

REVISTA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DO ESTADO DO MARANHÃO

CONSELHO EDITORIAL

Coordenador: Lourival de Jesus Serejo Sousa

Membros: Cleones Carvalho Cunha
Paulo Sérgio Velten Pereira
Eliana Oliveira Santos Maciel

COMISSÃO TÉCNICA

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

Revisão: Sérgio Brito e Anamaria Sousa Silva

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**

Rev. Trib. Just. MA | São Luís | v. 3 | n. 3 | p. 1-277 | jan./jun. 2009

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
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
José de Ribamar Froz Sobrinho

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
Lourival de Jesus Serejo Sousa
José de Ribamar Froz Sobrinho

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
Raimundo Nonato Magalhães Melo
José Bernardo Silva Rodrigues
José de Ribamar Froz Sobrinho



Fonte do Ribeirão, inaugurada em 1796.
Foto: Ribamar Pinheiro.

SUMÁRIO

DOCTRINA

CRISE E REFUNDAÇÃO DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE: A SUPREMACIA FORMAL E AXIOLÓGICA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 - SÉRGIO GUERRA	17
A REFORMA DOS INSTITUTOS PROCESSUAIS – A SISTEMÁTICA: O PAPEL DO JUIZ - ANTÔNIO CARLOS ESTEVES.....	43
MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO: EFICAZES INSTRUMENTOS DE COMPLEMENTAÇÃO AO SISTEMA JUDICIAL CLÁSSICO - SÉRGIO RICARDO DE SOUZA.....	61
CONSIDERAÇÕES EM TORNO DO ARTIGO 526 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - MARCEL CÉZAR SILVA TROVÃO.....	71
DIREITO COMPARADO E DIREITO ESTRANGEIRO - WELITON SOUSA CARVALHO...	87

JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

AGRAVO DE INSTRUMENTO nº. 17671/2008 - SÃO LUÍS.....	99
APELAÇÃO CÍVEL nº. 011102/2006 - SÃO LUÍS.....	113
APELAÇÃO CÍVEL nº. 024755/2006 - SÃO LUÍS.....	125
APELAÇÃO CÍVEL nº. 6748/2007 - LORETO.....	137
APELAÇÃO CÍVEL nº. 016289/2006 - PAULO RAMOS.....	145
AGRAVO DE INSTRUMENTO nº. 015878/2008 - VIANA.....	151
APELAÇÃO CÍVEL nº. 024294/2008 - BARRA DO CORDA.....	157

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

APELAÇÃO CRIMINAL nº. 021698/2008 - AÇAILÂNDIA.....	173
APELAÇÃO CRIMINAL nº. 016772/2008 - GOV. NUNES FREIRE.....	181

APELAÇÃO CRIMINAL Nº. 017440/2008 - SÃO JOÃO DOS PATOS.....	191
REVISÃO CRIMINAL Nº. 005382/2005 - SÃO LUÍS	199
APELAÇÃO CRIMINAL Nº. 10484/2008 - URBANO SANTOS.....	209
APELAÇÃO CRIMINAL Nº.005346/2007 - SÃO LUÍS.....	217

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA – DIREITO BANCÁRIO - EMENTÁRIO

APELAÇÃO CÍVEL Nº. 5433/2006 - SÃO LUÍS.....	231
APELAÇÃO CÍVEL Nº. 16548/2007 - SÃO DOMINGOS DO MARANHÃO.....	232
APELAÇÃO CÍVEL Nº. 026912/2005 - IMPERATRIZ.....	234
APELAÇÃO CÍVEL Nº. 020541/2006 - SÃO LUÍS.....	235
APELAÇÃO CÍVEL Nº. 013312/2007 - IMPERATRIZ.....	235
APELAÇÃO CÍVEL Nº. 006168/2008 - PINHEIRO.....	236
APELAÇÃO CÍVEL Nº. 18874/2006 - SÃO LUÍS.....	237
EMBARGOS DE DECLARAÇÃO Nº. 016984/2006.....	238
APELAÇÃO CÍVEL Nº. 018779/2006 - IMPERATRIZ.....	239
APELAÇÃO CÍVEL Nº. 015546/2007 - SÃO LUÍS	240
APELAÇÃO CÍVEL Nº. 006706/2007 - SÃO LUÍS.....	241
APELAÇÃO CÍVEL Nº. 018828/2006 - SÃO LUÍS	241
APELAÇÃO CÍVEL Nº. 20996/2007 - IMPERATRIZ.....	242
APELAÇÃO CÍVEL Nº. 09486/2007 - SÃO LUÍS.....	243
APELAÇÃO CÍVEL Nº. 019257/2006 - EUGÊNIO BARROS.....	243
APELAÇÃO CÍVEL Nº. 25000/2006 - SÃO LUÍS.....	244
APELAÇÃO CÍVEL Nº. 20938/2007 - SÃO LUÍS.....	245
APELAÇÃO CÍVEL Nº. 022261/2007 - IMPERATRIZ.....	246
APELAÇÃO CÍVEL Nº. 013583/2008 - SÃO LUÍS.....	246
APELAÇÃO CÍVEL Nº. 026439/2005 - SÃO LUÍS.....	247
APELAÇÃO CÍVEL Nº. 018891/2006 - SÃO LUÍS.....	248
APELAÇÃO CÍVEL Nº. 7847/2006 - SÃO LUÍS.....	249
APELAÇÃO CÍVEL Nº. 13301/2007 - CAROLINA.....	250
APELAÇÃO CÍVEL Nº. 13578/2008 - SÃO LUÍS.....	250
APELAÇÃO CÍVEL Nº. 07988/2006 - SÃO LUÍS.....	251
APELAÇÃO CÍVEL Nº. 18878/2006 - SÃO LUÍS.....	253
APELAÇÃO CÍVEL Nº. 18669/2006 - SÃO LUÍS.....	253
APELAÇÃO CÍVEL Nº. 018586/2007 - SÃO LUÍS.....	254
APELAÇÃO CÍVEL Nº. 008306/2008 - SÃO LUÍS.....	255

APELAÇÃO CÍVEL Nº. 000200/2007 - BACURI.....256

DISCURSOS

DISCURSO DO DESEMBARGADOR RAIMUNDO FREIRE CUTRIM POR OCASIÃO DE SUA POSSE NA PRESIDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO MARANHÃO, EM 21 DE DEZEMBRO DE 2007.....261

DISCURSO DO DESEMBARGADOR-PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO MARANHÃO, RAIMUNDO FREIRE CUTRIM, NA SOLENIDADE DE DESPEDIDA DO DESEMBARGADOR. MILSON DE SOUZA COUTINHO, EM 02 DE FEVEREIRO DE 2009.271

APRESENTAÇÃO

É com imensa satisfação que o Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão publica mais um número de sua Revista, agora com algumas inovações.

Primeiramente, a Revista passará a ser publicada semestralmente. Além do conteúdo doutrinário e de acórdãos dos desembargadores que compõem a Corte do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, contará, também, com um ementário temático, que a cada edição enfocará um assunto específico. Nesta terceira edição, o ementário é de Direito Bancário.

Outra relevante inovação incorporada diz respeito à abrangência da participação doutrinária, antes restrita à contribuição de magistrados do Estado do Maranhão. A Revista do Tribunal, na sua edição atual, recebeu artigos doutrinários locais e nacionais na área do Direito escritos por magistrados e servidores do Tribunal, professores e especialistas da área, sobre temas de Direito Constitucional, Processo Civil e Direito Comparado.

Pretende-se, com a continuidade da publicação, que o papel do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão transcenda a sua função jurisdicional para abranger, também, o papel de informador, de divulgador do conhecimento jurídico, contribuindo para a difusão da jurisprudência desta Corte e da doutrina jurídica no âmbito local e nacional.

Raimundo Freire Cutrim
Presidente

DOCTRINA

CRISE E REFUNDAÇÃO DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE: a supremacia formal e axiológica da Constituição Federal de 1988

Sérgio Guerra*

1 Introdução. 2 Proeminência do Poder Legislativo: o primado da lei. 3 Limitação executiva estatal na ordem econômica francesa. 4 Sistematização das leis em códigos. 5 Projeção do Poder Executivo e a abertura normativa primária para a aplicação da escolha administrativa relativamente vinculada. 6 Impossibilidade do esgotamento de todas as hipóteses a serem objeto de ordenação executiva pela lei. 7 Crítica à aplicação do princípio legalitário iluminista nos tempos atuais: a crise. 8 Conclusão.

1 Introdução

O constitucionalismo que decorreu da edificação do Estado de Direito¹ e inclui a *societas civilis*², surgido nos movimentos revolucionários ocorridos nos Estados Unidos da América e na França,

* Mestre e Doutor em Direito - Professor de Direito Administrativo dos Cursos de Graduação e Mestrado e Vice Diretor de Pós-Graduação da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas – Diretor Executivo da Revista de Direito Administrativo – RDA - Advogado no Rio de Janeiro.

1 Gustavo Zagrebelsky trata como “ficção” a formulação do Estado de Direito em vista dos grupos de poder, das elites e das classes políticas. Nesse contexto, cogita a existência de um “Direito do Estado”, criado exclusivamente para o Estado e posto a seu serviço. O tema, interessante para os aspectos que envolvem as escolhas administrativas, é abordado pelo autor no item “La transformación de la soberanía”. ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: leyes, derecho, justicia*. 3.ed. Trad. Marina Gascón. Madrid: Trotta, 1999. p. 10 ss. (título original: *Il diritto mite: legge diritti giustizia*). Sobre o Estado de Direito (*Rechtsstaat*) como uma das “expressões mais afortunadas da ciência do Direito contemporâneo”, direciona-se o leitor para o capítulo 2 da obra desse autor, p. 21 ss. Ver, ainda, o tratamento do tema sob o enfoque da existência de dois modelos de Estado de Direito em FERRAJOLI, Luigi. *Pasado y futuro del estado de derecho*. In: *Neoconstitucionalismo(s)*. 2.ed. Miguel Carbonell (Org.). Madrid: Trotta, 2005. p. 13 ss.

2 Os cidadãos passam a ter direito a compartilhar e participar da elaboração das leis, da construção das instituições governamentais e de sua condução. Cf. FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. 1.ed. 4.t. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 16-17.

coincide com o advento do Estado Liberal de Direito³. O modelo republicano estadunidense, considerado o “berço do constitucionalismo”⁴ com o advento da Carta de 1787, veio para conformar um delicado balanço entre os direitos do governo e os direitos fundamentais⁵.

Por caminho diverso, e que também fez alcançar a promulgação de uma Carta Política (1791), a festejada Revolução Francesa, ocorrida em 1789, derrotou as tradições jurídicas do Absolutismo e do *ancien régime*, e materializou a filosofia política insculpida, notadamente, por John Locke e Montesquieu, que buscava a preservação da liberdade individual e a segurança do território. A liberdade individual decorreria desse *nouveau régime*, essencialmente, do primado da lei geral⁶ e abstrata.

A obra revolucionária francesa⁷, “cujo programa transformador queria tomar corpo em um texto jurídico supremo”⁸ – e que interes-

3 Paulo Otero adverte que no equilíbrio político resultante da Revolução Gloriosa, em particular no Bill of Rights, datado de 1689, encontra-se uma primeira formulação dos alicerces do princípio da legalidade administrativa do moderno Estado do Direito. Fazendo do monarca e dos tribunais simples órgãos de aplicação da lei, o parlamento britânico consolida-se como instituição política suprema, traduzindo-se a lei na fonte primeira do ordenamento jurídico. O Direito de origem parlamentar deixa de conhecer quaisquer limites e torna-se o fundamento de atuação de todo o poder. OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 45-46.

4 BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 33, p. 43-92, 2006. p. 60.

5 Conforme sustenta o jurista norteamericano Tribe, na obra em co-autoria: TRIBE, Laurence; DORF, Michael C. *On reading the constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1988. p. 6. Acerca da legitimidade da Constituição estadunidense produzida há mais de dois séculos por tão poucos representantes (Founding Fathers), recomenda-se a leitura de DAHL, Robert A. *How democratic is the american constitution?* New Haven: Yale University Press, 2002, especialmente o capítulo 3, no qual é enfrentada a questão de ser a Constituição norte-americana um modelo para os outros países e o capítulo 7, onde o autor traz reflexões acerca da possibilidade da Constituição ser mais democrática. Destaque-se, ainda, a obra de ACKERMAN, Bruce. *The failure of the founding fathers: Jefferson, Marshall, and the rise of presidential democracy*. London: The Belknap of Harvard University Press, 2005. p. 245.

6 Na lição de Marcello Caetano, a generalidade da lei implica a formulação dos seus preceitos em abstrato e não para certa ou certas pessoas, num caso concreto. Todos quantos se encontrarem ou vierem a encontrar-se nas circunstâncias que estiverem pressupostas no preceito ficarão obrigados a observar o comando normativo. CAETANO, Marcello. *Princípios fundamentais do direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 79 (reimpressão da edição brasileira de 1977, 2ª reimpressão portuguesa).

7 Na verdade, o processo revolucionário ocorrido na França decorreu do conflito entre o Terceiro Estado, de um lado, e o clero e a nobreza, de outro, haja vista a superioridade dos direitos e privilégios assegurados a estes nos Estados Gerais. É nesse contexto que se destacou a obra *Qu'est-ce que le tiers état?*, editada em 1789, do Abade Emmanuel Joseph Sieyès. Essa obra tem tradução para o português, sob o título A constituição burguesa. 4. ed. Trad. Norma Azevedo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

8 PRIETO SANCHÍS, Luis. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: *Neoconstitucionalismo(s)*. 2.ed. Miguel Carbonell (Org.). Madrid: Trotta, 2005. p. 124.

sa ao presente artigo em vista dos influxos das concepções napoleônicas sofridos pela burocracia brasileira⁹ – visou a edificar uma Administração Pública “racional, uniforme e coerente”¹⁰, formulando os princípios da filosofia política que permaneceram como base ulterior: o primado da lei, a separação das autoridades administrativas e judiciais, o liberalismo político, a igualdade entre os cidadãos e a igualdade destes perante a Administração e o liberalismo econômico.¹¹

O Governo – eis a premissa básica e fundamental daquela doutrina – deveria ser não o Governo dos homens, mas o Governo das leis. Lei esta que, na visão de Locke¹², seria o grande instrumento e meio para se alcançar a formação da sociedade e o desfrute da propriedade em paz e segurança. Sob a premissa do “reino das leis”¹³ ou de que “o Direito tem de expressar-se precisamente por meio de leis”¹⁴, a norma jurídica seria válida não por ser justa, mas, apenas, por haver sido posta por uma autoridade dotada de competência normativa.¹⁵

Desse modo, sustentava-se naquele importante momento histórico para a humanidade que todas as carências deveriam ser supridas pelo contido na lei, que a liberdade consistia no direito de fazer tudo

9 Cf. PONDÉ, Lafayete. A doutrina e a jurisprudência na elaboração do direito administrativo. In: *O direito administrativo na década de 90: estudos em homenagem ao Prof. José Cretella Jr.* Antônio A. Queiroz Telles e Edmir Neto de Araújo (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 42. Segundo Cabral de Moncada, enquanto na Alemanha chegou-se ao conceito de lei a partir do Direito, diferentemente na França chegou-se ao conceito de Direito a partir da lei. Cf. CABRAL DE MONCADA, Luís S. Lei e regulamento. Coimbra: Coimbra, 2002. p. 654. A evolução do princípio da legalidade no Brasil pode ser conferida no artigo de RODRIGUES, Itiberê de Oliveira. Fundamentos dogmático-jurídicos da história do princípio da legalidade administrativa no Brasil. In: Fundamentos do estado de direito: estudos em homenagem ao professor Almiro do Couto e Silva. Humberto Ávila (Org.). São Paulo: Malheiros, 2005. p. 54-90.

10 RIVERO, Jean. *Direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1981. p. 27-28.

11 Como assevera García de Enterría ao comentar essa filosofia estatal: “La estructura y contenido del Estado que postulan estas concepciones básicas es elemental y se resume en este esquema simple: leyes, Tribunales y orden público. El Estado debe limitarse a dictar leyes generales con ese contenido característico de garantía y límite externo de la libertad. Por razón de este objetivo, la aplicación de estas leyes se realiza a través del propio actuar libre de los ciudadanos y basta montar un sistema de Tribunales que en caso de litigio entre dos libertades encontradas decidan la aplicación controvertida”. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Revolución francesa y administración contemporánea*. 5.ed. Madrid: Civitas, 1998. p. 28.

12 Ver a exposição de Locke no capítulo “da extensão do poder legislativo”, da obra Segundo tratado sobre o governo. Trad. Alex Martins. São Paulo: Martin Claret, 2005. p. 98.

13 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Democracia, jueces y controle de la administración*. 5.ed. Madrid: Civitas, 2005. p. 139.

14 Id. *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*. Madrid: Civitas, 2000. p. 17.

15 FERRAJOLI, Luigi. *Pasado..., op. cit.*, p. 16.

que as leis permitiam. Nas palavras de Montesquieu¹⁶ “a lei, em geral, é a razão humana, enquanto governa todos os povos da terra; e as leis políticas e civis de cada nação devem ser apenas casos particulares onde se aplica esta razão humana”.

O período do iluminismo era, portanto, um tempo em que se asentou na idéia de que deveria ser possível estabelecer uma clareza e uma segurança jurídicas absolutas por meio de normas rigorosamente elaboradas e, especialmente, garantir uma univocidade incondicional a todas as decisões judiciais e a todos os atos administrativos¹⁷. O positivismo jurídico, sucessor da Escola Histórica do Direito¹⁸, com “visão meramente indutivista”¹⁹ e expressado sob a *forma hobbesiana* (*Auctoritas, non veritas facit legem*), correspondia a uma instância axiológica da refundação do direito sobre o princípio da legalidade como garantia de certeza e liberdade para fazer frente à arbitrariedade.²⁰

Nessa fase o Poder Executivo participava da elaboração das leis por meio de uma *faculté d’empêcher* (vetos)²¹, podendo limitar os impulsos do Poder Legislativo. Entretanto, não havia muitos espaços para a escolha administrativa. A Administração Pública, dessa forma, não podia atuar por meio da própria autoridade: amparava-se unicamente na autoridade da lei, encontrando nesta o único critério de decisão. Diante do esquema “leis, tribunais e ordem pública”²², somente neste terceiro campo caberia uma porção mínima à Administração Pública, cujo mais importante complexo de funções era concentrado, integralmente, na concepção do *jogo livre do concurso social*.

16 MONTESQUIEU. O espírito das leis. São Paulo: Martins Fontes, 1993. p. 16-17.

17 ENGISCH, Karl. Introdução ao pensamento jurídico. 8. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 206 (título original da obra: Einführung in das juristische denken).

18 Cf. BOBBIO, Norberto. O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito. Trad. Mauro Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. p. 45 (sem identificação do título original). Uma ampla pesquisa sobre a Escola Histórica do Direito foi elaborada por CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estado de direito. 3.ed. 2.tir. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 73-83.

19 FREITAS, Juarez. A interpretação sistemática do direito. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 33.

20 FERRAJOLI, Luigi. Pasado..., op. cit., p. 16.

21 OTERO, Paulo. Legalidade e administração pública..., op. cit., p. 49.

22 Cf. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Revolución francesa..., op. cit., p. 35.

2 Proeminência do Poder Legislativo: o primado da lei

Um dos principais aspectos do constitucionalismo do século XVIII na França era, como dito, a lei²³, sendo expressamente vedada sua delegação. O Estado oferecia uma moldura puramente formal, dentro da qual a sociedade vivia seu próprio dinamismo espontâneo, pela própria concorrência indefinida das liberdades de seus membros²⁴. Provocou-se, em decorrência lógica dessa premissa, a proeminência absoluta do Poder Legislativo.

Como expressão da vontade geral, de dogma *rousseauiano*²⁵, a lei era concebida como sendo insuspeita em qualquer situação, e, portanto, intocável. Isso pode ser confirmado nos artigos 5º e 6º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão – *Déclaration des Droits de L’Homme et du Citoyen* –, de 26 de agosto de 1789, que preconizam que tudo o que não está proibido pela lei não pode ser impedido, e ninguém pode ser constrangido a fazer o que ela não ordena; a lei é a expressão da vontade geral.²⁶

Para a correta compreensão da importância da lei no contexto

23 Em que pese a atual Constituição francesa, de 1958, repartir as competências normativas entre o Poder Legislativo e o Poder Executivo, o mecanismo de controle prévio de constitucionalidade das leis – diferentemente do modelo brasileiro – bem demonstra a importância do princípio da legalidade naquela nação da Europa continental. Sobre esse aspecto, recomenda-se a leitura do artigo de JORION, Benoit. Les principes généraux du droit. In: Droit administratif et administration. [S.l.]: La documentation française, 1998. p. 10. Acerca da competência normativa na França pós-Constituição de 1958, Cabral de Moncada adverte: “A consagração constitucional de uma reserva regulamentar (art. 37) veio provocar alterações profundíssimas no direito público francês. Não é ousadia da figura que está em causa: trata-se, como já se disse, do termo de um pequeno percurso que vinha sendo traçado desde há muito pela progressiva independência dos poderes normativos do executivo face à assembleia. Pela primeira vez consagra a Constituição limites claros à função legislativa do parlamento, renegando toda a doutrina e a prática francesas até então. Diferentemente do sistema instituído pela lei de 17 de Agosto de 1948 que dava ao governo, como se viu, a possibilidade de modificar ou abrogar por “décret” as leis dispendo sobre matérias regulamentares “par leur nature” mas sem as declarar interditas ao parlamento, cria agora o art. 37 da Constituição uma verdadeira reserva de regulamento a favor do governo ou seja, do Primeiro-Ministro (art. 21)”. CABRAL DE MONCADA, Luís S. Lei e regulamento..., op. cit., p. 703.

24 Cf. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Revolución francesa..., op. cit., p. 29.

25 Rousseau pregava que os homens, vivendo em um estado de natureza e diante da existência da lei do mais forte, abdicavam, tacitamente, da ilimitada liberdade que tinham para viver em sociedade, sob a direção de um poder que iria distribuir justiça, garantir a paz e punir os excessos de violência. Veja-se sua principal obra: ROUSSEAU, Jean-Jacques. Do contrato social: princípios do direito político. Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 31 ss. (título original: Du contrat social: principes du droit politique).

26 O aprofundamento sobre esta questão pode ser feito na obra de BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Trad. Carlos Nelson de Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 99 (título original: L’eta dei diritti).

do Estado de Direito francês, a Constituição Francesa de 1791 não permitia expressamente delegação da função legislativa ao disciplinar que isto seria de competência exclusiva do corpo legislativo²⁷, premissa esta seguida nos textos jacobino e girondino, respectivamente, das Cartas de 1793²⁸ e de 1795²⁹. O princípio da legalidade no molde constitucional tinha um viés positivo, de forma que a Administração Pública somente podia fazer aquilo que constava expressamente na norma.³⁰

A liberdade e a igualdade constituíam a lei para os revolucionários franceses. Formavam o princípio basilar do Estado de Direito, sendo regra a ser observada por todos. Somente por meio da lei se poderia realizar a justiça conforme a razão jusnatural, ter certeza jurídica e controle do poder. A lei era a expressão jurídica da hegemonia da burguesia liberal, que, em conseqüência, era reconhecida com “superioridade” frente a todos os demais atos jurídicos e também frente ao documento constitucional³¹. Dessa forma, a lei, ao ocupar a posição mais alta, não tinha sobre si nenhuma regra jurídica que servisse para estabelecer limites, para pôr ordem. A lei podia tudo, porque estava materialmente vinculada a um contexto político-social e ideal definido e homogêneo. Uma sociedade política monista ou monoclasse, como era

27 No texto original: “La Constitution délègue exclusivement au Corps législatif les pouvoirs et fonction ciaprès: 1°. De proposer et décréter les lois: le Roi peut seulement inviter le Corps législatif a prendre un objet en considération”.

28 Confira-se o texto original: “Au Corps législatif seul appartient l’exercice plein et entier de la puissance législative”.

29 No idioma francês: “En aucun cas, le Corps législatif ne peut déléguer à un ou plusieurs de ses membres, ni à qui que ce soit, aucune des fonctions que lui sont attribuées par la présente constitution”.

30 Nesse sentido, ver a manifestação de DESDENTADO DAROCA, Eva. La crisis de identidad del derecho administrativo: privatización, huida de la regulación pública y administraciones independientes. Valencia: Tirant lo blanch, 1999. p. 26-27. Gustavo Zagrebelsky adverte que o princípio da legalidade se expressava de maneira distinta de acordo com a posição que os cidadãos assumiam frente ao mandato legislativo ou da posição que a Administração Pública assumia diante do referido mandato. A submissão da Administração à lei se afirmava com caráter geral, porém eram várias as formulações desta submissão e de significado não coincidente. Não seria o mesmo dizer que a Administração devia estar sujeita e, por tanto, predeterminada por uma lei ou, simplesmente, delimitada por ela. No primeiro caso, prevalente no monismo parlamentar francês onde somente a assembléia representava originariamente a nação e todos os demais órgãos eram simples autoridades derivadas, a ausência de leis – que atribuísem poderes à Administração – significava para esta a impossibilidade de atuar; no segundo caso, nas constituições dualistas da “restauração”, a ausência de leis – que delimitassem o poder da Administração – comportava, em linha de princípio, a possibilidade de perseguir, livremente seus próprios fins. A lei prévia, como garantia contra a arbitrariedade, era aqui tão somente uma recomendação válida na medida em que fosse possível, não um princípio inderrogável. ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil..., op. cit., p. 27.

31 Para correta compreensão desses termos, ver ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil..., op. cit., p. 31.

a sociedade liberal, incorporava em si as regras de sua própria ordem³², e o Estado concentrava em si todos os poderes.³³

3 Limitação executiva estatal na ordem econômica francesa

Diante desse quadro do Estado burguês de Direito, o Parlamento dominou entre as instituições de Governo, sustentado pelo primado da lei, fundado na concepção do direito natural. A lei era, portanto, “formadora do direito”³⁴, enquanto que a Administração Pública era mera executora. Na estrutura da separação de poderes setecentista, tornou-se indiscutível que a cultura do princípio da legalidade trouxe, em seu bojo, a proeminência do Poder Legislativo sobre os demais poderes, isto até mesmo como uma resposta histórica ao passado de absolutismos despóticos experimentada pela Europa.

Constata-se, nessa fase histórica, um modesto espaço e papel coadjuvante do Poder Executivo. A marca, portanto, do período Liberal, era a postura estatal absenteísta e legalitária, sendo um mero gestor da manutenção da ordem, do direito de propriedade e do fiel cumprimento dos contratos. No modelo econômico liberal foram editadas leis então consideradas a base para a liberdade do comércio e indústria, confirmando o modelo de liberalismo econômico limitador da ação executiva estatal sobre a iniciativa privada.³⁵ A primeira, de março de 1791, conhecida

32 Zagrebelsky destaca que neste panorama o monopólio político-legislativo de uma classe social relativamente homogênea determinava por si mesma as condições da unidade da legislação. Id. *Ibid.*, p. 32.

33 Conforme adverte Norberto Bobbio, a sociedade medieval era uma sociedade pluralista, posto ser constituída de uma pluralidade de agrupamentos sociais cada um dos quais dispoendo de um ordenamento jurídico próprio: o Direito aí se apresentava como um fenômeno social, produzido não pelo Estado, mas pela sociedade civil. Com a formação do Estado moderno, ao contrário, a sociedade assume uma estrutura monista, no sentido de que o Estado concentra em si todos os poderes, em primeiro lugar aquele de criar o Direito: não se contenta em concorrer para essa criação, mas quer ser o único a estabelecer o Direito, ou diretamente através da lei, ou indiretamente através do reconhecimento e controle das normas de formação consuetudinária. Trata-se do processo de monopolização da produção jurídica por parte do Estado. BOBBIO, Norberto. O positivismo jurídico..., op. cit., p. 27.

34 SEABRA FAGUNDES, Miguel. O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. p. 5.

35 VENÂNCIO FILHO, Alberto. A intervenção do estado no domínio econômico. Ed. Fac-similar. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 4.

como Decreto d'Allardes, dispunha que qualquer pessoa era livre para fazer qualquer negócio ou exercer qualquer profissão, arte ou ofício. Destaque-se ainda a Lei Chapelier, de junho de 1791, que proibia o regime de corporações. As atividades estatais de competência do Poder Executivo contemplavam apenas alguns serviços públicos, haja vista que o pleno exercício das atividades econômicas competia à iniciativa privada.

Verifica-se, portanto, um mínimo espaço para o exercício da escolha administrativa, sendo plausível inferir sobre essa fase histórica uma diminuta atuação estatal executiva, preponderantemente vinculada aos preceitos legais estritos. A ação vinculada que se apresentou no modelo liberal foi idealizado para que a norma a ser cumprida pelo Poder Executivo determinasse, com exatidão, a conduta da Administração Pública diante de certa situação fática. A norma indicaria o único e possível comportamento que o administrador deveria adotar diante do caso concreto, não permitindo espaços discricionários e conceitos abertos para um julgamento subjetivo.³⁶

No ato vinculado, o fim legal apresentava-se tendo uma objetividade incondicional e unívoca, de modo que o comportamento da administração da coisa pública, além de demandado em situações especialíssimas, era exatamente determinado pela lei.³⁷ Com isto, não se apresentavam competências autônomas ao Executivo; “este era simplesmente a força que fazia executar a lei e, na boa tradição *rousseauuniana*, só elaborava *proclamations* para a execução das leis”.³⁸

4 Sistematização das leis em códigos

Considerando que o postulado legalista comandava a tradição

36 Andreas J. Krell informa que a discricionariedade, nessa fase, começou a ser considerada um corpo estranho dentro do Estado de Direito, um resquício da arbitrariedade monárquica que deveria, por qualquer meio, ser eliminada. KRELL, Andreas J. Discricionariedade administrativa, conceitos jurídicos indeterminados e controle judicial. Revista da ESMAFE – Escola de Magistratura Federal da 5ª. Região. Recife, v. 8, p. 177-224, 2004.

37 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Curso de derecho administrativo. Tomo I. 10.ed. Madrid: Civitas, 2001. p. 435.

38 CABRAL DE MONCADA, Luís S. Lei e regulamento..., op. cit., p. 655.

romano-germânica, em que “a força da lei era o mesmo que a força dos Direitos”³⁹, optou-se, por iniciativa de Napoleão Bonaparte, pela sistematização dessas leis em códigos. Nesses códigos, encontravam-se reunidas todas as características da lei: (i) a vontade positiva do legislador, capaz de impor-se indiferentemente em todo o território do Estado e que era direcionada à realização de um projeto jurídico baseado na razão – a razão da burguesia liberal, assumida como ponto de partida; (ii) o caráter dedutivo do desenvolvimento das normas; (iii) a generalidade e a abstração; (iv) a sistematicidade e a plenitude.⁴⁰

Nesse cenário, “o advento do Estado Liberal, a consolidação dos ideais constitucionais em textos escritos e o êxito do movimento de codificação simbolizaram a vitória do direito natural, o seu apogeu”.⁴¹ Adveio, em 1804, o Código Civil Napoleônico, tido como a “Constituição da burguesia liberal”⁴², e, com ele, o jusnaturalismo concluía uma fase histórica. A transposição do direito racional para um texto aprovado pela *volonté generale* (vontade geral de viés *rousseauiano*) impedia qualquer outra forma de se cogitar a existência de Direito diverso deste.⁴³ Em apenas dez anos, foram editados diversos códigos na França – penal, comercial, processo civil e penal – com uma notável perfeição, fenômeno este de que não havia precedentes históricos, causaram justa admiração dos juristas e da sociedade de todo o século XIX.⁴⁴

39 ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil..., op. cit., p. 53.

40 Id. Ibid., p. 32.

41 Conforme adverte BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da constituição. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 321.

42 Cf. ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil..., op. cit., p. 53.

43 Segundo Bobbio, foram duas as codificações que tiveram uma influência fundamental no desenvolvimento de nossa cultura jurídica: a justiniana e a napoleônica. A obra de Justiniano fundou e elaborou o direito comum romano na Idade Média e Moderna; contudo, somente com a codificação napoleônica chegou-se a um código propriamente dito com normas sistematicamente organizadas e expressamente elaboradas. BOBBIO, Norberto. O positivismo..., op. cit., p. 63-64.

44 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Justicia y seguridad..., op. cit., p. 32.

5 Projeção do Poder Executivo e a abertura normativa primária para aplicação da escolha administrativa relativamente vinculada

Um aspecto de capital importância para a compreensão deste período histórico – e fundamental para o desenvolvimento do papel da Administração Pública – consiste naquilo que a doutrina denominou de “dissidência revolucionária”⁴⁵. Os revolucionários seguiram, claramente, uma interpretação dissidente da ortodoxia doutrinária de Locke e Montesquieu. Com efeito, essa interpretação, somada a circunstâncias posteriores, permitiu e determinou o fortalecimento de uma administração pública como não se havia conhecido, nem mesmo no antigo regime, formando o próprio direito administrativo.

Uma razão circunstancial determinou, na França, que a interpretação do princípio da “divisão” – e não separação – de poderes⁴⁶, originalmente inglês e estadunidense, não se adequava desde as origens do constitucionalismo a esses critérios ortodoxos que impunham suas próprias e autênticas fontes. Pelo contrário, afirmava-se a idéia de uma liberdade do Poder Executivo diante dos demais poderes – notadamente, do Poder Judiciário. A razão determinante estava no fato de que os revolucionários tinham receio dos antigos Parlamentos judiciais, ligados aos privilégios do estamento que representavam.⁴⁷

O fato é que por essa interpretação permitiu-se a emergência de um poder administrativo poderoso e autônomo, diverso do consti-

45 Id. *Revolución francesa...*, op. cit., p. 41.

46 Sobre o princípio da separação de poderes remetemos o leitor às seguintes obras, com enfoques diversos: PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1989 e ACKERMAN, Bruce. *The new separation of powers*. Harvard Law Review, v. 113, n. 3, jan., 2000, p. 633-729. Recomenda-se, ainda, a leitura do didático voto do Ministro Cesar Peluso, na ADIN 2591-1, julgada em 7 de junho de 2006, e publicada na Revista de Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, v. 243: I-X; 1-374, set./dez./2006, p. 235. Acerca das discussões ocorridas sobre a separação de poderes no período da Revolução Francesa, inclusive com profunda análise dos Cadernos de 1789, ver a obra originalmente publicada em 1893 de DUGUIT, Léon. *La separación de poderes y la asamblea nacional de 1789*. Trad. Pablo Pérez Tremps. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1996. p. 9 ss. A separação de poderes, em termos de mutação do direito administrativo é objeto da obra de MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 119 ss.

47 O aristocrata Montesquieu, o Barão de La Brède y de Montesquieu, havia sido o Presidente do Parlamento bordelês e foi execrado pelos revolucionários no mesmo momento em que estes se dispuseram a adotar o esquema central de Constituição. Esse fato, normalmente, é esquecido nas exposições usuais sobre o tema. A advertência é de GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Revolución francesa...*, op. cit., p. 47.

tucionalismo anglo-saxão.⁴⁸ A idéia de separação – e não só mera divisão de poderes – “proporcionou a fundamentação de um poder regulamentar da lei, inicialmente de mera execução e, posteriormente, independente”.⁴⁹

Com Napoleão, criou-se uma forte máquina administrativa, alterando profundamente a natureza do Poder Executivo. Instituiu-se aquilo que se tornou a pedra angular da autonomia jurídica da Administração Pública: o *Conseil d’Etat* (Conselho de Estado). Esse “novo” Poder Executivo, diferentemente da doutrina de separação de poderes – que deveria exercer funções abstratas, que reverteriam imediatamente ao núcleo social, sem necessidade de uma personificação – passa a ser um sujeito real, autossuficiente para seu desenvolvimento, que interfere nas atividades particulares.⁵⁰

A partir de então, o Administrador Público passa a exercer escolhas não mais absolutamente vinculadas à lei como também as relativamente vinculadas, pela impossibilidade da lei alcançar todos os aspectos a serem ordenados pela Administração Pública.

6 Impossibilidade do esgotamento de todas as hipóteses a serem objeto de ordenação executiva pela lei

Além das questões antes tratadas, um fato tornou-se indisputável no modelo constitucional francês: a lei e os códigos, bases do liberalismo, mesmo sob um Estado absenteísta, não poderiam tudo prever. Rousseau, “profeta dos novos ilustrados”⁵¹ e defensor da vontade geral e do primado da lei, sustentava que seria impossível que se esteja a toda hora legislando sobre tudo e chamando os órgãos de representação popu-

48 Por esse motivo Alfonso García Figueroa adverte que o constitucionalismo moderno é, por excelência, norte-americano, e não francês. GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. La teoría del derecho en tiempos de constitucionalismo. In: Neoconstitucionalismo(s). 2.ed. Miguel Carbonell (Org.). Madrid: Trotta, 2005. p. 162.

49 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Revolución francesa...*, op. cit., p. 50-51.

50 Id. *Ibid.*, p. 73-75.

51 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Justicia y seguridad...*, op. cit., p. 23.

lar a se manifestarem sobre todo e qualquer assunto.⁵² Seria impraticável adaptar as leis aos acontecimentos, de modo que as leis poderiam tornar-se perniciosas e até mesmo “ser causa de destruição do Estado”.⁵³

O desenvolvimento científico, técnico e industrial, o aumento populacional, a especialização, a divisão de trabalho, o crescente entrelaçamento e a transformação mais rápida das condições de vida aumentaram e alteraram as tarefas do Estado. Todos esses fatores conduziram à pluralização e democratização do Estado.⁵⁴ Acresça-se a isso a circunstância de haver uma carência de tempo do Legislativo em relação ao grande volume da legislação e a imperiosa necessidade de o Estado possuir um poder de criação do Direito que seja mais simples que o Legislativo.⁵⁵ Este, na verdade, não dispõe de tempo para estudar todos os problemas secundários que exigem a atenção e a participação cada vez mais ativa do Estado.

As privações humanas não se interrompem no tempo e nunca são as mesmas; antes, são sempre outras, a cada vez recrudescem. A realidade dos sistemas político, social e econômico, com o passar dos tempos, se mostrou muito mais complexa do que supunha o ideário da Ilustração. O próprio pensamento se revelou maior, mais intenso e mais sofisticado do que a própria razão pura. Como anota Carlos Mário da Silva Velloso⁵⁶, já no século XIX verificava-se que a *weltanschauung* iluminista não fazia felizes as pessoas e essa cosmovisão filosófica infelicitava os indivíduos. A Revolução Francesa de 1848 e o Manifesto Comunista de Marx e Engels, do mesmo ano, são prova disso. A con-

52 ROUSSEAU, Jean-Jacques. Do contrato social..., op. cit., p. 91-92.

53 OTERO, Paulo. Legalidade e administração pública..., op. cit., p. 65. Nesse sentido, afirma Rousseau: “Jamais existiu democracia verdadeira e não existirá jamais. É contra a ordem natural que um grande número governe e que um número pequeno seja governando. Não se pode imaginar que o povo permaneça incessantemente reunido para cuidar dos negócios públicos e vê-se facilmente que não poderia estabelecer para isso comunicações, sem mudar a forma da administração”. ROUSSEAU, Jean-Jacques. Do contrato social..., op. cit., p. 92.

54 HESSE, Konrad. Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. p. 31-32 (tradução da 20ª edição alemã, intitulada Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland. A primeira edição data de 1967).

55 FORTES, Bonifácio. Delegação legislativa. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 62, out./dez., 1960, p. 357.

56 VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Delegação legislativa: a legislação por associações. Revista de Direito Público, São Paulo, n. 92, out./dez., 1989, p. 151.

cepção do *welfare state*, do Estado prestador de serviços, do Estado providência, que substitui, em nível constitucional, com a Constituição do México de 1917⁵⁷ e com a Constituição de Weimar, de 1919⁵⁸, a *wel-tanschaung* iluminista, impôs a tomada de uma nova posição.

Nesse mesmo sentido, ao destacar as transformações econômicas e sociais desse período – e que alteraram profundamente o quadro em que se inseria esse pensamento político, jurídico e econômico – Alberto Venâncio Filho⁵⁹ adverte que as implicações cada vez mais intensas das descobertas científicas – e de suas aplicações – que se processaram com maior celeridade a partir da Revolução Industrial, e o aparecimento de gigantescas empresas fabris – trazendo, em consequência, a formação de grandes aglomerados urbanos – representaram mudanças profundas na vida social e política dos países. Isso acarretou alterações acentuadas nas relações sociais, o que exigiu que, paulatinamente, sem nenhuma posição doutrinária preestabelecida, o Estado, cada vez mais, abarcasse maior número de atribuições, intervindo mais assiduamente na vida econômica e social para compor os conflitos de interesses de grupos e de indivíduos.

A conquista do sufrágio universal, “através do qual os reclamos das massas discriminadas [...] impuseram ao Estado uma postura menos ‘neutra’ para com as desigualdades sociais”⁶⁰, foi, em parte, determinante para a intervenção do Estado na ordem econômica. A lei, indicando apenas soluções unívocas e inalteráveis, passou a ser insuficiente. A complexidade que se apresentou na sociedade do século XIX, gerando novas carências, reclamou novos institutos e mecanismos de compatibilização

57 Segundo advertência de Eros Grau “mítica foi a Constituição Mexicana” ao dedicar um capítulo à definição de princípios aplicáveis ao trabalho e à previdência social, sem, contudo, institucionalizar esses direitos, atribuindo ao Congresso da União a função de disciplinar sobre essas matérias. GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na constituição de 1988 (interpretação e crítica). 7.ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 27.

58 Luis S. Miguel anota que, na Constituição de Weimar, o modelo de Estado estava ainda inacabado e a sua aplicação na prática o foi de maneira confusa e contraditória. Assim, o catálogo de direitos fundamentais, reflexo da diversidade dos constituintes e da preocupação das distintas correntes ideológicas de incluir na Carta declarações de princípios, produziu uma amalgama que “entorpeceu” a eficácia normativa da Constituição e a aplicação direta de seus preceitos jusfundamentais. M. CRUZ, Luis. La constitución como orden de valores: problemas jurídicos y políticos. Granada: Editorial Comares, 2005. p. 2.

59 VENÂNCIO FILHO, Alberto. A intervenção do estado..., op. cit., p. 8.

60 SOUZA, Artur de Brito Gueiros. O estado contemporâneo frente ao princípio da indelegabilidade legislativa. Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo, v. 13, p. 193-202, 1996, p. 195.

das relações entre a lei e o Poder Executivo.⁶¹ “A relação entre sujeito do conhecimento e seu objeto de estudo – isto é, entre intérprete, a norma e a realidade – é tensa e intensa. O ideal positivista de objetividade e neutralidade é insuscetível de realizar-se”.⁶²

Daí surgiram espaços e aberturas normativas para o exercício de escolhas pela Administração Pública, conferindo-lhe relevância política que ultrapassa o que os teóricos liberais do fenômeno constitucional podiam imaginar, isto é, “deslocou-se a primazia do Legislativo para o Executivo, afetando a relação entre os dois poderes, na modelagem da concepção clássica da legalidade administrativa”.⁶³

A redução do Estado a um aglomerado de serviços públicos retirou parte da autoridade especial a suas manifestações legislativas e preparou o terreno para que a ordem normativa da lei, despida agora de suas vestes ditas “idealistas”, pudesse ser substituída no contato com o cidadão por meio do regulamento, norma esta “mais fácil e mais expedita e beneficiando do apoio da burocracia administrativa”.⁶⁴

O Parlamento, impossibilitado de oferecer as soluções às questões econômicas e sociais prementes, viu-se alijado do processo de intervenção. “O seu perfil de lento depurador das controvérsias partidárias não permitiu enfrentar prontamente as questões que demandavam um regramento jurídico”⁶⁵, deixando-o em uma posição secundária. O Poder Executivo consolidou sua autonomia dotado de funções não sindicáveis pelo Poder Judiciário⁶⁶, em que pese o princípio legalitário vigorante.

61 Cumpre trazer a advertência de Paulo Otero de que houve diferentes graus de protagonismo do Poder Executivo, seja pelas diversas experiências constitucionais, seja pelos diversos momentos dentro de uma mesma experiência, tudo dependendo das normas constitucionais e da conjuntura político-partidária vivenciada. De todo modo, o protagonismo do Poder Executivo, dentre outros fatores, está baseado na “crescente complexidade das matérias e a impossibilidade de o parlamento dar resposta pronta e conveniente a todas as exigências de um moderno Estado de bem-estar.” OTERO, Paulo. Legalidade e administração pública..., op. cit., p. 107.

62 BARROSO, Luís Roberto. Interpretação..., op. cit., p. 324.

63 MEDAUAR, Odete. O direito administrativo em evolução..., op. cit., p. 146.

64 CABRAL DE MONCADA, Luís S. Lei e regulamento..., op. cit., p. 661-662.

65 SOUZA, Artur de Brito Gueiros. O estado contemporâneo..., op. cit., p. 195-196.

66 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Curso..., op. cit., p. 463 e MEDAUAR, Odete. O direito administrativo..., op. cit., p. 194.

