUZ SEGUROS S/A e como apelado CARLOS ALBERTO FELIPPSEN.

**ACORDAM** os Desembargadores integrantes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por votação unânime, dar provimento ao recurso interposto, reformando a sentença absolutória, para condenar o réu a pena

de 01 (um) ano e 05 (cinco) meses e 10 (dez) dias de reclusão e ao pagamento de 54 (cinquenta e quatro) dias-multa, em conformidade com o voto da eminente Relatora.

## **RELATÓRIO**

O representante do Ministério Público, em exercício na 10ª Vara Criminal da Comarca de Fortaleza/CE, ofertou denúncia contra Carlos Alberto Filippesen, incursando-o nas tenazes do artigo 168, §1º, inciso III, c.c artigo 71 do Código Penal Brasileiro.

Narra a denúncia que o apelado, no período de abril de 1989 a julho de 1995, exerceu as funções de gerente de produção junto à Empresa Sul América Bandeirantes Seguros S/A, e, empós o seu afastamento do grupo referido, passou a exercer o seu mister na CORRETORA A. PROSEGG (VITAE), habilitada junto à ora apelante, onde promovia a intermediação de seguros privados.

Relata, ainda, a exordial delatória que, ao exercer sua atividade laboral, o apelado Carlos Alberto Filippesen deixou de repassar os valores referentes à contratação de seguros, depositando os cheques recebidos em sua conta particular, após forjar endosso, causando à vítima, desse modo, um prejuízo mensurado em R\$ 60.228,13 (sessenta mil e duzentos e vinte oito reais e treze centavos).

O acusado, depois de citado, compareceu em juízo e foi interrogado, oportunidade em que afirmou ter efetuado o depósito dos cheques referidos em sua conta particular, porém afirmou ter restituído integralmente o valor apropriado.

Registre-se que a defesa prévia foi apresentada dentro do prazo legal.

Por ocasião da instrução processual, foram oitivadas 02 (duas) testemunhas da acusação.

O membro do Ministério Público apresentou alegações finais, ocasião em que pugnou pela absolvição do acusado (fls. 218/221), sustentando a ausência de provas quanto à autoria e à materialidade delitiva, bem como a restituição do

valor supostamente desviado.

O assistente da acusação, ora recorrente, apresentou alegações derradeiras, requerendo a condenação do acusado, na forma descrita na denúncia (fls. 222/226).

A defesa, por sua vez, pugnou pela absolvição do ora apelado (227/231).

O julgador monocrático, acolhendo as ponderações do membro do Ministério Público, assim como da defesa, absolveu o acusado, com fundamento no artigo 386, IV, do Código de Processo Penal.

Irresignado com a sentença proferida pelo magistrado singular, o assistente da acusação interpôs o presente recurso de apelação, no qual postulou, em síntese, a condenação do apelado Carlos Alberto Felippsen, alegando, em linhas gerais, que há nos autos prova suficiente da materialidade, assim como da autoria delitiva, esta confessada espontaneamente pelo acusado. Aduziu, ainda, que não há prova nos autos de que houve o pagamento do valor que o apelado depositou em sua conta, e mesmo que tal fato estivesse ocorrido, não teria o condão de gerar a absolvição combatida.

O ora apelado, ao apresentar as contra razões, requereu a manutenção da sentença vergastada.

Remetidos os autos a este Tribunal, foram com vista à douta Procuradoria Geral da Justiça que opinando pelo provimento do apelo, salientou que o acusado confessou a prática delitiva, assim como não comprovou a devolução dos valores depositados em sua conta, motivo pelo qual deve ser condenado pela prática delitiva descrita na denúncia.

É o relatório.

### **V O T O**

Cuida-se de recurso de apelação no qual o assistente da acusação aduz que a sentença absolutória prolatada em desfavor do réu deve ser reformada, vez que há nos autos provas suficientes, inclusive confissão, para ensejar a prolação de decreto condenatório em desfavor do apelado. Ressaltou, ainda,

que o recorrido não fez juntada de prova que comprove o pagamento do valor que o apelado depositou em sua conta, e mesmo que tal fato tivesse ocorrido, não teria o condão de gerar a absolvição combatida.

Acerca do delito imputado ao apelante, assim dispõe o Código Penal Brasileiro, *in verbis*:

**CPB – Art. 168. Apropriar-se de coisa alheia móvel, de quem tem a posse ou a detenção.  
Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro), e multa.**

### **Aumento de pena**

**§1º A pena é aumentada de 1/3 (um terço), quando o agente recebeu a coisa:**

**I- omissis;**

**II- omissis;**

**III- em razão de ofício, emprego ou profissão.**

Trata-se, segundo a doutrina majoritária, de delito comum através do qual o agente, abusando da condição de possuidor ou detentor, passa a ter bem móvel como seu, dele arbitrariamente se apropriando.

Nessa perspectiva, verifica-se, à luz dos autos, que a materialidade delitiva encontra-se devidamente consubstanciada, sobretudo pela análise dos cheques que repousam nos autos (fls. 13/61).

Com efeito, retira-se dos autos que 11 (onze) cheques (individualização contidas às fls. 08), os quais tinham como emitente a empresa Ford Leasing S/A, sendo beneficiária a empresa Sul América Seguros, em vez de terem sido a esta repassados pelo apelado, foram depositados na conta particular do mesmo.

Conforme se extrai da análise de todos os títulos supracitados, o recorrido, de posse dos cheques, forjou um endosso que lhe conferia a titularidade do crédito descrito na cártula, e, empós, procedeu ao depósito de todos em sua conta

bancária particular, fato que causou um prejuízo à recorrente mensurado em R\$ 60.228,13 (sessenta mil, duzentos e vinte e oito reais e treze centavos).

Saliente-se que o apelado, em sede de interrogatório, confessa a autoria delitiva, afirmando que procedeu ao depósito dos cheques na forma acima delineada, senão vejamos:

**Interrogatório - Carlos Alberto Felippsen (fls. 120/122)**

*“... que tem conhecimento das provas dos autos apuradas contra sua pessoa; que realmente os cheques relacionados na denúncia foram colocados na conta do interrogando (...); que o interrogando colocou vários cheques recebidos do Banco Ford Leasing em número de onze (11) e os colocou em sua conta no Banco do Estado do Rio Grande do Sul em Fortaleza, ao invés de encaminhá-los à seguradora, no caso, a Sul América Seguros Gerais; que esses onze cheques importaram cerca de sessenta mil reais mais ou menos ...”*

No que concerne as testemunhas oitivadas em juízo, observa-se que os depoimentos prestados apontam a materialidade, assim como a autoria delitiva a cargo do apelado, motivo pelo qual não restam quaisquer dúvidas de que o mesmo praticou o delito delineado na denúncia. Passemos aos depoimentos:

**Testemunha Márcio José Leite da Luz (fls. 210/211)**

*“... que sabe informar que o acusado no período de 1989 a 1995 trabalhou como gerente de produção na Empresa Sul América Bandeirantes de Seguros; que em agosto de 1995 o depoente substituiu o acusado na referida função; **que sabe informar que,***

***após sua saída o acusado abriu uma corretora de seguros e passou a ter negócios com a empresa vítima; que é do seu conhecimento que a empresa Ford Leasing S/A negociava seguro de três anos com a corretora do acusado inclusive pagando o valor em relação ao referido período de cobertura; que, posteriormente, descobriu-se que o acusado, apesar de receber o valor fechava um outro com a empresa vítima com o período de apenas um ano, repassando-lhe o valor referente a um terço do contratado; que os outros dois terços o acusado apropriava-se; que tal irregularidade foi descoberta quando os segurados procuravam a empresa Sul América em busca da cobertura dos sinistros e lá descobria que o veículo não estava segurado; (...); que no período de seis anos que trabalha na Sul América nunca viu aquela empresa endossar, em favor do corretor, cheques nominais a ela, emitidos, por clientes; que o pagamento da corretagem é feito com crédito na conta do corretor com cheques da própria empresa; (...); que não sabe informar se a Sul América teve algum prejuízo financeiro por conta dos fatos denunciados, mas tal seguradora deixou de arrecadar valores referentes a dois anos por contratos.***

**165/168) Testemunha - Rigoberto Amorim Tavares (fls.**

*“... que no caso dos autos a que a denúncia se reporta o pagamento do seguro era à vista e aí (sic) que segundo o depoente tomou conhecimento que o acusado se apoderava dos cheques e falsificava o endosso para ir para sua conta particular; que o depoente tomou conhecimento que ao invés do*

*acusado fazer o seguro por três anos do veículo fazia em um ano que é normal; que então os cheques ficavam com o acusado; (...); que o maior prejuízo foi da companhia seguradora Sul América porque se o seguro é feito por um ano a seguradora recebe a corretagem de um ano; que o pagamento por um ano foi feito; que o cheque ou cheques de vários seguros, ou em espécie, foram para a companhia Sul América referente a um ano; que os outros dois anos a Sul América não recebeu o dinheiro do seguro; que então houve o desvio do pagamento dos outros dois anos”*

Superada a argumentação acerca da autoria e da materialidade delitiva, insta observar se houve de veras a consumação do delito supracitado. Segundo lições de Rogério Sanches Cunha, a apropriação indébita consuma-se “no momento em que o agente transforma a posse ou detenção que exerce sobre o bem em domínio, isto é, quando pratica atos inerentes a qualidade de dono, incompatíveis com a possibilidade de ulterior restituição da coisa.” Assim sendo, observa-se, indubitavelmente, que a consumação do delito perseguido ocorreu no instante em que o apelado, mero detentor dos cheques, procedeu ao depósitos dos mesmos em sua conta particular e passou a agir como se fosse dono da respectiva pecúnia, o que causou considerável detrimento financeiro à empresa recorrente.

No que se refere a circuntância majorante prevista no artigo 168, §1º, inciso III (em razão de ofício, emprego ou profissão) do Código Penal, observa-se perfeita subsunção, devendo a mesma incidir ao caso. De fato, o agente, na qualidade de representante da corretora A. Proseg (Vitae), a qual encontrava-se habilitada junto à empresa apelante, estava autorizado a contratar seguros privados entre esta e terceiros, e assim o fazia. Ocorre que se valendo dessa prerrogativa e de posse dos cheques destinados ao pagamento dos seguros contratados, procedeu os depósitos dos mesmos em sua conta

pessoal, em vez de repassá-los à empresa Sul América Seguros S/A.

Em relação a ocorrência de crime continuado, verifica-se não haver nos autos prova da ocorrência deste. Como se sabe, o artigo 71 do Código Penal Brasileiro exige a ocorrência mais de uma ação ou omissão, assim como de dois ou mais crimes da mesma espécie. Ora, os fólios processuais não trazem elementos seguros de como os depósitos foram realizados, se no mesmo átimo ou em momentos diferentes, etc. Logo, ratifique-se não há como se aferir se ocorreu deveras crime continuado, fato que à luz da máxima “in dubio pro reo” não permite que referida norma seja aplicada ao presente caso.

Por fim, vale salientar que o entendimento jurisprudencial no sentido de que a restituição da pecúnia apropriada indevidamente ou a transação anterior ao oferecimento da denúncia elide o manejo da ação penal, sendo uma causa de exculpante da tipicidade, encontra-se efetivamente superada, prevalecendo, assim, que o fato típico subsiste, podendo referida conduta consubstanciar-se no instituto do arrependimento posterior (artigo 16 do Código Penal Brasileiro).

Corroborando o alegado, segue decisão do Superior Tribunal de Justiça, assim como do Supremo Tribunal Federal.

STJ - PENAL. RECURSO ESPECIAL. ART. 168 DO CÓDIGO PENAL. DEVOLUÇÃO DO VALOR APROPRIADO ANTES DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. DELITO NÃO DESCARACTERIZADO. No delito de apropriação indébita, a devolução da quantia apropriada antes do recebimento da denúncia não enseja a extinção da punibilidade. (Precedentes do STJ e do STF).

Recurso provido. (Resp 843713 / RS, Ministro FELIX FISCHER (1109), 5ª Turma, DJ 12.02.2007 p. 297.)

STF - “Habeas corpus”. Apropriação indebita. A jurisprudência do STF se tem orientado no sentido de que, no tocante a apropriação indebita, o

ressarcimento do prejuízo após a consumação desse crime só tem como efeito a atenuação da pena. Essa orientação tem sido seguida ainda quando a restituição se faz antes do oferecimento da denúncia. Recurso ordinário a que se nega provimento (HC 55257 / SP, Min. Moreira Alves, DJ 20/05/1977).

Aliás, mesmo que referida premissa fosse válida, o fato é que o apelado deveria ter provado que o valor apropriado foi de veras restituído, já que cabe ao mesmo o ônus da prova neste tocante, entretanto, não há nos autos prova cabal neste sentido, fato que inviabiliza o reconhecimento de arrependimento posterior.

Assim, os elementos probatórios colacionados são suficientes para dar conta da materialidade, da autoria e da responsabilidade criminal do apelado, na prática delituosa em análise, fato que o torna incurso nas sanções do artigo 168, §1º, inciso III do Código Penal Pátrio.

Isto posto, considerando haver prova da materialidade e da autoria delitiva, CONHEÇO e DOU PROVIMENTO ao presente recurso, para CONDENAR Carlos Alberto Felippsen, ora apelado, como incurso nas sanções previstas pelo artigo 168, §1º, inciso III, do Código Penal Brasileiro, o que faço em consonância com o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça.

Analisadas as diretrizes do artigo 59 do Código Penal, observa-se que o apelado agiu com culpabilidade normal à espécie, nada tendo a se valorar; não registra antecedentes criminais, assim como não há informações quanto à sua personalidade e/ou conduta social; o motivo do delito se constitui pelo desejo de obtenção de lucro fácil, o qual já é punido pela própria tipicidade e previsão do delito, de acordo com a própria objetividade jurídica dos crimes contra o patrimônio; as circunstâncias se encontram relatadas nos autos, nada tendo a se valorar; os valores apropriados não foram restituídos, o que enseja a conclusão de que a vítima sofreu grande prejuízo. Por

fim, pelo que consta dos autos, observa-se que o apelado possui razoável condição financeira.

À vista dessas circunstâncias analisadas individualmente é que fixo a pena-base em 01 (um) ano e 04 (quatro) meses de reclusão e ao pagamento de 50 (cinquenta) dias-multa, cada um equivalente a um trigésimo do salário mínimo vigente na época do fato delituoso, observado o disposto no artigo 60 do Código Penal Brasileiro.

Em virtude da confissão do apelado, a qual se revela circunstância atenuante, conforme disposto no artigo 65, inciso III, alínea “d”, do Código Penal, atenuo a pena-base em 03 (três) meses e 09 (nove) dias-multas, passando a dosá-la em 01 (um) ano e 01 (um) de reclusão e ao pagamento de multa de 41 (quarenta e um) dias-multa, mantendo-se o valor anteriormente fixado.

Não concorrem circunstâncias agravantes a serem observadas.

Por fim, incidindo uma causa de aumento de pena prevista no inciso III, do parágrafo primeiro, do artigo 168 do CPB, aumento a pena em 1/3 (um terço), ficando o réu condenado definitivamente a pena de 01 (um) ano e 05 (cinco) meses e 10 (dez) dias de reclusão e ao pagamento de 54 (cinquenta e quatro) dias-multa, à luz do valor já fixado.

No entanto, verifico que na situação em tela, torna-se cabível a aplicabilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, uma vez que o réu preenche os requisitos alinhados no artigo 44 do Código Penal, revelando ser a substituição suficiente à repressão do delito.

Assim sendo, observado o disposto no artigo 44, §2º, 1ª parte, e na forma do artigo 46, ambos do Código Penal, SUBSTITUO a pena privativa de liberdade aplicada por uma restritiva de direitos, consistente em **prestação de serviços à comunidade**, por se configurar na melhor medida a ser aplicável na situação evidenciada, devendo se dar mediante a realização de tarefas gratuitas a serem desenvolvidas em local, horário e prazo designados pelo Juízo das Execuções a quem cabe a fiscalização devida.

---

Por derradeiro, condeno o apelado ao pagamento das custas processuais.

Oportunamente, após o trânsito em julgado desta decisão, tomem-se as seguintes providências:

- 1- Lancem-se o nome do réu no rol dos culpados;
- 2- Proceda-se o recolhimento do valor atribuído à título de multa, em conformidade com o disposto pelos artigos 50 do Código Penal e 686 do Código de Processo Penal;
- 3- Oficie-se o Tribunal Regional Eleitoral deste Estado, comunicando a condenação do réu, com a sua devida identificação, para cumprimento do disposto nos artigos 71, §2º, do Código Eleitoral c.c artigo 15, inciso III, da Constituição Federal.

É como voto.

Fortaleza, 02 de junho de 2008.



---

# *HABEAS CORPUS*

---



---

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

**Nº 2005.0025.0015-0: HABEAS CORPUS DE MARACANAÚ-CE**

**IMPETRANTE: PAULO NAPOLEÃO GONÇALVES QUEZADO  
(ADVOGADO)**

**IMPETRANTE: JOÃO MARCELO LIMA PEDROSA  
(ADVOGADO)**

**IMPETRADO: JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA DA COMARCA  
DE MARACANAÚ-CE**

**PACIENTE: FRANCISCO DAS CHAGAS FREIRE  
ALBUQUERQUE**

**RELATORA: DESª HUGUETTE BRAQUEHAIS**

**EMENTA: HABEAS CORPUS – CRIME DE HOMICÍDIO QUALIFICADO – RÉU, PRIMÁRIO E PORTADOR DE BONS ANTECEDENTES QUE SE ENCONTRAVA EM LIBERDADE AO TEMPO EM QUE FOI PROLATADA A SENTENÇA DE PRONÚNCIA – PRISÃO PREVENTIVA DECRE-TADA COMO GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E PARA ASSEGURAR A APLICAÇÃO DA LEI PENAL – AUSÊNCIA DE CONCRETA FUNDAMENTAÇÃO – MOTIVAÇÃO FULCRADA EM MERAS CONJECTURAS – NECESSIDADE DA CUSTÓDIA NÃO DEMONSTRADA - CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO - ORDEM CONCEDIDA.**

**A C Ó R D ã O**

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de *Habeas Corpus*, acordam os Desembargadores da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por votação

unânime, em **CONCEDER** a ordem impetrada, tudo em conformidade com o voto da Relatora.

