

REVISTA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DO ESTADO DO MARANHÃO

CONSELHO EDITORIAL

Coordenador: Lourival de Jesus Serejo Sousa

Membros: Milson de Sousa Coutinho

Cleones Carvalho Cunha

Eliana Oliveira Santos Maciel

COMISSÃO TÉCNICA

Capa e Editoração Eletrônica: Ricardo Jessé Costa e Edivan Fonseca Jr.

Revisão: Sérgio Brito

A *Revista do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão* é uma publicação do TJ-MA que tem como objetivo incentivar o estudo da legislação, propiciando o intercâmbio entre o Tribunal e profissionais do campo do Direito.

Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão.

Praça D. Pedro II, s/n - Centro

São Luís-MA

CEP: 65.010-905

Telefone: (98) 2106-9000

Fax: (98) 2106-9465

Site: <http://www.tjma.jus.br>

Tiragem: 500 exemplares

As opiniões e conceitos emitidos nos artigos da *Revista do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão* são de responsabilidade dos autores.

Qualquer parte desta publicação pode ser reproduzida desde que citada a fonte.

Revista do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão.
v. 1, n. 1 (jan./dez. 2007) -. São Luís: TJ-MA, 2007 -
v.

Anual
ISSN 1984-0047

1. Direito - Periódico I. Maranhão. Tribunal de Justiça

CDU 34(05) (812.1)

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO MARANHÃO

**REVISTA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DO ESTADO DO MARANHÃO**

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO MARANHÃO

Raimundo Freire Cutrim
Presidente

Benedito de Jesus Guimarães Belo
Vice-presidente

Jamil de Miranda Gedeon Neto
Corregedor-Geral da Justiça

TRIBUNAL PLENO

Antônio Fernando Bayma Araújo
Jorge Rachid Mubárack Maluf
Milson de Souza Coutinho
José Stélio Nunes Muniz
Raimundo Freire Cutrim
Jamil de Miranda Gedeon Neto
Antônio Pacheco Guerreiro Júnior
Cleonice Silva Freire
Cleones Carvalho Cunha
Nelma Celeste Souza Silva Sarney Costa
Benedito de Jesus Guimarães Bello
Mário Lima Reis
Maria dos Remédios Buna Costa Magalhães
Anildes de Jesus Bernardes Chavez Cruz
Raimunda Santos Bezerra
José Joaquim Figueiredo dos Anjos
Marcelo Carvalho Silva
Maria das Graças de Castro Duarte Mendes
Paulo Sérgio Velten Pereira

Lourival de Jesus Serejo Sousa
Raimundo Nonato de Souza
Jaime Ferreira de Araújo
Raimundo Nonato Magalhães Melo
José Bernardo Silva Rodrigues

PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL

Jorge Rachid Mubárack Maluf
Raimunda Santos Bezerra
Maria das Graças de Castro Duarte Mendes

SEGUNDA CÂMARA CÍVEL

Antônio Pacheco Guerreiro Júnior
Nelma Celeste Souza Silva Sarney Costa
Marcelo Carvalho Silva

TERCEIRA CÂMARA CÍVEL

José Stélio Nunes Muniz
Cleonice Silva Freire
Cleones Carvalho Cunha

QUARTA CÂMARA CÍVEL

Jaime Ferreira de Araújo
Paulo Sérgio Velten Pereira
Anildes de Jesus Bernardes Chaves Cruz

CÂMARAS CÍVEIS REUNIDAS

Jorge Rachid Mubárack Maluf
Jaime Ferreira de Araújo
Paulo Sérgio Velten Pereira
José Stélio Nunes Muniz
Jamil de Miranda Gedeon Neto
Antônio Pacheco Guerreiro Júnior

Cleonice Silva Freire
Cleones Carvalho Cunha
Nelma Celeste Souza Silva Sarney Costa
Anildes de Jesus Bernardes Chaves Cruz
Marcelo Carvalho Silva
Maria das Graças de Castro Duarte Mendes
Raimunda Santos Bezerra

PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL

Antônio Fernando Bayma Araújo
Mário Lima Reis
Raimundo Nonato Magalhães Melo

SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL

Maria dos Remédios Buna Costa Magalhães
Raimundo Nonato de Souza
José Bernardo Silva Rodrigues

TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL

José Joaquim Figueiredo dos Anjos
Milson de Souza Coutinho
Lourival de Jesus Serejo Sousa

CÂMARAS CRIMINAIS REUNIDAS

Antônio Fernando Bayma Araújo
Mário Lima Reis
Maria dos Remédios Buna Costa Magalhães
José Joaquim Figueiredo dos Anjos
Lourival de Jesus Serejo Sousa
Raimundo Nonato de Souza
Milson de Souza Coutinho
Raimundo Nonato Magalhães Melo
José Bernardo Silva Rodrigues



Prefeitura Municipal de São Luís.
Prédio onde funcionou pela primeira vez o Tribunal de Justiça.
Foto de Ribamar Pinheiro.

SUMÁRIO

DOCTRINA

PRISÃO CAUTELAR FRENTE AO REGIME ABERTO - MARIA DOS REMÉDIOS BUNA COSTA MAGALHÃES.....	15
A IMPORTÂNCIA DA FILOSOFIA DO DIREITO NA FORMAÇÃO DO JURISTA NA PÓS-MODERNIDADE, UMA VISÃO EPISTEMOLÓGICA - NELSON MORAES RÊGO	25

JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº. 002911/2006 - SÃO LUÍS.....	43
APELAÇÃO CÍVEL Nº. 008521/2007 - PINDARÉ MÍRIM.....	59
APELAÇÃO CÍVEL Nº. 7.536/2007 - SÃO LUÍS.....	73
AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº. 39212/2005 - SÃO LUÍS.....	85
AGRAVO REGIMENTAL Nº. 09453/2008 - SÃO LUÍS.....	97
MANDADO DE SEGURANÇA Nº. 6191/2007 - SÃO LUÍS.....	111

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

APELAÇÃO CRIMINAL Nº. 024407/2007 - SÃO LUÍS.....	121
REVISÃO CRIMINAL Nº. 005382/2005 - SÃO LUÍS.....	143
APELAÇÃO CRIMINAL Nº. 025157/2007 - CODÓ.....	155
HABEAS CORPUS Nº. 007963/2008 - BOM JARDIM.....	167

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA – DENÚNCIA CONTRA PREFEITOS

DENÚNCIA Nº. 05760/2007 - SÃO DOMINGOS DO MARANHÃO.....	177
DENÚNCIA Nº. 017281/2006 - SÃO DOMINGOS DO MARANHÃO.....	185
DENÚNCIA Nº. 007116/2007 - SÃO BENTO.....	197
DENÚNCIA Nº. 8773/2007 - SÃO BERNARDO.....	207
DENÚNCIA Nº. 008208/2007 - LAGO DA PEDRA.....	215
DENÚNCIA Nº. 001966/2004 - SÃO RAIMUNDO DAS MANGABEIRAS.....	227

POSSE DE NOVOS DESEMBARGADORES

DISCURSO DE POSSE DO DESEMBARGADOR RAIMUNDO NONATO MAGALHÃES MELO, EM 19 DE JUNHO DE 2008.....	239
DISCURSO DE POSSE DO DESEMBARGADOR JOSÉ BERNARDO SILVA RODRIGUES, EM 06 DE AGOSTO DE 2008.....	245

APRESENTAÇÃO

Mantida a qualidade dos artigos acadêmicos e dos acórdãos publicados na edição anterior, não tive dúvida de conceder o *imprimatur* a este novo número da nossa Revista, animado pela convicção de sua importância como instrumento de consulta e análise da produção jurisprudencial em nossos cancelos.

Acrescente-se ainda que esta edição coincide com a comemoração dos 195 anos de instalação do nosso Tribunal de Justiça.

Confio em que sua leitura será igualmente proveitosa para magistrados, membros do Ministério Público, advogados, professores e estudantes de ciências jurídicas, aos quais exorto a prestigiá-la e enriquecê-la com suas produções, o que, a um só tempo, estimulará parcerias, incentivará o estudo e o debate da legislação e propiciará o intercâmbio desta Corte com os profissionais do campo do Direito, que foram estes os objetivos determinantes de sua volta.

Que a Revista do Tribunal de Justiça seja, em breve, aberta à discussão dos grandes temas que estão a surgir nestes novos tempos, em que o crescimento geométrico do conhecimento científico e tecnológico e o surgimento de modernas formas e meios de comunicação provocam o questionamento de conceitos jurídicos cristalizados ao longo de séculos.

Há, hoje, um evidente descompasso entre a ordem jurídica vigente e as transformações sociais que, por fenômenos diversos, ocorrem em todo o mundo. Cabe-nos, pela palavra escrita, em publicações como esta, não deixar que o Direito se distancie delas.

Raimundo Freire Cutrim
Presidente

DOCTRINA

PRISÃO CAUTELAR FRENTE AO REGIME ABERTO

Maria dos Remédios Buna Costa Magalhães

RESUMO

Análise acerca da finalidade da prisão cautelar e as diretrizes da Constituição Federal do Brasil, do Código de Processo Penal Brasileiro, demonstrando a incoerência entre a prisão provisória e a possibilidade de regime aberto que, se condenado, o réu irá cumprir.

Palavras-Chave: Constitucional. Processo Penal. Prisão provisória. Regime aberto.

RESUMÉ

Analyse sur la finalité de la détention préventive et les directives de la Constitution Fédérale du Brésil, du Code de Procès Pénal Brésilien, en démontrant l'incohérence entre la possibilité de régime ouvert lequel, si condamné, l'accusé accomplira.

Mots Clefs: Constitutionnel. Procès pénal. Détention préventive. Régime ouvert.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal Brasileira de 1988 consagrou no artigo 5º, LVII, o princípio da presunção de inocência ou da não-culpabilidade, ou seja, o reconhecimento da autoria de uma infração criminal pressupõe sentença condenatória transitada em julgado.

Antes desse marco, somos, presumivelmente, inocentes, sendo assim, o cerceamento cautelar da liberdade só pode ocorrer excepcionalmente; a regra é a liberdade.

No dia-a-dia forense, o que se observa é que a presunção de inocência está se tornando uma exceção, e a presunção da culpa, a prática, o que tem provocado uma mania de condenar sem julgar.

Hodiernamente, a mídia acusa, julga e condena, num processo sumário que satisfaz seus espectadores.

A aplicação das medidas cautelares durante a persecução está a exigir redobrado cuidado. Quebra de sigilo fiscal, bancário, telefônico, busca e apreensão domiciliar, exposição da figura do indiciado ou acusado na imprensa, através da apresentação da imagem ou de informações conseguidas na investigação podem causar prejuízos irreversíveis à sua pessoa.

Nesse diapasão, é preciso ter cuidado para que a mídia não contamine o Poder Judiciário, criando decisões arbitrárias que ferem princípios basilares da Constituição Brasileira vigente, como o princípio da presunção de inocência.

A doutrina brasileira, em sua maioria, considera o princípio da inocência o princípio por excelência do Direito Processual Penal, de presunção absoluta, devendo ser considerados inocentes todos aqueles que estão sendo processados criminalmente, independentemente de confissão ou da sua prisão em flagrância, até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Ao decidir o magistrado pela medida constritiva cautelar, deve ter como olhar primeiro os princípios constitucionais para, após, ater-se às normas do Código de Processo Penal (CPP), tendo em vista que o CPP vigente foi baseado no Código de Processo Penal Italiano da década de 30, com bases nazistas, sendo, pois, autoritário, pressupondo a culpa do acusado de forma implícita.

Esse perfil de autoritarismo que envolve a prisão cautelar, quando esta é decidida sem ter como alicerces os princípios consagrados pela nossa Carta Magna, motivou-nos a dissertar sobre a finalidade dessa medida cautelar, à luz da Constituição Federal Brasileira de 1988 e do Código de Processo Penal Brasileiro.

2 PRISÃO COMO PENALIDADE

A prisão como pena teve sua origem na Igreja Católica, que mantinha presos os pecadores que pudessem sofrer e com isso fossem salvos. A prisão surge como pena somente no final do século XVI, na Inglaterra, por entidades religiosas, chamadas de casas reeducativas.

Portanto, verificamos que a prisão, na Antigüidade, nunca existiu como pena, sua finalidade era que o acusado aguardasse preso o julgamento e, ao final, fosse condenado, sendo-lhe aplicada uma pena mais gravosa, que nunca era a prisão. Assim, a prisão provisória é uma medida cautelar expedida contra um acusado antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, objetivando assegurar a instrução processual, a aplicação da lei, a garantia da ordem pública e da ordem econômica e, na fase policial, facilitar a elucidação da prática delituosa.

São cinco as espécies de prisões provisórias previstas no ordenamento jurídico brasileiro: prisão em flagrante, prisão temporária, prisão de pronúncia, prisão de sentença condenatória que não admite recurso em liberdade, e a prisão preventiva.

A prisão em flagrante, que ocorre quando o indivíduo está cometendo um delito ou acaba de cometê-lo e é pego imediatamente, tem previsão legal no art. 302 e seus incisos do Código de Processo Penal.

A prisão temporária é uma prisão que ocorre na fase inquisitorial, quando existe a necessidade de se custodiar o suspeito para apurar o delito, tendo previsão legal na Lei 7.960/89.

A prisão de pronúncia ocorre quando o acusado é pronunciado e não é réu primário, não possui bons antecedentes, e sua custódia se faz necessária, estando prevista no artigo 408, § 1º do CPP .

A prisão de sentença condenatória que não permite apelação em liberdade está prevista no artigo 393, I, do CPP . Ocorre quando o condenado não é primário e não possui bons antecedentes e a sua custódia se faz necessária. A prisão decorrente de sentença condenatória só é definitiva depois de transitada em julgado.

Dentre as suas modalidades, a prisão provisória só será cabível quando for admissível a prisão preventiva, exceto a prisão temporária, por existir previsão na Lei 7.960/89. Seu cabimento tem acento quando o juiz encontra os pressupostos de sua validade, ou seja, a materialidade do delito, *fumus delicti* e a sua autoria.

É necessária a comprovação incontestada da ocorrência do delito, ou seja, por exame pericial, documentos, testemunhas ou quaisquer outros elementos idôneos, pois, se não houver prova da materialidade do crime, não poderá ser decretada a prisão preventiva.

Quanto à autoria, são necessários apenas indícios, não se exigindo certeza. A lei se conforma com um lastro mínimo vinculando o agente ao delito.

Após o juiz percorrer a análise dos pressupostos de cabimento, irá analisar as hipóteses de decretação da prisão provisória: se o réu representa perigo para a instrução processual, ameaça à garantia da ordem pública ou econômica ou põe em risco a aplicação da lei penal, bem como quando o crime for doloso ou for punido com reclusão ou com detenção.

Esta última hipótese só será aplicada se o indiciado for vadio ou havendo dúvida sobre sua identidade, não fornecer ou não indicar elementos para esclarecer, conforme previsão no artigo 313 do Código de Processo Penal.

Ressaltamos que não é cabível a prisão preventiva para os crimes culposos e/ou contravenções, ainda que estejam presentes os fundamentos do artigo 312 do CPP ; por uma razão bastante lógica, o legislador vislumbrou que, se, na hipótese, o acusado vier a ser condenado, não cumprirá pena que prive a sua liberdade.

Vale ressaltar, que a prisão preventiva serve como referencial para qualquer tipo de prisão provisória, exceto a temporária, pois se não houver possibilidade para que se decrete a prisão preventiva, qualquer outro tipo de prisão não deverá ser decretado.

A finalidade da prisão provisória nasce da necessidade que tem o Estado de apurar o ilícito penal através de um processo.

Assim, para que o processo possa se efetivar, muitas vezes se faz necessária a prisão provisória do acusado, para que o mesmo não atrapalhe a instrução processual, devendo tal medida ter caráter excepcional.

3 A PRISÃO PROVISÓRIA E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

O Direito Processual Penal deve ser interpretado com alicerce na Constituição Federal. A razoável duração do processo é garantia, agora, expressa no texto constitucional, art. 5º, LXXVIII .

O princípio da razoabilidade e proporcionalidade não é uma novidade em nosso ordenamento. A adesão do Brasil ao Pacto de São José da Costa Rica, nos termos do Decreto nº. 678/92, já garantia tal princípio.

O Pacto de São José da Costa Rica constitui instrumento normativo destinado a desempenhar um papel de extremo relevo no âmbito do sistema interamericano de proteção aos direitos básicos da pessoa humana, qualificando-se, sob tal perspectiva, como peça complementar e decisiva no processo de tutela das liberdades públicas fundamentais.

A duração prolongada e abusiva da prisão preventiva ofende e mitiga o princípio da dignidade da pessoa humana, vetor que inspira e conforma todo o ordenamento jurídico vigente.

O jus puniendi estatal não pode atropelar garantias individuais. O processo deve guiar-se pelo paradigma da proporcionalidade, para garantir o necessário equilíbrio entre as medidas persecutórias do Estado e as medidas de defesa do cidadão.

A aplicação do princípio da razoabilidade deve ter lugar, quando apurado no caso concreto, a extrapolação do prazo previsto para a instrução em face de justificáveis embaraços na realização dos atos processuais, não podendo se adotar a prática de aplicar o princípio em questão apenas formalmente, com vistas a justificar o injustificável excesso de prazo decorrente de erros ou omissões dos agentes públicos

encarregados de práticas dos atos procedimentais.

O Superior Tribunal de Justiça, procurando corrigir a omissão legislativa e evitar o abuso, tem aplicado o princípio da razoabilidade, inclusive em relação ao reconhecimento da presença ou não de excesso de prazo nas fases posteriores ao término da instrução criminal, nesse sentido editou as Súmulas 21, 52 e 64 .

A aplicação das súmulas é restrita aos casos onde o paciente alegue excesso de prazo, exclusivamente, em relação aos atos de instrução processual, não havendo óbices a que diante do caso concreto, possa o réu alegar excesso de prazo nas fases posteriores.

Entendemos ser mais justa a decisão com fundamento no critério da razoabilidade. Levando em consideração valorações inerentes a fatos concretos da vida humana, e que inspiram a ordem jurídica, não há como sustentar que, no âmbito do Processo Penal, o interesse repressivo sobreponha-se à liberdade e à dignidade da pessoa humana, notadamente diante dos conhecidos efeitos devastadores da prisão sobre a personalidade do ser humano, seja qual for a natureza da prisão.

Todo delito tem uma previsão de pena em abstrato a ser aplicada, após a apuração da culpa, sendo uma máxima e uma mínima; tem suas circunstâncias agravantes e atenuantes e as causas que aumentam e diminuem a pena.

Assim, o juiz, no caso concreto, poderá vislumbrar, com base no artigo 59 do Código Penal Brasileiro, a pena a que o indivíduo poderá ser condenado no final do processo. Diante de uma aplicação futura da pena ao caso concreto, terá o juiz uma noção da pena e do regime a que o acusado poderá ser condenado.

A nossa inquietação tem assento no seguinte questionamento: Como poderá um agente, que cometeu um crime que irá ser condenado a um regime aberto, numa possível aplicação futura da pena, vir a ficar preso cautelarmente num regime fechado?

O questionamento que é feito não é a necessidade da aplicação da prisão provisória, mas se a mesma é necessária para o processo, diante da possibilidade do acusado, se condenado, vier a cumprir a

pena em regime aberto, pois prender o acusado para julgá-lo e depois da sentença ter que expedir alvará de soltura, em razão de estar o mesmo sofrendo constrangimento, não é lógico.

Além de inteligível, o decreto prisional na situação acima é inconcebível no atual ordenamento constitucional brasileiro, pois, neste caso, o processo será mais grave do que a própria pena, além do constrangimento, do dano e do estigma que o agente sofrerá perante a sociedade. É preciso ter em mente os princípios constitucionais, especialmente o princípio da inocência, de que qualquer prisão sem julgamento viola as garantias constitucionais do cidadão.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Decretar a prisão provisória de um acusado que, de antemão, preenche os requisitos de um regime aberto, numa possível aplicação futura da pena, no processo é não ser razoável. A prisão cautelar é medida excepcional que, entendemos, não deverá ser aplicada nesses casos, pois a mesma será mais gravosa do que o próprio fim.

Hoje, vivemos em Estado de Direito, com garantias que foram tão sonhadas e construídas no tempo, que só vieram com a Constituição Federal Brasileira de 1988, e que trouxeram o princípio da dignidade humana como princípio basilar dos direitos fundamentais, não admitindo mais a aplicação de medidas arbitrárias, sem averiguação, pois, em nosso atual Estado, a regra é a liberdade. A função da prisão provisória jamais poderá ser confundida como uma antecipação da pena, devendo estar sempre vinculada ao seu caráter de cautela, ou seja, de meio e não de fim.

Outro problema que surge com as medidas de prisões cautelares é o previsto no art. 84 da Lei de Execução Penal, o qual estabelece que os presos condenados devam ser mantidos separados dos presos em caráter provisório, o que outrora não vinha ocorrendo, devido à falta de espaço nos centros de prisões provisórias, e, por sua vez, as autoridades policiais e judiciais sentem-se obrigadas a ignorar a lei.

Os presídios estão superlotados e, segundo dados Sistema

Penitenciário Brasileiro, em dezembro de 2006, tínhamos um total de 112.138 presos no país, sendo que trinta por cento desses presos eram provisórios. No Maranhão, conforme dados de dezembro de 2005, a situação não é diferente: de uma população prisional de 5.156 presos, 1.053 são provisórios que, após processados, poderão ser considerados inocentes ou vir a cumprir pena em regime aberto.

Em síntese, mediante a possibilidade de um acusado vir a ser condenado a cumprir pena no regime aberto, deve ser aplicada uma medida proporcional com a finalidade do processo, desde que essa medida não seja mais grave do que a própria pena.

O desafio deste artigo não foi questionar a aplicação devida e necessária, muitas vezes da prisão provisória – a qual, às vezes, se faz necessária no processo penal –, mas indagar se é meio razoável utilizado no processo, para acusados que irão certamente ser condenados no final do mesmo, a um regime aberto.

A importância do constitucionalismo no processo restou evidenciada a partir do reconhecimento de que os fundamentos principais do Direito Processual emergem do Direito Constitucional. Como visto, o processo não pode ser considerado meramente um instrumento técnico de persecução penal, mas, sobretudo, um meio ético para aplicação do direito, este fortemente influenciado por fatos históricos, sociológicos e políticos, os quais são relevados na Constituição Federal.

Nesta trilha de raciocínio, o poder punitivo do Estado encontra seus limites nos preceitos constitucionais estabelecidos na Carta Magna, especialmente naqueles que resguardam o direito à liberdade do cidadão.

Os direitos e garantias fundamentais constitucionalmente assegurados devem sempre ser levados em consideração, quando da interpretação de qualquer dispositivo infraconstitucional, sob pena de, não o fazendo, desvirtuar-se o Estado Democrático de Direito dos princípios democráticos e humanistas nela contidos.

REFERÊNCIAS

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao Direito Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Reavan, 1999.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Bauru-SP: Edipro, 1997.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2003.

CONSTITUIÇÃO Federal Brasileira de 1988 e Código de Processo Penal Brasileiro. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2001. v. 3.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no Processo Penal Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1993.

A IMPORTÂNCIA DA FILOSOFIA DO DIREITO NA FORMAÇÃO DO JURISTA NA PÓS-MODERNIDADE, UMA VISÃO EPISTEMOLÓGICA¹

Nelson Moraes Rêgo²

À guisa de introdução, pode-se afirmar que não há ninguém que não viva sob o Direito e que não seja por ele constantemente afetado e dirigido. O Direito é, pois, um elemento essencial da comunidade. Logo, inevitavelmente, afeta-nos e diz-nos respeito. E esta realidade jurídica também interessa à Filosofia, resultando no aparecimento da Filosofia do Direito.

A Filosofia do Direito parte de premissas ou dogmas pré-estabelecidos para indagações, transcendendo o conhecimento positivo através de uma análise crítico-reflexiva, que proporciona ao homem um conhecimento holístico e integrativo de sua própria realidade, quer sob o ponto de vista da elaboração e vigência legislativa, quer sob o aspecto hermenêutico, quando da interpretação e aplicação das normas legais. Esta análise jusfilosófica, englobante e existencialista do ser pensante, observa e valoriza o processo de formação do jurista ou ator do direito, estimulando-o e conscientizando-o a uma atitude crítico-filosófica, a desenvolver atividades e habilidades que exijam reflexão, poder de valoração, avaliação e julgamento de sua própria realidade.

Nesta nossa tarefa de buscar compreender a importância da Filosofia do Direito na formação do jurista na pós-modernidade, é ne-

¹ Entenda-se “Jurista” aqui, como todo aquele que utiliza o Direito habitualmente e profissionalmente, ou seja, como *ator do direito ou operador do direito*. E *Epistemologia*, enquanto Teoria do Conhecimento.

² O Autor é Juiz de Direito Titular da VEVD FCM da Comarca de S. Luís, Licenciado em Filosofia, Mestre em Direito Processual pela Universidade de Coimbra/Portugal e Doutorando em Direitos Humanos pela Universidade de Salamanca/Espanha.

cessário convocar conceitos fornecidos pela própria filosofia, enquanto gênero do qual aquela é espécie, a nos possibilitar uma compreensão epistemológica.

De inspiração nas origens do pensamento ocidental podemos verificar a etimologia do vocábulo *filosofia*, identificado com *amizade* ou *amor* pela sabedoria. Sabe-se que os primeiros filósofos gregos não concordaram em ser chamados sábios, por terem a consciência do muito que ignoravam; preferiram ser conhecidos como amigos da sabedoria, ou seja, *filósofos*³. Um filósofo autêntico é, na verdade, um pesquisador incansável, que sempre está procurando renovar os questionamentos, no sentido de alcançar respostas satisfatórias (“condições” das demais).

A Filosofia é a arte de pensar reflexivamente. A Filosofia reflete no mais alto grau essa paixão pela verdade. Como disse MIGUEL REALE, a filosofia espelha esse “amor pela verdade que se quer conhecida sempre com maior perfeição, tendo-se em mira os pressupostos últimos daquilo que se sabe”.⁴

O conhecimento filosófico representa um grau a mais em abstração e em generalidade. O espírito humano não se satisfaz, em um plano de existência, com as explicações parciais dadas pelas diversas ciências isoladas. Os fenômenos científicos não se dispõem em compartimentos incomunicáveis, estranhos entre si, e, por isso, o homem quer descobrir a harmonia, a concatenação lógica, os nexos de adaptação e de complementação que governam toda a trama do real. Visando estabelecer princípios e conclusões, ele toma por base de análise a universalidade dos fatos e dos fenômenos e, com fundamental importância, a própria vida humana. Esse objetivo é alcançado pelo próprio saber filosófico.⁵

³ Um filósofo autêntico, e não um mero expositor de sistemas, como diz REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1987, p.5: “é como o verdadeiro cientista, um pesquisador incansável, que procura sempre renovar as perguntas formuladas, no sentido de alcançar respostas que sejam ‘condições’ das demais”.

⁴ Ibid.

⁵ NADER, Paulo. **Filosofia do Direito**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p.6.

A *atitude filosófica*, que é própria de quem saiba captar e renovar os problemas universais sobre o cosmos e sobre a vida, surgiu no momento em que o homem se viu cercado pelo “problema” e pelo mistério, adquirindo consciência de sua *dignidade pensante*. Assim, a Filosofia tende a não se contentar com uma resposta, enquanto esta não atinja a essência, a razão última de um determinado “campo” de problemas. Por isso, foi reconhecida ao longo da história do pensamento universal, como a “ciência” das causas primeiras ou das razões últimas, em uma inclinação para a verdade última.⁶ Esta é a definição que lhe atribui, *ad exemplum*, GIORCIO DEL VECCHIO: “La Filosofía es lo estudio de los primeros principios, porque a éstos, precisamente, corresponde el carácter de universalidad. Los primeros principios pueden referirse ya al «ser» y al «conocer», ya al obrar; de aquí la división de la Filosofía en «teórica» e «práctica». La Filosofía «teórica» estudia los primeros principios del ser y del conocer”.⁷

A concepção atual da Filosofia, na pós modernidade, se indentifica como método de reflexão pelo qual o homem se empenha em interpretar a universalidade das coisas.⁸ Evidente que, em face da explosão de conheci-

⁶ E não enquanto posse da verdade plena. Para REALE, op. cit., p.7, a Filosofia “representa perene esforço de sondagem nas raízes dos problemas. É uma ciência cujos cultores somente se consideram satisfeitos se lhes fosse facultado atingir, com certeza e universalidade, todos os princípios ou razões últimas explicativas da realidade, em uma plena interpretação da experiência humana; mas, nas vicissitudes do tempo, tal paixão pela verdade, sempre se renova; surgem teorias, sistemas, posições pessoais, perspectivas diversas, em um dinamismo que nos é conatural e próprio, de maneira que a universalidade dos problemas não pode contar com resultados ou soluções todos universalmente válidos...Parafrasando a reflexão agostiniana de Blaise Pascal, diríamos do filósofo com relação à verdade: ‘tu não me procurarias, se já não me tivesses encontrado’”. MAX SCHELER e MARTIN HEIDEGGER também se refere aos “esquemas antecipatórios” que possibilitam o conhecimento. Vide MIGUEL REALE, **Experiência e Cultura**. São Paulo: EDUSP, 1977. p.88.

⁷ DEL VECCHIO, George. **Filosofía del Derecho**. 5. ed. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1947. p.23.

⁸ NADER, op. cit., p.9.

mentos que se opera no campo científico, não é possível exigir do filósofo a compreensão geral de todas as coisas, por ser hoje algo inatingível.

Para saber o que é filosofia tem de se fazer uma tentativa. Só então, como disse K. JASPERS, “a filosofia será simultaneamente a marcha do pensamento vivo e a consciência desse pensamento (reflexão), isto é, o acto e o respectivo comentário. Só a partir da tentativa pessoal poderemos aperceber-nos do que se nos depara no mundo com o nome de filosofia”.⁹ Na sequência do pensamento deste notável filósofo, encontramos que a filosofia é “o ato de concentração pelo qual o homem se torna autenticamente no que é e participa da realidade”.¹⁰

O termo “filosofia do direito” aparece a consolidar-se nos anos que assinalam o trânsito do *jusnaturalismo ao positivismo jurídico*¹¹, ou seja, nos fins do século XVIII e começos do século XIX. E essa “filosofia do direito” não se propunha a ser já uma especulação normativamente regulativa do jurídico, mas antes uma reflexão crítico-filosófica sobre o direito historicamente real. O seu ponto de partida é o de que o

⁹ JASPER, Karl. **Iniciação Filosófica**. 9. ed. Lisboa: Guimarães Editores, 2004. p.18-19.

¹⁰ Ibid.

¹¹ O jusnaturalismo moderno-iluminista preparou, desde os meados do séc. XVIII, e consumouse, a partir de 1794 (a data do Código Prussiano), na codificação. Os códigos iluministas, e mesmo o pós-revolucionário Code Civil francês de 1804 outra coisa não foram, fundamentalmente, do que a consagração dos sistemas racionalmente construídos pelo jusnaturalismo moderno-iluminista em positivo-codificados sistemas legislativos, ainda que decerto com o elemento político. Cf. CASTANHEIRA NEVES, **A Crise Actual da Filosofia do Direito**, p.26. Ademais, acrescenta a essa visão o Autor, à p.28, que uma outra linha tem a ver com o contratualismo, também moderno-iluminista, e a diferença esteve, no essencial, na referencia menos ao problema da validade, o problema filosófico-jurídico do direito natural – o problema político da constituição do poder legítimo que deveria assumir também a legislação, o poder de legislar, e, portanto ou em último termo, a titularidade exclusiva do direito como lei, lei jurídico-positiva. Esse mover contratualista, teve em HOBBS, um estado de segurança, em LOCKE a tutela dos “direitos naturais” ou de “propiedade”, e em ROUSSEAU para exprimir a *volonté générale*. E ainda em KANT – só que com outra complexidade – em que o “direito natural” era a expressão de princípios a priori da “razão pura” que se assumia como “prática”, e que eram chamados a cumprir-se e a ter expressão igualmente no direito positivo legislado. Assim, por essas duas linhas da “codificação” e do “contratualismo”, o direito passa a ser, unicamente direito positivo.

direito é sempre real historicamente, um sistema normativo efetivamente válido num grupo humano, não uma ordem deduzida e fundamentada racionalmente, mas numa ordem que de modo atual regula as relações dos homens num momento histórico. A Filosofia do Direito, corresponde ao “pensamento filosófico da realidade jurídica”. É este seu sentido latu, que abrange todas as formas de indagação sobre o valor e a função das normas que governam a vida social no sentido do justo; ou, em sentido strictu, indica o estudo metódico dos pressupostos ou condições da experiência jurídica considerada em sua unidade sistemática.¹² No centro das preocupações da Filosofia do Direito, está, pois, a crítica axiológica do Direito positivo.

A Filosofia do Direito se ocupa em examinar os sistemas lógicos que foram elaborados no curso do pensamento especulativo por filósofos e juristas, enquanto o Direito visa o estudo sistemático normativo verificável no processo de convivência humana.¹³ As interrogações centrais da filosofia jurídica giram em torno da conceituação do Direito;¹⁴ interessa-se sobretudo pela reflexão a respeito da normatividade, conceito de certa complexidade, pois envolve outras determinações indispensáveis à captação de seu sentido. Norma implica certa hierarquia de valores que permitem apreensão dos fatos sociais, em

¹² REALE, Miguel, op. cit., p.285-286. O Autor esclarece que é em seu sentido estrito que se fala em Filosofia do Direito na Antiguidade Clássica, na Idade Média, ou mesmo na época pós-renascentista... Diz que “não se pode estranhar que tenha havido um pensamento filosófico-jurídico desde quando surgiu a Filosofia em cada área cultural segundo distintas diretrizes. É que o homem é naturalmente levado a filosofar sobre todos os acontecimentos dotados de validade universal, ou seja, sobre todas as formas de vida que se revelem constantemente presentes no decurso de sua experiência histórica... Na realidade, todo filósofo, ao cuidar das questões pertinentes ao ser ou à existência do homem, não pode deixar de focalizar a problemática jurídica, analisando-lhe, quer seja a sua possível origem, quer o ser destino ou finalidade, pelo simples motivo de que o Direito é uma das dimensões essenciais da vida humana”.

¹³ MENEZES, Djacir. **Filosofia do Direito**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1975. p.13-.

¹⁴ Vide a respeito da conceituação do Direito, MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **A Ciência do Direito**: conceito, objeto, método. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

uma análise que envolve inevitavelmente para o terreno especulativo, extrapolando da pura análise científica para o campo da reflexão filosófica, pois a plenitude de uma visão do processo jurídico só é alcançada pela filosofia do direito.¹⁵

A Filosofia do Direito é “a própria Filosofia enquanto voltada para uma ordem de realidade que é a «realidade jurídica»...se preocupa com algo que tem valor universal, a experiência histórica e social do direito”.¹⁶ Isto porque a Filosofia não pode cuidar de algo destituído de sentido de universalidade. Esta é a razão pela qual se faz Filosofia da vida e pois, Filosofia do Direito. Na Filosofia do Direito deve refletir-se

¹⁵ MENEZES, Djacir, op. cit., p.14. O autor esclarece magistralmente, à p.15, qual o papel do Direito, nesse contraponto com a Filosofia: “O Direito, fenômeno do mundo axiológico e fático, é uma estrutura normativa, portanto um ordenamento de imperativos socialmente elaborados segundo um sistema de valores vigente, seu estudo se formulará num corpo de indicativos resultantes da pesquisa científica, uma espécie de metalinguagem jurídica. Sua base, como de toda ciência real, é constituída pela «faticidade normativa»”.

¹⁶ REALE, Miguel, op. cit., p.9. Ressaltamos ainda: “o direito é realidade universal. Onde quer que exista o homem, aí existe o direito como expressão de vida e de convivência. É exatamente por ser o direito fenômeno universal que é ele suscetível de indagação filosófica. A Filosofia não pode cuidar senão daquilo que tenha sentido de universalidade. Esta é a razão pela qual se faz Filosofia da vida, Filosofia do Direito, Filosofia da História ou Filosofia da Arte.[...] Na Filosofia do Direito deve refletir-se, pois, a mesma necessidade de especulação do problema jurídico, em suas raízes, independente de preocupações imediatas de ordem prática”. E, às p.286-287, REALE afirma ser, a filosofia jurídica, um produto histórico: “O surgimento da Filosofia do Direito como disciplina autônoma foi o resultado de uma longa maturação histórica, tornando-se uma realidade pienamente spiegata (para emprergarmos significativa expressão de Vico) na época em que se deu a terceira fundação da Ciência Jurídica ocidental, i.é., a cavaleiro dos séculos XVIII e XIX. A meu ver, com efeito, se os romanos constituem, pela primeira vez o Direito como ciência, graças à esquematização predeterminada e institucional das classes de comportamento possíveis, a segunda fundação do Direito, como estudo sistemático de uma ordem normativa autônoma, ocorre com Cujas e demais representantes da «Jurisprudência culta» do século XVI, para readquirir nova consciência jurídico-positiva fundante, com a elaboração no início do século XIX, do Código Civil de Napoleão e as contribuições complementares da Escola de Exegese e da Escola Histórica ou dos Pandectistas, ficando superada de vez a pseudociência do Jusnaturalismo Racionalista”.

a mesma necessidade de especulação do problema jurídico em suas raízes, independente de preocupações imediatas de ordem prática. Assim, obedecendo aos critérios de que o homem é um ser que “é”, “conhece” e “age”, estabelecem-se três critérios ou três pontos de vista para se discriminar os problemas da Filosofia Jurídica. São os aspectos ontológico, epistemológico e empírico.

A respeito das tarefas da Filosofia do Direito, quando do seu surgimento no século XIX, competia-lhe a determinação dos seus pressupostos constitutivos, atingir a sua conceitualização fundamental, a explicitação da suas decisivas implicações práticas, numa palavra, a sua inteligibilidade e nada mais. Era a filosofia do direito positivo-realista.¹⁷ Posteriormente, nas quatro primeiras décadas do séc. XX, com a ocorrência de uma verdadeira explosão da reflexão filosófica, surge um novo espectro de perspectivas, de temas e de métodos de enorme riqueza. Daí, deu-se uma “reabilitação” da Filosofia do Direito, que estava sendo “ameaçada” ou “superada” em seu objeto epistemológico, pela Ciência do Direito e pela sua forma mais abstrata, a Teoria Geral do Direito, e ainda pela Sociologia Jurídica.

A partir do neokantismo, que além de ter estado na origem da restauração da filosofia jurídica, sobretudo com STAMMLER (formal) e na outra linha diferenciada, com RADBRUCH (material culturalista) ou mesmo num simultâneo relevo destas duas linhas, com DEL VECCHIO, é que se deve a definição de uma particular temática filosófica-jurídica. É de considerar-se nessa nova tarefa da Filosofia do Direito, os

¹⁷ Só que neste sentido, o positivismo jurídico assumia-se como uma antifilosofia, impondo, de certa forma a superação da filosofia do direito pela ciência do direito. Assim, o antigo objetivo da filosofia do direito, convertia-se agora em teoria da ciência do direito (em reflexão apenas sobre a sua epistemologia e a sua metodologia) e o lugar intencional que pretendia ser o seu (a reflexão em último nível) seria ocupado pelo estrato mais abstrato da ciência do direito, a “Teoria Geral do Direito”. E isto, para não falar do papel que reivindicou para si a sociologia do direito, como a legítima ciência do social. O sociologismo foi outro nome para a modalidade empírico-naturalista do positivismo jurídico, o positivismo jurídico-sociológico.

temas do conceito do direito (a postular exigências epistemológicas) e da idéia do direito (a referir quer os fins, quer os valores específicos do direito, quer a sua vinculação em geral à justiça). No problema da idéia do direito ecoava a “crítica da razão prática” e essa idéia compreendida em estritos termos kantianos, com uma intenção fundamentalmente regulativa. Ressaltava-se na Filosofia jurídica, a distinção entre o ser e o dever-ser do próprio direito, a distinção entre o direito que é (apreendido e determinado pelo seu conceito) e o direito que deve ser (regulativa e criticamente orientado pela sua idéia).¹⁸

Tem-se identificado atualmente uma situação de crise de paradigma que, de tão radical ruptura com o passado, vem sendo identificada, à falta de um novo nome, de pós-modernidade.¹⁹ E, não há como menosprezar estas notáveis transformações que nos obrigam a estabelecer outras formas de relações humanas em todos os campos do fazer e do pensar. Vejamos, *verbi gratia*, no mundo do trabalho muitos conceitos se alteraram; a utilização de robôs nas fábricas muda o perfil do operário, ao exigir melhor qualificação e flexibilidade de ação, vez que os robôs se incumbem das tarefas repetitivas, o trabalhador deve aprender a controlar várias máquinas ao mesmo tempo e ser capaz de atuar em equipe, adquirindo maior poder de participação e decisão. Ao

¹⁸ NEVES, Castanheira **A Crise Actual da Filosofia do Direito**. p. 35-36. De sua autoria, não poderíamos deixar de nos reportar, é a concepção do jurisprudencialismo, à p. 106: “que contrapõe-se ao ‘normativismo’ e ao ‘funcionalismo jurídico’, a intencionar uma validade normativo-jurídica definida por princípios normativos em sentido próprio que, abertamente constituída com fundamento numa pressuposta e transcendental axiológica normatividade histórico-cultural e através de diversas mediações, onde tem decerto lugar também a lei, culmina na prática judicativa que em concreto assume e problematicamente reconstitui aquela validade”. Vide a este respeito, “Entre o ‘legislador’, a ‘sociedade’ e o ‘juiz’ ou entre ‘sistema’, ‘função’ e ‘problema’ – os modelos actualmente alternativos da realização do direito”, in Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, Vol. LXXXIV, 1. ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES.

¹⁹ Para outros filósofos, a crise se deve ao fato de que os ideais iluministas do século XVIII não foram cumpridos, mas desviados e deturpados, cabendo a nós a recuperação dos valores perdidos, em continuidade aos projetos da modernidade.

mesmo tempo que as fábricas se modificam, desde meados do século XX, constata-se uma transformação tão radical como a do início da era moderna. Na atual sociedade pós-industrial, a produção de bens materiais exige a ampliação dos serviços, com um aumento crescente em serviços de saúde, educação, alimentação, seguros, recreação, turismo, lazer, comunicação, publicidade, empresas de comércio e finanças. Com o vertiginoso desenvolvimento das técnicas de informação e comunicação, sobretudo da informática, o setor bancário tende a crescer ainda mais. São incontestes as vertiginosas transformações ocorridas em nosso *modus vivendi*, proporcionadas com a difusão do uso do computador pessoal, fax, e com o acesso a redes internacionais, a possibilitar o contato imediato com qualquer parte do mundo. Nestas circunstâncias, a tecnologia mais valorada é, em última análise, a da informação.

Em termos econômicos, este tempo de pós-modernidade está representado pela globalização econômico-financeira²⁰, que é um fenômeno mundial, de integração econômica internacional, cada vez mais regulamentado e dependente dos contratos, a exigir intensa e indispensável participação de economistas e profissionais do Direito.

É com distinguível acerto que o jusfilósofo português CASTA-NHEIRA NEVES, ao descrever o empenho filosófico na pós-modernidade, assevera que a filosofia do direito se tornou necessária, em última instância, para a compreensão ou reflexão crítica do Direito e, mesmo, para uma possível recuperação ou reconstrução do próprio sentido do Direito.²¹ Neste empenho filosófico mencionado, o jusfilósofo em comentário, parte do seguinte questionamento: “Considerando as coisas com um pouco mais de pormenor, não será caso de pensar que a filosofia se

²⁰ Não obstante, sempre houve uma certa internacionalização da economia, basta lembrar as tendências imperialistas dos povos dominantes, os movimentos de colonização e as viagens de comércio internacionais.