7 Crítica à aplicação do princípio legalitário iluminista nos tempos atuais: a crise.

Razões sociais⁶⁷, políticas e jurídicas buscaram justificar o fato de que a legalidade se configurasse, ao longo dos últimos duzentos anos⁶⁸, como verdadeira coluna vertebral do direito administrativo como expressão da subordinação da Administração Pública ao Direito, e, desse modo, da função administrativa à função legislativa.⁶⁹ O positivismo pretendeu, à luz de um legalismo acrítico, ser uma teoria do Direito fundada em juízos de valor, e que resultou em uma ideologia movida por juízos de fato servindo de disfarce para autoritarismos de matizes variadas.⁷⁰

Diante dessa constatação, indaga-se: até que ponto tais idéias recebem hoje um genuíno acolhimento no ordenamento jurídico diante do desaparecimento das características clássicas da lei, sobretudo diante da sociedade contemporânea condicionada a uma ampla diversidade de grupos e extratos sociais? A atuação estatal no mundo globalizado é ca-

67 Conforme advertência de Sérgio Buarque de Holanda: “O prestígio da palavra escrita, da frase lapidar, do pensamento inflexível, o horror ao vago, ao hesitante, ao fluido, que obrigam à colaboração, ao esforço e, por conseguinte, a certa dependência e mesmo abdicação da personalidade, têm determinado assiduamente nossa formação espiritual. Tudo quanto dispense qualquer trabalho mental aturado e fatigante, as idéias claras, lúcidas, definitivas, que favorecem uma espécie de atonia da inteligência, parece-nos constituir a verdadeira essência da sabedoria. É possível compreender o bom sucesso do positivismo entre nós e entre outros povos parentes do nosso, como Chile e México, justamente por esse repouso que permitem ao espírito e as definições irresistíveis e imperativas do sistema de Comte”. HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26.ed. 26.reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. p. 158.

68 Seja do ponto da vertente negativa, de origem nitidamente francesa, e a vertente positiva, sustentada por Kelsen e materializada na obra de Adolfo Merkl. Notadamente sobre esse aspecto, ver a obra desse integrante da Escola de Viena: MERKL, Adolfo. *Teoría general del derecho administrativo*. Granada: Comares, 2004. p. 41.

69 Cf. OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública...*, op. cit., p. 16.

70 Cf. BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação...*, op. cit., p. 324. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Justicia y seguridad...*, op. cit., p. 41-42: “En esta recepción de la concepción americana de la Constitución como norma suprema efectiva, invocable ante los Tribunales, canon de validez de las Leyes y criterio primero para la interpretación y aplicación de éstas, pesó, indudablemente, la experiencia de los totalitarismos europeos, en todos los cuales los dictadores dispusieron a su arbitrio del poder legislativo, haciendo aparecer a la Ley como destructora, y no protectora, de la libertad”.

paz de ser exercida tendo como eixo único a legalidade?⁷¹

Essa observação refere-se ao período em que vivemos – a pós-modernidade⁷² –, significando que, no campo do Direito, representa, dentre outros aspectos, a idéia de transposição do positivismo jurídico, doutrina de pensamento que se hospedou em diversos países – como o Brasil – filiados ao tronco jurídico romano-germânico. Malgrado a doutrina contemporânea sustentar que a estrutura normativa é composta por princípios e regras jurídicas, isto é, os princípios, que são mais genéricos e abstratos do que as regras, não estão subsumidos a uma situação de fato (possuindo uma dimensão de peso ou importância)⁷³, o normativismo lógico, nos termos sustentados pela Escola de Viena (e que teve Hans Kelsen como seu grande luminar – criador da chamada Teoria Pura de

71 José Eduardo Faria tece o seguinte comentário sobre o papel do Poder Legislativo no âmbito da economia globalizada: “Com o fenômeno da globalização, as estruturas institucionais, organizacionais, políticas e jurídicas forjadas desde os séculos XVII e XVIII tendem a perder tanto sua centralidade quanto sua exclusividade. No âmbito de uma economia transnacionalizada, as relações entre os problemas internacionais e os problemas internos de cada país vão sendo progressivamente invertidas, de tal forma que os primeiros já não são mais apenas parte dos segundos; pelo contrário, os problemas internacionais não só passam a estar acima dos problemas nacionais como também a condicioná-los. [...] Como, nesse novo contexto, a decisão de participar ou não do fenômeno da economia globalizada muitas vezes acaba ficando fora do alcance dos legisladores e dos formuladores da política econômica nacional, por mais estranho e paradoxal que isso possa parecer...” FARIA, José Eduardo. O direito..., op. cit., p.32-33. Grifo nosso.

72 Para esclarecimento do leitor, utiliza-se o termo “pós-modernidade” para identificar um momento diverso daquele por que passou a humanidade até, notadamente, a segunda metade do século passado. Quanto a essa nomenclatura há inúmeros termos utilizados pela doutrina. Gunther Teubner, por exemplo, aborda a variedade de termos do Direito na fase atual: direito pós-moderno, direito pós-intervencionista, direito processualizado, direito neo-corporativo, direito ecológico, direito mediático e, para o autor, direito reflexivo. TEUBNER, Gunther. O direito como sistema autopoietico. Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Colouste Gulbenkian, 1993. p. 131-132. Giddens sustenta que ao invés de estarmos entrando em um período de pós-modernidade, estamos alcançando um período em que as “consequências da modernidade” estão se tornando mais radicalizadas e universalizadas do que antes. Segundo o autor, além da modernidade, pode-se perceber os contornos de uma ordem nova e diferente, que é pós-moderna, mas isto seria bem diferente do que é atualmente denominado de pós-modernidade”. GIDDENS, Anthony. As consequências da modernidade, op. cit., p. 13. Grifo nosso. Levando em conta os comentários doutrinários, registre-se, portanto, que não há um preciosismo do autor deste artigo quanto ao nomen iuris. O prefixo “pós” representa, para o autor, uma forma de destacar – e reforçar junto aos operadores do Direito – que categorias tradicionais não se apresentam inteiramente ajustadas para a solução de um conjunto de problemas ligados à realização da justiça.

73 A ampliação das tarefas das Constituições contemporâneas também contribuiu para a mudança da posição ocupada pela lei no ordenamento jurídico. Enquanto no passado as Constituições se ocupavam exclusivamente do estabelecimento de direitos individuais e políticos e da estrutura básica do Estado, no constitucionalismo contemporâneo passaram a também estabelecer direitos de caráter prestacional — que exigem, do poder público, atuações positivas, e não mais meras abstenções —, e a dispor sobre uma série de temas sobre os quais anteriormente silenciavam, a exemplo das ordens econômica e cultural, e das relações familiares. Assim foi que as Constituições deixaram de ser vistas apenas como as leis básicas do Estado, circunscritas à temática do direito público, para tornarem-se o estatuto fundamental do Estado e da sociedade. SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 70-78.

Direito), ainda impregna o mundo jurídico e vincula os atos da Administração Pública.⁷⁴

De fato, “o paradigma científico-jurídico predominante em nosso país, especialmente na área do Direito Público, ainda é fortemente influenciado pela ortodoxia kelseniana”⁷⁵, de modo que há de enfrentar, em sede doutrinária, o grande risco a que conduz o normativismo lógico nos tempos atuais, notadamente em termos de regulação de atividades econômicas privadas: o de se cavar um abismo intransponível entre o mundo da vida e o mundo ideativo das normas, em um incontornável déficit de realidade.

Com efeito, tal perigo radica no fato de que, para o positivismo, como “abordagem avaliativa do direito”⁷⁶, o “dever-ser” – Direito – não pode derivar do “ser” – realidade. Essa, em apertada síntese, representa a tese primordial dessa doutrina gerada no seio do liberalismo econômico burguês. Entretanto, a dissociação entre realidade e Direito conduz à ilusão de que o Direito “se autoproduz”⁷⁷, cria sua própria realidade (uma realidade fossilizada, puramente normativa, e meramente ideativa, infensa a valores, a considerações políticas, sociológicas, econômicas etc.), dissociada da realidade complexa e sempre dinâmica da vida, notadamente no campo do sistema econômico.

O normativismo lógico, ao tratar dos problemas jurídicos como problemas meramente de catalogação normativa, simplificando, dessa forma, o pensamento acerca dos fenômenos concretos, criou “um realismo fora da realidade social”⁷⁸, e consagrou um determinado tipo de comportamento mental (tendo como modelo o formalismo das certezas

74 Ver, nesse sentido, CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4. Ed. Coimbra: Ed. Livraria Almedina, 2000. p. 724, ao advertir que nos casos em que se apresentam vantagens e encargos para os cidadãos, as decisões têm de, necessariamente, seguir ao comando da lei.

75 GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria processual da constituição...*, op. cit., p. 202.

76 Cf. BOBBIO, Norberto. *O positivismo...*, op. cit., p. 135.

77 FARIA, José Eduardo. *O direito...*, op. cit., p. 45.

78 VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria pura do direito: repasse crítico de seus principais fundamentos*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p.8. Segundo o autor, “para Kelsen, toda teoria jurídica verdadeira deve, necessariamente, simplificar a complexidade dos fenômenos concretos, reduzindo-os a noções gerais. [...] À Teoria Pura do Direito não interessa, de modo algum, o que ocorre com o Direito como fenômeno social, como atividade da vida prática. Dela, procura-se Kelsen desviar-se a todo custo. [...] O pensamento de Kelsen, todo ele, encontra suporte lógico-epistemológico no irredutível dualismo das categorias ser e dever ser, sem o qual seria impossível pensar a Teoria pura do Direito”. *Id. Ibid.*, p. 29.

matemáticas, ditas puristas, das ciências da natureza), que “conduz à total separação do intérprete da realidade, fazendo-o tornar-se insensível aos êxitos práticos do próprio operar”.⁷⁹

Esse distanciamento entre o “ser” e o “dever-ser”, contudo, não resiste às necessidades cotidianas da pós-modernidade, e, portanto, deve ser categoricamente recusado (ou melhor, “refundado”).⁸⁰ O “ser” e o “dever-ser” são considerados como as duas faces de uma mesma realidade, de uma realidade concebida como uma unidade que se divide dialeticamente, a ponto de ela se limitar a reconhecer que o sentido de uma norma isolada não pode jamais ser compreendida ao modo da sistematização lógica, mas somente, e fundamentalmente, na relação com a totalidade da realidade social no interior da qual a norma vale.⁸¹ No processo efetivo de concretização prática do Direito, este e a realidade não constituem duas grandezas independentes, existentes cada uma por si. A norma encontra-se constantemente ligada ao contexto das situações sociais e das concepções sociopolíticas com base nas quais ele deve agir.⁸²

Para uma metodologia que renda justiça à tarefa da concretização das “inovações tecnológicas, a complexidade, variedade e especificidade dos assuntos da vida moderna”⁸³, que afetem direitos fundamentais dos cidadãos, é indisputável a necessidade de não mais opor a “realidade” ao “Direito”. Ao contrário, na ótica aqui defendida, a realidade econômica e social deve ser diferenciada em seu detalhe, de uma parte, como espaço de validade do Direito em geral, e de outra parte, como setor da realidade pressuposta, recebida ou produzida por um texto da norma particular.⁸⁴

Não mais se pode identificar, como se defendeu no período da Ilustração, o Direito única e exclusivamente na lei “e esta com a vontade do Estado”.⁸⁵ A lei já não é a expressão pacífica de uma sociedade política

79 PERLINGIERI, Pietro. *Perfis...*, op. cit., p. 104.

80 A “refundação do princípio da legalidade” é tratada por FERRAJOLI. *Pasado...*, op. cit., p. 22.

81 MÜLLER, Friedrich. *Discours de la méthode juridique*. Trad. Olivier Jouanjan. Paris: Presses Universitaires de France, 1996. p. 11.

82 Id. *Ibid.*

83 SILVA, Clarissa Sampaio. *Legalidade e regulação*. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 54.

84 Id. *Ibid.*, p. 192.

85 OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública...*, op. cit., p. 23.

internamente coerente; é manifestação e instrumento de competição e enfrentamento social. Não é o final, mas a continuação de um conflito. Não é um ato impessoal, geral e abstrato, expressão de interesses objetivos, coerentes, racionalmente justificáveis. Ao contrário, a lei é um ato personalizado que persegue interesses particulares.⁸⁶ A concepção positivista e a própria sacralização da legalidade levaram ao legalismo, ao formalismo excessivo de decretos, circulares e portarias, com a predominância da letra dos textos sobre seu espírito ou sobre a realidade dinâmica da vida.⁸⁷

Além desses aspectos, que demonstram a crise do princípio da legalidade, tem-se, ainda, a “desvalorização”⁸⁸ ou “esgarçamento”⁸⁹ da lei pela inconcebível “inflação legislativa”.⁹⁰ A idéia oitocentista de uma sociedade livre, movendo-se dentro de uma moldura legal e codificada, em textos claros, concisos e tendencialmente estáveis, transformou-se pela inundação de leis e regulamentos instáveis⁹¹ – o mundo de incertezas jurídicas – e com frenéticas alterações.⁹² Antes mesmo de proceder à interpretação sistemática das normas, o jurista tem de transformar-se em “jurista detetive”: “El simple y sencillo acceso a la información esta siendo convertido, día tras día, en un proceso lleno de complicaciones cada vez mayores donde la labor de interpretación no puede alcanzarse sin una

86 No sentido de que provêm de grupos identificáveis de pessoas e está dirigida a outros grupos igualmente identificáveis. ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil...*, op. cit., p. 38.

87 MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução...*, op. cit., p. 146.

88 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Justicia y seguridad...*, op. cit., p. 47 e 97. O autor espanhol complementa, taxativamente, a impossibilidade da manutenção do positivismo como método: “La extraordinaria movilidad de las Leyes, que parte de la creencia de que las Leyes son capaces de resolver todos y cada uno de los problemas que presenta sin cesar una cambiante sociedad, ha venido a hacer imposible, paradójicamente, el positivismo como método. [...] El positivismo exacerbado ha matado definitivamente al positivismo”. Id. *Ibid.*, p. 103.

89 BAPTISTA, Patrícia Ferreira. *Segurança jurídica e proteção da confiança legítima no direito administrativo: análise sistemática e critérios de aplicação no direito administrativo brasileiro*. 2006. 374 p. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Universidade de São Paulo. p. 58.

90 Expressão utilizada por TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado...*, op. cit., p. 465. O autor destaca, nessa ordem de questões, o exagero do princípio da reserva legal, o casuismo legislativo, o despreparo de parlamentares e funcionários envolvidos na elaboração do texto e o intervencionismo estatal.

91 Verificada fundamentalmente a partir do advento do Welfare State, a inflação legislativa a que se aludiu acima foi verificada pela constituição de inúmeros microssistemas normativos regidos por valores e objetivos distintos daqueles de origem liberal que regiam o Código Civil e que com este coexistiam, importando, deste modo, no fenômeno intitulado de “descodificação do direito”. Desta maneira, o Código Civil foi gradualmente perdendo a posição de centralidade que até então ocupava. BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo...*, op. cit., p. 62.

92 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Justicia y seguridad...*, op. cit., p. 47-48.

previa labor de investigación acerca de los textos vigentes y su eficacia real. El jurista intérprete cede paso al jurista detective, el erudito cede ante el informático avezado. La tarea de búsqueda de normas resulta, sobre todo en ciertos aspectos del ordenamiento, cada vez más ardua, pero, y estp es algo que luego se examinará en detalle, prácticamente ninguna de las ramas del tronco jurídico está actualmente siendo ajena a esta lenta contaminación que aquella el panorama del Derecho.”⁹³

Deve-se, ainda, tal crise do princípio legatário à hoje amplamente consolidada noção da incompletude intrínseca às leis, impotentes e incapazes que são para estabelecer, *a priori* e de maneira exaustiva, todos os atos que o administrador deverá praticar para atender ao interesse público. Em virtude de tal constatação, impôs-se ao legislador que, na impossibilidade de prever todas as situações que exigiriam a atuação do Poder Público, conferisse certa margem de liberdade à Administração na determinação do conteúdo dos preceitos legais⁹⁴.

Some-se a isso, que, em muitos casos e em vista dos acordos entre partidos políticos e parlamentares, a lei é elaborada, propositadamente ou não, de forma ambígua, isso quando não é mal redigida⁹⁵, provocando imprecisões e dificuldades para a aplicação no caso concreto. Dessa forma, em técnica legislativa intitulada de “escolha discricionária” passaram as leis a ser menos determinadas, menos claras e mais gerais.⁹⁶

Considerando as características da composição do Poder Legislativo e as dificuldades naturais para disciplinar em detalhes todos os subsistemas, haja vista, notadamente, seu distanciamento do caso concreto, é preciso redefinir a divisão clássica de tarefas e competências normativas.

Em muitas situações, a busca de exaustivo disciplinamento por meio da norma primária, isto é, uma “omnímoda submissão da sociedade a uma excessiva padronização e detalhamento de comportamentos

93 PALMA FERNÁNDEZ, José Luis. La seguridad jurídica ante la abundancia de normas. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997. p. 14.

94 ARAGÃO, Alexandre Santos de. Princípio da legalidade e poder regulamentar no estado contemporâneo. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 225, jul./set. 2001. p. 116.

95 BAPTISTA, Patrícia Ferreira. Segurança jurídica e proteção da confiança legítima..., op. cit., p. 15.

96 ARAGÃO, Alexandre Santos de. Princípio da legalidade..., op. cit., p. 116.

por via legislativa, a pretexto de racionalizá-los e de impor critérios tidos como superiores”⁹⁷ pode produzir conseqüências nefastas ao interesse público, pois a adequação de questões complexas a determinadas circunstâncias que se apresentam no cotidiano exige uma flexibilidade de regras para sua correta apreciação e decisão.

Cogita-se que não deve caber ao legislador primário tecer minúcias normativas, sobretudo para adentrar em aspectos técnicos. “La susstración (parcial) de las Administraciones al gobierno modifica el sentido de la función del principio de legalidad”.⁹⁸ Até mesmo em vista de estar mais próximo aos fatos pelo contato direto no dia-a-dia com a sociedade, deve incumbir tal tarefa ao Executivo, por estar em melhores condições de avaliar qual será, em determinado caso, a justa solução para se encontrar um grau ótimo de execução das políticas públicas, e por dispor de estrutura operacional para tecer maiores detalhamentos normativos.⁹⁹

A disciplina de algumas matérias ou questões, por via legal ou regulamentar, não chega, com frequência, a satisfazer interesses de distinta natureza. Em algumas ocasiões, porque os órgãos e as instituições legitimadas carecem do suficiente conhecimento e da capacidade de adaptação evolutiva para a ordenação de determinadas matérias, e, em outras, porque se deixa, deliberadamente, uma margem de atuação aberta à autodeterminação normativa dos próprios interessados que operam em certos setores (*softlaw*).¹⁰⁰

Ainda que se cogite a existência de diversos graus de vinculação

97 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Direito regulatório..., op. cit., p. 124.

98 CASSESE, Sabino. La globalización..., op. cit., p. 187.

99 Nesse sentido, ver MEDAUAR, Odete. O direito administrativo em evolução..., op. cit., p. 128.

100 BERMEJO VERA, José. El declive de la seguridad jurídica en el ordenamiento plural. Madrid: Civitas, 2005. p. 24. O autor complementa, sobre esse novo direito suave, “que tratan de recoger aquellas especificaciones basadas en la ciencia, la experiencia o la tecnología necesarias o convenientes para concretar características de los bienes y productos de las actividades industriales. Estas normas técnicas ofrecen una doble dimensión. Por una parte, hay normas de aplicación voluntaria. Pero, por otro lado, existen reglamentaciones técnicas de naturaleza obligatoria. Son en todo caso respuestas al desarrollo tecnológico y, aunque diferenciadas en su origen, estructura y efectos, las reglamentaciones técnicas poseen una extraordinaria importancia en el momento actual”. Id. Ibid., p. 25.

do regulador público às regras legais¹⁰¹, parece ser indisputável que, dada a tecnicidade que se apresenta diante das sociedades contemporâneas, foi sendo reconhecida com o tempo, ou ao menos tolerada, de um modo ou de outro, nos ordenamentos jurídicos dos países de constitucionalismo adiantado, alguma forma de delegação ou deslegalização normativa do legislativo a órgãos e entidades descentralizadas do Poder Executivo. Notadamente no que diz respeito, por exemplo, à regulação de atividades econômicas pelo Estado, observa-se que a estrutura de algumas regras é singular, pois as políticas nacionais típicas do Estado contemporâneo se põem em prática mediante a edição de muitas normas gerais com indeterminações que acabam por atribuir uma escolha discricionária à Administração Pública.

Mesmo diante dessa patente “crise da legalidade”¹⁰², a lei deve ser considerada, haja vista que não deixa de ser um padrão a ser observado pela sociedade.¹⁰³ Esse aspecto da questão é didaticamente focalizado pelo jurista português Cabral de Moncada¹⁰⁴: “A reserva da lei continua, portanto, a ter uma função garantística essencial. É esse o seu sentido principal, sem esquecer que ela é também um elemento fundamental de um sistema democrático de base parlamentar. A única coisa que perdeu foi a capacidade de claramente distinguir a esfera do direito da irrelevância jurídica, melhor dizendo: se o critério subjetivista que presidia à reserva de lei tradicional era um critério seguro, relativamente rígido e pouco susceptível de variações na sua extensão, o mesmo se não passa hoje, pois que o critério que a identifica é variável e foi mesmo pensado para

101 Charles Eisenmann comenta a ausência de simplicidade entre os termos “legal” e “legalidade”. O autor sustenta haver algumas possíveis concepções (e não apenas uma) da legalidade: “Parece-me que, na realidade, acontece o seguinte: quando se fala de legalidade dos atos administrativos, pode-se pensar em uma ou em outra de duas relações extremamente diferentes, às quais correspondem duas noções do princípio da legalidade, uma delas poder-se-ia chamar [...] de mínima, e a outra, de máxima. Segundo a noção mínima, a legalidade é uma relação de não-contrariedade, de não-incompatibilidade, ou, positivamente, de compatibilidade. Segundo a noção máxima, a legalidade é uma relação de conformidade”. EISENMANN, Charles. O direito administrativo e o princípio da legalidade. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 56, p. 47-70, 1959. p. 54. Os diversos sentidos do termo “lei” podem também ser conferidos em GUASTINI, Riccardo. “Ley”. In Elementos de técnica legislativa. Miguel Carbonell e Susana Thalia Pedroza de la Llave (Org.). Cidade do México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2003. p. 13 ss.

102 ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil..., op. cit., p. 39 e FERRAJOLI, Luigi. Pasado..., op. cit., p. 20.

103 Nesse sentido, GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. La teoría..., op. cit., p. 186.

104 CABRAL DE MONCADA, Luis S. Lei e regulamento. Coimbra: Coimbra, 2002, p. 315.

o ser, susceptível de um escalonamento entre um máximo e um mínimo e só assim compreensível e utilizável, pelo que não pode ter a pretensão de fornecer de uma vez por todas, sem margem para dúvidas, a lista de todo o material que carece de disciplina legislativa. Do critério moderno de reserva de lei, de que a teoria da essencialidade é a síntese mais feliz, não transparece imediatamente todo o mostuário da relevância jurídico-legislativa. É por isso que ele é um critério aberto e pluralista. Aberto porque há nele lugar para o compromisso político entre as forças actantes na sociedade e no estado, assumindo a abertura precisamente a forma de um compromisso variável entre visões políticas diversas com diferente força de pressão, mas aspirando cada uma delas a deixar a sua marca na disciplina normativa a eleger e no catálogo de assuntos a escolher, que podem ir desde a maior repressão da criminalidade ao segredo bancário, desde a protecção do ambiente à emigração estrangeira, etc [...] Pluralista porque a matriz axiológica a requerer disciplina legislativa há muito que virou costas aos problemas e aspirações do indivíduo isolado e à questão de protecção da sua liberdade e propriedade subjectivas”.

A lei deve ser, na maioria dos casos, a fonte preferencial como ponto de partida para a actual função administrativa¹⁰⁵; contudo, nas palavras de Marcos Juruena Villela Souto, “a noção de ordem jurídica é [...]

105 Cf. OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública...*, op. cit., p. 27. Veja-se, ainda, a visão de Luís Roberto Barroso, *Interpretação...*, op., cit., p. 317: “A redemocratização no Brasil impulsionou uma volta ao Direito. É certo que já não se alimenta a crença de que a lei seja ‘a expressão da vontade geral institucionalizada’ e se reconhece que, frequentemente, estará a serviço de interesses, e não da razão. Mas ainda assim ela representa a despersonalização do poder e a institucionalização da vontade política. O tempo das negações absolutas passou. Não existe compromisso com o outro sem a lei”. Não me parece ser esta a melhor motivação doutrinária para a observância da lei. Perfilha-se a linha pós-positivista de Humberto Ávila, em sua *Teoria dos princípios...*, op. cit., p. 68-69: “...as regras consistem em normas preliminarmente decisivas e abarcantes, na medida em que, a despeito da pretensão de abranger todos os aspectos relevantes para a tomada de decisão, têm a aspiração de gerar uma solução específica para o conflito entre razões. [...] Os princípios possuem, pois, pretensão de complementariedade, na medida em que, sobre abrangerem apenas parte dos aspectos relevantes para uma tomada de decisão, não têm a pretensão de gerar uma solução específica, mas de contribuir, ao lado de outras razões, para a tomada de decisão.”. Conforme elucidativa lição de Ricardo Lobo Torres, ao comentar a efetividade da norma ética em nossos dias, anota: “Com a virada kantiana e a reaproximação entre ética e direito, passou-se a cogitar da efetividade da regra moral abstrata. Claro que não se chega ao exagero de advogar que a norma ética possa anular a regra jurídica positivada, eis que tal possibilidade destruiria completamente a segurança jurídica”. TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado...*, op. cit., p. 8. Juarez Freitas, sob um outro viés, também realista, aponta o espaço da regra ao doutrinar: “Superado qualquer originalismo extremado, urge perceber que a intenção do legislador, justamente porque de difícil aferição, mostra-se secundária, mas não irrelevante”. FREITAS, Juarez. *A interpretação...*, op. cit., p. 180.

mais ampla que a de norma jurídica”¹⁰⁶ e, portanto, não decifra o “politeísmo de valores” necessário para propiciar uma decisão proporcional diante dos inúmeros conflitos sociais.¹⁰⁷

Desse modo, registre-se algumas críticas à legalidade estrita e vinculativa da atuação administrativa diante de sua incompatibilidade com as questões contemporâneas, notadamente por seu distanciamento do caso concreto.

8 Conclusão

O direito administrativo brasileiro foi construído observando a supremacia da Administração Pública nas relações com os cidadãos: prevalência do interesse público sobre o interesse privado, forte hierarquia na burocracia estatal, submissão quase que absoluta ao princípio da legalidade e espaços para a atuação executiva discricionária. Com a difusão de idéias democráticas e globalizantes, o direito administrativo, notadamente de viés econômico, não pode mais comportar-se como nos tempos da ilustração francesa.

Existe uma crise do direito administrativo pela falta de categorias/fórmulas que tragam respostas objetivas a essa nova fase, que clama pela justiça social, que deve levar em conta aspectos econômicos, ambientais etc. Algumas críticas sobre o princípio da legalidade despontam diretamente dessa análise.

A crise nos parece patente no que se refere ao princípio da legalidade, até então a coluna vertebral do direito administrativo pátrio. Nos dias atuais, não deve ser mantida a separação moderna do “ser” e do “dever-ser”. Na busca da justiça no caso concreto há necessidade de não mais opor a “realidade” ao “direito”. Ao contrário, a realidade econômica e social, observando a preocupação no balanceamento entre custos e benefícios, deve ser diferenciada em seu detalhe, de uma parte, como

106 SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo da economia...*, op. cit., p. 2.

107 FARIA, José Eduardo. *O direito...*, op. cit., p. 43.

espaço de validade do Direito em geral, e, de outra parte, como setor da realidade pressuposta, recebida ou produzida por um texto da norma particular.

Não se sustentou neste artigo a desconsideração absoluta da regra legiferante, haja vista que não deixa de ser um padrão a ser observado no sistema jurídico-constitucional brasileiro. Contudo, ela vem sendo insuficiente, pois não decifra o politeísmo de valores necessário para propiciar uma decisão proporcional diante dos inúmeros conflitos sociais.

Considerando as características da composição e atuação do Poder Legislativo, somadas as dificuldades naturais para disciplinar em detalhes todos os subsistemas, é necessário redefinir a divisão clássica de tarefas e competências normativas. Até porque, em muitas situações, a busca de exaustivo disciplinamento de questões técnicas por meio da norma primária pode produzir conseqüências nefastas ao interesse público. A adequação da ação estatal a determinadas circunstâncias que se apresentam no cotidiano exige uma flexibilidade de regras para sua correta apreciação e decisão.

Impõe-se o afastamento do legislador primário das minúcias normativas, sobretudo para adentrar em aspectos técnicos que, por sua natureza, não representam a “vontade geral”.

Essa tarefa deve estar afeta ao Poder Executivo, seja por estar em melhores condições de avaliar qual será, em determinado caso, a justa solução para se encontrar um grau ótimo de execução das políticas públicas – que precisam ser melhor definidas nas regras legais –, seja por dispor de aparato institucional para tecer maiores detalhamentos normativos.

A REFORMA DOS INSTITUTOS PROCESSUAIS - A SISTEMÁTICA: o papel do juiz

Antônio Carlos Esteves*

Embora ressaltando o trabalho abnegado dos juízes brasileiros que deveriam contar com o dobro, no mínimo, do atual contingente em exercício, massacrado por sofríveis condições de trabalho, cerceado pelo retrocesso legislativo e pelo menosprezo de segmentos poderosos da elite social, a morosidade do sistema judicial brasileiro alcança proporções tão significativas, que não é incomum se ouvir que alguém preferiu o silêncio a bater à porta do Estado-juiz para clamar pela proteção de um direito violado. Diante desse quadro pouco animador e para fazer valer a imutabilidade da cláusula pétreia incluída no texto constitucional pela EC 45/2004¹, o legislador vem inserindo alterações na composição codificada do processo.

Diversas foram as leis introdutórias de novas fórmulas de celeridade nos institutos procedimentais. As mais recentes são as Leis nº 11.187/05, que trouxe o novo regime do agravo de instrumento; nº 11.232/05, estabelecendo um novo critério de execução de títulos executivos judiciais; nº 11.276/06, instituindo as súmulas impeditivas de recurso; nº 11.277/06, que possibilita a reprodução de sentenças para casos idênticos; nº 11.382/06, instituidora de novas diretrizes para a execução de títulos extrajudiciais; nº 11.417/06, criando as súmulas vinculantes; nº 11.419/06, viabilizando a informatização dos processos, e a nº 11.441/07, possibilitando a realização de inventário, partilha, separação e divórcio consensuais pela via administrativa.

Como figura em exposição de motivos, a reforma teve por escopo acelerar a velocidade decisória dos procedimentos. O objetivo sobre esse aspecto é inconfundível:

* Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

¹ Art. 5º. ... LXXVIII – LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Sob a perspectiva das diretrizes estabelecidas para a reforma da Justiça, faz-se necessária a alteração do sistema processual brasileiro com o escopo de conferir racionalidade e celeridade ao serviço de prestação jurisdicional, sem, contudo, ferir o direito ao contraditório e à ampla defesa².

Nem sempre as alterações apresentam resultados absolutamente positivos.

Entre outras medidas para a consecução deste efeito, observa-se, dentre as mais significativas, a alteração dos arts. 461, 461-A e 475-J, do Código de Processo Civil. Para esses dois momentos da tentativa aceleradora, o juiz, que antes terminava o seu ofício ao prolatar a sentença, com a novel perspectiva das diligências para o cumprimento de sua decisão, permanece adstrito ao processo para materializá-la. O legislador trouxe para a linha de desdobramento decisório a consubstanciação do que se terá definido na sentença, sem que se crie um novo processo, autônomo, como ocorria na sistemática anterior. Os puristas da matéria nutriam escancarado processo de execução da sistemática pretérita.

Se, por um lado, a magistratura perde este fio divisório do seu procedimento, por outro, mantém sob seu contínuo comando a imediata consecução dos objetivos finais do processo. Até esta altura, nada há que se criticar.

O anseio por respostas mais rápidas tem progressivamente mitigado o uso da formalidade ortodoxa para dirimir conflitos de interesse, dispensando, por exemplo, a intervenção do Estado, como no caso da arbitragem, ou adotando mecanismos mais velozes, como a penhora on line, tomando como princípio norteador o direito fundamental à efetividade. É o que se vê com a possibilidade de intervenção de terceiro no procedimento sumário, na modalidade expressa na nova redação do

² Exposição de Motivos da Lei nº 11.187/05 – EM 00185-MJ.

artigo 280, da Lei de Ritos³, ou, ainda, como acima antecipado, com o radical redimensionamento do processo de execução de títulos judiciais, prestigiando o sincretismo, ao considerar-se o cumprimento de sentença como uma fase do processo, reforçado o comando judicial condenatório em nível mandamental antes não observado.

Todavia, essas mudanças acabaram por causar perplexidade sob alguns aspectos, em prejuízo da harmonia da sistemática.

A Lei nº 11.280/06, por exemplo, alterou a redação do parágrafo 5º, do art. 219, do Código de Processo Civil⁴, tratando a prescrição, instituto de natureza material, no âmbito da mecânica de direito adjetivo.

A Lei nº 11.232/05 também surpreendeu quanto à destinação tópica de dispositivos, muitos deles deslocados do Livro II para o Livro I, do CPC.

O Prof. José Carlos Barbosa Moreira tece comentário sobre o equívoco na localização dos artigos relativos ao cumprimento de sentença, logo após aquele que cuida do duplo grau de jurisdição, matéria absolutamente diversa, distinguindo-os o legislador “com um séquito de nada menos de treze pingentes, de 475-A a 475-R. Mais um pouco, e teria de recorrer ao alfabeto grego...”⁵. A alternativa alfanumérica, aliás, não é prevista pelos ditames regulatórios da Lei Complementar nº 95/98, que dispõe sobre elaboração, redação, alteração e consolidação das leis. Traz consigo um leve sabor de imitação dos padrões dos estatutos da Common Law.

O respeitado mestre encerra sua oportuna crítica com a sutileza da seguinte indagação:

“será por demais atrevida a sugestão de que se ‘passe a

3 Art. 280. No procedimento sumário não são admissíveis a ação declaratória incidental e a intervenção de terceiros, salvo a assistência, o recurso de terceiro prejudicado e a intervenção fundada em contrato de seguro.

4 Art. 219. A citação válida torna prevento o juízo, induz litispendência e faz litigiosa a coisa; e, ainda quando ordenada por juiz incompetente, constitui em mora o devedor e interrompe a prescrição.

§ 5º O juiz pronunciará, de ofício, a prescrição.

5 MOREIRA, José Carlos Barbosa. Observações sobre a Estrutura e a Terminologia do CPC após as Reformas das Leis nº11.232 e 11.382. 2008. Revista da EMERJ, Rio de Janeiro. v. 11. nº 41. p. 22.

limpo' o texto, para escoimá-lo, quanto possível, de imperfeições como as mencionadas? E já que estaríamos com a mão na massa, que tal 'passar a limpo' o código todo, cuja sistemática, se tinha rachaduras de início, agora se acha decididamente reduzida a cacós?"⁶

No particular da fórmula materializadora do julgado, ao dispor a lei que a parte vencida está compelida ao pagamento do montante a que fora condenada⁷, sujeita-a ao pagamento de multa, no caso de demora, dando azo a um fator constrictivo, que deve ser aplicado imediatamente após o trânsito em julgado da sentença. Muitas dúvidas surgiram a esse respeito, identificando-se, pelo menos, quatro correntes de pensamento: há os que defendem que o prazo para pagamento depende única e exclusivamente da intimação da parte através do advogado; há os que consideram obrigatória a intimação pessoal da parte devedora para o pagamento; há os que dispensam intimação, e há os que advogam a indispensável apresentação de memória de cálculo, além da intimação.

O compromisso do profissional com o vernáculo impõe-lhe obrigatórios cuidados interpretativos para conduzir o texto legislativo ao seu real desígnio. Expressiva maioria tende a considerar exigível a multa a partir da publicação para cumprimento do acórdão que ratifica a decisão fixadora da obrigação de pagar. É a conhecida intimação por D.O. (Diário Oficial).

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS N. 282 E 356 DO STF. ARTIGO 475-J DO CPC. CUMPRIMENTO DA SENTENÇA. INTIMAÇÃO PESSOAL DA PARTE VENCIDA. DESNECESSIDADE.

⁶ Idem, *ibidem*. p. 31.

⁷ Art. 475-J. Caso o devedor, condenado ao pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação, não o efetue no prazo de quinze dias, o montante da condenação será acrescido de multa no percentual de dez por cento e, a requerimento do credor e observado o disposto no art. 614, inciso II, desta Lei, expedir-se-á mandado de penhora e avaliação.

1. Aplicam-se os óbices previstos nas Súmulas n. 282 e 356/STF quando a questão infraconstitucional suscitada no recurso especial não foi enfocada no acórdão recorrido, nem, a respeito, foram opostos embargos de declaração.
2. A intimação da sentença que condena ao pagamento de quantia certa consuma-se mediante publicação pelos meios ordinários, a fim de que tenha início o prazo recursal. Desnecessária a intimação pessoal do devedor.
3. Agravo regimental desprovido⁸.

Para desespero dos intérpretes, que não podem se afastar da realidade da vida, há que se levar em consideração as ponderações agi-tadas pelos integrantes da Defensoria Pública que, atendendo a centenas ou milhares de clientes, não podem, sem o mínimo de condição mate-rial e de tempo, orientar o seu assistido para que cumpra o comando. É assim que, a despeito de a técnica pura repelir a diligência⁹, muitos julgados têm garantido ao integrante da Defensoria Pública a faculdade de intimação pessoal do cidadão que contou com seus serviços.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. INTIMAÇÃO NA FORMA DO ART. 475-J DO CPC. PARTE ASSISTIDA PELA DEFEN-SORIA PÚBLICA. NECESSIDADE DE INTIMAÇÃO PESSOAL DA PARTE E DA INSTITUIÇÃO. PREC-EDENTES JURISPRUDENCIAIS. RECURSO MONO-CRATICAMENTE PROVIDO, NA FORMA DO ART. 557 § 1º - A DO CPC¹⁰

8 STJ - AgRg no Ag 993387 / DF. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 2007/0293373-4. Rel. Minis-tro João Otávio de Noronha. Quarta Turma. 18/12/2008. STJ - AgRg no Ag 993387 / DF. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 2007/0293373-4. Rel. Ministro João Otávio de Noronha. Quarta Turma. 18/12/2008. 9 Agravo de Instrumento nº 2007.002.27076. Des. Carlos Eduardo Passos. Julgamento 21/11/2007. Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Agravo de Instrumento nº 1.069.710 - RJ (2008/0127497-4). Ministro Sidnei Beneti. Publicação 25/11/2008. Superior Tribunal de Justiça.

10 Agravo de Instrumento nº 2008.002.26788. Jds. Des. Mauro Martins. Julgamento 25/08/2008. Décima Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

Para essas ocorrências, prevê-se uma série de opções interpretativas que oferece ao jurisdicionado a certeza de que a Justiça estará servida. E, como vimos, não são poucas as manifestações a esse respeito, ainda mais que o legislador não primou pela clareza vernacular absoluta, neste e em outros pontos das alterações.

Já não é de hoje que se verifica o desencontro entre as fórmulas processuais e a sua intervenção no universo do direito material civil. Ainda está na memória dos que militam no Judiciário a insegurança que a antiga redação do art. 923, do CPC¹¹, causou por força do descompasso relacionado ao que se colhia da redação do art. 505, do CC/1916¹².

A tentativa de demonstrar que, embora proibida a cumulação de pleito reivindicatório com possessório, sobre o mesmo imóvel e a um só tempo, o domínio poderia influenciar decisões sobre a posse, exigiu dos doutrinadores muita retórica, o que acabou por se refletir em texto processual assistemático, programático, tão extenso e explicativo, que, em redação mais técnica, na versão vigente do art. 923, do CPC, o comando ficou resumido a “Art. 923. Na pendência do processo possessório, é defeso, assim ao autor como ao réu, intentar a ação de reconhecimento do domínio.” Sobre o assunto, elaborou-se o enunciado de nº 79, do CEJ¹³, e Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, expuseram válidos comentários sobre o tema:

O art. 923, CPC, revogou a segunda parte do art. 505, CC de 1916, uma vez que a norma do antigo CC dizia que não se pode julgar a posse em favor de quem não tem o domínio, ao passo que o art. 923, CPC, afirmou de modo categórico que a posse deve ser julgada em favor daquele que possui o domínio. Ou melhor, a exceção de

11 Art. 923. Na pendência do processo possessório é defeso assim ao autor como ao réu intentar a ação de reconhecimento do domínio. Não obsta, porém, à manutenção ou à reintegração na posse a alegação de domínio ou de outro direito sobre a coisa; caso em que a posse será julgada em favor daquele a quem evidentemente pertencer o domínio.

12 Art. 505. Não obsta à manutenção, ou reintegração na posse, a alegação de domínio, ou de outro direito sobre a coisa. Não se deve, entretanto, julgar a posse em favor daquele a quem evidentemente não pertencer o domínio.

13 79 – Art. 1.210: A exceptio proprietatis, como defesa oponível às ações possessórias típicas, foi abolida pelo Código Civil de 2002, que estabeleceu a absoluta separação entre os juízos possessório e petitório.

domínio deixou de proteger aquele que pode ser proprietário para passar a tutelar aquele a quem evidentemente pertencer o domínio. A Lei 6.820, de 1980, suprimiu a segunda parte do art. 923, CPC, restando a redação atual. Perguntou-se, então, se a revogação da segunda parte do art. 923, CPC, que por sua vez havia revogado o art. 505, CC de 1916, teve o condão de restaurá-lo. Concluiu-se acertadamente que não, a partir do art. 2º, § 3º, LICC. (...) De modo que, diante da atual redação do art. 923, CPC, não há mais como se falar em exceção de domínio nas ações possessórias. Atualmente, o art. 923, CPC, é claro ao proibir a discussão do domínio na pendência de ação possessória¹⁴.

O desacerto entre as normas processuais e os princípios que regiam a matéria posse e propriedade, nos termos do art. 505, do Código Civil/1916, diante das alterações introduzidas pela reforma do Código de Processo Civil, não ficou reduzido a este episódio. Nesta mesma linha de incongruência, repete-se, mais uma vez, na redação do art. 101, inciso II, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, que, a título de possibilitar o uso do instituto do chamamento ao processo, acaba invadindo a noção teórica de solidariedade, que, para o caso, é indispensável. O que o legislador parece ter pretendido foi admitir o que não seria admitido: a denunciação da lide.

Imbuído do mesmo propósito de abertura do leque das alternativas garantidoras da facilitação da defesa da parte vulnerável da relação consumerista, por obediência do comando expresso no art. 6º, incisos VII e VIII, da Lei nº 8.078/90, o legislador introduziu a admissibilidade de intervenção de terceiro na espécie de litígio, de acordo com

14 MARINONI, L.G.; MITIDIERO, D. Código de Processo Civil Comentado artigo por artigo. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2008. p. 839.

a redação emprestada ao art. 101, inciso II¹⁵, da mesma lei, prevendo a possibilidade de chamamento ao processo do segurador, sem, no entanto, deixar subjacente ares de denunciação da lide, porque sobressai no estilo da relação o pano de fundo da solidariedade¹⁶.

O instituto do chamamento ao processo tem as suas amarras no art. 77, do CPC¹⁷, circunscrevendo-se o uso da mecânica procedimental aos casos de fiança e de devedores solidários, deixando entrever o propósito de introdução da denunciação da lide na espécie de rito, não podendo fazê-lo com facilidade porque obstado, expressamente, pela filosofia das faculdades do direito do consumidor. Por isso, suponho, criou hipótese de solidariedade, pelo enfoque do autor, esgarçando, com esta cunha, o tecido doutrinário processual.

É oportuno recordar que, segundo lúcido esclarecimento de Cândido Rangel Dinamarco, a denunciação da lide substituiu o antigo instituto do chamamento à autoria, previsto no art. 95, do Código de Processo Civil de 1939¹⁸, apontando que:

Com esse nome e a feição atual, a denunciação da lide entrou na ordem jurídica brasileira por obra do Código de Processo Civil de 1.973. Veio em substituição ao antigo chamamento à autoria, de limites mais estreitos e intimamente relacionado, funcionalmente, com a evicção¹⁹.

O processualista emérito desnuda as oscilações científicas:

15 Art. 101. ... II - o réu que houver contratado seguro de responsabilidade poderá chamar ao processo o segurador, vedada a integração do contraditório pelo Instituto de Resseguros do Brasil. Nesta hipótese, a sentença que julgar procedente o pedido condenará o réu nos termos do art. 80 do Código de Processo Civil. Se o réu houver sido declarado falido, o síndico será intimado a informar a existência de seguro de responsabilidade, facultando-se, em caso afirmativo, o ajuizamento de ação de indenização diretamente contra o segurador, vedada a denunciação da lide ao Instituto de Resseguros do Brasil e dispensado o litisconsórcio obrigatório com este.

16 Art. 7º. ... Parágrafo único. Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo.

17 Art. 77. É admissível o chamamento ao processo:

I - do devedor, na ação em que o fiador for réu; II - dos outros fiadores, quando para a ação for citado apenas um deles; III - de todos os devedores solidários, quando o credor exigir de um ou de alguns deles, parcial ou totalmente, a dívida comum.

18 Art. 95. Aquele que demandar ou contra quem se demandar acerca de coisa ou direito real, poderá chamar à autoria a pessoa de quem houve a coisa ou o direito real, a fim de resguardar-se dos riscos da evicção.

19 Idem, ibidem. p. 130

Esse dispositivo causou polêmicas entre os juristas da época, alguns louvando-o porque conveniente e outros tachando-os de injusto. Ele repercutiu no art. 97 do Código de 1.939 (“...sendo defeso ao autor litigar com o denunciante”), o qual fez também, em algum tempo, suspeitar que o litisdenunciante não pudesse voltar à relação processual como assistente do denunciado²⁰.

Mesmo não se tratando de interpretação unânime, nos escalões de profundidade doutrinária, observa-se que, na hipótese de denunciação, o processo tem seu objeto ampliado no desenvolvimento de duas relações jurídicas distintas que trazem à dinâmica da prolação de sentença a obrigatoria bifurcação. Tanto é que, a despeito de opiniões contrárias²¹, Cândido Dinamarco assim entende:

A condenação do litisdenunciado não interfere na relação jurídico-substancial entre o denunciante e a parte contrária, nem na sua eventual condenação a favor desta (quando o denunciante for réu). (...)