### - R E L A T Ó R I O -

Os advogados Paulo Napoleão Gonçalves Quezado e João Marcelo Lima Pedrosa impetram ordem de *habeas corpus* em favor de **Francisco das Chagas Freire Albuquerque** que, segundo consta, foi pronunciado como incurso nas sanções do art. 121, § 2º, incisos II e IV do Código Penal.

Indicam, como autoridade coatora, o meritíssimo Juiz de Direito da 1ª Vara da Comarca de Maracanaú-Ce, que ordenou o recolhimento do paciente quando da prolação da sentença de pronúncia.

Alegam, na vestibular do *mandamus*, em síntese, o seguinte:

- a) que o paciente, quando da realização da primeira audiência da instrução criminal, justificou a sua ausência por motivo de saúde;
- b) que, em 20 de julho de 2004, o aludido paciente “(...) *informou ao juízo coator o seu novo endereço, na Cidade de Fortaleza, vizinho à cidade de Maracanaú (...)*”;
- c) que “(...) *na última audiência, ocorrida em 20 de outubro de 2004, a defesa do paciente solicitou a sua dispensa, pois seriam oitivadas apenas as testemunhas de defesa, e referido pedido foi deferido pela juíza presidente do feito, ora coatora, não se opondo o MP, nem o assistente. (...)*”;
- d) que inobstante seja este paciente, primário e de bons antecedentes, não tenha comparecido, justificadamente, a alguns atos processuais “(...) *foi surpreendido, por ocasião da sentença de pronúncia, com o decreto de sua custódia, sob o argumento da garantia da ordem pública e aplicação da lei penal. (...)*”;

e) que não estão presentes no caso os motivos autorizadores da custódia preventiva.

Requerem, ao final, seja concedida a ordem para anular, *“ante a sua inteira desnecessidade, a prisão cautelar decretada pelo Juízo da 1ª Vara da Comarca de Maracanaú-CE (...)”*, de forma a assegurar ao paciente o direito de aguardar, em liberdade, o resultado do recurso em sentido estrito interposto pela sua defesa.

Liminar indeferida através do despacho de fls. 79/80.

Informações prestadas, pela digna autoridade impetrada, em tempo hábil, nas quais se acha consignado o seguinte:

1) que a prisão preventiva do paciente foi decretada quando da prolação da sentença de pronúncia (16/09/2005);

2) que a norma processual prevista no art. 408, § 2º do CPP não foi revogada pela Constituição Federal de 1988;

3) que *“(...). O crime foi de grande repercussão na sociedade, dadas às circunstâncias em que ocorreu, tendo ampla divulgação na imprensa escrita e falada (fita VHS arquivada em Secretaria contendo gravação de programa televisivo acerca do fato sobre o qual as testemunhas afirmam ter assistido) (...)”*;

4) que o paciente *“(...) vem se desfazendo de seus bens neste Município e não mais reside em Maracanaú, o que foi informado pela irmã do acusado, tendo esta informado não saber onde este se encontra, conforme certidão de fls. 388v, do Sr. Oficial de Justiça. (...)”*;

5) que sua defesa interpôs recurso contra a sentença de pronúncia.

O Ministério Público de 2º Grau, através do Dr.

Benjamin Alves Pacheco, segundo se constata às fls. 85/88, emitiu parecer sustentando o entendimento de que a ordem deveria ser **denegada**, eis que *“(...) a garantia da ordem pública e a necessidade de assegurar a aplicação da lei penal estão mesmo a reclamar a prisão do paciente. (...)”*

Era o que tínhamos a relatar.

### **- V O T O -**

Como facilmente se observa, funda-se a impetração no fato de ter a autoridade impetrada, quando da prolação da sentença de pronúncia do acusado/paciente, decretado a sua prisão preventiva, sem que estivessem presentes os motivos autorizadores da referida medida de exceção.

Analisando detidamente os autos, verifica-se que o aludido paciente permaneceu toda a instrução criminal do processo instaurado contra sua pessoa em liberdade, sem que houvesse notícia de que tivesse cometido um novo crime ou tivesse empreendido fuga para local incerto e não sabido.

É verdade que a autoridade impetrada, quando da prolação da sentença de pronúncia, expressamente, asseverou, com relação ao paciente, o seguinte:

**“(...). Ademais, os réus são propensos ao cometimento de outros delitos, em data posterior a este, conforme se verifica a nota jornalística de fls. 92, assim como a certidão de fls. 450, oriunda da Comarca de Maranguape, e, ainda existem notícias nos autos que o acusado Francisco das Chagas Albuquerque vem se desfazendo dos seus bens neste município e não mais reside em Maracanaú, de acordo com certidão de fls. 388v, em que a própria irmã do acusado afirma não saber onde este se encontra, o que foi corroborado pelos depoimentos testemunhais (...)”.**

Entretanto, em um outro trecho da referida decisão, dita autoridade deixou evidente que o mesmo paciente é primário e não registra antecedentes criminais. Estas foram as suas palavras:

**“(...). A consagração de tal princípio, não importou revogação da norma processual penal prevista no art. 408, § 2º, pelo que entendo que referida presunção, transparente e respeitável, deixa de subsistir na presente lide, não obstante serem os réus primários. No entanto, o acusado Guaracy não é possuidor de bons antecedentes (fls. 450), e apesar do outro réu Albuquerque não responder a nenhum outro processo criminal (...)”.**

Ademais, para comprovar tais fatos (primariedade e bons antecedentes), os impetrantes juntaram aos autos **várias certidões criminais negativas**, consoante se vê às fls 31/34 e 61/62. Percebe-se, portanto, sem maiores dificuldades, que o paciente é, efetivamente, primário e de bons antecedentes.

De outra banda, no que diz respeito à não localização do referido paciente, devemos salientar que, infelizmente, não se teve aqui o cuidado de apresentar a certidão lavrada pelo Oficial de Justiça e que foi mencionada na decisão vergastada.

De qualquer sorte, percebe-se, pela documentação juntada aos autos, que o Oficial de Justiça dirigiu-se ao novo endereço informado pelo paciente (cf. fl. 53) com o intuito de intimá-lo a comparecer à audiência designada para o dia 14 de setembro de 2004. Talvez, por azar, nesse momento, ele (paciente) não se encontrava em sua residência, mas, nem por isso, deixou de comparecer ao ato processual em questão.

Com efeito, de acordo com a certidão de fl. 57, verificamos que, inobstante não localizado pelo meirinho, o mesmo compareceu na data e horário designados pela autoridade impetrada, numa demonstração inequívoca de que não pretendia se furtar à aplicação da lei penal.

Não podemos, também, olvidar que, ao longo de toda instrução criminal, ele procurou colaborar com o Poder Judiciário, comparecendo a quase todos os atos processuais e justificando as suas eventuais ausências.

Dessarte, ao contrário do que pensa o ilustre magistrado de primeiro grau, não vemos aqui motivos para acreditar que o paciente esteja pretendendo, realmente, fugir para local incerto e não sabido.

Em suma, no presente caso, não vislumbramos a necessidade de que esse paciente recolha-se à prisão, eis que nada mudou na sua situação. Continua primário, sem antecedentes criminais, não consta que tenha perturbado a ordem pública e nem se diz que procurou se ocultar durante a instrução criminal.

A propósito do tema, transcrevemos alguns julgados que reputamos importantes e que restaram assim resumidos:

**EMENTA: “HABEAS CORPUS - JÚRI - HOMICÍDIO QUALIFICADO - RÉU QUE SE ENCONTRAVA SOLTO POR OCASIÃO DO JULGAMENTO - DECISÃO CONDENATÓRIA - DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE - POSSIBILIDADE. - AINDA QUE SE TRATE DE CRIME ELENcado COMO HEDIONDO, A VEDAÇÃO AO APELO EM LIBERDADE SÓ PODE SUBSISTIR SE PRESENTE QUALQUER DAS HIPÓTESES DO ART. 312 DO CPP, MORMENTE SE O RÉU SE ENCONTRAVA SOLTO POR OCASIÃO DO JULGAMENTO, DEVENDO NESSA SITUAÇÃO PERMANECER ATÉ DECISÃO FINAL DO RECURSO POR ELE INTERPOSTO. - ORDEM CONCEDIDA. UNÂNIME. (TJDF- Conselho da Magistratura – HBC 2002 00 2 008989-6, Registro 167373 – Relator De. Otávio Augusto – DJU 29/01/2003, p. 120).**

**EMENTA: “PROCESSUAL PENAL. RECURSO**

**ORDINÁRIO DE ‘HABEAS CORPUS’ - CRIME HEDIONDO - RÉU SOLTO - DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE –**

**I - SE O RÉU, PRIMÁRIO E DE DEDUZÍVEIS BONS ANTECEDENTES, RESPONDEU SOLTO AO PROCESSO, É NATURAL QUE DEVA SER BENEFICIADO COM O DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE.**

**II - A SEVERA SEGREGAÇÃO CAUTELAR, POR FORÇA DA SENTENÇA CONDENATORIA RECORRÍVEL, DEVE SER, EM CASOS TAIS, FUNDAMENTADA - RECURSO PROVIDO” (STJ-RHC N.º 7071/PA – Rel. Min. Félix Fisher, DJ 23/03/1998).**

**EMENTA: “PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ARTS. 12 E 14 DA LEI 6.368/76. PRISÃO PREVENTIVA BASEADA NA PRESUNÇÃO DE FUGA.**

**I - Os fundamentos apresentados na decisão que decretou a prisão preventiva da paciente revelam que não houve uma situação concreta a justificar a segregação cautelar do réu, pois se referem apenas a considerações genéricas que, em princípio, não indicam a adequação do caso em tela com as hipóteses do art. 312 do CPP. (Precedentes).**

**II - É ilegal a prisão preventiva embasada apenas em presunções acerca de eventual fuga do paciente, sem a apresentação de qualquer fato concreto que motive a segregação cautelar. (Precedentes do Pretório Excelso e desta Corte). Habeas Corpus concedido” (HC 38382/RJ, 5ª Turma, de minha relatoria, DJU de 22/08/2005).**

**EMENTA: “RHC. Sentença condenatória. Apelo**

**em liberdade. Possibilidade. Faz jus ao benefício de apelar em liberdade o condenado que, além de primário, respondeu em liberdade a todo iter processual, compareceu a todos os atos processuais, demonstrando não haver criado qualquer obstáculo ao desenvolvimento normal da instrução criminal. Recurso provido”** (RHC nº 6750/MG, Relator o Senhor Cid Flaquer Scartezini)

Por derradeiro, impende repisarmos que os nossos tribunais já vêm afirmando, repetidas vezes, que não basta alegar que o crime causou “grande repercussão na sociedade” (cf. fl.83) como justificativa para decretar a prisão cautelar, porque esta só se legitima quando a medida se mostrar necessária.

A propósito, convém ressaltar que **“a própria jurisprudência do STF tem enfatizado que o estado de comoção e de eventual indignação popular, motivado pela prática da infração penal, não pode justificar, só por si, a decretação da prisão cautelar do suposto autor do comportamento delituoso”** (STF -HC 80.719-4, Rel. Celso de Mello, DJ 28/09/2001, 2ª Turma).

Percebe-se, portanto que o Supremo Tribunal Federal não aceita o clamor público **“(...) como justificador da prisão cautelar. É que a admissão desta medida, com exclusivo apoio na indignação popular, tornaria o Poder Judiciário refém de reações coletivas. Reações, estas, não raras vezes açodadas, atécnicas e ditadas por mero impulso ou passionalidade momentânea. (...)”**(STF, a Turma, HC-QO 85.298/SP, Relator designado Min. Carlos Britto, DJ 04/11/2005).Parte superior do formulário

Diante do exposto, por entendermos que não estão presentes, na hipótese, os motivos ensejadores de uma prisão preventiva, decidimos votar pela concessão da ordem impetrada, a fim de que o paciente possa aguardar, em liberdade, o julgamento do recurso em sentido estrito interposto pela sua defesa.

Expeça-se, por conseqüência, o respectivo contra-

mandado de prisão.

É o nosso voto.

Fortaleza, março de 2006.

\*\*\*

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

**2007.0009.4453-8/0 Habeas Corpus Crime**

**IMPETRANTE: CHARLES DE LIMA LOURENÇO**

**PACIENTE: SEVERINO ALMEIDA CHAVES**

**IMPETRADO: JUIZ DE DIREITO DA COMARCA DE BOA VIAGEM-CE**

**RELATOR: DESA. MARIA SIRENE DE SOUZA SOBREIRA**

**EMENTA: HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. NEGATIVA DE AUTORIA. IMPOSSIBILIDADE. NÃO CONHECIMENTO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. INEXISTÊNCIA. DECRETO DE MANUTENÇÃO DA CUSTÓDIA CAUTELAR FUNDAMENTADO. CONHECIMENTO PARCIAL DA ORDEM. DENEGAÇÃO.**

**1. NEGATIVA DE AUTORIA. NÃO CONHECIMENTO:**

A alegação de negativa de autoria não é possível ser conhecida em sede de *habeas corpus*. É que a análise de negativa de autoria é incompatível com a via augusta do remédio heróico, uma vez que, por se tratar o *habeas corpus* de ação constitucional de conhecimento sumaríssimo e rito célere, com objeto estrito e limitado, não se faz possível realizar-se uma valoração minuciosa e aprofundada da prova e dos elementos informativos constantes dos autos, exame esse imprescindível para

**aferição da certeza ou não da autoria do crime que se imputa ao paciente. Ademais, o estabelecimento por esta egrégia Câmara da autoria ou não do fato delituoso implicaria resolução do próprio mérito da causa, isto é, prejulgamento do pedido contido na denúncia, com violação clara do princípio do juiz natural e com supressão de instância jurisdicional.**

## **2. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. INOCORRÊNCIA:**

**O decreto de custódia preventiva encontra-se suficientemente fundamentado, já que deduziu de forma concreta e clara a imprescindibilidade da prisão cautelar do paciente para preservação da ordem pública, máxime ante a extrema gravidade dos crimes, pela repercussão no meio social, materializada pelo alto grau de periculosidade do paciente, demonstrado pela forma de execução dos crimes e pela existência de antecedentes no histórico do paciente. Ademais, Veja que tais elementos somados têm o condão de levar a uma real probabilidade de que o paciente livre e solto possa voltar a reiterar as condutas criminosas que se lhe imputam, principalmente contra outros familiares das vítimas e, mais ainda, em face da única vítima sobrevivente da chacina.**

## **3. CONDIÇÕES PESSOAIS**

**“A mera condição de primariedade do agente, a circunstância de este possuir bons antecedentes, a sua espontânea apresentação à autoridade pública e o fato de exercer atividade profissional lícita não pré-excluem, só por si, a possibilidade jurídica de decretação da sua prisão cautelar, pois os fundamentos que autorizam a prisão preventiva – garantia da ordem pública ou da ordem econômica, conveniência da instrução**

**criminal ou necessidade de assegurar a aplicação da lei penal – não são neutralizados pela só existência daqueles fatores de ordem pessoal” (STF – RT 807/525).**

#### **4. CONCLUSÃO**

**Ordem parcialmente conhecida e denegada na parte conhecida.**

Vistos, relatados e discutidos os autos acima identificados.

**ACORDAM** os desembargadores que compõem a 2ª. Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por votação unânime, em conhecer parcialmente a ordem impetrada, mas para negar-lhe na parte conhecida, em consonância com o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça, e nos termos do voto da Desembargadora Relatora.

#### **RELATÓRIO**

Cogita-se de **HABEAS CORPUS** impetrado por **CHARLES DE LIMA LOURENÇO** em favor de **SEVERINO ALMEIDA CHAVES** contra ato supostamente ilegal perpetrado pelo **JUIZ DE DIREITO DA COMARCA DE BOA VIAGEM - CE**, consistente na decretação de prisão preventiva do paciente.

Anota o impetrante que o paciente teve a custódia cautelar decretada em sede de processo crime instaurado perante o juízo da Comarca de Boa Viagem, sob acusação de ter violado os dispositivos penais descritos nos arts. 121, § 2º, incs. I, III e IV c/c art. 69, art. 121, § 2º, inc. I e art. 288, parágrafo único, todos do Código Penal, assim como o art. 1º, inc. I, da Lei nº. 8.072/90.

Diz, entretanto, que referida prisão é ilegal, em primeiro lugar, porque não haveria provas ou indícios de autoria para instauração da ação penal muito menos para decretação do encarceramento provisório. Em segundo lugar, porquanto não haveria a presença dos requisitos legais para a constrição

à liberdade do paciente, uma vez que nenhum dos elementos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal se mostram materializados no presente caso. Particularmente, tendo em vista que os crimes em análise não teriam provocado clamor público e não afetaram a ordem pública na Comarca de Boa Viagem. Além do que a liberdade do paciente não traria nenhum prejuízo ou obstáculo à instrução criminal ou à aplicação da lei penal.

Registra, ainda, que o decreto preventivo encontra-se desprovido de fundamentação idônea, já que apenas motivado em suposições e conjecturas, além de se mostrar dúbio e contraditório, na medida em que se basearia em duas versões diferentes apresentadas pela vítima.

Afirma, ademais, que as condições pessoais do paciente, quais sejam, primariedade, bons antecedentes, residência fixa e profissão definida, arrimo de família, assim como o fato de ter em seu favor um abaixo-assinado subscrito por (1000) mil cidadãos residente na Comarca de Boa Viagem, seriam circunstâncias que militam favoravelmente à desnecessidade da medida extreme em análise.