²¹ NEVES, op. cit., p.9-16.

encontra «consumada» no seu destino histórico e também «superada» no seu relevo cultural, quando não substituída no papel fundamental que tem sido o seu na história da cultura e mesmo «anulada» na sua pretensão de validade e no seu próprio sentido?”. E começa afirmando que a filosofia não estará consumada, porquanto, como se disse, vai para bem mais de um século (na Tese XI de Feuerbach) a intenção fundamental é agora uma outra – “os filósofos não tem feito senão interpretar o mundo de diferentes maneiras, e trata-se agora de o transformar” - , porquanto tendo levado à consciência crítica da cultura e do homem os valores supremos, da liberdade, da justiça, da verdade, do bem, e havendo-os tornado os grandes objetivos da humanização do homem, o que hoje unicamente importa não será, antes de especular sobre eles, cumpri-los na realidade da praxis histórica? Ainda aqui, segundo a formulação de MARX: “o vir a ser filosofia do mundo é ao mesmo tempo o vir-a-ser-mundo da filosofia. A sua realização é ao mesmo tempo a sua superação”.

Oportuno ademais o comentário de HENRI LEFEBVRE: “Em nome mesmo da filosofia, o filósofo só tem um direito filosoficamente reconhecido: o de encarar a realização da filosofia, isto é, simultaneamente a sua mundialização e o seu perecimento, a sua crítica radical e a sua superação”. O que aliás, se pode ter apenas por uma das faces da consumação da função histórico-cultural da filosofia – aquela face política que convoca a filosofia à sua realização prática e lhe censura a mera especulação teórica, pois uma outra face dessa consumação, a face cultural, manifestar-se-ia na atual autonomização das ciências perante a filosofia, posto que a ciência pela própria filosofia desde os gregos tivesse sido constitutivamente possibilitada. Com a diferenciação ontológica das regiões dos seres (natureza, histórica, direito e arte), a explicação das suas categorias e a definição dos seus conceitos fundamentais, a filosofia terá sido a matriz das condições de possibilidade das várias ciências, mas estas ao autonomizarem-se e ao assumirem em si mesmas a sua própria crítica epistemológica dariam por consumado o papel da filosofia neste sentido. Como que numa fecundação a que se não sobrevive, a filosofia teria tido um fim naquilo mesmo que gerou: “o seu caminho chegou à sua meta e

a filosofia chegou ao seu fim”. E consumação verdadeiramente, porque as autonomizações das ciências modernas possibilitadas pela filosofia converteram-se em ciências tecnizadas que forjaram a nossa civilização científico-tecnológica e nessa nossa civilização o pensamento dialético-especulativo, referidos aos fundamentos constitutivos, encontrara o seu fim no pensar segundo modelos operatórios finalístico-técnicos.

Nestes termos, propugna C. NEVES²², se deverá ler HEIDEGGER, quando diz: “o fim da filosofia mostra-se como o triunfo das organizações programáveis dum modo científico-técnico e da ordenação social conforme a este modelo. O fim da filosofia significa: o começo da civilização mundial fundada no pensamento ocidental europeu”. Depois, em tempos pós-modernos da civilização tecnológica e do febril progresso a cobrir o globo, sobretudo após o pensamento de HANS GADAMER, têm-se confrontado a humanidade com problemas sufocantes de autodestruição na guerra e na paz, evidenciando-se a paixão pela filosofia quase como uma irresponsável fuga para um mundo de sonhos moribundos. E se reconhecemos ainda, como o fez ORTEGA Y GASSET, que “as mudanças históricas supõem o nascimento de um tipo de homem diferente”, compreenderemos também que esta diagnosticada consumação da filosofia é a retirada do homem contemplativo (o homem antigo que reflexivamente a si se assumia e se dirigia ao ser do mundo para o habitar na compreensão essencial que dele tentava), a favor do homem agente (o homem moderno que constitutivamente se dinamiza na sua praxis e se dirige a um mundo visto não já como “ser” ou “essência”, para o compreender na sua verdade, mas como fatualidade de mera contingência empírica, para o explorar e o transformar).

A filosofia sempre teve, ao longo da história da civilização ocidental, um papel relevante e destacado, mesmo em momentos de “crise epistemológica”, jamais deixou de ser uma aliada do ser humano em sua busca de conhecimento e em sua compreensão crítico-reflexiva da rea-

²² NEVES, op. cit., p.10.

lidade mundanal. A filosofia, como asseverou KARL JASPER, é “perene-mente um traço fundamental do homem”.²³ Mesmo que estas ciências estejam ocupando um espaço maior na atualidade, ante suas propostas práticas e quase-resolutivas dos problemas que lhe são encaminhados, sempre haverá lugar para a filosofia, pois é próprio, do intelecto humano, a atitude filosófica de perscrutar a “verdade última e universal das coisas”. O que se tem verificado é a não mais aceitabilidade daquela posição da filosofia, de ser o pensamento fundante tanto da ciência quanto da cultura em geral, “a que procura proporcionar uma visão total do universo, na sua dupla faceta de macrocosmos exterior e do microcosmo que é o homem”, presente, por exemplo, na filosofia de ORTEGA Y GASSET, quando afirma que cada um dos sistemas filosóficos tenta “uma visão sistemática, completa e cabal do universo, incluídos o mundo e o homem, a natureza e a sociedade, o terreno e o ultraterreno, o material e o espiritual, sem tolerar que nenhum problema escape à concepção inteira que o sistema filosófico postula”. Esta pretensão, que foi também a de HEGEL, sabe-se hoje de realização não mais possível perante a infinidade de problemas e a abertura do devir histórico, a complexidade e a relatividade exponenciadas da experiência, a racionalidade crítica conjugada com a contínua especialização temática reveladas pela ciência. Contudo, permanece plenamente válido o sentido intencional da filosofia, problemático-reflexivo, que se traduzirá em remeter-lhe as “últimas questões”, aquelas questões fundamentais e decisivas que nunca deixam de se pôr e sempre se retomam, e não menos irredutíveis à ciência ou que a transcendam – como serão, e aquí usando de novo as formulações de ORTEGA Y GASSET, as que interrogam pela origem e o destino do mundo, pela potencia definitiva do cosmos, pelo sentido essencial da vida.²⁴ É esclarecedor dizermos que, em serem “últimas” essas questões, não fica com isso garantido que

²³ JASPER, op. cit., p.139.

²⁴ Ou ainda como asseverou WITTGENSTEIN, no *Tractatus*: “nós sentimos que, mesmo se todas as possíveis questões científicas sejam respondidas, os nossos problemas de vida permanecem todavia de todo intocados”.

as respostas que a filosofia lhes dê tenha a ver com a verdade última e menos ainda com a verdade absoluta.

Com a filosofia de NIETZSCHE, de HEIDEGGER e, por último de DERRIDA (“texto escrito” e a “desconstrução”), WITTGENSTEIN e LYOTARD, se pode então admitir o ingresso da filosofia em sua fase atual da pós-modernidade. Os desenvolvimentos que se verificaram com a hermenêutica, possibilitam, dessarte, a seguinte assertiva: “a tarefa do pensamento já não é, como sempre pensou a modernidade, remontar ao fundamento, pois não há nenhum «Grund», nenhuma verdade última, há apenas aberturas históricas, destinadas, ou seja enviadas, de um «selbst», um mesmo que só nele se dá e através dele”.²⁵ WITTGENSTEIN²⁶ havia revelado que o pensamento não é de uma significação única ou redutível a um só e decisivo sentido de inteligibilidade, que nele se diferenciam antes múltiplos e entre sí autônomos “jogos de linguagem”.

Outro ponto a considerar na caracterização da filosofia pós-moderna é a “crise atual da razão”.²⁷ E o paradoxal desta crise da razão é, pode dizer-se, o ser ela afinal a crise de uma dogmática, isto é, da dogmática do racionalismo moderno-iluminista. A dogmática que postulava a “razão” como a potencia primeira, se não a única legítima, e pretendia constituir-lhe um estatuto autônomo, sob o paradigma da matemática, depois de DESCARTES.

Assim, como bem demonstrou o notável jusfilósofo lusitano, Castanheira Neves, a “crise” atual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia, seria resultante da desabsolutização da razão, do reconhecimento da sua contingente condicionalidade e dos seus limites, do pluralismo que nela própria faz conhecer diferenças irreduzíveis, do fracasso da ambição em oferecer a chave do mistério, das suas evidentes

²⁵ NEVES, op. cit., p.16-17.

²⁶ WITTGENSTEIN. **Das Philosophische Untersuchungen**, Apud NEVES, op. cit., p.17.

²⁷ Como dizia M. MEYER: “a razão ocidental está em crise”.

lacunas humanas, do seu álibi para o poder, do seu lugar limitado e superado na historicidade do ser. Podendo inclusive ver-se na “crise da razão” a ocasião para o repensamento crítico global da nossa cultura.²⁸

O caráter hoje fortemente “problemático” do Direito parece implicar a necessidade e a urgência da filosofia. O entendimento do que seja a filosofia do direito põe ela própria um “problema”, qual seja, o esclarecimento para o atual “problema” do direito. O direito não o é (não é direito) sem um particular modo de “existência”, sem um específico modo-de-ser. Para que o direito possa reconhecer-se como tal não basta a sua intencionalidade normativa, há que revelar-se determinante dimensão da praxis; desde logo em termos de vinculante validade para a ação ou inter-ação. O Direito não pode ser tão só intencionalmente prático, terá de ser efetivamente prático. Isto é, para que tenhamos direito importa que a normativa juridicidade, além da sua característica intencionalidade ou de uma específica possibilidade, se possa reconhecer histórico-socialmente vinculante e portanto, dimensão determinante da prática social. Pois só a determinação e vinculação práticas transformam a juridicidade em direito.²⁹

Não obstante ser este tempo pós moderno, caracterizado pela instantaneidade e pela relativização dos conceitos de “tempo” e “espaço”, permanece atual a relevância da Filosofia do Direito para a formação do jurista. A sua problemática, como vimos anteriormente, tem fortes correspondes com o próprio “problema jurídico”.

A Filosofia do Direito, em sua missão de crítica da experiência jurídica, no sentido de determinar as suas condições transcendentais, daquelas condições que servem de fundamento à experiência, tornando-a possível, revela-se de fundamental importância para a formação do jurista ou ator do direito, porquanto mostra-se relevante conhecer o que

²⁸ NEVES, op. cit., p.22.

²⁹ Nesse sentido é, pois, exato dizer-se que a positividade é uma característica irrenunciável do direito.

governa a vida jurídica, o que condiciona o trabalho de um advogado ou de um juiz ou um membro do Ministério Público, por exemplo, na observância do direito concretamente. Dessarte, buscar os pressupostos e as condições últimas que devem ser conhecidas por aqueles que se preparam para trabalhar com o direito profissionalmente, não deve ser desconsiderada na formação dos mesmos, pois somente uma consciência crítica e reflexiva, irá possibilitar o entendimento da missão desses atores jurídicos na sociedade. Para este desiderato, a investigação jusfilosófica irá exigir uma capacidade sintetizadora do espírito, a fim de que o jurista adquira, validamente, a compreensão crítico-sistemática do universo em que se encontra inserido e da própria vida. Somente através desta compreensão é que sentir-se-á capacitado a entender os princípios e condições que regem a realidade social e o mundo moral.

Com o escopo de conclusão, podemos dizer, refletindo ainda sobre a importância da Filosofia do Direito na formação do jurista na pós-modernidade, que o profissional do direito que seja incapaz de compreender o painel social, político, econômico e filosófico, onde emerge sua ação, é um problema a mais para a própria sociedade. Essa compreensão resulta da vivência específica, que o saber filosófico permeabilizou na faixa delicada das percepções da verdade humana, com a experiência teórica dos pensadores do Direito ao longo da história, sem o desprezo da base fornecida pelos prudentes romanos, mas, na verdade, a partir de GROCIUS e PUFENDORF, com HOBBS, SPINOZA, LOCKE, LEIBNIZ, MONTESQUIEU, KANT, HEGEL, SCHILING, VICO, TEIXEIRA DE FREITAS, TOBIAS BARRETO, JHERING,³⁰ e mais recentemente, HANS KELSEN, PONTES DE MIRANDA, CASTANHEIRA NEVES, MIGUEL REALE, HANS GADAMER, DERRIDA, J.HABERMAS, RAWLS e tantos outros frutíferos pensadores do direito.

³⁰ Vide BEVILÁQUA, Clovis. **Juristas Philosophos**. Salvador: J. Luis Fonseca Magalhães Editor, 1897.

Mas por quê se revela tão importante essa experiência teórica dos filósofos do direito? Se poderia então responder, porque é um tipo especial de experiência, essa que deriva do trato com teorias, doutrinas, concepções, idéias, em suma, uma experiência que se auferiu na função de pensar o pensamento alheio. No caso do jurista, pensar uma modalidade peculiar do pensamento que oferece características normativas, suscitando problemas epistemológicos, axiológicos, hermenêuticos, que se entranham no contexto social e político.

Assim, ao homem pós-moderno não lhe é destinado apenas assistir, passivamente, tais circunstâncias da história da civilização atual. Mas deverá, adotar, sob pena de sucumbir-se em sua própria existência sob a face da terra, uma postura crítico-reflexivo-transformadora, para a qual, a filosofia (e a filosofia do direito) assumem indispensável e singular relevância. Em um ambiente de formação acadêmica, cremos que muito ainda poderá ser feito, porquanto é ambiente propício para a incrementação da atitude filosófica e de firmar-se compromissos ontológicos ou existencialistas (e que se revelam também deontológicos). E, revestido então, dessa consciência reflexiva, irá exigir-se do jurista pós-moderno, muito mais que um “pensar contemplativo” ou “meramente crítico” de pontos epistemológicos constantes dos conteúdos programáticos universitários. O jurista pós-moderno, deverá assumir sim, posturas transformadoras da realidade, a exigir dos governantes, enquanto cidadão ativo e participante, políticas públicas eficazes e comprometidas com o bem comum, com a paz universal, com a segurança (combate à criminalidade e ao terrorismo, de qualquer matiz) e a conservação da sociedade que se vê inserido; mas que escapa ao simples “localismo”, por encontrar-se globalizada, isto é, o que acontece hoje a nível local tem, em determinadas condições e pressupostos, repercussões em todo o mundo. E o papel do Direito e da Filosofia do Direito, evidentemente, então, se dimensiona. É o destino das gerações futuras que está em jogo.

JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

TRIBUNAL PLENO
SESSÃO DO DIA 13 DE FEVEREIRO DE 2008
AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº. 002911/2006 –
SÃO LUÍS

Requerente: Federação das Empresas de Transportes Rodoviários dos
Estados do Ceará, Piauí e Maranhão – CEPIMAR

Advogados: Francisco de Assis Souza Coêlho Filho e Sônia Maria
Lopes Coêlho

Requerido: Município de São Luís

Relator: Des. José Joaquim Figueiredo dos Anjos

Revisor: Des. Marcelo Carvalho Silva

ACÓRDÃO Nº. 712032008

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. TRANSPORTE URBANO. BILHETAGEM ELETRÔNICA. LEI MUNICIPAL Nº 4.565, DE 22/12/2005. CONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA E DECLARADA.

1. O repasse do serviço público da órbita do poder concedente para outro ente jurídico, de direito público ou privado, não importa em transmissão de propriedade ou da titularidade respectiva, nem afasta, por si só, a própria concepção originária do serviço público.
2. O Poder concedente não se despoja de qualquer prerrogativa; delegada ficará, tão-somente, a execução do serviço, nos limites e condições legais e contratuais pertinentes, continuamente sujeita à regulamentação e fiscalização da Administração.
3. Os contratos em debate haverão, também eles, que obedecer aos prin-

cípios norteadores da própria Administração Pública, quais sejam, os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, razoabilidade, motivação e interesse público, despontando, via de consequência e como condição SINE QUA NON à validade e eficácia respectiva, a existência de um procedimento licitatório prévio a autorizá-los.

4. Viciada, ao menos em tese, a própria concessão, porque não precedida da necessária licitação, eventual atuação do Poder concedente, como é o caso, não pode ser tida como desrespeitosa ao regime de concessões e permissões, daí não decorrendo a inconstitucionalidade suscitada.

5. Verificado que o serviço de bilhetagem foi contratado e financiado pelo Erário, não desponta ilegal, ou inconstitucional, a determinação no sentido de que com ele arquem, solidariamente, as empresas concessionárias. Trata-se, na espécie, de simples obrigatoriedade indireta de retribuição, resultante do próprio poder de polícia da Administração, a cujo controle haverá que ficar sujeita a prestação de serviços públicos pelo particular. Precedentes.

6. Não se convolando, pois, em taxa a cobrança em tela, mas sim em mero encargo decorrente da retribuição, pelo particular, à implementação de um serviço por ele gerenciado, mas sujeito à fiscalização da Administração, decorrente do poder de polícia que a ela se atribui, não se há falar em bitributação,

7. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada improcedente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, o Tribunal, por unanimidade e de acordo com o parecer ministerial, julgou improcedente o pedido na Ação Direta de Inconstitucionalidade, nos termos do voto do Desembargador Relator.

Votaram os Senhores Desembargadores José Joaquim Figueiredo dos Anjos, Marcelo Carvalho Silva, Etelvina Luíza Ribeiro Gonçalves, Milson de Souza Coutinho, Maria Madalena Alves Serejo, Cleones Carvalho Cunha, Maria dos Remédios Buna Costa Magalhães, Anildes de Jesus Bernardes Chaves Cruz, Maria das Graças de Castro Duarte Mendes, Paulo Sérgio Velten Pereira, Raimundo Nonato de Souza e Jaime Ferreira de Araújo.

Funcionou pela Procuradoria de Justiça a Dr^a. Selene Coelho de Lacerda

São Luís, 13 de fevereiro de 2008.

Des. Raimundo Freire Cutrim
Presidente

Des. José Joaquim Figueiredo dos Anjos
Relator

RELATÓRIO

Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pela Federação das Empresas de Transportes Rodoviários dos Estados do Ceará, Piauí e Maranhão – CEPIMAR, com pedido de cautelar, buscando ter expurgada do ordenamento jurídico local a Lei Municipal nº 4.565, de 22/12/2005, que deu nova redação à Lei nº 3.340/96, que dispõe sobre o Serviço de Transporte Urbano do Município de São Luís, porque supostamente contrária aos arts. 122, II, 147, V, 174, § 1º e 188, todos da Constituição Estadual.

A inicial sustenta malferidos os regimes de concessões e per-

missões, na medida em que criada figura híbrida para a exploração do serviço público, a consubstanciar efetiva “intervenção branca” pela Administração, com usurpação da renda auferida pelas empresas de transporte, vez que atribuídos à Secretaria de Transporte Urbano – SEMTUR poderes exclusivos para a venda de passagens de qualquer natureza ou créditos oriundos de bilhetagem automática.

Nesse contexto, ressaltando delegado o serviço público em tela às empresas que lhe são filiadas, via do Sindicato respectivo, a Requerente afirma competir, àquelas e tão-somente a elas, a percepção dos ganhos relativos ao empreendimento, sem prejuízo da atribuição fiscalizadora do Estado, pena de termos ofendido, como afirma ser o caso, o próprio regime de concessões e permissões (arts. 147, V, e 188, da CE/MA).

De outra banda, ressalta que a norma em tela estaria a gerar grave contradição, posto que, não obstante por ela mantido, o precitado regime, segundo o qual as concessionárias haveriam que ser remuneradas pelas tarifas estipuladas pelo poder concedente, as empresas estariam a ter confiscada a renda oriunda do serviço prestado, a partir do momento em que transferidos à SEMTUR os poderes relativos à venda de passagens e bilhetagem automática.

Com base nesse entendimento, assevera ofendido o princípio da livre iniciativa (art. 174, § 1º), porquanto ferida a justa expectativa daqueles que investem no setor de transportes no que respeita à gerência de seu próprio capital, advindo do pagamento de tarifas impostas pelo próprio poder concedente, que irregularmente passaria a controlar, administrativa e financeiramente, as empresas que hoje operam naquele sistema.

No mais, sustenta inconstitucional também a taxa de administração de 6% imposta pela Administração pela assunção da estrutura de venda de passagens, ao entendimento de que a mera existência de serviço ainda a ser organizado para a venda de bilhetes e passagens,

com a estrutura já montada pelas transportadoras não permitiria delas fosse demandada taxa qualquer, mormente quando constitucionalmente previsto aquele sistema de concessões e/ou permissões.

Pedi fosse-lhe deferida medida cautelar a suspender os efeitos da norma questionada no mérito, a procedência da presente, “para declarar, com efeito erga omnes e eficácia ex tunc, a inconstitucionalidade total da Lei nº 4565/2005, por afronta aos artigos 147, inciso V, 122, inciso II, 174, § 1º, e 188, todos da Constituição Estadual” (fl. 32).

Cautelar deferida pelo Pleno desta eg. Corte às fls. 73 USQUE 79.

A defesa da norma veio no sentido de que, em hipóteses como a dos autos, o poder de gestão permanece com o ente público, a quem compete organizar e prestar o serviço em tela, de natureza essencial, IN CASU tão-somente delegado ao particular. Nesse contexto, rejeita a alegação de que ofendido o princípio da livre iniciativa, porque detentor, o Município, do poder/dever de intervir no planejamento e fiscalização dos serviços, consoante o determina o art. 174, § 1º, da CE/MA.

Ainda, que a implementação da chamada bilhetagem automática teria sido custeada exclusivamente pelo Erário, com vistas ao aperfeiçoamento do sistema e repasse do valor das tarifas às delegatárias por empresa vencedora de licitação para tal fim.

Nessa mesma esteira, afirma desprovida de veracidade a alegação, pela Requerente, de que promovida, pela Administração, suposta “intervenção branca”, haja vista pertencer ao Estado a titularidade dos serviços, àquele facultado neles intervir, quando assim necessário, visando o bem maior, coletivo, ainda que, para tanto, necessário alterar cláusulas regulamentares e exorbitantes do contrato de concessão.

Finalmente, aduz que a cobrança de taxas, retribuições ou encargos

contratuais ao poder público, em razão de atos por ele praticados na gestão de serviço público concedido, encontraria respaldo no art. 78, do Código Tributário Nacional, demandando contraprestação aos custos arcados pelo Erário, pena de enriquecimento sem causa das concessionárias.

Seguiram os autos ao PARQUET, que em manifestação de fls. 185 USQUE 194, da lavra do em. Procurador-Geral de Justiça, Dr. Francisco das Chagas Barros de Sousa, opinou pela improcedência da Ação Direta de Inconstitucionalidade ora em exame.

É o Relatório.

VOTO

Senhores Desembargadores, d. representante do Órgão do PARQUET, presentes os pressupostos gerais e específicos da hipótese. As partes são legítimas, havendo previsão legal, constitucional e jurisprudencial pacífica a autorizar o manuseio de Ação de Inconstitucionalidade por Federação, em nome de seus filiados, ativa e passivamente.

Da mesma forma, configurada a pertinência temática da espécie, vez que efetivamente retirado, com o advento da norma, o poder antes afeto às concessionárias no que tange às vendas de passagens, ora transferido à SEMTUR, via bilhetagem automática, com evidente repercussão na esfera de interesse das empresas de transporte coletivo.

No particular, bem lançada a manifestação ministerial, à qual adiro, ao assentar, VERBIS: “presente o vínculo objetivo de pertinência temática da requerente, uma vez que a norma impugnada se aplica diretamente à classe representada pela entidade autora. Como requisito de observância necessária para o cabimento da ação direta de inconstitucionalidade, encontra-se em total harmonia e simetria à proposta da inicial” (fl. 188).

Passando, pois, ao exame da QUAESTIO que nos é submetida, transcrevo, por oportuno, o inteiro teor da norma impugnada, LITTERIS: “Lei nº 4.565, de 22 de dezembro de 2005

Dá nova redação e acrescenta o parágrafo único ao artigo 103 da Lei nº 3.430 de 31 de janeiro de 1996, que dispõe sobre o serviço de transporte coletivo urbano do Município de São Luís e dá outras providências.

Art. 1º - O artigo 103 da Lei nº 3.430, de 31 de janeiro de 1996, passa a ter a seguinte redação:

Art. 103. Cabe à Secretaria Municipal de Transporte Urbano (SEMTUR) a venda de passagens de qualquer natureza ou créditos oriundos de bilhetagem automática, obedecendo o disposto nesta Lei, Decretos e Portarias do executivo municipal.

Parágrafo único – A Secretaria Municipal de Transportes Urbanos – SEMTUR poderá, mediante convênio ou instrumento de contrato, delegar a atividade supra, com o objetivo de reduzir custos e melhorar o atendimento aos usuários, podendo auditá-la a qualquer tempo.

Art. 2º - O Poder Executivo Municipal baixará Decreto regulamentando este artigo, no prazo de 90 (noventa) dias, a contar da sua entrada em vigor.

Parágrafo único – Durante este período a Secretaria Municipal de Transporte Urbano (SEMTUR) assumirá a estrutura de venda existente, retendo, a título de cobertura das despesas com administração, a importância correspondente a 6% (seis por cento) da receita oriunda da venda dos passes escolares ou créditos de estudante oriundos da bilhetagem automática.

Art. 3º - Esta Lei entra em vigor na data da sua publicação.

Art. 4º - Revogam-se as disposições em contrário.”

A controvérsia, consoante delineada, se dá em razão de que a nova redação da norma, ao dispor sobre o serviço de transporte coletivo urbano do Município de São Luís, atribui à Secretaria de Transporte Urbano – SEMTUR a responsabilidade pela venda de passagens de qualquer natureza, bem assim os créditos oriundos de bilhetagem automática.

A lide encontra resolução, tenho, na análise do próprio conceito de concessão, assim definido por HELY LOPES MEIRELLES, IN “Direito Administrativo Brasileiro”, Ed. Malheiros, 2004, p. 337, VERBIS:

“Contrato de concessão de serviço público, ou simplesmente concessão de serviço público, é o que tem por objeto a transferência da execução de um serviço do Poder Público ao particular, que se remunerará dos gastos com o empreendimento, aí incluídos os ganhos normais do negócio, através de tarifa cobrada aos usuários.”

No mesmo sentido, a lição de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, IN “Curso de Direito Administrativo”, 17ª ed., Ed. Malheiros, 2004, LITTERIS:

“Entende-se por concessão de serviço público o ato complexo através do qual o Estado atribui a alguém o exercício de um serviço público e este aceita prestá-lo em nome do Poder Público sob condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Estado, mas por sua conta, risco e perigos, remunerando-se com a sua própria exploração do serviço, geralmente pela cobrança de tarifas diretamente dos usuários do serviço e tendo a garantia constitucional de um equilíbrio econômico-financeiro.”

Resta evidente, pois, que o repasse do serviço público da órbita do poder concedente para outro ente jurídico, de direito público ou privado, não importa em transmissão de propriedade ou da titularidade respectiva, nem afasta, por si só, a própria concepção originária do serviço público. É dizer, o Poder concedente não se despoja de qualquer prerrogativa; delegada ficará, tão-somente, a execução do serviço, nos limites e condições legais e contratuais pertinentes, continuamente sujeita à regulamentação e fiscalização da Administração.

Em assim sendo, forçosa a conclusão de que os contratos em debate haverão, também eles, que obedecer aos princípios norteadores da própria Administração Pública, quais sejam, os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, razoabilidade, motivação e interesse público, despontando, via de consequência e como condição SINE QUA NON à validade e eficácia respectiva, a existência de um procedimento licitatório prévio a autorizá-los.

Não é outra, aliás, a letra do art. 175, da Constituição Federal, LITTERIS:

“Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação dos serviços públicos.”

Donde se infere plenamente vigente, em nosso ordenamento, a regra de obrigatoriedade da licitação, antes da celebração de contratos pela Administração Pública, assim já ratificada, aliás, pela Corte Suprema, VERBIS:

“Exploração de transporte urbano, por meio de linha de ônibus. Necessidade de prévia licitação para autorizá-la, quer sob a forma de permissão, quer sob a de concessão. Recurso Extraordinário provido, por contrariedade do art. 175 da Constituição Federal” (RE 140989/

RJ, Rel. Min. Octavio Gallotti, j. em 16/03/93).

Nesse exato sentido, o art. 14, da Lei nº. 8.987/95, ao expressamente determinar que “toda concessão de serviço público, precedida ou não da execução de obra pública, será objeto de prévia licitação, nos termos da legislação própria e com observância dos princípios da legalidade, moralidade, publicidade, igualdade, do julgamento por critérios objetivos e da vinculação ao instrumento convocatório.”

A licitação, como se sabe, haverá que ser o antecedente obrigatório do contrato administrativo, sem o que inválida a outorga do exercício de um serviço público. É, por isso mesmo, providência compulsória e prioritária, IN CASU desatendida, como bem atentou o PARQUET, de cuja manifestação transcrevo, por oportuno, o trecho seguinte, LITTERIS:

“As empresas de transporte coletivo do Município de São Luís, supostas ‘concessionárias’, conforme afirmado pelo Procurador Geral do Município, jamais se submeteram a procedimento licitatório para contratação com o Poder Público. Logo, estando em plena desobediência ao princípio da legalidade, não há validação do contrato com a Administração Pública. De qualquer forma, sendo tal contrato executado diretamente ou mediante delegação de serviço público, o ente municipal será sempre o gestor de tal serviço, cabendo a ele a sua titularidade. Poderá, portanto, regular, planejar, fiscalizar, organizar, supervisionar, e até executar, visando sempre o bem coletivo” (fl. 192).

Não vejo como discordar desse entendimento. Viciada, ao menos em tese, a própria concessão, eventual atuação do Poder concedente, como é o caso, não pode ser tida como desrespeitosa ao regime de concessões e permissões, daí não decorrendo a inconstitucionalidade suscitada.

Relevante, no particular, o entendimento adotado pelo eg. Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do REsp 403905/MG,

Rel. Min. Jose Delgado, DJ em 06/05/2002, VERBIS:

“ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO PARCIAL. TRANSPORTE COLETIVO PÚBLICO. TERMO DE PERMISSÃO COM CARACTERÍSTICAS DE CONCESSÃO. INDENIZAÇÃO. ALEGAÇÃO DE PREJUÍZOS DECORRENTES DE TARIFAS DEFICITÁRIAS. INOCORRÊNCIA DE PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. ILEGALIDADE. INEXISTÊNCIA DE BOA-FÉ DO CONTRATANTE. PREVALÊNCIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O PARTICULAR.

(...)

4. Exigência de procedimento licitatório para validação de contrato de concessão com a Administração Pública, quer seja antes da Constituição Federal de 1988, quer após a vigência da mencionada Carta.

5. Não havendo a licitação, a fim de garantir licitude aos contratos administrativos, pressuposto, portanto, para a sua existência, validade e eficácia, não se pode falar em concessão e, por consequência, nos efeitos por ela produzidos.

6. As relações contratuais do Poder Público com o particular são desenvolvidas com obediência rigorosa ao princípio da legalidade. Ferido tal princípio, inexistente direito a ser protegido, para qualquer das partes, além de determinar responsabilidades administrativas, civis (improbidade administrativa) e penais, quando for o caso, para o administrador público.

(...)

8. Este direito está condicionado à licitude da atividade prestada pelo permissionário, de modo que, ausente prévio procedimento licitatório, não há que se falar em manutenção do equilíbrio econômico-finan-

ceiro que nele deveria ser estipulado, cabendo ao permissionário, em atenção ao princípio da supremacia do interesse público sobre o particular e à sua inexistência de boa-fé, suportar os ônus decorrentes de uma ilegalidade que lhe favoreceu.

9. Recurso parcialmente conhecido e, nesta parte, improvido.”

É o caso dos autos.

Observe-se, ainda, que a Constituição Federal é cristalina ao determinar, via de seu art. 30, V, competir aos Municípios “organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial”. Na mesma linha, o art. 147, V, da Carta Estadual, cujo teor reprisa o já comentado dispositivo da norma maior.

Assim, permanecendo a titularidade do serviço público com o próprio Poder dito concedente, e ao menos em tese desrespeitado o regime das concessões, inexistente direito líquido e certo a ser protegido. Não há falar, pois, em inconstitucionalidade da norma impugnada frente à Constituição Estadual, porque emanada justamente de quem detinha não apenas a competência para tanto, mas também para organizar e prestar aquele serviço (art. 147, V, da CE/MA), bem assim o planejamento, execução e fiscalização respectivos (art. 188, Caput, da CE/MA).

Ressalte-se, ademais, e a isso bem atentou o PARQUET, a norma impugnada se deve à alteração na sistemática de bilhetagem automática, cujos investimentos, consoante sustentou e comprovou o Município, foram implementados com recursos emanados do próprio erário municipal. Evidenciado ficou, também, o repasse das tarifas às empresas de transporte. Eventuais prejuízos daí decorrentes, pois, deverão ser reclamados via ação própria, não substituível por Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Finalmente, não procede a pretensão também na parte em que pretende impugnar a suposta taxa de 6% imposta pela Administração pela assunção da estrutura de venda de passagens.

A hipótese, IN CASU, é de contraprestação referente aos custos arcados pelo Erário na implementação do sistema, emanada do próprio poder de polícia da Administração, previsto no art. 78, do Código Tributário Nacional, expresso ao assim determinar, LITTERIS:

“Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.”

O que se tem, em verdade, é que o serviço de bilhetagem foi contratado e financiado pelo Erário, não despontando ilegal, ou inconstitucional, a determinação no sentido de que com ele arquem, solidariamente, as empresas concessionárias.

É dizer, trata-se, na espécie, de simples obrigatoriedade indireta de retribuição, resultante de um fundamento de ordem social, qual seja, o próprio poder de polícia da Administração, a cujo controle haverá que ficar sujeita a prestação de serviços públicos pelo particular, não se convolvendo, simplesmente por isso, em taxa, senão vejamos:

Sobre a questão, aliás, já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça, VERBIS:

“TRIBUTARIO - TRANSPORTE COLETIVO - EMTU/SP - COBRANÇA PELOS SERVIÇOS DE GERENCIAMENTO - PODER

DE POLÍCIA - PREÇO DE SERVIÇOS PÚBLICOS E TAXAS (DIFERENÇAS) - CTN, ARTS. 3. E 4., I E II - LEI ESTADUAL 1.492/77 -.

1. A obrigatoriedade de retribuição pelo serviço prestado, no caso, é indireta, porque contratualmente existe direta submissão ao gerenciamento do transporte coletivo legalmente entregue à empresa pública criada para essa finalidade, constituída por fundamento de ordem social que transcende ao próprio pagamento exigido.

2. A obrigação, pela sua natureza, emana do poder de polícia, com fundamento na ordem social, por isso, divorciando-se do pagamento em si mesmo. Em tais casos, o elemento obrigatoriedade não é suficiente para transformar dita retribuição em taxa.

3. Preços de serviços públicos e taxas não se confundem, porque estas, diferentemente daquelas, tem a sua cobrança condicionada à prévia autorização orçamentária, em relação à lei que as instituiu e constituem receita da União, Estado ou Município. No caso, a retribuição constitui receita da própria EMTU/SP.

4. Precedentes da jurisprudência.

5. Recurso provido.

(REsp 37877/SP, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJ em 05/12/94)

Também o eg. Supremo Tribunal Federal, LITTERIS:

“O critério da obrigatoriedade para a taxa e da voluntariedade para o serviço público é, desde o primeiro exame, muito simplista. O que torna compulsória a aceitação e pagamento do serviço na ordem pública são as exigências do interesse coletivo (...) Nem toda contribuição por serviço prestado é taxa.”

(RMS 1558, IN RDA 77/113)

Registre-se, por oportuno, o escólio de EDUARDO ROCHA DIAS, IN “A Cobrança Pela Outorga de Concessões, Permissões e Autorizações de Serviços de Telecomunicações”, RDPE, jul/2004, p. 59, plenamente aplicável à hipótese dos autos:

“Os valores cobrados, neste segundo caso, pelas instâncias de fiscalização e requisição, não podem ser considerados taxas, mas sim encargos contratuais, muitas vezes previstos e autorizados em lei, destinados a custear as despesas com o controle da execução de tais serviços.”

Não vejo como discordar desse entendimento. Repise-se, por crucial, o próprio texto da norma impugnada, expresso ao assim consignar:

“Art. 2º - O Poder Executivo Municipal baixará Decreto regulamentando este artigo, no prazo de 90 (noventa) dias, a contar da sua entrada em vigor.

Parágrafo único – Durante este período, a Secretaria Municipal de Transporte Urbano (SEMTUR) assumirá a estrutura de venda existente, retendo, a título de cobertura das despesas com administração, a importância correspondente a 6% (seis por cento) da receita oriunda da venda dos passes escolares ou créditos de estudante oriundos da bilhetagem automática.”

Na espécie, tem-se que a norma admitiu, expressa e tão-somente, a incidência daquela contraprestação durante os noventa dias fincados entre a entrada em vigor da Lei, e a edição de Decreto a regulamentá-la. Restringida ficou, pois, a efetiva validade daquela cobrança a um lapso temporal específico, não se perpetuando ela, como quer fazer crer a Requerente.

Encerrando, tenho que o simples fato de determinar a regra impugnada, venha tal cobrança a incidir sobre a “receita oriunda da venda dos passes escolares ou créditos de estudante oriundos da bilhetagem automática” não basta, igualmente, a convolar em taxa aquele encargo.

Como bem assentou o eg. Supremo Tribunal Federal, em hipótese por demais análoga, o faturamento em questão haverá que ser tomado apenas como critério à incidência daquela contraprestação, não se constituindo no objeto daquela incidência, mas mera faixa para o arbítrio dos valores devidos. Foi o que consignou o em. Ministro Gilmar Mendes, ao citar, no voto que proferiu no RE nº. 177835, entendimento dantes esposado pelo em. Ministro Sepúlveda Pertence, no sentido de que, restando impossível exigir-se o dimensionamento preciso da atividade fiscalizatória sobre cada contribuinte, “viável, razoável, tomar-se como indício do custo dessa fiscalização o vulto da empresa, manifestado no seu faturamento bruto”.

Não se convolando, pois, em taxa a cobrança em tela, mas sim em mero encargo decorrente da retribuição, pelo particular, à implementação de um serviço por ele gerenciado, mas sujeito à fiscalização da Administração, decorrente do poder de polícia que a ela se atribui, não se há falar em bitributação, caindo por terra a argumentação delineada, nesse contexto, pela Requerente.

Assim, entendendo efetivamente demonstrada a constitucionalidade da norma impugnada, julgo improcedente o pedido.

É o voto.

São Luís, 13 de fevereiro de 2008.

Des. José Joaquim Figueiredo dos Anjos
Relator

TERCEIRA CÂMARA CÍVEL
SESSÃO DO DIA 6 DE MARÇO DE 2008
APELAÇÃO CÍVEL N.º 008521/2007 – PINDARÉ MIRIM

1ª Apelante: Companhia Vale do Rio Doce - CVRD

Advogados: Drs. Ruy Eduardo Villas Boas Santos, Pollyana Maria Gama Vaz, Rodrigo Bernardes Braga, Antônio Carlos Coêlho Júnior e outros.

2º Apelantes: Celso Antunes de Carvalho e Maria Odete Gomes de Carvalho

Advogada: Dr^a. Jocineide Maria de Sousa Ramos

1º Apelados: Celso Antunes de Carvalho e Maria Odete Gomes de Carvalho

Advogada: Dr^a. Jocineide Maria de Sousa Ramos

2ª Apelada: Companhia Vale do Rio Doce - CVRD

Advogados: Drs. Ruy Eduardo Villas Boas Santos, Pollyana Maria Gama Vaz, Rodrigo Bernardes Braga, Antônio Carlos Coêlho Júnior e outros.

Relator: Des. Cleones Carvalho Cunha

Revisor: Des. José Stélio Nunes Muniz

ACÓRDÃO N.º. 718562008

EMENTA

DIREITO CIVIL. RECURSOS DE APELO. PRINCIPAL E ADESIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL. ATROPELAMENTO EM VIA FÉRREA. CULPA CONCORRENTE. VÍTIMA FATAL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. PROPORCIONALIDADE. CONSTITUIÇÃO DE CAPITAL. NECESSIDADE. SÚMULA 313/STJ. IMPROVIMENTO.

I – É civilmente responsável, por culpa concorrente, a concessionária

de transporte ferroviário pelo falecimento de pedestre, vítima de atropelamento por trem em via férrea, porquanto incumbe à empresa cercar e fiscalizar, devidamente, a linha, de modo a impedir invasão por terceiros, notadamente em locais com habitual trânsito de pedestres (ER-Esp 705.859/SP, Rel. Min. Castro Filho, Segunda Seção, j. 13.12.2006, DJ 08.03.2007);

II – havendo culpa concorrente, as indenizações por danos morais e materiais devem ser fixadas pelo critério da proporcionalidade;

III – apelações principal e adesiva não providas.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Desembargadores da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, por unanimidade e de acordo com o parecer do Ministério Público, em negar provimento ao apelo e ao recurso adesivo, nos termos do voto do Desembargador Relator.

Participaram do julgamento os Senhores Desembargadores Cleones Carvalho Cunha, Cleonice Silva Freire e José Stélio Nunes Muniz.

Funcionou pela Procuradoria Geral de Justiça a Dr^a. Iracy Martins F. Aguiar.

São Luís, 6 de março de 2008.

Desa. Cleonice Silva Freire
Presidente

Des. Cleones Carvalho Cunha
Relator

RELATÓRIO

Trata-se de recursos de apelação interpostos por COMPANHIA VALE DO RIO DOCE – CVRD; e CELSO ANTUNES DE CARVALHO e MARIA ODETE GOMES DE CARVALHO, inconformados com a sentença prolatada pelo MM. Juiz de Direito da Comarca de Pindaré Mirim/MA, que, nos autos da Ação Ordinária de Ressarcimento por Danos Materiais e Indenização por Danos Morais causados por Acidente de Veículo de Via Terrestre com Rito Sumário n. 18/2005, julgou parcialmente procedente o pedido indenizatório, condenando a CVRD ao pagamento de indenização por danos materiais, consistente em pensão mensal, equivalente a meio salário-mínimo, inclusive décimo terceiro salário, a ser paga a Celso Antunes e a Maria Odete, desde a data do evento danoso até que completem 70 (setenta) anos de idade; e compensação, por danos morais, no valor de R\$ 70.000,00 (setenta mil reais), a ser dividido igualmente entre eles, corrigido monetariamente pelo IPCA a partir da data da sentença, e juros moratórios incidentes desde o evento danoso (STJ, Súmula 54), os quais também se aplicam à indenização por danos materiais. A sentença ainda determinou à CVRD que constituísse capital para garantir as prestações vincendas (CPC, art. 602, caput, e Súmula 313, do STJ).

Quanto ao primeiro apelo, a CVRD argüi, preliminarmente, prescrição da pretensão deduzida na inicial indenizatória, sob a assertiva de que o prazo prescricional de 03 (três) anos, previsto pelo atual Código Civil, não teria sido observado pelos primeiros apelados, quando do ajuizamento da ação, aduzindo, no mérito, que o sinistro ensejador do óbito do filho dos apelantes adesivos teria ocorrido por culpa exclusiva da vítima, que tentou, cavalgando, atravessar os trilhos da Estrada de Ferro Carajás, em local clandestino, sendo colhido pela locomotiva da CVRD. Daí argumenta inexistir dever de indenizar.

Sustenta não haver provas de que a vítima contribuía para o sus-

tento da família, pelo que seria indevida condenação por danos materiais. Tampouco restaria provado direito à indenização por danos morais, visto que não teria causado qualquer constrangimento aos primeiros apelados, entendendo que os primeiros apelados enriqueceriam indevidamente com as condenações fixadas, sobretudo porque não teriam comprovado os danos alegadamente sofridos e atribuídos à CVRD.