Assim, se o denunciante vier a satisfazer a parte contrária (voluntariamente ou através de execução forçada), terá depois a seu favor a sentença condenatória do terceiro que lhe valerá de título numa execução contra este; mas a sentença que acolher a denunciação da lide não transferirá ao litisdenunciado qualquer obrigação do denunciante em face da outra parte, nem condenará aquele em relação a esta – justamente porque a litisdenunciação só tem cabimento em casos nos quais terceiro tenha alguma obrigação de regresso perante o denunciado, sem estar ligado por qualquer vínculo jurídico ao denunciado²².

20 Idem, ibidem. p. 134.

21 CARNEIRO, Athos Gusmão. *Intervenção de Terceiros*. São Paulo: Saraiva, 14 ed., 2003, p.122/123. “A posição do denunciado pelo réu é, na ação principal, a de litisconsorte do denunciante, nos exatos termos do artigo 75, I, do CPC; em consequência, o autor, procedente a demanda principal, poderá executá-la também contra o denunciado, embora com atenção aos limites em que foi procedente a ação de direito regressivo e à natureza da relação de direito material”.

22 Op. cit. *Intervenção de Terceiros*. p.149/150

Para este campo arenoso, numa determinada altura, ainda influenciado pela ortodoxia dos princípios, fiz destilar a minha inconformidade com a assimilação entre o litígio principal e o que se desenvolvia entre litisdenunciado e litisdenunciante. Embora a moderna teoria inclua o litisdenunciado, na hipótese de procedência da ação principal, na linha de desdobramento da responsabilidade, em relação aos interesses do autor do feito capitaneante, para manter decisão seguidora desta linha, entendi melhor transitar pelos caminhos da solidariedade, em hipótese caracterizada pelos ditames do direito consumerista. Senti-me melhor em atuar desta forma. Menos agredido pela modernidade que, a título de apoio aos anseios de celeridade e efetividade, suplanta fórmulas consagradas na ciência processual.

Nesta sequência de transformações principiológicas e de mudanças de rumo nas bases teórico-doutrinárias, o Superior Tribunal de Justiça, condutor dos destinos infraconstitucionais, já se inclina para a aceitação deste desígnio:

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS. DENÚNCIAÇÃO DA LIDE DA SEGURADORA. ACEITAÇÃO DA DENÚNCIAÇÃO E CONTESTAÇÃO DO MÉRITO. CONDENAÇÃO DIRETA E SOLIDÁRIA DA SEGURADORA. CABIMENTO. PRECEDENTES.

Em demanda onde se busca a indenização de danos materiais, aceitando o litisdenunciado a denúncia feita pelo réu, inclusive contestando o mérito da causa, exsurge a figura do litisconsórcio anômalo, prosseguindo o processo entre o autor de um lado e, de outro, como litisconsortes, o denunciado e o denunciante, que poderão vir a ser condenados, direta e solidariamente, ao pagamento da indenização. Esta, nos termos da jurisprudência uníssona deste Tribunal, é a interpretação a ser dada ao preceito contido no artigo 75, inciso I, do Código de Processo Civil. Recurso especial provido²³.

23 REsp 686762 / RS. Recurso Especial 2004/0122208-0. Rel. Ministro Castro Filho. Terceira Turma. Julgamento 29/11/2006.

PROCESSO CIVIL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS. DENUNCIÇÃO DA LIDE DO PREPOSTO E DA SEGURADORA. CONDENAÇÃO DIRETA E SOLIDÁRIA DOS DENUNCIADOS. POSSIBILIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. VIOLAÇÃO DO ART. 535, I E II, DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA.

1. Aceitando o litisdenunciado, em sede de ação de reparação de danos, a denúncia feita pelo réu – vale dizer, não contestando a lide secundária –, desaparece a litisdenúnciação e prossegue o processo entre o autor de um lado e, de outro, como litisconsortes, o denunciado e o denunciante, que poderão vir a ser condenados, direta e solidariamente, ao pagamento da indenização. Precedentes.

2. Inexistindo omissão, obscuridade ou contradição a ser sanada no acórdão embargado, mostra-se inequívoco o julgado que rejeita os embargos declaratórios.

3. Recurso especial não-provido²⁴.

Já sobre o chamamento ao processo, Dinamarco chama a atenção para o fato de o instituto ser “(...) uma inovação feita no direito positivo brasileiro pelo vigente Código de Processo Civil, inexistindo no de 1939 e na legislação que o precedera.²⁵”, sendo “o fruto de inspiração colhida diretamente no art. 330 do Código de Processo Civil português (depois sensivelmente alterado pelo dec.-lei n. 329/A-95, de 12.12.95)²⁶”, ressaltando aspecto sobre a necessidade de ingresso do coobrigado:

(...) em todas as hipóteses de cabimento do chamamento à demanda o réu teria ação regressiva contra determinada pessoa no caso de não chamá-la – e tais hipóteses estão previstas genericamente no dispositivo referente ao chamamento à autoria (para nós, denúnciação da lide).²⁷

24 REsp 211119 / ES. Recurso Especial 1999/0035781-7. Rel. Ministro João Otávio De Noronha. Segunda Turma. Julgamento 17/05/2005.

25 Idem. Ibidem. p. 153.

26 Idem. Ibidem.

27 Idem. Ibidem. p. 156/157.

E adverte que:

(...) no Brasil não poderá o réu escolher se denuncia a lide ao terceiro ou se chama ao processo. Seja sempre lembrado que se trata, aqui no art. 77, de casos específicos de direitos regressivos, aos quais a lei deu tratamento à parte. A disciplina da situação do chamado no processo é diferente da disciplina da situação do litisdenunciado, justamente por causa da direta vinculação jurídico-material ao autor, que o primeiro tem e o segundo, não²⁸.

Os doutrinadores se manifestam sempre no sentido de aproveitar o ideal legislativo para assegurar o princípio da amplitude de defesa a que se refere o CPDC, no tocante aos interesses da parte vulnerável, sem especificar, de acordo com o texto sob análise, as condições em que processualmente a faculdade é destinada a uma das partes da relação. É de se lembrar que o réu, na maioria esmagadora dos episódios litigiosos, é a parte mais forte da relação, o fornecedor.

Sobre o novo instituto, o chamamento do art. 101, II, do CPDC, vejamos como alguns autores do direito nacional se pronunciaram:

Sergio Cavalieri Filho:

Assim fazendo, o Código do Consumidor inovou propositamente na matéria, criando entre segurado e segurador uma solidariedade legal em favor do consumidor. A inovação tem por conseqüência processual, conforme previsto no mesmo dispositivo, que a sentença, ao julgar procedente o pedido, condenará a ambos nos termos do art. 80 do Código de Processo Civil, vale dizer, o decisum constituirá título executivo em favor do consumidor tanto contra o segurado como contra o segurador²⁹.

28 Idem. Ibidem. p. 160.

29 FILHO, Sergio Cavalieri. Programa de Responsabilidade Civil. São Paulo. Malheiros. 2005. p. 472.

Flávio Cheim Jorge:

O Código de Proteção e Defesa do Consumidor possui nitidamente uma índole protetiva do consumidor, procurando-se efetivar da maneira mais rápida possível a pronta indenização ao consumidor, e, justamente, com esse objetivo, estipulou-se legalmente a solidariedade entre todos os autores da ofensa para a reparação do dano (art. 7º, parágrafo único)³⁰.

Bruno Miragem:

A opção do CDC em determinar ao fornecedor a possibilidade de chamamento ao processo do segurador, para que integre juntamente consigo o pólo passivo da ação, é norma em benefício do consumidor. Isto porque a hipótese admitida é de chamamento, com a ampliação do número de réus (o fornecedor e seu segurador), e não a hipótese de denúncia da lide, que excluiria a responsabilidade direta do fornecedor³¹.

Diante desse cenário corroborador dos temores de José Carlos Barbosa Moreira, sendo certo que ao juiz não se oferece a possibilidade de eximir-se de decidir, impõe-se o aprofundamento de sua capacidade interpretativa, percorrendo os caminhos da história, do texto legislativo, da teleologia, o que for, desde que o princípio constitucional da defesa do consumidor seja garantido. Para episódio submetido a esse vórtice duvidoso, em circunstância de não aceitação do instituto do chamamento ao processo, coletamos a decisão de magistrada atuante em processo que esteve sob nossa relatoria:

Indefiro o pedido de chamamento ao processo formulado pela parte ré, eis que, incabível na espécie, sendo

30 JORGE, Flávio Cheim. Chamamento ao Processo. 2ª ed. São Paulo. Revista dos Tribunais. 1999. p. 112.

31 MARQUES, C.L.; BENJAMIN, A.H.V.; MIRAGEM, B. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. 2ª ed. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2006. p. 1113.

aplicável no caso o instituto de denunciação da lide nos termos do disposto no art.70, III, do CPC, o que não foi requerido³².

Neste particular, a Décima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro concluiu pela adoção da dinâmica assecuratória da continuidade processual, reformando a decisão impeditiva para que se utilizasse o instituto do chamamento ao processo, pelas sendas incontornáveis do instituto da solidariedade.

A pretensão deduzida na inicial é de indenização pelos danos que a agravada alega ter sofrido nas dependências da concessionária-recorrente - Estação de metrô Arco Verde -, após desembarcar da composição, inquestionável a natureza consumerista da relação entabulada.

A magistrada, ao indeferir o pleito de chamamento ao processo, teve por escopo o respeito à observância das regras impeditivas de ingresso de terceiro em procedimentos da espécie, na forma do artigo 88, do CDC. Ocorre que o princípio da utilidade não se compactua com os cuidados de ortodoxia estrita, em especial com os que tropeçam nos meandros nomenclaturais. Na hipótese, o próprio legislador, ao mencionar “chamamento”, no art. 101, inciso II, da lei consumerista, parece ter se utilizado do vocábulo no seu sentido genérico de intervenção a qualquer título, não se devendo imaginar ou conceber que a parte tenha atribuído ao seu discurso efeitos especificadores do instituto do chamamento ao processo.

.....
Pelo sim, pelo não, efetivamente, o que se deseja é conciliar a seguradora a participar do processo, na forma do que preconiza o art. 280, do CPC, analogicamente empregado, porque o contrato de seguro mantém suas características de relação específica entre as partes contratantes, seja no universo consumerista ou não. E, para esta hipótese, a

32 Agravo de Instrumento nº 2008.002.02267. Décima Câmara Cível. Rel. Des. Antonio Carlos Esteves Torres. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. fls. 144.

incidência do CODECON é irrecusável, atribuindo-se à própria índole do diploma legal a facilitação da defesa do consumidor, não excludente de igual oportunidade processual garantida ao fornecedor.

Neste quartel, pois, abandonando a linha de ortodoxia intransigente, entendo que o chamamento a que se refere o art. 101, inciso II, do CDC, se compactua com o pleito que, em última análise, poderá ser de denunciação da lide³³.

Aqui, reedita-se episódio semelhante ao que ocorreu com respeito à intervenção de disposições típicas do processo no Código Civil, no tocante às ações possessórias da antiga redação do art. 923, do CPC, em descompasso com o art. 505, do CC/1916, acima escandido.

Conclusão

Com o decisório exponenciado, a mensagem desse opúsculo fica na ordem da exortação, diante das dificuldades por que passa o Judiciário para atingir seus nobres objetivos, a que os magistrados e demais participantes do universo jurídico intensifiquem e aprofundem suas incursões na subjacência sociológica dos litígios submetidos ao seu mister julgador.

Sabemos que o operador do direito deve zelar pela correta aplicação das leis e dos princípios jurídicos, e, quando no exercício da função jurisdicional, observados os propósitos das reformas legislativas, deve buscar a célere efetividade processual. Nessa ambiência, princípios como o da fungibilidade ganham importância considerável para preencher as lacunas e equívocos nomenclaturais surgidos, eis que, como já ressaltado, o juiz não se exime de sentenciar ou despachar ale-

³³ Agravo de Instrumento nº 2008.002.2267. Décima Câmara Cível. Rel. Des. Antonio Carlos Esteves Torres. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

gando lacuna ou obscuridade da lei (art. 126, CPC³⁴). O princípio da fungibilidade também ajustou a linha de raciocínio, como se pode ver em seguida:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO CONHECIDOS COMO AGRAVO INOMINADO. NÃO É POSSÍVEL A INTERPOSIÇÃO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO CONTRA A DECISÃO MONOCRÁTICA DO RELATOR. ESTA É A ATUAL POSIÇÃO DO STJ. CONSIDERANDO-SE, PORÉM, QUE O PRAZO DOS EMBARGOS É IGUAL AO PREVISTO PARA O AGRAVO INOMINADO, ADMITE-SE, APLICANDO O PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE, QUE AQUELES SEJAM RECEBIDOS COMO SE ESTE O FOSSE. Agravo inominado contra decisão monocrática do relator que negou seguimento ao recurso de agravo de instrumento. Processo Civil e Direito do Consumidor. Pedido de declaração de inexistência de débito cumulada com indenização por danos morais. Negativação indevida perpetrada por empresa distinta do réu. Extinção do processo sem resolução do mérito, tendo em vista o acolhimento de preliminar de ilegitimidade passiva. Recurso autoral buscando a reforma do julgado. Manutenção. Se a sentença extinguiu o feito sem resolução de mérito por ilegitimidade passiva para a causa, não há que se falar em não apreciação do pedido de declaração de inexistência de débito. O pedido deve manter estrita relação com a causa de pedir. Honorários advocatícios arbitrados com equidade e moderação. Ausência de argumento novo que justifique a revisão do julgado. Nego provimento ao recurso³⁵.

A subjetividade não anda solitária na interpretação dos de-

34 Art. 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.

35 Apelação Cível nº 2008.001.65670. Décima Quarta Câmara Cível. Julgamento: 11/03/2009. Rel. Des. Cleber Ghelfenstein.

sígnios processuais. O intérprete acreditado caminha por sendas que a própria legislação lhe põe ao dispor. Examine-se, ainda a título demonstrativo, os contornos da declaração de nulidade, só admissível se ocasionar prejuízo. Pas de nullité sans grief: “Quando a lei prescrever determinada forma, sem cominação de nulidade, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade” (art. 244, do CPC), e “Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa.” (art. 563, do CPP).

Em alguma altura, o próprio dispositivo legal exculpa o intérprete desavisado, adiantando que, por exemplo, se se tratar de possessória, o ajuizamento de umas por outras não configura erro inescusável:

A propositura de uma ação possessória em vez de outra não obstará a que o juiz conheça do pedido e outorgue a proteção legal correspondente àquela, cujos requisitos estejam provados³⁶.

As palavras e pensamentos dos respeitáveis paladinos, que se reproduziram, servem de estímulo a que o magistrado, conscientizado do valor de seu alto papel social, atue na defesa e no uso de suas prerrogativas, prerrogativas do povo em última e teleológica análise, levando a que a Justiça seja servida com denodo e coragem, suplantando-se as dificuldades trazidas pelo desrespeito à sistemática, no teatro da reformulação legislativa, em descompasso com os propósitos que tornam a figura do juiz, órgão do Estado, o indispensável reparador do tecido social rompido com os litígios.

Temos feito uso de uma tese de autoria do Professor Daniel

³⁶ Art. 920, do Código de Processo Civil.

Herrendorf³⁷ para dimensionar a imperscrutável amplitude da força dos magistrados, que se apoia (Ah! que falta faz o acento!) na análise do estilo de pensamento do juiz, com vistas à importância social das decisões judiciais, fórmulas de exposição do pensamento, comprometido, acrescento, com objetivos de altura superior.

O juiz não pode se sensibilizar com a incerteza teórica ou os descompassos doutrinários, lembrando-se que o magistrado está indubitavelmente obrigado a decidir.

E, como acrescenta o autor argentino, sempre, desde que os homens passaram a conviver neste mundo, houve direito; desde que existe convivência, logo relações recíprocas, existe também o direito; desde que essas relações jurídicas provocam danos, há juízes e, com eles, um modo peculiar, muito peculiar, de pensar estas relações.

37 HERRENDORF, Daniel E. El Poder de los jueces – Cómo piensan los jueces qué piensan. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2 ed. 1994, p. 65. “Pero curiosamente, y para a sombra de los juristas contemporáneos, ninguna de las grandes corrientes del pensamiento jurídico se ha ocupado de ese tan peculiar modo de pensar. Es asombroso porque siempre, desde que los hombres debieron convivir en este mundo, ha habido derecho; desde que existe la convivencia y, por lo tanto, las relaciones recíprocas, existe también el derecho; desde que esas relaciones jurídicas exponen entuertos, existen jueces y, con ellos, un modo peculiar, muy peculiar, de pensar esas relaciones.”

MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO:

eficazes instrumentos de complementação ao sistema judicial clássico

*Sérgio Ricardo de Souza**

1 Introdução 2 Contextualização histórica e sociológica 3 A Mediação ou conciliação como modelo complementar à tutela jurisdicional tradicional 3.1 Mediação e conciliação: definição e aspectos culturais 3.2 Implantação de rede de experiências de solução alternativa de conflitos 4 Conclusão Referências

1 Introdução

O presente ensaio em forma de *paper* busca analisar o modelo tradicional de distribuição da tutela jurisdicional e na sua incapacidade de, isoladamente, apresentar respostas satisfatórias, rápidas e eficazes aos anseios sociais por justiça. Analisa, também, a viabilidade da inserção de meios alternativos de solução de conflitos no contexto do sistema judiciário brasileiro, a partir dos frutíferos debates deduzidos no “Curso de Formação de Multidisciplinares em Mediação e Técnicas Autocompositivas¹”, realizado por feliz iniciativa da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados em parceria com a Secretaria Nacional de Reforma do Judiciário, e que teve como principal finalidade a formação de quadros para divulgar e reproduzir no seio da Magistratura Nacional informações sobre como desenvolver e aplicar complementarmente as modernas técnicas de composição de conflitos e facilitar a conscientização sobre a relevância do desenvolvimento e da aplicação desses modelos, superando o histórico desafio republicano de tornar efetiva a justiça como instrumento de cidadania.

* Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Espírito Santo, Mestre e Doutor em Direito, Diretor da Escola da Magistratura do Estado do Espírito Santo.

¹ Realizado por iniciativa da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados, em parceria com a Secretaria de Reforma do Judiciário, no período de 15 a 17 de dezembro de 2008, em Brasília-DF.

2 Contextualização histórica e sociológica

Com o advento da Constituição de 1988, a sociedade brasileira viu surgirem novos direitos, concebidos internacionalmente principalmente a partir da 2ª Guerra Mundial e que ultrapassam os limites conceituais das tradicionais demandas de cunho individual, tradicionalmente solucionados em conformidade com as diretrizes da lógica formal típicas do modelo cartesiano e do positivismo, com predominância da idéia de que ao Poder Judiciário cabe aplicar a lei ao caso concreto, solucionando formalmente a lide, sem lhe caber questionar ou pretender analisar aspectos sociológicos vinculados à efetividade da intervenção jurisdicional, no que concerne à pacificação social.

Vários desses direitos (saúde, educação, lazer, transporte) conduzem inclusive à necessidade de judicialização das políticas públicas (BARACHO, 2008) e as demandas a eles vinculadas têm contribuído significativamente para obstaculizar a eficácia da tutela jurisdicional, pois a sociedade aprendeu o caminho dos Tribunais, em busca da tutela desses direitos previstos constitucionalmente, mas não realizados voluntariamente pelo Estado.

A essas demandas características da judicialização das políticas públicas, somam-se aquelas decorrentes da complexa multiface do mercado contemporâneo e de sua vocação para a produção em massa, gerando, também, a busca de tutelas jurisdicionais voltadas para a solução dos conflitos oriundos dessas relações sociais e obrigacionais múltiplas e repetitivas.

O Poder Judiciário brasileiro, instrumentalizado historicamente em uma estrutura burocrática desenvolvida na concepção da Europa continental para as soluções daquelas já mencionadas demandas individuais, através da lógica cartesiano-formal fomentada pelo Positivismo, viu-se, a partir do advento da “constituição cidadã”, na contingência de ter que se adequar a um novo modelo de tutela jurisdicional, vinculada a princípios como o devido processo legal e “justo” (MORELLO, 2005), razoável duração do processo (EC 45/2004) e a

uma nova concepção voltada para a instituição de um Estado de Direito Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceito, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias (PIOVESAN, 2008).

Deparou-se, assim, o Judiciário brasileiro, a partir de 1988, com paradoxo de ter alcançado uma importância social jamais experimentada ao longo de sua existência institucional, saindo da condição histórica de mais fraco dos três poderes (HAMILTON, 2005), para a de protagonista, sendo provocado através de milhões de ações, para a solução de demandas das mais diversas ordens, buscando o reconhecimento de direitos invocados pelos mais variados segmentos da sociedade do período pós-ditatorial, mas, ao mesmo tempo, sendo incapaz de dar vazão ao excesso de demanda, por falta de estrutura apropriada e também em razão de seus quadros profissionais não estarem preparados cultural, sociológica e mesmo juridicamente, para aplicar o novo modelo de Justiça instituído.

Diante dessa indesejável realidade, o Poder Jurídico Nacional, através de ações desenvolvidas no âmbito de seus diversos segmentos, tem procurado, ao longo dessas duas décadas de implantação do novo modelo constitucional, adequar a sua estrutura funcional e implantar novos modelos de solução dos conflitos de modo a cumprir a sua função constitucional vocacionada para a efetiva (e não apenas formal) solução dos conflitos sociais, e, mais recentemente, a chamada Justiça comum (Federal e dos Estados), seguindo exemplos já desenvolvidos no âmbito da Justiça laboral, passou a adotar com mais ênfase modelos baseados em técnicas conciliatórias, judiciais e extrajudiciais, as quais tem sido incentivadas em âmbito nacional, por praticamente todos os Tribunais e também pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), sendo exemplo disso a denominada “semana da conciliação”.

A Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magis-

trados (ENFAM), órgão criado através da Emenda Constitucional nº 45/2004 e integrado à estrutura orgânica do Superior Tribunal de Justiça, atenta à necessidade de formação dos Magistrados para atender a essa nova realidade, tem buscado contribuir decisivamente para alcançar esse objetivo, capacitando professores para atuarem nas Escolas da Magistratura com vistas a suprir a carência notória de Magistrados e servidores que não contaram, na sua formação acadêmica, com disciplinas voltadas para a valorização das técnicas alternativas de solução de conflitos, já que tradicionalmente os cursos de Direito preparam os seus alunos para a atuação em situações de conflito e não para a pacificação, mantendo-se inclusive alheias à necessidade de dotar os Magistrados e demais profissionais do direito de conhecimentos vastos e diversificados (econômicos, sociológicos, políticos), para bem cumprir a sua missão (SANTOS, 2001).

3 A mediação ou conciliação como modelo complementar à tutela jurisdicional tradicional

O novo modelo proposto não faz parte do sistema tradicional importado pelo Brasil da experiência romano-germânica ou modelo europeu-continental, sendo mais desenvolvido e aplicado no sistema do *commom law* anglo-saxão, com ênfase para os sistemas jurídicos dos Estados Unidos e Inglaterra, mas a exemplo da integração de regras desse sistema com as do *civil Law*, o que vem sendo observado em relação aos diversos ramos do Direito (GUARNIERI, 2001), a experiência da conciliação pode e deve ser introduzida de forma complementar e abrangente, em nosso modelo processual, como ocorreu no sistema japonês (CAPPELLETTI, 1988) atuando como um democrático sistema de filtros que precisam ser implantados como forma de reduzir o impressionante grau de litigiosidade, que tem se constituído, juntamente com fatores internos (ausência de planejamentos estratégicos de gestão, nepotismo etc) e externos (recursos orçamentários insuficientes,

processo caracterizado por excesso de formalismo e de recursos etc) ao Poder Judiciário, em obstáculo à uma prestação jurisdicional que atenda aos anseios do jurisdicionado (lentidão, ineficácia etc) e colocando em xeque a própria legitimidade desse indispensável Poder.

3.1 Mediação e conciliação: definição e aspectos culturais

A doutrina não encontrou conceitos ou classificações que justifiquem tratamentos distintos entre os institutos da mediação e da conciliação, havendo inclusive autores que os tratam como sinônimos, o que parece razoável, até porque o importante no aspecto pragmático é que ambos podem ser utilizados como forma alternativa à tutela jurisdicional clássica. De qualquer sorte, merece destacar que predomina o entendimento de que a conciliação se utiliza de um terceiro imparcial que busca compor os interesses em rota de colisão, participando e atuando no mérito da questão geradora da discórdia, ao passo em que, a mediação visa principalmente alcançar a mudança do comportamento conflituoso dos envolvidos, através da superação das tensões (despolarização das tensões), sem que ocorra o envolvimento direto do mediador no mérito do acordo a ser alcançado pelas partes, sendo também denominada de “autocomposição mediada ou assistida” em contraposição à “autocomposição direta”, esta desenvolvida diretamente pelos interessados, sem mediação (AZEVEDO, 2004).

Ambos os métodos têm sido aplicados com sucesso em países que elegeram a mediação e a conciliação como mecanismos integrantes do sistema judiciário ou mesmo de um sistema privado e pré-processual, devendo-se observar, entretanto, que esses métodos já se encontram introjetados na cultura desses povos e não se pode, de forma simplista, pretender importar os modelos alienígenas e querer impô-los ao nosso povo, como já se pretendeu com o juízo arbitral (Lei 9.307/96), o qual, no âmbito das divergências entre pessoas físicas ou mesmo nas quais pelo menos uma das partes seja pessoa física, praticamente não teve

qualquer influência na questão da pacificação social e não atendeu às expectativas de seus defensores.

3.2 Implantação de rede de experiências de solução alternativa de conflitos

Há necessidade de implantação urgente, mas gradual e organizada, desses novos modelos alternativos de realização da justiça, conscientizando-se não só os profissionais do direito, mas também influenciando a formação para a cultura da conciliação e da paz, em todos os níveis escolares, incentivando a disseminação dessa cultura no seio social, e concomitantemente desenvolvendo uma rede extensa de agentes mediadores e conciliadores que atuem preferencialmente por iniciativa da própria sociedade civil organizada (SANTOS, 2001), sem abandonar as valiosas experiências de conciliação tuteladas pelo Poder judiciário, através de juízes de paz, juízes leigos, conciliadores e até mesmo através dos juízes profissionais, embora este pareça ser o sistema menos desejável, pois pressupõe a inexistência ou a ineficiência dos filtros, que devem ser prestar a evitar o ajuizamento daquelas demandas conciliáveis.

Qualquer modelo que se idealize exige aportes financeiros e materiais para a efetiva implantação e funcionamento, mas pode-se visualizar na experiência estrangeira e mesmo na ainda embrionária experiência brasileira que o modelo da tutela jurisdicional tradicional, baseado na movimentação da máquina burocrática do Poder Judiciário - mesmo através dos meritoriamente festejados Juizados Especiais - é caro, mais lento e, nos casos onde a solução extrapola as questões jurídicas e alcança aspectos sociais, apresenta-se insuficiente para alcançar a almejada pacificação do conflito, solucionando o processo e as questões jurídicas, mas mantendo-se acesa a chama que originou a desavença.

Os meios alternativos de solução de conflitos devem incorpo-

rar outros profissionais, além dos bacharéis em direito, com ênfase para a multidisciplinaridade que possibilite a atuação direta de mediadores e conciliadores com conhecimentos específicos na área onde se situa o objeto da discórdia, sem excluir a atuação dos leigos. Devem ser valorizados os profissionais ou leigos com domínio, ou pelo menos com noções básicas, nos campos da psicologia e da sociologia, com vistas a propiciar análise das reações das pessoas que controvertem, bem como das causas e concausas que contribuem para o aumento da tensão, quando, então, identificadas essas particularidades, será possível a aplicação de técnicas apropriadas para superar os aspectos conflituosos e buscar o restabelecimento da harmonia.

Obviamente há situações onde o conflito ou tensão não é propriamente subjetivo, como nas relações entre empresas, nas relações de consumo onde uma das partes ofendidas é o consumidor e a outra é tão somente o preposto da empresa, dentre outras. Entretanto, mesmo nestes casos, a oportunidade de realização de mediações ou conciliações desenvolvidas com técnicas apropriadas pode auxiliar para minimizar a tensão, mesmo quando a questão for insuperável fora da esfera jurídica tradicional.

Há ramos do direito e das próprias relações sociais onde as relações interpessoais são muito fortes, como ocorre nas relações de família, relações de vizinhança, na maioria das relações de trabalho, nas relações entre clientes e prestadores de serviços individuais (cabeleireiros, manicures, costureiras) e nelas, antes de eclodir a tensão que leva ao conflito, existem afinidades entre as partes que podem e devem ser valorizadas recuperadas. Esse trabalho não é desempenhado com excelência pelo modelo tradicional de solução de conflitos lastreado no processo judicial, já que este se desenvolve e termina dentro de canais formais, os quais criam sérios obstáculos à espontaneidade das partes, na maioria das vezes com receio de que possa ser reconhecida alguma espécie de confissão em sua atitude de ceder e reconhecer pontos positivos em favor da outra parte, prejudicando-a “processualmente”.

Ao contrario do processo formal tradicional, principalmente

nessas situações onde afloram as relações interpessoais e o subjetivismo, é que se apresenta extenso campo para a atuação da mediação, ou da conciliação, como métodos de filtro a evitar a solução judicial. Deve-se ter em conta que mesmo naquelas outras relações onde predominam aspectos objetivos, não raro o desenvolvimento da espiral conflituosa é caracterizada por relações subjetivas, como ocorre sistematicamente com as relações de consumo, onde o defeito do produto ou do serviço às vezes representa menos para o consumidor do que a afronta e o desrespeito experimentados ao buscar a solução do problema e não ter a devida atenção por parte dos serviços de atendimento ao cliente; aqui também é relevante a aplicação de métodos de solução que possibilitem identificar essas concausas e, quando possível, superá-las, mormente através de técnicas que permitam a ambas as partes reconheçam que estão em um ambiente imparcial, no qual podem se manifestar em pé de igualdade e expor com razoável liberdade as suas angústias, sem preocupações quanto ao reflexo no âmbito do processo formal. Contudo, deve-se estar atento, nestes casos, para o risco de “deterioração da posição jurídica da parte mais fraca” (SOUSA, 2001).

Para alcançar o objetivo de viabilizar efetivamente um sistema de filtros que atue antes da busca pela tutela jurisdicional do Estado, necessário se faz avançar no fortalecimento e aperfeiçoamento dos mecanismos de mediação e conciliação já existentes e implantar novos modelos, na busca da formação de uma rede nacional, envolvendo iniciativas privadas e oficiais que difundam e disponibilizem em larga escala esses métodos alternativos de solução de conflitos.

4 Conclusão

O sistema judicial clássico tem demonstrado a sua insuficiência para, isoladamente, propiciar ao jurisdicionado brasileiro o acesso a ordem jurídica justa e eficaz dentro de prazo razoável, conforme lhe garante a Constituição Federal de 1988, em decorrência de ter contado

com a confiança do legislador constituinte, que o elegeu como garantidor da efetividade dos diversos direitos inseridos nos âmbitos constitucional e infraconstitucional, sem lhe propiciar, entretanto, a necessária estrutura para o eficiente cumprimento de sua missão.

Tornou-se premente a necessidade de implantação de novos métodos de solução extrajudicial de conflitos, os quais, interligados aos modelos hoje existentes de Mediação e a Conciliação, podem formar uma rede nacional de solução alternativa de conflitos, que atue como filtro diante dos diversos conflitos sociais, minimizando os efeitos maléficos da grande litigiosidade hoje existente no país e criando uma nova cultura, baseada na busca pela harmonia, solidariedade e pacificação social, sem pretensão de substituição do direito fundamental de acesso ao Poder Judiciário.

O Poder Judiciário, os agentes que atuam no sistema judicial clássico (magistrados, advogados, promotores) e as escolas devem incorporar os valores trazidos pela Constituição Federal de 1988, atuando de forma a evitar a conflitualidade, dando preferência à solução negociada dos conflitos sociais e buscando alternativas que valorizem as soluções simples e de baixo custo financeiro, incentivando inclusive as iniciativas de participação popular, de índole democrática (SOUSA, 2001) e de cunho educativo e transformador da tradicional cultura do litígio, que podem atuar como filtro das questões a serem efetivamente judicializadas.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, André Goma de (Org.). *Estudos em arbitragem, mediação e negociação*. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2004.

AZEVEDO, André Goma de; Ivan Machado (Org.). *Estudos em arbitragem, mediação e negociação*. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2007.

BARACHO, José Alfredo de oliveira. *Direito processual constitucional: aspectos contemporâneos*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

CAPPELLETTI, Mauro. *O processo civil no direito comparado*. Belo Horizonte: Cultura Jurídica. Editora Líder, 2001.

_____. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988.

GUARNIERI, Carlo. *Judicialismo*. Buenos Aires: Harmmurabi, 2003.

HAMILTON, A. et al. *O Federalista*. 2. ed Campinas: Russell Editores, 2005.

MORELLO, Augusto M. *El proceso justo*. 2. ed. La Plata: Libería Editora Platense, 2005.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva 2008.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Pela mão de Alice: o social na pós-modernidade*. 8. ed. São Paulo: Cortez, 2001.

CONSIDERAÇÕES EM TORNO DO ARTIGO 526 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

*Marcel César Silva Trovão**

1 Introdução 2. O art. 526 do Código de Processo Civil 3 Imposição de ônus também ao agravado 4 O juiz e as informações prestadas ao relator do agravo de instrumento 5 Possíveis danos causados ao agravante 5.1 O entendimento do Superior Tribunal de Justiça 6 Conclusão Referências

1 Introdução

É cediço que o Código de Processo Civil tem sido alvo de diversas alterações nos últimos anos. A propósito, de 2006 para cá, o referido diploma legislativo sofreu modificações por nada menos que onze leis¹.

Conquanto seja discutível a efetividade da técnica legislativa de se proceder a sucessivas modificações pontuais de uma mesma lei, é certo que há também aspectos positivos nessa onda de reformas, entre os quais o de que o Direito Processual Civil está sempre sendo debatido, está constantemente em pauta. Os estudiosos dessa fascinante área da ciência jurídica não deixam de contar com fértil e amplo campo de investigação.

Cada alteração anunciada demanda tempo para ser maturada pelos operadores do direito e pela jurisprudência. A cada novo inciso, artigo ou capítulo de uma lei reformada, inicia-se um lento processo de aplicação que, via de regra, vai desde os juízes singulares, nas mais

* Assessor de Desembargador no Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão.

¹ São elas as seguintes: Lei n. 11.232/2005, Lei n. 11.276/2006, Lei n. 11.277/2006, Lei n. 11.280/2006, Lei n. 11.341/2006, Lei n. 11.382/2006, Lei n. 11.418/2006, Lei n. 11.419/2006, Lei n. 11.441/2007, Lei n. 11.672/2008 e Lei n. 11.694/2008.

variadas comarcas do país, perpassando pelos Tribunais de Justiça estaduais, até o crivo das Cortes Superiores (tomando-se como exemplo a estrutura da justiça comum estadual).

Nesse contexto, o vertente ensaio tem por objeto a análise de um dos temas trazidos a lume pela Lei n. 10.352/2001 que, até hoje, suscita questionamentos: a nova redação do art. 526 do Código de Processo Civil.

2 O art. 526 do Código de Processo Civil

A nova redação do art. 526 do Código de Processo Civil, que foi acrescido de um parágrafo, hoje vigora assim:

Art. 526. O agravante, no prazo de três dias, requererá juntada, aos autos do processo, de cópia da petição do agravo de instrumento e do comprovante de sua interposição, assim como a relação dos documentos que instruíram o recurso.

Parágrafo único. O não-cumprimento do disposto neste artigo, desde que argüido e provado pelo agravado, importa inadmissibilidade do agravo.

A novidade mais evidente dessa reforma consistiu na atribuição de um ônus² ao agravante, qual seja, o de obrigatoriamente providenciar a juntada, aos autos do processo originário, de cópia da petição de agravo e do comprovante de sua interposição, acompanhada da relação

2 No dizer de LOPES (2002, p. 38), “entende-se por ônus a subordinação de um interesse próprio a outro interesse próprio”. Em outra passagem, o autor afirma que “no ônus, há a idéia de carga, e não de obrigação ou dever. Por outras palavras, a parte a quem a lei atribui um ônus tem interesse em dele se desincumbir; mas se não fizer nem por isso será automaticamente prejudicada [...]”. Outro doutrinador, CANAN (2003, p. 652), assevera que o ônus “pode ser tido como tudo o que exige o cumprimento espontâneo da parte, por se tratar de interesse da própria parte e que possui como sanção uma consequência danosa somente para aquele que dele não se desincumbiu”.

Em alentado estudo sobre a matéria, CANAN bem descreve a controvérsia estabelecida antes da Lei 10.352/2001. Sustentando que a juntada da petição de agravo aos autos do processo originário seria um ônus do recorrente, doutrinadores do naipe de J. E. Carreira Alvim e Athos Gusmão

dos documentos que instruíram o recurso. E como o descumprimento de qualquer ônus gera conseqüências, a inobservância do disposto no caput do art. 526 do Código de Processo Civil, se argüida e provada pela parte agravada, acarretará a inadmissibilidade do recurso.

Em verdade, o comando estipulado na cabeça do art. 526 mantém-se inalterado desde o ano de 1996, quando passou a vigor a Lei n. 9.139/1995. Porém, a ausência de previsão expressa quanto à obrigatoriedade da comunicação de interposição de agravo ao Juízo de primeiro grau gerou viva controvérsia em doutrina e jurisprudência.

Havia aqueles que, mesmo antes da introdução do parágrafo único ao art. 526 do CPC, vislumbravam a existência de um verdadeiro ônus imposto ao agravante, em contraposição àqueles que defendiam ser mera faculdade do recorrente a juntada de cópia da petição de agravo, juntamente com as demais exigências da lei.

Essa desarmonia de entendimentos sobre a espécie ora enfocada terminou se refletindo no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, que possuía julgados conflitantes a respeito da aplicação do aludido artigo de lei, como se vê adiante.

Considerando ser mera faculdade da parte agravante, o seguinte aresto da Corte Especial:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ARTIGO 526 DO CÓDIGO DE PROCESSO. INOBSERVÂNCIA DAS PROVIDÊNCIAS ALI DETERMINADAS. CIRCUNSTÂNCIA QUE NÃO IMPEDE O CONHECIMENTO DO AGRAVO. POSIÇÃO TOMADA PELA CORTE ESPECIAL. VOTO VENCIDO.

Interessando ao próprio agravante a determinação contida no dispositivo, pois se destina a dar conhecimento da interposição do agravo ao juízo monocrático, para possibilitar a retratação, a omissão não obsta o conhecimento do recurso. (REsp 182820/RS, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, Rel. para Acórdão Ministro HÉLIO MOSIMANN, Corte Especial, julgado em 01.12.1999, DJ 08.10.2001 p. 156)

O contraponto dessa tese pode ser vislumbrado pela leitura do julgado infra, da Quarta Turma:

PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CPC, ART. 526. IMPOSIÇÃO LEGAL. DESCUMPRIMENTO. PRESSUPOSTO. DOUTRINA. PRECEDENTE DA TURMA. RECURSO DESACOLHIDO. - A NÃO OBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ART. 526 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL LEVA À AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTO DE ADMISSIBILIDADE RECURSAL, IMPONDO O NÃO-CONHECIMENTO DO RECURSO. (REsp 148770/SP, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, Quarta Turma, julgado em 13.10.1997, DJ 20.04.1998 p. 93)

A jurisprudência das Cortes estaduais também oscilou entre as duas vertentes, como se pode observar dos seguintes arestos, oriundos do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. MEDIDA CAUTELAR INOMINADA. FALTA DE CUMPRIMENTO DO ART. 526. CONHECIMENTO. INDICAÇÃO DA LIDE E SEU FUNDAMENTO. NECESSIDADE. IMPOSSIBILIDADE DO TRIBUNAL EM SEDE DE AGRAVO DECLARAR A INÉPCIA DA INICIAL. DECISÃO EXTRA PETITA. VIOLAÇÃO AO ART. 128 DO CPC. I - A FALTA DE CUMPRIMENTO DO DISPOSTO NO ART. 526 DO CPC, POR PARTE DO AGRAVANTE, NÃO ENSEJA O DESCONHECIMENTO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO, VEZ QUE SE TRATA DE UMA FACULDADE TENDENTE A POSSIBILITAR O JUÍZO DE RETRATAÇÃO AO JULGADOR. [...] V - AGRAVO PROVIDO. (TJ/MA, Agravo de Instrumento n. 11049/2001, Rel. Desembargador GUERREIRO JÚNIOR, Segunda Câmara Cível, DJ 07.06.2001)
PROCESSO CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - NÃO CUMPRIMENTO DO DISPOSTO NO ART. 526 DO C. P. CIVIL - AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTO DE

ADMISSIBILIDADE RECURSAL - RECURSO NÃO CONHECIDO. (TJ/MA, Remessa n. 5310/2000, Rel. Desembargador MILITÃO GOMES, Primeira Câmara Cível, DJ 10.05.2001)

Entre as opiniões ventiladas antes da alteração promovida pela Lei n. 10.352/2001, parecia mais coerente o posicionamento que sustentava ser uma faculdade do agravante a juntada de cópia do recurso aos autos do processo principal, o que possibilitaria o exercício do juízo de retratação pelo magistrado prolator da interlocutória. Assim, a omissão quanto a essa providência não poderia, s.m.j., acarretar qualquer sanção ao recorrente, à míngua de previsão legal. Ainda mais uma pena tão drástica como o não-conhecimento do recurso.

De todo modo, o certo é que a inovação veiculada pela Lei n. 10.352/2001 parece ter posto fim às dúvidas que pairavam acerca da matéria. Em suma, como já indicado, a alteração de que ora se cuida transformou definitivamente aquilo que era uma faculdade do agravante em um ônus. Esse o pensamento de Wambier e Wambier (2002, p. 116):

Parece ter sido a intenção da nova lei, o que nos parece louvável, a de criar ônus para o agravante, consistente em juntar aos autos do processo em primeiro grau de jurisdição cópia da petição de agravo somada à lista dos documentos anexados.

Porém, como se pode depreender da leitura do dispositivo legal em comento, esse ônus não acarreta automaticamente a inadmissibilidade do agravo. Noutra dizer, há casos em que, malgrado haja desrespeito ao comando insculpido no caput do art. 526 do Código de Processo Civil, o agravo pode ser conhecido pelo órgão colegiado competente sem qualquer ressalva. Isso porque a parte agravante somente sofrerá a consequência de sua desídia se tal circunstância for argüida e provada pela parte agravada.

3 Imposição de ônus também ao agravado

Na verdade, percebe-se que a Lei n. 10.352/2001 criou não apenas um ônus, mas dois. O primeiro deles, já amplamente noticiado, dirige-se ao agravante. O segundo é endereçado ao agravado, que é quem deve se desincumbir da tarefa de argüir a inobservância da regra do art. 526. Mas não somente argüir. Deve provar a alegação.

Nesse ponto, rememora-se que, a partir da publicação da Lei supra referida, surgiram indagações sobre esse segundo ônus. Perquiriria-se, por exemplo, sobre como deveria ser feita a prova pelo agravado, e em que prazo.

Hoje, passados mais de seis anos desde que a Lei n. 10.352/2001 entrou em vigor, tais questões restam superadas. Pode-se afirmar que a doutrina é concorde no sentido de que a prova do descumprimento da obrigação imposta pelo caput do art. 526 do CPC deve ser feita por meio de certidão exarada pelo cartório ou secretaria do juízo de primeiro grau. Por todos, o escólio de Dinamarco (2002, p. 181):

O outro item da linha de equilíbrio concebida pelo reformador foi a outorga ao agravado do ônus de comprovar a omissão do agravante. Desse encargo ele se desincumbe facilmente, exibindo ao tribunal certidão, emitida pelo cartório do juízo inferior, de que a comunicação não haja sido feita.

Já no que concerne ao meio processual adequado para a alegação e ao respectivo prazo para a prática do ato, é pacífico o entendimento segundo o qual as contra-razões do recurso são o espaço propício para a argüição quanto à omissão referente ao caput do art. 526 do

CPC³. Porém, parcela da doutrina admite, acertadamente, que a parte agravada possa desincumbir-se do ônus imposto pelo parágrafo único do multicitado artigo de lei até o momento de julgamento do recurso.

E é razoável que seja assim. Imagine-se, por exemplo, situação em que a parte não consiga, por motivo qualquer, obter a certidão do cartório ou secretaria judicial antes do prazo fatal para o protocolo de sua contraminuta. Deverá, então, antes do julgamento do agravo, viabilizar juntada de petição autônoma por meio da qual comprove que o agravante deixou de cumprir aquilo que lhe era exigido por lei. Nessa hipótese, deverá o Relator receber a petição e acolher o seu pedido, decretando a inadmissibilidade do recurso.

Sobre o ponto, Wambier (2006, p. 96) assevera:

De qualquer forma, deve-se frisar ter o agravado até o momento do julgamento do recurso de agravo para comprovar que não teria sido juntada aos autos em 1.º grau de jurisdição a cópia da petição do agravo e a lista dos documentos juntados.

A essa altura do escrito, deve-se reconhecer que as ponderações até aqui expendidas já foram exaustivamente enfrentadas pelos especialistas na matéria. Nesse contexto, o que se pretende no presente estudo é lançar os olhos sobre uma figura a quem a lei, no pormenor de que cuida o art. 526 do Código de Processo Civil, não conferiu qualquer função específica⁴: o juiz, principalmente no que tange ao ato de prestar informações ao relator do agravo de instrumento.