Pugna, assim, pela concessão liminar da ordem impetrada de molde a trancar a ação penal a que responde o paciente no juízo impetrado, ante a patente demonstração por provas documentais e testemunhais da não participação do acusado nos crimes em foco.

Com a petição inicial, um calhamaço de documentos que dormitam às fls. 13/565.

A liminar requestada foi indeferida (fls. 570/571).

Notificada, a autoridade impetrada prestou as informações de estilo, às fls. 579/578), informando:

1. que o paciente foi denunciado no juízo impetrado sob a acusação de ter praticado os delitos previstos no art. 121, § 2º, incs. I, III e IV c/c o art. 69; art. 121, § 2º, inc. I c/c art. 14, inc. II e art. 28, parágrafo único, todos do Código Penal e art. 1º, inc. I, da Lei nº. 8.079/90;

2. que foi deferida, inicialmente, a prisão

temporária do paciente e, após, a custódia preventiva;

3. que o encarceramento preventivo do paciente deu-se porque o mesmo, juntamente com outros 03 (três) homens, no dia 29 de janeiro de 2007, por volta de 00:00 (zero) hora, na localidade de Pitombeira, Município de Monsenhor Tabosa, teriam seqüestrado 03 (três) pessoas e conduzindo-as para a localidade de Poço da Pedra, Boa Viagem, local onde teriam executado, por intermédio de perfurações à bala, JOSE FEITOSA DOS SANTOS e FRANCISCO EDILSON DOS SANTOS, sendo que JOSE ALVES FEITOSA IRMÃO somente não teria sido exterminado porque conseguiu fugir;

4. que consta dos autos que a eliminação das vítimas e da tentativa contra uma delas teria sido motivada pelo sentimento de vingança do paciente, pelo fato de que um duplo homicídio cometido no dia 14 de janeiro de 2007, na mesma localidade onde as vítimas do processo em análise foram seqüestradas, ter como uma das vítimas um parente do paciente, sendo que este teria, no dia do sepultamento, proferido palavras de posterior vingança;

5. que consta, ainda, que, decorrido cerca de uma semana teria o paciente, na companhia de mais 03 (três) pessoas, na madrugada do dia 29 para o dia 30 de janeiro deste ano, todos usando capuz, colete a prova de bala, roupa preta, luvas, usando pistolas, se dizendo policiais, algemaram as três vítimas precitadas, após adentrarem suas casas arrombando as portas com chutes, as conduziram ao local já mencionado para executá-las;

6. que toda empreitada criminosa teria sido organizada e ordenada pelo paciente, sendo que este no momento do fatídico retirou, segundo a denúncia, o capuz e mandou as três vítimas se ajoelharem, oportunidade em que a vítima sobrevivente o reconheceu;

7. que o paciente, apesar de tecnicamente primário, é tido na região como pessoa que aterroriza os populares, e estar envolvido como indiciado em vários crimes graves relacionados pela Secretaria Pública do Estado do Ceará.

Instada a se manifestar, a douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pela concessão em parte da ordem impetrada, para garantir que o paciente responda ao processo que lhe move a justiça pública em liberdade (fls. 579/587).

É o relatório.

## VOTO

Como exposto no relatório, pretende o impetrante obter a soltura do paciente, ao argumento de que a decretação da prisão preventiva do mesmo é ilegal, uma vez que não seria autor das imputações que se lhe imputam, requerendo, assim, o trancamento da ação penal por falta de justa causa. Por outro lado, sustenta a ilegalidade do decreto preventivo pela ausência dos requisitos ensejadores da custódia processual, assim como pela ausência de fundamentação.

Nada obstante o esforço do impetrante para demonstrar a abusividade da constrição à liberdade de locomoção física do paciente, não é possível vislumbrar nenhuma mácula a invalidar o decreto preventivo ora vergastado, pelas razões que passo a declinar.

Em relação à primeira alegação do impetrante de que o processo a que responde o paciente no juízo apontado coator deve ser extinto por falta de justa causa, de vez que o acusado não seria autor ou partícipe dos crimes em foco, é lícito dizer que não há possibilidade de conhecimento do *mandamus* nesse ponto.

É que a análise de negativa de autoria é incompatível com a via augusta do remédio constitucional heróico, visto que, por tratar-se o *habeas corpus* de ação constitucional de conhecimento sumaríssimo e rito célere, com objeto estrito e limitado, não se faz possível realizar-se uma valoração minuciosa e aprofundada da prova e dos elementos informativos constantes dos autos, exame esse imprescindível para aferição da certeza ou não da autoria dos crimes que se imputam ao paciente. Principalmente porque

o paciente deduz como álibi que estava na Cidade de Fortaleza no dia do fatídico em exame, o que poderia ser provado por uma declaração colaciona unilateralmente neste *writ* pelo impetrante (fls. 564/565).

Destaque-se que o estabelecimento da certeza ou não da autoria delitiva por esta egrégia Câmara Criminal implicaria, indubitavelmente, resolução do próprio mérito da causa, isto é, prejudgamento do pedido contido na denúncia, com violação clara do princípio do juiz natural e, conseqüentemente, supressão de instância jurisdicional, haja vista que o juízo competente legal e constitucionalmente para ilidir ou não autoria delitiva, na espécie, o juízo impetrado, máxime por ser o órgão jurisdicional mais próximo dos fatos e da provas, devendo-se, por isso, ser-lhe depositado um grau elevado de confiança e credibilidade por parte dos órgãos jurisdicionais de segundo grau.

A respeito da impossibilidade da utilização do habeas corpus para assentamento ou não da autoria criminosa, transcrevo o magistério de Heráclito Antônio Mossin, na obra importante obra “*Habeas Corpus*”, Barueri, SP: Manole, 7ª ed., 2005, ao observar:

**“De se deixar aclarado, tendo em vista, como é lógico, a matéria que serve de conteúdo à ação de *habeas corpus*, que em sua via estreita o exame de fundo ensejaria prejudgamento de pedido contida em ação de conhecimento, o que é proibido, posto que invadiria, o poder jurisdicional de outro órgão judicante ou então a substituição de uma decisão por outra. Assim, a matéria envolvendo o *meritum causae* deve ser sopesada pelo magistrado na oportunidade própria e não pelo tribunal em termos do writ sob consideração”.**

No mesmo sentido, é o teor do julgado transcrito abaixo:

**“(…) não é cabível em sede de habeas corpus a valoração do quadro probatório existente nos autos para aferição da responsabilidade criminal do paciente. Na via estreita do writ não se admite exame aprofundado das provas até então produzida, o que se reserva para o julgamento do mérito da ação penal, na fase adequada do processo” (RT 699/321).**

Assim sendo, por ser inviável na via escolhida pelo impetrante, a apuração da negativa de autoria, deixo de conhecer o *mandamus* nesse ponto.

Por outro lado, urge destacar que, em sede de prisão cautelar, o que se exige é tão-somente a existência de indícios de autoria, nunca a certeza nesse tocante. Isso é o que observa Guilherme de Souza Nucci, *in*: Código de Processo Penal Comentado, São Paulo: RT, 5ª ed., 2006, p. 614, para quem:

**“Indícios suficientes de autoria: trata-se da suspeita de que o indiciado ou réu é o autor da infração penal. Não é exigida prova plena da culpa, pois isso é inviável num juízo meramente cautelar, muito antes do julgamento de mérito”.**

Igualmente, são oportunas as palavras de Romeu Pires de Campos Barros, Processo penal cautelar, Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 191<sup>1</sup>, ao assentar que “se a existência do crime exige prova plena, já a autoria admite temperamentos”. Com efeito, porquanto a prisão cautelar exija prova da materialidade do crime, por outro lado, tal medida se satisfaz, no tocante à autoria delitiva, com indícios razoáveis, em termos de probabilidade, de que o acusado ou indiciado possa ser o autor da infração criminal que se lhe imputa.

Em outras palavras, o que o art. 312 do Código de Processo Penal exige para decretação do encarceramento antecipado é, além da prova da existência do crime, tão-somente indícios plausíveis de ter sido o indiciado ou réu o responsável pela conduta criminosa que lhe é direcionada. Com efeito, não se fazem necessários indícios concludentes e indubitáveis da autoria delitiva. Indícios desse naipe são apenas exigíveis para a condenação, enfim.

Na espécie, tenho que os indícios constantes dos elementos de informação coligidos aos presentes autos são indicativos, com alto grau de probabilidade, de que o paciente trata-se de um dos responsáveis pelos crimes em apreço.

E não se trata de simples suspeitas ou presunções da parte do juízo impetrado, mas de sinais razoáveis extraídos tanto das declarações prestadas pela única vítima sobrevivente e do reconhecimento realizado pela mesma, assim como por outros depoimentos colhidos na fase inquisitorial e, por fim, pelo termo de reconhecimento de objetos supostamente utilizados na carnificina em análise.

Isso é o se observa nas transcrições que se passa a realizar abaixo:

**AUTO DE RECONHECIMENTO DE PESSOA E DE OBJETO** (realizado pela vítima Jose Alves Feitosa Irmão, fls. 63/64 e 65):

*“Que iniciado o Ato de Reconhecimento por esta Autoridade, a pessoa RECONHECEDORA passou a observá-los de forma frontal, e após, visualizá-los, de frente, de costas, de perfil à esquerda e a direita, e após a indagação da Autoridade, se alguma daquelas pessoas era reconhecida como sendo aquela que na noite do dia 30/01/2007, o seqüestrou, e também a seus amigos JOSE FEITOSA DOS SANTOS e FRANCISCO EDILSON DOS SANTOS, que se achavam no interior de um veículo, ocasião em*

*que tal pessoa retirou o capuz, momento em que visualizou as feições do rosto daquele homem, tendo a pessoa reconhecedora em resposta à esta autoridade que a pessoa posta junto aqueles (para serem reconhecidos), apontando a pessoa de SEVERINO ALMEIDA CHAVES, agnome 'Ceará', como sendo a mesma pessoa que retirou o capuz da cabeça não tendo nenhuma dúvida do que estava afirmando" (fls. 63/64).*

*"Dando ao reconhecimento de objetos apreendidos, sendo um colete à prova de bala e uma luva de cor preta, que foram apresentados, e logo reconhecidos pela pessoa reconhecedora, como sendo iguais aos que eram usados pelos homens que lhe seqüestraram, como também a seus amigos (...), que foram assassinados naquela noite do dia 30/01/2007, na Localidade de Paço da Pedra, neste Município. Que o COLETE DE COR PRETA, que sem nenhuma escrita, reconhecido, foi apreendido num dos postos de gasolina de SEVERINO ALMEIDA CHAVES, agnome 'Ceará', e a LUVA DE LÃ DE COR PRETA, COM OS DEDOS CORTADOS, que foi apreendido ontem pela manhã, na cãs da fazenda de ATEIRTO PINTO DE SOUSA, situada na localidade de Várzea da Ipueira, neste município" (fl. 65).*

### **DECLARAÇÕES DE ANTONIO MONTEIRO DOS SANTOS (fls. 197/198):**

*"(...) Que surgiram comentários na região e nas localidades vizinhas e até mesmo em Pitombeira que o mandante daquele crime foram vítimas seus familiares, de que trata-se da pessoa de nome SEVERINO, conhecido como 'CEARÁ', que reside*

*em na cidade de Fortaleza-Ce, proprietários de dois Postos de Gasolina na cidade de Fortaleza; Que inclusive no dia do velório de JURANDIR e a outra vítima, são parentes de SEVERINO, conhecido como 'CEARÁ', que disse o seguinte: 'QUE LOGO VIRIA COMO UMA CARRADA DE GENTE PARA PAPOCAR A PITOBEIRA', tais palavras foram ditas na presença de pessoas que estavam naquele velório”.*

**MARIA NILZA ALVES FEITOSA (fls. 199/200):**

*“(...) Que muitas pessoas da localidade de Pitombeira lhe inhou (sic) que o mandante da prática das mortes de seu esposo e de EDMILSON era um homem de nome SEVERINO que é conhecido como 'CEARÁ', NA CIDADE DE Fortaleza, e é proprietário de um posto de gasolina denominado CEARA; (...) SEVERINO conhecido como CEARA sendo parente de uma das vítimas do fato ocorrido no dia 14 deste mês, onde teve como uma das vítimas o 'JURANDIR'.*

**FRANCISCA NEUDA MONTEIRO (fls. 201/202);**

*“(...) que após aquelas mortes as famílias da vítima chegaram a comentar para outras pessoas que iriam se vingar”.*

**MARIA VALDEMI MONTEIRO DOS SANTOS (fls 203/204):**

*“(...) Que seu esposo e seu primo, foram assassinados em represálios (sic), ao fato ocorrido no dia 14 do mês de janeiro deste ano, em conseqüência das mortes e dois homens,*

ocorridos na localidade de Pitombeira”.

**HERVANO MACEDO JUNIOR (fls. 29/31):**

“(…) que tomou conhecimento de que os raptados eram familiares dos acusados do duplo homicídio, haja vista que a esposa de um deles foi ao Destacamento de Monsenhor Tabosa e ali informou sobre o crime; que, a mesma informou que o rapto fora praticado por quatro homens encapuzados, com coletes a prova de balas, blusas pretas, e usava um veículo grande, e ainda, que havia levado seu marido e mais dois homens; (...) que naquela mesma visita conversou com várias pessoas, inclusive, com uma irmã de uma das vítimas, havendo mesma informado que o principal suspeito da prática do rapto e dos homicídios era a pessoa de Severino, haja vista que segundo comentários na comunidade o mesmo teria participado do velório e sepultamento de Jurandir e Erquivado e ali teria dito que vingaria as mortes nos próprios homicidas em contra seus familiares”.

Como se observa, pode-se dizer que os elementos de convicção acima transcritos são mais do que razoáveis como indícios que levam ser o paciente um dos responsáveis pelo assassinato das vítimas ora analisado.

Quanto à argüição de falta de fundamentação, igualmente, tenho como inexistente qualquer ilegalidade a macular o *decisum* de encarceramento provisório do paciente.

É que, ao contrário do afirmado pelo impetrante, tem-se que o juízo indicado coator, de forma suficiente, demonstrou a imprescindibilidade da segregação processual do paciente, de tal forma que esta não merece nenhum reparo jurídico.

Tal é o que se pode inferir das próprias palavras da autoridade impetrada, ao declarar as razões que o levaram

a custodiar o ora paciente. Na literalidade:

***“(...) a ação do acusado com os três outros desconhecidos, foi praticada de forma a intimidar as vítimas e familiares ao arrebatá-las as mesmas de maneira violenta de seu lares, deixando transparecer que seria uma vingança por ter tido dois parentes assassinados dias atrás. Comportamento que provocou grande insegurança e pavor nos lares da localidade, pela forma como compareceu nas várias residências para mediante força, se passando por polícias, apreenderem as vítimas com emprego de algemas e conduzi-las para distante de seus lares, até o local do homicídio. Condição que veio a ofender a ordem pública pelos atos e impacto na comunidade local.***

***(...)***

***Consta-se que o acusado foi reconhecido de forma indubitável de ser um dos quatro que estavam armados e usando capuzes, quando na hora da execução das três vítimas, veio a retirar tal obstáculo, como dito pela vítima de tentativa, para que as três vissem quem estava exterminando suas vidas, sem considerar o direito de viver e de defesa que toda pessoa humana tem. Agindo como foi declarado pela vítima e formalizado nos autos, induz ser pessoa que não dá qualquer importância para a vida dos outros, ao eliminar em poucos segundos dois homens e não o fazendo contra o terceiro por circunstâncias alheias a sua vontade, visto que referida vítima fugiu e se livrar de três tiros disparados contra si.***

***Tendo-se como real a acusação que pesa contra o denunciado supra, que eliminou duas vidas sem pesar as conseqüências, poderia repetir***

***contra outras numa possível tentativa de intimidar testemunhas e/ou eliminar arquivos vivos para evitar condenação e possível ausência de aplicação da lei penal.***

***(...) Havendo o réu praticado os fatos criminosos, prejudicou grandemente os familiares da vítima e os seus, agiu com desrespeito ao Poder Judiciário e a própria lei processual penal, dificultando a sua aplicação.***

***(...)***

***(...) Frente as condições descritas, em que são crimes graves praticados contra pessoas, ao deixar em liberdade um agente com esse comportamento, terão os Juízos que libertar muitos outros acusados que então reclusos por prática de crime de menor volume e repercussão social na comunidade, cuja competência de julgamento será dessa mesma comunidade por representativa do Conselho de Sentença, quando irá demonstrar o grau de justiça que pretende aplicar contra fatos dessa natureza.***

***(...)***

***Frente as evidentes informações colhidas formalmente em que demonstra que o teor da denúncia está conforme o evidenciado até o presente, de que o réu detém a autoria do fato principal e demais conseqüências advindas, hei por bem concedê-la, na forma do art. 312 do CPP”.***

Vê-se de uma simples leitura do édito construtivo parcialmente transcrito acima que o decreto de prisão preventiva do paciente está devidamente fundamentado, eis que o juízo impetrado declinou, clara e explicitamente, os motivos fáticos e jurídicos da necessidade de enclausuramento do paciente, já que o mesmo em liberdade representa risco, real e concreto, à ordem pública e a paz

social.

E, como é cediço, ninguém melhor para aferir a necessidade de custódia cautelar do que os juízes de primeiro grau, que, em razão da proximidade direta com as partes, os fatos e as provas, tem como valorar com mais procedência o perigo representado pela liberdade do acusado ou indiciado para a sociedade e para a instrumentalidade do processo. Isso é o que se denomina de princípio da confiança nos juízes singulares pelos tribunais, que regra geral deve iluminar as decisões da segunda instância, especialmente, nas matérias processuais penais de cunho acautelatório, como no caso das prisões provisórias.