Argumentando não haver necessidade de constituir capital para pagamento da quantia periódica fixada a título de danos materiais, pois o novel art. 475-Q, §2º, do Código Civil de 2002, autorizaria a substituição de referida constituição de capital pela inclusão do beneficiário da prestação em folha de pagamento da CVRD, requer provimento ao recurso para, reformando a sentença recorrida, acolher preliminar de prescrição; julgar improcedentes os pedidos de indenização por danos morais e materiais, veiculados na inicial; ou, reduzir o quantum indenizatório.

A apelação principal foi recebida apenas no efeito devolutivo (fl. 440-v), tendo os primeiros apelados apresentado contra-razões às fls. 442/460.

Os autores da ação indenizatória, por sua vez, também discordando da mesma sentença, dela apelaram, adesivamente (razões às fls. 460/468), objetivando, em suma, ver reconhecida a responsabilidade integral da CVRD pelo evento danoso descrito na inicial; majorados a pensão mensal de meio para 01 salário-mínimo, os danos morais de R\$ 70.000,00 (setenta mil) para R\$ 100.000,00 (cem mil reais), e os honorários advocatícios para 20% sobre o valor da condenação; e condenada a CVRD ao pagamento da importância de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), a título de auxílio funeral – repisando os argumentos iniciais e constantes das alegações finais.

Instada, a Douta Procuradoria-Geral de Justiça, através da Procuradora Francisca Pereira Teive, manifestou-se pelo improvimento do recurso principal.

Não tendo havido juízo de admissibilidade, pelo MM. Juiz de base, da apelação adesiva, tampouco intimação da CVRD para contrarrazoá-la, procedi ao exame (positivo) de admissibilidade, e determinei a intimação da parte ex adversa para oferecer resposta.

Em contra-razões ao recurso adesivo, a CVRD, em suma, reitera os argumentos constantes da apelação principal.

É o relatório.

V O T O

Presentes os pressupostos processuais de admissibilidade do recurso, conheço do apelo principal, pelo que passo à análise conjunta dos recursos principal e subordinado.

Consoante se viu, Companhia Vale do Rio Doce – CVRD pretende reformar sentença condenatória, proferida pelo Juízo da Comarca de Pindaré Mirim/MA, que a condenou ao pagamento de indenização por danos morais e materiais, pelo atropelamento fatal por trem, em via férrea, de sua responsabilidade, do filho dos apelantes adesivos.

Celso Antunes e Maria Odete, por sua vez, requerem o provimento do recurso adesivo para que se reconheça a responsabilidade exclusiva da CVRD, majorando-se, assim, o valor da pensão fixada para 01 (um) salário-mínimo; o valor do dano moral para R\$ 100.000,00 (cem mil reais); a condenação em honorários advocatícios para 20% sobre o valor da condenação; e, por fim, para condenar a 2ª apelada ao pagamento de auxílio funeral.

No entanto, não merecem guarida as irresignações recursais, haja vista a sentença ter aplicado devidamente o direito à espécie.

Inicialmente, cabe-me enfrentar preliminar de prescrição levantada no recurso principal.

A 1ª apelante argüi, em suma, que se aplicaria, ao caso dos autos, o prazo prescricional constante do art. 206, §3º, inc. V, do Código Civil/2002, ao argumento de que, quando da entrada em vigor do novel código, não havia transcorrido mais da metade do tempo estabelecido no diploma legal revogado (CC, art. 2028). Sendo assim, entende que, entre a data do evento danoso (18.10.1997) e a do ajuizamento da ação (22.12.2005), teriam se passado mais de 3 (três) anos – prazo previsto pelo dispositivo legal sobredito para se pretender reparação civil –, daí sustentar prescrita a pretensão ressarcitória deduzida na inicial pelos primeiros apelados.

O raciocínio feito pela 1ª apelante, no tocante à interpretação do art. 2.028 do Código Civil, está correto, no que se refere à aplicabilidade, in casu, do atual Código Civil, contudo, completamente equivocado em relação à data de início da fluência do prazo prescricional, quando reduzido pela atual legislação substantiva.

Com efeito, com o advento do novel Código Civil (Lei n. 10.406/02), que entrou em vigor 11/01/2003, ocorreram diversas mudanças nos prazos prescricionais que, em sua maioria, foram diminuídos em prol da estabilidade social e da dinâmica jurídica. Atualmente, os vários prazos de prescrição especial encontram-se listados no art. 206 do CC.

No Código Civil anterior, as ações referentes à responsabilidade civil prescreviam em 20 (vinte) anos, conforme o revogado art. 177; já no atual Diploma legal, esse prazo foi reduzido para três anos, conforme se depreende do disposto no art. 206, § 3º, inc. V, in verbis:

Art. 206. Prescreve:

§ 3º Em 3 (três) anos:

[...]

V - a pretensão de reparação civil.

In casu, por tratar-se de ação de ressarcimento por danos causados por acidente em via ferroviária, há perfeita subsunção ao referido dispositivo legal. No entanto, verifico que a alegada prescrição não restou caracterizada, pois a contagem desse prazo prescricional de três anos deve começar a partir da data da vigência do atual Código Civil, qual seja, 11/01/2003, pois, se assim não fosse, estaria se extinguindo a pretensão pela simples edição de nova legislação.

Nesse sentido é o Supremo Tribunal Federal, conforme se vê do aresto abaixo transcrito, por sua ementa:

Tratando-se de lei que encurtou o prazo da prescrição, ela é aplicável às prescrições em curso, mas contando-se o novo prazo da data em que a mesma lei começou a vigorar. (RE 51.706, MG, rel. Min. Luiz Gallotti).

Dessarte, não caracterizada a prescrição ora aventada, afasto a preliminar levantada pela 1ª apelante.

No mérito, ambos os apelos tratam do requisito volitivo da obrigação de indenizar. No 1º recurso, a CVRD imputa à vítima a culpa exclusiva pelo sinistro. Ao reverso, os segundos apelantes afirmam a responsabilidade integral da CVRD. Em que pesem os argumentos, as insurgências não merecem (nem encontram) guarida, pelo que laborou com acerto o magistrado sentenciante.

Extraio, claramente, do contexto probatório delineado nos autos, que o atropelamento ocorreu em ferrovia de responsabilidade da CVRD (Estrada de Ferro Carajás – EFC), precisamente na passagem de nível situada no Km240, na qual inexistia qualquer elemento de segu-

rança, a despeito de habitualmente usada por moradores das imediações para cruzar a via férrea, ante a preexistência de estrada vicinal atravessada pela ferrovia.

À vista disso, entendo que cabia à CVRD a construção de obstáculos voltados a impedir o acesso de pessoas às vias férreas, bem como a correspondente fiscalização efetiva. Se assim não procedeu, é imperioso reconhecer que colaborou para a eclosão do evento danoso, não havendo que se falar em culpa exclusiva da vítima, como dito no apelo principal, vez que a negligência da CVRD concorreu para o acidente. Inclusive, é a lei que impõe à ferrovia manter cercas, muros e sinalização adequada nas faixas ocupadas por linhas férreas, quando nas proximidades de local populoso com habitual trânsito de pedestres.

Por outro lado, também não merece prosperar a alegação constante do recurso adesivo de que somente o apelante principal (CVRD) teria dado causa ao sinistro, pois, segundo as regras naturais de vivência e preservação, cabia à vítima/pedestre o dever de cuidado, no sentido de não se colocar em situação de risco. E, in casu, a conduta da vítima não eliminou a causalidade.

Dessarte, irretocável afigura-se a decisão do magistrado que, levando em consideração a teoria da concorrência de culpas, deferiu, apenas parcialmente, os pedidos formulados na demanda indenizatória, pelo que não merece reforma tal decisum nesse ponto.

No particular, a jurisprudência do STJ é remansosa quanto à configuração de culpa concorrente, a exemplo dos recentes arestos abaixo colacionados, por suas ementas:

RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE FERROVIÁRIO. VÍTIMA FATAL. CULPA CONCORRENTE. PRECEDENTES. Neste Superior Tribunal de Justiça, prevalece a orientação jurisprudencial no sentido

de que é civilmente responsável, por culpa concorrente, a concessionária do transporte ferroviário pelo falecimento de pedestre vítima de atropelamento por trem em via férrea, porquanto incumbe à empresa que explora essa atividade cercar e fiscalizar, devidamente, a linha, de modo a impedir sua invasão por terceiros, notadamente em locais urbanos e populosos. Embargos de divergência não conhecidos. (ER-Esp 705.859/SP, Rel. Min. Castro Filho, Segunda Seção, julgado em 13.12.2006, DJ 08.03.2007.)

* * *

CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ATROPELAMENTO POR TREM. Mal conservado o muro que cerca a via férrea, viabilizando a passagem de pedestre, o atropelamento deste resulta de concorrência de culpas: do pedestre, por imprudência; da empresa que explora a ferrovia, por negligência. Recurso especial conhecido e provido. (REsp 778.466/SP, Rel. Min. Ari Pargendler, Terceira Turma, julgado em 16.05.2006, DJ 05.06.2006)

* * *

CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ATROPELAMENTO POR TREM EM VIA FÉRREA. VÍTIMA FATAL. CULPA CONCORRENTE. PRECEDENTES. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. PROPORCIONALIDADE. PENSÃO. SERVIÇO DOMÉSTICO INDENIZÁVEL. VÍTIMA E PENSIONISTA COM MAIS DE 65 (SESSENTA E CINCO) ANOS DE IDADE. TERMO FINAL. CONSTITUIÇÃO DE CAPITAL. NECESSIDADE. SÚMULA N.º 313/STJ. COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. CRITÉRIOS. JUROS MORATÓRIOS. SÚMULA N.º 54/STJ. A jurisprudência das Turmas que compõem a 2.^a Seção é no sentido de que há culpa concorrente entre a concessionária do transporte ferroviário e a vítima, pelo atropelamento desta por trem em via férrea; pois a primeira tem o dever de cercar e fiscalizar os limites da linha férrea, mormente em locais de adensamento populacional e a segunda, pois atravessou os trilhos, apesar da existência de local próprio para passagem próximo ao local do acidente. - Havendo culpa concorrente, as indenizações por danos

materiais e morais devem ser fixadas pelo critério da proporcionalidade. A jurisprudência do STJ é no sentido de que o serviço doméstico possui conteúdo econômico e, portanto, é indenizável, razão pela qual é devido o pensionamento do(a) viúvo(a) por morte do cônjuge que contribuía para a economia familiar com serviço doméstico. A fixação do valor da compensação pelos danos morais deve balizar-se entre a justa composição e a vedação ao enriquecimento ilícito. Recurso especial conhecido e provido. (REsp 773.853/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJ 22.05.2006 p. 200).

No tocante aos danos morais e materiais, não tenho dúvida da sua existência. A uma, porque a perda de ente querido é suficiente para justificar o dano moral, autorizando sua compensação, na medida em que causa abalo psicológico advindo do falecimento (REsp n. 660.267/DF); a duas, porque os danos materiais restaram comprovados nos autos, precipuamente pelas provas testemunhais, pelo que merecem ser reparados.

Em que pesem os apelantes adesivos pleitearem ressarcimento das despesas de luto e funeral, no importe de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), entendo indevido porquanto não foram provados tais custos, consoante decidiu o órgão judiciário de 1º grau.

Quanto aos valores arbitrados a título de danos morais e materiais, os tenho como proporcionais às peculiaridades da espécie, visto que fixados em observância à configuração de culpa concorrente (CC, art. 945), não justificando, pois, a excepcional intervenção desta Corte para rever o quantum indenizatório de nenhum deles. Afinal, ao Tribunal compete redefinir ou alterar a condenação por danos morais e/ou materiais quando se apresenta desarrazoada, isto é, fixada em quantidade ínfima ou exagerada – o que não é o caso dos autos.

O juiz *a quo* agiu prudentemente ao fixar a condenação baseado na teoria da proporcionalidade combinada com a do desestímulo,

atribuindo o valor razoável de R\$ 70.000,00 (setenta mil reais), a título de danos morais, a ser dividido igualmente entre os apelantes adesivos, e pensão no valor equivalente a ½ (meio) salário-mínimo, inclusive com 13º salário, a ambos, até que completem 70 (setenta) anos de idade.

Assim, concluo que os requisitos legais, nos quais se baseou o MM. Juiz de 1º grau, para julgar parcialmente procedentes os pleitos indenizatórios foram suficientemente delimitados.

A despeito de a sentença apelada ter determinado a constituição de capital, assegurando a eficácia do pagamento da pensão ao longo dos anos, nos termos do art. 602, caput, do CPC e da Súmula n. 313 do STJ, o apelante principal a sustenta dispensável, sob a assertiva de que o art. 475-Q, do CPC, autorizaria a inclusão dos 1º apelados/pensionistas em folha de pagamento. No entanto, os argumentos da CVRD não são capazes de infirmar a determinação judicial.

É que, apesar de a CVRD considerar-se empresa de solidez notória, hábil a justificar a dispensabilidade pleiteada, entendendo necessária a constituição de capital, porquanto a realidade econômica do país não mais permite supor a estabilidade, longevidade e saúde empresariais, de modo a permitir a dispensa de garantia (REsp n. 302.304/RJ, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 02.09.02, p. 00144). No mesmo sentido é o TJSC, conforme se vê do julgamento proferido na AC 2004.010909-1, assim ementado:

[...] 3. Constituição de capital inafastável - Condição econômica da empresa irrelevante - Garantia do cumprimento das prestações - Artigo 602 do Código de Processo Civil e Súmula 313 do STJ. a constituição de capital tem como finalidade precípua assegurar o cabal cumprimento da obrigação alimentar. O fato de a requerida tratar-se de empresa que atua no setor há muitos anos, gozando de sólida reputação na praça, por si só, não acarreta a dispensa da exigência, mormente

diante da realidade econômica do país, que não permite presumir a estabilidade e futura solvência de uma empresa. 4. Recursos desprovidos. (TJSC – AC 2004.010909-1 – Criciúma – 2ª CDCiv – Rel. Des. Mazoni Ferreira – J. 01.12.2005).

Ademais, o art. 475-Q do CPC, citado pelo apelante principal, apenas autoriza o magistrado a proceder à substituição da constituição de capital pela inclusão do beneficiário da prestação em folha de pagamento, não o obriga, conforme se vê (grifos não originais):

Art. 475-Q. Quando a indenização por ato ilícito incluir prestação de alimentos, o juiz, quanto a esta parte, poderá ordenar ao devedor constituição de capital, cuja renda assegure o pagamento do valor mensal da pensão.

§ 1º Este capital, representado por imóveis, títulos da dívida pública ou aplicações financeiras em banco oficial, será inalienável e impenhorável enquanto durar a obrigação do devedor.

§ 2º O juiz poderá substituir a constituição do capital pela inclusão do beneficiário da prestação em folha de pagamento de entidade de direito público ou de empresa de direito privado de notória capacidade econômica, ou, a requerimento do devedor, por fiança bancária ou garantia real, em valor a ser arbitrado de imediato pelo juiz.

§ 3º Se sobrevier modificação nas condições econômicas, poderá a parte requerer, conforme as circunstâncias, redução ou aumento da prestação.

Os juros moratórios devem incidir a partir do evento danoso, sobre o valor correspondente ao dano moral e ao pensionamento, tal como decidido pelo juízo singular. Advirto que o percentual deve ser de 0,5%, ao mês, até a entrada em vigor do atual Código Civil (em 11.01.2003),

passando, a partir dessa data, para a 1% ao mês (CC/02, art. 406).

O termo inicial para a correção monetária, acertadamente, foi fixado da data da prolação da decisão que fixou o montante da indenização por danos morais, consoante entendimento do STJ (c.f. REsp 728.314/DF, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO , DJ de 26/06/2006; REsp 75.076/RJ, rel. Ministro BARROS MONTEIRO, DJ de 18.10.1999; entre outros).

Dos demais capítulos do decisum, ratifico os termos, razão pela qual nego provimento aos apelos principal e adesivo.

É como voto.

Sala das Sessões da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, em São Luís, 06 de março de 2008.

Des. Cleones Carvalho Cunha
Relator

PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL
SESSÃO DO DIA 6 DE MARÇO DE 2008.
APELAÇÃO CÍVEL Nº. 7.536/2007 – SÃO LUÍS

Apelante: Eloina Coelho Carneiro.

Advogado: Valter de Jesus Praseres.

Apelado: Estado do Maranhão.

Procurador: Osmar Cavalcante Oliveira.

Relator designado: Des. Maria das Graças de Castro Duarte Mendes.

ACÓRDÃO Nº. 0718202008.

EMENTA

CIVIL E PROCESSUAL. APELAÇÃO. ADMINISTRATIVO. PRELIMINARES AFASTADAS. CAUSA MADURA. PROVAS ESSENCIALMENTE DOCUMENTAIS. APLICAÇÃO DO §3º, DO ART. 515, DO CPC. PRESCRIÇÃO QUINQUINAL RECONHECIDA. CONCESSÃO DE PAGAMENTO DE ADICIONAL DE INSALUBRIDADE A MENOR. INCORPORAÇÃO NA APOSENTADORIA. DIFERENÇA ENTRE O PERCENTUAL DE 40%, 30% E 20%, EM PERÍODOS ALTERNADOS. APELO PROVIDO EM PARTE.

I – Estando a petição inicial conforme e preenchidos os requisitos de admissibilidade do art. 282, do Código de Processo Civil, deve o Poder Judiciário conhecer do mérito da causa, bem como afastar as demais preliminares, quais sejam, possibilidade jurídica do pedido e carência de ação.

II – Preliminar de incompetência da Justiça Comum para processar e julgar o feito deve ser afastada, já que a súmula 170, do STJ, autoriza o processamento da demanda nesta Justiça.

III – Violado o princípio da igualdade na distribuição de adicional de insa-

lubridade entre servidores que trabalhem no mesmo setor ou área de atuação, deve ser corrigido, com o respectivo pagamento das diferenças para quem recebia a menor do que legalmente foi estabelecido.

IV - A Apelante percebia adicional de insalubridade a menor do que seus colegas quando da ativa, devendo ser reconhecido o direito à percepção integral de 40% (quarenta por cento) de insalubridade, com as respectivas diferenças salariais e demais reflexos.

V – As diferenças e reflexos deverão incidir, se for o caso, no PIS – PASEP da Apelante.

VI – Prescrição quinquenal reconhecida.

VII – Recurso provido em parte.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível N.º 7.536/2007 – São Luís, acordam os Senhores Desembargadores componentes da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, à unanimidade e de acordo com o parecer da Procuradoria Geral de Justiça, em julgar pelo provimento do recurso, para rejeitarem as preliminares suscitadas e, no mérito, por maioria de votos, deram parcial provimento, para reconhecer os danos materiais e majorar o percentual de insalubridade para 40% (quarenta por cento), nos termos do voto da Desembargadora Maria das Graças de Castro Duarte Mendes. Divergindo, o Desembargador Relator, Jorge Rachid Mubárack Maluf, manteve o seu voto, para que o valor mencionado acima fosse apurado em liquidação de sentença.

Participaram do julgamento os Senhores Desembargadores, Maria das Graças de Castro Duarte Mendes, Jorge Rachid Mubárack

Maluf – Relator e Raimunda Santos Bezerra.

Funcionou pela Procuradoria Geral de Justiça a Dra. Domingas de Jesus Fróz Gomes.

São Luís, 6 de março de 2008.

Desa. Maria das Graças de Castro Duarte Mendes
Presidente/Designada para lavrar o Acórdão.

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Cível, interposta por ELOINA COELHO CARNEIRO, em face da sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da 2ª Vara da Fazenda Pública desta Capital que, nos autos da Ação de Indenização por Danos Materiais e Morais, movida contra o ESTADO DO MARANHÃO E O INSTITUTO DE PESQUISAS ECONÔMICAS E SOCIAIS (IPES), que julgou extinto o processo, sem resolução de mérito, face à inépcia da petição inicial.

Colhe-se dos autos que a Apelante trabalhou no Instituto de Pesquisas Econômicas e Sociais – IPES, no arquivo, mais precisamente no Centro de Documentação, desde 01/07/1983, em condições sub-humanas, sendo que teria direito ao benefício de insalubridade, no percentual de 40% (quarenta por cento), porém, esta recebia no patamar, abaixo de seus colegas, ou seja, recebia na base de 20% (vinte por cento) do seu vencimento, o qual foi majorado para 30% (trinta por cento), em seguida, voltou ao patamar de 20% (vinte por cento). Acrescenta-se que lhe foi retirado o benefício por várias vezes, fazendo com que não o incorporasse na aposentadoria. Verifica-se também a Apelante teve prejudicado o seu direito ao PIS-PASEP.

Na sentença recorrida, o MM. Juiz a quo extinguiu o processo, sem resolução, com fundamento no art. 267, inciso I, do Código de Processo Civil, por entender que, na petição inicial, inexistia pedido principal, apenas a concessão de justiça gratuita, citação do réu e intimação do Ministério Público.

Em seu Apelo, a Recorrente pugna pelo reconhecimento de seus direitos, expostos na Inicial, tendo em vista que ficou provado, com documentos, que exerceu suas funções junto ao arquivo do Instituto de Pesquisas Econômicas e Sociais, porém, recebia o adicional de insalubridade em percentual inferior aos seus colegas de profissão.

Sustenta que a distribuição do percentual de insalubridade era feita pelo Chefe do Setor, daí a diferença existente entre os funcionários do mesmo Órgão.

Alega também que deixou de receber o PIS-PASEP, pois, na época, a Administração fez constar em seus contracheques que recebia altos salários.

Relata que merece reforma a sentença a quo, já que seu pedido está bem formulado e fundamentado na Lei Processual Civil, devendo ser afastada a aplicação do art. 267, inciso I, da referida lei, ainda mais porque as provas são documentais e estão carreadas aos autos.

Ao final, requereu o conhecimento e provimento do Apelo, para julgar procedentes os pedidos constantes da inicial.

Em contra-razões, pugna o Recorrido pela manutenção da sentença, sustentando, em sede de preliminar, a inépcia da petição inicial, a impossibilidade jurídica do pedido, a prescrição. E, no mérito, pelo não provimento do Recurso, para manter a sentença a quo.

Remetidos à Procuradoria-Geral de Justiça, esta se manifestou, pelo conhecimento e provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

Preenchidos os requisitos de admissibilidade, passo a conhecer do recurso.

Compulsando os autos, verifico que melhor sorte leva a Apelante, devendo ser reformada a sentença a quo, eis que a petição inicial, acostada aos autos, preencheu os requisitos contidos no art. 282, do Código de Processo Civil.

Entendo que a inicial da Apelante contém pedido e causa de pedir, sendo que está explanado, de forma genérica, o que ocasionará, conseqüentemente, a liquidação do feito.

Em despacho de fls. 42, o Magistrado a quo determinou a emenda da inicial, sendo que tal providência foi tomada, pela Apelante, às fls. 47, onde ficou mais claro o seu pedido, o que nos leva à conclusão lógica de que a petição encontra-se em conformidade com os termos do art. 282, da Lei Adjetiva Civil.

Portanto, não resta dúvida que existe congruência entre os fatos narrados pela Recorrente e o seu pedido, já que, da leitura da petição, conclui-se que existe causa de pedir próxima (fatos) e causa de pedir remota (direito), devendo, assim, ser afastada a inépcia da petição inicial.

De outro giro, tenho que os fatos e os fundamentos da inicial dão conta da inexistência de óbice quanto à compreensão da controvérsia, assim como não causou prejuízo ao contraditório e à ampla defesa, a qual foi exer-

cida pelo Apelado, conforme contestação e contra-razões de Apelação.

Sobre o assunto, este Egrégio Tribunal de Justiça, através da Primeira Câmara Cível, já se pronunciou sobre a matéria, senão vejamos:

APELAÇÃO CÍVEL. COBRANÇA DE HONORÁRIOS DE ADVOGADO. INÉPCIA DA PETIÇÃO INICIAL. INCOERÊNCIA. PRELIMINAR REJEITADA. I - Suficiente a exposição dos fatos, claro o fito do autor, evidenciando que a parte contrária bem compreende a demanda, sem prejuízo e com amplitude, exercitando defesa ampla, não deve a petição inicial ser considerada como inepta. (...) III - Apelo improvido. (Apelação Cível n.º 6.362/2006, Acórdão n.º 61.464/2006, Relator Raymundo Liciano de Carvalho)

Neste sentido, afasto o entendimento de que a petição inicial da Apelante estaria inepta, para, de logo, rejeitar a preliminar acolhida, em sede de sentença.

Vencida esta preliminar, entendo que a matéria de mérito pode ser enfrentada, eis que se trata de questões exclusivamente de direito, conforme se comprova dos documentos carreados aos autos, principalmente das portarias que autorizaram o pagamento da insalubridade, de fls. 09, 10 e 16, bem como os contracheques de fls. 17/41.

Precede de prova pericial a demanda, já que diz respeito ao exato percentual de insalubridade a ser pago a Apelante, e não a concessão ou não do benefício.

Desta forma, deve ser aplicado ao caso o art. 515, § 3º, do Código de Processo Civil, segundo o qual “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.”

Portanto, passo a proferir julgamento.

Enfrento a preliminar de incompetência desta Justiça, para processar e julgar o feito, não enfrentada pelo Juízo de 1º Grau, a qual deve ser afastada, já que o regime jurídico administrativo foi alterado, com a entrada em vigência da Constituição de 1988, sendo que todos os servidores públicos se submetem ao regime instituído pelo Ente público a que estão vinculados, ressalvados os casos de direito adquirido, argüidos anteriormente.

No caso do Estado do Maranhão, a Lei n.º 6.107/1994, regulamentou a espécie, no seu art. 95 e seguintes, sendo que não subsiste a aplicação da súmula 97, do STJ, pois, a Apelante teve reconhecido o seu direito em 06 de abril de 1994, e reafirmado em 06 de setembro de 1996, conforme portarias colacionadas aos autos.

Ao caso se aplica o enunciado da Súmula 170, do Colendo Superior Tribunal de Justiça, a qual prescreve: “Compete ao juízo onde primeiro for intentada a ação envolvendo acumulação de pedidos, trabalhista e estatutário, decidi-la nos limites da sua jurisdição, sem prejuízo do ajuizamento de nova causa, com o pedido remanescente, no juízo próprio.”

Deste modo, não resta qualquer dúvida quanto à competência desta Justiça, tendo em vista que o segundo ato que concedeu o benefício à Apelante é de 1996, dois anos após a entrada em vigência do regime jurídico administrativo.

Destaco a decisão do STJ sobre o assunto:

CONSTITUCIONAL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. CUMULAÇÃO DE PEDIDOS. SÚMULA 170/STJ.

- Nos termos da Súmula 170/STJ, “Compete ao Juízo onde primeiro

for intentada a ação envolvendo acumulação de pedidos, trabalhista e estatutário, decidi-la nos limites da sua jurisdição, sem prejuízo do ajuizamento de nova causa, com o pedido remanescente, no juízo próprio.”

- Conflito conhecido. Competência da Justiça Estadual para processar e julgar o pedido quanto às parcelas relativas ao período posterior à instituição do regime jurídico único. CC 34631/RS - CONFLITO DE COMPETENCIA/2002/0023454-9 Ministro VICENTE LEAL.

Portanto, voto pela rejeição da preliminar suscitada.

Quanto à preliminar de inépcia da petição inicial, esta já foi devidamente enfrentada, e se confunde com as preliminares de falta de requisito essencial da ação e possibilidade jurídica do pedido, eis que, uma vez que a petição encontra-se conforme o art. 282, do CPC, fica claro o preenchimento dos demais requisitos específicos.

Quanto à preliminar de prescrição, devo acolhê-la apenas em parte, para reconhecer prescritas as parcelas do direito da Apelante, subscritas na diferença existente entre o percentual de 40% (quarenta por cento) e de 20% (vinte por cento), eventualmente de 30% (trinta por cento), contudo, reconhecendo que o fundo do direito, qual seja, a insalubridade, não se encontra prescrito.

Deste modo, rejeito a preliminar de prescrição total do direito da Apelante.

No mérito, deve ser atendida pretensão da Recorrente, pois, quando estava na ativa teve preterido o seu direito à percepção do adicional, o qual se incorpora, conforme §2º, do art. 55, da Lei n.º 6.107/1994, aos proventos de aposentadoria.

Desta maneira, as portarias de fls. 09 e 10, comprovam a

Apelante gozou do direito à percepção do adicional de insalubridade, porém, em percentual abaixo do que recebia os seus colegas de mesmo Setor, conforme se vê dos documentos de fls. 15/16, o que gera uma clara violação ao princípio da igualdade, eis que não se pode conceber diferença entre os percentuais de insalubridade quando se tem servidores nas mesmas condições de fato, consoante se vê dos autos.

Ao caso, afasto a aplicação do art. 99, do Estatuto dos Servidores Públicos, o qual trata da necessidade de perícia médica no local, pois, as portaria comprovam que, a época, o local de trabalho era insalubre, o que fez com que o Estado concedesse aos funcionários, ainda que de forma desigual, a concessão do benefício.

Desta forma, o critério de distribuição do referido adicional no Instituto de Pesquisas, de fato, violou o princípio da igualdade, previsto no caput, do art. 37, da Constituição Federal.

Não houve motivo justo que desse amparo à desigualdade entre os funcionários, pois, no mesmo setor, Diretoria de Pesquisa, onde a Apelante e seu colega de trabalho laboravam, não poderia haver critérios diferentes para a aferição do adicional de insalubridade, ou seja, não poderia haver diferença de percentual.

Cabia ao Instituto e ao Estado provarem que pagavam o adicional com diferença entre o grau mínimo, médio e máximo, de forma, fundamentada, através de laudos médicos que revelassem que, no mesmo setor de trabalho, havia ambiente mais ou menos insalubre, o que, pelo conhecimento razoável do cidadão comum, é quase impossível.

Ao contrário do entende o Estado, verifico que a concessão de adicional de insalubridade não se trata de ato administrativo discricionário. Muito pelo contrário, é ato vinculado à lei dos servidores, pois, uma vez constatada a ocorrência, no ambiente de trabalho, de ma-

nipulação de coisas ou objetos que causem ofensa à saúde e comprovado com perícia médica, fica obrigado a conceder o benefício, sob pena de sofrer intervenção do Poder Judiciário, como é o caso em análise.

Sobre o assunto, a Primeira Câmara Cível, deste Egrégio Tribunal, já se manifestou:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA DE COBRANÇA. FUNCIONALISMO PÚBLICO. ADICIONAL DE insalubridade. PERÍCIA MÉDICA. CONSTATAÇÃO. POSSIBILIDADE. I - O Estatuto dos servidores públicos prevê o pagamento do adicional de insalubridade àqueles que habitualmente trabalhem em locais insalubres, ou em contato permanente com substâncias tóxicas que causem danos à saúde, que deve ser calculado sobre o vencimento básico do servidor. II - Comprovada a existência de insalubridade das atividades exercidas pelos recorrentes na Unidade Hospitalar pela perícia do próprio Ministério do Trabalho devido é o adicional e a diferença do mesmo, ressaltando-se apenas a prescrição quinquenal. III - Apelo improvido. Acórdão n.º 57.777/2005, Rel. Jorge Rachid Mubárack Maluf.

Portanto, repito, deve ser atendida a pretensão da Recorrente, porém, somente quanto à indenização por danos materiais, os quais estão comprovados pela omissão do Estado em fazer cumprir a Lei n.º 6.107/1994, pois, não possibilitou que a Apelante gozasse, quando na ativa, do adicional de insalubridade no percentual de 40% (quarenta por cento), o que gerou diferenças a seu favor, as quais será apuradas em liquidação de sentença, pois, como observado acima, não trouxe pedido certo, devendo ser aplicado todos acréscimos legais e reflexos possíveis, inclusive em relação ao PIS-PASEP.

Quanto à indenização por danos morais, tenho que deve ser afastada, pois, não há nexos de causalidade entre a conduta dos agentes do Estado e os eventuais prejuízos que Apelante poderia ter sofrido.

Além disso, houve a concessão do adicional de insalubridade em favor da Recorrente, porém, foi a menor, o que já demonstra o cumprimento, pelos menos, em parte, das disposições legais, o que afasta a incidência de dano moral.

Ante ao exposto, VOTO pelo CONHECIMENTO E PROVIMENTO DO APELO, para reformar a sentença a quo, julgando procedente, em parte, o pedido da Apelante, para condenar o Estado em danos materiais, decorrentes das diferenças do adicional de insalubridade, a ser apurado em liquidação de sentença, com todos os acréscimos e reflexos legais, inclusive com relação ao PIS-PASEP, reconhecendo a prescrição das parcelas anteriores a cinco anos, devendo ser incorporado o percentual de insalubridade de 40% (quarenta por cento) na aposentadoria da Recorrente. Quanto ao dano moral, voto pela improcedência do pedido.

Condeno o Estado ao pagamento de honorários de advogado no importe de 10% (dez por cento) sobre a condenação, eis que a Apelante decaiu de parte mínima do seu pedido.

É como voto.

São Luís, 6 de março de 2008.

Desa. Maria das Graças de Castro Duarte Mendes
Designada para lavrar o Acórdão.

TRIBUNAL PLENO
SESSÃO EXTRAORDINÁRIA DO DIA 17 DE MARÇO DE 2008.
AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº. 39.212/2005
- SÃO LUÍS

Requerente: Federação das Empresas de Transportes Rodoviários dos
Estados do Ceará, Piauí e Maranhão - Cepimar

Advogados: Dr. Kleber Moreira e Outros

Requeridos: Município de São Luís e Câmara Municipal de São Luís

Procurador: Dr. Airton José Tajra Feitosa e Outros

Relator: Des. Jorge Rachid Mubárack Maluf

Revisora: Des. Etelvina Luiza Ribeiro Gonçalves

ACÓRDÃO Nº. 0720112008

EMENTA

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. TAXA DE SERVIÇOS PÚBLICOS DE TRANSPORTE E TRÂNSITO URBANO. POTENCIALIDADE DO SERVIÇO. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.

I – Ofende preceitos constitucionais estaduais dispositivos que abrigam, indistintamente, dentro de uma mesma taxa, denominada taxa de serviços públicos de transporte e trânsito urbano, diferentes atividades de competência municipal, os quais não se adequam às exigências constitucionais de especificidade e divisibilidade e que deixam de descrever a hipótese e o fato jurídico tributários.

II – O serviço prestado de forma potencial não pode ser compatível com a cobrança de taxa em razão do exercício do poder de polícia, já que a atividade de fiscalização deve ser palpável, concreta, real e efetiva, não se admitindo situações hipotéticas.

III – Apenas mediante a expedição de lei é que a pessoa jurídica de direito público interno poderá instituir tributos, isto é, descrever a regramatrix de incidência, definindo todos os critérios da norma, sob pena de se violar o princípio da legalidade, acolhido no inc. II do art. 5º do texto constitucional.

IV – Ação direta de inconstitucionalidade procedente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 39.212/2005, em que figuram como partes os acima enunciados, ACORDAM os Desembargadores do Plenário do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, por unanimidade e de acordo com o parecer da Procuradoria Geral de Justiça, em julgar procedente a presente ação.

Participaram do julgamento os Desembargadores Jorge Rachid Mubárack Maluf - Relator, Etelvina Luiza Ribeiro Gonçalves, Milson de Souza Coutinho, Maria Madalena Alves Serejo, Cleonice Silva Freire, Cleones Carvalho Cunha, Nelma Sarney Costa, Benedito de Jesus Guimarães Belo, Mário Lima Reis, Maria dos Remédios Buna Costa Magalhães, Anildes de Jesus Bernardes Chaves Cruz, Raimunda Santos Bezerra, José Joaquim Figueiredo dos Anjos, Lourival de Jesus Serejo Sousa e Jaime Ferreira de Araújo.

Funcionou pela Procuradoria Geral de Justiça a Dra. Selene Coelho de Lacerda.

São Luís, 17 de março de 2008.

Des. Raimundo Freire Cutrim
Presidente

Des. Jorge Rachid Mubárack Maluf
Relator

RELATÓRIO

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, proposta pela Federação das Empresas de Transportes Rodoviários dos Estados do Ceará, Piauí e Maranhão - CEPIMAR, objetivando eliminar a expressão “de transporte e trânsito urbano” inserida no caput do art. 214, o seu § 6º, o inc. III do art. 216 e Tabela VI, todos da Consolidação das Leis Tributárias do Município de São Luís, sob a alegação de que tais dispositivos violam o art. 122, inc. II, §§ 1º e 2º, além do art. 124, inc. V, da Constituição Estadual.

Inicialmente a requerente tenta demonstrar a sua legitimidade ativa, bem como a pertinência temática ou interesse jurídico, requisitos exigidos pelo art. 354, inc. V, do Regimento Interno desta Corte para o ajuizamento desse tipo de ação.

Após uma breve explanação doutrinária sobre tributos, a requerente insurge-se contra o caput do art. 214 da legislação referida ante a inviabilidade de se cobrar serviço público de transporte e trânsito urbano por meio de taxa.

Questiona, também, o § 6º do art. 214 da Consolidação das Leis Tributárias de São Luís, uma vez que a incidência de taxa sobre as hipóteses ali previstas, quais sejam: a gestão de serviços públicos de transportes; a remoção, a guarda e o estacionamento de veículos; a interdição de vias e ruas municipais, não estaria albergada pela especificidade e divisibilidade para ser remunerada mediante esse tipo de tributo, e ainda porque o legislador não descreveu a regra-matriz dessa exação.

Por outro lado, insurge-se contra a Tabela VI, anexa à Consolidação, a qual prevê a cobrança de uma taxa “por passageiro na utilização do serviço de transporte coletivo e urbano”. Segundo a requerente essa previsão padece de vício pelo fato de vedar a locomoção das pessoas e de se tratar, na realidade, de um pedágio municipal, o que não é admitido pelo art. 124, inc. V, da Constituição Estadual.

Assim, requereu medida cautelar para suspender a eficácia dos artigos impugnados e, no mérito, a procedência da ação.

A medida cautelar, conforme determina o art. 355 do Regimento Interno do Tribunal, foi primeiramente submetida ao Presidente e apreciada pelo Plenário desta Corte, na sessão do dia 07 de dezembro de 2005, o qual decidiu unanimemente pelo seu deferimento, conforme atesta o Acórdão nº 58.177/2005 (fls. 151/155).

Em seguida os autos vieram-me distribuídos, sendo determinado prosseguimento do feito nos termos do art. 356 do RITJ/MA.

Citado para apresentar defesa, o Município de São Luís suscita, preliminarmente, ausência de pertinência temática, haja vista que a Federação estaria defendendo interesse dos usuários dos transportes coletivos em nome próprio. Questiona ainda a falta de legitimação extraordinária ou substituição processual, pois a taxa seria paga pelo passageiro e não pelas empresas que representam, razão pela qual não estariam satisfeitas as condições da ação.

No mérito, aduz que a norma impugnada não se refere à taxa de serviço, mas sim à taxa pelo exercício do poder de polícia, eis que os seus fatos geradores se referem “à fiscalização dos serviços públicos concedidos, permitidos e autorizados, bem como outras hipóteses de intervenção do ente público em atendimento ao bem comum como remoção de veículos abandonados ou conduzidos por pessoas não habilitadas”.

Ademais, insurge-se contra todos os argumentos da requerente, eis que entende ser legal a conduta do ente municipal de exigir, das empresas concessionárias contraprestação a título de taxa para que seja custeado o controle e regulação dessas atividades econômicas concedidas e autorizadas.

Assevera que a natureza jurídica dos tributos deve ser vista pela análise de seus fatos geradores e não pela sua denominação e sabendo-se que o art. 145, II, da CF autoriza os entes públicos municipais a cobrar taxas em face do poder de polícia não vê motivos para duvidar da legalidade dessa exação.

No que tange à taxa por passageiro (TPT), destaca que a sua natureza é também decorrente do exercício do poder de polícia e que advém de uma contraprestação conhecida na doutrina como “valor de outorga”, que tem natureza jurídica tributária.

Com essas considerações, sustenta a legalidade da norma e pede a improcedência da ação.

A Câmara Municipal de São Luís, apesar de citada, não apresentou resposta, consoante atesta a certidão de fls. 194.

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pela procedência da ação para que seja declarada a inconstitucionalidade dos artigos suscitados.

Era o que cabia relatar.

V O T O

Inicialmente cumpre-me ressaltar que as preliminares de ilegitimidade ativa e ausência de pertinência temática suscitadas pelo réu, já foram devidamente examinadas pelo Plenário desta Corte no momento

da análise da medida cautelar pleiteada nesta ação, conforme atesta o Acórdão nº 58.177/2005, de relatoria do então Presidente do Tribunal, Des. Milson de Souza Coutinho, às fls. 151 a 155, razão pela qual passo ao exame do mérito da demanda.

A controvérsia existente nesta ação diz respeito à expressão “de transporte e trânsito urbano” contida no caput do art. 214, da Consolidação das Leis Tributárias do Município de São Luís, bem como o seu parágrafo 6º, além do inc. III do art. 216 e Tabela VI, anexa à mencionada Consolidação, sob a alegação de que tais dispositivos afrontam o inc. II, parágrafos 1º e 2º do art. 122 e inc. V, do art. 124, da Constituição Estadual.

Assim prevê o caput do art. 214 e seu § 6º:

Art. 214. A taxa de serviços públicos tem como fato gerador a utilização, efetiva ou potencial dos serviços de coleta de lixo, de iluminação pública, de transporte e trânsito urbano, de conservação de via e logradouros públicos, de limpeza pública e de expediente e serviços diversos, prestados pelo Município ao contribuinte ou colocados à sua disposição, com a regularidade necessária. (grifo nosso)

(omissis)

§ 6º. Entende-se por serviço de transporte e trânsito urbano, a gestão dos serviços públicos de transporte, a remoção, a guarda, o estacionamento de veículos e interdição de vias e ruas municipais.

Já o inc. III do art. 216 preceitua:

Art. 216. A base de cálculo da taxa é o custo dos serviços utilizados pelo contribuinte ou colocados à sua disposição e dimensionados, para cada caso, da seguinte forma:

(omissis)

III – em relação ao transporte e trânsito urbano, por cada tipo de serviço será aplicado com base nas alíquotas definidas na Tabela VI desta Consolidação do Código.

Inicialmente, fazendo uma leitura da redação acima descrita, pode-se constatar que houve transgressão ao art. 145, inc. II, da CF, bem como ao art. 122, inc. II da Constituição Estadual, que atribui à taxa determinadas características identificadoras e diferenciadoras das demais espécies tributárias, conceituando-a como um tributo que tem como fato gerador o exercício regular do poder de polícia ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição.

A partir desse conceito preliminar pode-se observar que existe distinção entre a taxa cobrada em razão do poder de polícia e a taxa de serviço. Enquanto no policiamento administrativo a taxa pressupõe uma atividade estatal com tendência a limitar direitos ou liberdades individuais em prol da coletividade, a taxa em razão do serviço deduz que ele seja prestado em unidades autônomas, devendo ser, concomitantemente, específico e divisível, podendo ser efetivo ou potencial.

Percebe-se, pois, que a taxa de transporte e trânsito urbano não foi criada em decorrência do poder de polícia, como pretende alegar o réu. Tal assertiva pode ser confirmada por dois fatores: primeiramente porque essa previsão já está contida no próprio dispositivo da lei (consoante visto acima), e segundo porque ela mesma dispõe que a taxa será cobrada pela utilização efetiva e potencial. E, como se sabe, a potencialidade é incompatível com a taxa de polícia, já que a atividade de fiscalização deve ser palpável, concreta, real e efetiva, não se admitindo situações hipotéticas.

Sucedee, ainda, que apesar do artigo 214 da Consolidação das Leis Tributárias do Município de São Luís estabelecer que a referida

taxa seja cobrada mediante a utilização efetiva e potencial, para sua real cobrança, discriminou, na Tabela VI (fls. 131) anexa à Consolidação, algumas hipóteses de taxa pelo exercício do poder de polícia, tais como: permissões para veículos ciclo e automotores, transferência de permissão de táxis e ônibus, vistorias, baixa cadastral, etc.