3 Sobre o ponto, calha mencionar recente julgado do Superior Tribunal de Justiça, veiculado no Informativo de Jurisprudência n. 387 (16 a 20 de março de 2009): “AG. ÔNUS. AGRAVADO. Na espécie, conforme os autos, o agravante (município) não cumpriu o disposto no art. 526 do CPC (providências quanto ao rol de peças a serem juntadas. Embora tal fato não tenha sido suscitado pelo agravado em contrarrazões, foi arguido em petição posterior porque os autos se encontravam em poder da procuradoria do município. Portanto, o agravado cumpriu o ônus imposto no parágrafo único do artigo em comento, comprovando-o em tempo, na primeira oportunidade que lhe foi possível falar nos autos. Diante do exposto, a Turma conheceu em parte o REsp e, nessa parte, negou-lhe provimento. Precedentes citados: REsp 577.655-RJ, DJ 22/11/2004, e REsp 328.018-RJ, DJ 29/11/2004. REsp 1.091.167-RJ, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 19/3/2009.”

4 Excetuada a possibilidade de, uma vez convencido das alegações do agravante, exercer o juízo de retratação, o que, convenha-se, é evento raro no cotidiano forense.

4 O juiz e as informações prestadas ao relator do agravo de instrumento

Nessa senda, tão logo vigorante a Lei n. 10.352/2001, e sendo inquestionável que a lei processual irradia efeitos imediatos, os juízes passaram a analisar seus processos de acordo com o novel regramento.

O processamento dos agravos, de modo especial, deveria ser orientado pela sistemática da lei então recente. Verificou-se, assim, data venia, a ocorrência de duas condutas criticáveis no tratamento dos recursos de agravo, que se repetem dia após dia, quais sejam:

a) A primeira, via de regra, acontece no âmbito dos Tribunais de Justiça. Distribuído um agravo de instrumento, é comum ser exarado pelo Relator despacho com pedido de informações ao juízo monocrático, especificando-se que, dentre os informes requisitados, *deve estar o relativo ao cumprimento ou não do art. 526 do Código de Processo Civil pelo agravante;*

b) A segunda postura censurada geralmente ocorre em decorrência da primeira, e se verifica no momento em que o juiz singular presta suas informações, fazendo constar de seu ofício expressa manifestação acerca da juntada da petição de agravo. É bem verdade que a maioria dos magistrados somente presta essa informação quando ela é solicitada pelo Órgão ad quem. Todavia, há também, aqueles que, sponte própria, enxertam seus ofícios informativos com a notícia do cumprimento (ou descumprimento) da regra estabelecida pelo art. 526 do CPC, independentemente de solicitação.

Entende-se que as condutas supra enumeradas não se compatibilizam com a vontade do legislador, que determinou ao agravado – e somente a ele – a argüição e a prova quanto ao cumprimento do estabelecido no caput do art. 526 do CPC.

Não se critica, ressalta-se, a requisição de informações ao juiz da causa pelo relator do agravo de instrumento. Trata-se de uma faculdade conferida pelo inciso IV do art. 527 do Código de Processo Civil. O que se toma na conta de equivocada é a requisição expressa de infor-

mação quanto ao cumprimento do art. 526 do mesmo diploma legislativo e, também, a obediência do juiz singular a essa solicitação ou a sua autônoma decisão de se imiscuir nessa seara.

Isso porque, repise-se, a tarefa de argüir e provar possível descumprimento da regra do art. 526 é do agravado, não podendo ser levada a cabo ou mesmo estimulada por outro sujeito, sob pena de instaurar-se indesejável desequilíbrio na relação processual, que é pautada na igualdade de tratamento dispensado às partes (CPC, art. 125, I).

Esse o tom do ensinamento de Didier Junior (2002, p. 227):

Se o juiz, em suas informações, avisar ao relator que o agravante não providenciou a juntada daqueles documentos, poderá o recurso não ser conhecido? Não. O texto é claro, bem como são cristalinas as suas razões: sendo interesses particulares o objeto da proteção, somente por provocação do agravado o tribunal poderia ter conhecimento do descumprimento do ônus.

Assim, firma-se, de logo, o posicionamento de que os tribunais não podem deixar de conhecer de recursos de agravo tão-somente com arrimo nas informações prestadas pelos juízes de primeiro grau, vale dizer, não se considera correta a atuação das Cortes de Justiça no sentido de se pronunciarem ex officio acerca da omissão do agravante que deixa de efetuar a juntada de cópia do recurso.

5 Possíveis danos causados ao agravante

As condutas ora postas em xeque podem facilmente acarretar dano ao agravante, em benefício do agravado displicente, que já conta com decisão interlocutória favorável a si. Seria muito cômoda a situação do recorrido que, verificando a existência de solicitação expressa

ao juiz da causa⁵ para que se manifeste sobre a obediência ao caput do art. 526 do CPC, aguarda serenamente o julgamento do recurso, fiado que está na “ajuda” recebida do magistrado singular. Não diligencia a obtenção de certidão junto à serventia judicial e talvez entenda até desnecessária a alegação dessa matéria em suas contra-razões. Afinal de contas, o juiz fará a sua tarefa, alertando o relator quanto a eventual descumprimento da letra do aludido art. 526.

Outra situação pode ocorrer: a requisição do relator para que o juiz da causa se manifeste expressamente sobre a implementação do ônus estabelecido no art. 526 do CPC acaba por chamar a atenção do agravado desatencioso, que, somente após dessa sutil “colaboração”, envia esforços para obter a necessária certidão. Tudo isso ocorre, concesso venia, em detrimento do agravante, que sofrerá a severa penalidade de não-conhecimento de seu recurso.

E o alegado dano ao agravante, por certo, não foi almejado pelo legislador de 2001. Conforme declinado linhas acima, a inovação veiculada pela Lei n. 10.352/2001 trouxe a certeza quanto à existência de dois ônus, um para o agravante, outro para o agravado.

Nesse pórtico, calha demarcar que o ônus estabelecido pelo parágrafo único ao agravado é até mais rigoroso que aquele imposto ao agravante. Trata-se, segundo Canan (2003, p. 663), de “ônus absoluto”, mediante o qual, “ou o agravado comunica ao tribunal, ou verá o recurso do agravante ser processado e julgado normalmente”. Já quanto ao ônus do agravante, existe a possibilidade de ser ele afastado, o que ocorre justamente quando a parte agravada não atende ao preceptivo do parágrafo único do art. 526 do CPC.

Recomendável, então, seria que desembargadores e juízes não se ocupassem dessa matéria, deixando a quem de direito (agravante e agravado) a observância dos ônus estipulados por lei.

Não se desconhece a existência de posicionamentos contrários

⁵ Tal situação pode ocorrer, por exemplo, quando a parte recorrida é intimada da decisão acerca de eventual pedido de efeito suspensivo ao agravo (CPC, art. 527), eis que geralmente esse mesmo decisum alberga a determinação de ofício requisitório de informações ao juiz de base e de intimação para oferecimento de contra-razões.

ao aqui defendido. Há doutrinadores de nomeada que, a despeito da clareza e objetividade do texto legal, sustentam ser cognoscível de ofício a matéria concernente ao cumprimento do art. 526 do CPC. Vislumbram eles na regra em questão verdadeiro requisito de admissibilidade recursal. Ao assim considerarem, acabam por alçar a mencionada disposição legal à categoria de “questão de ordem pública”, a qual, como se sabe, pode ser conhecida ex officio.

Para essa respeitável corrente de pensamento, a informação prestada pelo juiz da causa afirmando que o agravante deixou de juntar aos autos cópia de sua petição recursal é legítima e suficiente para que o agravo não seja conhecido.

Outro posicionamento, ainda mais abrangente, pode ser encontrado na doutrina especializada. Menciona-se, especificamente, a pena de Góes (2005, p. 247), que defende uma “amplitude das alegações”, admitindo que qualquer sujeito processual possa informar ao relator de um agravo de instrumento o descumprimento do art. 526. É o que se colhe da passagem abaixo:

Na nova redação do parágrafo único do art. 526, apesar de estabelecido um ônus para o agravado e, de outro lado, um requisito de ordem pública, porque ocasiona a inadmissibilidade do agravo de instrumento, pode qualquer sujeito processual – agravado, informações do juiz de primeiro grau, Relator ou até mesmo o Ministério Público – informar o descumprimento do art. 526, vez que essa informação é prova judiciária, consoante o princípio da aquisição ou da comunhão processual e, por isso, não pode jamais ser desconsiderada.

5.1 O entendimento do Superior Tribunal de Justiça

O Superior Tribunal de Justiça tem acenado com entendimento destoante das teses acima apresentadas, ao menos no que se refere a sua mais recente construção jurisprudencial, como se pode extrair das

ementas ora transcritas:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ART. 526 DO CPC.

1. O descumprimento das providências enumeradas no caput do art. 526 do CPC, adotáveis no prazo de três dias, somente enseja as conseqüências dispostas em seu parágrafo único se o agravado suscitar a questão formal no momento processual oportuno, sob pena de preclusão.

2. [...]

3. Consectariamente, para que o Relator adote as providências do parágrafo único do art. 526 do CPC, qual seja, não conhecer do recurso, resta imprescindível que o agravado manifeste-se acerca do descumprimento do comando disposto em seu caput, porquanto a matéria não é cognoscível de ofício. Precedentes: REsp 577655/RJ Relator Ministro CASTRO FILHO DJ 22.11.2004; REsp 328018/RJ Relator Ministro FRANCIULLI NETTO DJ 29.11.2004.

4. Recurso especial provido.

(REsp 773.070/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 09.05.2006, DJ 29.05.2006 p. 189)

Agravo de instrumento. Art. 526, parágrafo único, do Código de Processo Civil. Precedente da Terceira Turma.

1. Não pode o Tribunal local deixar de conhecer do agravo com apoio no parágrafo único do art. 526 do Código de Processo Civil se a parte agravada não argúi nem prova a ausência da comunicação prevista no dispositivo.

2. Recurso especial conhecido e provido.

(REsp 648.087/ES, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, TERCEIRA TURMA, julgado em 21.02.2006, DJ 22.05.2006 p. 193)

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO CONHECIDO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM APESAR DO DESCUMPRIMEN-

TO DO TEOR DO ART. 526 DO CPC. AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO DO AGRAVADO. ALEGAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE INTIMAÇÃO NÃO-DECIDIDA NA CORTE A QUO. NÃO-PREQUESTIONAMENTO DO ART. 527, V, DO CPC.

1. [...]

2. [...]

3. A Lei nº 10.352/01, alterando o Código Processual Civil, inseriu o parágrafo único ao artigo 526, tornando indispensável que o descumprimento da norma seja argüido e provado pelo agravado, não se admitindo o conhecimento da matéria de ofício.

4. Recurso especial não-provido.

(REsp 780.311/MG, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17.11.2005, DJ 05.12.2005 p. 248)

PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AUSÊNCIA DE COMUNICAÇÃO DA INTERPOSIÇÃO DO AGRAVO AO JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU. MATÉRIA QUE DEVE SER SUSCITADA PELA PARTE AGRAVADA. IMPOSSIBILIDADE DE SER CONHECIDA DE OFÍCIO.

Com a alteração do texto legal pela Lei nº 10.352/01, que inseriu um parágrafo único no artigo 526 do Código de Processo Civil, a falta de juntada aos autos principais, pelo agravante, de cópia da petição do agravo e do comprovante de sua interposição, assim como da relação dos documentos que instruíram o recurso, enseja o não conhecimento do agravo. Todavia, faz-se indispensável que o descumprimento da norma seja argüido e provado pelo agravado, não se admitindo o conhecimento da matéria de ofício, mesmo não tendo os agravados procurador constituído nos autos.

Recurso especial provido.

(REsp 577.655/RJ, Rel. Ministro CASTRO FILHO, TERCEIRA TURMA, julgado em 07.10.2004, DJ 22.11.2004 p. 337)

A leitura dos julgados acima referidos demonstra que o STJ tem albergado posicionamento segundo o qual não se admite seja conhecida de ofício matéria atinente ao descumprimento do art. 526 do CPC⁶. Destarte, força é reconhecer que o rigor empregado pela lei ao instituir o ônus do parágrafo único ao agravado – e somente a ele – tem sido privilegiado pela Corte uniformizadora do direito federal brasileiro.

Nada obstante a correta tendência seguida pelo Superior Tribunal de Justiça, merece registro a lição doutrinária de Dinamarco (2002, p. 182), que atenua a responsabilidade do agravado. O emérito processualista sugere que se o agravado se limitar a alegar o descumprimento da regra contida no art. 526 do CPC, sem nada provar, o recurso ainda assim poderá deixar de ser conhecido se das informações do juiz a quo seja possível extrair a confirmação da desídia do agravante. Invoca, no contexto, o princípio da aquisição da prova, “pelo qual a prova vinda aos autos produz seus efeitos sempre, sem importar qual sua origem ou quem a produziu.” Destarte, os defensores desse modo de pensar admitem que o agravado “prove” sua alegação com as informações prestadas pelo juiz a quo⁷.

Por fim, outro aspecto digno de nota é destacado por Canan (2003, p. 660), para quem há necessidade de pedido no sentido que o Tribunal não conheça do recurso. Para o citado jurista, é imprescindível, além das exigências já constantes da lei, o requerimento expresso do agravado. Confira-se:

Ademais, em face do princípio da adstringência entre pe-

6 Insta ressaltar, ainda quanto à orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, que, no julgamento dos Recursos Especiais ns. 648.087/ES e 780.311/MG, transcritos no bojo do texto, houve comunicação espontânea do juiz a quo dando conta do descumprimento da regra do caput do art. 526 do CPC. Ainda assim, a Eg. Corte Superior entendeu que seria correto o conhecimento do recurso, considerando ser ônus do agravado a arguição e comprovação da desobediência à regra mencionada.

7 Essa orientação foi adotada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no Agravo de instrumento 70005240825, oriundo da Vara Cível da Comarca de Alvorada, cujo acórdão foi objeto de comentário de Gisele Santos Fernandes Góes (2005, p. 235-248). Do acórdão ali transcrito, extrai-se o seguinte excerto: “A manifestação da Magistrada, a meu juízo, é suficiente para a prova do fato negativo (...). Esta circunstância, somada a alegação da parte contrária (fl. 126), perfaz o suporte para incidência do parágrafo único do art. 526 do CPC.”

dido e decisão, não se pode cogitar de o tribunal vir a não conhecer do agravo, por ausência de cumprimento do art. 526 do CPC, quando não há requerimento expresso do agravado. Se assim o fizer, estará o tribunal proferindo decisão que não lhe fora pedida, extrapolando os limites da prestação jurisdicional e ferindo, no mínimo, os princípios do devido processo legal e da inércia da jurisdição.

6 Conclusão

À guisa de conclusão, e com a devida reverência a posições divergentes, reputa-se indevida qualquer ingerência do órgão julgador (seja o relator que solicita as informações, seja o juiz que as presta) no que se refere à aferição do cumprimento dos ônus estabelecidos pelo art. 526 do Código de Processo Civil, sob pena de instaurar-se indesejável desequilíbrio na relação processual, pautada na igualdade de tratamento dispensado às partes.

Com efeito, a norma em comento tutela interesses particulares de agravante e agravado, que não justificam a atuação ex officio do relator (ou do juiz) no intuito de aferir a observância da regra.

Portanto, o não-conhecimento do recurso de agravo por descumprimento da regra inculpada no caput do citado art. 526 do Código de Processo Civil depende, única e exclusivamente, da diligência do agravado, que deve alegar a matéria em tempo oportuno, provar a sua alegação e, na esteira do excerto acima transcrito, formular requerimento expresso para que o Tribunal decrete a inadmissibilidade do recurso.

REFERÊNCIAS

CANAN, Ricardo. O novo art. 526 do CPC. In: *ASPECTOS polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. v. 7.

DIDIER JUNIOR, Fredie. Primeiras impressões sobre o par. ún., art. 526, CPC. In: *ASPECTOS polêmicos e atuais dos recursos e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 227. v. 6.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma da reforma*. São Paulo: Malheiros, 2002.

GÓES, Gisele Santos Fernandes. Jurisprudência comentada: agravo de instrumento. O parágrafo único do art. 526: Ônus do agravado x princípio da aquisição processual e a prova judiciária. Interpretação sistemática. In: *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 30, n. 122, 2005.

LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Breves comentários à 2ª fase da reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Os agravos no CPC brasileiro*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

DIREITO COMPARADO E DIREITO ESTRANGEIRO

*Weliton Sousa Carvalho**

1. Direito estrangeiro: precedente 2. Direito comparado: concepção moderna 3. Universo do direito comparado

1 Direito estrangeiro: precedente

Impõe-se, por precisão terminológica e compromisso com a metodologia, se proceder à diferenciação entre Direito Estrangeiro e Direito Comparado. O primeiro deve ser entendido como um conjunto de normas jurídicas que expressa a soberania de um povo alienígena, na visão do observador nacional: trata-se, a priori, de uma visão estática, na concepção dos comparativistas. O segundo, por seu turno, dá ao Direito Estrangeiro uma visão dinâmica, na medida em que o compara com o conjunto de normas de outro(s) Estado(s) soberano(s).

A gênese da confusão em si identificar Direito Estrangeiro como sinônimo de Direito Comparado provém de equívoco terminológico dos precursores deste novo ramo do conhecimento, que o denominavam *Direito Estrangeiro e Legislação Comparada*¹.

Conhecer o Direito Estrangeiro e mesmo fazer referência a ele em estudo de Direito Nacional, por exemplo, não se estará fazendo Direito Comparado, exatamente por não se estar interligando as duas ordens jurídicas observadas: é preciso, pois, que o estudioso trace um liame entre as ordens jurídicas analisadas, demonstrando semelhanças e/ou diferenças.

* Doutor e Mestre em Direito (UFPE). Especialista em Direito Público (Unicap). Membro do Instituto Pernambucano de Direito Comparado. Ex-professor da Faculdade de Direito da Universidade Católica de Pernambuco. Professor do curso de especialização em Direito Constitucional do Ceuma. Membro da Academia Maranhense de Letras Jurídicas. Professor da ESMAM. Coordenador do núcleo regional da Escola Superior da Magistratura do Maranhão em Imperatriz. Juiz de Direito.

¹ Cf. DANTAS, Ivo. Direito constitucional comparado: introdução, teoria e metodologia, p. 24.

O Direito Estrangeiro é substrato indispensável ao estudo do comparativista, principalmente na concepção aqui recepcionada que não admite a comparação de Direito dentro da mesma ordem jurídica, por motivos que irá se expor oportunamente. Neste momento deve-se apenas registrar que o Direito Estrangeiro é mero precedente (indispensável, é verdade), para se iniciar a análise comparativista. Exatamente por isso, observou ANA LÚCIA DE LYRA TAVARES: “Na verdade, o estudo de ordenamentos jurídicos alienígenas constitui uma fase preparatória indispensável para a comparação jurídica, mas com ela não se confunde, uma vez que pode limitar-se a meras descrições sobre um ou outro aspecto daqueles ordenamentos ou a eventuais cotejos assistemáticos”².

Por outro turno, a concepção positivista, igualmente, contribuiu para a distorção terminológica, atribuindo aos estudos de comparação de Direito a denominação Legislação Comparada. Em 1831 foi criada em Paris a cadeira destinada a comparação de direitos, a qual recebeu o nome de Legislação Comparada. Lembra, ainda, ANA LÚCIA DE LYRA TAVARES que em 1869, também em Paris, foi fundada a sociedade de legislação comparada.

O Brasil ingressou no âmbito do direito comparado graças ao estudo pioneiro de Clovis Bevilacqua intitulado Licções de legislação comparada sobre o direito privado publicado na cidade do Recife, em 1893.

Vale registrar que naquela época CLÓVIS BEVILAQUA, apesar de ter utilizado uma terminologia anacrônica aos dias de hoje, demonstra toda a inteligência avançada de seu gênio, ao abordar o tema.

O objecto immediato da cadeira de legislação comparada sobre o direito privado como dil-o, de modo claro, a denominação que lhe conferiram os estatutos, é – a comparação. A comparação, o confronto, o cotejo da legislação

² A utilização do direito comparado pelo legislador. In: Contextos – PUC/RJ. n. 1, p. 1.

brazileira com a estranha, em sua fôrma actual e, acessoriammente, com as phases anteriores de seu desenvolvimento, eis o vasto programma que synthetisam aquellas palavras do regulamento estatutario³.

Apesar desta visão, a obra de Clovis Bevilacqua limitou-se a cotejar textos legais, como bem nota CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA.

A denominação porque se identificava ‘legislação comparada’ patenteia esta tendência e significa a preocupação de se realizar o confronto das disposições de leis pertencentes a dois ou mais sistemas jurídicos, a respeito de um determinado tema [...] Quem lê as obras de CLOVIS BEVILAGUA ‘Lições de Legislação Comparada’, e CANDIDO DE OLIVEIRA, ‘Curso de Legislação Comparada’ não encontra senão esta concepção para a disciplina⁴.

Percebe-se que a denominação legislação comparada amesquinha o campo de incidência do direito comparado, na medida em que a lei é apenas uma das formas de expressão do direito. Ademais o jurista empreendendo estudos de comparação de direito deve ter a lúcida consciência de uma visão sistêmica das ordens jurídicas observadas. Uma pesquisa metódica em sede de direito comparado deve transpor a mera norma posta⁵ para indagar a posição da literatura jurídica e da própria postura dos tribunais dos respectivos ordenamentos analisados.

A limitação da expressão legislação comparada também foi agudamente notada por FELIPE DE SOLÁ CAÑARES⁶, exatamente por observar que o vocábulo Direito tem um sentido mais amplo que legislação. Dentro desta análise, fique-se acertado que não se deve utilizar as expressões Direito estrangeiro, legislação comparada e Direito

3 Resumo das lições de legislação comparada sobre o direito privado, p. 2.

4 Direito comparado e seu estudo. In: Revista da Faculdade de Direito da UFMG. – Nova Fase. Belo Horizonte: a. 7, p. 37.

5 Cf. DANTAS, Ivo. Direito constitucional comparado: introdução, teoria e metodologia, p. 26-27.

6 Iniciación al derecho comparado, p. 96.

Comparado como sinônimos, sob pena de se cometer grave equívoco terminológico.

2 Direito comparado: concepção moderna

A historiografia do Direito Comparado o divide em três fases principais: a dos precursores, a dos iniciadores e a dos comparatistas⁷. Aos precursores coube, desde os mais remotos tempos, desde o célebre estudo de ARISTÓTELES sobre várias Constituições das Cidades-Estados da Grécia clássica até os autores dos Séculos XV e XVI, chamar a atenção para o conhecimento do Direito Estrangeiro. Na segunda etapa do desenvolvimento do Direito Comparado, os iniciadores começam a escrever obras de caráter científico aproximando o novo ramo jurídico da história e da filosofia. Finalmente em 1900, na cidade de Paris, houve o histórico Congresso Internacional de Direito Comparado.

Assim, portanto, o Congresso Internacional realizado em Paris em 1900 consagrou a terminologia direito comparado, inaugurando sua era moderna.

Com esta visão histórica, cabe a partir de agora, delimitar a concepção mais atual de direito comparado. O cuidado de quem se propõe a se dedicar ao direito comparado é observar que o seu objeto não é a comparação, mas as diferentes ordens jurídicas estudadas.

Em verdade, a comparação é apenas o método utilizado pelos juristas ao cotejar os distintos ordenamentos observados. Neste sentido a ponderação de FELIPE DE SOLÁ CAÑIZARES: “La idea de comparación es la base del derecho comparado que, en realidad, es una comparación de derechos: de suerte que se no hay comparación, no hay derecho comparado”⁸.

Tentando aclarar o problema do objeto do Direito Comparado, lança-se mão de uma indagação simplória: qual seria o objeto do

⁷ Ibid., p. 48.

⁸ Iniciación al derecho comparado, p. 99.

Direito Penal? Ninguém teria dúvida em afirmar que é a norma penal. Evidente que se trata de uma resposta tautológica. Não obstante compreensiva, posto que a norma penal é aquela que disciplina o crime e a pena a ele aplicada. Assim estaria delimitado o objeto do Direito Penal. As regras de sua aplicação, interpretação e produção é que reclamam métodos peculiares a esta expressão do fenômeno jurídico.

Exatamente o mesmo ocorre com o Direito Comparado. Então pergunta-se: qual o objeto do Direito Comparado? Pode o jurista desempenhar trabalho de comparação sem a existência de ordens jurídicas positivas? A mera resposta afirmativa demonstra que o objeto do Direito Comparado não é, como tautologicamente se afirma, a comparação, mas os ordenamentos jurídicos que serão comparados.

Neste sentido profundamente sintomática é a posição de FELIPE DE SOLÁ CAÑIZARES ao escrever a seguinte expressão: objeto de la comparación, para concluir em seguida: “La comparación se refiere, pues, a sistemas jurídicos. De suerte que puede decirse que el objeto de la comparación son dos o más sistemas jurídicos”⁹. [Grifou-se]

Na concepção mais moderna do Direito Comparado este se plasma quando as ordens jurídicas observadas pelo estudioso do direito interagem para desvendar suas semelhanças e suas diferenças, em função dos elementos intrínsecos peculiares a cada uma delas. É exatamente a comparação que dá dinâmica e, conseqüentemente, existência para este novo ramo da ciência jurídica.

Nesta esteira de pensamento JORGE MIRANDA¹⁰ vislumbrou a necessidade crítica do estudioso do Direito Comparado ao se ocupar de diferentes realidades jurídico-positivas.

O raciocínio crítico reclamado ao estudioso do Direito Comparado avança sempre que este buscar uma análise sistêmica dos ordenamentos jurídicos objeto de sua pesquisa. Como nota CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA¹¹, Direito Comparado vislumbra a unidade dos

⁹ Iniciación al derecho comparado, p. 104.

¹⁰ Sobre o direito constitucional comparado. In: Separata de Direito e Justiça, v. 2, p. 214.

¹¹ direito comparado e seu estudo, p. 37.

sistemas jurídicos, significando isto dizer que além da legislação e da jurisprudência, deve o comparativista lançar um olhar profundo para conhecer o meio social, a prática contratual e a tendência da técnica legislativa de cada uma das ordens observadas.

Não pode, portanto, o comparatista limitar-se ao mero cotejo da legislação, pois “norma, principio y sistema son los tres factores que integran el ordenamiento jurídico”, na lição de JOSE LUIS DE LOS MOZOS¹².

Evidente que impossível ao intérprete do direito, mesmo exercendo sua função nos limites da província nacional, dá alcance e sentido a uma norma de modo isolado, com mais razão ainda se exige do jurista uma acuidade sistêmica para estabelecer a comparação entre duas ordens normativas ou mesmo entre institutos destas.

Nesta concepção mais moderna de Direito Comparado, exige-se do comparatista que não apenas delimite as diferenças existentes entre as duas ordens estudadas, mas detecte a densidade delas, indicando se são fundamentais ou meramente acidentais. Deve, ainda, determinar as causas que originam tais diferenças, indicando suas relações com a estrutura geral dos ordenamentos estudados¹³.

O desiderato comparativista não é dos mais fáceis, pois um ordenamento jurídico para ser bem interpretado exige do estudioso um conhecimento, mesmo superficial, do substrato sócio-econômico-político-jurídico¹⁴, como lembra FERNANDO JOSÉ BRONZE.

Estabelecidos os contornos do Direito Comparado moderno, pode-se estudar seu universo de atuação.

3 Universo do Direito comparado

12 Metodología y ciencia en el derecho privado moderno, p. 87.

13 Cf GUTTERIDGE, H. C. El valor del derecho comparado. In: Concepto y metodos del derecho comparado, p. 79.

14 A comparação de ordens jurídicas integradas em sistemas econômicos diferentes. In: Revista de Direito e Economia. Coimbra, a. 2, n. 2. p. 379-380.

Com a expressão universo do direito comparado, tem-se por objetivo investigar a possível amplitude do campo investigatório deste ramo da ciência jurídica. Os estudiosos da matéria vislumbram duas classificações: a primeira elege por critério a totalidade dos sistemas jurídicos envolvidos, fala-se, então, em micro e macrocomparação; a segunda, tendo por paradigma o próprio sistema jurídico, vislumbra a possibilidade de compará-lo com outro ordenamento ou consigo mesmo, surgindo aí a comparação horizontal e a vertical.

Em sede de micro e macrocomparações, há um consenso entre os juristas em torno de sua existência. Neste sentido CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA¹⁵ diz da macrocomparação como análise de sistemas jurídicos considerados em sua totalidade, tanto que tem por sinonímia as expressões sistemologia ou sistemas jurídicos comparados. O autor português chega a se referir a megacomparação, fenômeno que ocorre quando o estudioso do Direito realiza o enfrentamento entre famílias de Direitos. Entende ele que microcomparação é a análise cotejada entre institutos jurídicos afins em ordens jurídicas diferentes.

Apesar da possibilidade da macro e mesmo da megacomparação, o fato é que, como observa IVO DANTAS¹⁶, é mais fácil se encontrar estudos localizados em subsistemas ou em sede de institutos de ordens jurídicas do que pesquisas em torno de ordenamentos jurídicos considerados em sua totalidade.

Não obstante a escassez dos estudos envolvendo a macrocomparação, esta começa a instigar os estudiosos do Direito Comparado, mormente quando se nota as conseqüências da denominada globalização, que em sua gênese nada mais é que a mais nova arquitetura do capitalismo com conseqüências jurídicas, por evidente.

A formação de blocos econômicos por intermédio de comunidades internacionais oriundas de Estados provoca uma premente necessidade do conhecimento dos ordenamentos dos países coligados (por exemplo, comunidade européia e o mercosul). Não sem razão FELIPE

¹⁵ Introdução ao direito comparado, p. 9-11.

¹⁶ Direito constitucional comparado, p. 72.

DE SOLÁ CAÑIZARES já afirmava nos primeiros cinquenta anos do século que findou: “El valor del derecho comparado reside esencialmente en que se trata de algo profundamente humano, tendiendo a la universalidad del derecho y, por ello, a la unidad y fraternidad entre los hombres”¹⁷.

Se esta concepção que FELIPE DE SOLÁ CAÑIZARES parece utópica na perspectiva de objetivos fraternais, já começa a se tornar realidade nos continentes do globo, muito embora catalisada por razões comerciais. Neste sentido a própria Constituição Brasileira vigente deu sua parcela de contribuição ao disciplinar no seu art. 4º, parágrafo único, que a República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando a formação de uma comunidade latino-americana de nações¹⁸.

Neste ângulo de apreciação, os estudos de Direito Comparado de feição macrosistêmica terão um papel fundamental a desempenhar para os estudos de política legislativa “va que un buen conocimiento de las leyes y de las instituciones de países similares por sus estructuras constitucionales podrá resultar extremadamente útil a aquellos que deben asumir las nuevas exigencias normativas que se manifiestan en el ordenamiento nacional (...)”¹⁹, no preciso ensinamento de PAOLO BISCARETTI DE RUFFIA.

Se com relação ao dualismo micro e macrocomparações os autores não divergem, não há consenso no que diz respeito às comparações horizontal e vertical. Não se tem dúvida em afirmar que a comparação vertical, segundo a qual o objeto do jurista se restringiria em um único ordenamento positivo, não é plausível no âmbito do Direito Comparado, exatamente porque este reclama comparações entre sistemas.

17 Iniciación al derecho comparado, p. 123.

18 Veja-se que o constituinte foi igualmente utópico, ou ao menos atécnico. Isto se afirma pelo fato de ter se reportado a formação de uma comunidade latino-americana de nações. Ora, a formação de uma nação é algo espontâneo, que não nasce da vontade do Poder, mesmo constituinte. E dificilmente a integração cultural da América latina, mesmo em se considerando o seu tronco antropológico comum, é algo plausível. Veja-se as diferenças específicas entre a cultura mexicana e a brasileira, por exemplo.

19 Introducción al derecho constitucional comparado, p.14-15.

Ademais uma comparação dentro de um mesmo sistema conduziria forçosamente a dois planos temporais diversos: o presente e o pretérito, vez que impossível se comparar a ordem vigente com ela mesma.

Assim sendo, na denominada comparação vertical acabariam por convergir para os domínios da história do Direito. É verdade que o método comparativo se aproxima dos elementos da história, mas com esta ciência não se confunde. Bem notou BORIS MIRKINE-GUETZÉVITCH esta peculiaridade.

No direito público, o método comparativo une-se ao método histórico. Estudam-se as instituições confrontando a estrutura (direito comparado) e o funcionamento (ciência política). Ora, para compreender a estrutura e o 'rendimento' das instituições, é preciso conhecer suas origens e transformações, sua evolução histórica²⁰.

De maneira ainda mais lúcida e objetiva, BORIS MIRKINE-GUETZÉVITCH diferenciou os objetos científicos da história e do Direito²¹. Não obstante estas considerações, há na literatura jurídica autores que advogam a existência da comparação no âmbito do mesmo ordenamento jurídico. JORGE MIRANDA²² chega a afirmar que se pode estudar um dos ramos do Direito em confronto com a realidade de outro país, bem como cotejá-lo com a prescrição que recebeu em uma ou mais épocas pretéritas dentro do mesmo Estado.

CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA também admite a possibilidade da denominada comparação vertical. Vale, porém, notar que o jurista baiano após inicialmente advogar a viabilidade desta espécie de comparação, termina por devolvê-la ao âmbito da história: "Quem assim procede vale-se da História do Direito e faz paleontologia jurídica, na feliz expressão lembrada por CLOVIS BEVILAQUA"²³.

20 Evolução constitucional europeia – ensaio sintético, p. 13.

21 *Ibid.*, p. 15.

22 Sobre o direito constitucional comparado. In: *Separata de Direito e Justiça*, v. 2, p. 201.

23 Direito comparado e seu estudo. In: *Revista da Faculdade de Direito da UFMG – Nova Fase*. Belo Horizonte, a. 4, p. 40.

A rigor, CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA utiliza a expressão comparação vertical como sinônimo de história de Direito.

Tendo em vista o seu próprio direito, ou o objeto de determinado estudo, perquire a maneira pela qual o mesmo assunto encontra tratamento noutro organismo jurídico, indaga de que maneira o legislador de outro país positivou as normas de seu regime, ou como os tribunais as aplicaram e os cientistas o compreenderam. *E aqui está em pleno campo do direito Comparado.* (Grifou-se)

Em que pese as considerações formuladas e a autoridade dos juristas que as proferiram, entende-se que não há sentido em se falar na denominada comparação vertical, por dois motivos: primeiro porque a comparação dos direitos reclama necessariamente duas ordens jurídicas de Estados diferentes; segundo porque a comparação de um ordenamento jurídico consigo mesmo estabelece uma mera linha evolutiva dos institutos, sendo, portanto, história do Direito.

É possível admitir, no âmbito do direito comparado, o estudo de uma ordem jurídica vigente com uma outra que se encontra no passado, posto que aí estar-se comparando dois ordenamentos jurídicos autônomos, estabelecidos por dois Estados soberanos, muito embora fundados em momentos diversos. Ainda assim, o comparativista deverá se munir de instrumentos históricos para compreender as necessidades de um papel daquele ordenamento sem validade no momento em que labora sua pesquisa.

Não se pode esquecer por um instante sequer que o comparativista deseja, em primeiro lugar, estabelecer uma relação jurídica entre os ordenamentos estudados e não a compreensão histórica destes.

Assim sendo, somente admite-se, aqui, a comparação horizontal, ressalvando-se que esta denominação não tem sentido de ser, porque nada mais significa que direito comparado. E como se sabe não é bom para a boa terminologia indicar duas expressões para o mesmo significado.

JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL
SESSÃO DO DIA 15 DE JANEIRO DE 2009
AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº. 17671/2008 – SÃO LUÍS

Agravante : José Carlos Gonçalves – Empresa de Transportes
Coletivos e de Carga.
Advogado: José Alberto Santos Penha.
Agravados: Marlene Sousa Ribeiro (menor), André Sousa Ribeiro
(menor) e Francilene Sousa Ribeiro (menor).
Representante: Esmeraldina Oliveira Ribeiro.
Advogado: José Carlos Rolim e outros.
Rel. Substituta: Des^a. Anildes de Jesus Bernardes Chaves Cruz

ACÓRDÃO Nº. 0785912009

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO DE INSTRUMENTO – PRELIMINARES REJEITADAS - CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – PENHORA – PERCENTUAL DO FATURAMENTO DIÁRIO – POSSIBILIDADE DE DANO – FATURAMENTO NÃO SIGNIFICA DINHEIRO DISPONÍVEL EM CAIXA – EXISTÊNCIA DE OUTROS BENS LIVRE E DESIMPEDIDOS – PENHORA REALIZADA PELO MODO MENOS GRAVOSO (CPC, art.620).

1. Mesmo diante das alterações introduzidas pelas Leis n.º 11.232/05 e 11.382/06, o prazo para interposição de defesa (leia-se, impugnação) se inicia, a priori, a partir da intimação da penhora (garantia do juízo) que poderá ocorrer na pessoa do seu advogado, ou na sua falta, diretamente na pessoa do devedor, de sorte que a compreensão do instituto da penhora continua sendo regulada pelos arts. 659 a 679 do CPC, aplicáveis à fase de cumprimento da sentença, na medida da sua não incompatibilidade disposta no artigo 475-R, também do CPC. Preliminares rejeitadas.

2. Em nossa doutrina e jurisprudência têm-se a consagração de que a penhora sobre o faturamento da pessoa jurídica equivale-se a própria penhora do estabelecimento comercial, naquilo que lhe é indispensável, ou seja, o seu capital de giro, do qual a entidade (devedor) não pode ser privada, sob pena de sofrer forte “abalo no fluxo da circulação econômica que a mantém ativa”, comprometendo o seu funcionamento e ou existência. Pondera-se, a penhora indiscriminada (leia-se, indevida) de percentual do faturamento pode facilmente levar uma empresa à bancarrota, porquanto, tais valores são de natureza transitória, registram a situação de dinâmica empresarial e não de riqueza da empresa propriamente incorporadas ao seu patrimônio, de maneira que a cifra auferida com o faturamento, não significa necessariamente dinheiro disponível.

3. Logo, havendo outros bens (livres e desimpedidos), que não o dinheiro, cuja penhora seja menos gravosa para o executado e sendo os mesmos suficientes para garantir a execução, como de fato no presente caso se percebe, devem ser eles penhorados, especialmente, quando na condição de devedor estiver uma empresa, cuja preservação interessa a toda sociedade e não somente aos seus funcionários ou credores, pela reconhecida função social que desempenha na circulação de riqueza e na produção de bens e serviços úteis e necessários à vida comunitária, sobretudo, em se tratando de uma concessionária de serviço público. Nesse viés, considerando-se que a execução deve ser desenvolvida em consonância com os princípios da eficácia da prestação jurisdicional e utilidade da ação, bem como, em homenagem do interesse público, objetivando que se promova sempre de maneira efetiva o pagamento do débito sub judice, deve também ser permitido “que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor”, ex vi do artigo 620 do CPC.

4. Recurso conhecido e provido. Unânime.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos, estes autos de Agravo de

Instrumento, sob o n.º 17.671/2008, em que figuram como partes os retromencionados, acordam os Senhores Desembargadores da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Maranhão, Anildes de Jesus Bernardes Chaves Cruz – Relatora-Substituta, Jorge Rachid Mubárack Maluf e Paulo Sérgio Velten Pereira, vogais, por unanimidade, JULGAR PELA PROCEDÊNCIA do presente Agravo de Instrumento, nos termos do voto da Desembargadora Relatora.

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

São Luís, 15 de janeiro de 2009.

Des. Jorge Rachid Mubárack Maluf
Presidente

Desa. Anildes de Jesus Bernardes Chaves Cruz
Relatora-Substituta

RELATÓRIO

Versam os autos sobre o recurso de Agravo de Instrumento, manejado por José Carlos Gonçalves – Empresa de Transportes Coletivos e de Carga, que objetivou o sobrestamento da decisão proferida pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Cível desta Capital, que nos autos da Ação Ordinária de Indenização (proc. n.º 14.598/2000, em fase de cumprimento de sentença), determinou, em sede de reconsideração da reconsideração, a ordem de penhora no percentual de 30% (trinta por cento) sobre o faturamento repassado pelo Sindicato das Empresas de Transportes – SET, ao agravante, a fim de que fossem depositados em conta do Juízo, como forma de pagamento da dívida judicial.

Em suma, colhe-se das razões do agravante que, diante do

cumprimento de sentença deflagrada no Juízo de Base, incorreu o magistrado *a quo* em vício (nulidade) procedimental, uma vez que deixou de expedir mandado de penhora e avaliação (lesão ao § 1º do art. 475-J, L, do CPC), cerceando a possibilidade de impugnação da execução a partir da intimação, de onde o bloqueio dos valores junto ao SET - Sindicato das Empresas de Transportes representa ofensa ao artigo 620 do CPC, eis que, não prima pela observação do princípio da menor onerosidade, especialmente, em função da existência e indicação de outros bens livres e desimpedidos, suficientes para a quitação da dívida pleiteada pelos agravados, dívida essa passível de modificação pela via da Ação Rescisória (proc. n.º 25.212/2007) ora em trâmite neste Egrégio Tribunal, atacando os pressupostos necessários à exigibilidade do suposto crédito judicial.

Com isso, destacando precedentes jurisprudenciais desta Corte de Justiça e ao espeque do artigo 557, inc. III, do CPC, pugnou o recorrente pela suspensão liminar da decisão aqui hostilizada, tendo em vista que acaso fosse concretizada a constrição deferida pelo Juízo de 1º Grau, esta lhe causaria dano irreparável ou de difícil reparação, vez que atingiria o normal funcionamento (arrecadação) de suas atividades, inclusive, parte da folha de pagamento de seus funcionários.

No mérito, pediu o agravante a confirmação da liminar suspensiva, de modo que a decisão recorrida seja anulada a partir do ato processual de intimação da execução, permitindo o exercício da ampla defesa, bem como responder pela execução do modo menos gravoso.

A inicial veio acompanhada dos documentos (fls.22/433) exigidos no inciso I do art. 525 do CPC.

Na decisão de fls.335/340, mediante a visualização dos requisitos processuais do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, deferimos o pedido liminar de suspensão da decisão agravada, ocasião em que solicitamos as informações de costume ao juiz da causa e determinamos a intimação da parte agravada para apresentar contra-razões.

No ofício de fls.444/446, o magistrado *a quo* esclareceu que a decisão agravada, salvo melhor juízo, tem o condão de dar efetividade

à prestação jurisdicional e os seus fundamentos fornecem todos os elementos necessários ao julgamento do mérito do recurso interposto.

Nas contra-razões de fls.442/457, os agravados, preliminarmente, alegaram que o presente recurso não pode discutir a “justiça ou injustiça do edito sentencial” que condenou o agravante ao pagamento de verba indenizatória, devendo tais questões serem argüidas através da via própria e adequada, ou seja, recurso de apelação.

No mérito do recurso, os recorridos refutaram todos os argumentos formulados na inicial, sustentando que a decisão de base não afeta a manutenção das atividades do agravante, eis que, dispõe de outra fonte de renda (o valor das passagens pagas diretamente pelos usuários de transporte coletivo, diretamente nas catracas da frota), além de que, o bloqueio de 20% (vinte por cento) do repasse devido ao recorrente, representa porcentagem ínfima do seu faturamento.

Ademais, sustentam que a substituição da penhora nos termos efetuados, afronta de forma absoluta os artigos 655, I, 656, 657 e 688, todos do CPC, razões pelas quais, requereram o improvimento do presente Agravo de Instrumento, com a revogação da liminar deferida e manutenção dos termos da decisão agravada.

No parecer de fls.463/472, a Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo conhecimento e improvimento do recurso para que seja mantida incólume a decisão singular.

É o breve relatório.

VOTO

Satisfeitos os pressupostos de admissibilidade recursal, conheço do presente Agravo de Instrumento.

Inicialmente, por ordem ao processo, passo ao exame das teses preliminares aduzidas pelas partes. Pelos agravados, apura-se o inconformismo quanto ao uso do recurso em tela para os fins de discussão da “justiça ou injustiça do edito sentencial” que condenou o agravante

ao pagamento de verba indenizatória, alegando não ser esse o instrumento próprio para tanto.

Com efeito, no caso em epígrafe, ao contrário do que sustentam os agravados, o recurso formulado não visa à análise ou o re julgamento das razões de “justiça ou injustiça” que sedimentaram o edito sentencial”, mas, tão somente, a suspensão do gravame gerado pela decisão singular, no ato que ordenou a penhora de percentual do faturamento do recorrente, como forma de satisfação dos créditos requeridos em sede de cumprimento de sentença.

Portanto, esse é o objeto recursal, essa é a decisão recorrida à luz do artigo 522 do Código de Processo Civil.

De outro lado, quanto ao erro (vício) procedimental aduzido pelo agravante, no qual o magistrado de piso não expediu o competente mandado de penhora e avaliação, na forma do § 1º¹ do artigo 475-J, do CPC, cerceando daquele modo a possibilidade de impugnação da execução a partir da respectiva intimação da penhora (CPC, art. 475-L), temos que a referida tese não merece ser acolhida diante das demais matérias de maior envergadura jurídica, argüidas no mérito da presente lide, não podendo ser esquecido que, mesmo diante das alterações introduzidas pelas Leis n.º 11.232/05 e 11.382/06, o prazo para interposição de defesa (leia-se, impugnação) se inicia, a priori, a partir da intimação da penhora (garantia do juízo) que poderá ocorrer na pessoa do seu advogado, ou na sua falta, diretamente na pessoa do devedor, de sorte que, a compreensão do instituto da penhora continua sendo regulada pelos arts. 659 a 679 do CPC, aplicáveis à fase de cumprimento da sentença, na medida da sua não incompatibilidade disposta no artigo 475-R², também do CPC.

Superadas as questões preliminares, passo ao MÉRITO.

¹ Art. 475-J. Caso o devedor, condenado ao pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação, não o efetue no prazo de quinze dias, o montante da condenação será acrescido de multa no percentual de dez por cento e, a requerimento do credor e observado o disposto no art. 614, inciso II, desta Lei, expedir-se-á mandado de penhora e avaliação. § 1º Do auto de penhora e de avaliação será de imediato intimado o executado, na pessoa de seu advogado (arts. 236 e 237), ou, na falta deste, o seu representante legal, ou pessoalmente, por mandado ou pelo correio, podendo oferecer impugnação, querendo, no prazo de quinze dias.