*In casu*, não há a menor dúvida que a concessão da liberdade ao paciente trará intranquilidade e insegurança para o meio social local, de tal sorte que necessário se faz a permanência do mesmo encarcerado, caso contrário, a ordem pública restará efetivamente comprometida.

Veja que, conforme o ensinamento de Guilherme de Souza Nucci. Na obra Código de Processo Penal Comentado, São Paulo: RT, 5ª ed., 2005, p. 608, “a garantia da ordem pública deve ser visualizada pelo binômio gravidade da infração e repercussão social”, de tal forma que “se o [crime] for grave, de particular repercussão, com reflexos negativos e traumáticos na vida de muitos, propiciando àqueles que tomam conhecimento da sua realização um forte sentimento de impunidade e de insegurança, cabe ao Judiciário determinar o recolhimento do agente”.<sup>2</sup>

Nos lindes doutrinários do mestre e Procurador da República Eugênio Pacelli de Oliveira, in: Regimes Constitucionais da liberdade Provisória, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.66, “Não há como negar que a gravidade do crime, associada ao meio de execução, bem como à respectiva motivação (...) poderá se revelar um elemento significativo na apuração do risco de novas infrações, sobretudo quando comprovada a existência de possíveis antecedentes”.

Frise-se que a gravidade do fato delituoso mede-

se dentre outras coisas pela natureza do bem jurídico constitucional protegido, sendo que os bens de maior importância para a pessoa humana e para a sociedade, tais como a vida, a integridade física, a honra e a segurança pública, quando são violados por atos ilícitos, principalmente os atos perpetrados com violência ou grave ameaça a pessoa humana, como sói acontecer com os crimes denominados de hediondos, como o homicídio, seqüestro, estupro, são os que mais reprovabilidade merecem por parte da sociedade.

A propósito, consigne-se observação de Antonio Alberto Machado, na obra *Prisão cautelar e liberdades fundamentais*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 161, ao anotar que:

**“A gravidade do crime e a periculosidade do agente associadas, são motivos que a jurisprudência considera mais que suficientes para o encarceramento provisório dos autores de ações criminosas. E os tribunais costumam aferir a periculosidade pela ausência de sentimento humanitário, ou pela personalidade do criminoso que se mostra totalmente avesso a valores morais elementares, ou ainda pela sua contumácia (RT 811/571).**

**Dentre os crimes considerados graves pela jurisprudência, pode-se mencionar, em regra, os chamados crimes hediondos e todos os que causam justa repulsa ao meio social, nomeadamente o roubo e homicídio qualificado, o latrocínio, o estupro, o tráfico de drogas, a extorsão mediante seqüestro etc. Em todas esses casos a jurisprudência tende a considerar presentes tanto a gravidade do crime quanto a periculosidade do agente, ambos motivos suficientes para a decretação da prisão preventiva para garantia da ordem pública”.**

Com efeito, em se tratando os crimes imputados ao paciente, quais sejam, 02 (dois) homicídios triplamente qualificados e 01 (um) tentativa de homicídio qualificado, de delitos que violam um dos bens jurídicos dos mais valiosos, isto é, a vida, são estes, por si sós, de extrema gravidade e fortemente reprováveis pelo meio social, já que trazem quase sempre instabilidade, intranqüilidade e insegurança para a ordem social, notadamente, na espécie, em que os crimes foram perpetrados contra pessoas simples e residentes em uma pequena localizada denominada de Pitombeira, no município de Monsenhor Tabosa, na qual, pela menor raridade de ocorrência de infrações criminais geralmente repercutem mais amplamente no seio da comunidade do que as infrações perpetradas em grandes centros urbanos.

De outra mão, afere-se a repercussão social causada, em grande medida, pela periculosidade do agente, sendo que a doutrina e a jurisprudência vinculam o grau de perigosidade de um indiciado ou acusado pela maneira de execução do crime (*modus operandi*) e antecedentes que ele possa registrar.

De feito, a forma particularmente cruel e perversa como o paciente teria executado as vítimas, dado que elas foram arrebatadas, na calada da noite, do seio familiar, na presença de filhos e esposas, e conduzidas por seus algozes para um lugar distante, onde foram brutalmente exterminadas através de disparos de arma de grosso calibre, sem que pudessem esboçar qualquer tipo de reação defensiva, é fato que repercute negativamente no meio social.

Notadamente pela insensibilidade moral demonstrada na prática dos crimes em comento, com emprego de escárnio para com as vítimas, na medida em que o paciente teria retirado o capuz de molde que elas se sentissem humilhadas pelo sentimento de vingança do acusado para com as vítimas, demonstrado, com isso, total desprezo para com os valores morais mais elementares da sociedade.

Isto tudo nos conduz a afirmar, com um certo grau de razoabilidade, que o paciente não tem nenhuma afinidade para com o Direito, vale dizer, para com os bens jurídica e constitucionalmente protegidos.

Tal estado de coisas, de fato, gera o fundado receio de que, livre e solto, poderá vir o paciente a reiterar as condutas criminosas que se lhe imputam, maiormente contra os assassinos de supostos familiares do acusado e, mais ainda, contra a única vítima sobrevivente da chacina em comento, pessoa imprescindível para apuração da responsabilidade penal dos criminosos pela barbárie de que se trata.

Veja que os antecedentes do paciente corroboram a necessidade de constrição à sua liberdade de locomoção, dado que, conforme salientado pela autoridade impetrada, o mesmo encontra-se indiciado em mais 04 (quatro) outros procedimentos policiais de natureza sobremodo grave, sendo dois por homicídio doloso, ocorridos em 20 de janeiro de 2003 e 22 de setembro de 2006, um por lesão corporal dolosa, em data de 10 de março de 2006 e, mais recentemente, um por porte ilegal de arma de fogo, em data de 13 de janeiro do corrente ano.

Com efeito, todos esses elementos em conjunto – a extrema gravidade dos crimes, a elevada periculosidade do paciente, a violência contra a pessoa humana, a comoção social, a ausência de qualquer afinidade para com o Direito – são mais do que suficientes para demonstrar o efetivo e real perigo para a ordem pública e sossego social representado pela liberdade do paciente.

De fato, e não se trata de nenhuma presunção da autoridade impetrada, que a manutenção do paciente encarcerado provisoriamente é imprescindível para assegurar a paz e a tranqüilidade públicas, a fim de se evitar novas investidas delituosas contra o organismo social local, hodiernamente já debilitado pela escalada crescente da criminalidade.

É de se frisar que o ensinamento da doutrina é em

termos de que a necessidade de se evitar o cometimento de novos delitos é motivo suficiente para decretação da custódia cautelar para assegurar a ordem pública e a paz social.

Nesse sentido, é o magistério de Fábio Ramazini Bechara, na obra **“Prisão Cautelar”**, São Paulo: Malheiros, 2005, p. 157, ao aduzir que a prisão para garantia da ordem pública “Trata-se de inequívoca hipótese de tutela coletiva, traduzida no risco que a liberdade representa à segurança social, risco esse caracterizado pela **possibilidade fundada de que novos ilícitos venham a ser cometidos**, o que acarretaria o agravamento da intranquilidade social, já alarmada por conta da infração penal cometida” (grifo nosso).

Na mesma ordem de idéias, consigne-se a lição de Basileu Garcia, na obra **“Comentários ao Código de Processo Penal”**, Rio de Janeiro: Forense, 1945, vol. 03, p. 169-170, para quem a prisão provisória para assegurar a ordem pública visa “evitar que o delinqüente volte a cometer delitos, ou porque é acentuadamente propenso à prática delituosa ou porque, em liberdade, encontrará os mesmos estímulos relacionados com a infração cometida”.

Por fim, colacione-se o pensamento do mestre José Frederico Marques, na obra **Elementos de Direito Processual Penal**, Rio de Janeiro: Forense, 2ª ed., vol. 1, 2, 3, 4, 1995, que “Desde que a permanência do réu, livre e solto, possa dar motivo a novos crimes, ou cause repercussão danosa e prejudicial ao meio social, cabe ao juiz decretar a prisão preventiva para garantia da ordem pública”.

A jurisprudência dos tribunais pátrios está em consonância com o posicionamento doutrinário supracitado. A título meramente ilustrativo, colacionam-se os julgados abaixo:

**STJ: “A prisão preventiva, fundada na garantia da ordem pública, tem por escopo evitar a prática de novos crimes, inclusive impedindo que a coletividade, dada a gravidade do delito, venha a se sentir desprotegida e atemorizada”**

(HC, 6ª T., Min. Rel. Fernando Gonçalves (1107), DJ. 15.09.1997).

**STJ: A constrição ao exercício do direito de liberdade é justificada cautelarmente, a fim de evitar repetição de conduta delituosa ou reagir a vilania de comportamento delituoso, que, por suas características, gera vigorosa reação social. Ordem denegada.** (RHC, 6ª T., Min. Rel. Luiz Vicente Cernicchiaro (1084), DJ. 13.09.1993).

Já no que tocante à alegação de que o paciente ostentaria de condições pessoais que lhe seriam favoráveis à permanência em liberdade, urge esclarecer que a decretação e/ou manutenção da custódia cautelar não fica impedida por ter o acusado boas condições pessoais, de vez que sempre que materializados os requisitos fáticos e jurídicos para a constrição provisória à liberdade física do indiciado ou réu deve o magistrado decretá-la, independentemente do acusado, possuir residência fixa, profissão definida e lícita, família constituída e não registrar antecedentes criminais, que não é o caso do ora paciente que tem um histórico de procedimentos inquisitoriais abertos em seu desfavor, com já registrado alhures.

Assim, ainda que o abaixo-assinado colacionado aos autos, no qual consta a subscrição de 1000 (mil) moradores e moradoras do Município de Boa Viagem (fls. 339/401), dando conta de que o paciente seria pessoa de boa conduta, demonstre uma relativa popularidade do ora acusado na comunidade local, tal fato não tem o condão de elidir a sua custódia cautelar para assegurar a ordem pública.

Nos lindes doutrinários do saudoso Júlio Fabrrini Mirabete, na obra Código de Processo Penal Interpretado, São Paulo: Atlas, 10ª ed., 2003, pp. 815/816:

**“Estando presentes os pressupostos exigidos e havendo o fundamento que torna possível a prisão preventiva, não afastam sua decretação**

---

**as circunstâncias de ser o acusado primário e de bons antecedentes, de ter ele profissão definida e residência fixa, de ser portado de curso universitário, de ter família e patrimônio no distrito da culpa etc”.**

A jurisprudência de há muito vem decidindo na mesma linha acima. Confira-se:

**STF: “A mera condição de primariedade do agente, a circunstância de este possuir bons antecedentes, a sua espontânea apresentação à autoridade pública e o fato de exercer atividade profissional lícita não pré-excluem, só por si, a possibilidade jurídica de decretação da sua prisão cautelar, pois os fundamentos que autorizam a prisão preventiva – garantia da ordem pública ou da ordem econômica, conveniência da instrução criminal ou necessidade de assegurar a aplicação da lei penal – não são neutralizados pela só existência daqueles fatores de ordem pessoal” (STF – RT 807/525).**

No que diz respeito à opinião da douta Procuradoria de Justiça que o paciente sofreria constrangimento ilegal à sua liberdade por excesso de prazo para o encerramento da culpa, urge dizer que tal ilação não merece acolhida.

Um, porque a custódia cautelar do paciente, a despeito de, em tese, ter excedido o prazo para a apuração do sumário de culpa, tal excesso foi plenamente justificado pela alta complexidade do processo a que ele responde no juízo impetrado, ocasionado pela pluralidade de delitos – dois homicídios consumados e um tentado e formação de quadrilha ou bando -, pelo número de vítimas (três), dificuldade da investigação dos fatos e apuração das provas, principalmente pela dificuldade de identificação de todos os criminosos. Demais, a custódia cautelar do paciente decorreu inicialmente

de prisão temporária (fls. 212/214), que, posteriormente, foi prorrogada (fl. 245) e, por último, de prisão preventiva decretada em 12 de abril do corrente ano (fls. 414/416).

Nesse sentido, cite-se o julgado abaixo transcrito:

**STJ: HABEAS CORPUS. EXCESSO DE PRAZO PARA ENCERRAMENTO DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. INOCORRÊNCIA. DEMORA JUSTIFICADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE. Constatada a presença de circunstâncias escusantes da dilação do prazo de encerramento da instrução, que militam a favor da razoabilidade de superação dos 81 (oitenta e um) dias, não há que se falar, no momento, em excesso indevido do prazo da prisão provisória: multiplicidade de imputações e de réus, além de reconhecida complexidade probatória e ausência de inércia do órgão judiciário. Constrangimento ilegal inexistente, ordem denegada. (HC 2006.0174294-5, 6ª T., j. 07.11.2006, DJ).**

Dois, porquanto, ainda que se pudesse visualizar extrapolação do prazo para término da instrução criminal, analisando o presente caso, sob a ótica do conflito de direitos humanos fundamentais a ele intrínsecos, quais sejam, liberdade e segurança, à luz do princípio constitucional implícito da proporcionalidade, tenho que, sopesando esses dois valores constitucionais, na espécie, como valor a ser mais protegido e resguardado o da segurança social, de tal sorte que o interesse individual não venha a sobrepor-se ao interesse social e público de um meio social livre dos perigos representados por acusado de crimes de alta gravidade, como no presente caso.

Há que se advertir, a propósito, que a idéia contemporânea dos direitos humanos não comporta mais os parâmetros de entendimento tradicionais nos quais a noção de direito individual se restringia à proteção absoluta do indivíduo

de *per sí*. Hoje, diferentemente, os direitos individuais refinaram-se de tal modo que não é mais possível compreender-lhes os sentidos sem a respectiva inserção dos mesmos no plano social. É nisto que consiste o Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, é lícito dizer que “os direitos humanos, máxime os de primeira geração, segundo a moderna doutrina constitucional, não podem ser entendidos em sentido absoluto, em face da natural restrição resultante do princípio da convivência das liberdades públicas, pelo que não se permite que qualquer delas seja exercida de modo danoso à ordem pública e as liberdades alheias. As grandes linhas evolutivas dos direitos fundamentais, após o liberalismo, acentuaram a transformação dos direitos individuais em direitos do homem inseridos na sociedade. De tal modo que não é mais exclusivamente com relação ao indivíduo, mas no enfoque de sua inserção na sociedade, que se justificam, no Estado Social de direito, tanto os direitos como as suas limitações”. (Ada Pellegrini Grinover et al: **Nulidades no Processo Penal**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 7ª ed., 2001, p. 129-130)

Reforçando a teoria constitucional da relatividade dos direitos fundamentais, o constitucionalista Alexandre de Moraes aduz que “os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal, portanto, não são ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Carta Magna (princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas)” (**Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**, São Paulo: Atlas, 2002, p. 169).

Portanto, aplicando-se a nova exegese do texto Constitucional à espécie, fica superada a suposta prevalência do direito individual do paciente de ser posto em liberdade pela extrapolação do prazo do seu encarceramento cautelar, de vez que, parece-nos, deva prevalecer o **direito fundamental à segurança social**, mormente em face da extrema gravidade e reprovabilidade dos delitos em questão.

Nesse sentido, é importante trazer à liça observação exarada em decisões do Tribunal Europeu dos Direitos

Humanos, que vem salientando que o prolongamento da prisão cautelar estará justificado se houver “**real exigência do interesse público, que deve prevalecer sobre o direito de liberdade, não obstante a presunção de inocência**”. (grifo nosso).

**DE TODO EXPOSTO**, conheço, parcialmente, da presente ordem e, por não vislumbrar constrangimento ilegal à liberdade física do paciente, denego a ordem impetrada, na parte conhecida, em dissonância com o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça.

É como voto.

Fortaleza, 21 de maio de 2007.

\*\*\*

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

**Nº 2007.0026.1843-3/0 PETIÇÃO DE HABEAS CORPUS**

**COMARCA: AURORA**

**IMPETRANTE: CÉLIO JOSÉ SARAIVA**

**PACIENTES: CICERO CLEMENTE DA SILVA**

**CÍCERO DA SILVA**

**IMPETRADO: JUIZ DE DIREITO DA COMARCA**

**RELATOR: DES. EYMARD DE AMOREIRA**

***EMENTA: CONSTITUCIONAL – HABEAS CORPUS – PENAL – PROCESSUAL – OBRIGATORIEDADE DA INTIMAÇÃO PESSOAL DA DEFENSORIA PÚBLICA DE 2º GRAU – CERTIDÃO DANDO CONTA DE QUE O ACÓRDÃO TRANSITOU EM JULGADO – NULA PLENO JURE – PERMANECENDO ATIVO OS MANDADOS DE PRISÃO EXPEDIDO EM DESFAVOR DOS PACIENTES – PRECEDENTES DO STF - DECISÃO UNÂNIME.***

- 1. De par do relatório precedentemente divulgado, vê-se que incorreu em equívoco a Chefe do Serviço de Apelação desta Corte quando deu como transitado em julgado o acórdão recorrido em sede da apelação crime, sem que antes tenha procedido a intimação pessoal do Defensor Público atuante nesta Primeira Câmara Criminal.**
- 2. Para dar maiores garantias as pessoas carentes de recursos, a Lei nº 7.771, de 08.11.89, acrescentou o § 5º, ao artigo 5º, da Lei nº 1.060, de 5.2.50, que trata da assistência judiciária aos necessitados, determinando que o “Defensor Público, ou quem exerça cargo equivalente, seja intimado pessoalmente de todos os atos do processo em ambas as instâncias, contando-se-lhes em dobro todos os prazos”. Precedentes do STF - “O § 5º do art. 5º da Lei nº 1.050/50, impõe a contagem em dobro dos prazos para defensor público, a partir da sua intimação pessoal” (RT 721/567 e RT 722/581).**
- 3. Ordem concedida. Decisão unânime.**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de petição de habeas corpus nº 2007.0026.1843-3/0, de Aurora, em que é impetrante o Defensor Público Célio José Saraiva, pacientes Cícero Clemente da Silva e Cícero da Silva, sendo impetrado o Juiz de Direito da comarca.