Não obstante esse fato, passo ao exame dos casos de incidência do serviço de transporte e trânsito urbano, inseridas no § 6º do art. 214, que são: a gestão dos serviços públicos de transporte, a remoção, a guarda, o estacionamento de veículos e interdição de vias e ruas municipais.

Com relação à gestão dos serviços públicos de transporte, constatou-se que houve visível afronta ao princípio da estrita legalidade, eis que a legislação, em momento algum, tratou de definir como seria prestado esse tipo de serviço.

Sabe-se da existência genérica do princípio da legalidade, acolhido no inc. II do art. 5º do texto constitucional. Para o direito tributário, contudo, esse imperativo ganha feição de maior severidade, tendo em vista que as pessoas políticas de direito público interno somente poderão instituir tributos, isto é, descrever a regra-matriz de incidência, ou aumentar os existentes, majorando a base de cálculo ou a alíquota, mediante a expedição de lei.

No presente caso o legislador municipal não somente deixou de traçar a regra-matriz dessa exação, como também tenta impor aos usuários de transporte coletivo urbano o pagamento de uma taxa cujo fato impositivo é um serviço que constitui a própria essência da Administração Pública e que se caracteriza, justamente, por ser um serviço geral e não específico.

Além disso, no momento em que o dispositivo impugnado traz como hipótese de incidência a remoção, a guarda e o estacionamento de

veículo, mais uma vez transgride o princípio da legalidade, eis que não define nem a forma e nem a pessoa que prestará tais serviços.

Tratando-se particularmente da remoção de veículo, verifica-se que não se cuida de um serviço que somente o Poder Público possa prestar, já que, em circunstâncias específicas, ele também pode ser efetuado pelo próprio particular ou mesmo por uma empresa privada, motivo pelo qual a cobrança mediante taxa se torna inviável.

No tocante ao serviço de guarda de veículo, do mesmo modo, a legislação não especifica em que tipo de situação a exigência desse tributo seria justificável, mesmo porque se o veículo é rebocado, ante o cometimento de alguma infração, ele é levado para o pátio do DE-TRAN e não para um ente municipal.

Quanto à cobrança de taxa pelo estacionamento de veículo, razão também não assiste ao legislador, isto porque o próprio Município de São Luís já instituiu uma taxa com essa mesma hipótese de incidência, que é a denominada Zona Azul, criada por meio da Lei Municipal nº 3.317/94, caracterizada por ser uma taxa de polícia e não um serviço específico e divisível como faz crer a legislação em comento, cuja constitucionalidade não será nesse momento objeto de discussão.

Em relação a esse aspecto, necessário se faz ressaltar que o nosso ordenamento jurídico não permite que a mesma pessoa política tribute mais de uma vez o mesmo fato jurídico, sob pena de restar caracterizado um *bis in idem*.

No que se refere à taxa de interdição de vias e ruas públicas, constato, através da Tabela VI, que a norma estipula dois tipos de cobrança, se a interdição se der em virtude de uma atividade não lucrativa o valor será de 12,71 Ufir/hora; caso seja proveniente de uma atividade lucrativa incidirá o quantitativo de 127,10 Ufir/hora.

A norma, portanto, no momento em que faz distinção de valores entre uma atividade lucrativa ou não, leva em conta a capacidade econômica do contribuinte, o que é característica própria dos impostos. A única base de cálculo compatível com as taxas é o custo da atividade estatal, porquanto os custos decorrentes da prestação desses serviços são rigorosamente os mesmos para uns e outros.

O que se pode concluir dos dispositivos legais examinados é que eles prevêm, de modo indevido, um agrupamento de diversos serviços públicos para promover uma cobrança em descompasso com o art. 122, inc. II do texto constitucional maranhense.

Com relação à taxa por passageiro na utilização do serviço de transporte coletivo urbano, o que se constata, com clareza, é que a sua hipótese de incidência sequer restou definida. Mais uma vez o princípio da legalidade, inserido no art. 150, inc. I, da CF, foi esquecido pelo legislador. Não foram definidos nem os elementos descritores do fato jurídico e nem os dados prescritores da relação obrigacional. A mencionada taxa foi criada diretamente pela Tabela VI, a qual se limitou apenas a estabelecer faixas de alíquotas que variam de 2,29% (dois vírgula vinte e nove por cento) a 5,2% (cinco vírgula dois por cento).

Tal previsão, além de violar o art. 150, inc. V, da CF, também vai de encontro ao art. 124, inc. V da Constituição Estadual, na medida em que estabelece um tributo para que o usuário de serviço de transporte coletivo possa trafegar, locomover-se dentro do próprio Município. A única ressalva permitida pela Constituição Federal e Estadual, é a cobrança de pedágio apenas dentro de vias conservadas pelo Poder Público, o que não é o caso da hipótese em tela.

Essa exação, na realidade, é um verdadeiro pedágio municipal, o que não é permitido pelo nosso ordenamento jurídico, que tem como uma de suas bases fundamentais o direito de ir e vir do cidadão.

Assim, resta demonstrado que, de fato, a expressão “de transporte e trânsito urbano” inserida no caput do art. 214 da Consolidação das Leis Tributárias do Município de São Luís, bem como o seu § 6º, além do inc. III do art. 216 e a Tabela VI, anexa à Consolidação, ofendem os artigos 122, inc. II, §§1º e 2º e 124, inc. V, da Constituição do Estado do Maranhão.

Ante o exposto, voto pela procedência da ação para que seja declarada a inconstitucionalidade dos artigos acima impugnados.

Sala das Sessões Plenárias do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, em São Luís, 17 de março de 2008.

Des. Jorge Rachid Mubárack Maluf
Relator

TRIBUNAL PLENO
SESSÃO DO DIA 14 DE MAIO DE 2008
AGRAVO REGIMENTAL Nº. 09453/2008 - SÃO LUÍS

Agravante: Estado do Maranhão.

Procurador-Geral: José Cláudio Pavão Santana.

Agravada: Defensoria Pública do Estado do Maranhão.

Defensora-Geral: Ana Flávia Melo e Vidigal Sampaio.

Relator: Des. Antônio Guerreiro Júnior.

ACÓRDÃO Nº. 0734252008

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL. MANDADO DE SEGURANÇA. MEDIDA LIMINAR. DEFERIMENTO. PRESENÇA SIMULTÂNEA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES DA MEDIDA. AUSÊNCIA DE CONTRAPROVA EM SENTIDO CONTRÁRIO. PERIGO DA DEMORA AO REVERSO.

I. Admite-se a concessão de medida liminar, em sede de mandado de segurança, uma vez caracterizada a presença simultânea dos requisitos autorizadores da medida – a fumaça do bom direito e o perigo da demora –, nos termos do disposto no art. 7º, II, da Lei 1.533/51.

II. Circunstância dos autos em que o agravante não apresentou contraprova suficiente à modificação do entendimento acerca do *fumus boni juris*, além de não ter desconstituído o *periculum in mora* ao reverso, ou seja, em favor da agravada.

III. Recurso desprovido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, ACORDAM os Sen-

hores Desembargadores membros do Pleno do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, por unanimidade, em negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Desembargador Relator.

São Luís, 14 de maio de 2008.

Des. Raimundo Freire Cutrim.
Presidente

Des. Antonio Guerreiro Júnior.
Relator

Votaram os Senhores Desembargadores: Antonio Guerreiro Júnior - Relator, Jorge Rachid Mubárack Maluf, Milson de Souza Coutinho, José Stélio Nunes Muniz, Maria Madalena Alves Serejo, Benedito de Jesus Guimarães Belo, Maria dos Remédios Buna Costa Magalhães, Anildes de Jesus Bernardes Chaves Cruz, Raimunda Santos Bezerra, José Joaquim Figueiredo dos Anjos, Paulo Sérgio Velten Pereira, Lourival de Jesus Serejo Sousa, Raimundo Nonato de Souza e Jaime Ferreira Araújo.

Funcionou pela Procuradoria Geral de Justiça o Dr. Reinaldo Campos Castro.

O Senhor Desembargador Jaime Ferreira de Araújo acompanhou o voto do Desembargador Relator, com a ressalva de que fosse imposta multa, de ofício, no valor de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) por dia de descumprimento.

RELATÓRIO

Agravo Regimental interposto pelo Estado do Maranhão contra liminar proferida às fls. 251/262, nos autos do mandado de segurança impetrado pela Defensoria Pública do Estado do Maranhão, que determinou a inclusão da impetrante como órgão orçamentário autônomo no projeto de lei de diretrizes orçamentárias do ano de 2009, nos seguintes termos, verbis:

Em face do exposto, defiro o pedido de concessão liminar formulado pela impetrante, nos seguintes termos: a) determino, ao Governador do Estado, a inclusão da Defensoria Pública como órgão orçamentário autônomo no projeto de lei de diretrizes orçamentárias do ano de 2009, a ser enviado à Assembléia Legislativa; b) determino, ao Presidente do Poder Legislativo Estadual, a devolução do projeto de lei de diretrizes orçamentárias (LDO/2009) – caso já lá se encontre – ao Governador, na forma do art. 14, II, “d”, do Regimento Interno da Assembléia, por vício de inconstitucionalidade, para que este proceda à inclusão da Defensoria Pública do Estado como órgão orçamentário autônomo no referido projeto, restando suspenso, até lá, o processo legislativo respectivo.

Suscita o agravante a ausência dos requisitos autorizadores para a concessão da liminar ora atacada.

Alega que vem reafirmando, em sucessivos recursos e manifestações judiciais, a tese de que a autonomia orçamentária da Defensoria Pública Estadual não é auto-aplicável, necessitando de regulamentação infraconstitucional, questão que se encontra sob apreciação nas Cortes Estaduais e Superiores.

Afirma que é imprescindível a edição de lei complementar tratando sobre qual o percentual a ser destinado às Defensorias Públicas

Estaduais, como condição indispensável para a concessão de dotações orçamentárias específicas para este órgão e para que a LDO possa dispor sobre a matéria, sob pena de afrontar-se comando expresso contido nos arts. 165 e 168 da CF.

Diz que a Lei Complementar nº 101/2000 não regulamentou o valor a ser destinado para a Defensoria Pública, o que impede a mesma de constar como órgão autônomo na LDO sem que haja qualquer fundamento em lei complementar que fixe o valor cabível para suas despesas.

Aduz que a liminar em exame é inteiramente satisfativa, contrariando a lei, doutrina e jurisprudência pátrias, na medida em que atendeu in totum o pedido contido na inicial.

Suscita o perigo da demora em seu favor, pelo fato de que os recursos alocados à Defensoria Pública estão sendo retirados de setores das políticas públicas de extrema importância.

Pugna pela reconsideração da liminar ora analisada. Caso mantido o entendimento deste relator, pleiteia a submissão do recurso ao Plenário do TJ/MA, bem como o seu provimento.

É o relatório.

VOTO

Hei por bem manter a decisão agravada, pelos seus próprios fundamentos.

Senão vejamos.

Quanto à fumaça do bom direito, entendi ser notório a partir do momento em que o tema ora sob debate, em sua essência, já foi am-

plamente discutido tanto no âmbito desta Corte Estadual como também perante a Excelsa Corte, sempre no sentido de assegurar, efetivamente, a autonomia funcional, administrativa e orçamentária da Defensoria Pública, a partir da interpretação jurisprudencial do art. 134, §2º, da CF.

Isto se depreendeu, de primeiro, pela tramitação da reclamação constitucional nº 21.593/2007, aforada pela Defensoria Pública do Estado do Maranhão em desfavor do Governador do Estado do Maranhão, que estaria descumprindo decisão cautelar proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, na ação direta de inconstitucionalidade nº 18.057/2007.

Vejam-se os termos conclusivos da referida decisão acautelatória, decidida no contexto da ADIn nº 18.057/2007 *verbis*:

(...) Com essas considerações, presentes os requisitos autorizadores para a concessão de medida cautelar, defiro o pedido para suspender, com eficácia “*ex tunc*”, o artigo 7º, VII, e as expressões “Defensor Geral do Estado” constante do “*caput*” e parágrafo único do artigo 16 e “Defensoria Pública do Estado”, integrante do §1º, art. 17, da Lei Estadual 8.559, de 28 de dezembro de 2006. (grifamos)

Àquela época, a impetrante já relatava que, em 20.09.07, o Conselho Estadual da Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional Maranhão, havia ajuizado a ação direta de inconstitucionalidade sobredita, com o objetivo de impugnar dispositivos da Lei Estadual 8.559/06, que vinculavam a Defensoria Pública ao Poder Executivo, noticiando também que o Plenário da Corte Estadual havia deferido, por unanimidade, medida cautelar consistente em suspender a eficácia dos regramentos impugnados, com efeito retroativo, por considerar que a norma estadual não estaria respeitando a autonomia da Defensoria Pública assegurada no art. 134, §2º, da CF.

Requeru então a impetrante, liminarmente, que fosse assegurada a eficácia e autoridade da decisão cautelar proferida por esta Corte, nos autos da ADIn 18.057/07 e o pleito de urgência vindicado foi deferido por este relator e referendado pelo plenário do TJ/MA, no julgamento do agravo regimental nº 24.109/2007.

Ora, vislumbrei, naquela oportunidade, da mesma forma como no presente writ, que a primeira autoridade, ora apontada coatora, não poderia continuar encaminhando projetos de leis sobre o orçamento do Estado – seja lei orçamentária anual, seja lei de diretrizes orçamentárias – sem a observância do comando cautelar proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, na ação direta de inconstitucionalidade nº 18.057/2007.

Diga-se isto, a propósito, porque tal comando foi submetido a juízo de reavaliação perante a Presidência do Supremo Tribunal Federal – nos autos do pedido de suspensão de liminar nº 208-2/814, formulado pelo Estado do Maranhão – sem, no entanto, sofrer qualquer suspensão, invalidação ou reforma, conforme se observa na fundamentação e dispositivo consignados pela eminente Ministra Ellen Gracie, abaixo transcritos, verbis:

(...) A Lei 8.437/92, em seu art. 4º e § 1º, prevê o deferimento do pedido de suspensão da execução de liminar ou de acórdão, nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, no processo de ação popular e na ação civil pública, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou à economia públicas.

Ademais, conforme autoriza a jurisprudência pacificada do Supremo Tribunal Federal, quando da análise do pedido de suspensão de decisão (SS 846-AgR/DF, rel. Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 29.5.96; SS 1.272-AgR/RJ, rel. Ministro Carlos Velloso, DJ 18.5.2001,

dentre outros), permite-se o proferimento de um juízo mínimo de deliberação a respeito da questão jurídica deduzida na ação principal. Para tanto, assevero o acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 3.569/PE, rel. Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 11.5.2007, assim ementado:

“1. A EC 45/04 outorgou expressamente autonomia funcional e administrativa às defensorias públicas estaduais, além da iniciativa para a propositura de seus orçamentos (art. 134, § 2º): donde, ser inconstitucional a norma local que estabelece a vinculação da Defensoria Pública a Secretaria de Estado.

2. A norma de autonomia inscrita no art. 134, § 2º, da Constituição Federal pela EC 45/04 é de eficácia plena e aplicabilidade imediata, dado ser a Defensoria Pública um instrumento de efetivação dos direitos humanos.
(...)”

Além disso, consoante destacou o Procurador-Geral da República (fl. 235), “no caso dos autos, os pressupostos para a concessão da medida cautelar atuam em favor da Defensoria Pública do Estado do Maranhão. Ao contrário do que quer fazer crer o requerente, verifica-se que a autoridade requerida laborou em conformidade com os parâmetros erigidos, sobre o tema, pela Constituição da República, que assegura às Defensorias Públicas estaduais, em seu art. 134, § 2º, autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária, além de lhes garantir a percepção de duodécimos até o vigésimo dia de cada mês (art.168).”

Depreende-se, portanto, em face do art. 134, § 2º, da Constituição da República e do decidido por esta Corte da mencionada ADI 3.569/PE, a relevância jurídica dos fundamentos contidos na decisão ora impugnada, os quais, no caso, possuem o condão de afastar as supos-

tas lesões à ordem e à economia públicas, aliás não demonstradas e, ao mesmo tempo, de proteger a ordem pública jurídico-constitucional. Nesse contexto, frise-se que os pressupostos contidos no caput do art. 4º da Lei 8.437/92, vale dizer, “manifesto interesse público” e “flagrante ilegitimidade” não militam, na espécie, em favor do ora requerente.

6. Percebe-se, também, do presente pedido de suspensão de execução de decisão, nítido caráter recursal infringente, o que não se coaduna com esta estreita via suspensiva, nos termos do mencionado art. 4º da Lei 8.437/92 e da iterativa jurisprudência desta Corte (Suspensões de Liminares 14/MG, rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 03.10.2003; 80/SP, rel. Min. Nelson Jobim, DJ 19.10.2005; 98/SP e 56-AgR/DF, por mim relatadas, DJ 1º.02.2006 e 23.6.2006; e na Suspensão de Segurança 2.900/DF, rel. Min. Nelson Jobim, DJ 24.3.2006).

7. Ante o exposto, indefiro o pedido. (...)

Por segundo argumento, deduzi que, após debate qualificado perante esta Corte Estadual, foi dado provimento ao agravo regimental 20.693/07, interposto no mandado de segurança 20.124/2007, onde se reconheceu o essencial direito da impetrante à autonomia funcional, administrativa e orçamentária, decisão esta que, submetida ao crivo da Presidência do Supremo Tribunal Federal – nos autos do pedido de suspensão de segurança 3.460-0/260, formulado pelo Estado do Maranhão – restou mantida, em todos os seus termos, conforme fundamentação e dispositivo consignados pela eminente Ministra Ellen Gracie, abaixo transcritos, verbis:

(...) No caso em apreço, não vislumbro a ocorrência de grave lesão aos valores tutelados pela legislação em vigor.

Conforme autoriza a jurisprudência pacificada do Supremo Tribunal Federal, quando da análise do pedido de suspensão de decisão

(SS 846-AgR/DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 29.5.1996; SS 1.272-AgR/DF, rel. Min. Carlos Velloso, DJ 18.5.2001, dentre outros), permite-se o proferimento de um juízo mínimo de delibação a respeito da questão jurídica deduzida na ação principal.

Extraio do voto do relator do Agravo Regimental nº 20.693/2007, Desembargador Jorge Rachid Mubarack Maluf:

“A EC nº 45/2004 fortaleceu as Defensorias Públicas Estaduais ao estabelecer autonomia funcional e administrativa e ao fixar competência para aquelas próprias elaborem a proposta orçamentária, nos termos do § 2º, inserido ao art. 134 da CF.

(...)

Por último, importante registrar que o encaminhamento da proposta orçamentária da Defensoria apenas efetiva o mandamento constitucional, sem suprimir o controle do Executivo, no que se refere à adequação do orçamento aos limites da Lei de Responsabilidade Fiscal, e do Legislativo, a quem compete a apreciação e votação da Lei Orçamentária.” (Fls. 121-123)

A Constituição da República, em seu art. 134, § 2º, é expressa: “§ 2º Às Defensorias Públicas Estaduais são asseguradas autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias e subordinação ao disposto no art. 99, § 2º.”

Entendo que a decisão ora impugnada está em harmonia com a Constituição da República. É que o Plenário desta Casa, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.569/PE, rel. Min. Sepúlveda Pertence, decidiu que a norma em questão “é de eficácia plena e aplicabilidade imediata, dado ser a Defensoria Pública um instrumento de efetivação dos direitos humanos” (DJ 11.5.2007).

Nesse sentido foi o parecer da Procuradoria-Geral da República, verbis:

“10 . No caso dos autos, os pressupostos para a concessão da medida atuam em favor da Defensoria Pública do Estado do Maranhão. Ao contrário do que quer fazer crer o requerente, verifica-se que, ao deferir o pedido de medida liminar formulado no Agravo Regimental no Mandado de Segurança nº 20.693/2007, a autoridade requerida laborou em conformidade com os parâmetros erigidos, sobre o tema, pela Constituição da República, que assegura às Defensorias Públicas estaduais, em seu art. 134, § 2º, autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária, além de lhes garantir a percepção de duodécimos até o vigésimo dia de cada mês (art. 168).

11. O preceito inserido pelo constituinte derivado (EC nº 45/04) é de eficácia plena e aplicabilidade imediata, consoante assentado por essa Suprema Corte nos autos da ADIn 3569:

‘EMENTA: I. Ação direta de inconstitucionalidade: art. 2º, inciso IV, alínea c, da L. est. 12.755, de 22 de março de 2005, do Estado de Pernambuco, que estabelece a vinculação da Defensoria Pública estadual à Secretaria de Justiça e Direitos Humanos: violação do art. 134, § 2º, da Constituição Federal, com a redação da EC 45/04: inconstitucionalidade declarada.

1. A EC 45/04 outorgou expressamente autonomia funcional e administrativa às defensorias públicas estaduais, além da iniciativa para a propositura de seus orçamentos (art. 134, § 2º): donde, ser inconstitucional a norma local que estabelece a vinculação da Defensoria Pública a Secretaria de Estado.

2. A norma de autonomia inscrita no art. 134, § 2º, da Constituição Federal pela EC 45/04 é de eficácia plena e aplicabilidade imediata,

dado ser a Defensoria Pública um instrumento de efetivação dos direitos humanos.

II. (...)’

12. Esse o regramento constitucional, caminha bem a decisão impugnada ao concluir pela ilegitimidade do ato do Chefe do Poder Executivo Estadual que deixa de incluir a proposta autônoma da Defensoria naquela geral anual que encaminhou ao Legislativo.

13. A existência e necessidade de regulamentação do percentual a ser destinado à Defensoria Pública do Estado do Maranhão – sendo certo que a proposta orçamentária encaminhada pela impetrante será objeto de discussão no âmbito do Poder Legislativo e submetida, em seguida, à análise do próprio Executivo – é discussão posterior, que nada influencia a obrigatoriedade referida, advinda diretamente da Carta da República.

14. A ocorrência de lesão à economia pública é de difícil verificação, tendo-se presente que contendem, na espécie, entes públicos, de modo que o eventual acolhimento das razões do Estado operaria, inevitavelmente, embora sob outro aspecto, em desfavor daquela.” (Fls. 154-155)

Verifico, ademais, que o pedido formulado nesta suspensão tem nítida natureza de recurso, sendo entendimento desta Corte que a via da suspensão não é sucedâneo recursal. Nesse sentido, foram as decisões proferidas nas Suspensões de Liminar 14/MG, rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 03.10.2003; 80/SP, rel. Min. Nelson Jobim, DJ 19.10.2005; 98/SP e 56-AgR/DF, por mim relatadas, DJ 1º.02.2006 e DJ 23.6.2006; e na Suspensão de Segurança 2.900/DF, rel. Min. Nelson Jobim, DJ 24.3.2006.

5. Ante o exposto, indefiro o presente pedido de suspensão.

Com efeito, asseverei que tais argumentos já se afiguravam satisfatórios para que este relator vislumbrasse a relevância do fundamento esposado pela impetrante.

Assim como decidido nos precedentes acima indicados, entendi ser notória a plausibilidade do direito invocado pela autora, ora recorrida, no concernente a se garantir, de logo, a inclusão da Defensoria Pública como órgão orçamentário autônomo no projeto de lei de diretrizes orçamentárias do ano de 2009.

Isto porque, de fato, a parte final do art. 134, §2º, da CF autoriza a elaboração de proposta orçamentária pelas Defensorias Públicas Estaduais, dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias, com recebimento, em duodécimos, até o dia 20 (vinte) de cada mês, dos recursos correspondentes às dotações orçamentárias, incluindo créditos complementares e especiais, nos termos do art. 168 da CF, o que considero norma auto-aplicável e de efeito imediato, conforme interpretação da Excelsa Corte na ADIn 3.569/PE, o que haverá de ser entendido também neste caso.

Quanto ao perigo da demora, também vislumbrei sua presença.

Isto porque, à luz do disposto no art. 35, §2º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal, cuja redação é reproduzida pelo art. 14 do ADCT da Carta Estadual Maranhense, é bem certo que o projeto de lei de diretrizes orçamentárias, cujo teor é objeto de debate na presente impetração, haverá de ser encaminhado à Assembléia Legislativa até o dia 15 de abril do corrente ano.

Daí, conveniente que a segurança vindicada seja tanto célere quanto eficaz à proteção do direito líquido e certo que vislumbrei em favor da impetrante. Norteados em tais premissas, verifiquei a necessidade de que a presente ordem judicial de urgência, para que viesse a atingir sua finalidade, haveria de ser efetivamente concedida e prontamente encaminhada

aos órgãos competentes, com o escopo de buscar o aperfeiçoamento de uma legislação estadual sintonizada com os ditames insertos na Carta Magna.

Sendo assim, adverti que a não intervenção imediata do Poder Judiciário sobre quão delicado tema poderia tornar ineficaz o posterior julgamento de mérito da presente impetração.

Sendo assim, à luz da melhor cautela, avaliei por conveniente a concessão da medida liminar requerida no writ.

Aliás, é extremamente salutar que o Plenário da Corte Estadual de Justiça, órgão que deferiu a medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade 18.057/2007, aforada pelo Conselho Estadual da Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional Maranhão, venha a compartilhar a responsabilidade de apreciação liminar da ordem vindicada na presente ação.

Diante do exposto, hei por bem manter a decisão agravada. Submeto tal entendimento, todavia, ao sábio exame de meus eminentes pares.

São Luís, 14 de maio de 2008

Des. Antônio Guerreiro Júnior
Relator

TRIBUNAL PLENO
SESSÃO DO DIA 25 DE JULHO DE 2007.
MANDADO DE SEGURANÇA Nº. 6191/2007 - SÃO LUÍS

Impetrante: Emésio Dario de Araújo
Advogado: Dr. Tamir Buhatem Maluf
Impetrado: Presidente do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado
Litisconsorte: Estado do Maranhão
Procurador: Dr. Marcelo Apolo Vieira Franklin
Relator: Des. Paulo Sérgio Velten Pereira

ACÓRDÃO Nº. 655722007

EMENTA - CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. CPC, ART. 267, VI.

1. Autoridade coatora, para efeito de mandado de segurança, é aquela que pratica ou ordena concreta e especificamente a execução ou inexecução do ato impugnado, responde por suas conseqüências administrativas e detém competência para corrigir a ilegalidade. Precedentes do STF e do STJ.
2. O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) é órgão de controle administrativo e financeiro do Poder Judiciário, competindo-lhe, dentre outras atribuições, desconstituir atos, revê-los ou fixar prazo para a adoção das medidas necessárias à correção de ilegalidades.
3. Decisão emanada do plenário do CNJ determinando a sustação do pagamento de vantagens a Desembargadores aposentados não pode ser revista pelo Presidente do Tribunal respectivo, sob pena, inclusive, de responsabilidade, daí advindo a ilegitimidade passiva deste último para

figurar no pólo passivo de mandado de segurança impetrado contra os aludidos descontos.

4. Ilegitimidade passiva reconhecida. Processo extinto. Unanimidade.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, acordam os Senhores Desembargadores do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, à unanimidade de votos, em extinguir o processo sem resolução de mérito por ilegitimidade passiva do Presidente do Tribunal de Justiça, nos termos do voto do Desembargador Relator.

Votaram, acompanhando o Relator, os Senhores Desembargadores Antônio Fernando Bayma Araújo, Milson de Souza Coutinho, José Stélio Nunes Muniz, Antônio Guerreiro Júnior, Cleones Carvalho Cunha, Mário Lima Reis, Raimunda Santos Bezerra, Marcelo Carvalho Silva, Lourival de Jesus Serejo Sousa e Raimundo Nonato de Souza.

Impedido o Senhor Desembargador Jorge Rachid Mubárack Maluf.

Funcionou pela Procuradoria Geral de Justiça o Dr. Carlos Nina Everton Cutrim.

São Luís, 25 de julho de 2007.

DesA. Maria Madalena Alves Serejo
Vice-Presidente

Des. Paulo Sérgio Velten Pereira
Relator

RELATÓRIO

Des. Paulo Sérgio VELTEN PEREIRA (relator): Trata-se de MS com pedido liminar impetrado por Emésio Dario de Araújo, Desembargador aposentado deste Egrégio Tribunal de Justiça, contra ato supostamente abusivo e ilegal do Exmo. Presidente desta Corte, que, em cumprimento à decisão do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) nos autos do Procedimento de Controle Administrativo (PCA) 439, reduziu seus proventos de aposentadoria, adequando-os ao novo regime de subsídios instituído pela Emenda Constitucional (EC) 41/2003.

Após tecer considerações sobre os princípios da irredutibilidade de vencimentos, do ato jurídico perfeito, do direito adquirido e da boa-fé, o Impetrante pediu a concessão de liminar inaudita altera pars para o restabelecimento integral dos seus proventos, inclusive a gratificação referente ao exercício da Presidência desta Corte no biênio 1990/91, e, ao final, a concessão em definitivo da segurança, confirmando-se a liminar em todos os seus termos.

Com a inicial vieram procuração, Ofício nº 45/2007-GP/DG (ato impugnado), Ofício 87/2007-DG (informando sobre a decisão do STF na ADI 3854-DF) e declaração da Presidência desta Corte (fls. 11/14).

Ao receber os autos, proferi despacho determinando a intimação do Impetrante para emendar a inicial, especificando a completude das verbas e/ou vantagens e em que medida essas verbas teriam sido concretamente alcançadas pelo suposto ato coator. No entanto, a título de providência conservativa do status quo patrimonial do Impetrante, ordenei de ofício, no âmbito do meu poder geral de cautela, fosse imediatamente suspensa qualquer alteração nos proventos do Impetrante até ulterior decisão (fl. 19).

Notificada, a douta Autoridade Impetrada prestou informações,

esclarecendo que o ato impugnado cingiu-se, única e exclusivamente, ao cumprimento da citada decisão do CNJ. Afirmou, ainda, que o Plenário do STF, ao apreciar medida cautelar na ADI 3854-DF, estendeu o teto remuneratório da Justiça Federal às Justiças Estaduais, aplicando-se o valor do subsídio dos membros do Pretório Excelso, porém sem ultrapassar esse valor mesmo diante do acréscimo de alguma vantagem lícita.

Atendendo ao despacho de fl. 19, o Impetrante anexou os comprovantes de proventos de fls. 28/29, demonstrando que a redução operou-se em março/2007 conforme decisão do STF.

Em decisão de fls. 31/32, deferi a liminar requerida “para o fim de assegurar ao Impetrante, em caráter provisório, o direito de continuar a receber seus proventos integrais, acima do teto remuneratório, conforme Aviso de Crédito de fevereiro/2007 (fl. 28), até decisão definitiva desse Eg. Tribunal de Justiça”.

O Estado do Maranhão ingressou como litisconsorte passivo apresentando contestação na qual suscita, preliminarmente, a ilegitimidade passiva do Presidente desta Corte, e no mérito a legalidade do ato impugnado (fls. 34/47).

Em parecer da lavra da Subprocuradora Geral de Justiça para Assuntos Jurídicos, Dra. Selene Coelho de Lacerda, a douta PGJ manifestou-se “no sentido de que seja declarada a incompetência absoluta” do Tribunal de Justiça, vez “que o ato ora atacado originou-se de decisão proferida pelo Conselho Nacional de Justiça (...) devendo ser anulada a liminar concedida e remetidos os autos ao Supremo Tribunal Federal” (fls. 112/119).

É o relatório.

VOTO

Des. Paulo Sérgio VELTEN PEREIRA (relator): De início, rejeito a alegada incompetência deste Tribunal para apreciar o Mandado de Segurança, aventada no parecer da PGJ, e o faço por entender que a competência em sede mandamental fixa-se em razão da autoridade impetrada, no caso, o Exmo. Sr. Presidente desta Corte.

A questão, portanto, não consiste em saber se o Tribunal é competente para apreciar o writ, mas se o Exmo. Sr. Presidente é ou não parte legítima para figurar no pólo passivo.

Consoante entendimento do STF, no MS 24927 – RO, Rel. Min. CEZAR PELUSO, a autoridade coatora, para efeito de mandado de segurança, é a pessoa que, in status assertionis, ordena a prática do ato, não aquela que, em obediência, executa a ordem.

Com o advento da EC 45/2004 (Reforma do Judiciário), foi criado o CNJ, órgão do Poder Judiciário (CF, art. 92, I-A) com competência para controlar a atuação administrativa e financeira dos Tribunais, cabendo-lhe, ainda, “zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União” (CF, art. 103-B, § 4º, II).

No uso dessa competência constitucional, o Plenário do CNJ, no julgamento do PCA 43, proferiu decisão mantendo “a SUSTAÇÃO do pagamento das verbas 313 (no que exceder o teto remuneratório de R\$24.500,00), 250 (no que exceder o teto de R\$24.500,00 ou for paga a quem não estiver no exercício da função de Presidente, Vice-Presidente e Corregedor, já que é verba transitória e não integra a remuneração), 247 (no que exceder o teto de R\$24.500,00), 309 e 439 (na totalidade,

até que o cálculo, considerado irregular, seja refeito conforme determinado na liminar)”.

Do teor do Ofício de fl. 12, tido pelo Impetrante como ato ilegal, infere-se que a douda Autoridade Impetrada tão-somente fez cumprir decisão emanada do CNJ, solicitando à Secretária de Administração e Previdência Social que determinasse “ao setor competente o cumprimento da mencionada decisão, retirando da Folha de Pagamento dos Magistrados desta Egrégia Corte as verbas abaixo descritas”.

Posteriormente, em atendimento à liminar do STF na ADI 3.854-DF, a Presidência desta Corte comunicou à Sra. Secretária de Estado que “o subsídio dos magistrados inativos deve permanecer em R\$ 22.111,25 (vinte e dois mil cento e onze reais e vinte e cinco centavos), e com a soma das vantagens adquiridas em decorrência do exercício dos cargos de direção deste Tribunal (Presidente, Vice-presidente e Corregedor-Geral de Justiça, bem como decanato) deve obedecer ao teto constitucional de R\$ 24.500,00 (vinte e quatro mil e quinhentos reais)” (fl. 13).

Como se vê, o ato dito ilegal e abusivo não é senão simples solicitação de cumprimento de decisão do CNJ, proferida em PCA de sua competência.

Destarte, não é a Autoridade Impetrada capaz de rever a decisão ou negar-lhe cumprimento. Compete-lhe, enquanto instância administrativa sujeita ao controle do CNJ (art. 103-B, § 4º), tão-somente executar suas determinações, sob pena, inclusive, de responder perante o próprio Conselho, nos termos do art. 103-B, § 4º, III, da CF.

Justamente porque visa a coibir uma ilegalidade ou abuso de poder, o mandado de segurança deve ser impetrado contra quem praticou o ato ilegal ou abusivo, porque este sim tem competência para

revê-lo ou anulá-lo.

É o que entende o Prof. Alexandre de Moraes (in: *Direito Constitucional*, 7.ed. São Paulo, Atlas, 2000, p. 158), verbis: “Sujeito passivo é a autoridade coatora que pratica ou ordena concreta e especificamente a execução ou inexecução do ato impugnado, responde pelas suas conseqüências administrativas e detenha competência para corrigir a ilegalidade, podendo a pessoa jurídica de direito público, da qual faça parte, ingressar como litisconsorte (...)”.

Não difere, neste ponto, a jurisprudência do egrégio STJ, que em acórdão do eminente Min. CASTRO MEIRA, também já decidiu que “em mandado de segurança, a legitimidade passiva da autoridade coatora é aferida de acordo com a possibilidade que detém de rever o ato acoimado de ilegal, omissis ou praticado com abuso de poder” (MS 9.244/DF).

De frisar que não se aplica, no caso presente, a teoria da encampação, vez que a Autoridade Impetrada em momento algum defendeu a legalidade do ato impugnado, limitando-se a informar que deu cumprimento à decisão do CNJ.

Ante o exposto, tenho que a parte legítima no caso presente é o Plenário do CNJ, porquanto foi órgão que proferiu a decisão mandando reduzir os proventos do Impetrante e de outros vinte e oito (28) Desembargadores em situação semelhante, ao que decreto a extinção deste writ sem apreciação do mérito (CPC, art. 267, VI) por ilegitimidade passiva ad causam, tornando sem efeito a liminar anteriormente deferida.

É como voto.

Sala das Sessões do Plenário do Tribunal de Justiça do Estado

do Maranhão, em 25 de julho de 2007.

Des. Paulo Sérgio Velten Pereira
Relator

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL
SESSÃO DO DIA 27 DE MARÇO DE 2008
APELAÇÃO CRIMINAL Nº. 024407/2007 - SÃO LUÍS

Apelante: Ministério Público Estadual
Promotor: Joaquim Henrique de Carvalho Lobato
Apelado: Antonio Fidelis Rolim
Relator: Des. Jaime Ferreira De Araujo
Revisora: Des. Maria dos Remédios Buna Costa Magalhães

ACÓRDÃO Nº. 0721692008

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. CONSTRANGER MULHER A ATO SEXUAL. IMPORTÂNCIA DA PALAVRA DA VÍTIMA COLHIDA NA FASE DE INQUÉRITO, AINDA QUE NÃO RATIFICADA EM JUÍZO EM FACE DE SUA AUSÊNCIA PARA PRESTAR DEPOIMENTO. CONDENAÇÃO QUE SE IMPÕE TENDO EM VISTA OUTROS ELEMENTOS DE PROVA, COLHIDOS DURANTE A FASE INSTRUTÓRIA, A CORROBORAREM O QUE DISSE A VÍTIMA NA POLÍCIA. O DELITO DE ESTUPRO É SEMPRE VEXATÓRIO PARA A OFENDIDA QUE NÃO ACUSARIA SEU ALGOZ SE TAL NÃO FOSSE VERDADEIRO. DELITO CONFIGURADO. CONCURSO MATERIAL. SENTENÇA REFORMADA.

1. Nos crimes contra os costumes atribui-se especial importância à palavra da ofendida se coerente e harmônica com as demais provas produzidas. O fato de a vítima não ter comparecido em juízo para prestar declarações não tem o condão de, por si só, excluir a culpabilidade do Apelado.

2. Na ausência do testemunho da ofendida, perante a autoridade ju-

dicial, devem ser analisadas as outras evidências probatórias, pois se estas demonstrarem a materialidade e a autoria delitiva, certo é que servirão de subsídio válido para originar um juízo de certeza acerca do fato delituoso.

3. Apesar de o Inquérito Policial se constituir em fase prévia, investigatória, que confere lastro probatório ao oferecimento da denúncia, as provas nele coligidas não possuem valor meramente informativo.

4. A prova policial só deve ser rejeitada como prova válida quando inexistir prova judicial, ou, ainda, quando for desmentida ou contrariada durante a instrução criminal.

5. Nos crimes contra a liberdade sexual, especialmente o estupro, a acusação contra o estuprador é sempre vexatória para a vítima que não a faria se não fosse verdadeira.

6. Há concurso material dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor se o agente praticar conjunção carnal com a vítima, além de outros atos libidinosos.

7. Apelação conhecida e provida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal, sob o nº 024407-2007, em que figuram como Recorrente e Recorrido os acima enunciados, ACORDAM “por maioria e de acordo com parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça, modificado em banca, contra o voto do desembargador MÁRIO LIMA REIS que votou pela condenação do Apelado por tentativa de estupro e de atentado violento ao pudor, a Segunda Câmara Criminal deu provimento ao Recurso para reformar

a sentença, condenando o Apelado por ambos os crimes, fixando a pena em 12 (doze) anos de reclusão a ser cumprido em regime inicialmente fechado, determinando a expedição de mandado de prisão, dando-lhe ciência por meio de nota de culpa e inscrevendo seu nome no rol dos culpados, após o trânsito em julgado, nos termos do voto do desembargador Relator”.

Participaram do julgamento os Senhores Desembargadores: Maria dos Remédios Buna Costa Magalhães – Presidente, Jaime Ferreira de Araujo – Relator e Mário Lima Reis (convocado face às férias do Desembargador Raimundo Nonato de Souza)

Funcionou pela Procuradoria Geral de Justiça a Dr^a Ligia Maria da Silva Cavalcanti.

São Luís, 27 de março de 2008.

Desa. Maria dos Remédios Buna Costa Magalhães
Presidente

Des. Jaime Ferreira de Araujo
Relator

RELATÓRIO

Tratam os presentes autos de APELAÇÃO CRIMINAL interposta pelo MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL, com supedâneo no art. 593, inciso I, do Código de Processo Penal, irresignado com a sentença que absolveu ANTÔNIO FIDELIS ROLIM dos delitos capitulados no art. 213 (estupro) e art. 214 (atentado violento ao pudor), ambos do CP, tendo como base o art. 386, inciso VI, da lei penal adjetiva.

Consta da denúncia de fls. 03/04 que no dia 04 de dezembro de 2006, por volta das 21h00minh, em frente à parada de ônibus próxima ao Supermercado Mateus, na Cohab, Cleonilde Rocha Frazão foi abrupta e dissimuladamente agarrada pelos cabelos e jogada na parte traseira de uma S-10, de cor branca, placas HOO-7938/MA, na ocasião conduzida pelo apelado Antônio Fidelis Rolim.

Narra, ainda, a peça acusatória que o referido denunciado, ameaçando a vítima com uma chave de fenda, levou-a para um local escuro e inóspito, nas imediações da Rua do Aririzal, passando a agredir-lhe com tapas e socos no rosto e pescoço, exigindo também que se despisse. Em seguida, passou a manter com a ofendida relação vaginal, anal e oral, sendo que após esses atos ainda houve luta corporal entre o denunciado e a vítima, momento em que esta conseguiu se livrar, passando a percorrer a Rua do Aririzal completamente sem roupa, tendo sido socorrida pela Sr^a. Maria de Madalena.

Além disso, registra a exordial denunciatória que o mencionado fato foi testemunhado por dois mototaxistas, sendo que um deles levou a vítima para o Plantão Central do Cohatrac, a fim de registrar ocorrência; e, o outro, seguiu o denunciado até a sua residência, localizada no Condomínio Ferrazzi, facilitando, dessa forma, a descoberta do seu paradeiro, bem como a sua prisão em flagrante.

Da fase investigatória constam nos autos os seguintes documentos: Auto de Prisão em Flagrante às fls. 07/12; Termo de Representação à fl. 26; Declarações da vítima às fls. 11/12 e 34/35; Exame de Conjunção Carnal à fl. 67.

Judicialmente foram colhidas as provas a seguir mencionadas: Termo de Qualificação e Interrogatório do réu às fls. 78/80; Depoimento das Testemunhas arroladas pelo Ministério Público às fls. 93/95 e 114/120.

Defesa prévia do acusado à fl. 85/86, na qual arrolou testemunhas. Estas, contudo, não foram ouvidas, pois a defesa, embora tenha se comprometido a apresentá-las em banca independentemente de intimação, não o fez, conforme se vê à fl. 121.

Prisão Preventiva decretada às fls. 98/100.

Alegações Finais do Ministério Público às fls. 136/151, onde o representante ministerial apreciou as provas colhidas e requereu a condenação do réu nas penas do art. 213 e art. 214, ambos do CP, c/c o art. 1º, incisos V e VI da Lei 8.072/90.

A Defesa apresentou Alegações Finais às fls. 154/158, na qual pugnou pela absolvição do réu.

Sentença prolatada às fls. 161/171, na qual o Juiz de Direito Auxiliar da 5ª Vara Criminal da Comarca da capital (Dr. Adinaldo Ataíde Cavalcante) julgou improcedente a denúncia absolvendo o réu Antônio Fidelis Rolim dos crimes que lhe foram imputados, por entender, em síntese, que “os crime de estupro e atentado violento ao pudor, são praticados mediante violência ou grave ameaça, as quais são integrantes desses tipos penais, por isso, sempre ocorrem às escondidas, isto é, sem testemunhas oculares, pelo que se faz necessária a palavra firme da vítima associada a outras provas robustas, sem as quais, a absolvição do agente se torna inarredável”.