No mérito.

Consoante se constata do relatório retro, a pretensão inicial do agravante era a suspensão da ordem de penhora sobre o seu faturamento no percentual de 30% (trinta por cento), das receitas auferidas junto ao SET - Sindicato das Empresas de Transportes, na qual fora desconsiderada pelo juiz a quo a indicação de outros bens (ônibus) livres e desimpedidos, suficientes para a quitação do crédito vindicado pelos agravados.

Pois bem, in casu, ao exame das razões formuladas pelo agravante, constatamos no juízo de urgência da tutela requerida, que os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* afiguravam-se presentes, em particular, pela ótica (regra) do artigo 620 do CPC, visto que, embora lícita em princípio a penhora em dinheiro (em conta, faturamento, renda) não pode ser essa admitida, “quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor”. (grifamos).

É que, tem-se consagrado em nossa doutrina e jurisprudência, que a penhora sobre o faturamento da pessoa jurídica, equivale-se a própria penhora do estabelecimento comercial, naquilo que lhe é indispensável, ou seja, o seu capital de giro, do qual a entidade (devedor) não pode ser privada, sob pena de sofrer forte “abalo no fluxo da circulação econômica que a mantém ativa”³, comprometendo o seu funcionamento e ou existência.

Pondera-se, a penhora indiscriminada (leia-se, indevida) de percentual do faturamento pode facilmente levar uma empresa à bancarrota, porquanto, tais valores são de natureza transitória, registram a situação de dinâmica empresarial e não de riqueza da empresa propriamente incorporadas ao seu patrimônio, de maneira que a cifra auferida com o faturamento não significa necessariamente dinheiro disponível.

Prova disso é que essas operações podem resultar tanto em

² Art. 475-R. Aplicam-se subsidiariamente ao cumprimento da sentença, no que couber, as normas que regem o processo de execução de título extrajudicial.

lucro como em prejuízo, de onde tais resultados nem sempre dependem da vontade ou competência do empresário, mas de fatores diversos, entre os quais podem se destacar as condições do mercado, concorrência, aumento de impostos, etc.

Ressalte-se, faturamento de empresa não constitui efetivamente dinheiro, ou melhor, dinheiro disponível em caixa, sendo necessário que a penhora realizada em tal modalidade seja revestida de maiores cuidados.

Na jurisprudência do STJ, colhe-se a orientação, confira-se:

PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL – PENHORA SOBRE O FATURAMENTO DA EMPRESA – EXCEPCIONALIDADE CONFIGURADA – SÚMULA 7/STJ

1- A penhora sobre o faturamento da empresa não é sinônimo de penhora sobre dinheiro, razão porque o STJ tem entendido que referida constrição exige sejam tomadas cautelas específicas discriminadas em Lei. Isto porque o artigo 620 do CPC consagra favor debitoris e tem aplicação quando, dentre dois ou mais atos executivos a serem praticados em desfavor do executado, o juiz deve sempre optar pelo ato menos gravoso ao devedor. 2- É admissível proceder-se à penhora sobre faturamento da empresa, desde que: a) comprovada a inexistência de outros bens passíveis de garantir a execução, ou, sejam os indicados de difícil alienação; B) nomeação do administrador (arts. 678 e 719, caput do CPC), ao qual incumbirá a apresentação das formas de administração e pagamento; C) fixação de percentual que não inviabilize a atividade econômica da empresa. 3 [...]”. 5- Agravo regimental desprovido.4. (destacamos)

Nessa ordem de idéias, o presente caso se justapõe, na medida em que, acaso fosse permitida a penhora do faturamento diário ou semanal do agravante, essa provavelmente lhe traria, por meio de via paralela, oportunidade para toda sorte de dificuldades em sua adminis-

³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. A impossibilidade da penhora do capital de giro.

tração, a exemplo, o próprio comprometimento da folha de pagamento de seus funcionários, igualmente credores, contudo, em número bem maior que os agravados. Ressalte-se, a penhora em dinheiro não deve comprometer o funcionamento da empresa executada.

No caso em testilha, é particularmente importante a devida correlação entre as normas dos arts. 620 e 655⁵ do CPC. Esse último artigo prevê a ordem preferencial de penhora dos bens do devedor, e o primeiro item é “dinheiro, em espécie ou em depósito ou aplicação em instituição financeira – inciso I, do artigo 655”. Depois, são relacionados veículos terrestres, bens móveis em geral, bens imóveis, etc.

Por certo, a primeira opção, isto é, o dinheiro, tornou-se tão importante com a nova Lei (Lei n.º 11.382/2006) que foi incluído o art. 655-A do CPC, dispondo que:

“Para possibilitar a penhora de dinheiro em depósito ou aplicação financeira, o juiz, a requerimento do exequente, requisitará à autoridade supervisora do sistema bancário, preferencialmente por meio eletrônico, informações sobre a existência de ativos em nome do executado, podendo no mesmo ato determinar sua indisponibilidade, até o valor indicado na execução.” (destacamos)

No entanto, questiona-se: Seria possível desobedecer a essa ordem de preferência em nome da menor onerosidade para o executado? Acreditamos que sim!

Para tanto, a lei utiliza a palavra “preferencialmente”, o que não significa uma seqüência absoluta a ser seguida. Porém, isso só pode ocorrer em casos excepcionais, como no presente, em que a penhora recaindo sobre ativos (faturamento) da empresa prejudicaria o regular (bom) exercício de suas atividades.

Sabe-se que a observação da gradação legal estabelecida no

⁴ STJ – AgRg-REsp 916.600 – (2007/0008069-8) – Rel. Min. Luiz Fux – DJe 14.05.2008.

⁵ Art. 655. A penhora observará, preferencialmente, a seguinte ordem: I - dinheiro, em espécie ou em depósito ou aplicação em instituição financeira; (Redação dada ao inciso pela Lei nº 11.382, de 06.12.2006, DOU 07.12.2006, com efeitos a partir de 45 dias da publicação)

artigo 655 do CPC, é condição de validade da nomeação. Contudo, a ordem de indicação de bens à penhora determinada pela referida Norma não é inabalável, visto que a finalidade do processo executivo é apenas a satisfação do direito do credor, não devendo, por isso, ser desprezada a manifestação (indicação) do executado que demonstra outros meios para solver a dívida, tal como fez o agravante (fls.343/344).

O artigo 620 do Código de Processo Civil prevê que a execução deve ser realizada da maneira menos onerosa possível para o devedor. De acordo com o Superior Tribunal de Justiça, o objetivo dessa norma é “evitar a prática de atos executivos desnecessariamente onerosos ao executado” (AGA 483.789/MG).

Por isso, o devedor, a despeito da condenação por sentença transitada em julgado, tem o direito de preservar seu patrimônio e mesmo sua subsistência contra ingerências indevidas e desnecessárias.

Desse modo, havendo outros bens (livres e desimpedidos), que não o dinheiro, cuja penhora seja menos gravosa para o executado e sendo os mesmos suficientes para garantir a execução, como de fato no presente caso se percebe, devem ser eles penhorados, especialmente, quando na condição de devedor estiver uma empresa, cuja preservação interessa a toda sociedade e não somente aos seus funcionários ou credores, pela reconhecida função social que desempenha na circulação de riqueza e na produção de bens e serviços úteis e necessários à vida comunitária, sobretudo, em se tratando de uma concessionária de serviço público.

Nesse viés, deve ocorrer a harmonização entre o interesse social e a finalidade útil (ética) do processo de execução, de maneira que a dívida seja totalmente adimplida, sem que para isso, ocorra o agravamento da situação do devedor.

Sobre o dado ético e social que deve guardar (orientar) o processo de execução, calha ser destacado as palavras do mestre AMÍLCAR DE CASTRO, que diz, *in verbis*:

“E se a finalidade do processo executivo é esta de obter do Poder Judiciário, à custa do executado, o bem devido ao exequente, é intuitivo que, quando por vários meios

executivos puder executar a sentença, isto é, quando por vários modos puder conseguir para o exeqüente o bem que lhe for devido, o juiz deve mandar que a execução se faça pelo menos dispendioso. Todos os meios executivos são onerosos para o executado, mas não seria justo e seria inútil que se preferisse um meio mais custoso, quando por outro menos pesado pudesse o exeqüente conseguir o mesmo resultado prático. É um elevado princípio de justiça e equidade, informativo do processo das execuções, este que o Estado deve, quanto possível, reintegrar o direito do exeqüente com o mínimo de despesa, de incômodo e de sacrifício do executado. *Jus est ars boni et aequi*, isto é, a sistematização do que é conveniente e útil”⁶

Por certo, o tema em debate, como quase tudo no ramo do direito, guarda divergência jurisprudencial, ora no sentido favorável, ora contra a pretensão aqui defendida.

No entanto, ao julgador no exercício do seu labor é dado o livre convencimento motivado de suas decisões (CPC, art. 131), de maneira que, na linha de precedentes da nossa jurisprudência tivemos, como de fato continuamos a entender, que a fumaça do bom direito argumentada no pedido exordial encontra-se delineada pela regra contida no artigo 620 do CPC e, igualmente, pela constatação do perigo da demora, que não permitia atraso na prestação jurisdicional reclamada pelo agravante, necessários para o deferimento da medida de urgência outrora requerida.

Em abono do entendimento aqui exposto, vale transcrevermos alguns arestos dos nossos Tribunais. Vejamos:

PENHORA “ON LINE” - EXAURIMENTO DOS MEIOS POSSÍVEIS - REQUISITOS CUMPRIDOS - POSSIBILIDADE. A Penhora “on line” como medida extrema só pode ser concedida depois de exauridos todos os meios passíveis de encontrar bem penhorável. A pen-

⁶ In, Comentários ao Código de Processo Civil, Ed. RT, vol. VIII, São Paulo.

hora “on line” se equipara, pelos seus efeitos, à penhora sobre o faturamento da empresa e deve seguir alguns outros princípios, não só o da menor onerosidade, como o da razoabilidade, proporcionalidade e da preservação da empresa, cujo conteúdo econômico e social a Constituição atual sobrelevou. A Ordem preferencial estabelecida no art. 655 do CPC deve ser mitigada pelo princípio da menor onerosidade na execução para o devedor previsto no art. 620 do CPC. Defere-se, porém, a penhora pelo sistema BACENJUD quando o devedor nomeia bens em outro Estado da Federação, distante do da Execução, dificultando sobremaneira a avaliação e os demais atos executórios, tratando-se de veículos, de fácil remoção para o local da constrição . (destacamos)

AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO FISCAL – PENHORA SOBRE O FATURAMENTO DA EMPRESA – EXISTÊNCIA DE OUTROS BENS PENHORÁVEIS – INEXISTÊNCIA DE SITUAÇÃO EXCEPCIONAL JUSTIFICADORA – AGRAVO PROVIDO – Embora se venha admitindo a possibilidade de se proceder a penhora sobre o faturamento da empresa, tal situação somente é cabível quando não sejam apresentados outros bens passíveis de garantir a execução, ou, caso os indicados sejam de difícil comercialização. (destacamos)

PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO – PENHORA DE PARTE DO FATURAMENTO DA EMPRESA EXECUTADA – POSSIBILIDADE – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO – A penhora de parte do faturamento da empresa executada é medida de caráter excepcional, aplicável quando os bens oferecidos à penhora são insuficientes ou ineficazes à garantia do juízo. A execução deve ser, ao mesmo tempo,

⁷ TJMG - Proc. 1.0079.05.244021-5/001(1) - Rel.^a Desemb.^a Vanessa Verdolim Hudson Andrade - DJ 20.03.2007.

⁸ TJBA – AI 32.746-2/06 – (14.411) – 1.^a C.Cív. – Rel. Des. Robério Braga – J. 01.11.2006

⁹ TJDF – AGI 20040020049954 – 2.^a T.Cív. – Rel. Des. Waldir Leôncio Junior – DJU 07.12.2004.

realizada no interesse do credor e de forma menos gravosa para o devedor (CPC, arts. 612 e 620) . (destacamos)

Com efeito, deixar a escolha dos bens penhoráveis à livre vontade (escolha) do exequente seria simplesmente negar vigência ao art. 655 do CPC, especialmente quando, diante do “aspecto cooperativo”¹⁰ da nova execução, apresentou-se o devedor (agravante), colaborando na condução séria do processo, com a indicação de bens suficientes para a quitação da dívida, não criando embaraços para a satisfatória prestação jurisdicional.

Portanto, considerando-se que a execução deve ser desenvolvida em consonância com os princípios da eficácia da prestação jurisdicional e utilidade da ação, bem como, em homenagem do interesse público, objetivando que se promova sempre de maneira efetiva o pagamento do débito sub judice, deve também ser permitido “que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor”.

Por fim, calha ser enfatizado, ou melhor, distinguido que a execução em eventual hasta pública, com a realização de avaliação, publicação de editais, marcação de praça e demais procedimentos legais, ao contrário das palavras dos agravados, não significa a “via cruzis do exequente”, mas, a observância das regras do devido processo legal, pois “ninguém será privado da liberdade de seus bens sem o devido processo legal, art. 5º, inciso LIII”, ainda que seja devedor.

Desta feita, a plausibilidade da pretensão recursal (*fumus boni iuris*), aliada ao perigo de dano (*periculum in mora*), autorizava a aplicabilidade da tutela preconizada nos artigos 527, III e 558, caput, do Código de Processo Civil, de maneira que em desacordo com o parecer da Procuradoria Geral de Justiça, DOU PROVIMENTO ao agravo de instrumento em tela, para, confirmando os efeitos da liminar deferida às fls. 435/440, reformar a decisão de base.

É como VOTO.

¹⁰ Humberto Theodoro Júnior, Ob. cit.

Sala das sessões da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, aos 15 dias do mês de janeiro de 2009.

Desa. Anildes de Jesus Bernardes Chaves Cruz
Relatora-Substituta

QUARTA CÂMARA CÍVEL
SESSÃO DO DIA 16 DE DEZEMBRO DE 2008
APELAÇÃO CÍVEL Nº. 011102/2006 – SÃO LUÍS

1ª Apelante: Companhia Maranhense de Refrigerantes
Advogado(s): Abson Clementino de Marinho,
Welger Freire dos Santos e Outros
2ª Apelante: Hilda dos Santos Almeida Neta
Advogado(s): Emmanuel Almeida Cruz,
Patrícia Cavalcante Rego Marques e Outros
1ª Apelada: Hilda dos Santos Almeida Neta
2ª Apelada: Companhia Maranhense de Refrigerantes
Relator: Des. Jaime Ferreira de Araújo
Revisora: Desa. Anildes de Jesus Bernardes Chaves Cruz

ACÓRDÃO Nº. 0783442008

EMENTA

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO DE APELAÇÃO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. EXISTÊNCIA DE CORPO ESTRANHO (INSETO) EM GARRAFA DE REFRIGERANTE LACRADA. LAUDO PERICIAL. CAUSAS EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE CIVIL NÃO COMPROVADAS. DANO MORAL INDENIZÁVEL. CORREÇÃO MONETÁRIA.

1. A Lei nº 8.078/90 (CDC), em seu artigo 12, consagrou a responsabilidade objetiva do fabricante, advinda do vício do produto ou serviço, prescindindo, portanto, do elemento culpa para configurar a obrigação de indenizar.

2. É devida indenização por danos morais se o consumidor, após adquirir refrigerante, observa que o produto continha inseto em seu interior,

fato este constatado por laudo pericial idôneo, o qual atestou que o produto estava lacrado.

3. O fabricante será eximido da responsabilidade de indenizar se comprovar uma das hipóteses do § 3º, art. 12, do CDC, quais sejam: que não colocou o produto no mercado; que embora tivesse colocado o produto no mercado, o defeito inexistiu; a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

4. Com o advento da recente Súmula nº 362 do Superior Tribunal de Justiça, a correção monetária, nas indenizações por dano moral, deve incidir a partir da data do arbitramento, ou seja, a partir da prolação da sentença.

5. Apelações conhecidas e desprovidas, mantendo-se integralmente a sentença vergastada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível, sob o nº 011102/2006/São Luís/MA, em que figuram como Recorrente e Recorrido os acima enunciados, “por maioria de votos e de acordo com o parecer do ministério público, conheceram e negaram provimento aos recursos, nos termos do voto do desembargador relator, contra o voto do desembargador revisor pelo provimento do primeiro apelo e improvimento do segundo apelo”.

Participaram do julgamento os Senhores Desembargadores Jaime Ferreira de Araujo – Presidente/Relator, Paulo Sérgio Velten Pereira e Milson de Souza Coutinho.

Funcionou pela Procuradoria Geral de Justiça o Dr. Paulo Roberto Saldanha Ribeiro.

São Luís, 16 de dezembro de 2008.

Des. Jaime Ferreira de Araujo
Presidente/Relator

RELATÓRIO

Tratam-se de APELAÇÕES CÍVEIS interpostas por COMPANHIA MARANHENSE DE REFRIGERANTES (1ª Apelante) e HILTA DOS SANTOS ALMEIDA NETA (2ª Apelante) contra a sentença proferida pelo Juiz de Direito da 5ª Vara Cível da Comarca de São Luís, nos autos da Ação de Indenização (Processo nº 011296/2001) proposta por esta contra aquela.

A autora (2ª Apelante) propôs Ação de Indenização por Danos Morais em face da COMPANHIA MARANHENSE DE REFRIGERANTES (1ª Apelante) alegando que, em agosto de 2000, “adquiriu da requerida um recipiente de dois litros (pet) do refrigerante ‘Coca-Cola’ para consumo familiar, em data festiva, verificando para sua surpresa a existência de um corpo estranho que, na ocasião, identificou como um inseto”.

Aduziu a autora, outrossim, que esse episódio desencadeou em seus convidados repulsa na ingestão dos outros refrigerantes que estavam sendo servidos na festa, o que lhe causou desconforto e constrangimento.

No mais, argumentou que ao observar o estoque de refrigerantes da mesma marca que havia em seu pequeno estabelecimento comercial, e atentando para as recentes reclamações de seus clientes, detectou que uma outra garrafa, ainda lacrada, também apresentava um corpo estranho, o qual foi levado para o ICRIM-MA para a devida perícia.

Mais adiante, afirmou que o fato acima descrito teria lhe causado constrangimento perante a comunidade do seu bairro, “com reflexos negativos diretos em suas vendas”. (fls. 04/28). Assim, requereu indenização por danos morais, com valor a ser arbitrado pelo juiz da causa.

Com a inicial, foram juntados o Laudo Pericial de nº 130-2001, proveniente do ICRIM-MA, bem como fotos do objeto analisado (fls. 30/40).

O juízo de base, às fls. 425/435, julgou procedente o pedido, condenando a requerida (1ª Apelante) a pagar à autora (2ª Apelante) o valor de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), como reparação dos danos morais sofridos, corrigidos a partir da data da prolação da sentença,

condenando a ré, ainda, ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, fixados estes em 20% (vinte por centos) sobre o valor da condenação.

Inconformadas, ambas as partes recorreram da sentença.

Nas razões recursais, a 1ª Apelante (COMPANHIA MARANHENSE DE REFRIGERANTES), às fls. 439/443, alega, em síntese, que não há dano moral a ser reparado em virtude da inexistência de violação a direito ou, ainda, de prejuízo sofrido pela recorrida. Para tanto, afirma que da leitura do depoimento pessoal da autora é possível observar que apenas ela percebeu a presença do inseto na garrafa de “Coca-Cola”.

Sustenta, por outro lado, que “enjôos, dores de cabeça e incômodos outros, afetos à saúde, que se suspeita causados por ingestão de refrigerante que seria imprópria (sic) ao consumo, ou ainda, a indignação causada pela aquisição de produtos em tal situação, não são aptos a guarnecer pedido de indenização por danos morais”.

Com base nesses argumentos e em jurisprudência colhida de diversos tribunais do país, pugna pela reforma da sentença para que seja julgado improcedente o pedido inicial.

As fls. 456/466, a 2ª Apelante sustenta, em síntese, que o dano moral que sofreu ocasionou-lhe grandes transtornos e constrangimento, vez que o fato ocorreu na presença de seus familiares e amigos. Aduz que por ser proprietária de “uma pequena mercearia que atende a comunidade de seu bairro, sentiu-se desconfortável e envergonhada perante seus clientes e amigos em razão de também comercializar o produto”.

Com base nesses argumentos, pugna pela reforma da sentença a fim de ser majorado o quantum indenizatório, devendo o valor ser corrigido a partir do evento danoso, conforme o disposto na Súmula 43 do STJ.

Contra-razões recursais, apresentadas apenas pela 1ª Apelada, às fls. 473/478, onde requer o desprovisionamento do recurso aviado pela parte contrária.

O Ministério Público de segunda instância, em parecer de fls. 486/491, manifestou-se pelo conhecimento e desprovisionamento de ambos os apelos.

É o relatório.

VOTO

Preenchidos os requisitos subjetivos e objetivos de admissibilidade, conheço dos recursos de apelação interpostos.

No caso versado nos autos, a 2ª Apelante, ao adquirir e servir em uma festa, na sua residência, produtos da COMPANHIA MARANHENSE DE REFRIGERANTES, veio a constatar que um dos recipientes do refrigerante “Coca-Cola”, comprovadamente lacrado, continha em seu interior um corpo estranho, o qual foi descrito pelo Laudo Pericial de fls. 30/32 realizado pelo INCRIM-MA como: “Classe Insecta, pertencente ao Reino Animale, Filo Artrópode, da Ordem Leptóptera, o qual não apresentava sinais de vida, e devido o contato direto com o líquido existente no recipiente era visível deformações em sua estrutura”.

O referido laudo também atestou que “considerando-se que o recipiente encontrava-se hermeticamente fechado, somos de parecer que o corpo estranho fora colocado antes do lacre do mesmo”. Além disso, as fotos de fls. 33/40, provenientes do mesmo órgão pericial, são bastante esclarecedoras no sentido da comprovação da existência do inseto no interior do vasilhame de “Coca-Cola”.

Da análise dessas provas, verifico que não existe qualquer dúvida de que o produto acima mencionado, disponibilizado ao consumo, mostrava-se defeituoso, oferecendo, com isso, riscos à segurança e saúde do consumidor.

Destaque-se que a Lei nº 8.078/90 (CDC), em seus artigos 12 e 18, consagrou a responsabilidade objetiva do fornecedor, tanto pelo fato do produto ou serviço como a advinda do vício do produto ou serviço, prescindindo, portanto, do elemento culpa para configurar a obrigação de indenizar.

A hipótese dos autos trata da responsabilidade prevista no art. 12 do CDC, vez que o produto defeituoso, segundo o § 1º do citado dispositivo, não ofereceu a segurança que dele legitimamente se esperava.

Destaque-se, outrossim, que o § 3º daquele mesmo artigo prevê, de forma taxativa, as hipóteses de exclusão de responsabilidade do fabricante. Assim, a empresa apelante só poderia se eximir de sua res-

ponsabilidade se provasse: 1) que não colocou o produto no mercado; 2) que embora tivesse colocado o produto no mercado o defeito inexistiu; 3) a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro. Nenhuma das hipóteses, contudo, foi comprovada pelo fabricante-recorrente.

Sobre a questão, veja-se o seguinte excerto, *verbis*:

TJMG-136189 RESPONSABILIDADE CIVIL - INDENIZAÇÃO - DANOS MORAIS - RELAÇÃO DE CONSUMO - COMERCIALIZAÇÃO DE PRODUTO IMPRÓPRIO PARA O CONSUMO - RESPONSABILIDADE OBJETIVA - DEVER DE INDENIZAR - DANO MORAL - ARBITRAMENTO - PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. Tratando-se de relação de consumo, a responsabilidade civil do comerciante deve ser discutida em termos objetivos, podendo ser afastada a obrigação de indenizar pelos prejuízos causados ao consumidor, caso reste demonstrada a configuração de uma das excludentes, tais como: que não colocou o produto no mercado, que o defeito inexistiu ou a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro. Não havendo a ré se desincumbiu do seu ônus de provar qualquer das excludentes, bem como estando comprovado o efetivo defeito do produto, que foi adquirido no estabelecimento da ré, resta configurada a sua responsabilidade civil, por comercializar produto impróprio para o consumo, estando caracterizado, por conseguinte, seu dever de indenizar por danos morais. É inegável a configuração dos danos morais e sua presunção *é jure et de jure*, pois inegável a ofensa à dignidade do cidadão consumidor, ao verificar que ingeriu alimento (barra de cereais), em que jamais esperava encontrar uma lagarta. (Apelação Cível nº 1.0145.06.301819-9/001(1), 17ª Câmara Cível do TJMG, Rel. Lucas Pereira. j. 21.02.2008, unânime, Publ. 11.03.2008). Pesquisado em CD Juris Plenum. Civil. Editora Plenum. Edição 101. Vol 1. Julho 2008. (original sem grifos).

In casu, a vítima sofreu dano moral, sim, vez que experimentou agressão em seu íntimo, agressão essa consistente no constrangimento e

na tristeza que deve ter passado diante dos convidados que estavam em sua residência, tendo a sua imagem abalada naquela ocasião.

Cabe destacar, outrossim, que o dano moral puro prescinde de prova e, conforme a lição de Carlos Roberto Gonçalves (Direito Civil Brasileiro, volume IV: responsabilidade civil, 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 370), em regra, “dispensa prova em concreto, pois se passa no interior da personalidade e existe in re ipsa. Trata-se de presunção absoluta. Desse modo, não precisa a mãe comprovar que sentiu a morte do filho; ou o agravado em sua honra demonstrar em juízo que sentiu a lesão (...)”.

O Superior Tribunal de Justiça, por seu turno, manifesta-se no mesmo sentido, *verbis*:

AGRAVO REGIMENTAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AGRAVO DE INSTRUMENTO - AUSÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. DANOS MORAIS. COMPROVAÇÃO. DESNECESSIDADE. I - Os embargos de declaração são recurso de natureza particular, cujo objetivo é esclarecer o real sentido de decisão eivada de obscuridade, contradição ou omissão. Estando a decisão embargada devidamente fundamentada, são inadmissíveis os embargos que pretendem reabrir a discussão a respeito da matéria. II- Na concepção moderna do ressarcimento por dano moral, a responsabilidade do agente resulta do próprio fato, ou seja, dispensa a comprovação da extensão dos danos, sendo estes evidenciados pelas circunstâncias do fato. Agravo regimental improvido. (STJ - AgRg nos EDcl no Ag 1033206 / RJ AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 2008/0071217-3, Relator(a) Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, DJe 08/10/2008). Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em 30/10/2008. (original sem grifos).

Por outro lado, embora o líquido periciado não tenha sido consumido, não se pode falar em mera aquisição do produto contendo o corpo estranho (inseto), vez que o líquido de outras garrafas de refrigerante

já havia sido consumido pelas pessoas que estavam na residência da vítima, as quais sentiram repulsa na ingestão da bebida da mesma origem que estava sendo servida na festa.

Este eg. Tribunal de Justiça já decidiu caso semelhante, reconhecendo a responsabilidade civil da empresa, conforme se vê da ementa a seguir transcrita, *verbis*:

PROCESSUAL CIVIL. CONSUMIDOR. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. CORPO ESTRANHO (MOSCAS) NO INTERIOR DE VASILHAME DE CERVEJA. PRELIMINAR DE DECADÊNCIA. PREVALÊNCIA DA REGRA DO ART. 27 DO CDC. A Ação indenizatória decorre de fatos do produto, onde este (cerveja) se revela impróprio para consumo, onde se aplica a regra da prescrição ditada no do art. 27 do CDC, afastando a incidência do art. 26 mesmo Diploma Consumerista equivocadamente invocada pelo magistrado de base. Se revela, portanto, plausível a pretensão de reforma do julgado, pois o prazo para reclamar sobre danos decorrentes de produto defeituoso é prescricional de cinco anos, e não o decadal de 30 dias, conforme regra expressa no art. 27, do CDC. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. CORPO ESTRANHO (MOSCAS) NO INTERIOR DE VASILHAME DE CERVEJA. DANO MORAL INDENIZÁVEL. Os fatos estão comprovados no sentido que o apelante-consumidor adquiriu produto (cervejas) onde ao efetuar consumo constatou que um dos vasilhames continha insetos (moscas) em seu interior, em circunstância ratificada por Laudo Pericial, indicador que o lacre de cerveja não tinha sido violado, bem como da presença dos corpos estranhos. Assim, nenhuma dúvida resta de que o produto posto ao consumo se mostrou defeituoso, oferecendo riscos à segurança e à saúde do consumidor. Por outro lado, em que pese não haver ocorrido a ingestão do líquido insalubre, também entendo que o consumidor suportou dano moral, decorrente do transtorno, revolta, humilhação e frustração em ver sua saúde sob risco pelo ato ilícito da apelada, restando desequilíbrio em seu bem

estar. Anote-se que, acaso aberto o vasilhame e iniciado o consumo do seu conteúdo, estaria o consumidor a suportar maior humilhação e prejuízos a saúde, sem meios de provar o fato, coroando a impunidade do fabricante. Logo, existindo o dano moral, comprovado e incontestado, resta o dever de indenizar, nos termos do art. 5º incisos V e X da Carta Magna, dos arts. 6º, I e VI, 12 do CDC, e ainda o art. 186 e 187 do Código Civil, cuja consequência jurídica do ato ilícito é o dever de indenizar, conforme anota o art. 927 daquele Diploma. Conhecimento e provimento do Recurso, reformando a Decisão de 1º Grau para consequentemente julgar procedente a Ação de Indenização e condenar o ora recorrido ao pagamento de R\$10.000,00 (dez mil reais) a título de danos morais, acrescidos de juros de 1% (um por cento) ao mês a partir do evento danoso, e correção monetária contados da data desta Decisão, condenando, ainda nas custas processuais e honorários advocatícios no percentual de 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação, em atenção às peculiaridades da causa e trabalho do patrono, conforme regra do §3º do art. 20 do CPC. (TJMA, Processo 172932007, Acórdão 0742512008, Relator ETELVINA LUIZA RIBEIRO GONÇALVES, Data 20/06/2008 APELAÇÃO CÍVEL). Disponível em: <www.tjma.jus.br>. Acesso em 30/10/2008. (original sem negrito).

No mesmo sentido o seguinte julgado:

TJRJ-057936 AÇÃO DE RITO SUMÁRIO DE REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS. PRESENÇA DE OBJETOS METÁLICOS EM PRODUTO ALIMENTÍCIO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. RECURSO DE AMBAS AS PARTES. 1. Restou comprovada a contaminação do produto comercializado pela Parmalat. O laudo pericial que constatou a presença das peças metálicas no produto foi conclusivo. O dano moral é incontestável. 2. Tendo em vista a dupla finalidade do quantum estipulado a título de dano moral, o mesmo foi brando. 3. Ambos os recursos conhecidos o primeiro provido para majorar

a indenização a título de danos morais e o segundo desprovido. (Apelação Cível nº 2007.001.09694, 8ª Câmara Cível do TJRJ, Rel. Gabriel Zefiro. Publ. 21.08.2007). Pesquisado em CD Juris Plenum. Civil. Editora Plenum. Edição 101. Vol. 1. Julho 2008. (original sem negrito).

Ressalte-se, ademais, que se o produto posto à venda pela empresa-recorrente pôs em risco a saúde do consumidor, irrecusável é que deve ser por isso responsabilizada.

Por outro lado, conveniente destacar que se a 1ª Apelante (Companhia Maranhense de Refrigerantes), ao invés de ter engarrafado com um inseto o produto que revende, tivesse colocado alguma substância extremamente nociva à saúde humana, por certo que estaria submetendo os seus milhões de consumidores a evidente risco de morte.

Sabido, portanto, que o refrigerante “Coca-Cola” é uma bebida consumida no mundo inteiro, cabe à empresa zelar pelo engarrafamento dos seus produtos.

Assim, a indenização fixada em R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), ainda que modesta se levarmos em consideração a alta capacidade contributiva da ofensora, sem dúvida uma das maiores multinacionais do mundo, merece ser mantida, pois entendo ser o quantum acima referido bastante para atender à satisfação do dano suportado pela vítima.

Por outro lado, necessário destacar que as partes, conforme se vê de fls. , desistiram dos depoimentos testemunhais. Nesse caso, impossibilitado ficou o juiz da causa de aferir a real profundidade dos danos sofridos pela autora, dentre os quais o de que teve o seu estabelecimento comercial fechado.

Além disso, o valor da indenização que ora está sendo mantido, se não vier a servir para reparar integralmente os danos sofridos pela 2ª Apelante, sem dúvida que fará com que a 1ª Apelante seja mais vigilante ao engarrafar os produtos que revende.

Nesse caso, entendo não merecer qualquer retoque a sentença vergastada.

Por fim, entendo que não assiste razão à 2ª Apelante quando pugna pela reforma da sentença a fim de ter o valor da indenização corrigido a partir do evento danoso, conforme o disposto na Súmula

43 do STJ, pois com o advento da recentíssima Súmula nº 362 daquele Tribunal Superior, a correção monetária deve incidir a partir da data do arbitramento, ou seja, da prolação da sentença, conforme se vê de fl. 435.

À guisa do exposto, e de acordo com o parecer ministerial, VOTO pelo desprovemento das apelações, devendo ser mantida integralmente a sentença vergastada.

É COMO VOTO.

São Luís, 16 de dezembro de 2008

Des. Jaime Ferreira de Araújo
Relator

QUARTA CÂMARA CÍVEL
SESSÃO DO DIA 14 DE OUTUBRO DE 2008
APELAÇÃO CÍVEL Nº. 024755/2006 – SÃO LUÍS

Apelante: Banco da Amazônia S/A
Advogados: Carlos Alberto Braga Diniz Júnior e outros
Apelado: Maria de Alencar Jorge
Advogados: Maria de Fátima Gonzalez Leite
Relator: Des. Jaime Ferreira de Araujo.

ACÓRDÃO Nº. 0765402008

EMENTA

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. JULGAMENTO ANTECIPADO. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. DESNECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. INSTITUIÇÃO BANCÁRIA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. INCIDÊNCIA DO CDC. PRESENÇA DOS REQUISITOS ESSENCIAIS AO DEVER DE INDENIZAR. SENTENÇA OMISSA QUANTO À FIXAÇÃO DE JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. COMPLEMENTAÇÃO DE OFÍCIO DO JULGADO DE BASE. RECURSO DESPROVIDO.

1. Presentes as condições que ensejam o julgamento antecipado da lide, é dever do juiz, e não mera faculdade, assim proceder.
2. Sendo o juiz o destinatário da prova, somente a ele cumpre aferir sobre a necessidade ou não da sua realização.
3. Despicienda a análise de eventual conduta culposa por parte da instituição financeira recorrente, visto ser objetiva a sua responsabilidade em hipóteses como a dos autos. Precedente do STJ.

4. O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras. Súmula nº 297, STJ.

5. Presentes os elementos necessários à caracterização do dever de indenizar – conduta, dano e nexa causal, não se há falar em escusa ao pagamento da indenização imposta pelo juízo monocrático.

6. Se o juízo de base, ao proferir sua sentença, omite-se sobre a condenação da parte vencida em juros e correção monetária, nada impede que o Tribunal, dentro do seu poder/dever de rever as decisões judiciais, fixe de ofício as datas de incidência, por se tratar de matéria de ordem pública. Precedentes.

7. Apelação conhecida e desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível, sob o nº 024755/2006, em que figuram como Apelante e Apelado os acima enunciados, ACORDAM os Senhores Desembargadores da Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, por unanimidade de votos e de acordo com o parecer ministerial, em conhecer do recurso para negar-lhe provimento, nos termos do voto do Desembargador Relator.

Participaram do julgamento os Senhores Desembargadores Milson de Souza Coutinho – Presidente, Jaime Ferreira de Araujo - Relator, e Raimunda Santos Bezerra.

Funcionou pela Procuradoria Geral de Justiça o Dr. César Queiroz Ribeiro.

São Luís, 14 de outubro de 2008

Des. Milson de Souza Coutinho
Presidente

Des. Jaime Ferreira de Araujo
Relator

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Cível interposta por Banco da Amazônia S/A contra sentença exarada pelo MM Juiz de Direito da 3ª Vara Cível da Comarca da Capital que, nos autos da Ação de Indenização por Danos Materiais e Morais ajuizada por Maria de Alencar Jorge, concedeu parcialmente a tutela antecipada na sentença, determinando a liberação, pelo réu, de todo o valor remanescente retido em nome da autora, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, sob pena de multa diária de R\$ 1.000,00 (um mil reais).

Outrossim, julgou o magistrado de base procedente a ação, condenando o ora recorrente ao pagamento de indenização por danos materiais correspondente aos rendimentos não computados sobre o montante ainda retido e, inclusive, sobre o total já resgatado (nesse caso, até a data do efetivo resgate), além de indenização por danos morais no importe de R\$ 14.001,00 (catorze mil e um reais) e pagamento de custas e honorários advocatícios no percentual de 20% (vinte por cento) sobre o total da condenação.

Sustenta o recorrente (fls. 114/140), preliminarmente, a nulidade da sentença em decorrência de cerceamento de defesa, já que haveria, segundo alega, a necessidade de produção de prova em audiência, por versar o caso não somente sobre matéria de direito, mas, também, de fato. Suscita, por outro lado, a sua ilegitimidade passiva ad causam, apontando como responsáveis pelos supostos danos o Fundo BASA de Investimento Financeiro Curto Prazo e Seletto, bem como o Banco Central do Brasil – BACEN. Aduz, ainda, a inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor à espécie.

No mérito, assevera carência de fundamentação da sentença hostilizada em consequência da falta de provas, invocando, sobretudo, as excludentes da culpa exclusiva de terceiros – Banco Central e Fundo BASA de Investimento Financeiro Curto Prazo e Seletto – e da força maior, consubstanciada na decretação da intervenção/liquidação e consequente bloqueio de valores pelo BACEN.

Após tecer considerações sobre a inexistência de dano material e moral, dada a ausência dos pressupostos para tanto, requer o provimento do recurso no sentido da anulação da sentença por cerceamento de

defesa, “determinando a produção de provas em audiência de instrução, ou, caso assim não entenda, que reforme-a julgando integralmente improcedente o pedido.”¹

Em contra-razões de fls. 148/158, a recorrida rechaça as alegações do recorrente, pugnando pela manutenção do decisum vergastado.

Agravo retido nos autos às fls. 164/166, interposto pelo ora apelante, requerendo, em suma, o recebimento da apelação em seu efeito devolutivo e suspensivo. Postulou, mais, pelo conhecimento preliminar desse agravo por ocasião do julgamento da apelação, objetivando a suspensão da execução da sentença atacada.

Em cota ministerial de fls. 208/220, da lavra do Procurador de Justiça Paulo Roberto Saldanha Ribeiro, manifesta-se o *Parquet* pelo conhecimento e improvimento da apelação.

Relatório lançado aos autos pela então Relatora, Desa. Etelvina Luíza Ribeiro Gonçalves, desacolhido por este Relator por não concordar com o mesmo.

É o relatório.

VOTO

Presentes os requisitos de admissibilidade do recurso, passo à sua análise.

Ab initio, impende salientar que, malgrado tenha o recorrente interposto agravo retido, conforme consta às fls. 164/166 dos autos, não deve o mesmo ser conhecido, a teor do que dispõe o art. 523, § 1º do CPC, pois não houve requerimento no presente apelo acerca da sua apreciação.

Volvendo-se à análise das razões da apelação, insta, num primeiro momento, apreciar as questões postas em sede de preliminar.

Relativamente ao alegado cerceamento de defesa decorrente do julgamento antecipado da lide, não há como acolher-se tal argumento, vez que o juiz sentenciante procedeu corretamente ao homenagear os

1 Fl. 140 dos autos.

2 Art. 523. Na modalidade de agravo retido, o agravante requererá que o tribunal dele conheça, preliminarmente, por ocasião do julgamento da apelação.

§ 1º Não se conhecerá do agravo se a parte não requerer expressamente, nas razões ou na resposta da apelação, sua apreciação pelo tribunal.

princípios da economia e celeridade processuais. Ora, “Presentes as condições que ensejam o julgamento antecipado da causa, é dever do juiz, e não mera faculdade, assim proceder (STJ-4ª T., REsp 2.832-RJ, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, j. 14.8.90, negaram provimento, v.u, DJU 17.9.90, p. 9.513). No mesmo sentido: RSTJ 102/500, RT 782/302.”.

De mais a mais, a prova do fato relativo à destinação do importe em dinheiro aplicado pela recorrida (viagem para tratamento de saúde) não é decisivo para a verificação do prejuízo moral em causa, contrariamente ao que sustenta o apelante, eis que a impossibilidade de disposição do patrimônio no momento e na forma como lhe aprouver é bastante para a causação do dano.

Quanto a uma pretensa necessidade de produção de outras provas, insta salientar que cabe tão-apenas ao juiz da causa decidir acerca de tal aspecto, pois “Sendo o juiz o destinatário da prova, somente a ele cumpre aferir sobre a necessidade ou não de sua realização.” Não se há falar, assim, em nulidade por falta de fundamentação da sentença maltratada, eis que o entendimento ali sedimentado encontra amplo respaldo nos autos e consonância com as peculiaridades da espécie.

No que concerne à ilegitimidade passiva ad causam do recorrente, também não merece guarida, até mesmo porque o magistrado a quo tratou, com acerto, dessa questão na sentença hostilizada. Com efeito, a autora entregou ao Banco da Amazônia S/A numerário que lhe pertence para aplicação, não lhe sendo informado pelo réu que aplicaria seus recursos em um outro banco (Banco Santos). Outrossim, como bem observou o juiz sentenciante, “se, porém, o banco réu, sem comunicar à autora, bem como aos demais clientes, aplicou seu numerário no Banco Santos S/A, mesmo sabendo dos riscos que aquela operação apresentava, dada a previsibilidade de intervenção do BACEN naquela Instituição, não pode querer se isentar desta responsabilidade, uma vez que causou danos aos seus clientes.”⁵

De outro giro, o próprio recorrente assevera que o fundo de investimento a que atribui a responsabilidade de que ora se cogita não pos-

3 GOUVÊA, José Roberto F. NEGRÃO, Theotonio. Código de Processo Civil e legislação processual em vigor. 40ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 475.

4 GOUVÊA, José Roberto F. NEGRÃO, Theotonio. Op. Cit., p. 269.

5 Fl. 105 dos autos.

sua personalidade jurídica. Comungo com o entendimento preconizado pela doutrina e jurisprudência pátrias no sentido de que, em regra, apenas quem possui personalidade jurídica é que detém capacidade postulatória, excetuadas as hipóteses de personalidade jurídica meramente formal em ações mandamentais, o que não é o caso.

Nesse diapasão, convém registrar que “aquele que pretende obter determinada tutela jurisdicional deve ter a capacidade de ser parte, o que pressupõe, evidentemente, a possibilidade de ser titular de direitos e obrigações ou, em outras palavras, ser dotado de personalidade jurídica (...).” Há manifestação do STJ no mesmo sentido, *litteris*:

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. RESPONSABILIDADE EXCLUSIVA DA FUNDAÇÃO DE PARQUES E JARDINS. PERSONALIDADE JURÍDICA PRÓPRIA. CAPACIDADE PROCESSUAL. I - A queda de galhos de árvores sobre veículo de particular em praça pública que, segundo norma legal, é de inteira responsabilidade de conservação por parte da Fundação de Parques e Jardins, exclui a legitimidade passiva ad causam do Município do Rio de Janeiro, porquanto aquela entidade possui personalidade jurídica própria e capacidade processual para ser demandada em juízo. Precedente: REsp nº 742.305/RJ, Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, DJ de 21/11/05. II - Recurso especial provido. (STJ, REsp 813952 / RJ, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, T1, DJ 18/12/2006 p. 334) Disponível em <www.stj.gov.br> Acesso em 29.09.2008. Original não sublinhado.

Por outro lado, a alegação do recorrente no sentido da inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor à espécie afigura-se totalmente insubsistente, vez que pacificada a incidência do referido diploma às instituições financeiras com a edição da Súmula nº 297 do STJ, adiante transcrita:

6 YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. Da ilegitimidade Ativa de Órgãos do Poder Legislativo para propor Ação Civil Pública em Defesa de Interesses Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos. In Revista Dialética de Direito Processual Civil. Nº 31. São Paulo: Dialética, 2005, p. 45.

Súmula 297, STJ: O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras.

Na verdade, incide o recorrente em inexorável contradição quando, num primeiro momento, sustenta a inaplicabilidade da lei consumerista ao caso e, posteriormente, ao tentar evadir-se da responsabilização em exame, invoca as excludentes do dever de reparar constantes no CDC (item 41 e seguintes do apelo).

Nesse contexto, apresenta-se inócua a tentativa do recorrente de atribuir a responsabilidade civil de que ora se cuida ao BACEN, pois, como já dito, a recorrida não aplicou seus recursos financeiros no Banco Santos S/A, que teria sofrido intervenção do BACEN. Se a instituição recorrente assim o fez, e fez sem o consentimento da cliente, deve arcar com o dever de indenizar.

Pelo mesmo motivo se rechaça a alegativa de força maior. Ora, sem razão o apelante quando afirma que “a intervenção no Banco Santos S/A foi um ato totalmente inesperado” e que “é evidente que a decretação da intervenção/liquidação e conseqüente bloqueio de valores pelo Banco Central configura-se como força maior.” Repise-se: a recorrida não aplicou seu dinheiro no Banco Santos S/A, e se o recorrente assim procedeu, a seu talante, deve ser por isso responsabilizado.

De tudo até aqui exposto, verifica-se que o apelante tenta, a todo custo, esquivar-se de uma responsabilidade sua, como bem demonstrado pelo juízo sentenciante. O decisum vergastado encontra-se plenamente respaldado nos elementos fáticos e jurídicos constantes nos autos, não merecendo acolhida, por improcedentes, as alegações deduzidas no apelo.