Acorda a Turma, por unanimidade de votos, em conhecer do writ e conceder-lhe parcialmente a ordem, nos termos do parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça.

**Cícero Clemente da Silva e Cícero da Silva**, qualificados nos autos, foram condenados respectivamente a 07 (sete) e 06 (seis) de reclusão, em regime integralmente fechado, por infração ao art. 214 do Código de Processo Penal. Da decisão condenatória, interpuseram apelo para este egrégio Tribunal de Justiça, o qual, na sessão do dia 18 de julho de 2006,

foi julgado e negado provimento por esta Primeira Câmara Criminal.

O acórdão foi publicado no Diário da Justiça do dia 31 de outubro de 2006, aquando o Ministério Público desistiu do prazo para interposição de recurso e, com seu trânsito em julgado foram os autos remetidos a Secretaria da vara de origem, no dia 07 de dezembro de 2006.

Sucedeu que, desde o início da persecução penal os pacientes foram assistidos por advogado público e assim permanecem até hoje, não obstante o Departamento Judiciário Penal tenha olvidado as prerrogativas da Defensoria Pública de 2º grau, cuja intimação é pessoal, conforme a liturgia do art. 5º, § 5º da Lei nº 1.060/50.

À luz destas razões, o Defensor Público com assento na comarca de origem, aviu o presente remédio, objetivando a nulificação da certidão de fs. 82 que deu como transitado em julgado o acórdão da decisão recorrida, determinando o retorno dos autos a esta Corte, bem assim, que fosse expedido o alvará de soltura em benefício dos pacientes.

Informações da autoridade apontada coatora dando conta de que os pacientes apelaram em liberdade, todavia, com o trânsito em julgado do acórdão, determinou a expedição dos respectivos mandados de prisão, os quais somente em relação ao paciente Cícero Clemente da Silva foi cumprido, já se encontrando recolhido para cumprimento da pena, enquanto Cícero da Silva foi dado como foragido (fs.92/93).

Parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça às fs.156/159, opinando pela concessão parcial da ordem para, afastando o trânsito em julgado do acórdão e determinar a intimação na pessoa do Defensor Público, mantendo a prisão dos pacientes.

É o relatório.

De par do relatório precedentemente divulgado, vê-se que incorreu em equívoco a Chefe do Serviço de Apelação desta Corte, quando deu como transitado em julgado o acórdão recorrido em sede da apelação crime, sem que antes, tenha procedido a intimação pessoal do Defensor Público atuante nesta

Primeira Câmara Criminal.

Ora, para dar maiores garantias as pessoas carentes de recursos, a Lei nº 7.771, de 08.11.89, acrescentou o § 5º, ao artigo 5º, da Lei nº 1.060, de 5.2.50, que trata da assistência judiciária aos necessitados, determinando que o “Defensor Público, ou quem exerça cargo equivalente, seja intimado pessoalmente de todos os atos do processo em ambas as instâncias, contando-se-lhes em dobro todos os prazos”.

Sobre a proposição, a Jurisprudência da Suprema Corte de Justiça, recomenda que, em se tratando de Defensor Público, este deverá ser intimado pessoalmente, *in verbis*:

***“STF - O § 5º do art. 5º da Lei nº 1.060/50, impõe a contagem em dobro dos prazos para defensor público, a partir da sua intimação pessoal” (RT 721/567).***

***“STF - Implica nulidade da intimação e conseqüentemente da certidão de trânsito em julgado do acórdão, por inobservância do art. 5º, § 5º, da Lei nº 1.060/50, com redação dada pela Lei nº 7.871/89, se o defensor dativo não foi pessoalmente intimado, mas tão-somente pela publicação na imprensa oficial. (RT 722/581).***

No mesmo passo, o STJ:

***“Os Defensores Públicos, em ambas as instâncias, devem ser intimados pessoalmente e gozam de prazo em dobro para interpor recurso (Lei nº 7.871, de 08.11.89)”***

Pelas circunstâncias aduzidas, concedo parcialmente a ordem, para tão-somente tornar nula a certidão de fs.151, dos autos, determinando ao Juiz de origem a devolução imediata do processado, para que seja intimado o Defensor Público de 2º grau, mantendo ativo os mandados de

prisão expedidos pelo Juízo, até mesmo por que o segundo paciente foi dado como foragido da Justiça, em que faço em parceria com a douta Procuradoria Geral de Justiça.

É como voto.

Fortaleza, 22 de janeiro de 2008.

\*\*\*

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

**HABEAS CORPUS Nº. 2007.0030.4105-9/0 – Uruoca/CE**

**IMPETRANTE: Reginaldo Coelho Cavalcante**

**PACIENTE: Jaques Linhares Félix**

**IMPETRADO: Juiz de Direito da Comarca de Uruoca/CE**

**RELATOR: DES. JOÃO BYRON DE FIGUEIRÊDO FROTA**

**EMENTA: PENAL. PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. ESTUPRO. PRISÃO EM FLAGRANTE. EXCESSO DE PRAZO NA FORMAÇÃO DA CULPA DO PACIENTE. RÉU PRESO. ATRASO NA INSTRUÇÃO INJUSTIFICADO. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE E DA DIGNIDADE DA PESSOA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. CONCESSÃO DO WRIT.**

**I – Conforme a jurisprudência, o prazo total para o encerramento da instrução, em se tratando de réu preso, é de 81 (oitenta e um) dias. Réu preso há mais de 05 (cinco) anos. Atraso na conclusão da instrução injustificável. Violação aos princípios da razoabilidade e da dignidade da pessoa. (STF – “EMENTA:1. Prisão processual: inequívoco excesso de prazo, sem o encerramento da instrução criminal, que não pode ser atribuído aos recorrentes e que**

***sobrepuja os temperamentos admissíveis à luz do juízo de razoabilidade e prejudica eventual fundamento cautelar da prisão. (...)*** - HC 88.339/ES, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, julg. em 22.08.2006, DJ de 06.10.2006, p.50).

**III – Concessão da ordem.**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* Crime Nº. **2007.0030.4105-9/0** da Comarca de Uruoca/CE, em que é impetrante **Reginaldo Coelho Cavalcante**, paciente **Jaques Linhares Félix** e impetrado o **Juiz de Direito da Comarca de Uruoca/CE**.

**ACORDA** a 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por julgamento de Turma, por unanimidade, conceder a ordem impetrada, em dissonância com o parecer da Procuradoria Geral de Justiça.

Trata a presente ação de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado por **Reginaldo Coelho Cavalcante**, Defensor Público já qualificado nos presentes autos, em favor do paciente **Jaques Linhares Félix**, contra ato tido como coator do MM. Juiz de Direito da Comarca de Uruoca.

O Paciente está sendo processado pela prática delituosa hedionda capitulada nos arts. 213 c/c 224, ambos do Código Penal (***estupro com violência presumida***), tendo como vítima menor de 9 (nove) anos de idade, crime que causou grande comoção pública. Preso em flagrante no dia 22.06.2002, no município de Uruoca, e posteriormente transferido para a Comarca de Camocim, por falta de segurança no ergástulo local.

Inconformado com tal atraso no encerramento da instrução criminal, o Paciente teve impetrado em seu favor o presente *writ*, com o intuito de ver cessada tal prisão. Aduz que o paciente está preso há mais de 5 (cinco) anos, sem que tenha havido o término do processo, o que configura clara ilegalidade na prisão daquele. Alega extrapolação do prazo para o término da instrução processual, pois o denunciado encontra-se preso além do prazo legal (81 dias), sem que tenham sido ouvidas todas as testemunhas.

Requer, portanto, em face da prisão reputada ilegal e do ato coator praticado pelo MM. Juiz *a quo*, a expedição de alvará de soltura em benefício do paciente. Vale ressaltar que nenhuma documentação pertinente fora juntada pelo impetrante.

Notificada a autoridade apontada como coatora, seguiu-se à prestação das informações (fls. 17/20).

De posse dos informes, abriu-se vista à douta Procuradoria Geral de Justiça, cujo Ilustre Procurador, em bem fundamentado parecer, opinou pelo indeferimento do *writ*, em face do justificado excesso de prazo na formação da culpa do paciente (fls. 75/77).

É o relatório.

Da análise profunda dos autos, percebe-se que a questão circunscreve-se basicamente aos fundamentos fáticos e processuais da demanda.

Inicialmente, é preciso afirmar que o Paciente não juntou qualquer documentação pertinente aos fundamentos alegados na exordial, o que dificultaria a análise meritória. Felizmente, as informações prestadas pela autoridade dita coatora (com os seus anexos) suprem todos os dados, fatos e relatos aduzidos no bojo deste processo.

Superadas estas questões iniciais, passemos à análise do *meritum causae*.

O exame dos presentes autos não pode restringir-se à interpretação literal atinente aos prazos legais previstos para o encerramento de cada fase processual. É mister que se entenda o presente feito em face de sua complexidade e das características pessoais do acusado.

É assente que o prazo de 81 (oitenta e um) dias para o encerramento da instrução criminal, estando o réu preso, é uma construção jurisprudencial, e não um mero somatório de prazos existentes em dispositivos legais como alega o Impetrante.

Trata-se de crime extremamente grave e hediondo (***estupro com violência presumida***), o que, pela própria natureza dele, requer maior cuidado e diligência tanto do Magistrado como do Promotor de Justiça na condução

processual do feito. Há de se ressaltar que o paciente já responde a dois outros processos pelo crime de atentado violento ao pudor e em ambos está com a prisão preventiva decretada, uma na Comarca de Sobral e outra na Comarca de Jijoca de Jericoacoara (informação à fl.29).

Entretanto, nada justifica tamanho atraso na conclusão da instrução criminal que já se prolonga por 5 (cinco) anos e 7 (sete) meses. O paciente encontra-se preso em flagrante desde 22.06.2002 e até a presente data não se encerrou a oitiva das testemunhas de acusação.

Das informações prestadas pela autoridade impetrada (fls. 42/44), infere-se que vários fatos causaram a grande demora na conclusão do feito: a) um mês de demora no interrogatório do réu feito por precatória; b) 2 (dois) anos e 2 (dois) meses para se conseguir um advogado para o réu; c) 1 (um) ano e 7 (sete) meses de carga do processo por parte do advogado Marcus Antonio de Souza Alves; d) adiamento de audiências pela impossibilidade de comparecimento do representante do Ministério Público. Enfim, todos contribuíram para o atraso na conclusão da instrução criminal, mas não se pode imputar apenas ao réu tal demora.

Enfim, o que importa é a demonstração da injustificável e irrazoável atraso da conclusão da instrução processual, o que, sem dúvida, faz por acolher o argumento deste *writ*. O princípio da razoabilidade vem sendo acolhido na jurisprudência pátria como fundamento para elastecimento dos prazos para encerramento da instrução criminal, desde que pautado em fatos e circunstâncias processuais concretas e não imputáveis ao réu, o que não se subsume ao caso em tela.

Neste azo, é mister colacionar a manifestação dos tribunais superiores:

**STF - “EMENTA: PRISÃO PREVENTIVA - EXCESSO DE PRAZO. Configurado o excesso de prazo na custódia preventiva, impõe-se a devolução do direito à liberdade de ir e vir ao acusado, presente o princípio constitucional da**

**não-culpabilidade: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” - inciso LVII do artigo 5º da Carta Federal.” (HC 87.132/MG, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Rel. p/ acórdão: Min. Marco Aurélio, 1ª Turma, julg. em 03.08.2007, DJ de 31.10.2007, p.91)**

**STF – “EMENTA: HABEAS CORPUS. PRISÃO CAUTELAR DECRETADA HÁ MAIS DE TRÊS ANOS. ALEGAÇÃO DE EXCESSO DE PRAZO. O prazo para a conclusão da instrução probatória não pode ser a mera soma aritmética dos prazos de cada ato processual. De outra sorte, é inadmissível que a prisão provisória - como o próprio nome diz - perdure sem nenhuma limitação. A duração da custódia cautelar deve ser a mais breve possível, mas sempre vista sob o prisma da razoabilidade. Precedentes. A jurisprudência desta Corte tem entendido que, mesmo com a conclusão da instrução criminal e a subsequente prolação da sentença de pronúncia - quando não atribuída à defesa a prática de atos procrastinatórios - há que se verificar se o tempo de prisão cautelar não configura manifesta antecipação do cumprimento de pena ainda não imposta por um julgamento ajustado às normas processuais penais e às garantias constitucionais. No caso presente, embora presentes os requisitos legais autorizadores da prisão preventiva, reconhecidos no julgamento do HC 84.498, impetrado em favor da paciente, o prazo da prisão preventiva configura-se excessivo. *Habeas corpus* deferido, para que a paciente aguarde em liberdade o encerramento da ação penal, se por outro motivo não estiver presa. (HC**

*87.275/BA, Rel. Min. Joaquim Barbosa, 2ª Turma, julg. em 19.09.2006, DJ de 02.03.2007, p. 46)*

**STF – “EMENTA:1. Prisão processual: inequívoco excesso de prazo, sem o encerramento da instrução criminal, que não pode ser atribuído aos recorrentes e que sobrepuja os temperamentos admissíveis à luz do juízo de razoabilidade e prejudica eventual fundamento cautelar da prisão. (...)” (HC 88.339/ES, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, julg. em 22.08.2006, DJ de 06.10.2006, p.50)**

**STJ – “HABEAS CORPUS. ROUBO. SIMULAÇÃO DE ARMA DE FOGO. PRISÃO PREVENTIVA. EXCESSO DE PRAZO CONFIGURADO (7 MESES). AUSÊNCIA DE COMPLEXIDADE DO FEITO. PROCESSO AGUARDANDO DILIGÊNCIAS PARA LOCALIZAÇÃO DO ENDEREÇO DAS VÍTIMAS. MODUS OPERANDI QUE NÃO JUSTIFICA, NA HIPÓTESE, A PRISÃO CAUTELAR. INEXISTÊNCIA DE PERIGO CONCRETO À INTEGRIDADE FÍSICA DOS OFENDIDOS. PACIENTE RECONHECIDAMENTE PRIMÁRIO. ORDEM CONCEDIDA.**

**1. A concessão de Habeas Corpus em razão da configuração de excesso de prazo é medida de todo excepcional, somente admitida nos casos em que a dilação (1) seja decorrência exclusiva de diligências suscitadas pela acusação; (2) resulte da inércia do próprio aparato judicial, em obediência ao princípio da razoável duração do processo, previsto no art. 5º, LXXVIII da Constituição Federal; ou (3) implique ofensa ao princípio da razoabilidade.**

**2. O período de 81 dias, fruto de construção doutrinária e jurisprudencial, não deve ser**

**entendido como prazo peremptório, visto que subsiste apenas como referencial para verificação do excesso, de sorte que sua superação não implica necessariamente em constrangimento ilegal, podendo ser excedido com base em um juízo de razoabilidade; entretanto, na hipótese, a simplicidade do feito, que tem apenas um acusado, a desnecessidade de expedição de cartas precatórias, bem como a paralisação do processo apenas em razão de diligências do Juízo para a localização do endereço das vítimas, único obstáculo erigido para o alongamento da instrução criminal, implica ofensa ao art. 5º, LXXVIII da CF/88 e ao princípio da razoabilidade.**

**(...)**

**6. Assim sendo, considerando a particularidade da hipótese em apreciação, reputo injustificado o excesso de prazo e a motivação apresentada para a segregação provisória.**

**7. Parecer do MPF pela denegação da ordem.**

**8. Ordem concedida, para revogar a prisão preventiva do paciente, mediante termo de compromisso de comparecimento a todos os atos processuais remanescentes.” (HC 90.847/SP, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 5ª Turma, julg. em 28.11.2007, DJ de 17.12.2007, p.282)**

Forçoso concluir, portanto, em face do princípio da razoabilidade e da dignidade da pessoa, que há constrangimento ilegal por parte do magistrado ao exceder o prazo jurisprudencial de formação da culpa do acusado, devido ao enorme atraso indevidamente justificado nestes autos.

Diante da doutrina e jurisprudência colacionadas, resta acolhido o argumento quanto ao excesso de prazo na formação da culpa do Paciente, pois a inexplicável demora no processo *sub judice* encontra-se patente e injustificada, violadora dos princípios constitucionais da razoabilidade e da dignidade da pessoa.

Por todo o exposto, emitimos nosso voto pela concessão do *habeas corpus*, em dissonância ao parecer da Procuradoria Geral de Justiça.

Fortaleza, 21 de janeiro de 2008.

\*\*\*

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

**Nº 2008.0000.0189-5/0: PETIÇÃO DE HABEAS CORPUS  
DE FORTALEZA.**

**IMPETRANTES: PAULO CÉSAR BARBOSA PIMENTEL E  
OUTROS.**

**IMPETRADO: JUIZ DE DIREITO DA 6ª VARA DO JÚRI DA  
COMARCA DE FORTALEZA.**

**PACIENTE: JOCICLEY BRAGA DE MOURA.**

**RELATORA: DESª HUGUETTE BRAQUEHAIS**

**EMENTA: HABEAS CORPUS - PRISÃO  
PREVENTIVA EMBASADA UNICAMENTE NO  
CLAMOR PÚBLICO – AUSÊNCIA DOS  
REQUISITOS ELENCADOS NO ART. 312 DO CPP  
– NENHUMA DEMONSTRAÇÃO DE QUE O  
PACIENTE, EM LIBERDADE, PODERIA  
OFERECER RISCO À ORDEM PÚBLICA OU  
ECONÔMICA, OU CAUSAR, DE ALGUMA FORMA,  
OBSTÁCULOS À APLICAÇÃO DA LEI PENAL -  
*DECISIUM* TOTALMENTE DESPROVIDO DE  
FUNDAMENTAÇÃO - PRETENSÃO LIBERATÓRIA  
QUE DEVE SER ATENDIDA - ORDEM  
CONCEDIDA.**

**A C Ó R D Ã O**

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de

Habeas Corpus, acordam os Desembargadores da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por votação unânime, em **CONCEDER** a ordem impetrada, na conformidade do voto da Relatora.