Interpostas as razões da Apelação (fls. 182/199), o representante ministerial alega, em suma, que a autoria delitiva está comprovada com as declarações prestadas pela vítima na fase investigatória, bem como pelos depoimentos das testemunhas, ouvidas tanto perante a Autoridade Policial quanto em juízo. A materialidade, por seu turno, restou evidenciada através do Exame de Conjunção Carnal, o qual atesta que a ofendida foi vítima de estupro e atentado violento ao pudor.

Argumenta, também, que embora as testemunhas Moisés de Jesus Serrão, José dos Reis Nascimento e Maria Madalena Macedo Vale tenham sido ouvidas durante a instrução criminal, os seus depoimentos não foram devidamente apreciados pelo juízo sentenciante.

Além disso, assevera que o não comparecimento da ofendida em juízo para prestar declarações não pode ensejar a absolvição do réu, vez que a sua ausência é plenamente justificável pelas consequências que um crime de natureza sexual traz, como o constrangimento da vítima em se deparar com o seu agressor, o tormento psicológico em reviver os fatos, bem como o temor pela sua integridade física e de seus familiares.

Aduz, outrossim, que o juiz pode se utilizar do princípio do livre convencimento para valorar uma prova produzida apenas na fase de inquérito, ainda mais se esta for corroborada durante a instrução criminal, sob o crivo do contraditório.

Baseado, dessa forma, em ampla análise probatória, assim como em vasta citação doutrinária e jurisprudencial, o Ministério Público pugna pela reforma da sentença para que Antônio Fidelis Rolim seja condenado nas penas do art. 213 e art. 214, ambos do Código Penal, c/c o art. 1º, inciso V e VI da Lei nº 8.072/90.

Em *Contra-Razões* recursais (fls. 203/205), a defesa sustenta que as alegações ministeriais não podem prevalecer, vez que são frágeis e duvidosas. Sustenta que um decreto condenatório não pode se basear exclusivamente em declarações prestadas pela vítima durante o inquérito policial, vez que esta teria interesse em incriminar o recorrido. Assim, requer a manutenção da sentença hostilizada.

Conclusos os autos ao Ministério Público de segunda instância, o douto Procurador de Justiça, Dr. Krishnamurti Lopes Mendes França,

em parecer de fls. 214/218, manifesta-se pelo desprovimento do recurso, diante da “fragilidade do acervo probatório e o risco de condenar um inocente”.

É o relatório.

VOTO

Por estarem presentes os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade, o presente Apelo merece ser conhecido. Quanto ao mérito, passo a apreciá-lo.

De uma análise criteriosa das provas transportadas para os autos, observo que a decisão absolutória não encontra assento, uma vez que o conjunto probatório mostra-se suficiente para demonstrar a existência do fato punível, a sua autoria, bem como a culpabilidade do ora recorrido.

A sentença absolutória tem como fundamento essencial o fato de a vítima não ter comparecido em juízo para prestar declarações, embora tenha sido intimada duas vezes para tanto.

Com efeito, declarou o magistrado de primeira instância às fls. 166/167 que:

“Os crime de estupro e atentado violento ao pudor, são praticados mediante violência ou grave ameaça, as quais são integrantes desses tipos penais, por isso, sempre ocorrem às escondidas, isto é, sem testemunhas oculares, pelo que se faz necessária a palavra firme da vítima associada a outras provas robustas, sem as quais, a absolvição do agente se torna inarredável”. (sic)

Mais adiante, também destacou, in verbis:

“In casu, a partir do instante em que a vítima se omitiu em comparecer em Juízo para prestar declarações sobre essas ações delitivas, por isso, fica patenteado o seu desinteresse pela condenação do inculpado, assim sendo, tudo leva a crer que se realmente aconteceram essas práticas sexuais, ocorreram sem o dissenso da vítima, portanto, são práticas sexuais normais”. (sic) (fl. 168)

Entendo, contudo, que o argumento utilizado pelo juízo sentenciante não possui a menor guarida, pois o fato de a vítima não ter comparecido em juízo para prestar declarações não tem o condão de, por si só, excluir a culpabilidade do Apelado.

É entendimento pacífico, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, que nos crimes contra os costumes atribui-se especial importância à palavra da ofendida se coerente e harmônica com as demais provas produzidas. Contudo, é correto assinalar que na ausência do referido testemunho, perante a autoridade judicial, deve-se analisar as outras evidências probatórias, pois se estas demonstrarem a materialidade e a autoria delitiva, certo é que servirão de subsídio válido para originar um juízo de certeza acerca do fato delituoso.

Sendo assim, verifico que as provas existentes nos autos são suficientes para embasar o decreto condenatório, conforme demonstrei a seguir.

A materialidade dos crimes objeto da denúncia resta claramente comprovada pelo Exame de Conjunção Carnal (fl. 67), realizado em 04/ dezembro/2006, às 03h38min, momentos após o fato, onde consta que Cleonice Rocha Frazão foi “vítima de estupro e atentado violento ao pudor”. Atesta o mencionado laudo que houve o emprego de violência real contra a ofendida por meio de “instrumento de ação contundente”, sendo que do exame ano-genital verificou-se a “presença de fissura na fúrcula vaginal; escoriação no grande lábio esquerdo; presença de fis-

suras no epitélio do ânus (junção dos quadrantes posteriores e anteriores)”. Certificou, ainda, que havia “vestígios de sêmen na secreção vaginal” da vítima.

A autoria delitiva, por seu turno, está demonstrada pelas declarações da vítima, prestadas durante o Inquérito Policial, bem como pelos depoimentos de testemunhas que, embora não tenham presenciado o momento do ato, em virtude da própria natureza dos crimes sexuais, socorram a ofendida assim que esta conseguiu se livrar do seu agressor.

Frise-se, outrossim, que a ofendida foi ouvida duas vezes na fase investigatória: a primeira, no dia do fato (04/12/2006), perante a Autoridade Policial do Plantão Central do Cohatrac (fl. 11); e, a segunda, no dia 12/12/2006, na Delegacia Especial da Mulher (34/35).

Necessário destacar, ainda, que ambas as declarações apresentaram-se harmônicas e coerentes com as demais circunstâncias do caso, sendo apoiadas por laudo médico que constatou as lesões provocadas pelos atos sexuais e, indiretamente, pelos depoimentos das testemunhas.

A vítima, perante as duas autoridades policiais, afirmou in verbis:

DECLARAÇÕES PRESTADAS À FL. 11: “(...) Que, o elemento estava armado com uma chave de fenda e uma tesoura, sempre ameaçando a vítima, levando-a para um local nas imediações da rua do Aririzal, Turu, e no lugar escuro, este passou a lhe agredir fisicamente com tapas e socos no seu rosto e pescoço, sempre ameaçando a vítima, dizendo para a mesma ficar despida totalmente; (...) Que, o elemento manteve relação sexual com a declarante anal, vaginal e oral e em seguida a segura (sic) o seu pescoço, dizendo que ia afixá-la (sic), momento em que a mesma com muita força, passou a desferir-lhe socos no vidro do veículo s-10 branca, sendo o vidro quebrado e a declarante conseguiu livrar-se do elemento estuprador, totalmente nua, saindo

naquela rua gritando e pedindo socorro; Que, um dos vizinhos que a socorrera, ainda viu quando o autor do fato, saía com dificuldade do local, haja visto (sic) ter dificuldade para o carro dar partida, pegando o mesmo de ré; Que, chegou na casa da testemunha Maria Madalena, nua, sendo que aquela senhora, lhe deu uma roupa para a mesma vestir; Que, no momento em que estava sendo socorrida pelas testemunhas, ali chegaram dois mototaxistas, que disseram ter passado no local e ter ouvido os gritos da declarante no momento em que esta estava dentro do carro com o elemento, sendo que um deles, disse que tinha visto aquele veículo entrar no condomínio ali próximo”.

DECLARAÇÕES PRESTADAS À FL. 34: QUE foi socorrida por dois mototaxistas, sendo que um a levou ao para o (sic) Plantão do Cohatrac, onde registrou ocorrência e recebeu Guia para Exame e o outro seguiu o autor ate sua residência, situação está (sic) que facilitou a prisão dele; QUE enquanto estava sendo atendida o motaxista (sic) que seguiu o autor, chegou ao referido plantão e informou onde o autor residia; QUE não conhece aqueles mototaxistas que a socorreram e que não sabe onde encontrá-los; QUE no mesmo dia submeteu-se a Exame de Conjugação Carnal; (...).

Nesse caso, adquire especial relevo, não podendo, por isso mesmo, ser desconsiderada a palavra da vítima em crimes dessa natureza, sabido que são eles sempre cometidos sem a presença de testemunhas. Assim, é que, levada por policiais até o Condomínio Ferrazzi, logo após o cometimento dos delitos, a ofendida reconheceu o seu algoz, conforme narrou às fls. 34: “QUE foi levada até o Condomínio Ferrazzi, por policiais, onde o autor reside e o reconheceu imediatamente, pois o crime tinha acabado de acontecer e também por ter gravado sua terrível aparência e que mesmo passados cem anos seria capaz de reconhecê-lo (...)”.

Ora, não fora o Apelante o autor dos delitos aqui tratados, por certo que a inditosa vítima não o teria reconhecido minutos após a

prática criminosa. Com efeito, não noticiam os autos e nem a ofendida declarou na Polícia, tivesse ela qualquer inimizade com o estuprador de modo que pudesse imputar a este acusação de tamanha magnitude. Alíás, a pobre vítima disse em juízo que “(...) não conhece o autor, sendo a primeira vez que o vira” (fl. 11).

O depoimento da testemunha Maria Madalena Macedo Vale é bastante esclarecedor, pois afirmou em juízo que:

“no dia dos fatos narrados na denuncia (sic) encontrava-se em sua residência, quando por volta das 22:00horas, ouviu gritos de uma pessoa que gritava: “Socorro, Socorro, me acudam querem me matar”; que, nesse instante o dono da casa abriu o portão, se deparou com moça morena, totalmente despida; que, a colocou para dentro do terraço, deu-lhe uma blusa e short e em seguida um copo com água para se acalmar; que, a seguir, ela contou para a depoente que um rapaz tinha forçado ela entrar num carro quando estava na parada da Cohab; que nesse instante a vítima falou ainda para a depoente que o rapaz tinha tentado estuprá-la”. (fl. 94)

No mesmo sentido apresenta-se o depoimento da testemunha José dos Reis Batista Nascimento, o qual declarou na fase instrutória, *in verbis*:

“que por volta das 21:30 horas aproximadamente do dia 04 de dezembro último encontrava-se em sua residência, quando ouviu batidas fortes no portão e gritos de uma pessoa que gritava: “Socorro, Socorro, me ajudem”; que, nesse instante abriu a porta de entrada e viu que a pessoa batia no portão da casa da vizinha Maria Madalena; que, ao abrir o seu portão viu um veículo de marca D-20 cor branca, onde o condutor tentava dar partida e não conseguia e depois de algumas tentativas o veículo pegara e o condutor saiu de ré; que ao se aproximar da casa da vizinha Maria Madalena viu uma moça branca loura totalmente nua, chorando e bastante nervosa; (...) que, nesse instante

essa moça falou que tinha sido violentada pelo elemento que estava no veículo que acabara de deixar aquele local; (...) que quando estava conversando com Madalena e a vítima passaram dois motoqueiros, depois voltaram e pararam e nesse momento perguntaram para a vítima o que estava acontecendo, tendo ela respondido que o homem do carro tinha pego ela e querendo violentá-la a força” (fl. 115)

Conforme se observa, os trechos dos depoimentos acima transcritos são todos coerentes, demonstrando que as testemunhas, embora não presenciais, narram os fatos com riqueza de detalhes. Assim sendo, não há motivo para desconsiderá-los.

Mirabete, citando Magalhães Noronha, ao tratar da valoração da prova testemunhal, ressalta que “máxime no processo penal, é o testemunho a prova por excelência, já que o crime é um fato, é um trecho da vida e, conseqüentemente é, em regra, percebido por outro.” .

Tourinho Filho, por sua vez, bem observa:

“A prova testemunhal, sobretudo no Processo Penal, é de valor extraordinário, pois dificilmente, e só em hipóteses excepcionais, provam-se as infrações com outros elementos de prova. Em geral, as infrações penais só podem ser provadas, em juízo, por pessoas que assistiram ao fato ou dele tiveram conhecimento. Assim, a prova testemunhal é uma necessidade, e nesta reside o seu fundamento.”

Eduardo Espínola Filho, citando Florian, ensina que “o testemunho é o modo mais óbvio de recordar e reconstruir os acontecimentos humanos, é a prova em que a investigação judiciária se desenvolve com maior energia, o testemunho se manifesta sempre como a fonte culminante da instrução dos processos: ‘quase nenhum processo pode desenvolver-se sem testemunhas; o processo concerne a um pedaço da vida vivida, um fragmento de vida social, um episódio da convivência

humana, pelo que é natural, inevitável, seja representado mediante vivas narrações de pessoas.””

Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha, ao tratar do significado da prova testemunhal, reproduz as palavras de Bentham, in verbis:

“As testemunhas são os olhos e os ouvidos da justiça. Desde que os homens existem e desde que têm a pretensão de fazer justiça hão valido das testemunhas como o mais fácil e comum meio de prova; sua importância no campo criminal é considerável; freqüentemente é a única base das acusações.”

Com base nesses argumentos, não verifico a possibilidade de ser mantida a absolvição do ora apelado sob o pálido argumento de ausência de provas. No meu entender, as provas existem e são robustas, demonstrando que a ocorrência do fato é incontroversa.

Diante disso, faz-se importante frisar que o recorrido, em seu interrogatório de fls. 78/80, nega a acusação de ter praticado estupro e atentado violento ao pudor na ofendida, apresentando a escusa de ser esta uma “garota de programa”. De se salientar que mesmo na hipótese de a vítima ser envolvida com prostituição, esse fato jamais retiraria o caráter ilícito do fato, uma vez que o legislador ao tipificar a conduta dos artigos 213 e 214 do Código Penal teve por escopo proteger o direito da mulher de dispor livremente do seu corpo, ou seja, tutela a sua liberdade sexual.

Dessa forma, “no crime de estupro não se perquire sobre a conduta ou honestidade pregressa da ofendida, podendo dele ser sujeito passivo até mesmo a mais desbragada prostitua” (TJRS - RT 316/371).

Além disso, observo que não obstante o recorrido tente negar os fatos em juízo, a sua versão apresenta-se consentânea com o que a

vítima declarou perante as autoridades policiais, bem como as testemunhas acima indicadas. Em juízo, declarou o apelado:

“que, ao chegar próximo a sua residência resolveu parar o carro e nesse momento Leonilde se despiu e começou a fazer sexo oral no acusado; (...) que, não manteve com a vítima nem relação sexual nem anal; que, no decorrer da discussão a vítima desferiu um tapa com a intenção de atingir o rosto do acusado, não conseguindo por ter se desvencilhado; que, em seguida, a vítima bateu com a mão no retrovisor interno, em conseqüência dessa batida o para brisa trincou próximo ao retrovisor; que, nesse instante ia passando dois motoqueiros, nesse momento pararam para verificarem o que estava acontecendo; que, nesse momento a vítima saltou despida do carro e saiu correndo em direção aos motoqueiros, deixando dentro do veículo as suas vestes; que, nesse instante resolveu se afastar desse local seguindo para a sua residência, antes de chegar em casa resolveu jogar a roupa da vítima fora (...). (fl. 79)

Forçoso destacar, novamente, que o fundamento de falta de provas para a condenação do ora recorrido não pode prevalecer, vez que tanto na fase de inquérito quanto na instrução criminal foram colhidos elementos suficientes a demonstrarem a materialidade e autoria do fato ilícito. Nos autos há, portanto, a palavra da vítima, ouvida perante duas autoridades policiais distintas; o depoimento das testemunhas que a socorreram; o Exame de Conjunção Carnal, bem como o interrogatório do apelado, o qual se mostra recheado de contradições.

Nessa linha de raciocínio, embora a ofendida não tenha comparecido em juízo para ratificar as suas declarações prestadas na fase de inquérito, não vislumbro causa impediante a uma condenação.

Ora, sabido é que nos crimes sexuais, como na espécie, a vítima se defronta, em regra, com situação vexatória, que fere a sua honra. No caso vertente, além de estuprada e violada, a ofendida saiu correndo

pela rua completamente despida, gritando por socorro. Se não tivesse sido estuprada, ou, como diz o apelante, fosse garota de programa, com certeza não acusaria seu estuprador e nem sairia correndo nua pela rua em busca de socorro.

Friso, mais uma vez, que o fato de a vítima não ter comparecido a juízo para ratificar suas afirmações prestadas na polícia, em nosso entender não desnatura o que dissera na fase de inquérito. De fato, se por acaso comparecesse em juízo essa infeliz mulher, além de se deparar com o seu malfeitor, a ofendida, por certo, sentiria medo e quiçá ódio, além de recordar os trágicos acontecimentos ocorridos na noite do dia 4 de dezembro de 2006.

O magistério de Rogério Greco demonstra bem essa situação: “A conduta de violentar uma mulher, forçando-a ao coito contra sua vontade, não somente a inferioriza, como também a afeta psicologicamente, levando-a, muitas vezes, ao suicídio.

A sociedade, a seu turno, tomando conhecimento do estupro, passa a estigmatizar a vítima, tratando-a diferentemente, como se estivesse suja, contaminada com o sêmen do estuprador.

A conjugação de todos esses fatos faz com que a vítima, mesmo depois de violentada, não comunique o fato à autoridade policial, fazendo parte, assim, daquilo que se denomina cifra negra”.

No mesmo sentido, o julgado a seguir transcrito:

“CRIMES CONTRA OS COSTUMES – ESTUPRO – CON-STRANGER MULHER A ATO SEXUAL – DELITO CONFIGURADO – APELO DO MP PROVIDO. A acusação de estupro é sempre vexatória para a vítima, que não a teria feito, se não fosse verdadeira”.
(JTAcSP - AP 210.881, Rel. Albano Nogueira)

Importa ressaltar, também, que no caso em apreço seria temerário afirmar que tão-somente a palavra da vítima, prestada em juízo, seria capaz de ensejar a condenação do ora apelado, ainda mais quando há nos autos outros elementos de prova que corroboram a prática delitativa. Sendo assim, não se pode aceitar que as declarações da ofendida prestadas na fase de inquérito sejam desconsideradas, apenas por não terem sido ratificadas em juízo.

Vejamos os julgados abaixo transcritos:

TJSC-033730 – (...) Os crimes sexuais muitas vezes não deixam vestígios, sendo dispensável a prova pericial para atestar a materialidade delitativa, a qual pode ser plenamente suprida por outros meios probatórios, como ouvida de testemunhas e depoimento pessoal das vítimas. As provas produzidas no inquérito policial terão validade como elemento de convicção do juiz quando confirmadas por elementos colhidos durante a instrução criminal. (...) (Apelação Criminal (Réu Preso) nº 2005.033002-5, 1ª Câmara Criminal do TJSC, Pomerode, Rel. Des. Solon d’Eça Neves. unânime, DJ 16.01.2006).

“TJPA-004585 APELAÇÃO PENAL - ESTUPRO - PALAVRA DA VÍTIMA - VALOR PROBANTE DE GRANDE RELEVÂNCIA - AUTORIA E MATERIALIDADE - COMPROVAÇÃO - REDUÇÃO DA PENA IMPOSTA PARA O MÍNIMO LEGAL - RÉU PRIMÁRIO E DE BONS ANTECEDENTES - IMPROCEDÊNCIA. 1. A palavra da vítima, quando coerente e harmônica com os demais elementos indiciários e circunstanciais, como in casu, perfaz-se em prova plena a sustentar a condenação do agente de crimes perpetrados contra a liberdade sexual, de vez que quase sempre são cometidos às escondidas. A autoria demonstrada pelos elementos dos autos, visto serem os depoimentos prestados convincentes e coerentes, além de apresentarem a mesma versão dos fatos, merecendo destaque as informações prestadas pela ofendida, como também pelas declarações das testemunhas,

as quais, embora não tenham presenciado o delito, trouxeram informações que se harmonizam plenamente com o depoimento da vítima. Materialidade comprovada pelo laudo de exame de conjunção carnal, à fl. 45, onde consta que houve ruptura completa do hímen, dando conta do desvirginamento recente, bem como comprova a violência real praticada na vítima por meio mecânico (...) Recurso conhecido e improvido. Decisão unânime. (Apelação Penal nº 20043002231-3 (55644), 2ª Câmara Criminal Isolada do TJPA, Capitão Poço, Rel. Des. Vânia Valente do Couto Fortes Bitar Cunha. j. 22.02.2005, DJ 28.02.2005).

TJRS-273312 PROVA. CRIME CONTRA OS COSTUMES. PALAVRA DA VÍTIMA. VALOR. Como se tem decidido, nos crimes contra os costumes, cometidos às escondidas, a palavra da vítima assume especial relevo, pois, via de regra, é a única. Se suas palavras se mostram consistentes, despidas de senões, servem elas como prova bastante para a condenação do agente. É o que ocorre no caso em tela, onde os seguros depoimentos da ofendida em Juízo e no inquérito informam sobre os atos sexuais sofridos, afirmando que o apelante foi o seu autor. Além disso, suas declarações foram apoiadas pelos laudos médicos que constataram as lesões provocadas pelos atos sexuais e pela tentativa de fuga da vítima e, indiretamente, por testemunhas. (...) (Apelação-Crime nº 70011677739, 7ª Câmara Criminal do TJRS, Erechim, Rel. Sylvio Baptista. j. 30.06.2005, unânime).

Por outro lado, impende destacar que apesar de o Inquérito Policial se constituir em fase prévia, investigatória, que confere lastro probatório ao oferecimento da denúncia, as provas nele coligidas não possuem valor meramente informativo. Ao contrário, tudo o que é apurado durante essa fase deve, necessariamente, ser levado em consideração, servindo como elemento hábil para se encontrar a verdade real. Sendo assim, a prova policial só deve ser desconsiderada quando inexistir prova judicial, ou, ainda, quando for desmentida ou contrariada

durante a instrução criminal, o que não ocorreu no caso em apreço.

Amoldam-se perfeitamente á hipótese dos autos, os seguintes arestos:

“Não se pode dizer de forma absoluta, ter a prova do inquérito valor meramente informativo. Aquilo que se apura durante a investigação policial há, indubitavelmente, de ser ponderado e examinado como material útil ao conhecimento da verdade, dando-se-lhe a credibilidade que merecer, dentro da melhor técnica recomendada pela hermenêutica”. (TACRIM – SP – Rev. – Rel. Valentim Silva – JUTACRIM – SP 22/74)

“Havendo algum suporte probante na fase judicial, a prova colhida no inquérito pode ser convocada para fundamentar a decisão condenatória”. (TJSP – Ap – Rel. Silva Leme – j. 29.06.1987 – RT 621/290)

Sobremais, impera no processo judicial o princípio do livre convencimento do julgador. Nesse caso, diante de tudo o que li e reli, convenci-me de que os crimes existiram e de que o apelante é o seu autor. A justiça é cega, sim, dizem que é, mas o juiz não é.

Observo, por oportuno, que no caso vertente ocorreu o concurso material de crimes – estupro e atentado violento ao pudor – uma vez que o agente praticou conjunção carnal com a vítima, além de outros atos libidinosos, como o coito anal e o sexo oral. É nesse sentido a jurisprudência dos Tribunais Superiores, in verbis:

STF – (...) A jurisprudência desta Corte está sedimentada no sentido de que estupro e atentado violento ao pudor configuram concurso material e não crime continuado. (HC 89770 / SP - SÃO PAULO, HABEAS CORPUS, Relator(a): Min. EROS GRAU, Julgamento: 10/10/2006, Órgão Julgador: Segunda Turma)

STJ – (...) Não se consubstanciando os atos libidinosos em praeludia coiti, ocorre crime de atentado violento ao pudor em concurso material com o estupro, não podendo, dessa forma, ser aplicada a regra insculpida no art. 71 do Código Penal, por serem crimes de espécies diversas. Precedentes do STF e desta Corte. (REsp 857817 / MG, RECURSO ESPECIAL, 2006/0103295-5, Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, DJ 18.12.2006 p. 508)

STJ – (...) Se o ato libidinoso diverso da conjunção carnal não configura elemento constitutivo, conduta inicial ou meio para a realização do crime de estupro, deve o agente responder por este e pelo crime de atentado violento ao pudor. Nesse caso, por se tratarem de crimes de espécies diferentes, aplica-se a regra do concurso material (art. 69 do CP), ainda que cometidos contra a mesma vítima. Precedentes deste Tribunal e do STF. (REsp 657634/RS, Recurso Especial 2004/0053122-4, Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJ 08.11.2004 p. 294)

Necessário relevar, ainda, que os delitos praticados são de natureza hedionda, conforme o art. 1º, inciso IV da Lei 8.072/90.

Não obstante esse fato, cabe frisar que a Lei 11.464/2007 modificou o artigo 2º e seus parágrafos da Lei nº 8.072/90, caracterizando a chamada novatio legis in mellius, pois fixou o regime inicialmente fechado para os condenados por crimes hediondos e assemelhados, possibilitando-se ao apenado o benefício da progressão do regime.

Conforme leciona Fernando Galvão “agora não pode mais haver dúvidas de que é possível o condenado por crime hediondo progredir de regime, observados os requisitos estabelecidos pelo § 2º do art. 2º da Lei 8.072/90 para o cumprimento mínimo da pena e ostentar bom comportamento carcerário, conforme exigido pelo art. 112 da Lei de Execuções Penais – Lei nº 7.210/84”.

Do exame metucioso dos autos, portanto, foi possível constatar que a mulher violentada física ou moralmente, tem, na maioria das vezes, medo em denunciar o seu agressor e se, em casos como o que ora se apresenta, em que são patentes inequívocos atos de selvageria, o magistrado sentenciante não esmiuçar, com a devida isenção, a prova coligida, buscando a verdadeira justiça, estará, em verdade, deixando de proteger a mulher contra futuras agressões, já que a falta de punição não servirá de exemplo para outros potenciais agressores.

Por fim, inevitável admitir que seria profundamente injusto que ao tempo em que o Tribunal de Justiça do Estado inaugura a Vara Especial de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher para punir os seus milhares de agressores, tivéssemos que absolver um estuprador. E o que é pior, com amplo acervo probatório existente nos autos contra si. Não é demais lembrar que uma vez violentada, talvez a vítima nunca mais volte a ser a mesma de outrora, por isso que sua vida estará marcada para sempre pelo medo e a vergonha, sem amor próprio, deixando de ser um membro da comunidade para viver o seu próprio mundo de revolta e decepções.

ANTE O EXPOSTO, e, por tudo mais que dos autos consta, dou PROVIMENTO AO RECURSO DE APELAÇÃO e, de acordo com o parecer ministerial, modificado em banca, condeno Antônio Fidelis Rolim nas sanções previstas nos artigos 213 e 214 c/c o art. 69, todos do Código Penal.

Em vista disso, passo à dosimetria da pena, observando estritamente o que estabelece o art. 68, caput, da Lei Penal.

Percorrendo o iter do art. 59 do Código Penal, verifico que a culpabilidade do apelado resta evidenciada, uma vez que agiu de forma consciente, obrigando a vítima a manter com ele relação sexual, bem como a praticar outros atos diversos da conjunção carnal, causando-lhe

constrangimento e temor; é possuidor de bons antecedentes, sendo que foram colhidos poucos elementos a respeito de sua conduta social; a sua personalidade é a do homem comum, não demonstrando se tratar de pessoa voltada para o crime; os motivos do crime não o favorecem, pois o fato que o levou à prática dos delitos contra a liberdade sexual da ofendida traduz-se no simples desejo de satisfazer a sua lascívia; as consequências dos crimes são desconhecidas; o comportamento da vítima em nada contribuiu para a ação do agente.

Em face dessas circunstâncias analisadas individualmente fixo a pena-base pelo crime de estupro (art. 213, CP) em 06 (seis) anos de reclusão, mínima do citado dispositivo legal, tornando-a definitiva nesse patamar em vista da ausência de circunstâncias atenuantes e agravantes, bem como de causas de diminuição e de aumento da pena, devendo ser cumprida em regime inicialmente fechado.

Com relação ao crime de atentado violento ao pudor (art. 214, CP), tendo em vista as circunstâncias judiciais já analisadas acima, fixo a pena-base em 6 (seis) anos de reclusão, mínima do citado dispositivo legal, tornando-a definitiva nesse montante em virtude da ausência de circunstâncias atenuantes e agravantes, bem como de causas de diminuição e de aumento da pena, devendo esta ser cumprida em regime inicialmente fechado.

Por se tratar de concurso material de crimes, hipótese prevista no art. 69 do Código Penal, as penas privativas de liberdade acima mencionadas aplicam-se cumulativamente, devendo restar definitivamente imposta em 12 (doze) anos de reclusão, a ser cumprida em regime inicialmente fechado, em face do que reza coativamente o § 2º do art. 2º da Lei 11.464/2007.

Não se aplica ao caso a pena de multa por falta de previsão legal. Também verifico não ser possível a substituição da pena privativa

de liberdade, por não ser cabível à hipótese.

Designo o Complexo Penitenciário de Pedrinhas para o cumprimento da penalidade ora imposta.

Expeça-se mandado de prisão, dando-se-lhe nota de culpa.

Após o trânsito em julgado, lance-se o nome do recorrido no rol dos culpados.

É como voto.

Sala das Sessões da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, em São Luís, 27 de março de 2008.

Des. Jaime Ferreira de Araújo
Relator

CÂMARAS CRIMINAIS REUNIDAS
SESSÃO DO DIA 11 DE ABRIL DE 2008
REVISÃO CRIMINAL Nº. 005382/2005 – SÃO LUÍS

Requerente: Ademir Marins Corrêa

Advogado: Dr. João Rodrigues Almeida, Dr. Nelson Pereira Santos,
Martinho dos Santos Costa Veloso

Relator: Des. Mario Lima Reis

Revisora: Des. Maria dos Remédios Buna Costa Magalhães

ACÓRDÃO Nº. 0726592008

EMENTA

REVISÃO CRIMINAL. CRIME MILITAR. PECULATO. AUSÊNCIA DE OFENSIVIDADE DA CONDUTA. INSIGNIFICÂNCIA. CONDU-TA ATÍPICA. REVISÃO PROCEDENTE.

Para que uma conduta seja considerada típica, é indispensável que ela atenda a uma dimensão formal (conduta, resultado, nexo de causalidade e adequação típica) e a uma dimensão material (juízo de desvalorização da conduta, de desvalorização do resultado e a imputação objetiva).

Na hipótese, observa-se a atipicidade da conduta em razão do resultado alcançado não ser juridicamente desvalioso, na medida em que não foi transcendental ou mesmo grave, o que afasta a sua relevância para o Direito Penal.

Nesse sentido, basta observar que o requerente foi condenado por ter se apropriado de pouco mais de um litro de combustível, produto que, em valores atuais, não atinge a importância de R\$ 3,00 (três reais).

Evidente a incidência do conceito de ausência de ofensividade também nos

crimes militares, ainda mais se considerado que o infrator pode ser sujeito a medidas administrativas mais adequadas do tipo de lesão ocasionada, sendo, nesse caso, desnecessária a atuação do Direito Penal.

Em decorrência da absolvição, motivada, como visto, pela ausência de tipicidade da conduta, imperioso é a recomposição do status quo ante, atingido, principalmente, pela perda do cargo que o requerente ocupava.

Nessa seara, de bom tom ressaltar que o Comando da Polícia Militar excluiu o requerente dos seus quadros em decorrência da sentença penal condenatória, nada obstante somente estaria autorizado a fazê-lo o Tribunal de Justiça do Estado, consoante competência fixada constitucionalmente.

A vista desses argumentos, imperiosa a reintegração do requerente ao cargo.

Revisão procedente.

Vistos, relatados e discutidos estes autos da revisão criminal nº 005382/2005 – São Luís, em que é requerente o acima mencionado, acordam os Excelentíssimos Senhores Desembargadores das Câmaras Criminais Reunidas do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, por maioria de votos e contra o parecer ministerial, em julgar procedente a revisional, nos termos do voto do Desembargador relator.

RELATÓRIO

Cuida-se de Revisão Criminal proposta por Ademir Martins Corrêa, com fulcro nos art. 550 e seguintes do Código de Processo Penal Militar e arts. 402 e 403 do Regimento Interno desta Corte, em face de acórdão lavrado pela 2ª Câmara Criminal desse Egrégio Tribunal, que

manteve a decisão de 1º grau que o condenou, pela prática dos crimes capitulados no art. 303, § 2º (peculato furto), e art. 195 (abandono de posto), ambos do Código Penal Militar, à pena de 03 (três) anos e 03 (três) meses de reclusão, em regime semi-aberto.

Em apertada síntese, aduz o requerente que a decisão atacada não atendeu aos princípios da culpabilidade e da intervenção mínima, porquanto, ademais de não ter observado na fixação da pena os limites circunstanciais do caso (recorda que a condenação se deu em razão da suposta apropriação de um litro de gasolina), também ressalta ter sido olvidado o papel do Direito Penal, que só alcança eventos efetivamente lesivos.

Ataca o requerente, a seguir, as provas que foram produzidas no curso da ação penal, afirmando-as insuficientes para sustentar a condenação proferida pelo juízo militar e confirmada pela egrégia 2ª Câmara Criminal.

Por fim, pugna o requerente pela reforma integral do acórdão guerreado, a fim de ser definitivamente absolvido.

Acompanham a inicial os documentos de fls. 14 a 43.

Instada a se manifestar, opinou a Procuradoria Geral de Justiça, às fls. 54 a 59, em parecer lavrado pela eminente Procuradora Dra. Eliza Brito Neves dos Santos, pelo não conhecimento da Revisão Criminal, ao argumento de não haver consonância entre o pedido do requerente e as hipóteses de revisional.

É o relatório.

VOTO

Manifesta-se a Procuradoria Geral de Justiça pelo não conheci-

mento da revisional, uma vez que não vislumbradas quaisquer das hipóteses de cabimento definitivamente previstas no ordenamento pátrio.

É premente destacar a necessidade de clara dissociação entre o juízo de admissibilidade e o juízo de mérito, uma vez que, em demandas como a revisional ora proposta, onde a fundamentação é vinculada às hipóteses de cabimento expressamente delimitadas em lei, poderá se incorrer em confusão entre a análise das condições da ação e a discussão do mérito da demanda.

Sob esse prisma, para que seja efetuado acurado exercício de admissibilidade da ação, basta observar se, em tese, há correspondência entre os fundamentos apresentados pelo autor e as hipóteses de cabimento elencadas no texto legal.

A efetiva ocorrência dessas circunstâncias – se a decisão, v.g., foi proferida em desacordo com o acervo de provas ou mesmo contra texto expresso de lei – é análise que é reservada ao mérito da demanda, porquanto a exigir incursão no âmago da discussão proposta e, por conseguinte, acurado manuseio dos autos.

Desta forma, em desacordado com a manifestação ministerial, que data venia, confunde o juízo de admissibilidade como aquele de mérito, e reconhecendo haver, em tese, concordância entre os fundamentos aduzidos pelo autor e as hipóteses previstas no texto legal, conheço da revisional proposta, passando a discutir a pretensão deduzida pelo autor.

Aduz o requerente, em apertada síntese, que o acórdão confirmatório da sentença que o condenou pela prática do crime de peculato não está em sintonia com a evidência dos autos, uma vez que as provas seriam insuficientes para ensejar a referida condenação. Destaca, ainda, que o dano foi ínfimo e, portanto, não merece ser alcançado pelo Direito Penal.

Minucioso manuseio dos autos permite reconhecer que em nenhum momento houve questionamento quanto a tipicidade material do fato praticado pelo requerente, seja por provocação das partes, seja por manifestação de ofício do julgador, embora assim exigisse a evidência dos autos.

A esse argumento, basta observar que, conquanto tenha sido o requerente condenado pela apropriação de menos de 01 (um) litro de combustível, não se chegou a aventar se a conduta empreendida é daquelas que, em decorrência de sua reduzida ofensividade, encontra solução mais equânime em outros ramos do direito.

Nessa perspectiva, e adiantando-me desde já à minha manifestação final, reconheço não só que a decisão proferida é manifestamente contrária a evidência dos autos, como também a texto expresso da lei penal, porquanto, por ser conduta de baixa ofensividade, olvidou o acórdão vergastado de atentar a incidência do princípio da insignificância, causa excludente da tipicidade material. A decisão, portanto, merece ser reformada em sua integridade, não só para absolver o requerente, como para restituir o status quo ante, como se verá a seguir.

Sob a perspectiva de um Direito Penal com bases constitucionais, afasta-se, em definitivo (e nisso a doutrina e os tribunais superiores não tem dissentido), a concepção de uma tipicidade meramente formal.

Na esteira desse pensamento, assevera Eugenio Raul Zaffaroni que a norma penal não está isolada no ordenamento e, portanto, não pode prescindir de outras tantas regras que ordenam ou fomentam determinados comportamentos ou mesmo afastam certas condutas do campo da proibição penal. Nesse sentido, entende que, para que a conduta seja típica, é necessário que ela assim o seja não só em seu aspecto legal, mais também material.

Com efeito, passa a ser indispensável aferir, ademais da dimen-

são legal da tipicidade, se houve um resultado jurídico relevante (juízo de desvalorização do resultado), o incremento de um risco permitido (imputação objetiva da conduta) e se esse aumento do risco é imputável ao agente que o empreendeu (imputação objetiva do resultado).

A tipicidade, então, é doravante integrada – e aqui valho-me da lição de Luiz Flávio Gomes, também adepto da concepção zaffaroniana – por uma dimensão formal – que é composto de conduta, resultado, nexos de causalidade e adequação típica – e por uma dimensão material – que traz em seu bojo o juízo de desvalorização da conduta, de desvalorização do resultado e a imputação objetiva.

A lesividade ou a ofensividade, como se vê, é componente fundamental da tipicidade, sendo indispensável realizar uma análise valorativa do resultado para se reconhecer a ocorrência ou não do delito.

E esse juízo de desvalorização do resultado, além de se encontrar assentado em princípios como o da fragmentariedade e da intervenção mínima, normas que traduzem a própria essência do Direito Penal como *ultima ratio*, está também fundado na dicção do art. 13 do Código Penal, que diz:

“O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa.”

Todos os crimes, portanto, exigem um resultado, que, ao contrário do que se imagina, não é aquele típico-natural, exigido somente nos crimes materiais, mas sim aquele jurídico, passível, primeiramente, de um juízo valorativo para o seu reconhecimento.

Afirma, então, Luiz Flávio Gomes, que “a lesão ao bem jurídico (que é um conceito normativo, ou seja fruto de uma valoração) não pode ser confundida, logicamente, com o (naturalista) conceito de

dano material ou físico ao bem existencial (dano ao objeto material do delito).”O resultado jurídico, continua o autor, “(...) é a valoração do fato no plano puramente jurídico. O que se pretende com essa valoração? Saber se esse resultado foi valioso ou desvalioso. Somente é típico o resultado desvalioso.”

É que, como bem ressalta o indigitado jurista, não basta constatar “(...) a rebeldia do autor da conduta, que contrariou aquilo que estava traçado na pauta de conduta normal, fundamental é constatar o plus da ofensa ao bem jurídico, que é fruto de um juízo de valor. Nos ordenamentos jurídicos que admitem a eutanásia, por exemplo, o sujeito realiza o tipo penal, ofende o bem jurídico vida, mas mesmo assim não é um resultado jurídico penalmente relevante (porque, nesse contexto, não é juridicamente desvalioso). Somente o resultado jurídico desvalioso é que preenche todas as exigências típicas no plano material.”

Para que o resultado, então, à luz do ordenamento pátrio seja considerado penalmente desvalioso é preciso que o dano seja real (concreto), transcendental, grave (não insignificante) e intolerável.

Daí se afirmar que as lesões de baixa gravidade, por não apresentarem a afetação mínima necessária para provocar a atuação penal, até porque culminaria na adoção de medidas de caráter eminentemente desproporcionais, são condutas atípicas.

É o que de fato sucede na espécie, porquanto, compulsando os autos, observa-se que o ora autor foi condenado por ter se apropriado, valendo-se para tanto de seu cargo de policial militar, de pouco menos de um litro de combustível, que serviria para abastecer moto de sua propriedade.

Por evidente, é dano insignificante que não se traduz numa ofensa suficiente para ensejar a persecução penal, uma vez que, não se constituindo num fato penalmente desvalioso, resta afastada a tipicidade da conduta e com isso a necessidade de se valerem os organismos

de controle do Direito Penal, embora admitida a retribuição através de medidas administrativas ou de outros ramos do Direito.

O âmago do debate ora proposto está assentado nesse ponto: por que se valer do Direito Penal quando o dano é insignificante e a sua atuação pode ensejar medidas graves e desproporcionais ao resultado surgido da conduta empreendida, quando outros mecanismos de repressão se mostrariam mais adequados e eficientes?

O Supremo Tribunal Federal, em *leading case* que, relatado pelo Min. Celso de Melo, discutia o princípio da insignificância como causa excludente da tipicidade, já destacou que o Direito Penal tem atuação restrita aos casos em que há danos de significativa magnitude, sob pena de se incorrer em medidas punitivas francamente desproporcionais.

“(…)

- O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles caso em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade.

O direito penal não deve se ocupar de condutas que produzam resultado, cujo desvalor - por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes - não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social.” (HC 84.412/SP)

E nem se diga que, em se tratado de crimes contra a administração militar, como ocorre com aqueles contra a administração em geral,

não se pode falar na incidência do princípio da insignificância como excludente da tipicidade material.

Muito mais nesses crimes há a necessidade de incidência desse conceito, uma vez que a desproporcionalidade na busca do Direito Penal se apresenta até mais evidente.

É que, nesse tipo de delito, várias são as medidas de cunho administrativo que podem ser adotadas – de suspensão até a perda do cargo público –, todas evidentemente mais adequadas a reprimir e punir uma conduta que se resumiu a apropriação de pouco menos de um litro de combustível, que não perfazem, atualmente, nem mesmo R\$ 3,00 (três reais) de prejuízo ao erário público.

Nesse ponto, também tem se manifestado o Pretório Excelso pelo reconhecimento da insignificância do dano para excluir os crimes contra administração pública ou militar, consoante se pode colher no julgamento do HC 87478, da relatoria do Min. Eros Grau. Naquela ocasião, considerou o STF como atípica, em razão da reduzida lesividade, a conduta de militar que se apropriou de um fogão avaliado em R\$ 455,00 (quatrocentos e cinquenta e cinco reais).

Para além da ofensividade do dano, que se constitui em argumento suficiente não só para admitir a ação como para reconhecer a procedência do pedido, é imperioso trazer à colação uma outra questão que, conquanto passe ao largo da razão de ser da revisional, apresentasse como elemento bastante para se reconhecer, em definitivo, o desacerto da decisão fustigada.

Refiro-me a ausência de materialidade do delito, questão nunca dantes posta pela defesa ou mesmo enfrentada na sentença condenatória ou no acórdão que a confirmou.

O ora requerente, em todas as ocasiões em que foi ouvido, inclusive no curso da sindicância administrativa, afirmou que o recipiente encontrado em seu poder, acondicionava combustível e óleo, numa mistura própria para limpar o motor de uma motocicleta. A partir desse relato, afirmou o requerente que não retirou combustível de nenhuma viatura e que recebeu o recipiente de um colega de trabalho.

O Ministério Público, de seu lado, assentou que o recipiente acondicionava, sim, gasolina e que esta, ademais de ter sido retirada furtivamente da viatura, era destinada a abastecer a motocicleta do requerente.