Assim sendo, contrariamente ao que alega o recorrente, estão presentes, sim, os elementos necessários à configuração da responsabilidade em tela, a saber: conduta, dano e o liame causal entre o evento e o resultado. A conduta do Banco apelante, de não disponibilizar os recursos financeiros aplicados pela apelada, caracteriza o ato ilícito. O dano, como já dito, consiste no fato de que a recorrida foi arbitrariamente impedida de sacar seu dinheiro, pouco importando a finalidade a ser dada ao numerá-

7 Fl. 133 dos autos.

8 Fl. 136 dos autos

rio. Por óbvio, o nexos causal consiste no liame entre a conduta do Banco e o dano carreado à apelada, que, por não poder contar com seus próprios recursos financeiros, malversados que foram pela instituição financeira em causa, atravessou situação difícil e, por si só, vexatória.

Convém observar, destarte, o posicionamento aventado pela jurisprudência hodierna, *in verbis*:

O banco é o responsável pelos depósitos que lhe foram confiados, devendo ressarcir a cliente os valores desaparecidos, quando não comprova a que título foram retirados da conta” (TRF – 4ª R. – 3ª T. – Ap. 2000.71.05.002168-4 – RS – Rel. Taís Schilling Ferraz – j. 30.04.2002 – DJU 24.07.2002 – RT 812/394).⁹ Original não sublinhado.

Correntista de banco que entrega numerário a gerente para aplicação financeira. Depósito desviado para a conta de outro cliente devedor de vultosas somas. Procedimento indevido realizado no interesse do próprio banco. Ação movida frente ao banco. Obrigação de indenizar com base no art. 1.521, III, do CC (atual art. 932, III) (TJRJ – 5ª C. – Ap. – Rel. Marcus Faver – j. 08.08.95 – RT 728/340).¹⁰ Original não sublinhado.

O STJ, inclusive, leciona que, em casos como o presente, a responsabilidade da instituição bancária é objetiva, havendo, assim, inversão do ônus da prova, *litteris*:

“Consumidor. Saque indevido em conta corrente. Cartão bancário. Responsabilidade objetiva do fornecedor de serviços. Inversão do ônus da prova. Debate referente ao ônus de provar a autoria de saque em conta corrente, efetuado mediante cartão bancário, quando o correntista, apesar de deter a guarda do cartão, nega a autoria dos saques. Reconhecida a possibilidade de violação do sistema eletrônico e, tratando-se de sistema próprio das instituições financeiras, ocorrendo retirada de numerário da conta corrente do cliente, não reconhecida por este,

⁹ STOCO, Rui. Tratado de Responsabilidade Civil. 7ª ed. São Paulo: RT, 2007, p. 689.

¹⁰ STOCO, Rui. Op. Cit., p. 683

impõe-se o reconhecimento da responsabilidade objetiva do fornecedor do serviço, somente passível de ser ilidida nas hipóteses do § 3º do art. 14 do CDC. Inversão do ônus da prova igualmente facultada, tanto pela hipossuficiência do consumidor, quanto pela verossimilhança das alegações de que não efetuara o saque em sua conta corrente (STJ – 3ª T. – Resp 557.030-0 – Rel. Nancy Andrighi – DJ 01.02.2005 – RSTJ 191/61).¹¹ Original não sublinhado.

Verifico, ademais, que não há motivo para a redução do montante arbitrado pelo juiz de base, a título de danos materiais e morais, eis que em consonância com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, considerada a extensão do dano ocasionado.

Todavia, no que concerne aos juros e à correção monetária, tendo o magistrado sentenciante se omitido sobre tal aspecto, nada impede que o Tribunal, dentro do seu poder/dever de rever as decisões judiciais, fixe de ofício as datas de incidência, mesmo sem ter sido objeto do recurso de apelação, por se tratar de matéria de ordem pública, conforme lecionam os arestos a seguir transcritos:

(TJDFT-071709) APELAÇÃO CÍVEL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. ABRUPTA SUSPENSÃO DO CONTRATO DE CHEQUE ESPECIAL. EXIGÜIDADE DA COMUNICAÇÃO. DEVOLUÇÃO DE CHEQUE. RECUSA DE PEDIDO DE CANCELAMENTO DE CONTA-CORRENTE E DE CONTRATO DE SEGURO. PROCURADOR DEVIDAMENTE CONSTITUÍDO. CONDENAÇÃO. QUANTUM. RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. JUROS LEGAIS E CORREÇÃO MONETÁRIA. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. COMPLEMENTAÇÃO DO JULGADO DE OFÍCIO. I (...) IV - A incidência de juros legais e correção monetária sobre a condenação são questões de ordem pública e, por isso, podem ser examinadas pelo Tribunal, independentemente de provo-

¹¹ STOCO, Rui. Op. Cit., p. 685.

cação da parte. (APC nº 20050110951335 (289388), 1ª Turma Cível do TJDFT, Rel. Nívio Geraldo Gonçalves. j. 03.10.2007, unânime, DJU 06.12.2007, p. 83).¹² Original não sublinhado.

(TJPR-038827) APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA. CONTRATO DE SEGURO DE VEÍCULO. ALEGAÇÃO DE FURTO DO BEM SEGURADO. NEGATIVA DA SEGURADORA EM EFETUAR O PAGAMENTO DA INDENIZAÇÃO SECURITÁRIA. FRAUDE AO SEGURO NÃO DEMONSTRADA. ÔNUS DA PROVA A CARGO DA SEGURADORA. DANOS MORAIS. DEVIDOS. JUROS MORATÓRIOS. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. CORREÇÃO DE OFÍCIO. NÃO PROVIMENTO DO RECURSO. (...) 5. Tratando-se de matéria de ordem pública, conquanto decorrente de lei, o critério para a aplicação dos juros moratórios comporta apreciação ex officio. (Apelação Cível nº 0358703-9 (9105), 8ª Câmara Cível do TJPR, Rel. Macedo Pacheco. j. 01.11.2007, unânime).¹³ Original não sublinhado.

Nesse viés, deve a sentença sub examine ser complementada tão-somente para que a incidência dos juros se verifique a partir do evento danoso, ou seja, 12.11.2004 (Súmula 54 do STJ) e a correção monetária a partir da data da prolação da sentença, é dizer, 27.06.2006 (STJ, REsp 876527/RJ, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Quarta Turma, julgado em 01/04/2008).

À guisa do exposto, conheço do presente recurso de apelação para negar-lhe provimento, devendo ser mantida *in totum* a sentença maltratada.

Outrossim e de modo a complementar o julgado de base, de ofício fixo as balizas para as datas de incidência dos juros e correção monetária, como acima definido, por se tratar de matéria de ordem pública.

¹² In CD Juris Plenum, Editora Plenum. Civil. Edição 101. Vol. I. Julho/2008.11 STOCO, Rui. Op. Cit., p. 685.

¹³ In CD Juris Plenum, Editora Plenum. Civil. Edição 101. Vol. I. Julho/2008.

É como voto.

São Luís, 14 de outubro de 2008

Des. Jaime Ferreira de Araújo
Relator

PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL
SESSÃO DO DIA 06 DE NOVEMBRO DE 2008
APELAÇÃO CÍVEL Nº. 6748/2007 - LORETO

Apelante: Município de Loreto.
Advogada: Débora Coelho Costa.
Apelada: Construtora Dinâmica Ltda.
Advogados: Crisógono Rodrigues Vieira e Outros.
Relatora: Desa. Maria das Graças de Castro Duarte Mendes

ACÓRDÃO Nº. 0772112008

EMENTA

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PREFEITURA MUNICIPAL. CONTRATO PARA REALIZAÇÃO DE OBRAS MEDIANTE LICITAÇÃO. RESCISÃO UNILATERAL DO CONTRATO. OBRA ABANDONADA. IMPROCEDÊNCIA. INDENIZAÇÃO. INTELIGÊNCIA DO ART. 59, DA LEI N.º 8.666/1993.

1. Ao rescindir o contrato, ainda que de forma unilateral, o Município deve cumprir os termos do art. 59, da Lei n.º 8.666/1993, indenizando o contratado pelos serviços efetivamente realizados até a data da rescisão, sob pena de enriquecimento sem causa do Ente Público.
2. O particular, para a realização de obras, admitiu pessoal e adquiriu materiais tendo direito à indenização.
3. Recurso de Apelação conhecido e não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Senhores Desembargadores integrantes da Primeira Câmara Cível do Egrégio

Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, por unanimidade, e em desacordo com o Parecer do Ministério Público, em conhecer do presente recurso de Apelação e negar-lhe provimento, nos termos do voto da Desembargadora Relatora.

Participaram do julgamento os senhores Desembargadores Maria das Graças de Castro Duarte Mendes, Jorge Rachid Mubárack Maluf e Raimunda Santos Bezerra.

Presente, pela Procuradora Geral de Justiça, a Dra. Terezinha de Jesus Guerreiro.

São Luís, 06 de novembro de 2008.

Desa. Maria das Graças de Castro Duarte Mendes
Presidenta e Relatora

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação, interposta pelo MUNICÍPIO DE LORETO, em face de sentença da lavra do Juízo da Vara Única da Comarca de Loreto, que julgou parcialmente procedente o pedido da Autora, CONSTRUTORA DINÂMICA LTDA., ora Apelada, condenando o Apelante a pagar a importância de R\$ 36.996,50 (trinta e seis mil, novecentos e noventa e seis reais e cinquenta centavos), acrescidos de juros e correção monetária. Condenou ainda, ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios em 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação.

Não se conformando com a decisão proferida, o Município interpôs recurso de Apelação, arguindo, sinteticamente, que a MM. Juíza a quo desconsiderou as provas testemunhais produzidas em audiência.

Afirma que a sentença não fez o tratamento jurídico adequado quanto à contestação do laudo de vistoria, realizada pelo Apelante, valendo-se como única prova que embasou a decisão recorrida.

Alega que não houve referência a qualquer dos ofícios encaminhados à Caixa Econômica Federal, por solicitação do Município Apelante.

Aduz que a Caixa Econômica exige que todas as exigências legais estejam sendo cumpridas pela empresa contratada para a autorização de pagamento.

Relata ser impossível o pagamento a outra construtora, no caso, a Construtora Atlântida, se não houvesse regularidade em relação a esta, já que foi a empresa que concluiu a obra abandonada pela Construtora Recorrida.

Ressalta que, se a Apelada tivesse executado 62,89% (sessenta e dois vírgula oitenta e nove por cento) da obra, a Caixa não teria liberado o dinheiro para o município pagar outra empresa e, por conseguinte, não teria aprovado a prestação de contas apresentada pelo Apelante.

Afirma que não houve qualquer enriquecimento sem causa do Município Apelante. Muito pelo contrário, dos R\$ 82.500,00 (oitenta e dois mil e quinhentos reais), R\$ 16.460,00 (dezesesseis mil, quatrocentos e sessenta reais) foram pagos à Apelante e R\$ 66.000,00 (sessenta e seis mil reais) foram pagos à Construtora Atlântida. Empresa que foi contratada por dispensa de licitação.

Consigna que a Caixa liberou os valores para pagamento para ser entregues à Construtora Atlântida e não à Recorrida, já que foi aquela que executou toda a segunda e última fase do contrato. Desta forma, as provas colhidas nos autos dão conta de que a Apelante tinha razão quanto ao não pagamento à Apelada.

Ressalta que o contrato estipulou como forma de pagamento duas parcelas, uma na assinatura, que foi efetivada, e outra na conclusão, após a medição da obra. Portando, deve ser afastado o argumento, consignado na sentença, de que teria havido recurso financeiro para o pagamento da Apelada, visto que após 60 (sessenta) dias de pagamento da 1ª parcela, deve ser concluída a obra, o que não ocorreu na espécie.

Conclui que deve ser ponderado o fato de que a Apelada não deveria ter abandonado a obra ou paralisado sob a alegação de falta de dinheiro, visto que a parcela final seria entregue após a conclusão da obra.

Pugnou pelo provimento do Apelo, para reformar a sentença em favor da Apelante.

Devidamente intimada, a Recorrida apresentou contra-razões, afirmando que o objeto do contrato, celebrado com o Município, no valor de 82.500,00 (oitenta e dois mil e quinhentos reais), para a perfura-

ção de um poço artesiano; construção de uma caixa d'água com volume de 5.000 (cinco mil) litros; construção de um chafariz, com ligação de bombas e rede de águas domiciliares, inclusive construção de valas para drenagem de águas.

As verbas para pagamento das obras eram provenientes do Repasse n.º 358, do contrato celebrado entre o Município de Loreto e a União.

O contrato, celebrado entre as partes, tinha como cláusula de pagamento o seguinte termo: no ato da assinatura do Instrumento, a liberação de R\$ 17.500,00 (dezesete mil e quinhentos reais); o restante mediante medição efetuada pela Caixa Econômica Federal, instituição encarregada de gerir e fiscalizar a obra.

Alega que ficou provado que a Apelada realizou 62,98% (sessenta e dois vírgula noventa e oito por cento) da obra contratada, conforme relatório de vistoria técnica da Caixa Econômica Federal de fls. 94, 95 e 96, e que teria recebido apenas R\$ 14.960,00 (quatorze mil, novecentos e sessenta reais), tendo um crédito a receber correspondente aos serviços prestados até a data da rescisão.

Relata que se a situação permanecesse como estava, haveria um enriquecimento ilícito da Apelante, a qual se apropriaria dos serviços realizados pela Apelada.

Arremata dizendo que existe prova consistente de que a Apelada construiu 62,89% (sessenta e dois vírgula oitenta e nove por cento) e até a presente data não recebeu completamente a contraprestação pelo serviço prestado.

Ao final, requereu o não provimento do recurso.

Remetidos à Procuradoria-Geral de Justiça, esta se manifestou pelo conhecimento e provimento parcial do apelo, para reformar a sentença recorrida e reduzir o valor da dívida resultante do contrato administrativo para R\$ 35.434,25 (trinta e cinco mil, quatrocentos e trinta e quatro reais e vinte e cinco centavos).

É o relatório.

VOTO

Conheço do recurso, eis que presentes os requisitos de admissibilidade.

Sem preliminares, passo ao mérito.

Analizando os autos, o objeto central deste recurso repousa na falta de pagamento da Apelada pelas obras realizadas no Município de Loreto, referentes ao Programa Ação Social em Saneamento (PASS), em razão de rescisão de contrato, ocorrida com o Apelante.

Este Programa é resultante do Convênio, celebrado entre a União Federal e o Município, tendo por finalidade a execução de obras de construção de caixa d'água, perfuração de poço, ligações domiciliares, dentre outras.

Em razão deste Convênio, foi realizada licitação, na modalidade Carta Convite, originando a celebração do contrato com a Apelada, conforme documento acostado às fls. 23, sendo que a cláusula terceira prescreve que o valor total da contratação é de R\$ 82.500,00 (oitenta e dois mil e quinhentos reais), a serem pagos em duas parcelas. A primeira, no ato da assinatura do contrato, no valor de R\$ 17.500,00 (dezesete mil e quinhentos reais) e a segunda, conforme medição dos serviços e liberação da Caixa Econômica, no valor de R\$ 65.000,00 (sessenta e cinco mil reais).

Quanto ao contrato e ao pagamento da primeira parcela, são fatos incontroversos.

A dúvida recai na execução da obra, quanto à 2ª parcela, a qual seria liberada pela Caixa, conforme medição e posterior liberação dos recursos.

O Apelante levanta a questão de que teria a Apelada abandonado a obra, sendo que, para isso, utilizou-se de notificação judicial para lhe dar ciência, conforme documentos de fls. 65/67.

Isto denota uma rescisão unilateral do contrato, perpetrado pelo Município Apelante, já que havia um atraso injustificado causado pela Construtora Apelada.

Acontece que, fazendo o cotejo entre a notificação judicial e o relatório de vistoria técnica, elaborado pela Caixa Econômica Federal, agente financiado da obra, vejo que razão nenhuma tinha o Município de rescin-

dir unilateralmente o contrato, sem qualquer processo administrativo que guardasse ampla defesa à Construtora Apelada.

A data da vistoria se deu em 20.12.1996 e a notificação judicial foi ajuizada em 19.03.1997, ou seja, está claramente provado que tinha a Apelada direito ao pagamento da obra executada até aquela data e que certamente a obra não foi concluída pela desídia do Município em liberar os valores, optando em deixar a obra parada, para posteriormente alegar atraso injustificado por parte do contratado, enquadrando o caso no art. 78, inciso IV, da Lei n.º 8.666/1993.

Com certeza, tinha ciência o município que a paralisação da obra foi causada pela falta de pagamento da medição realizada pela Caixa Econômica, no dia 20.12.1996.

Portanto, a paralisação da obra era plenamente justificável, não cabendo ao Apelante, sem dar direito de defesa ao Contratado, promover a rescisão unilateral e contratar, por dispensa de licitação, outra empresa para finalizar a obra, dita “abandonada” pela Apelante.

Portanto, acertada foi a decisão da MM. Juíza a quo, ao garantir à Apelada a indenização pelo que havia executado, com relação à obra, oriunda do Convênio celebrado entre a União e o Município de Loreto.

O Laudo de Vistoria é prova técnica, e como tal, não pode ser desconsiderada, muito menos elidida em função dos depoimentos testemunhais. Este documento foi elaborado pelo Agente financiador da obra, sendo reconhecida a realização de 62,89% (sessenta e dois vírgula oitenta e nove por cento).

Portanto, como a Apelada tinha recebido a 1ª parcela, no valor de R\$ 17.500,00 (dezesete mil e quinhentos reais), o que corresponde, em relação ao total da obra, o percentual de 21,21% (vinte e um vírgula vinte um por cento), restando, para o percentual acima medido pela Caixa, o quantitativo a indenizar de 41,68% (quarenta um vírgula sessenta e oito por cento). Percentual este que, calculado pelo Juízo de Base, equivale a R\$ 36.996,50 (trinta e seis mil, novecentos e noventa e seis reais e cinquenta centavos).

Não se tem dúvida da aplicação a este caso do art. 59, da Lei n.º 8.666/1993, segundo o qual:

Art. 59. A declaração de nulidade do contrato administrativo opera retroativamente impedindo os efeitos jurídicos que ele, ordinariamente, de-

veria produzir, além de desconstituir os já produzidos.

Parágrafo único. A nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa.

Volto a repetir que, se houve abandono da obra, este foi causado pelo Recorrente, o qual deixou de honrar com o compromisso assumido com o contratado.

A rescisão perpetrada ilegalmente pelo Município de Loreto apontou para a contratação de outra Construtora para a conclusão da obra, agora, por dispensa de licitação, fato que não contestado pela Recorrida, a qual deseja apenas ser indenizada pelos serviços prestados e reconhecidos pelo Agente Financiador da Obra.

Nesse sentido, a Jurisprudência Pátria já se posicionou, *verbis*:

ADMINISTRATIVO - PREFEITURA MUNICIPAL - CONTRATO PARA REALIZAÇÃO DE OBRAS MEDIANTE LICITAÇÃO - RESCISÃO POR INTERESSE PÚBLICO - INDENIZAÇÃO - CONTRATAÇÃO DE PESSOAL E AQUISIÇÃO DE MATERIAL - DESPESAS - INDENIZAÇÃO E MULTA DEVIDAS - INTELIGÊNCIA DO DECRETO-LEI 2.300/86. Se, por motivo de interesse público, o Município rescinde contrato celebrado com particular para a realização de obras e tendo este admitido pessoal e adquirido material, deve indenizá-lo, desde a data de sua celebração, computando-se no valor a ser indenizado as despesas com salário e rescisão do pessoal naquele período e a multa contratual de rescisão do contrato entre a empresa e terceiro, para a aquisição do material para início da obra, a qual não veio a se concretizar, nos termos da Lei de Regência. TJMG. Acórdão n.º 1.0000.00.345172-1/000(1). Rel. DORIVAL GUIMARÃES PEREIRA. Data do julgamento: 26.08.2003.

Portanto, não resta dúvida que o Município de Loreto deve

indenizar a Apelada pelos serviços realizados e não pagos, descritos na sentença recorrida.

Do exposto, VOTO, em desacordo com o parecer do Ministério Público, pelo conhecimento e não provimento do recurso de Apelação, mantendo inalterada a sentença de base.

É como voto.

São Luís, 06 de novembro de 2008.

Desa. Maria das Graças de Castro Duarte Mendes
Relatora

TERCEIRA CÂMARA CÍVEL
SESSÃO DO DIA 16 DE OUTUBRO DE 2008
APELAÇÃO CÍVEL Nº. 016289/2006 - PAULO RAMOS

Apelante: Gedeony dos Santos
Advogado: Juraci Bandeira
Apelado: Ministério Público Estadual
Relator: Des. Stélio Muniz

ACÓRDÃO 0767852008

EMENTA

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INFRAÇÃO POLÍTICO-ADMINISTRATIVA. VEREADOR. SENTENÇA CONDENATÓRIA. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO. APELO PROVIDO.

1. Aos agentes políticos, tais como os Vereadores, não se aplicam as regras comuns da Lei de Improbidade Administrativa, submetidos que estão a um regime especial de responsabilidade.
2. Inadequação do procedimento escolhido no qual se busca imputar ao agente político infração prevista no Decreto-Lei n.º 201/67.
3. Extinção do processo sem resolução de mérito por falta de interesse processual do autor, nos termos do art. 267, IV do Código de Processo Civil. Recurso Provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos, ACORDAM os desembargadores,

por votação unânime e em desacordo com o parecer do Ministério Público, em extinguir o processo sem resolução do mérito, nos termos do voto do desembargador relator.

Votaram os senhores desembargadores José Stélio Nunes Muniz, Cleonice Silva Freire e Cleones Carvalho Cunha. Funcionou pela Procuradoria Geral de Justiça a Dra. Iracy Martins Figueiredo Aguiar. Presidiu o julgamento a Des^a. Cleonice Silva Freire.

São Luís, 16 de outubro de 2008.

Desa. Cleonice Silva Freire
Presidente

RELATÓRIO

Trata-se de apelação cível interposta contra sentença proferida pelo MM Juiz de Direito da Comarca de Paulo Ramos que julgou procedente pedido formulado em ação de improbidade administrativa movida pelo Ministério Público em face do apelante justificada pela ausência de prestação de contas à testa da Presidência da Câmara Municipal daquela Urbe.

A sentença apelada condenou o recorrente às seguintes sanções previstas na Lei nº 8.429/92: a) proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 4 anos; b) multa no montante de 8 vezes o valor da remuneração de Presidente da Câmara Municipal.

Em suas razões argüi o apelante a nulidade do decisum por violação ao contraditório e ampla defesa, consubstanciada na ausência de abertura de vistas dos autos para apresentação de alegações finais, assim como de documento do TCE com informações sobre o julgamento profe-

rido naquela Corte. Afirmar que há prova nos autos acerca da regularidade de suas contas, razão pela qual pugna pelo provimento do recurso, a fim de que a sentença seja reformada.

O órgão ministerial, em contra-razões, sustenta que foi decretada a revelia do réu/apelante, não havendo como ser invocada a violação ao contraditório e ampla defesa. Diz que, a ausência de manifestação do recorrente sobre documento do TCE em nada influiu no julgamento da causa, posto que restrita à informação sobre imposição de multa por aquele órgão. Afirmar, ademais, estar provado nos autos que a prestação de contas de responsabilidade do apelante foi apresentada a destempo, caracterizando, assim, ato de improbidade administrativa.

Com vista dos autos, a Procuradoria Geral da Justiça opinou pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

É princípio geral o de que o juiz, conhecedor dos fatos, aplica o direito ao caso concreto. Sendo assim, entendo que o fim almejado pelo Ministério Público Estadual, qual seja, a defesa do interesse público e de princípios constitucionais como o da moralidade administrativa, não poderia, no caso, ser alcançado pela via da ação civil pública, cuja finalidade é a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer.

É que o vereador, na qualidade de agente político, submete-se a normas especiais, não respondendo por ato de improbidade, mas por crime de responsabilidade, tipificado nos arts. 1º e 4º do Decreto-Lei nº 201/67.

O entendimento supracitado decorre, analogicamente, da interpretação conferida ao art. 85, V, da Carta Magna, que diz ser crime de responsabilidade os atos praticados pelo Presidente da República atentatórios à Constituição da República e à probidade na administração.

Ora, se os atos de improbidade praticados pelo Presidente da República no exercício de sua função são reputados crimes de responsabilidade, tal entendimento há de ser aplicado, também, aos demais agentes políticos, igualmente submetidos a regramentos especiais, a exemplo dos prefeitos e vereadores, sujeitos ao Decreto-Lei nº 201/67.

Destarte, assumem a conotação de crime de responsabilidade os atos de improbidade praticados por vereador, elencados no art. 1º do Decreto-Lei nº 201/67, devendo os mesmos ser apurados pela via da ação penal, observador, inclusive, o foro especial para aqueles que o têm. Ressalto que apenas na hipótese de imputação de conduta ímproba a agente público não detentor de foro privilegiado é que será apurado o ilícito perante o juízo singular, mediante a propositura da competente ação civil pública por improbidade administrativa, a exemplo do ocorrido no presente caso.

Esse, aliás, o entendimento que se infere do julgamento da Reclamação nº 2138-DF, publicado no Diário da Justiça de 18.04.2008, na qual restou assentado pelo Supremo Tribunal Federal, que os agentes políticos, por estarem submetidos a regramento especial de responsabilidade, não respondem por improbidade administrativa, prevista na Lei nº 8.429/92.

Igualmente relevante, é a explanação do Superior Tribunal de Justiça, proferida aos 05.09.2006, nos autos do Resp nº 456649.

No julgamento do aludido recurso, à maioria de votos e seguindo a divergência proferida pelo Ministro Luis Fux, entendeu-se que os fatos tipificadores dos atos de improbidade administrativa não podem ser imputados aos agentes políticos (prefeitos e vereadores), salvo mediante a propositura de ação por crime de responsabilidade, visto que, numa concepção axiológica, os crimes de responsabilidade abarcam os crimes e as infrações político-administrativas com sanções penais, deixando apenas ao desabrigo de sua regulação os ilícitos civis, cuja transgressão implica sanção pecuniária. Foi ressaltado, também, que os agentes políticos, por estarem regidos por normas especiais de responsabilidade, não se submetem ao modelo de competência previsto no regime comum da lei de improbidade e, politicamente, a CF/1988 não admite o concurso daqueles

regimes (REsp 456649 / MG RECURSO ESPECIAL 2002/0100074-9; Relator: Ministro Francisco Falcão; Relator para Acórdão: Ministro Luis Fux; 1ª Turma; Julgamento: 05/09/2006; DJ 05.10.2006 p. 237; REVFOR vol. 391, p. 439 RNDJ vol. 84, p. 64).

Pois bem, trazendo-se os entendimentos supracitados para o caso em análise, vejo que os pedidos formulados nos autos da ação civil pública interposta não se amoldam ao procedimento escolhido.

A pretensão do apelado é a imposição, por Juízo Singular, de sanções graves ao apelante, tais como a perda da função, suspensão de direitos políticos pelo prazo de cinco anos, proibição de contratar com o poder público ou de receber benefícios de qualquer natureza, direta ou indiretamente, pelo período de três anos, tudo sem a observância das regras constitucionais aplicáveis aos prefeitos e vereadores, mostrando-se, pois, inidôneo o meio escolhido.

Assim, com base na jurisprudência firmada sobre o tema no âmbito do STF e do STJ, ante a inadequação da via eleita, impõe-se a extinção do processo sem julgamento do mérito pela falta de interesse processual do autor, nos termos do art. 267, IV do Código de Processo Civil.

Ante o exposto, dou provimento ao apelo para extinguir o feito nos termos mencionados.

Sem custas e honorários.

É como voto.

Salas das Sessões da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, em São Luís, 16 de outubro de 2008.

Des. Stélio Muniz
Relator

TERCEIRA CÂMARA CÍVEL
SESSÃO DO DIA 15 DE JANEIRO DE 2009
AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº. 015878/2008 – VIANA

Agravante: Município de Viana
Advogado: Paulyana Buhatem Ribeiro
Agravado: Joseana Silva Serrão
Advogado: Francelino Furtado da Silva Filho
Relator: Des. Stélio Muniz

ACÓRDÃO Nº. 0786382009

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONCURSO PÚBLICO. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA E A TÍTULO PRECÁRIO. CANDIDATA APROVADA. DIREITO À NOMEAÇÃO. RECURSO IMPROVIDO.

1. Não obstante o candidato aprovado em concurso público possua mera expectativa de direito de ser nomeado para cargo para o qual fora aprovado, atualmente, tal regra encontra-se mitigada, notadamente, nos casos em que há preterição da ordem classificatória ou, como na hipótese presente, quando a Administração Pública, mediante contratação temporária e a título precário, preenche referidas vagas, dentro do prazo de validade do certame, em detrimento dos candidatos aprovados, surgindo para estes o direito subjetivo de serem investidos na função do cargo aspirado.

2. Candidata que foi aprovada dentro número de vagas previstas no edital do concurso para o cargo de agente administrativo, tendo a Administração Pública procedido à contratação temporária de servidores para respectiva função, mostrando-se clara a sua preterição e violação aos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência

(art. 37, Caput e inciso II da Carta Magna).

3. Em casos tais, segundo entendimento pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça, ainda que não houvesse a ocupação das funções por servidores contratados, a mera aprovação do candidato, dentro do número de vagas, gera direito subjetivo ao mesmo de ser nomeado, sob pena de violação aos princípios constitucionais a que está submetida a Administração Pública. Nesse sentido: RMS nº 15.945/MG, Relator o Ministro PAULO MEDINA, DJU de 20/2/2006; RMS nº 15.034/RS, Relator o Ministro FELIX FISCHER, DJU de 29/3/2004; e RMS 19467 / SP; Relator: Ministro PAULO GALLOTTI; Órgão Julgador: SEXTA TURMA; Data do Julgamento: 16/09/2008; Data da Publicação/Fonte: DJe 06/10/2008).

4. Recurso improvido para manter a decisão proferida pelo Juízo a quo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos ACORDAM os desembargadores por votação unânime, em desacordo com parecer do Ministério Público, em negar provimento ao agravo, nos termos do voto do desembargador relator.

Votaram os senhores desembargadores José Stélio Nunes Muniz, Cleones Carvalho Cunha e Jaime Ferreira de Araujo.

Funcionou pela Procuradoria Geral de Justiça o Dr. Francisco das Chagas Barros de Sousa.

Presidiu o julgamento o desembargador Cleones Carvalho Cunha.

São Luís, 15 de janeiro de 2009.

Des. Cleones Carvalho Cunha
Presidente

RELATÓRIO

Cuida-se de agravo de instrumento interposto contra decisão proferida nos autos do mandado de segurança impetrado em face do agravante, na qual, em sede de liminar, foi determinado no prazo de cinco dias a contar da ciência da decisão, que se procedesse à nomeação e posse da agravada no cargo de agente administrativa, com os reflexos daí decorrentes.

Em síntese, alega o agravante, que a decisão agravada carece de reforma haja vista que não houve violação à ordem classificatória, restando pacífico o entendimento de que a aprovação em concurso público gera, apenas, expectativa de direito a nomeação.

Entende que a manutenção da decisão agravada prejudica os candidatos que obtiveram classificação melhor que a agravada, razão pela qual deve ser cassada.

Finalmente, sustenta que a nomeação da agravada trará prejuízos à Municipalidade na medida em que representa a inviabilização do provimento de cargos vagos em outros setores que, a critério da administração, apresentam maior carência.

Pede, então, que seja dado provimento ao agravo de instrumento interposto para o fim de cassar a decisão agravada.

Às fls. 95/96, foi indeferido o pedido de efeito suspensivo.

Intimada para oferecer contra-razões, permaneceu silente a agravada.

Com vista dos autos, entendeu a Procuradoria Geral de Justiça pela conhecimento e provimento do feito com vistas à reforma integral da sentença atacada.

É o relatório.

VOTO

O presente recurso deve ser conhecido presentes que se encontram os pressupostos necessários a sua admissibilidade.

No mérito, a matéria já foi submetida à análise por este Órgão Julgador. Na verdade, em matéria de concurso público durante muito tempo vigorou a regra de que o candidato aprovado em concurso público não possuía direito subjetivo de ser nomeado para o cargo, mas, mera expectativa de direito.

Não obstante o entendimento supra, referida regra foi mitigada, notadamente, nos casos em que há preterição da ordem classificatória ou, como na presente hipótese, quando a Administração Pública, mediante contratação temporária, a título precário, preenche tais vagas em detrimento dos candidatos aprovados, dentro do prazo de validade do certame, surgindo para este o direito subjetivo de ser nomeado para a função para a qual foi habilitado em respeito ao art. 37, Caput, e inciso II da Constituição Federal, que determina a obediência por parte do ente administrativo

aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Sobre o tema, assim tem se manifestado o Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

“DIREITO ADMINISTRATIVO - CONCURSO PÚBLICO PARA PROVIMENTO DO CARGO DE ESCRIVÃO. VAGA SURGIDA PELA REMOÇÃO DO PRIMEIRO COLOCADO. COMPROVAÇÃO DO EXERCÍCIO PROVISÓRIO DAS FUNÇÕES PELA CANDIDATA SUBSEQÜENTE. NECESSIDADE DA ADMINISTRAÇÃO DEMONSTRADA. APROVEITAMENTO. DIREITO À NOMEAÇÃO - PRECEDENTES - RECURSO PROVIDO. 1. Esta Corte tem se manifestado no sentido de que, “[...] constatando-se a contratação para preenchimento de vagas em caráter precário, ainda no prazo de validade do concurso, bem como a necessidade perene de preenchimento de vaga e a existência de candidato aprovado em concurso válido, a expectativa se convola em direito líquido e certo”. (RMS 15.602/PR, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 07.12.2004) 2. No caso referente aos autos, a impe-

trante foi designada para exercer as funções do cargo aspirado, do que se infere, portanto, que o exercício provisório das funções atinentes ao cargo vago, pela própria impetrante, antes que exaurido o prazo de validade do concurso, confirmou a nítida necessidade da Administração em ocupá-lo. 3. Recurso provido.” (RMS 16489/PR; RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA nº 2003/0093514-1; Relator(a) Ministro OG FERNANDES; Órgão Julgador: SEXTA TURMA; Data do Julgamento: 28/10/2008; Data da Publicação/Fonte: DJe 10/11/2008).

Ora, conforme se observa dos autos, especificamente às fls. 22/25, procedeu a Administração Pública à contratação temporária de servidores para diversos cargos, dentre estes, o de agente administrativo, função para a qual concorreu a agravada- e foi aprovada dentro do número de vagas previstas no edital do Certame-, mostrando-se clara a sua preterição e violação às normas constitucionais supracitadas.

Outrossim, ainda que não houvesse a ocupação das funções por servidores contratados, a mera aprovação do candidato dentro do número de vagas, como pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça, em recente julgado, gera direito subjetivo ao mesmo de ser nomeado para o cargo para o qual concorreu e foi habilitado.

Nesse sentido os seguintes julgados da Sexta Turma do Egrégio Superior Tribunal de Justiça: RMS nº 15.945/MG, Relator o Ministro PAULO MEDINA, DJU de 20/2/2006; RMS nº 15.034/RS, Relator o Ministro FELIX FISCHER, DJU de 29/3/2004; e RMS 19467 / SP; Relator: Ministro PAULO GALLOTTI; Órgão Julgador: SEXTA TURMA; Data do Julgamento: 16/09/2008; Data da Publicação/Fonte: DJe 06/10/2008).

Destaque-se que, apesar do inegável poder discricionário de que goza a Administração Pública para o preenchimento de cargos, não se pode perder de vista a sua responsabilidade na oferta de vagas em concursos públicos, sob pena de violação aos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

À vista do exposto, nego provimento ao agravo de instrumento

interposto, mantendo-se a decisão proferida pelo Juízo *a quo*.
É como voto.

Sala das Sessões da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça
do Estado do Maranhão, em São Luís, 15 de janeiro de 2009.

Des. Stélio Muniz
Relator

TERCEIRA CÂMERA CÍVEL
SESSÃO DO DIA 29 DE JANEIRO DE 2009
APELAÇÃO CÍVEL N.º 024294/2008 – BARRA DO CORDA

Apelante: Companhia Energética do Maranhão – CEMAR
Advogado: Dr. Fernando Sávio Andrade de Lima
Apelado: Raimundo Nonato de França
Advogados: Drs. Carlos Augusto Moraes e Gracianna Araújo
Medeiros
Relator: Des. Cleones Carvalho Cunha.
Revisor: Des. José Stélio Nunes Muniz

ACÓRDÃO N.º.0789522009

EMENTA

PROCESSO CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. SUPOSTA FRAUDE DETECTADA EM MEDIDOR. COBRANÇA DE DÉBITO. CORTE DE ENERGIA ELÉTRICA E ACUSAÇÃO DE FURTO COMO MEIO DE COAGIR O CONSUMIDOR AO PAGAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. PROCEDIMENTO UNILATERAL DA CONCESSIONÁRIA. DANO MORAL CONFIGURADO. IMPROVIMENTO.

1. Faturas, devidamente pagas, demonstrando que o consumo não sofreu alteração significativa após vistoria e mudança de medidor, afiguram-se provas inequívocas da verossimilhança das alegações do consumidor de que não praticou a imputada fraude;
2. O corte de energia somente é permitido se o inadimplemento estiver relacionado à conta regular, vale dizer, àquela relativa ao mês do consumo. Assim, somente através dos meios ordinários podem ser cobrados os débitos decorrentes de apuração de fraude no medidor. Precedentes do STJ;

3. O dano moral não exige prova, a lesão é ipsa re, bastando, tão-somente, a demonstração do ilícito, detentor de potencialidade lesiva;
4. O Supremo Tribunal Federal vem refutando a vinculação da condenação por danos morais ao salário mínimo, por força do quanto dispõe o art. 7º, IV, da Constituição Federal;
5. Apelação não provida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Desembargadores da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, unanimemente, em negar provimento, nos termos do voto do Desembargador Relator.

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

Funcionou pela Procuradoria Geral de Justiça o Dra. Sâmara Ascar Sauáia.

São Luís, 29 de janeiro de 2009.

Des.Cleones Carvalho Cunha
Presidente/Relator

RELATÓRIO

Companhia Energética do Maranhão – CEMAR, devidamente qualificada, interpôs a presente apelação cível, inconformada com sentença prolatada pelo Juízo da Comarca de Barra do Corda, nos autos da ação cautelar inominada n. 517/2006, movida em seu desfavor por Raimundo

Nonato de França, que, julgando conjuntamente ação cautelar (preparatória) e principal (declaratória e indenizatória – proc. 002/07), declarou inexistente débito oriundo de suposto consumo não registrado e condenou a ora apelante ao pagamento de indenização por danos morais no importe de 20 (vinte salários-mínimos).

Nas razões recursais, a agravante, preliminarmente, sustenta a nulidade da sentença recorrida, porquanto não observados os requisitos constantes do art. 458 do Código de Processo Civil. Sustenta ainda, no intuito de anular o decreto sentencial, satisfatividade da medida cautelar, ao não ter o apelado mencionado a ação principal a ser proposta.

Insurgindo-se contra a omissão do apelado em protestar pela produção de prova pericial e contra o quantum indenizatório fixado, a apelante aduz necessária a comprovação dos danos morais e legítimos o processo administrativo que levou à imposição da multa por consumo não registrado e a suspensão do fornecimento de energia elétrica, pois decorrentes de fraude praticada por consumidor.

A vista disso, requer provimento ao recurso para anular a sentença recorrida ou reformá-la, julgando improcedentes os pedidos articulados na inicial indenizatória.

Recebido o recurso apenas no efeito devolutivo, o apelado apresentou contra-razões, rechaçando os argumentos recursais e pugnando pela manutenção do *decisum* recorrido.

Instada a se manifestar, a Douta Procuradoria Geral de Justiça absteve-se de opinar por entender ausente interesse público hábil a justificar a intervenção ministerial.

É o relatório.

VOTO

O recurso é tempestivo e atende aos requisitos de admissibilidade recursal, razão pela qual dele conheço.

Consoante relatado, a CEMAR pretende anular ou reformar sen-

tença condenatória, proferida pelo Juízo da Comarca de Barra do Corda, quando do julgamento conjunto de ação cautelar inominada preparatória e ação principal respectiva.

Em que pesem os argumentos recursais, razão não assiste à recorrente.

Primeiramente, cumpre-me afastar a preliminar levantada pela apelante, porquanto, esclarecido o motivo da condenação e fundamentada a sentença, não há falar-se em nulidade por descumprimento ao disposto no art. 458 do CPC. Esclareço, por oportuno, que fundamentação lacônica não se confunde com ausência de demonstração do convencimento jurisdicional, pois, embora sucinta, a motivação não é superficial a ponto de vislumbrar eventual nulidade.

Outro argumento recursal que também se afigura descabido é o referente à suposta satisfatividade da medida cautelar, ao argumento de que o apelado não teria discriminado na inicial cautelar a causa petendi da ação que proporia como principal. É que, da leitura da inicial cautelar, atesto a especificação da lide a ser proposta e o respectivo fundamento, conforme se vê das fls. 05/06 e 08, a qual, inclusive, julgada em conjunto com cautelar preparatória, originou o presente recurso.

Quanto ao mérito, tenho que as faturas de fls. 10/11 e 15/16, anexadas à inicial cautelar, nas quais consta também histórico de consumo total faturado – dando conta de que o consumo na unidade consumidora do apelado não sofreu alteração significativa depois a vistoria da CEMAR – demonstram não ter havido irregularidade hábil a ensejar a acusação de furto de energia elétrica, tampouco a legitimar a cobrança da fatura no valor de R\$ 3.109,44 (três mil e cento e nove reais e quarenta e quatro centavos) – constante de memória de cálculos de consumo supostamente não registrado, produzida unilateralmente pela CEMAR (fl. 14).

In casu, não se trata de suspensão do fornecimento de energia elétrica decorrente de inadimplemento do consumidor, como tenta, contraditoriamente, fazer crer a apelante, vez que as faturas relativas ao consumo mensal de energia elétrica encontram-se adimplidas. A afirmada inadimplência, que ensejou a suspensão do fornecimento de energia da

unidade consumidora do apelado, refere-se tão-somente ao não pagamento da fatura afeta ao suposto consumo não registrado.

Decerto que, nos casos de inadimplemento, o Superior Tribunal de Justiça vem se inclinando no sentido de considerar lícita a interrupção do fornecimento de energia elétrica, após prévio aviso, e desde que de acordo com o disposto na Lei nº 8.987/95. Assim, tem considerado, em algumas hipóteses, não ser absoluto o princípio da continuidade dos serviços públicos essenciais, assegurado pelo art. 22 do CDC. Mas essa não é a situação em tela.

Nos casos de débito pretérito decorrente de suposta fraude no medidor, constatada de forma unilateral pela concessionária, onde não há oportunidade para o usuário apresentar defesa, o entendimento acima mencionado tem sido afastado, por completo, haja vista afrontar os mais basilares princípios da legislação consumerista e da Lex Mater. Em tais situações, tem decidido a Corte Superior de Justiça, inviável a interrupção do serviço, como se infere dos seguintes arestos:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. INTERRUÇÃO. PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE DOS SERVIÇOS PÚBLICOS ESSENCIAIS. 1. A Primeira Seção, no julgamento do REsp 363.943/MG (Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 1º.3.2004) pacificou entendimento no sentido de que é lícito à concessionária interromper o fornecimento de energia elétrica se, após aviso prévio, o usuário permanecer inadimplente, a teor do disposto no art. 6º, § 3º, II, da Lei 8.987/95. Desse modo, a continuidade dos serviços públicos essenciais, assegurada pelo art. 22 do CDC, é limitada pelas disposições contidas na Lei 8.987/95, não havendo falar em ilicitude na interrupção do fornecimento de energia elétrica, nos casos de inadimplência do usuário. 2. No entanto, esta Corte tem afastado o entendimento supramencionado nos casos de débito pretérito decorrente de suposta fraude constatada

de forma unilateral pela concessionária no medidor de consumo de energia elétrica, nos quais não há oportunidade para o usuário apresentar defesa. Nesses casos, não havendo prova inequívoca da fraude, bem como controvérsia acerca do valor cobrado, é inviável a interrupção do serviço. Nesse sentido: AgRg no Ag 633.173/RS, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ de 2.5.2005; REsp 772.486/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ de 6.3.2006; REsp 834.954/MG, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 7.8.2006.[...]” (STJ – PRIMEIRA TURMA, Ag. Rg. no Ag. 752292/RS, rel. Min^a. Denise Arruda, DJ. 04.12.2006)

ADMINISTRATIVO – SERVIÇO PÚBLICO CONCEDIDO – ENERGIA ELÉTRICA – INADIMPLÊNCIA.
[...]

6. Hipótese em que não há respaldo legal para a suspensão do serviço, pois tem por objetivo compelir o usuário a pagar multa por suposta fraude no medidor e diferença de consumo apurada unilateralmente pela Cia de Energia.

7. Recurso especial improvido.

(REsp 793422/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 03.08.2006, DJ 17.08.2006 p. 345);

ADMINISTRATIVO - CONTRATO DE FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA - FRAUDE NO MEDIDOR - MARCAÇÃO A MENOR DO EFETIVO CONSUMO - SITUAÇÃO DE ADIMPLÊNCIA - IMPOSSIBILIDADE DE CORTE DO FORNECIMENTO.

1. A Segunda Turma, na assenta de 13 de fevereiro de 2007, no julgamento do REsp 633.722/RJ, de relatoria do Min. Herman Benjamin, entendeu que não sendo o caso de discussão a respeito da energia elétrica ordinariamente fornecida, estando o consumidor em situação de inadimplência, impossível a suspensão do fornecimento de energia como forma de obrigar o consumidor ao pagamento, reconhecendo as condições técnicas unilaterais para apuração da fraude.

2. In casu, verifica-se dos autos que houve suspensão do fornecimento de energia elétrica após constatação de fraude no medidor, ocasionando um prejuízo à concessionária no valor de R\$ 5.949,44 (cinco mil novecentos e quarenta e nove reais e quarenta e quatro centavos).