## RELATÓRIO

Os advogados Paulo César Barbosa Pimentel, Paulo Napoleão Gonçalves Quezado e Henrique Gonçalves de Lavor Neto impetram ordem de “*habeas corpus*” em favor de **JOCICLEY BRAGA DE MOURA**, que, segundo consta, encontra-se preso preventivamente por força da decisão proferida pelo meritíssimo Juiz de Direito da 6ª Vara do Júri da Comarca de Fortaleza, o qual foi apontado como autoridade impetrada.

Alegam, em síntese, que:

- a) o paciente apresentou-se espontaneamente à autoridade policial;
- b) não estão configurados os requisitos configuradores da prisão preventiva;
- c) inexistem indícios suficientes de autoria criminosa;
- d) há excesso de prazo na formação da culpa.

Em síntese, pretendem os referidos impetrantes demonstrar que o paciente não foi o autor do crime; que não estão presentes, no caso, os motivos autorizadores da prisão preventiva e que há excesso de prazo na formação da culpa.

Acostam ao prelúdio a documentação de fls. 33/98, 105/122, 127/187 e 189/190.

Em face da ausência de pedido liminar, foi determinada a requisição de informações da autoridade impetrada e, empós, que os autos fossem remetidos à consideração da douta Procuradoria Geral de Justiça (cf. despacho de fls. 123).

Informações prestadas, em tempo hábil, pela sobredita autoridade (fls. 191/193), no contexto das quais, em resumo, disse o seguinte:

1- que o paciente foi denunciado pelo Ministério Público em data de 28 de dezembro de 2007, como incurso nas sanções do art. 121, §2º, incisos I, III e IV do CP, por ter ceifado a vida de Vaniele Sousa de Albuquerque Paula, fato ocorrido em 30 de setembro de 2007, por volta das 13h00min, na rua Olívio Nogueira, nº 75, bairro de Maraponga, Fortaleza/Ce.

2- que, *“(...) compulsando os autos, depreende-se do conjunto probatório até então acostado que, ao contrário do que alega a defesa, existem indícios suficientes de autoria do delito imputado ao denunciado. Outrossim, embora singela, a decisão que ordenou a prisão é fundamentada e as razões invocadas estão até hoje presentes, haja vista a gravidade do delito atribuído ao réu, bem assim seus maus antecedentes, além do uso de documentos com nomes falsos. Tais aspectos revelam personalidade e conduta incompatíveis com a convivência em sociedade, de forma que a sua liberdade põe em risco a ordem social;*

3- que *“ o processo é complexo, pois, além do elevado número de testemunhas, algumas residentes em outras comarcas, conta com a juntada de muitos documentos, reprodução simulada dos fatos e várias perícias feitas pelo Instituto de Criminalística, tudo indicando que, diante da complexidade da prova, está sendo cumprida a exigência constitucional da razoável duração do feito.*

O Ministério Público de 2º grau, vale ressaltar, ofertou parecer pela **concessão** da ordem, às fls. 212/216, ao entendimento de que *“(...) A gravidade do crime em abstrato não tem por si só o condão de justificar o cárcere processual, vez que esta circunstância não preenche o requisito cautelar. (...)*

*que a decisão de primeiro grau negou, deliberadamente, vigência ao princípio constitucional do estado de inocência, ao retirar da prisão cautelar o caráter instrumental que lhe é inerente. O 'clamor social', como fartamente exposto acima, não constitui requisito cautelar a justificar a custódia provisória de que quer que seja. De fato, o corpo social exige a punição daqueles indivíduos que praticam condutas transviadas, a fim de manter o imprescindível equilíbrio entre os mesmo da comunidade. Todavia, essa exigência não pode jamais se sobrepor ao feixe normativo instituído pelos próprios cidadãos, através da democracia representativa, para solucionar os eventuais conflitos de interesse (...)"*

Era o que tínhamos a relatar.

## V O T O

A grande finalidade do presente *mandamus*, pelo que se pode observar, é obter a revogação do decreto prisional expedido em desfavor do paciente, ao entendimento de que foi proferido sem a devida motivação; de que não existem indícios suficientes de autoria e, ainda, de que há excesso de prazo na formação da culpa.

A guisa de intróito, destacamos que, no que tange à negativa de autoria delitiva, além de não ser o *habeas corpus* o meio legal adequado para se discutir o assunto, entendemos que, diante da complexidade da matéria e das provas coligidas ao bojo processual, tal proposição ficará, certamente, a cargo do Conselho de Sentença que, por força de preceito constitucional, é o competente para julgar os crimes dolosos contra a vida e, conseqüentemente, para dirimir as dúvidas que eventualmente surgirem em torno do caso aqui reportado.

É que, no compulsar do caderno de esguisa, constatamos haver, de fato, indícios de autoria suficientes para subsidiar uma denúncia. Por outro lado, em processos dessa natureza, em momento algum, poderemos adentrar profundamente no contexto probatório, sob pena de influenciarmos no futuro julgamento a ser procedido pelo povo

fortalezense.

Ademais, a ação constitucional de *habeas corpus* possui rito célere, de cognição sumária e perfunctória, não admitindo exame aprofundado do conjunto fático-probatório.

Já no que diz respeito ao alegado excesso de prazo, como bem frisou a magistrada *a quo*, “*o processo é complexo, pois, além do elevado número de testemunhas, algumas residentes em outras comarcas, conta com a juntada de muitos documentos, reprodução simulada dos fatos e várias perícias feitas pelo Instituto de Criminalística, tudo indicando que, diante da complexidade da prova, está sendo cumprida a exigência constitucional da razoável duração do feito*”.

Portanto, o excesso de prazo configurado, até o momento, é perfeitamente justificado diante da complexidade do feito, da necessidade de expedição de precatórias e da realização de diversas perícias, inclusive requeridas pela própria defesa.

No mais, como adequadamente demonstrado pela douta Procuradoria Geral de Justiça, por intermédio do Dra. Maria Perpétua Nogueira Pinto, merece concessão a ordem requestada e bem assim porque:

No caderno em tablado, o que facilmente verificamos, às fls. 33/36, foi que o Dr. José Barreto de Carvalho Filho, à época respondendo pelos trabalhos da 6ª Vara do Júri da capital, após tecer comentários doutrinários e jurisprudenciais sobre a prisão provisória na modalidade preventiva, embasou seu decreto unicamente no “**clamor público**”.

Alegou que, “**tais preceitos** (autorizadores da prisão preventiva) **encontram-se consubstanciados, vez que o crime repercutiu de tal maneira a causar clamor à comuna**”.

Este pequeno trecho, podemos garantir, foi a única fundamentação do decreto preventivo de Jocicley Braga de Moura.

E não podemos esquecer que o Código de Processo Penal estabelece, na verdade, que a prisão preventiva pode ser decretada desde que fundamentada em razões relevantes - garantia da instrução criminal e da ordem pública ou para assegurar a aplicação da lei penal.

Por outro lado, a jurisprudência sempre foi uniforme no sentido de que não se pode fundamentar um decreto de prisão preventiva, medida, sem dúvida, de caráter excepcional, em meras conjecturas. Há necessidade, por conseguinte, de se apontar fatos concretos que justifiquem a sua aplicação.

Aqui, efetivamente, o juízo monocrático não se utilizou de qualquer fundamento epigrafado no art. 312 do Código de Processo Penal, mas tão-somente, como dissemos linhas acima, do clamor público que o crime causou.

É comezinho no mundo jurídico que, em sede de prisão preventiva, devem estar presentes o *fumus boni juris*, consubstanciado na prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria, e o *periculum in mora*, configurado em um dos requisitos constantes no art. 312, *in fine*, da Lei Adjetiva Penal, quais sejam: garantia da ordem pública, da ordem econômica, da conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.

De sorte que, a prisão provisória, na modalidade preventiva, somente encontra guarida se decretada com apoio em base empírica idônea, na real necessidade de adoção e desde que configurados um dos seus requisitos autorizadores, por se tratar, exatamente, de medida de exceção.

A propósito do assunto, permitimo-nos citar alguns julgados que tratam de casos idênticos:

**EMENTA: “HABEAS CORPUS. (...).  
MANUTENÇÃO DA PRISÃO CAUTELAR FUNDADA  
NO CLAMOR SOCIAL E NA CREDIBILIDADE DAS  
INSTITUIÇÕES. (...).**

**1. O clamor social e a credibilidade das instituições, por si sós, não autorizam a conclusão de que a garantia da ordem pública está ameaçada, a ponto de legitimar a manutenção da prisão cautelar do paciente enquanto aguarda novo julgamento pelo Tribunal do Júri.**

**2. A prisão processual, pela excepcionalidade**

**que a caracteriza, pressupõe inequívoca demonstração da base empírica que justifique a sua necessidade, não bastando apenas aludir-se a qualquer das previsões do art. 312 do Código de Processo Penal. (...)**". (STF, HC 84662/BA, Rel. Min. Eros Grau, DJ de 22-10-2004)

**EMENTA: HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIMES DE HOMICÍDIO QUALIFICADO E TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. DECRETADA COM FUNDAMENTO EM CONJECTURAS E NA GRAVIDADE DO DELITO. NECESSIDADE DA CUSTÓDIA CAUTELAR NÃO DEMONSTRADA. PRECEDENTES DO STJ E DO STF.**

**1. A prisão cautelar, em razão do princípio constitucional da inocência presumida, necessita da demonstração dos elementos objetivos, indicativos dos motivos concretos autorizadores da medida constritiva, e exige a individualização dos seus fundamentos ao acusado.**

**2. Argumentos abstratos, desprovidos de qualquer suporte fático, não podem respaldar a prisão provisória, a qual somente poderá ser justificada motivação válida e aliada a um dos requisitos legalmente previstos. (...).**

**4. Precedentes do STJ e do STF.**

**5. Ordem concedida para revogar a custódia cautelar do ora paciente, se por outro motivo não estiver preso, sem prejuízo de eventual decretação de prisão preventiva devidamente fundamentada." (STJ, HC 50.818/PB, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJ 12/02/2007).**

**EMENTA: (...). II. Não se presta para justificar a prisão preventiva a necessidade de acalmar o**

**meio social, se desvinculado de qualquer fator concreto, devendo tal aspecto permanecer alheio à avaliação dos pressupostos da segregação, não sendo suficiente para respaldá-la.**

**III. Conclusões vagas e abstratas acerca da possibilidade dos réus continuarem a praticar golpes, sem vínculo com situação fática concreta, efetivamente existente, configura simples suposição a respeito do que os acusados poderão vir a fazer, caso permaneçam soltos, não podendo respaldar a medida constritiva.**

**IV. Exige-se concreta motivação para a decretação da custódia preventiva, com base em fatos que efetivamente justifiquem a excepcionalidade da medida, atendendo-se aos termos do art. 312 do CPP e da jurisprudência dominante. (...)** (STJ, HC 66.455/RJ, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ 13/03/2007)

Ademais, no mesmo sentido, os tribunais pátrios sempre afirmaram que não basta alegar-se que a conduta imputada ao acusado é grave, ou que o crime causou *“grande repercussão no meio da sociedade”*, como justificativa para decretar a prisão cautelar, porque esta só se legitima quando a medida se mostrar efetivamente necessária.

O Supremo Tribunal Federal, aliás, tem, reiteradamente, adotado esse entendimento (RTJ 137/287 – rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE).

Isso porque, a teor da orientação sufragada no âmbito daquele Tribunal, *“... a natureza da infração penal não se revela circunstância apta, só por si, para justificar a privação cautelar do ‘status libertatis’ daquele que sofre a persecução criminal instaurada pelo Estado”*.

No que diz respeito à repercussão que o delito causou, temos por importante ressaltar que **“a própria jurisprudência do STF tem enfatizado que o estado de comoção e de eventual indignação popular, motivado pela**

**prática da infração penal, não pode justificar, só por si, a decretação da prisão cautelar do suposto autor do comportamento delituoso”.** (STF -HC 80.719-4, Rel. Celso de Mello, DJ 28/09/2001, 2ª Turma).

Outrossim, no que diz respeito ao conteúdo das informações prestadas, dessa feita pela juíza titular da 6ª Vara do Júri, aduzindo que o paciente tem maus antecedentes e usa documentos com nomes falsos, tais fatos, se realmente configurados, o que até o momento não ocorreu, poderiam ensejar um decreto preventivo, desde que fundamentado na tutela da ordem pública e/ou na garantia da aplicação da lei penal.

Diante do exposto, em total consonância com o parecer da douta Procuradoria de Justiça e na esteira dos pronunciamentos jurisprudenciais dantes invocados, votamos no sentido de que seja concedida a ordem.

Há de ser expedido, pois, o respectivo alvará de soltura, a fim de que seja o paciente colocado em liberdade, **salvo se, por outro motivo legal, tiver que permanecer preso**, devendo, no entanto, comparecer a todos os atos instrutórios do processo e não mudar de residência sem prévia autorização da autoridade processante, tampouco se ausentar de sua residência, por mais de oito (8) dias, sem comunicar à mesma autoridade o lugar onde poderá ser encontrado.

É como votamos.

Fortaleza, 17 de março de 2008.

\*\*\*

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

**PROCESSO Nº: 2008.0003.6313-4/1**

**TIPO DE PROCESSO: HABEAS CORPUS CRIME**

**COMARCA: FORTALEZA/CE**

**IMPETRANTE(S): JÚLIO LEITE XAVIER e VLADSON XAVIER DE MENEZES**

**PACIENTE(S): FRANCISCO OSMILDO FERREIRA DE**

**MORAIS**

**IMPETRADO: JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA DE DELITOS SOBRE TRÁFICO DA COMARCA DE FORTALEZA/CE  
RELATORA: DESA. LÚCIA MARIA DO NASCIMENTO FIÚZA BITU**

**EMENTA: HABEAS CORPUS – PENAL E PROCESSUAL PENAL – TRÁFICO DE SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES - PRISÃO PREVENTIVA – LIBERDADE DO PACIENTE GERA RISCO CONCRETO À ORDEM PÚBLICA, ASSIM COMO À APLICAÇÃO DA LEI PENAL – COAÇÃO ILEGAL NÃO CONFIGURADA – ORDEM CONHECIDA, PORÉM DENEGADA.**

**1. Resta demonstrado nos autos que a liberdade do paciente impõe risco iminente e concreto à ordem pública, face à grande quantidade de substância apreendida, assim como à organização operacional que restou demonstrada. Observa-se, ainda, que a aplicação da lei penal igualmente restará comprometida, ante a fuga do paciente do distrito da culpa, após a apreensão da droga.**

**2. As condições pessoais favoráveis, tais como primariedade, bons antecedentes e residência fixa não são suficientes para garantir ao paciente a concessão de liberdade provisória se há nos autos elementos que recomendam a manutenção da custódia cautelar**

**3. Ordem conhecida, porém denegada.**

**Vistos, relatados e discutidos** os autos de HABEAS CORPUS nº. 2008.0003.6313-4, impetrado pelos advogados JÚLIO LEITE XAVIER e VLADSON XAVIER DE MENEZES, tendo como paciente FRANCISCO OSMILDO FERREIRA DE MORAIS, contra ato emanado do juízo da 1ª Vara de Delitos sobre o tráfico da Comarca de Fortaleza/CE.

**ACORDAM** os Desembargadores integrantes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por votação unânime, conhecer do *Habeas Corpus*, mas para denegá-lo, em conformidade com o voto da eminente Relatora.

## RELATÓRIO

Trata-se de ordem de *habeas corpus* impetrado pelos advogados JÚLIO LEITE XAVIER e VLADSON XAVIER DE MENEZES, em benefício de FRANCISCO OSMILDO FERREIRA DE MORAIS, contra ato emanado do juízo da 1ª Vara de Delitos sobre o tráfico da Comarca de Fortaleza/CE.

Alegam, em suma, que no dia 17 de janeiro do corrente ano, o paciente teve sua casa invadida por policiais militares os quais estavam à procura de evidências que o caracterizassem como traficante de substâncias entorpecentes.

Ressaltam que referido ato investigatório foi motivado pela apreensão de certa quantidade de maconha na posse de uma pessoa denominada João, na rua Mavignier nº 2721, Praia da Abreulândia, Aquiraz/CE, a quem o paciente prestava serviços como taxista.

Aduz que o paciente não tem qualquer envolvimento com tráfico de drogas, pelo contrário, é casado, pai de 04 (quatro) filhos, é primário, possui residência fixa e profissão definida, qual seja, taxista. Assim, sustenta não haver os fundamentos e pressupostos autorizadores da prisão preventiva, motivo pelo qual esta deve ser revogada.

Por tais fatos, requereu tanto na via liminar, quanto no mérito, a concessão da presente ordem a fim de que seja expedido salvo conduto em desfavor do paciente, como forma de garantir a liberdade do mesmo.

Com a inicial vieram os documentos de fls. 16/25.

Pleito liminar indeferido, fls. 34/35.

As judiciosas informações foram prestadas, conforme fls. 77/78.

O membro da douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não conhecimento da ordem, fls. 102/103, ante a ausência de documentação necessária à análise do mérito da

pretensão.

## É o relatório.

### VOTO

A presente ordem de *habeas corpus*, conforme ressaltado no relatório, tem por objetivo restabelecer o *status libertatis* do paciente sob a argumentação de que inexistem os pressupostos e fundamentos necessários à decretação da prisão preventiva atacada, devendo esta conseqüentemente ser revogada.