O recipiente, bem como seu conteúdo, além da mangueira supostamente utilizada para retirar o combustível da viatura (a qual afirma o requerente não ter existido), foram dispensadas pelas autoridades responsáveis sem que aos menos se averiguasse, tecnicamente, se o combustível era puro ou se havia alguma mistura.

Trata-se de questão fundamental para averiguar se houve a apropriação caracterizadora do crime de peculato, o qual só restaria configurado caso demonstrado que o combustível era puro e, portanto, próprio para ser utilizado em veículos automotores.

Em face do exposto, reconhecendo que tanto a sentença condenatória de primeiro grau quanto o acórdão proferido no âmbito dessa corte estão contrários à evidência dos autos, uma vez que desconsiderada a ausência de relevância jurídica do dano, e nesse ponto contrário a texto expresso da lei – art. 13 do CP, que exige o resultado jurídico –, dou provimento à revisional proposta e absolvo o requerente, porquanto atípica a conduta por ele empreendida.

Há mais, contudo, a merecer a apreciação desse egrégio colegiado.

A sentença absolutória, em sede de revisional, consoante dis-

põe o art. 627 do Código de Processo Penal, tem como efeito o restabelecimento de todos os direitos perdidos em virtude da condenação, inclusive no que concerne à perda de cargo ou função.

Conquanto o art. 125, § 4º, da Constituição Federal dite que a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças somente pode ser operada pelo Tribunal de Justiça, o Comando da Polícia Militar, citando dispositivo do Código Disciplinar, mas fazendo expressa referência à sentença condenatória transitada em julgado, determinou a exclusão do ora requerente da corporação.

Ora, é certo que os órgãos administrativos não estão obstados de determinar a exclusão de policial militar que cometeu falta grave, desde que respeitados o contraditório e a ampla defesa, ou seja, nessa hipótese, não é admitida uma decisão sumária, sem que seja instaurado processo administrativo regular.

De outro lado, também é certo que a exclusão decorrente de sentença penal condenatória, circunstância a que fez referência expressamente a decisão administrativa em questão, somente pode se dar em decisão proferida, no caso do nosso estado, pelo Tribunal de Justiça. De todo modo, embora não tenha sido adotado o procedimento do art. 125, § 4º, da Constituição Federal, a referência à sentença penal condenatória, autoriza reconhecer que a perda do posto se deu como consequência dessa condenação e, em razão da absolvição ora operada, é ato que também merece ser revisto por esse colegiado, até porque, como visto, acoimado de ilegalidades.

Nesse sentido, como efeito da absolvição do requerente, que empreendeu conduta atípica, determino a sua reintegração à polícia militar do estado do Maranhão, no prazo de 30 (trinta) dias, no posto e patente que deveria estar ocupando se não houvesse sido excluído da corporação.

Ainda no que toca aos efeitos secundários da absolvição, determina-se, ainda, a retirada do nome do requerente do rol de culpados, bem como de quaisquer registos de antecedentes criminais.

Por derradeiro, vale ressaltar que essa decisão, conquanto não abarque os efeitos patrimoniais, já que não há requerimento nesse sentido, não afasta a possibilidade, em ação específica, de ser o Estado condenado a pagar indenização pelos danos morais sofridos, bem como a ressarcir os valores correspondentes aos salários devidos e não recebidos no período em que permaneceu excluído da polícia militar.

É como voto.

Sala das Sessões das Câmaras Criminais Reunidas do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, em São Luís, 11 de abril de 2008.

Des. Antônio Fernando Bayma Araújo
Presidente

Des. Mário Lima Reis
Relator

Além dos signatários, participaram do julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Maria Madalena Alves Serejo, Maria dos Remédios Buna Costa Magalhães, José Joaquim Figueiredo dos Anjos, Lourival de Jesus Serejo Sousa, Raimundo Nonato de Sousa e Jaime Ferreira de Araújo, tendo funcionado, pelo Ministério Público Estadual, a Dra. Flávia Tereza Viveiros Vieira.

TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL
SESSÃO DO DIA 14 DE ABRIL DE 2008
APELAÇÃO CRIMINAL Nº. 025157/2007 - CODÓ

Apelante: Antoniel de Almeida Lira
Advogado: José Arias da Silva
Apelado: Ministério Público do Estado Do Maranhão
Procuradora: Flávia Tereza de Viveiros Vieira.
Relator: Des. Lourival Serejo
Revisor: Des. Joaquim Figueiredo

ACÓRDÃO Nº. 0726762008

EMENTA

PENAL. PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. FUGA DO RÉU. INAPLICABILIDADE DOS ARTS. 594 E 595 DO CPP POR AF-RONTA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. CRIME DE TRÁ-FICO DE ENTORPECENTE. AUTORIA E MATERIALIDADE COM-PROVADAS. RELEVÂNCIA E VALIDADE DOS DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS. IMPOSSIBILIDADE DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA O ART. 45 DA LEI N. 11.343/06. CONDENAÇÃO MANTIDA. DOSIMETRIA APLICADA CORRETAMENTE. REPRIMENDA FIXA-DA EM PATAMAR NECESSÁRIO À REPROVAÇÃO DA CONDUTA.

1. A interpretação, conforme Constituição dos artigos 594 e 595 do CPP, conduz ao entendimento de que não é obrigatório o recolhimento à prisão para exercício do duplo grau de jurisdição, em homenagem à garantia constitucional da ampla defesa e o duplo grau de jurisdição ao réu foragido.

2. Validade das declarações prestadas pelos policiais, não se vislumb-rando qualquer indício de interesse em prejudicar o acusado. Ouvidos

sem qualquer contradita, seus depoimentos merecem indiscutível valor como meio de prova.

3. As condições que envolveram o flagrante e o teor das investigações praticadas pelos policiais permitem concluir pela comprovação da autoria e tipicidade do delito.

4. Não merece prosperar a tese defensiva no que tange à desclassificação para o art. 45 da Lei n. 11.343/06.

5. A reprimenda foi dosada em patamar necessário à reprovação da conduta, nos limites da proporcionalidade e razoabilidade.

6. Apelação improvida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, ACORDAM os Desembargadores da Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, por maioria, contra o voto do Desembargador José Joaquim Figueiredo dos Anjos, e de acordo com o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, acatar a ocorrência de deserção, nos termos do voto do Desembargador Relator.

Participaram do julgamento os Excelentíssimos Senhores Desembargadores José Joaquim Figueiredo dos Anjos (Presidente), Lourival de Jesus Serejo Sousa (Relator) e Raimundo Nonato de Souza (vogal).

Funcionou pela Procuradoria-Geral de Justiça a Dra. Flávia Tereza de Viveiros Vieira.

São Luís, 14 de abril de 2008.

Des. José Joaquim Figueiredo Dos Anjos
Presidente

Des. Lourival de Jesus Serejo Sousa
Relator

RELATÓRIO

ANTONIEL DE ALMEIDA LIRA foi, perante o Juízo da 3ª Vara da Comarca de Codó/MA, condenado pela prática do crime previsto no art. 33 da Lei nº. 11.343/06 (tráfico de drogas), ao cumprimento da pena de 5 (cinco) anos de reclusão, em regime inicialmente fechado, e 500 (quinhentos) dias-multa, na base de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente ao tempo dos fatos, nos termos assim descritos na denúncia (fs. 3/5):

“No dia 26.10.2006, por volta das 11:00 horas, a polícia recebeu uma denúncia anônima dizendo que o acusado e seu irmão Tiago estavam fazendo tráfico de substância entorpecente em uma casa abandonada, na esquina da Rua São Francisco, no bairro São Francisco, nesta cidade. O acusado, para disfarçar o tráfico da substância entorpecente, simulava fazer bonés de crochê em frente à casa abandonada. [...] A polícia encontrou com o acusado um canivete pequeno e R\$ 34,00 (trinta e quatro reais) [...]. na casa abandonada, a polícia encontrou uma touca preta, 14 (quatorze) papalotes de maconha – enrolados em papel de livro – e 10 (dez) pacotes pequenos de maconha do tipo prensada, acondicionados em um plástico transparente, prontos para comercialização”.

Irresignado, o apelante postula o conhecimento e provimento do presente recurso de apelação (fs. 124/131), pugnando pela absolvição do réu, em face da precariedade das provas, aplicando-se a regra do “in dubio pro reo”. Sustenta que os depoimentos dos policiais - testemunhas de acusação - não merecem credibilidade, pois são diretamente

interessados na condenação do apelante.

Caso não seja este o entendimento desta Câmara Criminal, ao final, pleiteia pela desclassificação do suposto crime cometido para a seara do art. 45 da Lei nº 11.343/2006.

Em contra-razões (fs. 133/137), o Ministério Público Estadual manifesta-se pelo conhecimento e improvimento do apelo, mantendo a sentença monocrática em todos os seus termos.

Através do ofício de f. 132, o Delegado de Polícia Civil comunicou ao juízo do feito que, no dia 27.8.2007, o apelante, juntamente com outros presos, fugiu da carceragem 4ª Delegacia de Polícia Civil de Codó.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça apresentou o parecer (fs. 148/154) subscrito pela eminente Procuradora de Justiça Dra. Flávia Tereza de Viveiros Vieira de Justiça, que se pronunciou pelo não conhecimento do recurso, em face da ocorrência da deserção, já que o apelante fugiu logo após interpor o presente apelo, nos moldes do art. 595 do CPP.

É o relatório.

VOTO

O art. 595 do Código de Processo Penal determina seja declarada deserta a apelação caso o réu condenado, após ter recorrido, venha a fugir.

Todavia, a interpretação, conforme à Constituição dos artigos 594 e 595 do CPP, conduz ao entendimento de que não é obrigatório o recolhimento à prisão para exercício do duplo grau de jurisdição, em face da direta violação aos já consagrados princípios constitucionais da ampla defesa e da afirmação de inocência.

Nesse sentir, é inafastável o direito do condenado de ter a decisão que lhe é desfavorável revista, porquanto isso constitui uma das facetas do exercício do direito à ampla defesa, descabendo, pois, a subordinação do seu efetivo exercício ao cumprimento da cautela processual.

Este também é o entendimento dos grandes mestres do direito processual penal pátrio.

Eugênio Pacelli de Oliveira , em seu Curso de Processo Penal, às páginas 715 e seguintes, assim dispõe sobre a matéria:

“Não se pode admitir que o prévio recolhimento ao cárcere constitua um dos requisitos de admissibilidade do recurso, à guisa de preparo, e nem que a fuga posterior à apelação implique a deserção do citado recurso. Aí a violação, para além do princípio da inocência, atingiria também o princípio da ampla defesa, sobretudo no que respeita à exigência do duplo grau. Parece-nos rematado absurdo admitir que em uma ordem democrática de direito a possibilidade de demonstração de inocência de alguém seja condicionada à prisão prévia”.

No mesmo sentido e com a autoridade que lhe é imanente, Ada Pellegrini Grinover assim discorre sobre o tema:

“A determinação ao réu para que se recolha à prisão não se afina com outros postulados constitucionais. Afrontaria o princípio da isonomia, pois não são impostas exigências com força restritiva semelhante ao direito de recorrer da parte contrária: Ministério Público ou ofendido. Limitaria o amplo exercício do direito de defesa. Impediria plena atuação do duplo grau de jurisdição”.

Inadmissível, portanto, impedir o acesso ao duplo grau de jurisdição, mesmo diante da fuga do réu. Entendimento contrário ofende grave-

mente as garantias constitucionais inerentes ao devido processo legal.

Com essas considerações, não há como deixar de receber o apelo mesmo diante da notícia de fuga do recorrente.

Sobre o tema, confira-se arestos do Superior Tribunal de Justiça: PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. (1) FUGA. APELAÇÃO. DESERÇÃO. CONSTRANGIMENTO. RECONHECIMENTO DE OFÍCIO. (2) PRÉVIA ORDEM NÃO CONHECIDA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. CONHECIMENTO NESTA INSTÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. 1. No Estado Democrático de Direito, identificado pelo respeito ao devido processo legal, não tem lugar a aplicação a disposição do art. 595 do CPP, que obstaculiza a ampla defesa e o duplo grau de jurisdição ao réu foragido. 2. Assegurado o processamento da apelação, garante-se a apreciação da matéria objeto do prévio writ. 3. Não tendo sido conhecida a prévia ordem, não é dado a este Tribunal da matéria, sob pena de indevida supressão de instância. 4. Writ não conhecido e ordem, de ofício, concedida para anular a decisão que aplicou a disposição do art. 595 do Código de Processo Penal, a fim de que se julgue a apelação do paciente (Apelação Criminal n. 1.757/01, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro).(HC 65.458/RJ, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 04.09.2007, DJ 24.09.2007 p. 376)

PROCESSO PENAL - HABEAS CORPUS - APELAÇÃO - FUGA DO RÉU - DESERÇÃO - APLICAÇÃO DO ART. 595 DO CPP - DESCABIMENTO - AFRONTA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO CONTRADITÓRIO, DA AMPLA DEFESA E DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO - ART. 5º, INCISOS LV E LVII - ORDEM CONCEDIDA - A nova ordem jurídico-constitucional inaugurada com a CF/88 não recepcionou a norma esculpida no art. 595 do CPP. As disposições do art. 595 do CPP não podem impedir que se conheça da apelação do réu foragido, porque seria desconsiderar os princípios

contidos no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal. Tendo como balizas os princípios da ampla defesa, do duplo grau de jurisdição e o inegável anseio de status libertatis inerente a todo e qualquer ser humano, entendo que, embora havendo fuga do sentenciado ou ausência de recolhimento deste ao cárcere após a interposição de recurso, não há que se falar em deserção. Ordem concedida para que o tribunal a quo conheça do recurso interposto. (STJ - HC 200400796714 - (35997 SP) - 6ª T. - Rel. Min. Paulo Medina - DJU 21.11.2005 - p. 00304)

Forte nesses argumentos, CONHEÇO da apelação porque revestida dos pressupostos de admissibilidade intrínsecos e extrínsecos.

Passo a análise do mérito.

A materialidade delitiva está demonstrada pelo auto de prisão em flagrante (fs. 11/14); auto de apresentação e apreensão (f. 20) e laudos periciais (f. 24 e f. 55).

Na hipótese dos autos, os indícios seguros e evidentes norteiam a condenação do réu pelo crime descrito na denúncia.

Interrogado em juízo (fs. 84/86), o apelante negou a autoria do delito aduzindo:

“[...] que a droga apreendida pela polícia não pertence ao interrogado; que no momento em que a droga foi apreendida, o acusado se encontrava em uma outra casa; que nessa ocasião a blitz passou pelo acusado umas três vezes, no momento em que o acusado fazia uns bonés de crochês na casa de uma senhora de nome desconhecido do depoente; que da quarta vez, a polícia encostou e prendeu o interrogado, por ser o mesmo irmão de Thiago, suspeito em tráfico de drogas; [...] que a droga foi apreendida em uma casa abandonada onde havia vários meninos; que o acusado chegou a se deslocar por três vezes até a refer-

ida residência, onde jogava baralho; [...] que a maconha apreendida pertence provavelmente a essas pessoas que se encontravam na casa abandonada; que é usuário de maconha desde a idade de 12 (doze) anos; que não reconhece a procedência dos papelotes de maconha que lhes foram exibidos nesta audiência [...]"

Apesar da negativa de autoria, esta se encontra demonstrada nos autos.

O delegado de polícia civil, Francisco de Assis Andrade Ramos, quando ouvido pela autoridade judicial, às fs. 87/88, afirmou:

"[...] que no dia e hora dos fatos denunciados o depoente se encontrava em diligências, juntamente com vários policiais militares e civis, dentre ele o policial Denílson; que o acusado não tem passagem pela polícia desde agosto de 2006, até a presente data; que o depoente tomou conhecimento do envolvimento do acusado por meio de telefone da delegacia; que a denúncia anônima recebida consistia em informar que uma pessoa com as características do acusado estava traficando drogas, sob o disfarce da venda de bonés; que a denúncia também consistia em informar que o acusado estava com vários jovens na frente de uma casa abandonada, vendendo drogas pelos fundos da referida casa; que nessa ocasião o depoente mandou um policial civil averiguar a veracidade da denúncia; que o policial retornou via rádio confirmando toda a denúncia feita pela denunciante; [...] que o quando o depoente chegou no local suspeito, os jovens que ali se encontravam saíram em disparada, deixando as bicicletas; [...] que a droga foi apreendida dentro de um fogão velho [...]"

A testemunha Denílson Carlos Gomes de Oliveira, policial militar que participou das diligências que culminaram com a prisão do apelante, confirma os fatos narrados na denúncia, vejamos (f. 89):

“[...] que o depoente recebeu a informação do próprio delegado de que o acusado estava vendendo drogas em frente ao bar do “Semilton”, informações estas recebidas através de denúncia anônima; [...] que o próprio depoente foi quem apreendeu mais de 10 (dez) papелotes de maconha e mais uma quantidade avulsa [...]”.

Por sua vez, a testemunha Raimundo Walter de Santana Almeida (f. 91) ratificou os fatos relatados pelas testemunhas acima citadas.

Essas declarações encontram-se em perfeita harmonia com o conjunto probatório, não deixando margem para dúvidas quanto à prática de tráfico de entorpecentes pelo acusado, na modalidade “ter em depósito” ou “guardar”.

Sobre o depoimento dos policiais que participaram da operação e efetuaram a prisão em flagrante do acusado, verifica-se que tais testemunhos foram corretamente valorados pelo magistrado sentenciante. É que além de firmes e coesos, neles foram descritos detalhes desde a abordagem do acusado até a apreensão da droga, descrevendo a quantidade e o local em que a mesma foi encontrada.

Registra-se, por oportuno, a importância e validade das declarações prestadas pelos policiais, não se vislumbrando qualquer indicio de interesse em prejudicar o acusado. Ouvidos sem qualquer contradita, seus depoimentos merecem indiscutível valor como meio de prova.

O alibi que o apelante sustentou na fase inquisitiva e em juízo - a droga apreendida era para uso pessoal - não passa de mero argumento, pois não encontra respaldo no contexto probatório.

As condições que envolveram o flagrante e o teor das investigações praticadas pelos policiais permitem concluir pela comprovação da autoria e tipicidade do delito.

E quanto a isso não valem os argumentos de que o apelante não foi flagrado vendendo ou portando a droga. É que o tráfico de entorpecentes é um crime de ação múltipla, em que são admitidas as 18 (dezoito) condutas, todas tipificadas no artigo 33 da Lei n. 11.343/06, não fazendo a lei qualquer distinção entre o ato de “trazer” ou “guardar” drogas com o ato de “vender” propriamente dito.

Não merece prosperar a tese defensiva no que tange à desclassificação para o art. 45 da Lei n. 11.343/06 que assim dispõe:

“É isento de pena o agente que, em razão da dependência, ou sob o efeito, proveniente de caso fortuito ou força maior, de droga, era, ao tempo da ação ou da omissão, qualquer que tenha sido a infração penal praticada, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”.

Não há nos autos nenhuma prova acerca do estado psicológico do apelante. Nada que ateste que o réu era, ao tempo da infração, incapaz de entender o caráter ilícito do fato. O que existe são apenas relatos feitos pelo próprio acusado quando do seu interrogatório em juízo, vejamos:

“[...] que recebeu recomendação médica para fazer uso de remédio controlado, entretanto o mesmo não submeteu a nenhum tipo de tratamento; que o interrogado, há oito anos atrás, foi espancado por umas 10 (dez) pessoas, recebendo golpes de pedras na cabeça, chegando inclusive a “afundar” uma parte de seu crânio; que durante o tempo em que o interrogado deixou de fumar a maconha vem sofrendo vários distúrbios, dentre eles: tonturas, dores de cabeça e dor nos olhos [...]”

Em que pese tais afirmações, a defesa não trouxe aos autos nenhuma prova, seja oral ou documental, capaz de comprovar tais afirmações. As testemunhas de defesa sequer souberam informar se o apelante faz uso de algum remédio controlado.

Nesse contexto, comprovadas autoria e materialidade, inevitável é concluir pela condenação do apelante, como incurso nas penas do art. 33 da Lei n. 11.343/06.

Examinando a quantidade da pena imposta ao apelante, não há retoque a ser feito. A dosagem da reprimenda foi tecnicamente aplicada dentro dos limites estatuídos pelo preceptivo legal correspondente (art. 33 da Lei n. 11.343/06), com a apreciação individual de cada uma das circunstâncias judiciais (CP, art. 59), bem como com a correta aplicação do disposto no art. 42 da Lei de Drogas. Ademais, a sanção foi fixada em patamar necessário à reprovação da conduta, nos limites da proporcionalidade e razoabilidade.

DO EXPOSTO, com amparo nesses fundamentos, conheço a apelação, porém nego-lhe provimento, para manter intacta a sentença hostilizada.

Sala das Sessões da Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, em São Luís, 14 de abril de 2008.

Des. Lourival de Jesus Serejo Sousa
Relator

TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL
SESSÃO DO DIA 14 DE JULHO DE 2008
HABEAS CORPUS Nº. 007963/2008 - BOM JARDIM

Paciente: Rideilson Rodrigues de Carvalho
Impetrante: Rideilson Rodrigues de Carvalho
Impetrado: Juiz de Direito da Comarca de Bom Jardim
Procurador de Justiça: José Argôlo Ferrão Coêlho
Relator: Des. Lourival Serejo

ACÓRDÃO Nº. 0747332008

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. DROGAS. PROGRESSÃO DO REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA. REQUISITOS DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL. LEI DE CRIMES HEDIONDOS. NÃO APLICAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL RECONHECIDO.

1. Não aplicação da lei de crimes hediondos em respeito à declaração de sua inconstitucionalidade dada pelo STF, em julgamento do HC nº 82.959. Abstrativização dos efeitos oriundos do controle de constitucionalidade concreto reconhecida.
2. A partir do julgamento do referido habeas corpus e do conhecido caso de “Mira Estrela”, ambos pelo STF, os efeitos da declaração de inconstitucionalidade pelo controle difuso passou a expandir-se além do limite das partes, reclamando sua nova postura hermenêutica dos aplicadores da lei.
3. Tendo em vista o reconhecimento da declaração de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, em sua redação original, para a progressão do regime de cumprimento das penas previstas na Lei nº

11.343/06, com condenação anterior à vigência da Lei nº 11.464/2007, é suficiente o cumprimento dos requisitos previstos no art. 112 da LEP.

4. Ordem concedida para permitir a progressão do regime.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, ACORDAM os Senhores Desembargadores da Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, à unanimidade, de acordo com o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, conceder a ordem de habeas corpus, nos termos do voto do Relator.

Participaram do Julgamento os Excelentíssimos Senhores Desembargadores Paulo Sérgio Velten Pereira (presidente), Lourival de Jesus Serejo Sousa (relator) e José Joaquim Figueiredo dos Anjos.

Funcionou pela Procuradoria-Geral de Justiça, o Procurador José Argôlo Ferrão Coêlho.

São Luís, 14 de julho de 2008.

Des. Paulo Sérgio Velten Pereira
Presidente

Des. Lourival de Jesus Serejo Sousa
Relator

RELATÓRIO

Cuida-se de habeas corpus impetrado por Rideilson Rodrigues de Carvalho, indicando como autoridade coatora o MM. Juiz de Direito da Comarca de Bom Jardim.

Os autos revelam que o paciente pretende obter a progressão do regime de cumprimento da pena, já indeferido pela autoridade impetrada.

A decisão de 1º grau, que indeferiu o pedido de progressão do regime, apoiou-se no fato da Lei nº 11.464/2007, ao alterar o artigo 2º, § 1º da Lei nº 8.072/90 (Lei de crimes hediondos), ter acrescentado o direito à progressão do regime, tão somente quando o réu já tiver cumprido 2/5 da pena, o que no caso dos autos ainda não ocorreu.

O paciente, condenado pelo crime previsto no art. 33 da Lei nº 11.343/06 (Lei de Drogas), informa que já cumpriu mais de 1/6 (um sexto) da pena, tempo suficiente para obter o benefício da progressão do regime de cumprimento da pena, na forma do art. 112 da LEP (Lei nº 7.210/84).

Os fundamentos do habeas corpus estão baseados no fato de que a condenação do paciente é anterior ao advento da Lei nº 11.464/2007, além da declaração de inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei nº 8.072/90, no julgamento do HC 82.959 pelo STF.

Por meio da decisão de f. 31, indeferi o pedido de liminar.

A autoridade impetrada prestou as informações de praxe, noticiando que o paciente não possui direito à progressão do regime, seja porque a nova redação do art. 2º da Lei 8.072/90 prevê requisito temporal de 2/5 de cumprimento da pena, ainda não atingidos pelo paciente, seja porque a declaração de inconstitucionalidade dada pelo STF foi

proferida em caso concreto, possuindo apenas efeito inter partes.

O Ministério Público de 2º grau, em parecer da lavra de seu Procurador de Justiça Suvamy Vivekananda Meireles, manifestou-se pela concessão da ordem.

É o relatório.

VOTO

A impetração atendeu aos critérios exigidos em lei, portanto merece ser conhecida.

Analisando o núcleo deste writ, veja-se que a discussão está voltada para a possibilidade ou não do paciente ter direito à progressão do regime de cumprimento da pena, analisando dois pontos essenciais: aplicação da nova redação dada ao § 1º do art. 2º da Lei de Crimes Hediondos, por força da Lei nº 11.464/2007, e se os efeitos da declaração de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, ainda na sua antiga redação, pode atingir ou não o caso em tela.

A discussão acerca da aplicação ao presente caso dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei de Crimes Hediondos, comporta uma análise introdutória acerca da ampliação dos efeitos de inconstitucionalidade proferidos em controle concreto.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC nº 82.959, reconheceu, por maioria de votos do plenário, a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei nº 8.072/90, afastando, por consequência, sua aplicação ao caso trazido a julgamento, portanto, permitindo a progressão do regime, quando o crime cometido é de natureza hedionda.

Ocorre que, a declaração de inconstitucionalidade nessa situa-

ção aconteceu em controle concreto (difuso), cujos efeitos são produzidos apenas inter partes. Todavia, nesse caso, por envolver matéria de repercussão geral, vem sendo aplicado os feitos dessa inconstitucionalidade a outras situações, transcendendo tais efeitos.

Essa ampliação, acima mencionada, vem sendo sustentada em vários julgamentos pelo próprio Supremo e em outras Cortes do país, bem como por boa parte da doutrina.

Com efeito, a flexibilização das decisões em controle de constitucionalidade concreto, para conferir efeitos amplos que, em regra, seriam produzidos inter partes, é, acima de tudo, uma inovação iniciada pelo STF. Para tanto, esclarece-se que o Min. Gilmar Mendes, em voto proferido no RE 197.917/SP, orientou seu posicionamento nesse sentido, ao demonstrar que o julgamento pendente fica vinculado à decisão do STF que declara a inconstitucionalidade em sistema concreto. Para melhor entender a direção seguida pelo Min. Gilmar Mendes, destaque-se trecho do seu voto no recurso mencionado acima:

Assim, pode-se entender que se o STF declarar a inconstitucionalidade restrita, sem qualquer ressalva, essa decisão afeta os demais processos com pedidos idênticos pendentes de decisão nas diversas instâncias. Os próprios fundamentos constitucionais legitimadores da restrição embasam a declaração de inconstitucionalidade com eficácia *ex nunc* nos casos concretos. A inconstitucionalidade da lei há de ser reconhecida a partir do trânsito em julgado. Os casos concretos ainda não transitados em julgado hão de ter o mesmo tratamento (decisões com eficácia *ex nunc*) se e quando submetidos ao STF. (grifou-se)

No julgamento do habeas corpus de nº 82.959 pelo STF, alvo dessa discussão, o Min. Marco Aurélio, relator do processo, concedeu a ordem, afastando evidente constrangimento ilegal sofrido pelo paciente por não ter tido o direito de progressão do regime de cumprimento da

pena, quando o crime é hediondo.

Ademais, essa possibilidade, ou seja, transcender os motivos que determinaram o julgamento em controle difuso possui grande importância, sobretudo para respeitar os interesses sociais e os princípios da economia processual e da segurança jurídica.

Nesse sentido, Luiz Flávio Gomes, em texto publicado sob o título “STF admite progressão de regime nos crimes hediondos”, demonstra com clareza a possibilidade de aplicação, em demais casos, dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade proferida no HC 82.959 pelo STF.

“Da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade: o STF reconheceu a inconstitucionalidade do § 1º, do art. 2º, da Lei 8.072/1990 (lei dos crimes hediondos) num caso concreto. Logo, de acordo com a clássica doutrina, essa decisão não tem (ou não teria) efeito erga omnes (frente a todos), sim, somente inter partes. Mas convém sublinhar que esse assunto está ganhando uma nova dimensão dentro do STF e é bem provável que chegaremos em breve à conclusão de que, em alguns casos, do controle difuso de constitucionalidade deve também emanar eficácia erga omnes e vinculante (o fenômeno já está recebendo o nome de controle difuso abstrativizado, consoante expressão de Fredie Didier Júnior – ‘Transformações do recurso extraordinário’. Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins. Teresa Wambier e Nelson Nery Jr. (coord.). São Paulo: RT, 2006, p. 104-121).”

Em outra passagem, o Prof. Luiz Flávio Gomes, conclui:

“No caso do HC 82.959 acham-se presentes todos os requisitos dessa nota ‘abstrativizadora’ (ou generalizadora). Com efeito, a decisão foi do Pleno do referido Tribunal. De outro lado, cabe asseverar que a ma-

téria (progressão de regime em crimes hediondos) não foi discutida só em relação ao caso concreto relacionado com o pedido do condenado, sim, o tema foi debatido e discutido olhando-se para a lei ‘em tese’ (não se voltou unicamente para o caso concreto). Ademais, houve a preocupação de se definir a extensão dos efeitos da decisão, para disciplinar relações jurídicas pertinentes ‘a todos’ (não exclusivamente ao caso concreto).”

Portanto, por me filiar à corrente de ser possível a ampliação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade declarada em controle difuso, como é o caso aqui demonstrado, entendo que o paciente possui o direito à progressão do regime, atendendo aos requisitos do artigo 112 da LEP. Quanto a isso, não deve ser aplicada a nova redação dada pela Lei nº 11.464/2007, pelo fato da condenação do réu ter sido anterior ao advento da referida lei, além de não ser ela favorável ao paciente.

Assim, verificando que o paciente atende aos requisitos da lei, a ordem deve ser concedida, a permitir a progressão do regime, na forma do artigo 112 da LEP, cujos requisitos deverão ser confirmados pelo juízo da execução.

Com amparo nesses fundamentos, **CONCEDO** a ordem pretendida apenas para permitir ao réu a progressão do regime na forma estabelecida acima.

É como voto.

Sala das Sessões da Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, em São Luís, 14 de julho de 2008.

Des. Lourival de Jesus Serejo Sousa
Relator

**JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA - DENÚNCIA CONTRA
PREFEITO**

TRIBUNAL PLENO
SESSÃO DO DIA 1º DE AGOSTO DE 2007.
DENÚNCIA Nº. 05706/2007 -
SÃO DOMINGOS DO MARANHÃO.

Autor: Ministério Público Estadual.
Procurador: Dr. Reinaldo Campos Castro.
Denunciado: Luís Feitosa da Silva.
Advogados: Emmanuel Almeida Cruz e outro.
Relator: Des. Antonio Guerreiro Junior.

ACÓRDÃO Nº. 0676772007

EMENTA

PENAL. PROCESSUAL PENAL. AÇÃO CRIMINAL DE COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA. PREFEITO MUNICIPAL. LICITAÇÃO. ARGÜIÇÃO DE SUPOSTAS IRREGULARIDADES. ART. 89 DA LEI 8.666/93. DENÚNCIA. REQUISITOS. PREENCHIMENTO. ART. 41 DO CPP. RECEBIMENTO.

I – É de ser recebida denúncia formulada em conformidade com o disposto no art. 41 do CPP, contendo exposição e circunstâncias dos fatos supostamente admitidos como criminosos e a qualificação do acusado, bem como o amoldamento às figuras típicas do art. 89 da Lei 8.666/93, por argüição de supostas irregularidades em processo de licitação.

II – Denúncia Recebida.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, ACORDAM os Senhores Desembargadores membros do Pleno do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, por unanimidade, em receber a denúncia, nos termos do voto do Desembargador Relator.

São Luís, 1º de agosto de 2007.

Des. Raymundo Liciano de Carvalho.
Presidente

Des. Antônio Guerreiro Júnior.
Relator

Votaram os Senhores Desembargadores: Antonio Guerreiro Júnior - Relator, Antonio Fernando Bayma Araújo, José Stélio Nunes Muniz, Maria Madalena Alves Serejo, Jamil de Miranda Gedeon Neto, Cleones Carvalho Cunha, Nelma Sarney Costa, Mário Lima Reis, Raimunda Santos Bezerra, José Joaquim Figueiredo dos Anjos, Marcelo Carvalho Silva, Maria das Graças Castro Duarte Mendes, Paulo Sérgio Velten Pereira, Lourival de Jesus Serejo Sousa e Raimundo Nonato de Souza.

Funcionou pela Procuradoria Geral de Justiça a Dra. Selene Coelho de Lacerda.

RELATÓRIO

Trata-se de denúncia oferecida pelo d. representante do Ministério Público Estadual contra Luís Feitosa da Silva, Prefeito do Município de Governador Luiz Rocha, imputando-lhe a prática do crime previsto no art. 89 da Lei 8.666/93 c/c art. 69 do Código Penal.

O eminente Sub-Procurador Geral de Justiça relata, na parte factual da denúncia, que o Tribunal de Contas deste Estado, analisando as contas do exercício financeiro de 2003 da Prefeitura de Governador Luiz Rocha, detectou a existência de várias irregularidades e ilicitudes supostamente cometidas pelo gestor da referida municipalidade – ora apontado como denunciado.

Suscita haver fragmentação de despesas na aquisição dos

produtos relacionados a seguir: peças para veículos (sete notas de empenho que somam R\$ 23.071,40 no total); gêneros alimentícios (treze notas de empenho que somam R\$ 84.729,40 no total); combustível (seis notas de empenho que somam R\$ 26.366,25 no total); e medicamentos (dez notas de empenho que somam R\$ 43.066,40 no total) – o que configuraria, em tese, a prática de crime previsto na Lei de Licitações.

Alega, neste pormenor, que os gastos com os gêneros sobreditos estão na esfera de previsibilidade de toda Administração Municipal, motivo pelo qual as despesas referentes a cada item deveriam ter sido realizadas de uma vez só e com prévia licitação.

Argüi também que o denunciado teria procedido a despesas sem o devido processo licitatório, no referente ao pagamento de serviços prestados por médico (R\$ 265.405,59) e por contador (R\$ 22.000,00) o que também revelaria a prática do delito previsto no art. 89 da Lei 8.666/93.

Ao final, pugna o d. denunciante pela condenação do denunciado nas sanções do art. 89 da Lei 8.666/93 c/c art. 69 do CP.

Determinei a notificação do acusado para oferecer resposta aos termos da presente denúncia (fl. 199).

O réu, através de advogado devidamente constituído nos autos, respondeu aos termos da peça acusatória e fez juntada de provas, conforme fls. 220/261, impugnando as razões ministeriais e invocando, preliminarmente, a inépcia da inicial. No mérito, defendeu a inexistência de conduta delitiva, requerendo, por fim, a rejeição da denúncia.

É o relatório.

V O T O

O denunciado suscitou, preliminarmente, a inépcia da inicial, no sentido de que o Ministério Público teria adotado como suporte para a denúncia o Relatório de Informação Técnica (RIT) nº 550/2004, elaborado em 23.12.2004, documento que havia sido posteriormente substituído pelo RIT nº 78/2005, elaborado em 29.02.2005.

Tal fato prejudicaria, no seu entendimento, o exercício do direito de ampla defesa e levaria à inviabilidade da denúncia.

Todavia, observo que a inicial sob exame foi lastreada com a cópia integral do processo administrativo 5296AD/2006 (fls. 07/192), onde consta tanto o RIT nº 550/2004 como o RIT nº 78/2005, dentre vários outros elementos de prova.

Assim, no contexto do contraditório, a parte acusada haverá de se defender dos fatos alegados na acusação, bem como poderá exercer ampla defesa em relação a todas as provas juntadas pelo Ministério Público – incluindo os dois relatórios supracitados – o que não afigura, a meu sentir, qualquer vício insanável no petitório.

Ademais, entre um documento e outro, não vislumbrei quaisquer alterações relevantes, no que tange aos fatos delituosos atribuídos ao denunciado. Diga-se isto porque o relatório contemporâneo não acolheu a defesa administrativa adotada pelo réu, após a emissão do relatório mais antigo, mantendo, quanto à matéria objeto da denúncia, as mesmas situações fático-jurídicas acima relatadas.

Assim, permaneceram as imputações de irregularidade posteriormente reiteradas no julgamento ocorrido no TCE/MA, nos termos do Parecer Prévio PL-TCE nº 51/2006 (fls. 51/57), material probatório que também instruiu a peça de acusação ora em análise.

Assim, rejeito tal arguição.

Também não merece acolhida a arguição de suposto vício no direito de defesa do denunciado, no âmbito do processo administrativo que tramitou no TCE/MA, na medida em que as instâncias administrativa e criminal são “independentes e autônomas, não estando o Ministério Público vinculado às conclusões do Tribunal de Contas” (HC 16279/SP, rel. Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, DJ de 10/09/2001).

Deste modo, ainda que fosse favorável ao denunciado a investigação técnico-contábil realizada pela Corte de Contas, não estaria obstado ao Parquet a possibilidade de oferecimento de denúncia em seu desfavor, caso vislumbrasse, por meio de outros elementos, a existência de possível crime. Em qualquer situação, estaria assegurado, no âmbito judicial, o direito do contraditório e da ampla defesa, conforme já ocorrido desde a fase premonitória ora em curso, com a concessão de prazo para o réu apresentar as suas manifestações escritas, com a indicação das provas que julgasse da sua conveniência.

Veja-se, neste sentido, o precedente do c. STJ, abaixo colacionado, verbis:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIME DE RESPONSABILIDADE DE PREFEITO. ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA NOS FEITOS ADMINISTRATIVOS REALIZADOS PELO TRIBUNAL DE CONTAS. VIA INADEQUADA. AUSÊNCIA DE RISCO À LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO. WRIT DEFICITARIAMENTE INSTRUÍDO.

1. Não se afigura adequada a utilização de habeas corpus para reconhecer a ocorrência de possíveis irregularidades ocorridas em procedimento do Tribunal de Contas, uma vez que o resultado da auditoria realizada não importa, em si mesmo, imposição de pena, a ponto de colocar em

risco a liberdade de locomoção.

2. Aliás, somente seria possível vislumbrar a ocorrência de cerceamento de defesa, a ponto de ensejar a impetração do writ, caso restasse configurado não ter havido a notificação do ora Paciente para que pudesse, a teor do disposto no art. 2º, I, do Decreto-Lei nº 201/67, apresentar sua defesa escrita antes do recebimento da denúncia oferecida em seu desfavor, o que não ocorreu na espécie.

3. Ainda que se fizesse necessária a oitiva do ora Paciente nos feitos administrativos realizados pela Corte de Contas, como quer fazer crer o Impetrante, vê-se que não juntou aos autos qualquer documento que pudesse comprovar, de forma efetiva, o alegado cerceamento de defesa.

4. Habeas corpus denegado. (HC 39.173/PE, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 06.02.2007, DJ 16.04.2007 p. 219)

Assim, não havendo elementos suficientes que pudessem comprovar, de forma efetiva, o alegado cerceamento de defesa, tanto no âmbito da Corte de Contas como também deste Tribunal de Justiça, rejeito tal argüição preliminar.

Por último, há de se rejeitar a suposta inépcia da prefacial por não indicação da conduta individual do denunciante.

Diga-se isto porque a presente denúncia está formalmente perfeita, preenche todos os requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal, eis que qualifica o denunciado, faz a exposição completa dos fatos criminosos, com suas circunstâncias, dando o seu enquadramento e capitulação legal e indicando o dispositivo violado, além do que retrata um crime em tese e tem por sustentáculo elementos colhidos na via administrativa, sendo seu recebimento a regra, deixando-se às partes a oportunidade de trazer aos autos, no curso da instrução criminal, as provas de que dispõe.

Com efeito, segundo consta no processo administrativo TCE/MA 5296AD/2006 (fls. 07/192), o denunciado teria, em tese, praticado o famigerado expediente de fragmentação de despesas na aquisição de peças para veículos, gêneros alimentícios, combustível e medicamentos. Também se faz mister investigar, no âmbito da ação penal, a possível ilicitude materializada na ausência de prévia licitação a justificar despesas com prestação de serviço médico e contábil, situações de fato que configurariam, em tese, a prática de crime previsto na Lei de Licitações.

Diante de tal contexto, há sérios indícios da prática do delito previsto no art. 89 da Lei 8.666/93, pela suposta ocorrência de dispensa e/ou inexigibilidade de licitação fora das hipóteses previstas em lei ou inobservância das formalidades pertinentes à dispensa e/ou à inexigibilidade de tal procedimento.

Assim, há, em princípio, justa causa para a ação penal, não se podendo, de plano, reconhecer a atipicidade da conduta do denunciado, em face da aplicação do princípio do *in dubio pro societate*.

Na trilha do exposto, e sem maior aprofundamento no mérito da questão, para não incorrer em prejulgamento, presentes, nessa análise perfunctória, provas da materialidade e indícios da autoria, e não se vislumbrando a ocorrência de qualquer das hipóteses alinhadas no art. 43 do CPP, como capaz de motivar a sua rejeição, recebo a denúncia formulada pelo Parquet, determinando a instauração da competente ação penal, para a apuração da suposta prática do delito previsto no art. 89 da Lei 8.666/93, cometida pelo ora denunciado.

É como voto.

Des. Antônio Guerreiro Júnior.
Relator

TRIBUNAL PLENO
SESSÃO DO DIA 26 DE SETEMBRO DE 2007
DENÚNCIA Nº. 017281/2006 -
SÃO DOMINGOS DO MARANHÃO

Denunciante: Ministério Público do Estado do Maranhão
Subprocurador-Geral de Justiça: Reinaldo Campos Castro
Denunciado: Antônio de Castro Nogueira
Advogados: Renata de Caroli e outros
Relatora Designada: Des. Nelma Celeste Souza Silva Sarney Costa
Relator Originário: Des. Jamil de Miranda Gedeon Neto

VOTO VENCIDO

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. DENÚNCIA. PREFEITO MUNICIPAL. FALSA COMUNICAÇÃO AO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO. NÃO ENCAMINHAMENTO DAS CONTAS AO PODER LEGISLATIVO MUNICIPAL NOS TERMOS DOS ARTS.48 E 49 DA LC Nº 101/2000. CRIMES PREVISTOS NO ART.299, P.ÚNICO, DO CP E NO ART.1º, VI, DO DL Nº 201/67 C/C ART.69 DO CP.

Em tendo sido ofertada a denúncia contra prefeito municipal instruída com prova documental que demonstre que este, ao encaminhar a prestação de contas do município ao Tribunal de Contas do Estado, fez inserir no expediente de encaminhamento falsa declaração no sentido de que havia disponibilizado uma cópia das contas à Câmara Municipal para consulta pública como determinado pelo artigo 49 da Lei de Responsabilidade Fiscal, LC nº 101/2000, impõe-se o recebimento da denúncia por infringência ao disposto no artigo 299 e parágrafo único do Código Penal, não havendo como ser reconhecida, pela mera sustentação em defesa preliminar desacompanhada de prova a respeito, a ausência de dolo específico.