3. Impossível o corte do fornecimento de energia elétrica no caso sub examen, sendo necessário procedimento ordinário de cobrança para créditos decorrentes de apuração de fraude no medidor. Recurso especial provido, para retomar o fornecimento de energia elétrica (REsp 962.631/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 04.09.2007, DJ 19.09.2007 p. 261).

ADMINISTRATIVO. ENERGIA ELÉTRICA. FRAUDE NO MEDIDOR. PERÍCIA UNILATERAL. DÍVIDA CONTESTADA JUDICIALMENTE. INTERRUPTÃO NO FORNECIMENTO. ILEGALIDADE.

[...]

3. Contestada em juízo dívida apurada unilateralmente e decorrente de suposta fraude no medidor do consumo de energia elétrica, há ilegalidade na interrupção no fornecimento de energia elétrica, uma vez que esse procedimento configura verdadeiro constrangimento ao consumidor que procura discutir no Judiciário débito que considera indevido.

4. “Tornado o débito litigioso, o devedor não poderá sofrer nenhuma retaliação por parte do credor” (AgA 559.349/RS, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJU de 10.05.04).

5. Recurso especial provido.

(REsp 834954/MG, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 27.06.2006, DJ 07.08.2006 p. 213) – (destaquei)

É que não se está discutindo a energia ordinariamente fornecida, até porque o apelante está adimplente. O alegado débito não é fruto de não pagamento de fatura mensal, mas de suposta diferença entre o que foi utilizado efetivamente e o que teria ficado constatado no medidor. Diante

disso, a discussão sobre o valor da diferença deveria ser posta e dirimida em procedimento próprio, afigurando-se indevida a forma coercitiva do corte de energia.

Deve-se valer a concessionária de serviço público dos meios ordinários de cobrança e não da interrupção do fornecimento de energia elétrica. In casu, pretende a CEMAR utilizar-se do instrumento do corte de energia para forçar o apelado a reconhecer a conclusão a que chegou unilateralmente.

A reclamada supressão da energia elétrica pela CEMAR também encontra óbice no art. 42 do CDC, o qual proíbe a exposição do consumidor ao ridículo e obsta qualquer tipo de constrangimento ou ameaça, em situações como a ora analisada, extrapolando o referido ato, portanto, os limites da legalidade.

Vale dizer, ademais, que problemas de ordem técnico-operacional com aparelho de medição (se é que houve), não são de competência do proprietário do imóvel, mas sim da empresa responsável pelo fornecimento de energia elétrica, que é obrigada por lei a prestar serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, porque determinado pelo art. 6º, da Lei n. 8.987/95, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, repetido pelo art. 95 da Resolução n. 456/2000. Transcrevo:

Art. 6º. Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

§1º. Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

Serviços públicos essenciais, como é o caso do fornecimento de energia elétrica, não podem sofrer descontinuidade, salvo quando houver inadimplência do usuário, ou quando razões de ordem técnica ou de segurança o exigir – circunstâncias não verificadas no caso dos autos. É o

que dispõe o artigo 6º, § 3º, da Lei n. 8.987/95. *Verbis*:

Art. 6º. [...]

[...]

§ 3º - Não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso, quando:

I - motivada por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações; e

II - por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade.

Evoco, por fim, princípio inserto no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, segundo o qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Vejo dos autos que, ao transcrever o art. 155, §3º, do Código Penal, na notificação endereçada ao apelado (fl. 51), a CEMAR acusa-o de “furto de energia” antes mesmo de oportunizar-lhe o contraditório, também garantia constitucional (CF, art. 5º, LV).

Ora, a própria CEMAR afirmou, mediante depoimento de sua preposta, perante a autoridade judicial que “não pôde identificar quem colocou o jump” no medidor de energia vistoriado, e que a perícia foi realizada unilateralmente pela concessionária, não sabendo informar sequer se foi dada oportunidade ao apelado de contratar técnico para acompanhar a vistoria (fl. 46/47). Não obstante, imputou deliberadamente ao consumidor/apelado a responsabilidade pelo consumo supostamente não registrado, suspendendo-lhe o fornecimento de energia elétrica.

Convém esclarecer também que a prova efetiva do dano moral prescinde de demonstração, bastando a existência do ilícito e do nexo de causalidade, para que a responsabilidade se perfeça e a reparação seja devida. Sobre a temática, colhem-se os seguintes arestos colhidos do Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

[...] 5. O entendimento jurisprudencial desta Corte é no sentido de que a prova do dano moral se satisfaz, em de-

terminados casos, com a demonstração do fato externo que o originou e pela experiência comum. [...] (REsp 204.825/RR, Rel. Ministra LAURITA VAZ, 2ª Turma, julgado em 17.09.2002, DJ de 15.12.2003, p. 245)

[...] não há falar em prova do dano moral, mas, sim, na prova do fato que gerou a dor, o sofrimento, sentimentos íntimos que o ensejam. (REsp 318.099/SP, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, 3ª Turma, julgado em 06.12.2001, DJ de 08.04.2002, p.211)

[...] Dispensa-se a prova de prejuízo para demonstrar ofensa ao moral humano, já que o dano moral, tido como lesão a personalidade, ao âmago e a honra da pessoa, por vezes é de difícil constatação, haja vista os reflexos atingirem parte muito própria do indivíduo - o seu interior". (REsp 85.019/RJ, 4ª Turma, Rel. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, DJ 18.12.98, p. 358).

São três os elementos configuradores do dever de indenizar: dano, culpa e nexa causal. Não surgirá a obrigação em indenizar acaso ocorra inimputabilidade do agente ativo, inculpabilidade por vontade viciada em decorrência de erro ou violência, interrupção do nexa causal por caso fortuito, força maior ou culpa exclusiva da vítima, estado de necessidade, legítima defesa, exercício regular de um direito ou cumprimento de um dever legal, e quando houver consentimento da vítima.

Na situação em causa, o dano está plenamente caracterizado. O nexa causal, ou seja, a relação entre a causa e seu respectivo efeito, reside precisamente na vinculação entre as indevidas cobrança e suspensão do fornecimento de energia e o abalo moral causado. No que tange à culpa, despidiendola a demonstração, sendo por demais esclarecedora a transcrição do §6º do art. 37 da CF, *in verbis*:

CF. Art. 37. [...]

[...]

§ 6º. As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão

pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Estando, pois, presentes os elementos da responsabilidade objetiva e não havendo a recorrente comprovado a ocorrência de qualquer das excludentes de responsabilidade, inevitável se mostra a condenação da CEMAR ao pagamento da indenização pretendida pelo apelado.

Por fim, em respeito à expressa vedação constitucional (CF, art. 7º, IV), a qual prevê que o quantum indenizatório não pode ser vinculado ao salário-mínimo, procedo à conversão, de ofício, do valor arbitrado, a título de indenização por danos morais, e fixado em 20 (vinte) salários-mínimos, para o importe de R\$ 8.300,00 (oito mil e trezentos reais), porquanto, à época da sentença (maio de 2008), o valor do salário-mínimo correspondia a R\$ 415,00 (quatrocentos e quinze reais), ressaltando que tal importância deverá ser corrigida monetariamente da data da prolação da sentença, e acrescida de juros moratórios (1% a.m), incidentes a partir da data da citação, por tratar o caso dos autos de responsabilidade contratual, conforme entendimento pacífico do STJ (cf. EDRESP 200600740462 – (846189 RS) – 4ª T. – Rel. Min. Jorge Scartezini – DJU 05.02.2007 – p. 257; REsp 173190/SP, Rel. Min. BARROS MONTEIRO, CJU 13.12.2005; entre outros).

Ressalto ainda que o referido quantum está de acordo com os critérios de razoabilidade e prudência que regem mensurações dessa natureza, não justificando, pois, a excepcional intervenção desta Corte para revê-lo. Afinal, ao Tribunal compete redefinir ou alterar condenação por danos morais quando se apresenta desarrazoada, isto é, fixada em quantidade ínfima ou exagerada – o que não é o caso dos autos.

É que o valor deve ter o condão de desestimular a reincidência da prática ofensiva. As Câmaras Cíveis Reunidas deste Egrégio Tribunal de Justiça já se posicionaram nesse sentido:

CIVIL – INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS –
FIXAÇÃO DO VALOR INDENIZATÓRIO – CARÁTER

DÚPLICE – MATÉRIA A SER EXAMINADA – AD-
STRIÇÃO À DIVERGÊNCIA – Os danos morais são
fixados pelo juiz de acordo com sua livre convicção e
bom senso, levando-se em consideração que a indeniza-
ção deve possuir um caráter punitivo e compensatório,
sem que signifique o enriquecimento do ofendido em
detrimento do ofensor e deve ter como critérios a inten-
sidade e a gravidade do dano causado, a repercussão da
ofensa e a posição social e econômica das partes. [...].
(TJMA – EI 085612000 – (34.200/2001) – C.Cív.Reun. –
Rel^a Des^a Cleonice Silva Freire – J. 16.03.2001)

Na espécie, o STJ vem dando seus exatos delineamentos, con-
forme se vê dos seguintes arestos:

CIVIL. AGRAVO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO.
DANO MORAL. REDUÇÃO DO VALOR DA INDEN-
IZAÇÃO. - Tendo sido o valor fixado, moderadamente,
a título de indenização por dano moral, não há alteração
a ser feita. - Negado provimento ao agravo. (STJ, Ag
579341/RS, Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi
j. 14.06.2004, DJ 28.06.2007, p. 318).

* * *

AGRAVO INTERNO. AGRAVO DE INSTRUMENTO.
RESPONSABILIDADE CIVIL. INSCRIÇÃO
INDEVIDA NO SERASA. VALOR DA INDENIZA-
ÇÃO. PADRÃO DE RAZOABILIDADE. REDUÇÃO.
DESCABIMENTO. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL.
SÚMULA 83/STJ. I - Fixado o valor da indenização por
danos morais dentro de padrões de razoabilidade, faz-se
desnecessária a intervenção deste Superior Tribunal, de-
vendo prevalecer os critérios adotados nas instâncias de
origem. II - Refletindo o acórdão recorrido a orientação
jurisprudencial assentada no âmbito desta Corte sobre
a matéria, inviável se mostra o conhecimento do espe-
cial, pelo dissídio, ante o óbice da Súmula 83/STJ. III
-Agravo a que se nega provimento. (STJ, Ag 458686/PR,
Terceira Turma, Rel. Min. Castro Filho, j. 16.12.2003, DJ
10.02.2004, p. 248).

Do exposto, nego provimento à apelação cível, mantendo a sentença de primeiro grau proferida. Contudo, de ofício, procedo à conversão do valor arbitrado, a título de indenização por danos morais, e fixado em 20 (vinte) salários-mínimos para R\$ 8.300,00 (oito mil e trezentos reais), o qual deverá ser corrigido monetariamente da data da prolação da sentença, e acrescidos de juros moratórios (1% a.m), incidentes a partir da data da citação, por tratar o caso dos autos de responsabilidade contratual.

É como voto.

Sala das Sessões da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, em São Luís, 29 de janeiro de 2009.

Des. Cleones Carvalho Cunha
Relator

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL
SESSÃO DO DIA 16 DE FEVEREIRO DE 2009.
APELAÇÃO CRIMINAL Nº. 021698/2008 - AÇAILÂNDIA

Apelante: Darley Sousa Brito
Advogado: Israel de Oliveira e Silva
Apelado: Ministério Público Estadual
Promotor: Marco Aurélio Ramos Fonseca
Relator: Des. José Joaquim Figueiredo dos Anjos
Revisor: Des. Lourival de Jesus Serejo Sousa

ACÓRDÃO Nº. 0793462009

EMENTA

PENAL. PROCESSUAL. LESÕES CORPORAIS GRAVES. COM-
PROVAÇÃO. APELAÇÃO CRIMINAL.

1. Não carece de fundamentação a sentença condenatória que, em percuciente análise da hipótese, faz expressa referência ao conjunto fático-probatório dos autos, sopesando corretamente a prova em Juízo produzida.
2. Devidamente comprovadas a autoria e a materialidade do crime, a condenação do autor é medida que se impõe.
3. Apelação Criminal conhecida e parcialmente provida, apenas para reajustar a dosimetria da pena e o regime prisional, equivocadamente fixados em primeiro grau.

ACÓRDÃO

ACORDAM os Desembargadores da Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, por unanimidade de

votos e de acordo com o parecer Ministerial, adequado em banca, em dar parcial provimento ao Recurso, tão somente para reajustar o cálculo da pena, nos termos do voto do Desembargador Relator.

Votaram neste julgamento os Senhores Desembargadores José Joaquim Figueiredo dos Anjos, Lourival de Jesus Serejo Sousa, Milson de Souza Coutinho.

Funcionou pela Procuradoria de Justiça o Dr. José Argôlo Ferrão Coêlho.

São Luis, 16 de fevereiro de 2009.

Des. Lourival de Jesus Serejo Sousa
Presidente

RELATÓRIO

Apelação Criminal interposta por Darley Sousa Brito, em face da sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da Primeira Vara Criminal da Comarca de Açailândia, que o condenou à pena de 4 (quatro) anos e 3 (três) meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais 10 (dez) dias-multa, por infração ao art. 129, § 9º, da Lei Substantiva Penal.

A defesa reclama ilegalmente exacerbada a pena, porque supostamente proferida sem que devidamente observadas as circunstâncias judiciais previstas no art. 59, daquele mesmo Diploma Legal, mormente o fato de tratar, a hipótese, de acriminado primário e sem antecedentes, com residência fixa e ocupação lícita.

Nesse contexto, afirma que “o juízo a quo cingiu-se somente às circunstâncias e conseqüências do crime no estabelecimento da pena-base, deixando à margem a valoração das circunstâncias judiciais quanto à personalidade, antecedentes, conduta social e primariedade, estabelecendo uma pena por demais gravosa, excessivamente elevada diante da conjuntura” (fl. 163).

Sustenta, ainda, inaplicável à espécie o regime prisional fechado, imposto pelo MM. Juízo de base, pelo que pede seja a pena-base fixada em seu patamar mínimo, e ao depois substituída por restritiva de direitos, na forma de prestação de serviços à comunidade.

Alternativamente, pede seja fixada “pena equilibrada, de acordo com as circunstâncias subjetivas e objetivas do presente caso, determinando o cumprimento da pena em regime adequado às circunstâncias judiciais do Sr. Darley Sousa Brito” (fl. 165).

Contra-razões pelo PARQUET de base às fls. 171 USQUE 174, pela integral confirmação do édito condenatório.

Parecer ministerial da lavra do d. Procurador de Justiça, Dr. José Argôlo Ferrão Coêlho às fls. 191 USQUE 197, opinando seja negado provimento ao Apelo.

É o Relatório.

VOTO

Senhores Desembargadores, d. representante do Órgão do PARQUET, presentes os pressupostos genéricos e específicos do apelo, passo ao exame do mérito respectivo.

Inicialmente, observo disparado, o Recurso, exclusivamente contra a dosimetria da pena, aqui dita ilegalmente exacerbada. Não obstante, e em atenção ao efeito devolutivo inerente aos casos de Apelação Criminal, registro efetivamente comprovada, na hipótese, a materialidade do crime, consoante dão conta o Laudo de Exame de Corpo de Delito de fls. 20/20v e 22/22v, o atestado médico de fl. 35, a declaração de fl. 36, o relatório de exame médico de fl. 38.

A autoria delitiva restou também comprovada pela prova testemunhal produzida, uníssona quanto ao calvário a que submetida a vítima, contra tal ademais não se insurgindo a defesa, que ora pretende, tão-somente, ver reajustada a resposta penal atribuída ao caso concreto.

Isto posto, passo ao exame da dosimetria da pena, assim calculada pelo MM. julgador de base, *VERBIS*:

“Atendendo aos ditames do artigo 59 do Código Penal, observo em rigor que o réu é primário, sem antecedentes; quanto à personalidade, deixo de valorar, por falta de elementos. Conduta social boa; culpabilidade altamente reprovável pela prática reiterada de espancamento; os motivos do crime são de todos desfavoráveis ao acusado, vez que fúteis, o que configura uma circunstância agravante, razão pela qual deixo para ser valorada na próxima fase da dosimetria, para evitar incorrer em ‘bis in idem’; a vítima nada contribuiu para o crime; assim, considerando ainda as circunstâncias em que o crime ocorreu devido ao estado de embriaguez da vítima, sem possibilidade de reação e as conseqüências que foram graves, resultando perigo de vida à vítima, conforme se extrai do corpo de delito fls. 138, fixo a pena-base em 03 (três) anos de reclusão, e o pagamento de 10 (dez) dias-multa, cada um no equivalente a 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato delituoso.

Presença de circunstâncias agravantes previstas no artigo 61, II, ‘a’ (por motivo fútil ou torpe), e ‘f’ (com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma da lei específica) do Código Penal, acresço a pena em 1/6 para cada agravante, montando em 04 (quatro) anos de reclusão.

Presença ainda de causas de aumento de pena, de acordo com o artigo 129, §§ 9º e 10º do Código Penal (nos casos previstos nos §§ 1º a 3º deste artigo, se as circunstâncias são as indicadas no § 9º deste artigo, aumenta-se a pena em um terço), acresço a pena em 1/3, montando, em definitivo, 04 (quatro) anos e 03 (três) meses de reclusão e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, cada um no equivalente a 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato delituoso, devendo ser recolhido ao Fundo Penitenciário.

Com supedâneo do quanto estatuído no artigo 33, § 2º, ‘b’, e 3º, do Código Penal, e levando-se em conta as circunstâncias desfavoráveis constantes do artigo 59, da Lei Penal, determino que o réu inicie o cumprimento da pena privativa de liberdade anteriormente dosada em regime fechado, no Complexo Penitenciário de Pedrinhas, em São Luís – Maranhão.

Não obstante o prazo da pena a ser cumprida, e o fato de o réu não ser reincidente, verifico não ser cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, tendo em conta as circunstâncias e os motivos do crime indicarem ser a medida suficiente” (fls. 156/157).

A dosimetria da pena, tenho, está a merecer efetivo reparo. Isto porque, das circunstâncias judiciais consideradas quando da fixação da pena-base, três delas (anteriores, personalidade e conduta social) não podem ser ditas desfavoráveis ao acriminado. Em assim sendo, tenho, a prevalência de circunstâncias desfavoráveis não basta, por si só, a determinar a fixação da pena de logo em seu grau máximo.

Ora, cediço que o Juiz detém poder discricionário para fixar a pena, mas haverá que fazê-lo dentro dos limites que lhe impõe a Lei, evitando, assim, a prática de indevida arbitrariedade. Desta forma, certo que a presença de uma circunstância desfavorável admite seja a reprimenda dosada além de seu mínimo, menos certo não é que, constatada a alternância entre circunstâncias salutares e nocivas, ao julgador cumprirá dosar a resposta penal com sobriedade e equilíbrio.

Assim é que, verificando efetivamente primário e sem antecedentes o acriminado, ora apelante, passo à análise das demais circunstâncias judiciais imprescindíveis à correta dosimetria da pena que, a teor de expressa disposição legal, haverá que variar de 3 (três) meses a 3 (três) anos de detenção:

A culpabilidade do acriminado desponta extrema, na medida

em que, consoante dão conta os autos, o apelante teria submetido a vítima a verdadeira sessão de tortura, agredindo-a aos socos e pontapés, arrastando-a pelos cabelos, chegando a pisar em seu rosto e, ao depois, esfregar-lhe aquele no asfalto. Consta, ainda, que a vítima chegara a implorar, de joelhos, que o acriminado cessasse o ataque, ocasião em que empurrada e novamente agredida, quando já caída ao chão, esvaindo-se em sangue.

Os depoimentos prestados em juízo foram uníssonos em demonstrar, detalhe por detalhe, os requintes de crueldade a que submetida a vítima. Os motivos do crime, ao que se tem, foram de todos desfavoráveis ao ora recorrente, porquanto deflagrado o evento criminoso simplesmente porque a vítima teria, em dado momento, cumprimentado um amigo sentado em mesa outra, no mesmo bar em que vítima e acusado se encontravam. A vítima, ressalte-se, em nada contribuiu para com os fatos. Ao contrário, porque embriagada e sem possibilidade de reação ou defesa.

Finalmente, as conseqüências do crime resultaram graves, porque afastada de suas funções laborais por mais de 60 (sessenta) dias a vítima, que precisara deslocar-se até esta Capital em busca de socorro médico, aí incluído o tratamento cirúrgico necessário à reparação de sua face e maxilar, fraturado em razão dos golpes por ela sofridos.

Com isto em mente, tenho por mais adequada a resposta penal fixada acima do mínimo legal, sim, mas não em seu máximo, ante à presença de circunstâncias judiciais a ele também favoráveis.

Sob tal prisma, devo dizer que reformo a sentença, mas o faço, tão-somente, porque frontalmente divergente do texto legal, reconhecendo, por inafastáveis, a gravidade e a repugnância dos fatos narrados.

Assim, fixo a pena-base em 2 (dois) anos de detenção, mantendo a pena pecuniária em seu mínimo legal de 10 (dez) dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos, porque assim fixada pela origem. Isto porque também aqui equivocou-se o Magistrado, a quem cumpria, ao majorar a pena-base, aplicar, quanto à multa, o critério da proporcionalidade. Não o tendo feito, porém, e porque exclusivo da

defesa o recurso, a este Tribunal não é dado alterar para pior a reprimenda, pena de odioso REFORMATIO IN PEJUS.

Inexistem atenuantes. Seguindo com a reprimenda, reconheço presente a agravante inserta no art. 61, II, “a”, da Lei Substantiva Penal, porque efetivamente fútil o motivo do crime. Afasto, porém, a agravante prevista na alínea “f” daquele mesmo dispositivo (violência contra a mulher), porque configuradora, no particular, de evidente e vedado BIS IN IDEM: condenado o aqui apelante, à constatação de que por ele praticado crime contra a mulher, na forma da Lei nº 11.340/2006, ao julgador não era dado aumentar a pena porque, igualmente, praticado o crime com violência contra a mulher.

Em hipótese análoga, adverte o eg. Superior Tribunal de Justiça, *LITTERIS*:

“(...)Não se admite o bis in idem configurado na sentença condenatória, pois, na fixação da pena-base, além de considerar as relações domésticas para elevar a pena na segunda fase da dosimetria, ainda utilizou o mesmo critério para majorar a reprimenda como circunstância especial de aumento de pena.”

(...)

(HC 47623/PB, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ em 01/02/2006)

Assim, considerando tão-somente a agravante afeta ao motivo fútil, elevo em 1/6 (um sexto) a pena, quantidade essa adotada, por cada agravante, em primeiro grau, totalizando 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de detenção. Fica mantida a pena pecuniária, pelas razões já expostas, em 10 (dez) dias-multa.

Presente, por fim, causa de aumento de pena, consoante o determina o art. 129, § 10º, da Lei Substantiva Penal, a demandar seja a reprimenda majorada em 1/3 (um terço), quando verificadas quaisquer das situações previstas nos §§ 1º e 3º daquela mesma norma (IN CASU, incapacidade para as ocupações habituais, por mais de trinta dias, e perigo de vida), aumento a pena no patamar precitado, totalizando 3 (três)

anos e 1 (um) mês de detenção, mais 10 (dez) dias-multa, pena essa que torno definitiva, à falta de causa outra a modificá-la.

O regime para cumprimento da pena será o inicial semi-aberto, vez que não atentou o Magistrado de base que os crimes como o dos autos são apenados com detenção, e não reclusão.

Finalmente, rejeito, por improcedente, a pretensão, na parte em que pretende ter convertida a pena privativa de liberdade em restritiva de direito, porque vedada, a teor do art. 44, I, da Lei Substantiva Penal, quando praticado o crime com violência à pessoa.

Tudo considerado, conheço da Apelação e dou-lhe parcial provimento, nos termos da fundamentação supra, tão-somente para reajustar o cálculo da pena.

É como voto.

São Luís, 16 de fevereiro de 2009.

Des. José Joaquim Figueiredo dos Anjos
Relator

SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL
SESSÃO DO DIA 18 DE DEZEMBRO DE 2008
APELAÇÃO CRIMINAL Nº. 016772/2008 - GOV. NUNES FREIRE

Apelante: Paulo Carneiro da Luz
Advogado: Dr. Kleberson Mota de Paiva
Apelado: Ministério Público Estadual
Promotor de Justiça: Dr. Paulo José Miranda Goulart
Relator: Des. José Bernardo Silva Rodrigues
Membro designado
para lavrar acórdão: Des. Raimundo Nonato de Souza
Revisora: Desa. Maria dos Remédios Buna Costa
Magalhães

ACÓRDÃO Nº. 0783912008

EMENTA

PROCESSO PENAL – PENAL – APELAÇÃO CRIMINAL – ROUBO MAJORADO – PRELIMINAR DE INTEMPESTIVIDADE – ACOLHIDA – RECURSO INTERPOSTO APÓS O PRAZO LEGAL – ARTIGO 593 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – NÃO CONHECIMENTO.

1. A sentença condenatória fora prolatada no dia 04.12.2007, tendo o ora Apelante e seu advogado sido intimados no dia 12.12.2007, conforme certidões judiciais de fls. 180, 183-v e 186-v. Desta forma, nos termos do artigo 593, do Código de Processo Penal, o prazo para interposição de recurso de Apelação Criminal é de 05 (cinco) dias e, considerando que o recurso em questão fora protocolado somente no dia 20.12.2007 (fls. 187), percebe-se restar intempestivo o recurso, não devendo ser conhecido.

2. Não conhecimento do recurso de Apelação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal, em que são partes as acima nominadas, ACORDAM os Senhores Desembargadores da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, por maioria, contra o voto do Desembargador Relator que rejeitou a preliminar argüida, os Desembargadores Raimundo Nonato de Souza e Maria dos Remédios Buna Costa Magalhães, de acordo com o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça, acolheram a preliminar de intempestividade, nos termos do voto do Desembargador Raimundo Nonato de Souza.

VOTO-VISTA

Insurge-se o Apelante contra a sentença proferida pelo MM Juiz de Direito da Comarca de Governador Nunes Freire/MA, que o condenou a pena de 06 (seis) anos de reclusão e 75 (setenta e cinco) dias-multa, por infração ao artigo 157, parágrafo 2º, incisos I e II, do Código Penal.

PRELIMINAR DE INTEMPESTIVIDADE DO RECURSO

Primeiramente, quanto a preliminar a intempestividade suscitada pela Procuradoria Geral de Justiça, merece ser acolhida, uma vez que a sentença condenatória fora proferida no dia 04.12.2007, tendo o ora Apelante e seu advogado sido intimados no dia 12.12.2007, conforme certidões judiciais de fls. 180, 183-v e 186-v. Desta forma, nos termos do artigo 593, do Código de Processo Penal, o prazo para interposição de recurso de Apelação Criminal é de 05 (cinco) dias e, considerando que o recurso em questão fora protocolado somente no dia 20.12.2007 (fls. 186-v e 187), percebe-se restar intempestivo o recurso, não devendo ser conhecido.

A Segunda Câmara do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão possui o seguinte entendimento sobre o assunto:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO
CRIMINAL. INTEMPESTIVIDADE. NÃO
CONHECIMENTO. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA.

RECONHECIMENTO DE OFÍCIO. MODIFICAÇÃO DO REGIME DE PENA. 1. É intempestivo o recurso de apelação interposto fora do quinquídio legal, conforme interpretação do art. 593, caput, CPP. 2. A contagem do prazo para a interposição da apelação corre da intimação ou do dia em que a parte toma ciência inequívoca da sentença (CPP, art. 798, § 5º, a e c), excluindo-se o dia do começo, computando-se, entretanto, o dia do vencimento. 3. Embora intempestivo o recurso, se houver matéria de ordem pública, concernente a um direito inarredável do apenado, deve o juízo ad quem reconhecê-lo de ofício. 4. Se a autoridade judicial que sentenciou o feito reconhece como favoráveis ao réu as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, fixando a pena em seu patamar mínimo, não pode impor a este um regime mais gravoso do que o previsto em lei, salvo se houver fundamentação idônea. 5. apelação não conhecida por ser intempestiva, mas com modificação de ofício por haver matéria de ordem pública concernente à mudança de regime de pena a ser cumprida pelo réu. (TJ/MA. Apelação Criminal nº 7307/2008. 2ª Câmara Criminal. Relator Des. Jaime Ferreira de Araújo. Julgamento dia 09.07.2008).

APELAÇÃO - PENAL E PROCESSO PENAL - CRIME DE TRÁFICO DE DROGA - RECURSO INTERPOSTO FORA DO PRAZO LEGAL - CARACTERIZAÇÃO DA INTEMPESTIVIDADE - Quando da análise dos autos verificarmos que o recurso interposto foi ajuizado a destempo, principalmente quando tal comprovação se faz ratificada por certidão anexada no feito, a intempestividade há que imperar, no sentido de não ser conhecido o pleito recursal. - Recurso não conhecido. (TJ/MA. Apelação Criminal nº 1060/2008. Relatora Desa. Maria dos Remédios Buna Costa Magalhães. Julgamento dia 24.04.2008).

Isto posto, e de acordo com o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça, acolho a preliminar de intempestividade e NÃO CONHEÇO DO RECURSO DE APELAÇÃO.

É como voto.

Sala das Sessões da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, em São Luís, 18 de dezembro de 2008.

Participaram do julgamento os Senhores Desembargadores MARIA DOS REMÉDIOS BUNA COSTA MAGALHÃES (Presidenta), RAIMUNDO NONATO DE SOUZA (Membro) e JOSÉ BERNARDO SILVA RODRIGUES (Relator).

Funcionou pela Procuradoria Geral de Justiça a DRA. REGINA MARIA DA COSTA LEITE.

Des. Maria dos Remédios Buna Costa Magalhães
Presidenta

Des. Raimundo Nonato de Souza
Membro designado para lavrar acórdão

VOTO VENCIDO

RELATÓRIO

PAULO CARNEIRO DA LUZ foi condenado à pena de 06 (seis) anos de reclusão e 75 (setenta e cinco) dias-multa, a ser cumprida, em regime inicialmente semi-aberto, como incurso nas penas do art. 157, § 2º, I e II do Código Penal, conforme o que consta da sentença prolatada nos Autos da Ação Penal nº 319/07, do juiz de direito da Comarca de Governador Nunes Freire (MA).

Inconformado, interpõe Apelação (fls. 187/191), pretendendo o reconhecimento de sua absolvição ou a diminuição de sua pena para o mínimo legal e a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, por preencher os requisitos estipulados no art. 44,

do Código Penal.

Para tanto, argumenta que o autor da prática delituosa foi o indivíduo Jackson Costa Marques, argüindo, ter sido apenas “instrumento”, afirmando que, em nenhum momento a própria vítima informa qualquer ato de violência de sua parte.

O Ministério Público apresentou contra-razões (fls. 193-197), rebatendo os argumentos do Apelante, afirmando estarem comprovadas a materialidade e a autoria do delito, sendo impossível a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direito. No entanto, admite a diminuição da pena, por entender que a participação do Apelante, na prática delituosa, foi de menor importância, nos termos do art. 29, § 1º, do CPB, pugnando pelo provimento parcial do recurso.

A Procuradoria Geral de Justiça, em parecer de fls. 214-221, da lavra da Dra. Regina Maria da Costa Leite, manifestou-se pelo não conhecimento do recurso, por sua intempestividade ou, se assim não for entendido, pelo provimento parcial do mesmo, para que a pena seja diminuída, como estabelece o art. 29, § 1º, do Código Penal.

É o relatório.

VOTO

Enfrentando a preliminar de intempestividade do recurso, vale ressaltar que o Apelante e seu Advogado (José Magno Pearce Siqueira) foram intimados da sentença no dia 12.12.2007, conforme o que consta às fls. 180 e 184verso, dos autos. Ocorre, entretanto, que no dia 17.12.2007, último dia do prazo, o novo Advogado constituído (Kleber Mota Paiva), ingressou nos autos, com a petição de fls. 185-186 pedindo sua habilitação, interpondo a Apelação, no dia 20.12.2007.

De plano poder-se-ia ter o recurso por intempestivo. Contudo, com a devida vênia, aflinge-me o espírito, algumas questões que saltam dos autos: o princípio da preclusão, de natureza meramente instrumental, em confronto com princípios maiores como a razoabilidade, a jus-

tiça – de natureza material; privilegiando a aplicação pura e simples do texto legal; em detrimento da finalidade precípua da atividade jurisdicional; da finalidade do recurso; do princípio da ampla defesa; do duplo grau de jurisdição e também do princípio da economia processual.

Questões que brotaram dos autos, quando o *dominus litis* admitiu em primeiro e segundo grau, o direito do Apelante a substancial diminuição de pena, a modificar, inclusive, o regime inicial de seu cumprimento.

De início, espanta-me sobrepor o princípio da preclusão, de caráter meramente instrumental, ao direito material ofendendo a própria justiça, desiderato maior do ordenamento jurídico, como o estabelecimento da pena “conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime” (CP, art. 59, *in fine*).

Observe-se bem! Segundo as provas dos autos, o Apelante estava em sua moto e foi convidado pelo outro réu a seguirem até a estrada entre os municípios de Maranhãozinho e Governador Nunes Freire. Encontrando as vítimas, o réu Jackson Costa Marques determinou que o Apelante parasse. Então Jackson desceu, sacou do revólver, agrediu uma das vítimas e tomou-lhe a moto, indo embora. O Apelante apenas conduziu Jackson. Nenhuma palavra, nenhum ato quando do assalto, tendo indiscutivelmente direito à diminuição substancial de sua pena, não sendo razoável nem justa sua condenação de forma igual à de Jackson.

Por conseguinte, as circunstâncias dos autos estão a indicar expressamente a irresignação do Apelante, que não obteve da Justiça, o que lhe é de Direito, valendo lembrar – “tudo depende do tempo e das circunstâncias (ECL. C9, 11)”.

O fato de constituir novo Advogado não pode passar sem nota, pois seu novo Advogado ingressou nos autos, ainda que no último dia do prazo, indicando expressamente sua irresignação. Esta circunstância não pode ser olvidada, principalmente sabendo-se que, quando e somente com a Revisão Criminal, poderá ter declarado um direito que me parece líquido e certo e que está sendo postergado, a despeito do

cumprimento rigoroso da Lei.

Convenhamos que o próprio Apelante tivesse feito chegar ao juiz, no último dia do prazo a sua irresignação. Sem Advogado, o juiz teria que nomear-lhe Defensor que somente depois de intimado, teria o curso do prazo para oferecer suas razões em 08 (oito) dias. No caso sob exame as razões foram apresentadas em 03 (três) dias. Não há afronta ao ordenamento jurídico. Aqui não se trata de manifestação fora de prazo. Mas tão somente manifestação defeituosa, ressaltando-se que o recurso foi recebido e devidamente processado pelo juízo de base.

“Não se pode ser justo em excesso para que não se perca a razão (ECL. C7, 17)”.

O princípio da preclusão, em foco, confronta-se com o da ampla defesa, dentro do qual se encontra o da economia processual e mais recentemente o direito à razoável duração do processo, visando menor sacrifício ao cidadão, posto que, como dito acima, o Apelante tem direito no mínimo, à diminuição de sua pena, o que não sendo conseguido por esta via, somente a obterá com o trâmite de uma Revisão Criminal – um outro processo, um outro procedimento, um outro castigo.

Por tudo isto, conheço do recurso.

No mérito, restou demonstrado nos autos a materialidade do delito, tendo como autores o Apelante e Jackson Costa Marques, conforme consta dos depoimentos da vítima José Luis da Silva Teixeira (fl. 11), das testemunhas Alderino Alves e Alves (fl. 14), Francisco da Silva de Lima (fl.32), do Termo de Reconhecimento, bem como, a própria confissão do Apelante (fl. 160), este conforme o texto a seguir:

Declarações prestadas à fl. 160: “...que quando estava voltando de Maranhãozinho o outro acusado falou para o interrogando que iria dar um susto nas vítimas e pediu para o interrogando parar sua moto perto da moto das vítimas; que o outro acusado desceu da moto em que estava, sacou de uma arma, apontou para as vítimas, desferiu um tapa em uma das vítimas, e subtraiu a moto, dirigindo-se para Governador Nunes Freire...”

Além desta declaração, a vítima José Luis da Silva Teixeira,

informa (fl. 141): “ que foi abordado por duas pessoas que estavam em uma outra moto;...que um dos homens que abordou o declarante era o acusado presente nesta audiência; que o acusado presente nesta audiência estava dirigindo a moto”.

Diante do quadro probatório dos autos, constata-se que o Apelante participou da prática delituosa apenas conduzindo a moto, levando Jackson ao local do crime. Este praticou todos os demais atos na ação criminosa, inclusive agredindo a vítima José Luis da Silva Teixeira. Além disto, a vida pregressa do Apelante não apresenta qualquer registro que desabone sua conduta, não infringindo quaisquer das circunstâncias judiciais estabelecidos no art. 59, do Código Penal, merecendo ter sua pena diminuída, pelo que tendo-o como incurso nas penas do art. 157, §2º, I e II, c/c 29, § 1º, do CP, pelo que, fixo-lhe a pena base em 04 (quatro) anos e 08 (oito) meses de reclusão e 14 (catorze) dias multa, em razão do fato ter ocorrido em concurso de agentes e à noite.

Contudo o Apelante confessou sua participação na prática do delito e era menor de 21 (vinte e um) anos de idade à época do fato, por isto diminuo sua pena de reclusão em 08 (oito) meses, bem como, em 04 (quatro) dias multa, restando sua pena provisória em 04 (quatro) anos de reclusão e 10 (dez) dias multa, não havendo agravantes a considerar.

Todavia, sua participação na prática do crime foi de menor importância, merecendo a diminuição de $\frac{1}{4}$ (um quarto) de sua pena, nos termos do art. 29, § 1º, do Código Penal, cuja pena provisória soma 03 (três) anos de reclusão e 07 (sete) dias-multa.

Em virtude do crime ter sido cometido com emprego de arma de fogo, aumento-lhe a pena provisória em $\frac{1}{3}$ (um terço), equivalente a 01 (um) ano de reclusão e 03 (três) dias-multa, totalizando a pena em 04 (quatro) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, que torno definitiva, à mingua de outras causas de diminuição ou aumento, a ser cumprida em regime inicialmente aberto, em virtude de sua confissão e por ser menor de 21 (vinte e um) anos de idade à época do delito, sendo primário e sem antecedentes.

Deixo de substituir a pena privativa de liberdade pela restritiva de direito, em face do crime ter sido praticado com violência contra

a vítima.

Ante o exposto, de acordo com o parecer da Procuradoria de Justiça, dou provimento parcial ao recurso, para reduzir a pena do Apelante, conforme a demonstração acima.

É como voto.

Des. José Bernardo Silva Rodrigues
Relator

TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL
SESSÃO DO DIA 2 DE FEVEREIRO DE 2009
APELAÇÃO CRIMINAL Nº. 017440/2008 - SÃO JOÃO DOS PATOS

Apelante: Aldemir Silva
Advogado: Edmundo G. Ayres dos Santos
Apelado: Ministério Público Estadual
Promotor: Fernando Evelim de Miranda Meneses
Relator: Desembargador Lourival de Jesus Serejo Sousa
Revisor: Desembargador Milson de Souza Coutinho

ACÓRDÃO Nº.0789772009

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA DA PENA. NECESSIDADE DE ADEQUAÇÃO. PRISÃO DECRETADA EM DECORRÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. ILEGALIDADE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Constatada omissão da sentença quanto à consideração de circunstância atenuante, deve-se proceder à adequação da dosimetria da pena para esse fim.
2. O ordenamento jurídico brasileiro já não admite prisão como efeito automático de sentença condenatória, antes do trânsito em julgado, em homenagem ao princípio da presunção de inocência, constitucionalmente assegurando a todo cidadão.
3. Toda e qualquer segregação anterior ao trânsito em julgado de uma

sentença penal deve ser fundamentada e amparada pela real demonstração de sua necessidade.

4. Ausente a fundamentação, a prisão torna-se ilegal e, por essa razão, deve ser relaxada, expedindo-se alvará de soltura para que o réu seja posto em liberdade até o término da ação penal.

5. Apelação parcialmente provida.

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, à unanimidade, de acordo com o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do Desembargador Relator.

Participaram do julgamento os Excelentíssimos Senhores Desembargadores Lourival de Jesus Serejo Sousa (Presidente), Milson de Sousa Coutinho (Relator) e Maria dos Remédios Buna Costa Magalhães.

Funcionou pela Procuradoria-Geral de Justiça a Dr.^a Domingas de Jesus Froz Gomes.

São Luís, 2 de fevereiro de 2009.

Des. Lourival de Jesus Serejo Sousa
Presidente e Relator

RELATÓRIO

Senhores Desembargadores, Senhora Procuradora de Justiça, o Ministério Público ofereceu denúncia em desfavor de ALDEMIR SILVA, acusando-o da prática de roubo circunstanciado contra a vítima JOICE DAMASCENO.

Segundo notícia a inicial, o crime teria ocorrido da seguinte maneira (fs. 3/5):

“No dia 09 de julho do corrente ano, por volta das 08:00 horas, o acusado acima qualificado, dando seguimento a uma empreitada criminosa, minudentemente esquematizada, mediante grave ameaça de morte, subtraiu para si, uma moto Honda CG 125, Titan, placa 2019, pertencente a vítima Joice Damasceno, conforme auto de apreensão de fl. 20 dos autos.

Segundo apurou o procedimento policial, a infeliz vítima, que é mototaxista, estava aguardando passageiros nas proximidades do mercado público, nesta Cidade, quando no dia e hora acima mencionados, o denunciado contratou os serviços do ofendido, para deixá-lo no povoado Carnaúba, neste Município. Surpreendentemente, chegando ao final da ‘corrida’, o acusado sacou de um revólver, calibre 22, e praticou o roubo da referida moto.

Frise-se, que não satisfeito com intento criminoso, o acusado disparou a sua arma de fogo contra a vítima, onde felizmente não houve lesão física.

A empreitada criminosa só não restou bem sucedida, vez que fora acionada a polícia da Região, sendo encontrada a res furtiva na cidade de Guadalupe-PI.”

Ao final da instrução processual, adveio sentença condenatória, mediante a qual restou o apelante condenado ao cumprimento de 5 (cinco) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime fechado, e 30 (trinta)

dias-multa, à razão de um trigésimo do salário mínimo vigente ao tempo da ação (fs. 107/110).

A magistrada sentenciante procedeu, outrossim, à detração de 4 (quatro) meses da pena privativa de liberdade, período correspondente ao tempo em que o apelante ficou preso no decorrer da instrução processual.

O apelante teve prisão decretada em decorrência da sentença condenatória (f. 113).

A defesa manejou embargos de declaração (fs. 118/121), que foram rejeitados pela decisão de fs. 127/129.

Em seguida, foi interposto recurso de apelação, que se volta, basicamente, contra a dosimetria da pena, além de requerer a devolução de 3 (três) dias do prazo para a apresentação de suas razões, uma vez que o juiz condutor do feito originário concedeu para esse fim apenas 5 (cinco) dias (fs.138/142).

Pugnou, nesse sentido, pela anulação ou reforma da sentença, neste último caso com a redução da pena. Além disso, pede seja concedida ao apelante a possibilidade de recorrer em liberdade.

Nesta instância, a Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo provimento parcial do recurso no que se refere à dosimetria da pena (fs. 171/179).

É o relatório.

VOTO

Presentes os requisitos de admissibilidade, conheço do recurso.

Inicialmente, deve ser ressaltado que o recurso aborda tão-somente a dosimetria da pena alinhavada em primeiro grau de jurisdição, passando ao largo de qualquer discussão acerca do crime imputado ao apelante.

Assim, não se cuidará aqui de autoria e materialidade, as quais, de resto, foram amplamente comprovadas no decorrer da instrução processual.

Antes de voltar-me ao cerne da questão agitada no presente recurso, tenho como impertinente a devolução de prazo, uma vez que, nesse momento da marcha processual, tal representaria considerável retardamento do feito, em prejuízo do próprio recorrente. Indefiro, portanto, o pedido.

Tornando os olhos à operação realizada pela magistrada singular, verifica-se que a pena infligida ao recorrente merece, sim, ser revista nesta instância.

Quanto à análise das circunstâncias judiciais, tem-se que, de um modo geral, pode-se mantê-la nessa instância revisora. Muito embora seja possível indicar algumas impropriedades na aferição das mencionadas circunstâncias – como, por exemplo, no tratamento conferido aos motivos e às conseqüências do crime –, força é reconhecer que a juíza sentenciante usou de razoabilidade ao estabelecer a pena-base em 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses de reclusão.

No que se refere à pena de multa, apesar de se observar disparidade de critérios em relação a pena privativa de liberdade, verifica-se que a juíza *a quo* dispensou a sua aplicação, determinação que fica mantida, até mesmo para que não se arranhe o princípio que veda a reforma para pior

Na segunda fase da dosimetria, há de ser levada em conta a existência de duas circunstâncias atenuantes, a menoridade do apelante (CP, art. 65, I) e a confissão (CP, art. 65, III, 'd'), pelo que a pena deve ser atenuada em 1/6 (um sexto) para cada uma das alegadas circunstâncias, perfazendo, nesta segunda fase, o montante de 3 (três) anos e 9 (nove) meses de reclusão.

Finalmente, a pena deve ser majorada em 1/3 (um terço) pelo emprego de arma de fogo e pelo transporte de veículo automotor para outro Estado (CP, art. 157, § 2º, I e IV)¹, sendo fixada definitivamente em 5 (cinco) anos de reclusão, em regime semi-aberto.

1 Adota-se, quanto ao ponto, a corrente jurisprudencial segundo a qual “a presença de mais de uma circunstância de aumento da pena no crime de roubo não é causa obrigatória de majoração da punição em percentual acima mínimo previsto, a menos que seja constatada a existência de circunstâncias que indiquem a necessidade da exasperação.”