É cediço que no ordenamento jurídico constitucional pátrio, impõe-se como regra a liberdade, a qual deriva dos preceitos inscritos no art. 5º, incisos LIV e LVIII, contudo, em situações excepcionais, a regra deve ceder, desde que concretamente comprovadas, em relação à pessoa do agente, a existência do *periculum libertatis*.

Nessa linha de raciocínio, é certo que a prisão preventiva passou a ser a principal modalidade de prisão cautelar no nosso ordenamento jurídico, podendo ser decretada a qualquer instante, até mesmo antes do oferecimento da denúncia, ela se projetou sobre as outras modalidades de prisão provisória, afigurando-se quase que suficiente, *de per se*, a garantir o bom trâmite do processo penal e a eficácia de suas decisões.

Acerca da medida cerceatória, dispõe o artigo 312 do Código de Processo Penal, *in verbis*:

*Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria.*

Assim, ressoam do dispositivo legal supracitado os pressupostos e fundamentos da custódia preventiva, os quais segundo forte orientação jurisprudencial devem ser evidenciados,

no caso concreto, de forma clara e inequívoca, sob pena de seu manejo caracterizar-se constrangimento ilegal.

Seguindo essa linha de raciocínio, observa-se que o presente writ não merece deferimento.

Como se infere dos autos, a prisão preventiva decretada em desfavor do paciente pautou-se na garantia da ordem pública, assim como da aplicação da lei penal. Ressalte-se que a decisão supracitada é dotada de bom nível técnico e demonstra de forma concreta e inequívoca a presença dos pressupostos e fundamentos ensejadores da prisão cautelar, motivo pelo qual não merece acolhida a alegação de que a mesma encontra-se insuficientemente fundamentada.

Conforme se retira dos fólios em epígrafe, pesa contra o paciente Francisco Osmildo Ferreira de Moraes a acusação de praticar o delito de tráfico de substância entorpecentes. Nessa esteira, retira-se dos autos que em uma casa alugada pelo paciente (contrato de locação repousa às fls. 84/85) foram encontrados aproximadamente 107 (cento e sete) quilogramas de maconha em forma de tijolos, além de uma balança, com recibo de compra em nome do paciente.

Assim sendo, verifica-se que diante da grande quantidade de droga apreendida, aliada a organização operacional desenvolvida na traficância, já que existia uma casa alugada supostamente com a finalidade de armazenamento da substância entorpecente, onde, inclusive, foram também apreendidos petrechos que se relacionam com a atividade ilícita supracitada, resta irremediavelmente demonstrado o risco concreto e iminente que a liberdade do paciente enseja à ordem pública.

Aliás, verifica-se que a revogação da prisão do réu igualmente compromete a aplicação da lei penal, vez que o paciente tão logo tomou conhecimento da apreensão da substância entorpecente, tratou de evadir-se do distrito da culpa de modo tão desesperado que se esqueceu até de fechar as portas de sua residência.

Logo, ratifique-se, a decisão que decretou a prisão preventiva do paciente não merece qualquer reprimenda, devendo ser prestigiada e mantida, ante a observância concreta

dos requisitos e pressupostos legais.

Ademais, não se pode esquecer que é entendimento pacífico na jurisprudência dos tribunais pátrios, que as alegadas condições pessoais do acusado, tais como primariedade, residência fixa e profissão lícita, isoladamente, não elidem a necessidade de decretação ou manutenção da prisão cautelar, senão vejamos:

**STJ: “As condições pessoais favoráveis, tais como primariedade, bons antecedentes e residência fixa não são suficientes para garantir ao paciente a revogação da prisão preventiva se há nos autos elementos que recomendam a manutenção da custódia cautelar” (HC 50.498-GO, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJU de 12.02.07, p. 301).**

**Isto posto**, considerando que o decreto de prisão preventiva encontra-se devidamente fundamentado, vez que demonstrou de forma concreta e inequívoca a presença dos fundamentos e pressupostos necessários à decretação da medida cautelar cerceatória do paciente, **CONHEÇO** da presente ordem, mas para **NEGAR-LHE PROVIMENTO**, em consonância com o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça.

É como voto.

Fortaleza, 02 de junho de 2008.

\*\*\*

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

**HABEAS CORPUS Nº 2008.0005.7998-6/0, DE FORTALEZA  
IMPETRANTES: ANTÔNIO BRASILEIRO PONTES E OUTRO  
PACIENTE: FRANCISCO MARCO DA SILVA  
IMPETRADO: JUIZ DA 9ª VARA CRIMINAL DA COMARCA DE**

**FORTALEZA****RELATOR: DES. FRANCISCO HAROLDO RODRIGUES DE ALBUQUERQUE**

**EMENTA: HABEAS CORPUS. INDEFERIMENTO DE PROVAS. FACULDADE DO JUIZ. CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CONFIGURADO. ORDEM DENEGADA.** Na sistemática processual penal vigente e ainda apoiado pela necessidade de se fornecer uma maior celeridade ao processo, ao magistrado é dado verificar a inutilidade da prova requerida por quaisquer das partes e indeferi-la, isso por constituir matéria inserida em seu poder de arbítrio. Ordem denegada.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de *habeas corpus*, acorda a 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por julgamento de turma e unanimidade de votos, denegar a ordem impetrada, nos termos do voto do relator.

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor do paciente acima nominado, através do qual se requer a sua imediata soltura, ante a ocorrência de suposta nulidade processual decorrente de cerceamento de defesa provocado pelo órgão julgador.

Segundo os impetrantes, foram requeridas, pelos pacientes, diligências nos autos originários, de modo a demonstrar sua inocência quanto ao crime imputado. Entretanto, de acordo com a narrativa, as novas provas foram indeferidas em duas oportunidades pelo magistrado processante, o que caracterizaria evidente cerceamento de defesa, ensejador de nulidade absoluta no bojo dos autos.

Liminar indeferida às fls. 69/70.

Notificada, a autoridade impetrada justificou sua decisão e apresentou detalhes acerca da ação originária.

A douta Procuradoria Geral de Justiça, manifestando-

se (fls. 87/93), opinou pela não concessão da ordem.

É o relatório.

O presente processo trata de suposta nulidade processual decorrente de cerceamento de defesa, caracterizado pelo indeferimento de provas requeridas pela defesa. Contudo, tal nulidade não se verifica na espécie.

Quanto à prova no processo penal, vê-se que o seu indeferimento, bem como o de qualquer outro meio de prova, passa pelo livre arbítrio do juiz, pelo seu prudente critério, mormente quando este a considera como irrelevante para o deslinde da causa, ausentes quaisquer prejuízos ao réu. Com efeito, este é o entendimento da jurisprudência nacional, materializada nos julgados abaixo transcritos:

***Cerceamento de defesa – indeferimento de diligência na fase do art. 499 do CPP – Livre arbítrio do juiz para deferir ou não a prova requerida - Inexistência de prejuízo para o réu. Indeferimento de diligência na fase do art. 499 do CPP não é molde a configurar o cerceamento de defesa, pois o julgador tem o livre deferimento para deferir a prova requerida. Se assim não fosse, a instrução prolongar-se-ia no tempo, indefinidamente. (TRF 3ª Reg. – AP – Rel. Roberto Haddad – RT 739/707).***

***PROCESSO PENAL – FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO – DILIGÊNCIAS INDEFERIDAS PELO MAGISTRADO – INEXISTÊNCIA DE NULIDADE. - O deferimento de diligências requeridas na fase do art. 499, do CPP, é ato que se inclui na esfera de discricionariedade do juiz, que poderá indeferir-las quando as julgar protelatórias ou desnecessárias. - Precedentes. - Ordem denegada. (HC 16.072/PR, Rel. Ministro JORGE***

SCARTEZZINI, QUINTA TURMA, julgado em 04.10.2001, DJ 15.04.2002 p. 239).

Ora, de acordo com trecho do art. 251 do Código de Processo Penal, “ao juiz incumbirá prover à regularidade do processo e manter a ordem no curso dos respectivos atos”. Nesse sentido lhe é lícito indeferir as diligências inúteis ou meramente protelatórias, de forma fundamentada.

A fundamentação, com efeito, não foi olvidada pelo juiz processante. Ao contrário, de forma clara expôs as razões pelas quais indeferira a prova. O fato é que o magistrado não é e nem pode ser mero chancelador da vontade das partes, não estando ele vinculado aos seus requerimentos.

Embora a partir de uma cognição eminentemente sumária de tal questão, única cabível na via estreita do *habeas corpus*, constata-se que, também quanto aos motivos do indeferimento, razão assiste ao MM juiz.

Com efeito, assim manifestou-se a autoridade impetrada:

*Entrando em detalhes sobre o petição presente às fls. 210, assinado pelo defensor do réu Francisco Marco da Silva, temos a expor que não vislumbramos a dúvida ora apresentada pelo causídico, que justificasse o tempo necessário para tal diligência em detrimento a ação penal com réus presos.*

*As declarações dadas pela vítima em juízo (fls. 186/187), Jordana Silva Ximenes Carneiro, foram claras e feitas de livre e espontânea vontade. (fls. 75).*

Se não havia dúvidas quanto à prova solicitada novamente pela defesa, não há porque falar em cerceamento de defesa em razão do seu indeferimento.

Ante o exposto, em consonância com o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça, denego a ordem impetrada

para que se proceda ao regular prosseguimento do feito, mantendo-se a prisão cautelar do paciente, dada a ausência da nulidade invocada.

É como voto.

Fortaleza. 08 de abril de 2008.

*REVISÃO CRIMINAL*



---

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

**PROCESSO Nº: 2003.0014.1296-0/0**

**AÇÃO: REVISÃO CRIMINAL**

**ORIGEM: 2ª VARA DO JURI DA COMARCA DE FORTALEZA**

**RECORRENTE: ELIONILDO SOUSA DE OLIVEIRA**

**RECORRIDA: A JUSTIÇA PÚBLICA**

**RELATORA: DES. MARIZA MAGALHÃES PINHEIRO**

**EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. REVISÃO CRIMINAL. ESTUPRO EM CONCURSO MATERIAL COM HOMICÍDIO. COMPETÊNCIA PRIVATIVA DO TRIBUNAL DO JURI. FIXAÇÃO DA COMPETÊNCIA. DISTRIBUIÇÃO AUTOMÁTICA DO PEDIDO DE PRISÃO PREVENTIVA. DISTRIBUIÇÃO POR PREVENÇÃO DOS AUTOS DA AÇÃO PENAL.**

**01 – Tratando-se de crime praticado em concurso material com outro crime doloso contra a vida a competência é privativa do Tribunal do Júri, cuja precedência da distribuição fixará a competência quando, na mesma circunscrição judiciária, houver mais de um juiz igualmente competente (arts. 74, § 1º, e 75, *caput*, CPP).**

**02 – A distribuição realizada para o efeito da concessão de fiança ou de decretação de prisão preventiva ou de qualquer diligência anterior à denúncia ou queixa prevenirá a da ação penal (parágrafo único, art. 75, CPP).**

**03 – Tratando-se de discussão acerca da fixação da competência, acaso não observada, caracterizando mera irregularidade, a alegada nulidade é de natureza relativa, que se tem como sanada em se não alegando no tempo oportuno, sendo condições para sua decretação a**

**demonstração de efetivo prejuízo.**

**04 – A fraude capaz de dar fomento à ação revisional é aquela incidente sobre os meios de instrumentação de prova, assim considerados depoimentos, exames periciais e documentos comprovadamente falsos. Além de comprovada a falsidade há que se demonstrar que a fraude tenha sido o fundamento único ou o pilar fundamental da sentença posta sob ataque, o que não é o caso do recorrente, em que a decisão dos jurados e o acórdão que a confirmou, foram amparados em prova robusta constante dos autos.**

**05 - Face ao exposto, constatando que a distribuição e a fixação da competência da 2ª Vara do Júri da comarca de Fortaleza foram feitas em estrita obediência ao disposto no art. 75, e seu parágrafo único, do CPP e que, portanto, o recorrente discute, única e exclusivamente, sobre o modo/critério de fixação desta competência (por prevenção), donde resulta que a alegada nulidade seria relativa, e, ainda, que não fora demonstrado nenhum prejuízo para a defesa do acusado/recorrente, tendo este, por último, deixado transcorrer *in albis* o momento próprio para alegá-la, assim como não o fez nas demais oportunidades que teve para se manifestar, até o julgamento da apelação, que confirmou a sentença condenatória, é que **NEGO PROVIMENTO AO PRESENTE PEDIDO DE REVISÃO CRIMINAL.****

### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Revisão Criminal, acordam os Exm<sup>os</sup>. Desembargadores, em sessão das Câmaras Criminais Reunidas do Tribunal de Justiça

do Estado do Ceará, por unanimidade de votos, negar provimento ao presente pedido de revisão criminal, tudo nos termos do voto.

## RELATÓRIO

Trata-se de pedido de revisão criminal ajuizado por ELIONILDO SOUSA DE OLIVEIRA, alegando a ocorrência de fraude processual, consistente em conluio entre o Delegado de Polícia Federal que presidiu o inquérito, o Promotor de Justiça denunciante, o Juiz Presidente da 2ª Vara do Tribunal do Júri, funcionários do setor de protocolo e distribuição do Fórum Clovis Beviláqua, todos orquestrados por um Desembargador desta Corte de Justiça, que culminou com a distribuição do processo, **por prevenção**, para aquela 2ª Vara do Tribunal do Júri, tudo com o fito preordenado de condenar o recorrente pela prática dos crimes de estupro e homicídio contra a jovem ELIAN DE AGUIAR MENDES, fato ocorrido na sede da Universidade de Fortaleza – UNIFOR, quando ela lá se encontrava para se submeter à prova do vestibular da Universidade Federal do Ceará – UFC, no ano de 2001.

Dizendo não justificar a distribuição por prevenção da ação penal para a 2ª Vara do Júri da comarca de Fortaleza, aduz que se subtraiu ao recorrente, a garantia constitucional do juiz competente (art. 5º, inciso LII, CF/88), ferindo, ainda, o disposto no inciso XXXVII, segundo o qual “**não haverá juiz ou tribunal de exceção**”, colidindo com o princípio do juiz natural.

Verifica-se dos autos da ação originária que o Ministério Público ofereceu denúncia contra o recorrente, dando-o como incurso nas tenazes dos artigos 213 (estupro) e 121, § 2º, incisos III, IV e V (homicídio triplamente qualificado), c/c o art. 69 (concurso material), todos do Código Penal Brasileiro.

A instrução processual se deu de forma regular, com atendimento ao contraditório e à ampla defesa do acusado/recorrente, o qual fora pronunciado, não interpondo recurso da sentença de pronúncia, submetendo-se ao julgamento pelo Tribunal do Júri, que reconhecendo a materialidade e a autoria dos delitos, condenou o recorrente, tendo a sentença

condenatória fixado a pena definitiva em 24 (vinte e quatro) anos de reclusão, já estando transitado em julgado o acórdão do recurso de apelação que a confirmou.

Ainda não resignado, o condenado manejou a presente ação revisional, no afã de ver rescindido o julgado, para o fim de anular o processo, em razão da suposta fraude e conseqüente violação da garantia do juiz natural, pugnando por novo julgamento.

Instada à manifestação, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, rebatendo os argumentos do recorrente, opinou pelo indeferimento do pedido.

É o relatório.

### **VOTO**

Não vejo como prosperar a não resignação do recorrente. Para mim, a distribuição por prevenção da ação penal encontra-se regular, dentro dos ditames processuais.

É que, conforme pude verificar compulsando os autos da ação principal e do pedido de representação pela prisão preventiva do então acusado, ora recorrente, esta última teve a sua distribuição automática para a Segunda Vara do Júri, conforme se vê da etiqueta colada às fl. 124 dos autos apartados do pedido de prisão preventiva. Assim, tendo o pedido de prisão preventiva sido distribuído automaticamente para a Segunda Vara do Júri, os autos da ação penal só poderiam ser distribuídos, também, e por prevenção, ao mesmo juízo, sob pena de se configurar uma falta de lógica sem precedentes, em que um juiz apreciaria o pedido de prisão preventiva e outro presidiria a ação penal.

É de se ressaltar que, como o crime fora cometido dentro do estabelecimento de ensino superior – Universidade de Fortaleza/UNIFOR, que atua por delegação da administração federal, e como ali estava se realizando o vestibular da Universidade Federal do Ceará – UFC, entendeu-se, inicialmente, que a competência seria da Justiça Federal, razão pela qual o inquérito policial fora procedido pela Polícia Federal e

encaminhado àquela Justiça especializada, onde lá a Procuradoria da República representou pela prisão preventiva do indiciado, a qual fora decretada pelo Juiz Federal da 11ª Vara, e ofereceu a denúncia.

Somente quando do oferecimento da denúncia foi que o Juiz Federal entendeu ser competente a Justiça Estadual, declinando da sua competência e determinando a remessa dos autos para a justiça competente, os quais foram remetidos a este e. Tribunal de Justiça, tendo o então Presidente, Des. Haroldo Rodrigues, determinado o encaminhamento à Diretoria-Geral do Fórum Clóvis Beviláqua, conforme despachos de 16.02.2001, apostos tanto nos autos do pedido de prisão preventiva (fl. 123), como nos autos da ação criminal (fl. 370).

Encaminhados, pois, ambos os autos, ao Fórum Clóvis Beviláqua, ali foram protocolados, o pedido de prisão preventiva sob o nº **2001.01.03173-4**, o qual fora distribuído **automaticamente** para a Segunda Vara do Júri, e a ação criminal, na seqüência, sob o nº **2001.01.03174-2**, a qual fora distribuída, **por prevenção**, para aquela mesma Segunda Vara do Júri.