A não disponibilização, pelo prefeito municipal, das contas do exercício financeiro do município, à câmara de vereadores, para consulta e apreciação pelos cidadãos e instituições da sociedade, de modo a tornar efetiva a transparência da gestão financeira como estabelece o artigo 49 da Lei de Responsabilidade Fiscal, não caracteriza crime de responsabilidade previsto no artigo 1º, inciso VI do Decreto-Lei nº 201/67, que trata do ato omissivo de deixar de prestar contas da administração financeira do município, até porque, pela sistemática legislativa em vigor, a prestação de contas do gestor municipal é feita através do Tribunal de Contas do Estado, que, por sua vez, após emitir parecer prévio a respeito, as encaminha à câmara para o devido julgamento.

Ministério Público do Estado do Maranhão, por seu Procurador Geral de Justiça, ofereceu a presente denúncia contra Antônio de Castro Nogueira, brasileiro, casado, portador do CPF nº 021.956.233-49, Prefeito do Município de São Domingos do Maranhão, onde é residente e domiciliado, na BR 135, Km 316 (fls. 02 e 19), sob a alegação de que o mesmo, ao encaminhar a prestação de contas do Município, referente ao exercício financeiro de 2005, ao Colendo Tribunal de Contas do Estado do Maranhão, inseriu na mensagem de encaminhamento, em 17.04.2006, a falsa declaração de que uma via da prestação de contas tinha sido destinada à Câmara de Vereadores local, em cumprimento do que dispõe o art. 49 da Lei de Responsabilidade Fiscal, LC nº 101/2000, tendo, por consequência, se omitido em prestar contas ao Poder Legislativo Municipal, estando, por isso, incurso nas sanções do art. 299 e parágrafo único do Código Penal e do art. 1º, VI, do Decreto-Lei nº 201/67 c/c art. 69 do mesmo Código.

A denúncia veio instruída com os documentos de fls. 07/40.

Após a sua notificação (fls. 46ss), o denunciado apresentou a defesa preliminar de fls. 61/65, através da qual sustentou não ter

havido a vontade livre e consciente de enviar declaração falsa ao TCE, porquanto, no dia seguinte ao encaminhamento da prestação de contas a esse Órgão, ou seja, em 18.04.2006, enviou o ofício nº 27/2006 ao Presidente da Câmara Municipal, através do qual justificou que, em virtude da quantidade de documentos remetidos àquele Tribunal, cerca de quarenta mil, não foi possível enviar a prestação de contas ao Legislativo no prazo determinado por lei, tendo solicitado prorrogação de prazo para esse fim, comprometendo-se a remeter a documentação tão logo tivesse em mãos as cópias da mesma.

Acrescenta ainda que, ao efetuar a declaração tida por falsa, a sua intenção era cumprir o que havia declarado. Porém, em função dos acontecimentos, acabou impossibilitado, não desejando, em nenhum momento, ludibriar o Tribunal de Contas, tanto que, posteriormente, as contas foram enviadas à Câmara, não havendo que se falar em cometimento do crime de falsidade ideológica ante a ausência do dolo específico.

Argumentou ainda o denunciado, na mesma peça de defesa, que não se omitiu em prestar contas à Câmara de Vereadores, vez que estas, mesmo de forma intempestiva, foram-lhe disponibilizadas, sendo totalmente improcedente a acusação feita pelo Parquet ao pretender tipificar sua conduta como crime de responsabilidade previsto no art. 1º, VI, do Decreto-Lei nº 201/67.

Encaminhados os autos com vista ao denunciante, este, às fls.76/83, reafirmou os termos da inicial penal.

São estes os fatos relevantes.

VOTO

Verifico, e o relatório supra bem traduz essa realidade, que a denúncia encontra-se formalmente em ordem, apta, portanto, a produzir os seus efeitos legais, porquanto preenche os requisitos de que trata o art. 41 do Código de Processo Penal, quais sejam, a exposição dos fatos incriminadores com todas as suas circunstâncias, a suficiente qualificação do denunciado de modo a afastar qualquer dúvida a seu respeito e a especificação dos crimes que lhe estão sendo imputados, além de vir instruída com documentos, conter nome de testemunha a ser ouvida em Juízo e pedido de condenação.

Por outro lado, afigura-me correta a posição do Ministério Público, que, com base na Sumula nº 243 do STJ, deixou apresentar proposta de suspensão do processo.

Eis a redação da mencionada Súmula:

“O benefício da suspensão do processo não é aplicável em relação às infrações penais cometidas em concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada, seja pelo somatório, seja pela incidência da majorante, ultrapassar o limite de 1 (um) ano”.

Cabe ressaltar que nenhum dos crimes atribuídos ao denunciado se insere no conceito de crime de menor potencial ofensivo de que cuida o art. 61 da Lei nº 9.099/95, com a nova redação dada pela Lei nº 11.313/2006, ou seja, nenhum deles tem pena máxima prevista não superior a 2 (dois) anos, assim como também não admite a suspensão condicional do processo, vez que as penas mínimas cominadas em abstrato aos crimes imputados ao agente na denúncia, em concurso material, ultrapassam o limite máximo previsto no art. 89 da Lei nº 9.099/95, que é de 1 (um) ano.

Para o crime de falsidade ideológica, tipificado no art. 299 e parágrafo único, do Código Penal, a pena prevista é de um a cinco anos de reclusão, com aumento de sexta parte se o agente for funcionário público e o comete prevalecendo-se do cargo, e para o crime de responsabilidade capitulado no art. 1º, VI e § 1º, do DL nº 201/67, a pena prevista é de detenção de 3 (três) meses a 3 (três) anos.

Examino, então, o pedido de recebimento da peça acusatória.

Às fls. 19 encontra-se cópia da mensagem subscrita pelo denunciado, endereçada ao Colendo Tribunal de Contas do Estado do Maranhão através de seu Presidente, o Conselheiro Edmar Serra Cutrim, com a comprovação de que ali foi protocolada em 17.04.2006, sob o nº 3648, com o seguinte teor:

“Apresento, perante Vossa Excelência para apreciação e julgamento, na forma constitucional, minha prestação de contas de governo, relativa ao exercício de 2005 Município de São Domingos do MA, de conformidade com o disposto no artigo 24 da Instrução Normativa TCE-MA nº 009, de 2 de fevereiro de 2005.

Declaro para todos os efeitos legais, que, em razão do que dispõe o art. 49 da Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000, uma via da prestação de contas está disponível no órgão responsável pela sua elaboração, e outra destinada a Câmara dos Vereadores”.

No dia imediatamente posterior ao encaminhamento das contas ao TCE, ou seja, em 18.04.2006, como afirma o próprio denunciado em sua defesa, ele oficiou à Câmara de Vereadores, pedindo prorrogação de prazo para encaminhar-lhe a prestação de contas, como comprova o documento de fls. 11.

Dez dias após o denunciado ter protocolado a prestação de

contas junto ao TCE, mais precisamente em 27.04.2006, a Promotora de Justiça titular da Comarca de São Domingos do Maranhão encaminhou-lhe o ofício nº 237/2006, acompanhado da Recomendação nº 02/2006, através da qual o orientava a encaminhar cópia da prestação de contas, no prazo de 15 (quinze) dias, à Câmara de Vereadores do Município de São Domingos do Maranhão, sob pena de configurar ato de improbidade administrativa, passível de ação civil com possibilidade de culminar inclusive na aplicação da pena de suspensão de direitos políticos, conforme fls. 13/14.

No dia 8 de junho de 2006, o Presidente da Câmara de Vereadores, atendendo à solicitação da Promotoria de Justiça, informou-lhe que o denunciado tinha enviado àquela Casa Legislativa tão-somente o balancete do exercício financeiro de 2005, deixando de enviar os demais documentos, consoante fls. 16/17.

Consta ainda dos autos que, em 19 de julho de 2006, passados, portanto, três meses da data daquele ofício do Prefeito que objetivava justificar à Câmara a ausência do encaminhamento da prestação de contas em razão da quantidade de fotocópias que precisavam ser tiradas e solicitava prorrogação de prazo para tanto, eis que a Promotora de Justiça, no cumprimento de seu dever constitucional (art. 127 da CF), resolveu dirigir-se pessoalmente à Câmara Municipal, onde constatou que o denunciado ainda não tinha enviado àquela Casa a documentação integral referente à aludida prestação de contas, mas tão-somente o balanço geral, como comprova o termo de visita juntado às fls. 20.

Esses documentos atestam, portanto, que o denunciado informou ao Tribunal de Contas do Estado que uma via da prestação de contas tinha sido destinada à Câmara de Vereadores, quando, na verdade, assim não havia procedido, sendo que somente dois meses depois dessa declaração falsa foi que o mesmo resolveu disponibilizar à Câmara apenas o balanço geral, o que não supriu a ausência da prestação

de contas, estando, pois, configurado o cometimento do crime previsto no art. 299 e parágrafo único, do Código Penal, consistindo o elemento subjetivo do tipo no fim objetivado que era alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante, prejudicando a consulta e a apreciação pelos cidadãos e instituições da sociedade, tornando letra morta a garantia de transparência pretendida pelo Estado Democrático de Direito.

Essa garantia foi prejudicada e o crime consumado, ainda que agora as cópias já tenham sido disponibilizadas à Câmara, vez que o direito dos cidadãos e das instituições da sociedade de ter livre acesso às mesmas “durante todo o exercício”, foi reduzido para apenas “parte do exercício”.

E o exercício integral tem como termo inicial a data em que as contas devam ser apresentadas ao Tribunal de Contas do Estado que, no Maranhão, a teor do art. 4º da Instrução Normativa nº 009/2005 do TCE, tem início “a partir de 15 de abril de cada ano”.

Todavia, o denunciado não instruiu sua defesa preliminar com qualquer documento que comprove a sua afirmação no sentido de que, mesmo a destempo, chegou a enviar cópia da prestação de contas à Câmara de Vereadores.

No que concerne ao segundo crime atribuído ao denunciado, de deixar de prestar contas à Câmara de Vereadores, cabe observar o que dispõe o Decreto-Lei nº 201/67, a saber:

“Art. 1º - São crimes de responsabilidade dos Prefeitos Municipais, sujeitos ao julgamento do Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores:

VI - Deixar de prestar contas anuais da administração financeira do Município à Câmara de Vereadores, ou ao órgão que a Constituição do Estado indicar, nos prazos e condições estabelecidos.

§ 1º - Os crimes definidos neste artigo são de ordem pública, punidos os dos itens I e II, com a pena de reclusão de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e os demais com a pena de detenção, de 3 (três) meses a 3 (três) anos”.

Nesse particular, infere-se que, dos fatos narrados na denúncia – que o Prefeito omitiu-se em encaminhar à Câmara de Vereadores do Município de São Domingos do Maranhão cópias dos documentos relativos à prestação de contas do Município, exercício financeiro de 2005, em atendimento às exigências contidas nos artigos 48 e 49 da Lei de Responsabilidade Fiscal (fls. 03) - não se extrai tenha ele praticado o ato omissivo consistente em deixar de prestar contas à Câmara de Vereadores, até porque, pela sistemática jurídica em vigor, as contas da gestão financeira do município são prestadas através do Tribunal de Contas, que, na qualidade de órgão técnico auxiliar do Poder Legislativo, as analisa e emite parecer prévio sobre as mesmas, orientando, assim, o futuro julgamento da Câmara, à qual as contas são em seguida remetidas. E, no caso, não houve omissão de prestação de contas, posto que estas foram prestadas via Tribunal de Contas.

Note-se que o TCE aprecia, por meio de parecer prévio, as contas de governo, e julga as contas de gestão dos ordenadores de despesas em geral.

No caso dos autos, a omissão se deu em relação a outro fato, qual seja, o Prefeito não disponibilizou uma via das contas apresentadas ao TCE, à Câmara de Vereadores, onde ficariam, durante todo o exercício, à disposição para consulta e apreciação pelos cidadãos e instituições da sociedade, vale dizer, para consulta pública, o que é bem diferente do ato omissivo de deixar de prestar contas, até porque a remessa de cópias dos documentos à Câmara não se destina à prestação de contas, mas à colocação das mesmas à disposição da sociedade naquele Casa Legislativa, enquanto outra via das mesmas contas ficará, para o mesmo

fim, no órgão responsável pela sua elaboração.

A Câmara, por sua vez, não apreciará as contas, mas apenas as deixará em suas dependências para consulta pública, ficando no aguardo do pronunciamento do Tribunal de Contas na outra via que a este foi encaminhada para, só então, exercer a sua atividade específica de julgá-las, já orientada pelo parecer prévio.

A respeito da matéria, claras são as disposições da Lei de Responsabilidade Fiscal mencionadas, senão vejamos:

“Art. 48 – São instrumentos de transparência da gestão fiscal, aos quais será dada ampla divulgação, inclusive em meios eletrônicos de acesso ao público: os planos, orçamentos e leis de diretrizes orçamentárias; as prestações de contas e o respectivo parecer prévio; o relatório resumido da execução orçamentária e o relatório de gestão fiscal; e as versões simplificadas desses documentos.

Art. 49 – As contas apresentadas pelo Chefe do Poder Executivo ficarão disponíveis, durante todo o exercício, no respectivo Poder Legislativo e no órgão técnico responsável pela sua elaboração, para consulta e apreciação pelos cidadãos e instituições da sociedade”.

Outrossim, esclarecedora é a Instrução Normativa nº 009/2005, do Colendo Tribunal de Contas do Estado do Maranhão, ao estabelecer:

“Art. 4º - O prefeito, além do cumprimento do disposto no caput do artigo anterior, deverá disponibilizar, a partir de 15 de abril de cada ano, uma via da prestação de contas ao respectivo Poder Legislativo e, outra, ao órgão técnico responsável pela sua elaboração, para consulta e apreciação pelos cidadãos e instituições da sociedade, conforme o art. 49 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal).

Parágrafo único – A forma e o conteúdo da prestação de contas que

será disponibilizada ao público devem ser semelhantes ao da prestação de contas encaminhada ao Tribunal de Contas para apreciação e julgamento”.

Desse modo, ao não disponibilizar ou ao disponibilizar tardiamente, ao público, através da Câmara de Vereadores, uma via das contas encaminhadas ao TCE, o denunciado não cometeu o crime de responsabilidade previsto no art. 1º, VI e § 1º, Dec-Lei nº 201/67, consistente em deixar de prestar contas, mas tão-somente rompeu o princípio da transparência dos atos de gestão financeira, o que não constitui crime, dada a ausência de tipificação da conduta a respeito, caracterizando tão-somente ato de improbidade administrativa, sujeitando o infrator a aplicação de sanções de natureza civil e administrativa, ou político-administrativa, como bem mencionou a Promotora de Justiça da Comarca de São Domingos do Maranhão, em sua Recomendação nº 02/2006, encaminhada ao denunciado e juntada por cópia às fls.13.

Assim, impõe-se o não recebimento da denúncia em relação ao mencionado crime de responsabilidade por não prestação de contas, posto que o denunciado não o cometeu, tendo a denúncia, quanto ao mesmo, descrito fato que não o constitui (art. 43, I, do CPP).

Cabe registrar, por oportuno, que, mesmo entendendo pelo recebimento da denúncia apenas com relação ao crime de falsidade ideológica, tenho ainda por incabível a aplicação do art. 89 da Lei 9099/95 ao presente caso, dada a incidência da majorante prevista no parágrafo único do art. 299 do Código Penal, hábil a alterar a pena mínima originariamente prevista para o aludido crime

Posto isso, voto pelo recebimento parcial da denuncia, tão somente em relação ao crime capitulado no art. 299 e parágrafo único do Código Penal, vez que quanto ao mesmo se encontram presentes as condições da ação penal.

Este foi o meu voto na sessão do dia 26 de setembro de 2007.

São Luís (MA), 10 de outubro de 2007.

Des. Jamil de Miranda Gedeon Neto

TRIBUNAL PLENO
SESSÃO DO DIA 28 DE NOVEMBRO DE 2007
DENÚNCIA N.º. 007116/2007 – SÃO BENTO

Denunciante: Ministério Público Estadual
Subprocuradora-Geral: Selene Coêlho de Lacerda
Denunciado: Nilson Santos Garcia – Prefeito do Município de
Palmerândia
Relator: Des. Cleones Carvalho Cunha.

ACÓRDÃO N.º. 0697802007

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. DENÚNCIA. CRIME DE RESPONSABILIDADE. PRESTAÇÃO DE CONTAS À CÂMARA MUNICIPAL E AO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO. CONDUTA TIPIFICADAS NO ART. 1º, VI, DO DECRETO-LEI N.º 201/67 E NO ART. 299 DO CÓDIGO PENAL. FALTA DE PRESTAÇÃO DE CONTAS E FALSIDADE IDEOLÓGICA. INEXISTÊNCIA DE TIPICIDADE. NÃO RECEBIMENTO.

I – Descritas, na peça acusatória, condutas que não constituem crime, o juiz deixará de recebê-la. Inteligência dos arts. 41 e 42 do Código de Processo Penal;

II – denúncia não recebida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Denúncia n.º 007116/2007, acordam os Desembargadores do Plenário do Tribunal de

Justiça do Estado do Maranhão, por maioria e contra o parecer ministerial, em não receber a denúncia, nos termos do voto do Desembargador Relator, contra o voto do Senhor Desembargador Jamil de Miranda Gedeon Neto, que recebeu parcialmente a denúncia, apenas em relação ao crime de falsidade, e contra o voto do Senhor Desembargador José Joaquim Figueiredo dos Anjos, que, de acordo com o parecer ministerial, recebeu a denúncia.

Acompanharam o voto do Desembargador Relator, na sessão do dia 21.11.2007, os Senhores Desembargadores Jorge Rachid Mubárak Maluf, Etelvina Luiza Ribeiro Gonçalves, Raimundo Nonato de Souza e, nessa sessão, os Senhores Desembargadores Antônio Fernando Bayma Araújo, Antônio Guerreiro Júnior, Cleonice Silva Freire, Nelma Sarney Costa, Paulo Sérgio Velten Pereira.

Acompanharam o voto do Senhor Desembargador Jamil de Miranda Gedeon Neto, na sessão do dia 21.11.2007, os Senhores Desembargadores Anildes de Jesus Bernardes Chaves Cruz, Raimunda Santos Bezerra, Maria das Graças de Castro Duarte Mendes e, nessa sessão, os Senhores Desembargadores Benedito de Jesus Guimarães Belo, Lourival de Jesus Serejo Sousa.

Acompanhou o voto do Senhor Desembargador José Joaquim Figueiredo dos Anjos o Senhor Desembargador Jaime Ferreira de Araújo.

Absteve-se de votar, por não ter assistido ao relatório, o Senhor Desembargador José Stélio Nunes Muniz.

Funcionou pela Procuradoria Geral de Justiça a Dr^a Selene Coelho de Lacerda.

São Luís, 28 de novembro de 2007.

Des. Maria Madalena Alves Serejo
Presidente

Des. Cleones Carvalho Cunha
Relator

RELATÓRIO

Ministério Público Estadual, representado por sua Subprocuradora-Geral de Justiça, propôs a presente denúncia contra Nilson Santos Garcia, Prefeito do Município de Palmerândia, imputando-lhe a prática do crime previsto no art 1.º, VI, do Decreto-Lei n.º 201/6, em virtude da não apresentação das contas públicas à Câmara Municipal de Palmerândia, bem como a prática do delito previsto de art. 299 do Código Penal, ante a suposto prática de falsidade ideológica.

O autor afirma que o Presidente do Tribunal de Contas do Estado do Maranhão, em 10.05.2006, oficiou à Câmara Municipal de Palmerândia, afirmando que o denunciado apresentara contas relativas ao exercício financeiro de 2005, ao tempo que afirmara ter remetido àquela Câmara cópia da referida prestação de contas, acompanhada dos documentos que a instruíram.

Alega que, meses depois da apresentação de contas do Chefe do Executivo, a Câmara Municipal, através de certidão emitida por seu Secretário Geral, noticiou que não havia sido até então protocolado naquele órgão as referidas contas relativas do exercício financeiro de 2005.

Sustenta que o denunciado incorreu nos crimes de responsabilidade, ex vi do art. 1º, VI, do Decreto-lei n.º 201/67, e de falsidade ideológica (CP, art. 299).

Pugna, ao final, o Ministério Público, pelo recebimento da denún-

cia contra Nilson Santos Garcia, com a conseqüente instauração da ação penal, para que seja condenado o acusado nas penas capituladas nas disposições previstas em lei.

O membro do Parquet deixou de apresentar proposta de suspensão do processo face o previsto na Súmula n.º 243/STJ.

Devidamente notificado, o denunciado apresentou, às fls. 138/149 defesa prévia escrita, sustentando, em síntese, a rejeição da denúncia ante a inexistência de fato típico, bem como a ausência de justa causa.

Instada a se manifestar, a Procuradoria Geral de Justiça, por sua Subprocuradora-Geral, Selene Coêlho de Lacerda, ratificou o pedido de recebimento da denúncia, para prosseguimento do feito em seus ulteriores termos.

Era o que cabia relatar.

V O T O

Em que pesem os argumentos alinhavados, não deve prosperar a tese sustentada pelo denunciante, senão vejamos.

Prevê a Constituição Federal no parágrafo único do art. 70 o dever de prestar contas. De acordo com Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, prestação de contas é o demonstrativo, organizado pelo próprio agente, entidade ou pessoa designada, acompanhado dos documentos comprobatórios das operações de receita e despesa, as quais integrarão a tomada de contas do responsável principal pelo órgão encarregado da gestão.

Exaurido o respectivo exercício financeiro, os agentes públicos ordenadores de despesa devem prestar contas de sua gestão e da aplica-

ção dos recursos públicos, sob pena de praticar o crime de responsabilidade previsto no Dec. Lei 201/67:

Art 1.º, VI, do Decreto-Lei n.º 201/67:

VI – Deixar de prestar contas anuais da administração financeira do Município à Câmara de Vereadores, ou ao órgão que a Constituição do Estado indicar, nos prazos e condições estabelecidos.

Tal regra tipifica os crimes de responsabilidade, todavia, o próprio inciso dá margem a atualizações, quando diz: prestar contas à Câmara ou a outro órgão que a Constituição do Estado indicar.

Ocorre que, de acordo com a Constituição Federal de 1988 e por simetria com as Constituições Estaduais, cabe aos Tribunais de Contas dos Estados apreciar as contas dos Prefeitos, emitindo parecer prévio e encaminhando-o à Câmara de Vereadores que julgará as contas podendo a Casa Legislativa inclusive contrariar o parecer prévio do Tribunal, ou de órgão encarregado por lei, desde que o faça por deliberação de dois terços dos membros que a compõe.

Não é diferente o entendimento da doutrina, como faz exemplo Tito Costa. Veja-se:

Compete à Câmara Municipal tomar e julgar as contas da administração legal, tanto as da área do Executivo quanto as do Legislativo depois de terem elas recebido parecer prévio do Tribunal de Contas.

Portanto, resta claro que o Tribunal de Contas auxilia a Câmara de Vereadores no exercício da sua atribuição constitucional de apreciar as contas da administração municipal. Mas o julgamento das contas, esse cabe à Câmara Municipal apenas.

Diz a Constituição do Estado do Maranhão:

Art. 172 – Compete ao Tribunal de Contas do Estado, além das atribuições previstas no art. 71 da Constituição Federal, no que couber, e de outras conferidas por lei, o seguinte:

[...]

II – encaminhar à Câmara Municipal o parecer sobre as contas acompanhado do respectivo processo, e cópia daquele ao Prefeito;

III – comunicar à Câmara Municipal a remessa, ou a falta, dentro de prazo, das contas a que se refere o inciso anterior.

Art. 168 – As contas do Município ficarão durante sessenta dias, anualmente, à disposição de qualquer contribuinte na sede da Câmara Municipal, pelo menos vinte dias antes do julgamento pelo Plenário.

De tais artigos depreende-se a preocupação com a publicidade das contas, com a transparência da gestão do erário e do julgamento das contas - deixando claro que ditas contas ficarão à disposição da sociedade para exame e apreciação, e essa publicidade - é dada exatamente com a afixação das contas na sede da Prefeitura e na sede da Câmara, quando esta as receber.

De acordo com a Lei de Responsabilidade Fiscal :

Art. 48 – São instrumentos de transparência da gestão fiscal, aos quais será dada ampla divulgação, inclusive em meios eletrônicos de acesso público: os planos, orçamentos e leis de diretrizes orçamentárias; as prestações de contas e o respectivo parecer prévio; o Relatório Resumido da Execução Orçamentária e o Relatório de Gestão Fiscal; e as

versões simplificadas desses documentos.

Art. 49 – As contas apresentadas pelo Chefe do Poder executivo ficarão disponíveis, durante todo o exercício, no respectivo Poder Legislativo e no órgão técnico responsável pela sua elaboração, para consulta e apreciação pelos cidadãos e instituições da sociedade.

Pela interpretação sistemática das regras acima, percebe-se que a apresentação de duas prestações de contas simultaneamente para a Câmara e para o Tribunal de Contas do Estado é prescindível. O envio é obrigatório tão-somente para o segundo, que, em seguida, envia o processo com parecer prévio à Câmara para julgamento, sendo que, antes do julgamento, a Câmara deverá disponibilizar ao público as contas públicas recebidas.

Frise-se que malgrado tenha o Tribunal de Contas do Estado emitido a Instrução Normativa nº 09/2005, que, nos termos do seu art. 4º, determina a prestação de contas também ao Poder Legislativo, não há imposição legal que a obrigue. A referida Instrução Normativa não tem força cogente para obrigar alguém a fazer ou deixar de fazer alguma coisa a ponto de sua desobediência ser tipificada como crime, pois consiste tão-somente em procedimento administrativo adotado pela órgão de fiscalização das contas públicas.

De acordo com Diógenes Gasparini:

Instrução normativa é a fórmula mediante a qual os superiores expedem normas gerais, de caráter interno, que prescrevem o modo de atuação dos subordinados, em relação a certo serviço.

Embora a Instrução em referência tenha certo caráter normativo, impondo regras gerais e abstratas, mais uma vez, destaca-se que não pode dar margem à imputação delituosa, sob pena de configurar

lesão ao princípio da legalidade.

Por oportuno, translada-se o art. 4º da Instrução Normativa do TCE:

O Prefeito, além do cumprimento do disposto no caput do artigo anterior, deverá disponibilizar, a partir de 15 de abril de cada ano, uma via da prestação de contas ao respectivo Poder Legislativo e, outra, aos órgãos técnicos responsáveis pela sua elaboração, para consulta e apreciação pelos cidadãos e instituições da sociedade, conforme determina o art. 49 da Lei Complementar n.º 101, de 4 de maio de 2000.

Parágrafo único. A forma e o conteúdo da prestação de contas que será disponibilizada ao público devem ser semelhantes ao da prestação de contas encaminhada ao Tribunal de Contas para apreciação e julgamento.

In casu, imputa-se ao denunciado, na espécie, os tipos capitulados, sucessivamente, nas seguintes regras: a do inc. VI do Dec. Lei 201/67, por não ter sido enviado à Câmara cópia da prestação de contas enviada ao TCE; bem como a prevista no art. 299 do CP, por ter o denunciado afirmado, em formulário expedido pelo Tribunal de Contas do Estado, a entrega anterior das prestações de contas à Câmara Municipal.

O primeiro delito imputado ao denunciado não restou configurado, ante à inexistência de substrato legal, sendo atípica a conduta de deixar de protocolar cópia das contas perante a Câmara Municipal, haja vista só existir obrigação legal de prestação de contas ao TCE, como já explicitado, para só depois ser encaminhada à Câmara, não obstante o teor da Instrução Normativa acima referida.

Nesse sentido, o Colendo Superior Tribunal de Justiça, apreciando caso em que o Tribunal de Justiça de Minas Gerais já havia, inclusive, declarado inconstitucional tal exigência prevista em Lei

Orgânica, decidiu:

HABEAS CORPUS. PREFEITO. PRESTAÇÃO DE CONTAS À CÂMARA MUNICIPAL E AO TRIBUNAL DE CONTAS DO PREFEITO. LEI MUNICIPAL DECLARADA INCONSTITUCIONAL. CONTRARIEDADE À CONSTITUIÇÃO DO ESTADO E À CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. DECRETO-LEI Nº 201/67. ATIPICIDADE DA CONDUTA. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL.

1. Declarada inconstitucional a lei que obrigava o Prefeito do Município de São Pedro dos Ferros/MG a prestar contas, concomitantemente, à Câmara Municipal e ao Tribunal de Contas do Estado, torna atípica a conduta criminosa narrada na denúncia.

2. A Constituição do Estado de Minas Gerais e a Constituição da República prescrevem a análise das contas do Prefeito pela Câmara Municipal somente após a prévia emissão de parecer pelo Tribunal de Contas.

3. A atipicidade da conduta enseja o trancamento da ação penal, por ausência de justa causa. Precedentes.

4. Ordem concedida para trancar a ação penal. (HC 49.849/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 08.03.2007, DJ 26.03.2007 p. 286)

E mais. Sequer existe lei prevendo tal obrigatoriedade. Destarte, conforme assegura a Carta Política de 1988 “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, além do que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

Deve-se ressaltar, ademais, que no tocante à imputação de prática do delito de falsidade ideológica, partindo-se da premissa de que inexistente obrigatoriedade legal de encaminhamento da prestação de contas à Câmara Municipal pelo Chefe do Poder Executivo, não se pode sustentar que sua afirmação prejudique direito, crie obrigação ou altere a verdade sobre fato juridicamente relevante, elementos que constituem a finalidade precípua para configuração do delito de falsidade ideológica, sem o qual o crime não se configura, tornando o fato atípico.

Diz o art. 299 do Código Penal:

Art. 299. Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante.

Face ao exposto, deixo de receber a denúncia formulada em desfavor de Nilson Santos Garcia, Chefe do Poder Executivo do Município de Palmerândia.

É como voto.

Sala das Sessões Plenárias do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, em São Luís, 28 de novembro de 2007.

Des. Cleones Carvalho Cunha
Relator

TRIBUNAL PLENO
SESSÃO DO DIA 9 DE JANEIRO DE 2008.
DENÚNCIA Nº. 8.773/2007 - SÃO BERNARDO

Denunciante: Ministério Público Estadual
Subprocuradora-Geral: Dra. Selene Coelho de Lacerda
Denunciado: Coriolano Coelho de Almeida – Prefeito Municipal de São
Bernardo
Advogados: Drs. Danilo Gonçalves Costa e Lima e Francisco Célio Bezerra
Relator: Des. Jorge Rachid Mubárack Maluf

ACÓRDÃO Nº. 0703942008

EMENTA

PROCESSO-CRIME. PREFEITO MUNICIPAL. DISPENSA DE LICITAÇÃO. FATO EM TESE CARACTERIZADOR DE ILÍCITO CRIMINAL. PRESCRIÇÃO.

I - A prescrição dos crimes previstos na Lei de Licitação rege-se pela regra geral do art. 109 do Código de Processo Penal.

II - Inexistindo, por ora, provas capazes de elidir as imputações que, em tese, revestem-se de credibilidade, impõe-se o recebimento da denúncia.

III - Denúncia recebida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Denúncia nº 8.773/2007, em que figuram como partes os acima enunciados, acordam os Desembargadores do Plenário do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, por unanimidade e de acordo com o parecer da Procura-

doria Geral de Justiça, em receber a presente denúncia.

Participaram do julgamento os Senhores Desembargadores Jorge Rachid Mubárack Maluf – Relator, Milson de Souza Coutinho, Cleonice Silva Freire, Cleones Carvalho Cunha, Nelma Sarney Costa, Benedito de Jesus Guimarães Belo, Maria dos Remédios Buna Costa Magalhães, José Joaquim Figueiredo dos Anjos, Marcelo Carvalho Silva, Paulo Sérgio Velten Pereira, Lourival de Jesus Serejo Sousa e Raimundo Nonato de Souza.

Funcionou pela Procuradoria Geral de Justiça a Dra. Terezinha de Jesus Guerreiro Bonfim.

São Luís, 09 de janeiro de 2008.

Des. Raimundo Freire Cutrim
Presidente

Des. Jorge Rachid Mubárack Maluf
Relator

RELATÓRIO

O Ministério Público Estadual, por meio de sua Subprocuradora-Geral, Dra. Selene Coelho de Lacerda, apresentou denúncia contra Coriolano Coelho de Almeida, Prefeito Municipal de São Bernardo, imputando-lhe as condutas típicas descritas no art. 89 da Lei nº 8.666/93 c/c art. 69 do Código Penal Brasileiro.

Narra a peça acusatória que o denunciado teve suas contas referentes ao exercício financeiro de 1996 desaprovadas pelo Tribunal de Contas do Estado do Maranhão, em razão de irregularidades detectadas

na documentação analisada, que consistem na ausência de processos de licitação ou sua execução em desacordo com a lei e a fragmentação de despesas com intuito de evitar o procedimento licitatório.

Salienta que a autoria dos fatos narrados é imputada ao denunciado por figurar o mesmo como ordenador de despesas, sendo responsável pelo versação do dinheiro público. Assim, pugna pelo recebimento da denúncia, instaurando-se a ação penal.

O denunciado apresentou resposta às fls. 68 e seguintes, na qual alega, preliminarmente, a ocorrência da prescrição, a teor do art. 23 da Lei nº 8.429/1992, e a ausência de legitimidade do Tribunal de Contas do Estado para julgamento das contas.

Destaca que suas contas foram aprovadas com ressalvas após o julgamento do recurso administrativo interposto no TCE, pois não foi constatada lesão ao erário, e que o pagamento da multa seria a melhor forma de punir e disciplinar o Gestor.

A seu ver a má-fé deve ser considerada premissa do ato ilegal e ímprobo, de modo que se não houve dano ao erário, resta improcedente a tentativa de enquadramento da conduta do denunciado, requerendo a perda do objeto da presente denúncia.

No mérito, aduz que suas contas foram aprovadas com ressalvas pelo TCE, após julgamento de recurso, e diante da ausência de julgamento destas pelo legislativo local pugna pela rejeição da denúncia.

O órgão denunciante manifestou-se sobre a resposta do denunciado, afastando as preliminares aduzidas, pois o prazo prescricional aplicado ao caso é do Código de Processo Penal e que está caracterizada a conduta criminosa. No mérito, entende que mesmo aprovadas as contas com ressalvas está demonstrada a prática do ilícito penal, satisfa-

zendo as exigências do art. 41 do CPC, razão por que deve ser recebida a denúncia.

É o relatório.

VOTO

Em se tratando de denúncia ofertada perante esta Corte contra Prefeito Municipal, imprescindível esclarecer que a decisão que aprecia seu recebimento cinge-se a um juízo prévio de admissibilidade da acusação, a fim de verificar se congrega os requisitos formais que lhe são inerentes. Por isso, passo a analisar, inicialmente, a preliminar de prescrição sustentada pelo denunciado, tendo em vista que seria impeditiva ao prosseguimento da ação penal.

Entende o denunciado que o prazo prescricional é aquele previsto no art. 23 da Lei nº 8.429/92, no entanto este artigo se aplica apenas às sanções de cunho administrativo e pecuniário previstas na Lei de Improbidade, a qual em seu art. 12 explicita que as cominações civil, administrativas e penais são independentes.

No caso o tipo penal em que fora enquadrada a conduta do denunciado está descrito no art. 89 da Lei nº 8.666/93, de modo que o lapso prescricional é aquele previsto no art. 109 do Código Penal. Tendo em vista que o crime foi praticado em concurso formal, a extinção da punibilidade ocorrerá no mínimo em 12 (doze) anos, pois a pena máxima para este delito é de 5 (cinco) anos, sendo a mesma aplicada cumulativamente em decorrência do concurso.

Assim, tem-se que não está extinta a punibilidade sob esse prisma, razão pela qual rejeito a preliminar.

Quanto às demais preliminares suscitadas pelo denunciado, quais

sejam, a ausência de prejuízo ao erário e de ausência de julgamento das contas pela Câmara Municipal entendendo que não prosperam.

Como é sabido, os crimes de licitação, previstos na Lei n.º 8.666/1993, são espécies dos crimes econômicos e têm como sujeito ativo, o administrador público. Dispõe o art. 89, da Lei n.º 8.666/1993 que: Art. 89. Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade.

Pena: detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa.

Percebe-se, da leitura da citada norma penal, a existência de três condutas delitivas: a) dispensar ; b) inexigir ; e c) deixar de observar. A abrangência da repressão penal estende-se às licitações celebradas nas diversas esferas da Administração Pública: federal, estadual e municipal. Sendo assim, incorre nas sanções do tipo penal, o administrador que, de forma omissiva, deixa de observar formalidades pertinentes ao processo licitatório. Ademais, como determina o art. 175, da Constituição da República, o processo licitatório será sempre obrigatório, na forma da lei, para a prestação de serviços públicos. O administrador público está, portanto, condicionado em sua atuação ao princípio da legalidade e da moralidade pública.

Se o fato descrito na denúncia constitui, em tese, crime e, se existem indícios que apontam a prática da conduta descrita, impõe o recebimento da inicial acusatória para a devida apuração dos fatos narrados, independentemente de ter advindo prejuízo ao erário, fato este que não é objeto de averiguação no processo penal e sim mediante instauração de ação civil, visando a reparação desse eventual dano patrimonial. Não depende para a sua verificação também a aprovação ou desaprovação das contas pelo Legislativo.

Em relação ao tipo subjetivo do ilícito penal, apto a caracterizar a excludente de culpabilidade e ensejar a absolvição do denunciado, somente poderá ser aferido pela instrução criminal, com o exercício pleno da ampla defesa e do contraditório, admitida a produção de provas. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS . CRIME LICITATÓRIO. ART. 89, DA LEI N.º 8.666/1993. PREFEITO E VICE-PREFEITO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. PRINCÍPIO DA MORALIDADE PÚBLICA. CONDUTA OMISSIVA DEVIDAMENTE DESCRITA PELO ÓRGÃO DE ACUSAÇÃO. INOBSERVÂNCIA DE PROCEDIMENTO FORMAL NO CERTAME LICITATÓRIO. ATIPICIDADE DA CONDUTA. TIPO SUBJETIVO. EXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. 1. Se o fato descrito na denúncia constitui, em tese, crime e, se existem indícios que apontam a prática da conduta descrita, impõe-se o recebimento da inicial condenatória para a devida apuração dos fatos narrados. 2. O tipo subjetivo do ilícito penal apto a caracterizar a excludente de culpabilidade e ensejar a absolvição dos denunciados, somente poderá ser aferido pela instrução criminal, com o exercício pleno da ampla defesa e do contraditório, admitida a produção de provas, o que é inviável na celeridade via do habeas corpus . Precedentes do STJ. 3. Ordem denegada e, por conseguinte, revogada a liminar anteriormente concedida. (STJ, HABEAS CORPUS Nº 21.083 - RS (2002/0025558-9), Min. Laurita Vaz).

Importa destacar, que a rejeição da denúncia, ou o pronto reconhecimento da improcedência da ação penal, devem ser guardados para situações extremas, quando demonstrados, de plano, a atipicidade ou licitude da conduta, ou, ainda, a incidência de alguma causa dirimente da culpabilidade. No caso dos autos, havendo indícios da existência de ilícito criminal, demonstrado pelo parecer do Tribunal de Contas do Estado que aprovou as contas com a ressalva de existência de

irregularidades em licitações e fragmentação de despesas, não afastados nas alegações escritas, imperioso o recebimento da denúncia.

Ante o exposto, recebo a denúncia, nos termos em que requerido pelo Ministério Público Estadual, instaurando a competente ação penal.

Sala das Sessões Plenárias do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, em São Luís, 9 de janeiro de 2008.

Des. Jorge Rachid Mubárack Maluf
Relator

TRIBUNAL PLENO
SESSÃO DO DIA 13 DE FEVEREIRO DE 2008
DENÚNCIA Nº. 008208/2007 – LAGO DA PEDRA

Denunciante: Ministério Público Estadual
Subprocurador-Geral: Dra. Selene Coelho de Lacerda
Denunciado: Osman Fonseca dos Santos - Prefeito Municipal de
Lagoa Grande
Relator: Des. Raimundo Nonato de Souza

VOTO-VISTA

Tratam os presentes autos de DENÚNCIA oferecida pelo Ministério Público Estadual em face de OSMAN FONSECA DOS SANTOS, Prefeito Municipal de Lagoa Grande-MA, com fulcro no art. 29, inciso X, da Carta Magna de 1988, bem como no art. 12, inciso I, alínea “d”, do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal, requerendo a condenação do Denunciado nas penas previstas no art. 89 da Lei de Licitações c/c art. 69 do Código Penal pátrio.

Consta da Denúncia oferecida, em síntese, que o alcaide realizou gastos relativos à aquisição de bens sem os devidos processos licitatórios, ou ainda, inobservou formalidades essenciais para a inexigibilidade de licitação, consoante documentação acostada aos autos (fls. 07/145), remetida pelo Tribunal de Contas do Estado do Maranhão. Assim, sustenta a digna representante do Parquet que tal conduta subsume-se ao delito tipificado no art. 89, caput, da Lei nº 8.666/93, pugnando, ao final, pelo recebimento da Denúncia e ulterior condenação do Prefeito nas penas do citado dispositivo legal.

Conclusos os autos ao e. Relator, fora proferido despacho ordenando a expedição de Carta de Ordem com vistas à notificação do Denunciado para oferecer resposta, no prazo legal (fls. 150).

Cumprida a diligência, o gestor municipal apresentou resposta escrita aos termos da pretensão aduzida pelo Órgão Ministerial (fls. 163/175). Asseverou, como preliminares, a inépcia da denúncia, bem assim a ausência de justa causa para a ação penal. No mérito, alegou que a norma aplicável ao caso seria o preceito legal insculpido no inciso XI do Decreto-Lei nº 201/67, e não o art. 89 da Lei de Licitações, face ao princípio da especialidade. Requereu, por fim, a rejeição da peça inaugural com base no acolhimento das preliminares suscitadas ou, acaso superadas estas, postulou pela rejeição da denúncia no que tange ao tipo legal aduzido pelo Ministério Público, com base no princípio referido.

Remetidos os autos à Procuradoria Geral de Justiça para emissão de parecer, a Ilustre Subprocuradora Geral manifestou-se pelo recebimento da presente Denúncia, considerando que “não tem respaldo jurídico a defesa alegada, pois os delitos foram detectados pelo TCE/MA e descritos na inicial” .

Submetido o caso em exame a julgamento na sessão plenária do dia 23 de janeiro próximo passado, as preliminares invocadas pela defesa restaram unanimemente rejeitadas. Apreciando o *meritum causae*, o Ilustre Relator proferiu voto pela rejeição da Denúncia ofertada, contrariamente ao voto do Des. José Joaquim Figueiredo dos Anjos, que a recebeu.

Em que pese a respeitável decisão do eminente Relator, pedi vista do processo a fim de melhor apreciar o cerne da matéria discutida.

Ab initio, cumpre destacar que a defesa ofertada mostra-se intempestiva, como bem reconheceu o Relator sorteado, vez que o prazo para a sua apresentação é de 15 (quinze) dias, de acordo com o art. 4º da Lei 8.038/1990 e art. 379 do RITJ, conforme passo a demonstrar.

Observo dos autos, num primeiro momento, que a notificação

do denunciado ocorreu no dia 04 de junho de 2007, conforme a certidão exarada à fl. 161-v, sendo que o dies ad quem para a apresentação da resposta escrita consumou-se no dia 19 daquele mesmo mês e ano. Porém, consoante o termo de juntada de fl. 162, a defesa somente foi protocolizada em 16 de julho de 2007, muito além do término do prazo, portanto.

No que tange à análise das preliminares argüidas in casu, ainda que já apreciadas e refutadas por esta Corte, entendo que, realmente, in-existe substrato jurídico para o acolhimento das razões ali invocadas.

O denunciado sustenta que a inicial acusatória não contém a individualização da conduta a si imputada, ou seja, não há a descrição objetiva e específica de como os fatos ocorreram, restando violado o art. 41 do CPP.