Verifica-se, pela numeração, que os processos foram distribuídos em seqüência, primeiro o pedido de prisão preventiva e segundo a ação penal, tendo a primeira obedecido à distribuição automática e a segunda, porquê conexa com a primeira, distribuída por prevenção.

A distribuição, aliás, e a fixação da competência da 2ª Vara do Júri, foram feitas nos estritos termos do art. 75 e seu parágrafo único, do Código de Processo Penal, *verbis*:

***“Art. 75 – A precedência da distribuição fixará a competência quando, na mesma circunscrição judiciária, houver mais de um juiz igualmente competente.***

***Parágrafo único. A distribuição realizada para o efeito da concessão de fiança ou de decretação de prisão preventiva ou de qualquer diligência anterior à denúncia ou queixa prevenirá a da ação penal”.***

Comentando referido dispositivo, JULIO FABBRINI MIRABETE, em seu CÓDIGO DE PROCESSO PENAL INTERPRETADO, 11ª edição, Editora Atlas S/A – 2003, pág. 306, assevera que *“A competência do juiz firma-se pela distribuição quando na mesma comarca houver mais de um juiz igualmente competente. Findo o inquérito policial é ele remetido à distribuição, que o encaminhará à Vara que tocar recebê-lo, de acordo com as leis de organização judiciária. É obrigatória a distribuição quando houver dois ou mais juízes no foro competente. Mas por vezes, antes da ultimação do inquérito, o juiz pratica atos jurisdicionais nos autos, como a decisão a respeito da decretação da prisão preventiva ou da concessão de fiança. Há também possibilidade da propositura de pedido sobre medidas assecuratórias, como o arresto, o seqüestro, a especificação da hipoteca, etc. Nessas hipóteses, ou de qualquer diligência judiciária, não haverá distribuição da ação penal, prevento que está o juiz que as tomou. Trata-se, assim, de uma hipótese de competência por prevenção”*.

Não houve, pois, direcionamento da distribuição da ação para a Segunda Vara do Júri, como alega o recorrente.

Ademais, não há que se falar em ofensa ao princípio do juiz natural, posto que não fora criado nenhum tribunal de exceção para o julgamento dos crimes praticados pelo recorrente. Com efeito, tendo ele praticado o crime de estupro, em concurso material com o crime de homicídio, a competência era mesma do Tribunal do Júri.

A questão, portanto, não é, em sua natureza, de incompetência ou de ofensa ao princípio do juiz natural, posto que competente para o julgamento seria qualquer uma das Varas do Júri desta Capital, qualquer uma delas o juiz natural para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

Assim a não resignação do recorrente seria em termos de fixação da competência, que acaso não observada, a se entender que ultrapassara a mera irregularidade, produziria nulidade de natureza relativa, que se tem como sanada, em se não alegando no tempo oportuno, que no caso, seria quando da

apresentação das alegações finais, antes da pronúncia, conforme dicção do art. 571, inciso I, c/c o art. 406, do Código de Processo Penal (**“Art. 571 – As nulidades deverão ser argüidas: I – as da instrução criminal dos processos da competência do júri, nos prazos a que se refere o art. 406”**).

Ainda de acordo com o art. 571, incisos I, V, VII e VIII, do CPP, *“As nulidades deverão ser argüidas: I – as da instrução criminal dos processos da competência do júri, nos prazos a que se refere o art. 406; V – as ocorridas posteriormente à pronúncia, logo depois de anunciado o julgamento e apregoadas as partes; VII – se verificada após a decisão da primeira instância, nas razões de recurso ou logo depois de anunciado o julgamento do recurso e apregoadas as partes; VIII – as do julgamento em plenário, em audiência ou em sessão do tribunal, logo depois de ocorrerem”*.

Ocorre que o recorrente, em nenhuma dessas oportunidades, insurgiu-se contra a distribuição por prevenção e a fixação da competência da 2ª Vara do Júri. Não o fez nas suas razões finais; não recorreu da sentença de pronúncia; não manifestou a irresignação perante a sessão do Tribunal do Júri; não manifestou a irresignação na suas razões de apelação, nem na sessão de julgamento do recurso neste Tribunal.

Tendo deixado passar *in albis* todas as oportunidades que teve para se manifestar nos autos, somente após transitado em julgado o acórdão que confirmou a sentença condenatória é que vem agora o recorrente, por intermédio da presente ação revisional, alegar a nulidade do processo, por alegada ofensa ao princípio do juiz natural, que como dissemos, não existe e nunca existiu, tratando-se, mesmo, de discussão sobre o critério para a fixação da competência da 2ª Vara do Júri.

Trata, o caso, de competência pela natureza da infração, cuja competência é privativa do Tribunal do Júri (art. 74, CPP), e existindo mais de uma vara privativa do Tribunal do Júri a competência será daquela para quem for distribuída a ação, automaticamente, ou por prevenção, como no presente caso, em que primeiro fora distribuído o pedido de prisão preventiva do acusado.

Tem-se, assim, que a nulidade argüida pelo recorrente é da espécie relativa, de que são condições a demonstração efetiva do prejuízo e a argüição oportuna, nenhuma delas atendidas na espécie.

Com efeito, estabelece o art. 563 do CPP que **“Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa”**.

Há, basicamente, dois sistemas doutrinários para a fixação do critério de apreciação das nulidades. Pelo sistema formalista, da legalidade das formas ou da indeclinabilidade das formas, toda violação às prescrições legais acarreta a inviolabilidade dos atos processuais, prevalecendo o meio sobre o fim.

Pelo sistema da instrumentalidade das formas ou sistema teleológico, dá-se prevalência do fundo sobre a forma, sendo o ato processual válido se atingiu seu objetivo, ainda que realizado sem obediência à forma legal.

O nosso Código de Processo Penal ficou entre um meio termo, entre o sistema formalista e o da instrumentalidade das formas, procurando ser restritivo em matéria de nulidades ao afastar um formalismo excessivo.

Afastando-se do excesso de formalismo, e apegando-se ao princípio da instrumentalidade do processo, o art. 563 acima transcrito, estabeleceu a prevalência dos impedimentos de declaração ou de argüição de nulidades, pelo qual não se declara nulidade, desde que da preterição da forma legal não haja resultado prejuízo para uma das partes.

Significa dizer que a ausência de prejuízo impede a declaração da nulidade existente. O prejuízo deve ser demonstrado pela parte interessada, no caso de nulidade relativa, sendo presumido nos casos de nulidade absoluta.

No que diz respeito à alegação de fraude, que por sinal não restou nem de longe demonstrada, inexistindo qualquer indício nos autos, o art. 621, inciso II, do CPP é bem claro ao determinar que a fraude capaz de dar fomento à ação revisional é exata e unicamente aquela incidente sobre os meios de instrumentação de prova, assim considerados depoimentos,

exames de natureza pericial e documentos comprovadamente falsos.

Outrossim, além de comprovada a falsidade, há que se demonstrar que a fraude tenha sido o fundamento único ou o pilar fundamental da sentença posta sob ataque, o que não é o caso do recorrente, em que a decisão dos jurados e o acórdão que a confirmou, foram amparados em prova robusta constante dos autos.

Face ao exposto, constatando que a distribuição e a fixação da competência da 2ª Vara do Júri da comarca de Fortaleza foram feitas em estrita obediência ao disposto no art. 75, e seu parágrafo único, do CPP e que, portanto, o recorrente discute, única e exclusivamente, sobre o modo/critério de fixação desta competência (**por prevenção**), donde resulta que a alegada nulidade seria relativa, e, ainda, que não fora demonstrado nenhum prejuízo para a defesa do acusado/recorrente, tendo este, por último, deixado transcorrer *in albis* o momento próprio para alegá-la, assim como não o fez nas demais oportunidades que teve para se manifestar, até o julgamento da apelação, que confirmou a sentença condenatória, é que **NEGO PROVIMENTO AO PRESENTE PEDIDO DE REVISÃO CRIMINAL.**

É como voto.

Fortaleza(CE), 31 de maio de 2006.

---

**ÍNDICE ALFABÉTICO REMISSIVO****MATÉRIA CÍVEL****APELAÇÃO CÍVEL**

Ação de indenização – assalto que resulta em morte de cliente do banco promovido – responsabilidade objetiva – dano e nexa causal comprovados – negligência quanto ao aparato de segurança caracterizado.....105.

Consignação em pagamento – cerceamento de defesa – julgamento antecipado sem a realização de perícia contábil requerida por ambas as partes – prova indispensável à solução da lide – ocorrência.....204.

Contrato de prestação de serviços educacionais – assinatura do devedor e de duas testemunhas – título executivo extrajudicial por atender aos requisitos do Art. 585, inciso II, do CPC – efetiva comprovação pelo credor do adimplemento à contraprestação devida – prosseguimento da execução.....159/160.

Contrato verbal de honorários advocatícios – comprovação da efetiva prestação do serviço – dúvida acerca do percentual fixado entre as partes – procedência do pedido – estabelecimento do valor com base na tabela da OAB.....125.

Danos materiais e morais – imputação de crime contra a propriedade imaterial – comunicação à autoridade policial – exercício regular de direito – indenização indevida.....143.

Desapropriação – supremacia do interesse público sobre o particular – preço justo da indenização – fundamento sucinto.....175.

Direito das sucessões – direito empresarial – interpretação das

cláusulas testamentárias – Art. 1.666, do CC/1916 – testamento sobre bens anteriormente pertencentes à sociedade empresarial extinta – inocorrência de nulidade.....167/168.

Execução de título judicial – disparidade entre o comando da sentença e a conta de liquidação – defeso ao julgador extrapolar os limites definidos no título executivo, respeitada a eficácia preclusiva do julgado.....131.

Inventário e partilha – cessão de direitos hereditários – ato jurídico perfeito – ausência de intimação do patrono dos cessionários acerca dos termos da ação – dispensa da avaliação dos bens e partilha efetivada sem contemplar os cessionários – nulidade – ocorrência.....152.

Locação – abandono do imóvel pelo locador, não o exime dos aluguéis – princípio da força vinculante das convenções.....182.

Reintegração de posse – deferimento de liminar em decisão não motivada e sem prévia manifestação do M.P. – nulidade do processo a partir da citação e invalidação de eventuais acordos celebrados.....93.

Responsabilidade civil – danos morais – comunicação à autoridade policial de fato que em tese constitui crime – absolvição – reparação indevida.....87/88.

Serviço de telefonia fixa – assinatura básica residencial – legalidade da cobrança – modelo regulatório brasileiro – continuidade dos serviços públicos.....211.

Servidor público – equiparação vencimental – isonomia externa – impossibilidade por via judicial.....198.

Sociedade de fato – sucessão por outra mediante simples averbação no registro da primeira – impossibilidade.....187/188.

---

## AGRAVO DE INSTRUMENTO

Ação falimentar – interlocutória que suprime remuneração de falido/administrador – legítima interferência do juiz – modicidade no arbitramento do valor com vistas à diligência no cumprimento de seus deveres – manutenção da remuneração.....225.

Cooperativa médica – livre ingresso – alegação de impossibilidade técnica de prestação de serviços – necessidade de comprovação – subscrição de quotas sociais – prevalência de cláusula estatutária – taxa de matrícula – ausência de previsão.....241.

Instituição de ensino – mensalidades atrasadas – aluno inadimplente – caução – dever do magistrado – avaliação do bem oferecido em caução para evitar prejuízo ao credor.....234.

Servidor municipal – execução provisória de sentença concessiva de extensão de piso salarial – isonomia – sobrestamento da execução – vedações da Lei nº 9.494/97.....229.

## HABEAS CORPUS

Ação de busca e apreensão convertida em ação de depósito – contrato de alienação fiduciária – iminência de prisão da devedora – equiparação à depositário infiel – impossibilidade – pacto internacional dos direitos civis e políticos – pacto de San José da Costa Rica – Art. 5º, LXVII, da C.F.....251/252.

## MANDADO DE SEGURANÇA

Concurso público – fixação no edital de limite de vagas para a participação em curso de formação – ato discricionário da administração pública – não ferimento do direito individual – precedentes.....296.  
Procurador de Justiça – supressão de vantagem pessoal – exercício continuado de cargo em comissão – fixação dos

subsídios dos membros do MP do Estado do Ceará –  
enquadramento – ato administrativo único – efeitos concretos e  
imediatos – impetração posterior ao quinquênio –  
prescrição.....291/292.

Servidor – opção pela carreira de Defensor Público – Art. 22, do  
ADCT da Constituição Federal de 1988 – prestação de serviços  
de assistência judiciária não confere direito líquido e certo à opção  
– necessidade de ato administrativo até 1º/2/1987, investindo-o  
na função de Defensor Público – requisito indispensável –  
denegação.....263.

Servidor público – teto remuneratório – percepção cumulativa  
de subsídio e de pensão estatutária – possibilidade até o limite  
do teto estabelecido para os membros do MP – ausência de  
prova pré-constituída de que as parcelas suprimidas deveriam  
ser abstraídas do redutor vencimental.....273.

### **AÇÃO RESCISÓRIA**

Ação rescisória – inexistência de dolo processual, violação literal  
de dispositivo de lei ou suposto erro de fato –  
improcedência.....307/308.

Usucapião – citação – ausência - sentença ineficaz – ação  
rescisória – impossibilidade jurídica – caracterização.....303.

### **Ação Direita de Inconstitucionalidade**

Servidor militar – estatuto – controle judicial concentrado –  
diferenciação de limites de idade entre civis e militares para ingresso  
– inobservância do princípio da isonomia – lei estadual amparada  
em expressas disposições da CF – dispensa de obrigatória  
aplicação do Art. 7º, XXX, da CF/88 para militares – inteligência das  
normas constitucionais combinadas dos Arts. 7º; 37; 39, § 3º; 42,  
§1º e 142, § 3º, VIII e X da Magna Carta.....321/322.

### **Cautelar Incidental Inominada**

Ação ordinária declaratória de créditos – *decisum a quo* – improcedência em parte – rejeição dos pedidos formulados na inicial – reiteração dos pedidos – *fumus boni juris* – ausência – improcedência.....331.

### **Exceção de Suspeição**

Juiz de direito – suspeição e impedimento – parcialidade e pré-julgamento da causa – Art. 36,III, da lei orgânica da magistratura – inexistência.....345.

## **MATÉRIA CRIMINAL**

### **APELAÇÃO CRIME**

Apropriação indébita com majorante – restituição do valor apropriado - não exime a tipicidade da conduta delitiva – sentença absolutória – decisão reformada.....441.

Assalto – arma de fogo e grave ameaça – caracterização – reconhecimento pela vítima – prisão em flagrante na posse da *res furtiva*.....427.

Atentado violento ao pudor – declarações da ofendida e do vitimizador – equivalências – dúvidas – deficiência de provas – absolvição.....414/415.

Atropelamento – culpa do condutor – prova duvidosa e insuficiente – presunção da inocência.....386.

Furto qualificado – clonagem de cartões – negativa de autoria – confissão perante policiais – chip clonador – materialidade comprovada.....429.

---

Homicídio – acolhimento da excludente de ilicitude da legítima defesa – decisão manifestamente contrária à prova dos autos – novo julgamento.....	378.
Lesão corporal de natureza grave – mudança da definição jurídica dos fatos – ofensa aos princípios da ampla defesa e do contraditório – nulidade – incoerência – <i>emendatio libelli</i> .....	390.
Porte ilegal de arma – crime de mera conduta e permanente – materialidade e autoria comprovadas.....	358/359.
Roubo – assalto – confissão perante a autoridade policial – retratação – evocação de álibi – inversão do ônus da prova – prova robusta da materialidade e da autoria do crime.....	355.
Roubo – caracterização do tipo penal – prisão em flagrante – súmula nº 11 do TJCe.....	384.
Tráfico de entorpecentes – caracterização do tipo penal – absolvição – desclassificação – impossibilidade – não provimento.....	407.
Tráfico de maconha – provas indiciárias colhidas fora de juízo e ratificadas no contraditório – conjunto incriminador harmônico – culpabilidade confirmada.....	439.
Tribunal do júri – pedido de novo julgamento – decisão contrária à prova dos autos – incoerência – pena aplicada de forma exacerbada – necessidade de retificação.....	362.
Uso de documento falso – confissão – laudo grafotécnico confirmatório – testemunhas convergentes acerca da materialidade e autoria delitiva – dolo evidenciado.....	419.

---

## HABEAS CORPUS

Atentado violento ao pudor – réu beneficiário da assistência judiciária aos necessitados – condenação – acórdão recorrido considerado transitado em julgado – ausência de intimação pessoal do defensor público responsável – certidão de trânsito em julgado nula.....486/487.

Estupro – prisão em flagrante – excesso de prazo – réu preso – atraso injustificado – constrangimento ilegal verificado.....490.

Homicídio qualificado – réu primário e com bons antecedentes – livre ao tempo em que prolatada a sentença de pronúncia – prisão preventiva decretada como garantia da ordem pública e aplicação da lei penal – ausência de concreta fundamentação – constrangimento ilegal.....455.

Negativa de autoria – habeas corpus – ação constitucional de conhecimento sumaríssimo e rito célere – impossibilidade de análise valorativa minuciosa e aprofundada da prova – não conhecimento.....463.

Prisão preventiva – clamor público – ausência dos requisitos elencados no Art. 312, do CPP – decisão desprovida de fundamentação.....497.

Provas – indeferimento – faculdade do juiz – celeridade processual – inutilidade da prova – cerceamento de defesa não configurado.....511.

Tráfico de substância entorpecente – prisão preventiva – liberdade do paciente gera risco concreto à ordem pública e à aplicação da lei penal – fundamentação suficiente – coação ilegal inexistente.....506.

---

## REVISÃO CRIMINAL

Estupro em concurso material com homicídio – competência privativa do Tribunal do Júri – fixação da competência – distribuição automática do pedido de prisão preventiva – distribuição por prevenção dos autos da ação penal.....517.