Ora, do exame da peça exordial, observa-se a satisfatória exposição das ilicitudes atribuídas ao alcaide, consubstanciadas na ausência de licitação de bens e serviços, bem como sua inexigibilidade de modo contrário à norma vigente, além de irregularidades apontadas em processos licitatórios, particularmente na modalidade convite. A representante do Ministério Público fez referência, inclusive, às tabelas com os correspondentes gastos efetuados, especificando a data, a unidade orçamentária, o credor e o valor pago. Portanto, diante de tais aspectos, não há que se falar em infringência ao citado art. 41, do CPP, ante a narração dos fatos de modo perfeitamente inteligível.

Neste particular, merece registro a lição oriunda do C. STJ, citada por Julio Fabbrini Mirabete, acerca da alegação de inépcia da denúncia:

“STJ: ‘II – Não se acolhe alegação de inépcia da denúncia se a mesma encontra-se formalmente perfeita, descrevendo satisfatoriamente as condutas tidas como criminosas e amparada em indícios de autoria e

de materialidade’ (RSTJ 140/498). STJ: ‘(...) II – A alegação de inépcia da denúncia só pode ser acolhida quando demonstrada inequívoca deficiência, a impedir a compreensão da acusação, em flagrante prejuízo à defesa do acusado, ou na ocorrência de qualquer das falhas apontadas no art. 43 do CPP – o que não se vislumbra in casu. III – O acusado defende-se de fatos narrados na exordial e não da tipificação legal procedida pelo Órgão acusador. IV – Recurso desprovido’ (RHC 10.275-SP – DJU de 30-10-2000, p. 168).”

Relativamente à ausência de justa causa para a ação penal, o Denunciado sustenta que não há, na espécie, elementos suficientes para respaldar a acusação perpetrada pelo Parquet, ressaltando que o parecer da Unidade Técnica do TCE considerou que as falhas apontadas eram de cunho meramente formal. Destacou, ainda, que a Procuradora de Justiça junto ao TCE manifestou-se pela aprovação das contas.

Entretanto, tal argumento não merece acolhida, eis que, do exame da proposta de decisão elaborada pelo Auditor competente para relatar o caso na Corte de Contas, várias são as razões esposadas que induzem ao cometimento de irregularidades pelo gestor municipal, mormente no que se refere à ausência de processos licitatórios e inexigibilidade em desacordo com a Lei nº 8.666/93. Frise-se que tal entendimento foi acatado, à unanimidade, pelo Pleno do Tribunal de Contas do Estado, quando da apreciação do recurso de reconsideração interposto pelo Prefeito, consoante se depreende do Acórdão anexado às fls. 137/138. Há na espécie, portanto, “lastro mínimo de prova, a demonstrar a viabilidade da pretensão deduzida” – definição dada por Eugênio Pacelli de Oliveira à justa causa.

Com essas considerações, rejeito as preliminares.

Procedendo-se ao exame do mérito, infere-se que a defesa ofertada pelo denunciado ateve-se unicamente à alegação da prevalência do

princípio da especialidade em caso de conflito aparente de normas. Nesse sentido, sustenta que a tipificação inicial constante na denúncia há de ser alterada para a conduta descrita no art. 1º, XI, do Decreto-Lei nº 201/67, qual seja, “adquirir bens, ou realizar serviços e obras, sem concorrência ou coleta de preços, nos casos exigidos em lei”, tanto por ser norma especial, dirigida ao detentor do cargo de Prefeito Municipal, como porque in casu deve prevalecer a regra que mais beneficie o acusado.

Razão assiste ao denunciado, visto que, de fato, impõe-se a incidência do princípio da especialidade na espécie. Sobre tal aspecto, Tito Costa, citando José Nilo de Castro, bem esclarece o tema:

“O Dec.-lei 201/67, art. 1º, XI, prescreve a responsabilidade penal dos Prefeitos em ilícitos coincidentes com alguns dos previstos na Lei 8.666/93, com sanções penais até mais graves do que as previstas no Dec.-lei 201/67. Daí, a questão: cometidas tais espécies de ilícitos penais por Prefeitos, que penalidade prevalece: a do Dec.-lei 201/67 ou a da Lei 8.666/93? Prevalecerá a do Dec.-lei 201/67, art. 1º, XI, porque, a uma, o decreto-lei é norma especial e, a duas, as punições da Lei 8.666/93 são mais rigorosas (arts. 89, 90, 92 e 97). Aplicação do princípio geral de direito da norma mais benigna aqui se impõe.”

No mesmo sentido, já se manifestou o C. STJ em caso similar, bem assim o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, verbis:

“CRIMINAL. RHC. PREFEITO. NULIDADE. RITO PROCESSUAL. ALEGAÇÃO DE QUE OS FATOS DESCRITOS NA DENÚNCIA TEM PROCEDIMENTO PRÓPRIO. ART. 2º DO DECRETO-LEI N.º 201/67. POSSIBILIDADE DE OFERECIMENTO DE DEFESA PRELIMINAR. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. RECURSO PROVIDO. Restando demonstrado nos autos a condição de Prefeito exercida pelo paciente, quando da suposta prática de condutas ilícitas, e sendo tais condutas previstas em regulamento especial, em razão de tratar-se

de prefeito municipal, afasta-se a aplicação das normas gerais, in casu, a Lei de Licitações, para se aplicar o DL 201/67. Aplica-se o procedimento previsto no art. 2º do Decreto-Lei n.º 201/67, o qual dispõe que, antes de ser recebida a denúncia, admite-se o contraditório prévio, com o oferecimento de defesa preliminar por parte do acusado, nos casos de crimes de responsabilidade praticados por prefeito, no exercício de suas atividades – hipótese verificada in casu. Recurso provido para anular os atos processuais realizados após o recebimento da denúncia, a fim de que sejam observados os procedimentos estabelecidos no rito especial previsto no Decreto-Lei n.º 201/67.” (STJ, RHC 11290/MG, Rel. Min. Gilson Dipp, 5ª T., data do julgamento 11/09/2001.) Disponível em <<http://www.stj.gov.br>> Acesso em 28 /01/08. Os grifos não são do original.

“Processo-Crime de Competência Originária - Dispensa ou inexigência de licitação fora das hipóteses previstas em lei, em contratos da Administração Pública Municipal, ou ausência das formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade, em continuação – (...) - Tipificação -Prevalência do art. 1º, inciso XI do Decreto-lei nº 201/67 sobre o art. 89 da Lei nº 8.666/93, por decisão do STJ — (...) A classificação do delito deriva de coisa julgada emanada de decisão do Superior Tribunal de Justiça, e é irretocável, portanto, nesta Instância - Para a aferição da tipicidade da conduta do agente, à luz do art. 1º, inciso XI, do Dec.-Lei 201/67, importa tão-somente verificar se a aquisição de bens, realização de obras ou serviços foram efetivadas sem “concorrência” ou “tomada de preços”, quando determinadas em lei, estas modalidades de licitação – (...)” (TJ/MG, Proc. N°223035-7, Rel. Jane Silva, data do julgamento 24/08/2004) Disponível em <<http://www.tjmg.gov.br>> Acesso em 29 /01/08. Os grifos não são do original.

Importante ressaltar a possibilidade, já por ocasião da análise sobre o recebimento ou não da denúncia, do reenquadramento da conduta atribuída ao denunciado, como leciona o julgado a seguir:

“RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL. PREFEITO. AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. DENÚNCIA. ART. 1.º, INCISO I, DO DECRETO-LEI N.º 201/67, E ART. 89 DA LEI N.º 8.666/93. JUÍZO DE PRELIBAÇÃO. REENQUADRAMENTO DA CONDUTA. RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO. REJEIÇÃO DA EXORDIAL ACUSATÓRIA. EVENTUAL POSSIBILIDADE. 1. Hipótese em que, ao rejeitar a denúncia, a Corte Regional afastou a aplicação da Lei n.º 8.666/93, porquanto posterior aos fatos em apuração, e considerou não-incidente ao caso em tela o art. 1.º, inciso I, do Decreto-Lei n.º 201/67, mas sim o art. 1.º, inciso XI, do mesmo diploma legal, o que levou ao reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva estatal. (...) 5. Embora seja entendimento jurisprudencial consolidado nesta Corte o de que não é dado ao juiz perfazer a correção na capitulação dos crimes descritos na denúncia por ocasião do juízo de prelibação da acusação, devendo deixar tal acerto para a fase da prolação da sentença, não se trata de regra absoluta. Com efeito, tem-se pronunciado este Superior Tribunal de Justiça no sentido de que “Não há vedação a que se altere a capitulação logo no recebimento da exordial, nos casos em que é flagrante que a conduta descrita não se amolda ao tipo penal indicado na denúncia. Tal possibilidade acentua-se ainda mais quando o tipo indicado e aquele aparentemente cometido possuem gravidades completamente diversas, com reflexos jurídicos imediatos na defesa no acusado. Nessas hipóteses, é patente o abuso na acusação.”(...) (STJ, REsp 824789 / CE, Rel. Min. Laurita Vaz, 5ª T., data do julgamento 19/06/2007.) Disponível em <<http://www.stj.gov.br>> Acesso em 28 /01/08. Os grifos não são do original.

À guisa de tais elementos, faz-se de bom alvitre a reclassificação da capitulação legal constante na Denúncia para aquela constante no art. 1º, XI, do Decreto-Lei 201/67.

Quanto ao recebimento ou rejeição da pretensão acusatória formulada pelo Parquet, cumpre salientar, a princípio, a não ocorrência da

prescrição, visto que, ao delito cujo reenquadramento ora se procede, é cominada pena máxima de três anos. Assim, aplicando-se a regra inserta no art. 109, IV, c/c art. 111, I, ambos do Código Penal, a prescrição seria verificada em oito anos, contados da data da consumação do crime, sendo que a conduta delituosa em apreço é pertinente ao exercício financeiro de 2003 (dentro, portanto, do lapso temporal mencionado).

Relativamente ao cerne da matéria sub examine, tem-se que os aspectos salientados pelo Auditor da Corte de Contas em sua acurada análise (fls. 122/136) são demasiadamente fortes e indicativos do cometimento de condutas ilícitas pelo alcaide nos processos licitatórios atinentes à presente denúncia.

Com efeito, o Nobre Auditor ressaltou que “Embora o gestor não tenha apresentado nenhum elemento novo em relação às demais irregularidades, limitando-se a repetir as alegações de defesa, a Unidade Técnica considerou-as sanadas. Entretanto, não acolhemos os argumentos do recorrente pelas razões expostas a seguir:” Ao justificar seu entendimento, contrariamente ao Relatório Técnico antes elaborado, o Auditor ponderou que, no tocante à ausência de processos licitatórios e inexigibilidade em desacordo com a lei, “não ficou comprovada a inviabilidade de competição, a singularidade dos serviços profissionais (que pressupõe serviços de caráter inédito ou incomum), assim como a notória especialização dos contratados, devidamente relacionada com a singularidade pretendida pela administração”. Da mesma forma, quanto à ausência de licitação referente à locação de veículos com recursos do FUNDEF, constatou que “os processos não atendem ao disposto no art. 24, inciso V, da Lei 8.666/93, tendo em vista que, nesse caso, não houve procedimento licitatório anterior comprovando o desinteresse dos convidados” .

Com base nessas e em outras razões, o Ilustre Auditor propôs o conhecimento e improvemento do recurso então aviado pelo ora denun-

ciado, o que foi acatado pelo Pleno do TCE, à unanimidade, consoante se infere do Acórdão de fls. 137/138.

Desse modo, verifica-se, in casu, a existência de indícios suficientes para o recebimento da presente denúncia, como recomenda a jurisprudência pátria, litteris:

“HABEAS CORPUS. CRIME LICITATÓRIO. (...) 1. Se o fato descrito na denúncia constitui, em tese, crime e, se existem indícios que apontam a prática da conduta descrita, impõe-se o recebimento da inicial condenatória para a devida apuração dos fatos narrados. (...) 3. Ordem denegada e, por conseguinte, revogada a liminar anteriormente concedida.” (STJ, HC 21083/RS, Rel. Min. Laurita Vaz, 5ª T., data do julgamento 09/09/2003) Disponível em <<http://www.stj.gov.br>> Acesso em 28/01/08. Os grifos não são do original.

“Ação penal. Governador de Estado. Crimes de fraude em licitações e de quadrilha ou bando. Recebimento da denúncia. Afastamento da função. 1. Narrando a peça acusatória fato típico e estando presentes indícios quanto à materialidade e à autoria, deve-se receber a denúncia. (...) 4. Denúncia recebida.” (STJ, Apn 401/RO, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Corte Especial, data do julgamento 17/08/2005) Disponível em <<http://www.stj.gov.br>> Acesso em 28/01/08. Os grifos não são do original.

“CRIMINAL. RESP. CRIME COMETIDO POR PREFEITO. COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. CONTRATAÇÃO DE ADVOGADO E DE EMPRESA DE AUDITORIA PELO MUNICÍPIO. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. INVIABILIDADE DE COMPETIÇÃO NÃO DEMONSTRADA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. I - A inviabilidade de competição, da qual decorre a inexigibilidade de licitação, deve ficar adequadamente demonstrada, o que não ocorreu

in casu.

II - Não prevalece o acórdão que rejeita a denúncia sem demonstrar o cumprimento dos requisitos legais pela Administração Pública para a contratação sem licitação, limitando-se a fazer considerações acerca de sua possibilidade. III - Deve ser cassado o acórdão recorrido para que outro seja proferido, com a devida fundamentação, se for o caso da inviabilidade de competição nas contratações efetuadas pela Administração Pública quando da contratação dos serviços. IV - Recurso conhecido e provido, nos termos do voto do Relator.”(STJ, REsp 704108/MG, Rel. Min. Gilson Dipp, 5ª T., data do julgamento 19/04/2005) Disponível em <<http://www.stj.gov.br>> Acesso em 28 /01/08. Os grifos não são do original.

Seguindo o mesmo entendimento, vários são os arestos emanados desta Corte quanto ao recebimento da denúncia:

“PENAL. PROCESSUAL PENAL. DENÚNCIA. RECEBIMENTO. COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA. PREFEITO MUNICIPAL. (...) I - O recebimento da denúncia está condicionado à constatação de que se encontram presentes os requisitos formais do art. 41 do CPP, arri-mando-se a inicial acusatória em suficientes indícios da materialidade e autoria delitiva, e inexistentes quaisquer dos fatores impeditivos do art. 43 do CPP. II –(...). III - Denúncia recebida.” (TJ/MA, Denúncia Nº 247162003, Rel. Des. JORGE RACHID MUBÁRACK MALUF, data do julgamento 21/05/2007) Disponível em <<http://www.tj.ma.gov.br>> Acesso em 29 /01/08. Os grifos não são do original.

“PROCESSO PENAL. DENÚNCIA. PREFEITO MUNICIPAL. DELITOS CAPITULADOS NOS ARTS. 299 DO CÓDIGO PENAL E 1º, VI, DO DECRETO-LEI Nº. 201/67. NECESSIDADE DA IN-STRUÇÃO PROCESSUAL. 1. Denúncia formalmente perfeita. Pre-sentes os requisitos exigidos pelo artigo 41 do CPP, tais como, a ex-

posição do fato criminoso e todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado, a classificação do delito, além do rol de testemunhas. 2. Há, em princípio, justa causa para o recebimento da denúncia, em face da existência de crime em tese, aliada aos indícios de autoria. 3. Denúncia recebida.” (TJ/MA, Denúncia nº 46402007, Rel. Des. BENEDITO DE JESUS GUIMARÃES BELO, data do julgamento 11/09/2007) Disponível em <<http://www.tj.ma.gov.br>> Acesso em 29 /01/08. Os grifos não são do original.

“PENAL. PROCESSUAL PENAL. PREFEITO MUNICIPAL. DENÚNCIA. PRESENÇA DOS REQUISITOS DO ART. 41 DO CPP. RECEBIMENTO. 1. Para o recebimento da denúncia é suficiente a comprovação da materialidade delitiva e a exposição dos fatos tidos por criminosos (CPP, art. 41), só podendo ser rejeitada a inicial acusatória quando o fato narrado não constituir crime, já estiver extinta a punibilidade, pela prescrição ou outra causa ou for manifesta a ilegitimidade da parte ou faltar condição exigida pela lei para o exercício da ação penal (CPP, art. 43). 2. Presentes os requisitos legais, o recebimento da denúncia é medida que se impõe. 3. Decisão unânime.” (TJ/MA, Denúncia nº 38192007, Rel. Des. PAULO SÉRGIO VELTEN PEREIRA, data do julgamento 30/10/2007) Disponível em <<http://www.tj.ma.gov.br>> Acesso em 29 /01/08. Os grifos não são do original.

Nessas condições, feitas as exposições necessárias sobre as circunstâncias inerentes ao caso, bem como acerca do direito aplicável à espécie, com a vênia devida pelo pedido de vista, voto pela rejeição das preliminares aventadas e pelo conseqüente recebimento da presente denúncia, reclassificando a capitulação legal formulada pelo Órgão Ministerial para o delito descrito no art. 1º, XI, do Decreto-Lei nº 201/67, pelas razões já externadas.

É como voto.

Sala das Sessões Plenárias do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, em São Luís, aos 13 de fevereiro de 2008.

Des. Jaime Ferreira de Araújo

PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL
DENÚNCIA Nº 001966/2004 – SÃO RAIMUNDO DAS
MANGABEIRAS

Denunciante: Ministério Público Estadual
Procurador: Dr. Raimundo Nonato de Carvalho Filho
Denunciado: Francisco Cardoso da Silva
Advogado: Dr. Accioly Cardoso Lima e Silva
Relator: Des. Mario Lima Reis

ACÓRDÃO Nº. 0736402008

EMENTA

DENÚNCIA. PREFEITO MUNICIPAL. EXECUÇÃO FORÇADA. PRECATÓRIO. NÃO-INCLUSÃO NO ORÇAMENTO. DESOBE-
DIÊNCIA À ORDEM JUDICIAL. ATO DE CUNHO ADMINISTRATI-
VO. ATIPICIDADE DA CONDUTA. FALTA DE JUSTA CAUSA PARA
A AÇÃO PENAL. ACUSAÇÃO REJEITADA. DECISÃO UNÂNIME.

Os atos praticados por Presidentes de Tribunais de Justiça, no que tange ao processamento e pagamento de precatórios judiciais, têm natureza administrativa, não jurisdicional, daí o eventual descumprimento de ordem a eles relativa não ser útil para a tipificação do crime definido no artigo 1º, inciso XIV, do Decreto-lei nº 201/67.

Vistos, relatados e discutidos os vertentes autos de Denúncia nº 001966/2004 – São Raimundo das Mangabeiras, em que figuram como partes os acima citados, acordam os Excelentíssimos Senhores Desembargadores da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, à unanimidade de votos e de acordo com o parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça, adequado em banca, em rejeitar a denúncia, nos termos do voto do Desembargador Relator.

Tomaram parte no julgamento os Excelentíssimos Senhores Desembargadores Antonio Fernando Bayma Araujo, Maria Madalena Alves Serejo e Mario Lima Reis.

Funcionou pelo Parquet Estadual o Dr. Suvamy Vivekananda Meireles.

Sala das Sessões da Egrégia Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, em São Luís, 27 de maio de 2008.

Des. Antônio Fernando Bayma Araújo
Presidente

Des. Mário Lima Reis
Relator

RELATÓRIO

O Ministério Público Estadual, por conduto do Dr. Raimundo Nonato de Carvalho Filho, então Procurador-Geral de Justiça, ofereceu denúncia em desfavor de Francisco Cardoso da Silva, atual Prefeito Municipal de São Raimundo das Mangabeiras, imputando-lhe a prática do tipo penal descrito no artigo 1º, inciso XIV, do Decreto-lei nº 201/67, consistente no descumprimento de ordem judicial.

Em seu arrazoado, consigna pesar contra referido Município decisão judicial transitada em julgado, em decorrência da qual lhe era dever pagar a Sebastião Martins Sandes os valores constantes do precatório nº 7430/2001-008-TJ, cuja inclusão em orçamento fora determinada pelo à época Presidente desta Corte, ínclito Desembargador Jorge Rachid, em 11 de maio de 2001 (fls. 81v).

Ocorre que, malgrado a persistência tanto do exequente como do próprio juiz do feito, a Municipalidade tem lançado mão de expedientes inócuos e de evasivas para escapar do cumprimento da ordem judicial, por fim tendo juntado aos autos, em resposta a uma das diversas tentativas da parte, com o deferimento, é óbvio, do magistrado de base, planilha concernente a precatórios a serem pagos por ordem do Egrégio Tribunal Regional do Trabalho, nenhuma referência fazendo ao débito especificamente tratado.

Certo de que a conduta do Prefeito se enquadra no tipo penal no início mencionado, o denunciante postula o recebimento da peça acusatória para que, desencadeada a competente ação penal, sejam os fatos devidamente apurados, restando, alfim, cominada ao denunciado a pena preconizada na norma de regência.

Notificado para os fins do artigo 4º da Lei nº 8.038/90, o ora denunciado, às laudas 161/166, apresentou sua defesa preliminar, em cujo contexto asseverou haver justificado suficientemente, ao juiz comarcação, as razões plausíveis para não haver adimplido o pagamento do precatório em foco, sobremaneira pelo grande número de precatórios oriundos da justiça laboral, todos preferenciais, quer pela natureza alimentícia, quer pela cronologia de chegada. Disse, nesse aspecto, que a autoridade judiciária esteve sempre informada, nos autos da execução, sobre a falta de receita para o exigido pagamento. Entende, em razão disso, que sua conduta não se amolda à previsão do artigo 1º, inciso XIV, do Decreto-lei 201/67, máxime por não ter tido o ânimo deliberado de desobedecer à decisão judicial.

Passo seguinte, enceta que, em audiência realizada no dia 26 de agosto de 2003, celebrou acordo com o exequente, comprometendo-se a pagar o débito em 4 (quatro) parcelas mensais, com vencimentos sucessivos a partir de 23 de setembro de 2003, o que ensejou ao juízo do feito extinguir o processo, levando ao conhecimento do douto Procurador-Geral de Justiça a existência da avença que pôs fim ao litígio.

Em desfecho, consigna que o débito foi liquidado em 18 de novembro de 2003, pondo fim definitivamente ao processo, 3 (três) meses antes da propositura da fluente denúncia, significando dizer, em outros termos, que, à época da iniciativa do ora denunciante, a dívida já havia sido espontaneamente liquidada pelo denunciado, daí a insubsistência da alegada desobediência judicial.

Não havendo, portanto, também sob essa perspectiva, dolo na conduta do denunciado, restando evidenciada a descaracterização da figura penal a ele imputada, autorizada está a rejeição da denúncia ou, se aceita, o julgamento de improcedência, nos termos do pedido que formula.

Aberta nova vista ao denunciante, eis que foram juntados aos autos, pelo denunciado, outros documentos, dele verteu reiteração do pedido acerca do recebimento da acusação e final cominação de pena ao denunciado.

Em abono de sua pretensão, afirmou tratar-se, na espécie em pauta, de crime funcional de mera conduta, cuja consumação ocorre com a simples prática da ação prevista no tipo penal, independentemente de resultado naturalístico ou de configuração de qualquer dano efetivo. Destarte, o adimplemento a destempo da obrigação, somado à resistência, por mais de 2 (dois) anos, em cumprir decisão judicial, como se lhe fosse dado escolher discricionariamente o momento para fazê-lo, além de evidenciar desprestígio à dignidade da Justiça, não possui o condão de afastar a justa causa para a ação penal.

É o que tenho a relatar.

VOTO

Segundo consta, em abril de 1996, Sebastião Martins Sandes ingressou perante o Juízo da Comarca de São Raimundo das Mangabeiras com ação de execução forçada de título extrajudicial em desfavor do Município homônimo.

Opostos embargos à execução, foram eles rejeitados, decisão que restara mantida pelo Egrégio Tribunal de Justiça na oportunidade do julgamento da remessa ex officio. Ocorrido o trânsito em julgado, o magistrado de base oficiou ao então Presidente desta Augusta Corte, eminente Desembargador Jorge Rachid, a quem incumbiu, via ofício datado de 11 de maio de 2001, determinar a inclusão do precatório respectivo no próximo orçamento do Município executado.

A parte exequente, insatisfeita com a demora do Município em efetuar o requestado pagamento, compareceu em Juízo por diversas vezes, não logrando obter resposta satisfatória, apesar das muitas investidas do magistrado com esse fito, até que, em julho de 2003, houve por bem encaminhar cópias dos autos ao nobre Procurador-Geral de Justiça, subscritor, por fim, da acusação em apreço.

A entendida resistência em cumprir determinação judicial foi o que motivou o denunciante a enquadrar a conduta perpetrada pelo denunciado nos termos do artigo 1º, inciso XIV, do Decreto-lei nº 201/67, de seguinte letra:

“Art. 1º São crimes de responsabilidade dos Prefeitos Municipais, sujeitos ao julgamento do Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores:

XIV - negar execução a lei federal, estadual ou municipal, ou deixar de cumprir ordem judicial, sem dar o motivo da recusa ou da impossibilidade, por escrito, à autoridade competente;

§ 1º Os crimes definidos neste artigo são de ação pública, punidos os dos itens I e II, com a pena de reclusão, de dois a doze anos, e os demais, com a pena de detenção, de três meses a três anos.”

Antes de mais nada, consideradas as disposições transcritas, cumpre gizar não haver falar-se, in casu, em prescrição, haja vista que, consumado o delito, em tese, sob um ângulo de análise, em maio de 2001, quando da expedição do precatório e determinação para inclusão no orçamento, operar-se-ia ela em oito anos, a rigor da regra inserida no artigo 109, inciso IV, do Código Penal.

Dito isto, tenho que a acusação merece ser rejeitada.

É que, conquanto atendidos os pressupostos fixados no artigo 41 do Código de Processo Penal, posto que da inicial se extraem a circunstanciada exposição do fato tido como criminoso, a qualificação do acusado e a classificação do crime, falta, no meu sentir, condição para o desencadeamento de uma ação penal, referindo-me, precisamente, à justa causa para o exercício do jus puniendi estatal, a ensejar a rejeição da exordial, nos termos da regra prevista no artigo 43, inciso III, segunda parte, do mesmo diploma já referido.

Com efeito, a conduta típica atribuída ao denunciado excetua a hipótese de serem apresentados, por escrito e à autoridade competente, os motivos de sua recusa ou da impossibilidade para dar efetivo cumprimento à ordem judicial.

Da abundante documentação carreada aos autos, percebo que o agora denunciado, nas inúmeras oportunidades em que foi chamado a justificar a demora no adimplemento do precatório, compareceu e o fez, ainda que de maneira lacônica, imprecisa e vaga, ao aduzir, por exemplo, que procederia ao pagamento na forma e nos prazos legais e, ainda, quando juntou aos autos relação dos precatórios que, justamente

por serem mais antigos e de caráter alimentar, eram preferenciais, sem, no entanto, explicar essas particularidades.

Fato é que exatamente um 1 (mês) depois de oficiar ao digno Procurador-Geral de Justiça, enviando, para as providências cabíveis [leia-se, entre outras, o oferecimento da denúncia em tela], cópias das peças do feito executivo, o juiz da causa assinava dia para audiência de tentativa de conciliação, exitosa, diga-se, já que dela adveio, por fim, o acordo que pôs termo ao litígio.

De maneira válida, conforme sublinhou o magistrado em seu despacho homologatório da avença (fls. 168/169), o denunciado comprometeu-se a liquidar a dívida, devidamente corrigida, em 4 (quatro) parcelas mensais e de igual valor, vencíveis a partir de 23 de setembro de 2003. Com lastro na citada transação, bem trilhou o Juízo monocrático ao extinguir o processo com resolução do mérito, cientificando o fim da contenda à então Presidente deste Tribunal, Desembargadora Etelvina Gonçalves, ao Procurador-Geral de Justiça e, ainda, ao Delegado de Polícia do Município (fls. 170, 171 e 183, respectivamente).

Depreendo, ainda, às fls. 175, 177, 178 e 179, comprovação bastante de que os termos do acordo foram respeitados à risca, tendo sido a última parcela paga em 23 de dezembro de 2003.

Resulta manifesto, à vista dessas premissas, que o Ministério Público, tendo oferecido a inicial acusatória em 29 de janeiro de 2004, o fez quando já não mais subsistia, penso, razão para desencadear a persecução criminal. E assim não entendo exclusivamente por não mais existir, àquela época, qualquer pendência em relação ao precatório.

Mais pesa, para esse meu entendimento, a convicção de que o acusado não se houve com o ânimo de burlar ou deliberadamente descumprir ordem emanada desta Corte, afastando, ipso facto, a alega-

ção de desprestígio à dignidade da Justiça. Além do mais, parece-me certo que os atos de recebimento da denúncia e conseqüente início da ação penal redundariam em completa desnecessidade, eis que, alfim, a absolvição dificilmente não se imporá, a considerar as peculiaridades neste voto referidas.

Ainda que pudessem ser desprezados os argumentos até aqui sustentados – e creio não ser este o melhor caminho a seguir –, mais difícil ainda de transpor parece-me o entendimento de que a atividade desenvolvida pelo Presidente do Tribunal no que tange ao processamento e pagamento de precatórios é de cunho administrativo, não jurisdicional, fazendo cair por terra o enquadramento pretendido pelo denunciante, já que o crime capitulado exige, reprise-se, o descumprimento de ordem judicial.

Abonando esse raciocínio, o Supremo Tribunal Federal, em recente julgamento, proferiu, à unanimidade, a seguinte decisão, *in extensis*:

Inquérito. Recurso em sentido estrito. Sentença que não recebe a denúncia. Ex-Prefeito. Não-pagamento de precatório. Descumprimento de ordem judicial. Art. 1º, inciso XIV, segunda parte, do Decreto-Lei nº 201/67.

1. Eleito o denunciado como Deputado Federal durante o processamento do feito criminal, compete ao Supremo Tribunal Federal julgar o recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público estadual contra a sentença de 1º grau que, antes da posse do novo parlamentar, não recebeu a denúncia.

2. Na linha da firme jurisprudência desta Corte, os atos praticados por Presidentes de Tribunais no tocante ao processamento e pagamento de precatório judicial têm natureza administrativa, não jurisdicional.

3. A expressão “ordem judicial”, referida no inciso XIV do art. 1º do Decreto-Lei nº 201/67, não deve ser interpretada lato sensu, isto é, como qualquer ordem dada por Magistrado, mas, sem dúvida, como uma ordem decorrente, necessariamente, da atividade jurisdicional do Magistrado, vinculada a sua competência constitucional de atuar como julgador.

4. Cuidando os autos de eventual descumprimento de ordem emanada de atividade administrativa do Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo, relativa ao pagamento de precatório judicial, não está tipificado o crime definido no art. 1º, inciso XIV, segunda parte, do Decreto-Lei nº 201/67.

5. Recurso em sentido estrito desprovido.

Por todo o exposto, rejeito a denúncia e determino que sejam os autos arquivados.

É como voto.

São Luís, 7 de maio de 2008.

Des. Mário Lima Reis
Relator

POSSE DE NOVOS DESEMBARGADORES

DISCURSO DE POSSE DO DESEMBARGADOR
RAIMUNDO NONATO MAGALHÃES MELO
EM 19 DE JUNHO DE 2008

Lembro com muita nitidez o dia 11 de dezembro de 1981, quando tomei posse no cargo de Juiz de Direito, no Gabinete do Presidente, Des. Moacir Sipaúba da Rocha.

As dificuldades, que não foram poucas, para chegar à Magistratura foram superadas.

Sinto a ausência física dos meus pais - Raimunda Magalhães Melo e Luiz Gonzaga dos Santos Melo, que, certamente, estão presentes em espírito - que muito orgulho teriam em participar desta solenidade.

Sou o 1º filho de uma família de 05 irmãos, que crescemos com dificuldades, vivendo da infância à mocidade no bairro do Monte Castelo, sempre estudando em escolas públicas, mas nossa mãe nos criou com muito amor e não deixou faltar nada. Prova disso é que todos os cinco irmãos são formados.

Já na adolescência pudemos perceber que somente os livros poderiam modificar nossa situação.

Agradeço os esforços empreendidos por minha mãe, que transmitiu as lições necessárias para alcançarmos nossos objetivos na vida.

Aos meus irmãos Celeste, Tujara, Cândido e Suely, a todos agradeço o bom convívio que comungamos até a presente data. O tempo passou. Estudamos. Trabalhamos. Eu e meus irmãos podemos sentir e dizer que estamos realizados e felizes, graças a Deus.

Agradeço igualmente a todos os amigos que ajudaram na caminhada do então jovem Juiz Substituto, oriundo do Monte Castelo, e que chega, nesta data, ao importante cargo de Desembargador.

Sinto-me feliz com a presença de meus amados filhos Naya, Rayra e Stenyo, que me fizeram acreditar nos ideais de Pacificação e Justiça.

Em minha jornada na magistratura maranhense tive atuação perante as comarcas de Icatu, Rosário, São Bento em Caxias e, por último, São Luís.

Desde o início tive a convicção de que minha meta era contribuir eficazmente para o enobrecimento e o fortalecimento do Judiciário, com uma postura pró-ativa, refletindo para a sociedade um perfil do Judiciário acessível e sem maiores barreiras para que se alcance o objetivo maior: a concretização da Justiça.

Esse sonho que parecia quase impossível para alguém como eu, proveniente de família humilde, sem tradição jurídica.

Mas sonhei, lutei, estudei... Realizei o sonho.

Então, agora me parece que fechei meus olhos e em alguns segundos, passou o tempo. Eis-me Juiz, o juiz com o qual eu sonhava. Esse era o sonho.

Supero esta etapa na Magistratura de 1º Grau com a sensação de dever cumprido, no dizer do poeta, que combati o bom combate.

Início esta nova e desafiadora trajetória jurídica como Desembargador desta Egrégia Corte, promovido pelo critério da anti-

güidade, com o espírito aberto e amistoso, e com a certeza de continuar contribuindo para auxiliar o nosso Tribunal de Justiça a manter sua dignidade longamente reconhecida.

Ao adentrar o átrio deste Tribunal, a emoção é indescritível. Agradeço a Deus pela bênção da vida, da saúde e da coragem, que permitiu que eu chegasse ao mais alto grau da Magistratura do meu Estado.

Sinto um misto de orgulho e humildade. Orgulho de passar a integrar um dos mais respeitados e antigos Tribunais de Justiça do Brasil.

Humildade para manter firme e cumprir os desígnios do Senhor, que continue me utilizando como um instrumento na realização da Justiça.

A magistratura é responsável por muitas coisas boas que aconteceram em minha vida. A principal delas é dar oportunidade de decidir e julgar sobre as ações dos seus semelhantes.

“Quando eu deixar esse mundo quero ser julgado da mesma forma que julguei durante toda a minha vida, pois tenho certeza de que fiz o melhor possível”.

Embora a química do tempo tenha transformado minha juventude em maturidade, vim para aprender e para somar esforços com meus pares, objetivando prestações jurisdicionais adequadas aos casos concretos.

Através do laboratório de vida de mais de 27 anos de judicatura, especialmente os 13 anos à frente da 5ª Vara da Família, na qual tive a honra de substituir a Desembargadora Etelvina Luiza Ribeiro

Gonçalves, pude chegar a algumas impressões que pretendo manifestá-las neste momento.

O novo paradigma constitucional, adotando como valor supremo a primazia pela dignidade da pessoa humana, passou a ser exigido dos magistrados um posicionamento e uma análise multidisciplinar dos litígios, a fim de otimizar e maximizar a preservação dos institutos jurídicos e dos interesses juridicamente tutelados.

A partir desse prisma, infere-se que o Juiz deve estar ciente de que está a prestar um serviço à comunidade, aos cidadãos, que ser magistrado é ser alguém que intervêm na vida dos outros qualquer que seja a decisão que tome, que em poucas profissões o fator humano é tão decisivo e se exige uma interação tão delicada com a sociedade.

Contrariando Montesquieu, que apregoou que o juiz é apenas a boca que fala a lei, exige-se que o juiz não seja apenas um conhecedor da lei.

Ser magistrado tem de traduzir um equilíbrio entre a arte prática e a ciência aplicada, cultivando virtudes e mantendo constante aprimoramento, não só na área jurídica, mas em outros campos do conhecimento, eis que a arte de julgar e de estabelecer a harmonia social, exige fundamentação que não pode e não deve se restringir à simples análise e aplicação das leis, mas que leve em conta as realidades sociais, e isso, reconhece-se, é um enorme desafio para os magistrados.

Somente um Judiciário consciente da verdadeira atribuição de aplicar a lei com finalidade social estará apto a dar uma resposta positiva à sociedade, transmitindo confiança e segurança da função do Estado–Juiz àqueles que esperam uma otimização da atuação pela pacificação social.

Decidir a vida das pessoas é um ato de enorme respon-

sabilidade. Sabemos que o nosso trabalho é imprescindível para harmonizar os conflitos e buscar a paz social. No entanto, trata-se de uma missão difícil, com uma grande quota de sacrifícios pessoais e para toda a nossa família.

Ao fazer justiça, o magistrado estará trabalhando por um processo que leva à democracia substancial, em que um número cada vez maior de brasileiros seja usuário de todos os benefícios sociais.

Agradeço aos servidores de todas as Varas e Comarcas onde trabalhei, especialmente aos da 5ª Vara de Família de São Luís/MA, com quem convivi nos últimos 13 anos, da mesma forma que agradeço aos colegas magistrados, advogados e representantes do Ministério Público, especialmente as Promotoras Dras. Sirlei Castro Aires Rodrigues, Maruschka de Mello e Silva, Raquel Silva de Castro, que contribuíram para o bom desenvolvimento das atividades judicantes.

Pedindo a Deus que minha caneta de julgador continue objetivando sempre decisões humanas e justas, assumo o compromisso perante este Tribunal de empenhar-me na manutenção e auxílio por uma Corte de Justiça sempre dinâmica e um povo satisfeito ao ver o término da prestação oferecida pelo Estado-Juiz.

A presença de todos, nesta manhã memorável, é que me faz sonhar que o mundo pode ser mais justo, mais solidário e mais fraterno.

Muito obrigado.

São Luís, 19 de junho de 2008.

Raimundo Nonato Magalhães Melo
Desembargador

DISCURSO DE POSSE DO DESEMBARGADOR
JOSÉ BERNARDO SILVA RODRIGUES
EM 6 DE AGOSTO DE 2008

Quis o Senhor, nosso Deus, que eu estivesse aqui, neste momento e nestas circunstâncias, pois tudo depende das circunstâncias e do tempo, como nos ensina a Segunda Epístola de São Pedro.

Cuido destas coisas porque o caminho percorrido foi árduo e muitas vezes temerário, incerto, como o de milhares e milhares de pessoas desprovidas de recursos.

Hoje cuido destas coisas sem tristeza ou mágoas, para que a quem interessar, possa servir de guia e alívio, demonstrando a possibilidade real de vitória na vida, pelos próprios méritos, desde que conscientes das nossas fragilidades e da existência de uma Força Maior, imanente no universo.

Por isto, aqui trato de registrar o mérito, não exaltá-lo, posto que todos fomos dotados de talentos, que não devem ser enterrados, mas devidamente cultivados para que se multipliquem.

Estas coisas hão de ser alcançadas através da evolução de cada cidadão, em uma educação integral: física, intelectual, emocional e espiritual, não encontrada somente nas escolas.

Aprendi a saber o que é ter os pés no chão, visto que literalmente os tive assim, quando residi em uma casa cujo piso foi de terra batida, paredes de taipa, que ajudei a construir e cobertura de palha, que ajudei a “estalar”.

Uma coisa, entretanto, posso lhes dizer com muito orgulho.

Nunca estive desamparado, perambulando pelas ruas, porque até hoje tenho pai e mãe que comandaram com mão firme os dez filhos, sendo dois deles adotivos.

Apesar da humildade, a ordem era rígida em casa. Em hipótese alguma, antes dos dezoito anos nenhum de nós poderia sair de casa sem o conhecimento deles. Crescemos em ambiente humilde mas de muito respeito ao próximo, sobretudo aos mais velhos que, naquela época, também cuidavam para que a ordem fosse mantida, comunicando algum acontecimento.

Lembro-me dos veementes agradecimentos dos meus pais quando os amigos informavam, como de dever, a prática de algum deslize.

Eu cuido destes pequenos detalhes porque foram forjadores do meu caráter, da minha personalidade, incrustrando no meu espírito, profundo respeito ao ser humano.

Eu sempre quis trabalhar. Angustiava-se a carga carregada somente pelo papai e pela mamãe. O papai – Georgino Benício Rodrigues, hoje aos noventa e dois anos de idade, quase noventa e três – dizia “quando menino pega dinheiro quer mandar em casa. Menino tem que estudar”. Eu lhes digo hoje: Graças a Deus!

Apesar de todo este rigor, fugíamos para o jogo de futebol, o que sempre rendeu várias surras, não impedindo que eu fosse profissional, por pouco tempo. Fruto do Liceu Maranhense e com a ajuda dos Padres da Igreja São Vicente de Paulo, logrei êxito no vestibular para a Faculdade de Direito, da Rua do Sol, em nossa Capital, conquistando minha carta de alforria.

Mesmo como universitário continuei jogando futebol, até que o Mestre José Maria Cabral Marques foi à Faculdade de Direito e arregimen-

tou alunos para um estágio que se transformou no primeiro emprego.

Apesar da breve carreira como profissional do futebol, não poderia deixar de registrar este fato. Nos campos de futebol aprendi a enfrentar e vencer, como David, pequeno e frágil, os “Golias da Vida”; aprendi o exercício da paciência e da perseverança e a vencer o medo de enfrentar o mais forte e o desconhecido, tudo por obra e Graça de Deus.

Aprendi a enfrentar a derrota, a voltar ao trabalho e começar tudo de novo. É assim no futebol. Aprendi a ter e a ser companheiro e vencedor.

Hoje, com muito orgulho chego a esta Corte de Justiça. Trago na bagagem mais de quarenta e um anos de trabalho, dos quais mais de vinte e sete anos foram dedicados à Magistratura da minha Terra, sempre cumprindo rigorosamente meus deveres, porque assim me foi ensinado.

Como visto, o futebol e a família marcaram muito a minha vida. Marcaram para o bem. Por isto fiz questão que soubessem disto, registrando a necessidade de aprendermos desde cedo os nossos limites, para o bom cultivo dos próprios talentos.

Mister se faz que todos desenvolvam seus talentos, para o exercício adequado da Cidadania. É preciso lembrar que a cidadania não consiste apenas em votar e ser votado. É preciso que cada um realize a sua parte na família, na escola, no trabalho. É preciso realizar a própria felicidade.

As Senhoras e os Senhores aqui presentes são muito gentis e paciente comigo. Preciso corresponder com muito respeito e trabalho, cumprindo sempre com os meus deveres

Agradeço sobretudo à Força Maior que rege o Universo e por ela agradeço ao Tribunal de Justiça do Maranhão e, especialmente,

aos meus familiares: Odaléa – esposa; Vanessa e Glauber – filhos; ao meus pais Georgino e Ana Amélia; aos meus irmãos João da Mata, José Henrique, Luiz Fernando, Antonio Assunção (em memória), Maria das Graças, Maria de Fátima, Maria do Socorro, Djalma Rodrigues e Kátia Cristina e aos meus colegas de Faculdade – Desembargadores Benedito de Jesus Guimarães Belo – desde o primeiro ano ginásial; Anildes de Jesus Bernardes Chaves Cruz – desde o inesquecível Liceu Maranhense; Maria dos Remédios Buna Costa Magalhães e Raimunda Bezerra dos Santos da Faculdade.

E, encerrando, peço a Deus que nos ilumine e guarde, para que possamos continuar realizando o nosso mister: a Justiça.

Obrigado.

São Luís, 6 de agosto de 2008.

José Bernardo Silva Rodrigues
Desembargador