A sentença deve ser mantida no que tange à detração de 4 (quatro) meses, período em que o apelante esteve segregado ao longo da instrução processual, pelo que resta a cumprir o período de 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses de reclusão.

Desse parâmetro ainda deverá ser detraído o período de prisão posterior à sentença condenatória, considerando que o ora apelante foi preso no dia 20.8.2007 (f. 114) e, até o presente momento, não há notícia nos autos quanto a eventual soltura.

A esse respeito, verifica-se que a sentença apelada não cuidou de fundamentar a necessidade da prisão cautelar do ora apelante. Determinou, pura e simplesmente, a expedição de mandado de prisão (f. 110). Houve, portanto, desrespeito ao art. 93, IX, da Constituição Federal, que prescreve a obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais.

Em nosso ordenamento, já não se admite prisão como efeito automático de sentença condenatória. Toda e qualquer segregação anterior ao trânsito em julgado de uma sentença penal deve ser fundamentada e amparada pela real demonstração de sua necessidade.

A propósito, vale registrar a atual redação do art. 387 do Código de Processo Penal que, em seu parágrafo único, prescreve: “O juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento da apelação que vier a ser interposta.”

Muito embora o dispositivo legal constitua inovação da Lei 11.719/2008, a ideia por ele veiculada já era extraída há muito tempo da própria Constituição Federal, sendo também acolhida por doutrina e jurisprudência.

Assim, inexistente a fundamentação necessária, avulta a ilegalidade da prisão, que deve ser imediatamente relaxada.

Nessa esteira, determino a expedição de ALVARÁ DE SOLTURA, se o réu, ora apelante, não estiver preso por outro motivo.

DO EXPOSTO, de acordo com o parecer ministerial, dou provimento parcial ao recurso para fixar a pena definitiva em 5 (cinco) anos de reclusão, em regime semi-aberto, atentando-se à detração levada

a efeito na sentença (quatro meses) e ao período de prisão posterior à sentença condenatória, e para determinar a imediata soltura do apelante.

É como voto.

Sala das Sessões da Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, em São Luís, 2 de fevereiro de 2009.

Des. Lourival de Jesus Serejo Sousa

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. Mário Lima Reis
Revisora: Desa. 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.

1. Para que uma conduta seja considerada típica, é indispensável que ela atenda a uma dimensão formal (conduta, resultado, nexos de causalidade e adequação típica) e a uma dimensão material (juízo de desvalorização da conduta, de desvalorização do resultado e a imputação objetiva).
2. 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.
3. 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).
4. 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 oca-

sionada, sendo, nesse caso, desnecessária a atuação do Direito Penal.

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

6. 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.

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

8. Revisão procedente.

ACÓRDÃO

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 conhecimento 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 desacordo 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 refor-

mada 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 dissêntido), 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 dimensão 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, apresenta-se 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 dispõe 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 registros 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 Araujo, tendo funcionado, pelo Ministério Público Estadual, a Dra. Flávia Tereza Viveiros Vieira.

PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL
SESSÃO DO DIA 14 DE OUTUBRO DE 2008
APELAÇÃO CRIMINAL Nº. 10484/2008 – URBANO SANTOS

Recorrente: Francisco Alves de Oliveira
Advogado: Dr. Francisco Raimundo Lima Diniz
Recorrido: Ministério Público Estadual
Relator: Des. Raimundo Nonato Magalhães Melo

ACÓRDÃO Nº 0765592008

EMENTA

APELAÇÃO CRIMINAL. PROCESSO DE COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI. HOMICÍDIO QUALIFICADO.

1. A tese levantada pelo Recorrente, de que as provas coligidas aos autos não são suficientes, para embasar a sua condenação não merece prosperar, pois, há nos autos, linha de prova suficiente para sustentar a decisão do Conselho de Sentença;
2. Havendo perfeita adequação das provas dos autos com a decisão do Conselho de Sentença, pois decidiram analisando todo o conjunto probatório e considerando que as provas gozam de prestígio, porque são coerentes, coesas, harmônicas, racionais e lógicas;
3. No tocante à argumentação do Ministério Público, corroborado pelo parecer da Procuradoria de Justiça do Estado, com relação questão da existência do reformatio in pejus indireto, passo a analisá-la;
4. Anulado o primeiro julgamento, não há como impedir que o novo Conselho de Sentença conheça de todos os pontos da acusação e da defesa e de pronunciar-se livremente a respeito de cada um deles, ainda que a decisão venha a impor apenamento mais severo;

5. Conheço o recurso interposto, face os requisitos de admissibilidade e nego-lhe provimento, mantendo, in totum, a sentença vergastada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos em que são partes as acima identificadas, ACORDAM os Senhores Desembargadores da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, a unanimidade, e de acordo com o parecer da Procuradoria Geral de Justiça, em denegar a ordem impetrada, nos termos do voto do Desembargador Relator.

Participaram do julgamento, além dos signatários, o Excelentíssimo Senhor Desembargador Mário Lima Reis.

Funcionou pela Procuradoria Geral de Justiça o Dr. Eduardo Jorge Hiluy Nicolau.

São Luís, 14 de outubro de 2008.

Des. Antônio Fernando Bayma Araújo
Presidente

Des. Raimundo Nonato Magalhães Melo
Relator

RELATÓRIO

FRANCISCO ALVES DE OLIVEIRA, vulgo “Chico Pajaú”, foi denunciado, como incurso nos artigos 121, § 2º, incisos I e IV, do Código Penal, por fato assim narrado na peça inicial acusatória:

“Conforme consta no inquérito policial incluso, no dia 18.01.2004 (domingo), por volta das 21:00 horas, no Clube Casa Grande desta cidade, o ora denunciado, morador do Bairro Mutirão, agrediu a

vitima de nome Josevan Borges da Silva, morador da Rua da Graça, em decorrência de rixa existente entre os membros de gangues das referidas localidades. Em dado momento, já instalada certa confusão no mencionado recinto provocada pelo próprio denunciado, este, sem motivo aparente algum, ao perceber que a vitima encontrava-se escondida por detrás de uma coluna, imprensada numas cadeiras, e, portanto, com movimentos limitados, arma-se com uma garrafa, com a qual desferiu vários golpes naquela. Ditos golpes continuaram mesmo após a garrafa ter-se quebrado, desta feita com seu gargalo em cacos servindo como instrumento perfurocortante, instrumento este que acabou por ocasionar o evento morte (tal qual denota-se em fls. 06 e 09), tanto que ainda foi encontrado encravado no corpo da vitima (vide testemunha em fls. 03 e auto em fls. 08), mais precisamente na região imediatamente abaixo do peito esquerdo.”

Aduz ainda que o denunciado foi preso em flagrante no dia 19.01.2004, após perseguição contínua.

A denúncia foi recebida em 10 de fevereiro de 2004 (fls. 46).

Processado o feito, a sentença de pronúncia foi proferida em 29 de abril de 2004. (fls.75/77).

Submetido o denunciado ao Tribunal do Júri, o Conselho de Sentença reconheceu, por maioria de votos, a materialidade e a autoria do delito, bem como, também por maioria de votos, afastou a tese de defesa da negativa de autoria e por unanimidade de votos afastou a tese de legítima defesa própria, reconhecendo ainda as qualificadoras articuladas no libelo acusatório, relativo ao motivo torpe, fútil e por ter o acusado utilizado recurso que dificultou a defesa da vitima, e ainda, a circunstancia agravante prevista no art. 61, II, d, do Código Penal.

Sobreveio a sentença condenatória de fls. 151/154, publicada em 17 de março de 2005, a qual condenou o réu como incurso nos artigos 121, § 2º, incisos I, II e IV, com a qualificadora do artigo 61, II, d, ambos do Código Penal, reconhecendo ainda a existência de uma atenuante genérica, fixando a pena em dezesseis anos de reclusão, em regime fechado.

O condenado maneja recurso de apelação, calcado no disposto no artigo 593, caput, inciso I, do Código de Processo Penal, sustentando em suas razões a ocorrência da nulidade prevista no parágrafo único, do inciso IV do art. 564 do CPP e que a decisão dos jurados foi

manifestamente contrária às provas existentes nos autos.

Contra-razões às fls. 192/194.

Parecer do Órgão Ministerial, exarado pela Procuradoria de Justiça, às fls. 200/208, manifestando-se pelo improvimento do recurso defensivo.

Em sessão do dia 09 de janeiro de 2007, foi declarada a nulidade do Julgamento do Tribunal do Júri, em virtude da contradição entre o termo de votação e a sentença, determinando a submissão do réu a novo julgamento.

Submetido novamente a julgamento perante o Tribunal do Júri, o réu foi condenado como incurso nas sanções do artigo 121, § 2º, incisos I, II e IV, reconhecendo a agravante prevista no art. 61, II,d, ambos do Código Penal, fixando à pena em dezesseis anos de reclusão, em regime inicialmente fechado, por não ter sido reconhecida nenhuma circunstância atenuante que justificasse a diminuição da pena, conforme sentença condenatória de fls. 332/335.

Inconformada, o Réu interpôs recurso de apelação às fls. 343/345, que não há motivos para condenação do réu, pois, os depoimentos das testemunhas são totalmente contraditórios, inexistindo provas suficientes para mante-lá, requerendo, por fim, a absolvição do Recorrente ou a redução da pena imposta para a prevista no mínimo legal do art. 121 do Código Penal.

Contra-razões do Ministério Público oferecida às fls. 354/356, pleiteou à manutenção da sentença guerreada, requerendo a diminuição da pena do acusado para 16 anos de reclusão, haja vista, que o novo julgamento gerou a imposição de uma apenação corporal mais severa que a aplicada na ocasião do primeiro julgamento, ocorrendo dessa forma o reformatio in pejus, o que não é permitido no ordenamento jurídico pátrio, mantendo no mais a sentença vergastada.

Dado vistas a Douta Procuradoria de Justiça, esta opinou pelo provimento parcial do recurso, apenas para diminuir a pena imposta para 16 (dezesseis) anos, mantendo no mais a sentença guerreada.

É o relatório.

VOTO

Da análise do recurso interposto, entendo que este não merece provimento.

A tese levantada pelo Recorrente de que as provas coligidas aos autos não são suficientes para embasar a sua condenação não merece prosperar, pois, há nos autos, linha de prova suficiente para sustentar a decisão do Conselho de Sentença.

No caso em apreço, percebe-se uma perfeita coerência entre o conjunto probatório e a decisão proferida pelo Júri Popular, sendo de se prestigiar, portanto, a soberania dos veredictos, preconizada na Constituição Republicana vigente.

Ora, havendo perfeita adequação das provas dos autos com a decisão do Conselho de Sentença, pois, decidiram analisando todo o conjunto probatório e considerando que as provas gozam de prestígio, pois são coerentes, coesas harmônicas, racionais e lógicas, fundadas no exame de corpo delito, nos depoimentos das testemunhas arroladas pela acusação, bem como no interrogatório do réu na fase instrutória e perante o júri popular, não há como atender o pleito do apelante.

De igual modo, não há como prosperar o pedido de redução de pena, pois, observa-se que o Magistrado, na dosimetria da pena, agiu em consonância com os elementos probatórios carreados aos autos, respeitando a soberania do júri que condenou o recorrente pelo crime de homicídio triplamente qualificado, tendo o juiz *a quo*, apenas fixado a pena que fora imposta pelo Tribunal do Júri.

No tocante à argumentação do Ministério Público, corroborado pelo parecer da Procuradoria de Justiça do Estado, com relação à questão da existência do *reformatio in pejus* indireto, passo a analisá-la.

Sabe-se que o *reformatio in pejus* indireto, em segundo julgamento pelo Tribunal do Júri é uma questão controvertida na doutrina e na jurisprudência.

Entretanto, entendo que, segundo os vários julgados do STJ, o “princípio do *reformatio in pejus* indireto - isto é, a imposição de pena mais grave, após a decretação de nulidade da sentença, em apelo exclusivo da defesa -, não tem aplicação nos julgamentos realizados pelo Tribunal do Júri, eis que, em face da soberania dos veredictos, pode o Conselho

de Sentença proferir decisão que agrave a situação do réu”. (STJ. HC n.º 37.101 – PR, 6ª Turma, Relator Ministro Hélio Quaglia Barbosa, DJ 27/06/2005, pg. 452).

Nessa esteira de entendimento, o prestigiado Professor Paulo Rangel, em sua obra *Direito Processual Penal*, 12ª Edição, pg. 716, leciona que:

“Em se tratando que o Tribunal do Júri, a questão deve ser vista à luz do princípio da soberania dos veredictos.

É cediço que o Tribunal é soberano (art. 5º, XXXVII, c), e soberania não é autonomia. Ou seja, soberania significa dizer que não pode haver nenhum outro poder acima do Tribunal do Júri para decidir de forma contrária ao que os jurados decidiram. O máximo que o legislador permite ao Tribunal ad quem é cassar a decisão dos jurados, para que outra seja proferida em seu lugar, porém, pelos próprios jurados (cf. art. 593, III, a e d, §3º, do CPP) é a razão é simples: os jurados são leigos.

Portanto, anulada a decisão dos jurados O Tribunal do Júri tem plena liberdade para decidir como juiz natural da causa e o juiz-presidente proferirá sentença de acordo com as provas dos autos e a decisão dos jurados, permitindo-se, assim, pena superior, até porque a decisão anterior foi cassada. Não mais existe. O nada não pode servir de fato limitativo para a segunda decisão. (grifo nosso).

Anulado o primeiro julgamento, não há como impedir que o novo Conselho de Sentença conheça de todos os pontos da acusação e da defesa e de pronunciar-se livremente a respeito de cada um deles, ainda que a decisão venha a impor apenamento mais severo.

O primeiro conselho de sentença reconheceu a existência de circunstância atenuante o que ocasionou a diminuição da pena do acusado em 06(seis) meses, porém, o julgamento foi completamente anulado.

Já no segundo Conselho de sentença, com a existência de diferentes jurados, este não reconheceu a circunstancia atenuante, que acarretara a diminuição da pena no primeiro.

Ora, como os jurados, no segundo júri, não reconheceram existência de atenuante, admitida no primeiro, não há que se falar em *reformatio in pejus*, pois, a pena nova mais gravosa foi decorrência natural da decisão do Conselho de Sentença. Portanto, a decisão

guerreada não merece reforma.

ANTE O EXPOSTO, de forma contrária ao parecer da Procuradoria Geral de Justiça, conheço o recurso interposto, face os requisitos de admissibilidade e nego-lhe provimento, mantendo, *in totum*, a sentença vergastada.

É como o voto.

Sala das Sessões da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, em São Luís, 22 de julho de 2008.

Des. Raimundo Nonato Magalhães Melo
Relator

SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL
SESSÃO DO DIA 13 DE NOVEMBRO DE 2007
APELAÇÃO CRIMINAL Nº. 005346/2007 - SÃO LUÍS

Apelante: José Salustiano da Silva Filho
Advogados: Dr. Dimas Salustiano da Silva e Dr. Lino Rodrigues
Castello Branco Sobrinho
Apelado: Ministério Público Estadual
Relator: Des. Raimundo Nonato de Souza
Revisor: Des. José Bernardo Silva Rodrigues

ACÓRDÃO Nº. 0774482008

EMENTA

APELAÇÃO CRIMINAL. ARTIGO 1º, INCISO II, DA LEI Nº 8.137/90 C/C O ARTIGO 71 DO CÓDIGO PENAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. FRAUDE À FISCALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA EM CONTINUIDADE DELITIVA. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DOSIMETRIA DA PENA. ERRO. INOCORRÊNCIA. DEVIDAMENTE APLICADA E FUNDAMENTADA. RECURSO IMPROVIDO.

1. O cotejo analítico dos autos é farto a conduzir à autoria e materialidade do delito. Em se tratando de crime contra a ordem tributária, na modalidade “fraudar a fiscalização”, sem que haja sido pago o débito, torna-se inviável a absolvição do Recorrente.
2. Segundo Súmula do Supremo Tribunal Federal, a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea, razão pela qual deve o Apelante iniciar seu cumprimento no regime aberto.
3. Recurso conhecido a que se nega provimento e altera, de ofício, o regime inicial de cumprimento da pena.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de APELAÇÃO CRIMINAL, em que figuram como partes as retro nominadas, ACORDAM os Senhores Desembargadores da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, à unanimidade e de acordo com o Parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça deste Estado, adequado em banca, em conhecer e negar provimento ao recurso, mas alterar, de ofício, o regime inicial de cumprimento da pena, nos termos do voto proferido pelo Relator.

RELATÓRIO

Versam os presentes autos sobre o recurso de APELAÇÃO CRIMINAL interposto por JOSÉ SALUSTIANO DA SILVA FILHO, por intermédio dos seus advogados, com fulcro no artigo 593, inciso I, do Código de Processo Penal, contra a decisão de fls. 489/517, que o condenou nos termos do artigo 1º, inciso II, da Lei nº.8137/90 c/c o artigo 71 do Código Penal, a uma pena de 04 (quatro) anos de reclusão e 250 (duzentos e cinqüenta) dias-multa, esta elevada ao décuplo, a ser cumprida, inicialmente, em regime semi-aberto, no Complexo Penitenciário de Pedrinhas. Condenou, ainda, o Apelante ao pagamento das custas e despesas processuais.

O Ministério Público, às fls. 04/07, narra a suposta conduta delituosa do Apelante.

“Consta dos autos de inquérito policial em anexo, que o denunciado, na qualidade de proprietário e administrador da empresa J S DA SILVA FILHO, inscrição estadual nº 12.134.231-0, localizada nesta cidade, na Rua Grande, 589/B/1 – Centro, constituída em janeiro de 1994 para atuar no comércio varejista de artigos de vestuário, deixou de recolher aos cofres do Tesouro Estadual o Imposto sobre a Circulação de Mercadoria e Serviços – ICMS, constante do auto de infração de fls. 209, lavrado em 26/06/2000, no valor de R\$ 313.865,22.

O crime ora denunciado é um dos que ocorreram no bojo do que ficou conhecido como fraude ao sistema Projeto Fronteira. Essa fraude

consistia em os contribuintes, em conluio com funcionários da Gerência da Receita Estadual, ingressarem no sistema informatizado de arrecadação do Estado, utilizando-se de programas piratas criados por um funcionário da antiga Prodamar – então gestora do Sistema Projeto Fronteira, por meio do qual excluía logicamente (deletavam) o registro das notas fiscais de compra, digitadas nos Postos Fiscais de Fronteira, para controle das entradas de mercadorias tributáveis no Estado. As notas fiscais excluídas não eram escrituradas nos livros das empresas, o imposto não era recolhido e, uma vez que não havia mais registro das notas fiscais em seu banco de dados, a Receita Estadual ficava impedida de fazer a fiscalização, deixando de receber o que lhe era devido.

O esquema criminoso funcionou entre os anos de 1996 a 1999, quando foi descoberto pela Auditoria Geral do Estado, que produziu o relatório de fls. 04/135, o qual posteriormente foi confirmado por meio de perícia técnica levada a efeito pelo Instituto Nacional de Criminalística, conforme laudo de fls. 157/190, no qual a empresa do denunciado aparece como fazendo parte da fraude.”.

Dessa forma, ofertada a Denúncia, às fls. 04/07, requereu o Representante do Ministério Público Estadual a condenação do Apelante nas penas do artigo 1º, inciso II, da Lei nº. 8.137/90 c/c o artigo 71 do Código Penal.

Mandado de Busca e Apreensão e Interceptação do Fluxo de Comunicações de Informática e Telemática e Quebra de Sigilo e Auto de Busca e Apreensão às fls. 147 e 148/152, respectivamente.

Laudo de Exame em Material de Informática, realizado pelo Instituto Nacional de Criminalística da Polícia Federal, às fls. 164/195.

Relatório da Auditoria da Comissão Especial de Auditoria Interna da Gerência de Estado da Receita Estadual do Maranhão, às fls. 206/215.

Documento de parcelamento realizado pela empresa J S DA SILVA FILHO, às fls. 260, dando conta de sua adimplência.

Mandado de Citação não cumprido por se encontrar o Apelante em lugar incerto e não sabido, conforme certidão do meirinho, às fls. 302.

Citação editalícia, às fls. 307, não comparecendo o Apelante para a audiência de qualificação e interrogatório, ocasião em que foi decretada sua revelia e suspenso o curso do processo e do prazo prescricional, sendo determinada a produção antecipada de provas, conforme fls. 314.

Prisão Preventiva requerida pelo Ministério Público Estadual e decretada pela MM. Juíza de base, na conformidade das fls. 323/328.

A instrução criminal processou-se com a oitiva das testemunhas arroladas, apenas, pelo Ministério Público, às fls. 329/332.

Defesa Prévia, às fls. 335. (Defensor nomeado pelo Juízo processante).

Na fase do artigo 499, o Ministério Público, às fls. 338, requereu diligência, a qual foi devidamente cumprida, às fls. 347.

Alegações finais da Acusação, às fls. 350/354, e do Apelante, às fls. 464/488. (Advogado devidamente constituído pelo Apelante, às fls. 445).

O Apelante foi ouvido em Juízo, às fls. 447/450.

Conclusos os autos, a MM^a. Juíza de Direito prolatou a decisão atacada, às fls. 489/517, condenando o Apelante, nos termos do artigo 1º, inciso II, da Lei 8.137/90 c/c o artigo 71 do Código Penal.

Nas razões de seu recurso, de fls. 545/574, o Apelante espera “seja dado provimento ao presente recurso, para reformar o “decisum” de primeiro grau e absolver o recorrente.” e “Na hipótese remotíssima de não ser acolhido o pleito acima, [...], e considerando o erro na fixação da pena base, requer a reforma da sentença condenatória para que seja fixada a pena no mínimo legal, ou seja, dois anos de reclusão, substituída por pena restritiva de direito.”

Em contra-razões, o Representante do Ministério Público, às fls. 582/586, diz que “o recorrente não logrou demonstrar insubsistência na acusação que lhe faz a Justiça Pública, tampouco apontou qualquer reparo a ser feito na sentença monocrática que o condenou, pelo que pugna o órgão ministerial pela sua integral manutenção.”

Foram os autos encaminhados à douta Procuradoria Geral de Justiça, a qual emitiu Parecer circunstanciado, da lavra da Dr^a. Eliza Brito Neves dos Santos, que “não encontrando suporte legal para aquiescência do presente apelo, manifesta-se esta Procuradoria Geral de Justiça pelo

seu improvimento.” (Negrito original).

Buscando a verdade real, com base no artigo 616 do Código de Processo Penal, determinei, às fls. 605/606, fosse oficiado à Secretaria de Estado da Fazenda do Maranhão para informar acerca do parcelamento da dívida.

Em resposta, às fls. 609/610, a Secretaria estadual disse existir débitos fiscais relacionados aos autos de infração relativos a esta Ação Penal.

Vieram os autos.

É o relatório.

VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do presente recurso.

Trata-se, nos termos da Sentença, de crime contra a ordem tributária, na modalidade “fraudar a fiscalização tributária”.

Sustenta o Apelante sua irresignação na inexistência de provas que levem a sua autoria; na ofensa a princípios constitucionais e infraconstitucionais; e, na decadência do crédito tributário.

O conceito de tributo é elementar na compreensão e no estudo do Direito Tributário. A sua definição legal está no artigo 3º do Código Tributário Nacional, onde consta que ele “é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.”.

Assim, tributo é toda obrigação *ex lege* (decorre de Lei) que deve ser prestada em moeda, não se constituindo em sanção por ato ilícito, que tem por sujeito ativo (credor), normalmente, uma pessoa política e como sujeito passivo (devedor) qualquer pessoa. Por fim, é cobrada mediante atividade administrativa vinculada.

Em relação à classificação dos tributos, acolho a do Supremo Tribunal Federal, qual seja, a “qüinqüipartide”, segundo a qual o gênero tributo é dividido em cinco espécies: impostos, taxas, contribuição de melhoria, contribuições especiais e empréstimos compulsórios.

A Lei nº 9.249/95, em seu artigo 34, dispõe que se extingue a punibilidade dos crimes definidos na Lei nº 8.137/90 e na Lei nº 4.729/65, quando o agente promover o pagamento do tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia.

Com idêntico teor, a Lei nº 10.684/2003, em seu artigo 9º, § 2º, dispõe que acaba a punibilidade dos crimes previstos nos artigos 1º e 2º da Lei nº 8.137/90 e nos artigos 168-A e 337-A do Código Penal, quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios.

Dessas assertivas, conclui-se que é suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos artigos 1º e 2º da Lei nº 8.137/90 e nos artigos 168-A e 337-A do Código Penal, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no regime de parcelamento. Enquanto não satisfeito integralmente o débito pelo pagamento, não ocorre a causa de extinção da punibilidade. Essa é a Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Quando do julgamento do Habeas Corpus nº 81.611-8, o Supremo Tribunal Federal reconheceu ser o delito tipificado no artigo 1º da Lei 8.137/90 crime de resultado.

Assim, enquanto não houver o exaurimento do processo administrativo, em que se discute a existência ou não do débito tributário, não poderá ser intentada a ação penal, por falta de justa causa.

Com o advento da Lei nº. 9.430/96, especificamente no que é pertinente ao seu artigo 83, vedou-se à autoridade fazendária a remessa de notícia de crime (a qual o tipo penal denomina “representação”) ao Ministério Público, antes do término do procedimento administrativo fazendário.

Deve-se restar claro que o citado artigo 83 não criou uma “condição de procedibilidade”, ou seja, circunstância jurídica que, enquanto subsistente, torna sobrestado o jus persecuendi in iudicio pertencente ao Ministério Público, realizável por intermédio de denúncia (CF, art. 129, I), para o exercício da ação penal. Em verdade, ele traduz uma simples ordem dada à autoridade fazendária. Evidentemente, se o Ministério Público dispuser de elementos, para dar início à ação penal, deverá fazê-lo.

No que concerne à inexistência de provas dando conta da participação do sentenciado em fraude ao “Sistema Fronteira”, esta não merece

guardada, pois devidamente comprovada no bojo dos autos, às fls. 206/215, mediante a ampla defesa e o contraditório, principalmente com o Relatório de Auditoria Interna da Gerência de Estado da Receita Estadual, após Relatório AESP nº 01/99, da Auditoria Geral do Estado, e do Laudo Pericial nº 43.357, do Departamento de Polícia Federal/Instituto Nacional de Criminalística.

É de salutar importância se observar que das 54 (cinquenta e quatro) notas fiscais que foram objeto de investigação, apenas 04 (quatro) haviam sido escrituradas no livro de registro de Entradas, o que evidencia a exclusão de 47 (quarenta e sete) notas fiscais do Projeto “Sistema Fronteira”.

Assim, devidamente comprovada a participação e a materialidade delitiva do Apelante, por intermédio do Auto de Infração nº 1088665/125, às fls. 347.

O Inquérito Policial é peça inquisitória, onde não há o contraditório, sendo prescindível à convicção do Órgão Ministerial para posterior oferecimento de Denúncia, desde que este tenha elementos suficientes.

A Denúncia, em todos os seus termos, se encontra perfeita quanto aos requisitos trazidos nos artigos 41 e 43 do Código de Processo Penal.

Não se esqueça que o Apelante teve a oportunidade de parcelar o débito, como o fez, mas deixou de pagar. A alegação de que o Apelante não sabia o valor do débito a ser parcelado e o fez, não o exime de sua responsabilidade. Tanto que fez o parcelamento. E mais. Se quisesse, levaria a discussão à esfera administrativa e depois, sendo o caso, ao Poder Judiciário. Mas não o fez. E nem o fará, pois os valores foram devidamente apurados.

Às fls. 610, tem-se a situação tributária do Apelante junto à Secretaria da Fazenda do nosso Estado, em que o auto de infração lavrado no dia 20.06.2001 se encontra em débito.

Os vícios apontados no Relatório/Auto de Infração não subsistem. Senão vejamos.

Primeiro: a Gerência de Estado da Receita Estadual identificou a quantidade de notas que foram omitidas e seus respectivos valores; segundo: a Gerência adotou rigoroso procedimento fiscal, tanto que auditou a empresa J. S. da Silva Filho e encontrou diversas notas sonegadas;

terceiro: amparado no argumento anterior; e, quarto: as notas processadas pela Gerência, quando do recebimento e armazenamento das notas, são, também, anotadas e guardadas pela empresa.

Quanto ao vício da inexistência de ordem de serviço e termo de início de auditoria, essa, como as outras, também, não se mantêm, pois os livros Registro de Entrada e Registro de Saídas devem sempre estar à disposição da fiscalização, sendo prescindível notificação para que os apresentasse.

E mais. Pelo simples fatos de terem sido as notas fiscais não-escrituradas, por óbvio que não apareceriam.

O Sistema Projeto Fronteira foi alterado por 02 (dois) sistemas não-autorizados, cujos nomes são DAMST e SEFPSIT1, conforme descobertos pelo INACRIM - Instituto Nacional de Criminalística.

Com esses dois programas, as notas fiscais sofriram “exclusões lógicas” do Sistema Fronteira, facilitando a sonegação, quando do não-reconhecimento pelo programa do novo status.

Alega que houve a entrega de mercadorias e as notas fiscais acobertadas pela fraude não apareceram para comprovar quem as havia emitido. E se tivessem sido entregues, estariam no canhoto descartável da 1ª via das citadas notas. Que essas notas fiscais não apareceram e se tivessem aparecido, teriam, com certeza, afastariam a autoria do suposto fato delituoso.

Ocorre que, segundo os relatórios de auditoria, não houve a escrituração dessas notas, pois foram excluídas por dois programas não-autorizados.

Ora, se as notas não apareciam no sistema da Gerência da Receita deste Estado, obviamente, elas não poderiam aparecer fisicamente, senão, comprovariam, de forma clara, quando de fiscalização pela Gerência, a emissão delas e o não-pagamento dos tributos a ela inerentes, como verdadeiramente apurado e provado.

E se alguém efetuou essas compras, que não a empresa do Recorrente, este deveria trazer a prova desses fatos. Mas, para sua infelicidade, não trouxe. E quem alega, tem que provar.

Quando trata da decadência ao direito de crédito do Estado do Maranhão, mais uma vez não merece prosperar suas alegações.

A decadência ocorre, como bem sabido, se entre a ocorrência do fato gerador e a seu lançamento transcorrerem mais de 05 (cinco) anos. Com um superficial passar de olhos sobre os autos, vê-se que não é o caso, pois o fato gerador mais antigo (março/1996) foi lançado em junho/2000, ou seja, com 04 (quatro) anos e 03 (três) meses. Logo, dentro do prazo decadencial.

Ademais, como se observa da própria transcrição do §4º do artigo 150 do Código Tributário Nacional feita pelo Apelante, se comprovada a fraude, dolo ou simulação, o prazo decadencial não corre.

Novamente rechaçada a alegação do Recorrente.

Aduz que a Ação Penal só poderia ter sido intentada pelo Ministério Público após o esgotamento da discussão sobre a exigência do crédito tributário.

Como já dito alhures, o presente crime é de cunho material. E, apesar de dizer que não houve o esgotamento da instância administrativa, vê-se, em depoimento do próprio Apelante, às fls. 448, que “... reclamou verbalmente, mas conseguindo nada, parcelou em 60 (sessenta) meses, que cumpriu uma parte e depois deixou de pagar; que o acusado diz que não cumpriu o parcelamento porque teve problemas com o divórcio e com a saída de funcionários da empresa; [...]; que parcelou o débito, porque ao ser chamado pelo Fisco, nenhum comerciante gosta de ficar em débito, ...”.

Como se vê, o próprio Apelante diz, com suas palavras, que parcelou o débito, situação que ocasionou o exaurimento da instância administrativa.

Por mais que venha alegar a ausência de autoria e a inexistência de materialidade, não conseguiu o Apelante se desvincular das provas carreadas aos autos, que são contundentes, cristalinas, límpidas, claras e evidentes quanto ao cometimento do delito.

Mais uma vez volta a falar sobre a inexistência mínima de provas sobre a fraude, quais sejam, operações mercantis de circulação de mercadorias.

Explica que não se pode atribuir autoria ou participação em fraude sem que seja individualizada a conduta penalmente relevante do Recorrente.

Insurge contra a não-observância das exigências mínimas para a Denúncia, em que não foram descritos os atos praticados e as circunstâncias de tempo, lugar, pessoa, maneira de execução e outras mais.

Bem observados os autos, tem-se que os requisitos dos artigos 41 e 43 (atual artigo 395), ambos do Código de Processo Penal, à época do oferecimento da Denúncia, foram devidamente atendidos, descrevendo os fatos delituosos, indicando a autoria, sua qualificação, as circunstâncias de tempo, lugar e forma de execução, tudo com lastro nos relatórios apresentados pela Polícia Federal e Gerência da Receita Estadual.

Assim, devidamente atendidos os requisitos da Denúncia.

Afirma que, no bojo dos autos, não há prova suficiente para a condenação do Apelante. E que o Ministério Público não se desobrigou do ônus de demonstrar cabalmente a veracidade dos fatos imputados na Denúncia, sendo impossível a condenação do Recorrente, conquanto transcreve doutrinas sobre o assunto.

Conforme já demonstrado, incabível a absolvição do Recorrente, vez que provadas estão sua autoria e a materialidade delitiva.

Afiança que da análise das circunstâncias judiciais a d. Magistrada se afastou de suas definições jurídicas, repetindo, simplesmente, termos inerentes a cada conceito.

Mais uma vez se equivoca o Apelante, pois as circunstâncias do artigo 59 do Código Penal foram detalhadamente analisadas.

Efetivamente, pelo que demonstrado, impossível a absolvição do Apelante.

No que se refere à aplicação da pena no mínimo legal, essa, também, não merece guarida. Senão vejamos.

As circunstâncias judiciais, em sua maioria, são desfavoráveis, ao recorrente, o que enseja uma pena-base acima do mínimo legal.

Por certo, agiu o Apelante em continuidade delitiva, sonogando, reiteradamente, de março a dezembro, durante o ano de 1996, o que gerou um aumento de sua reprimenda, conforme artigo 71, caput, do Código Penal.

Na pena de multa, nada deve ser alterado, pois suas condições financeiras são condizentes com o valor arbitrado e, devidamente, aplicado.

Apesar de não ter sido ventilado pelo Apelante ou pela Procuradoria Geral de Justiça, nota-se que foi determinado o início do cumprimento da reprimenda em regime semi-aberto (fls. 517).

Pela Lei, o regime de cumprimento deveria ter sido o aberto. Para a apenação em regime mais severo, deve a sua aplicação ser devidamente fundamentada. O que não é o caso dos autos. A Magistrada de base se baseia, apenas, no artigo 33, §2º, alínea “b”, do Código Penal.

Ademais, o Supremo Tribunal Federal já se posicionou sobre o assunto, editando súmula que diz:

“Súmula 719: A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.”.

Desse modo, o regime inicial de cumprimento da pena imposta ao Apelante deve ser o aberto, atendidos os requisitos expostos no artigo 33, §2º, alínea “c”, do Código Penal.

Diante do exposto, e de acordo, em parte, com o Parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça, nego provimento ao recurso, mas reformo, de ofício, a sentença condenatória, tão-somente, no tocante ao regime inicial de cumprimento da pena, que deve ser o aberto.

É como voto.

Sala das Sessões da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, em São Luís, 13 de novembro de 2008.

Des. Raimundo Nonato de Souza
Relator

**JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA - DIREITO BANCÁRIO
EMENTÁRIO**

EMENTA

APELAÇÃO CÍVEL – INDENIZAÇÃO – CARTÃO DE CRÉDITO NÃO SOLICITADO – GARANTIA DE BLOQUEIO – NÃO EFETIVAÇÃO – LEGITIMIDADE PASSIVA DA INSTITUIÇÃO BANCÁRIA - INCLUSÃO CADASTRAL NO SPC/SERASA – DANOS MORAIS – JULGAMENTO ANTECIPADO – NÃO CERCEAMENTO DE DEFESA, CONTRADITÓRIO OU DEVIDO PROCESSO LEGAL - QUESTÃO UNICAMENTE DE DIREITO – CONVENCIMENTO JUDICIAL (art. 131, CPC) – REDUÇÃO DO VALOR INDENIZATÓRIO – ALTERAÇÃO DOS CRITÉRIOS DE JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA.

1. O julgamento antecipado da lide é medida a ser imposta diante da matéria eminentemente de direito, ou, quando de direito e de fato, não existir necessidade de produção de prova em audiência. Nesse viés, o presente caso se justapôs, na medida em que o julgador de base, apreciando os fatos debatidos nos autos, teve apreciação da extensão de prova que se faz imprescindível à lide e, sobretudo, quanto àquelas necessárias para a formação do seu convencimento (CPC, art. 131), de onde cabe ao juiz na condução do processo indeferir as provas que entender inúteis ou meramente protelatórias, em homenagem aos princípios da economia e celeridade processual, não havendo por isso, que se cogitar de violação aos princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa.

2. Aos parâmetros do artigo 186 do CC/02, teve-se evidenciado o nexo de causa exigido para os fins de responsabilidade, haja vista os documentos de fls. 13/30, dando conta do recorrente como sendo a empresa autora da inserção da apelada em organismo de restrição ao crédito, fazendo surgir daquele modo o direito da recorrida de perceber indenização por danos morais, que prescinde de qualquer prova de repercussão patrimonial, porquanto, toda pessoa tem o direito a sua honra imaculada. A Constituição Federal de 1988, no art. 5º, V e X, consagrou definitivamente a indenização por dano moral, eliminando, assim, ao menos teoricamente as controvérsias sobre sua admissibilidade, estendendo-a às hipóteses não enumeradas expressamente em textos de leis.

3. Sabe-se que dano moral é fisicamente inquantificável. O seu fim é o alívio, a amenização, a diminuição dos sentimentos negativos suportados pelo ofendido, sob uma perspectiva de “correspondência” ou “proporcionalidade” e não de “equivalência”, buscando ainda sancionar o ofensor,

a fim de que ele não reitere a conduta ofensiva, razão pela qual reduzo o valor da indenização em R\$ 15.000,00, por entender como suficiente para ressarcir a apelada dos problemas que lhe foram impingidos pela conduta do banco-apelante e, ao mesmo tempo punir a empresa recorrente pela sua negligência e abusividade, de modo a torná-la mais cuidadosa, a fim de não repetir o ilícito ora combatido.

4. A interpretação que vigora para os juros referentes aos danos perpetrados sob a égide do antigo Código Civil, é que os juros moratórios serão de 6% ao ano até a vigência do novo Código Civil, passando a partir de então, a ser de 1% ao mês, de onde “nas obrigações provenientes de ato ilícito, considera-se o devedor em mora, desde que o praticou”. No mais, cumpre se entender que, tendo sido a indenização pelo dano moral fixada em valor determinado ao tempo da sentença, a correção monetária nela determinada, deve fluir a partir da data em que foi prolatada e não a partir da citação ou do evento danoso, já que o quantum estabelecido se encontrava atualizado, no momento da decisão. 5. Apelação conhecida. Recurso parcialmente provido. Unânime.

Acórdão n.º 66765/2007 - 4ª CC

Apelação cível n.º 5433/2006 - São Luís

Relatora: Des.ª Anildes de Jesus Bernardes Chaves Cruz.

Apelante: Banco Bradesco S/A.

Apelada: Leda Maria Leite Barros.

Sessão do dia 5.6.2007

Decisão: Conhecer e prover parcialmente. Unânime.

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – CONTRATAÇÃO DE EMPRÉSTIMO BANCÁRIO – USO DE “CPF” POR TERCEIRO – DENUNCIÇÃO À LIDE – REJEIÇÃO - RISCO DO EMPREENDIMENTO (não incidência da excludente prevista no art. 14, § 3º, inciso II do CDC) - COBRANÇA - INCLUSÃO INDEVIDA NA LISTA DA SERASA/SPC - DANO MORAL CARACTERIZADO – REDUÇÃO DA VERBA INDENIZATÓRIA – JUROS A PARTIR DO EVENTO DANOSO (SÚMULA 54 DO STJ).

1. A obrigatoriedade da denúncia da lide alcança, tão-somente, as situações de garantia própria, assim entendidas como aquelas onde se transmitem direitos (art. 70, incisos I e II, do CPC), não ocorrendo na

hipótese de garantia imprópria, na qual se inclui a responsabilidade daquele “obrigado, pela lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo do que perdera a demanda” (inciso III, art. 70, do CPC). De outro lado, o caso em tela aborda nítida relação de consumo que, nos termos do artigo 88 do CDC, veda a denunciação à lide de eventuais co-responsáveis para as hipóteses em que o fornecedor de serviços for demandado, isso em face de sua responsabilidade objetiva (CDC, arts. 14 e 18), não havendo que se falar em cerceamento de defesa se a questão de mérito dispensa a produção de provas em audiência, sendo conveniente e recomendável o julgamento antecipado da causa, na forma do inciso I do art. 330 do Código de Processo Civil.

2. Com efeito, a contratação cometida por terceiro, de posse dos documentos (CPF, CNPJ, RG, etc) do verdadeiro dono/portador, ou dos respectivos números, não pode ser considerada ato isolado e de exclusiva responsabilidade daquele (CDC, artigo 14, par. 3º, inc. II), para o fim de elidir a responsabilidade do contratado (apelante), se houve sua convivência no acatamento incondicional desses dados, pois a parte prejudicada (apelado), diante da ciência da fraude contra si produzida, buscou o banco para solucionar toda a celeuma em que fora envolvida, e como resposta, recebeu negligência e inércia na solução do transtorno causado, comportamento esse, de todo modo censurável do ponto de vista jurídico. Desta feita, in casu, não vigora a incidência da excludente prevista no artigo 14, § 3º, inc. II, do CDC, posto que, é dever das instituições bancárias checar de forma satisfatória e adequadamente a procedência e veracidade dos dados cadastrais que lhe são apresentados quando da contratação de seus serviços e produtos.

3. Assim, provado o acontecimento danoso (inclusão no cadastro da SERASA, SPC), bem como, a responsabilidade da apelante no evento, o dano moral fica evidenciado do próprio protesto, sem a necessidade de qualquer outra prova para a sua ocorrência, prevalecendo o entendimento de que basta a demonstração do nexos de causalidade entre o dano e a conduta do ofensor para que surja o dever de indenizar, condições essas, satisfatoriamente comprovadas no caso em epígrafe. Em relação à fixação da verba indenizatória pelo dano moral, a nosso ver, entendemos que o valor de R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais) apresenta-se exagerado, posto que, conquanto não se tenha na lei critérios para aferição de tal

dano, cabe se ter em mente que é razoável tudo aquilo que é sensato; comedido; moderado; ou seja, que guarda certa proporcionalidade, motivo pelo qual, deve ser reduzido o quantum indenizatório para o montante de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais). Juros na forma preconizada pela Súmula 54 do STJ.

4. Apelação conhecida. Recurso parcialmente provido. Unânime.

Acórdão.º 75621/2008 – 4ª CC

Apelação Cível nº 16548/2007 – São Domingos do Maranhão

Relatora: Des.ª Anildes de Jesus Bernardes Chaves Cruz.

Apelante: Banco do Nordeste do Brasil S/A.

Apelado: João Moraes de Sousa.

Sessão do dia 2.9.2008

Decisão: Conhecer e prover parcialmente. Unânime.

PROCESUAL CIVIL E REPONSABILIDADE CIVIL. CLIENTE VÍTIMA DE ROUBO NO ESTACIONAMENTO DE AGÊNCIA BANCÁRIA. AÇÃO DE REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS . APELAÇÃO CÍVEL . QUESTÕES PRÉVIAS . JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. NULIDADE DA SENTENÇA. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. ILEGITIMIDADE PASIVA AD CAUSAM. INSUBSISTÊNCIA. REJEIÇÃO. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DO DEVER DE SEGURANÇA. CONDUTA ILÍCITA . RESPONSABILIDADE OBJETIVA . DEVER DE INDENIZAR.

1. Não há falar-se em nulidade da sentença, em decorrência do cerceamento de defesa, ante o julgamento antecipado da lide, quando a matéria de mérito, embora sendo de direito e de fato, não necessita de novas provas em audiência.

2. É parte ilegítima para funcionar no pólo passivo da ação de reparação de danos, a instituição financeira proprietária de estacionamento onde ocorreu o assalto, em razão do dever de segurança que é inerente às instituições bancárias.

3. É ilícita a conduta do banco que, omitindo-se do dever de segurança, não toma as devidas cautelas para assegurar a incolumidade de seus clientes que utilizam o estacionamento de sua propriedade ainda que ele esteja locado a terceiro, impondo-se, por tal razão, o dever de indenizar os danos morais e materiais sofridos pela apelada.

4. Apelo conhecido e improvido.

Acórdão n.º 68171/2007 – 3ª CC

Apelação cível n.º 026912/2005 - Imperatriz

Relatora: Desª Cleonice Silva Freire.

Apelante: Banco Bradesco S/A.

Apelado: Transportes Coletivos Imperial Ltda.

Sessão do dia 23.8.2007

Decisão: Conhecer e negar provimento.

PROCESUAL CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. EXECUÇÃO. EXTINÇÃO DO FEITO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO. NOTA PROMISSÓRIA DESACOMPANHADA DE DEMONSTRATIVO CONTÁBIL. ABERTURA DE CRÉDITO . LIQUIDEZ E CERTEZA. AUSÊNCIA . RECURSO IMPROVIDO. UNANIMIDADE.

Em se tratando de execução com base em nota promissória dada em garantia, torna-se necessário ao banco exeqüente que traga aos autos demonstrativo contábil apto a comprovar, de modo irretorquível, que o crédito posto à disposição dos correntistas tenha sido efetivamente utilizado.

Não o fazendo, há de ser adotado que o título, isoladamente, não reúne os requisitos de liquidez e certeza. Súmula 258 – STJ.

Acórdão n.º 72636/2008 – 3ª CC

Apelação cível. 020541/2006 – São Luís

Relatora: Desa. Cleonice Silva Freire

Apelante: Banco Brasileiro de Descontos S/A

Advogado: Adalberto Gonçalves

Apelada: Dirceu Sperotto e Outra

Sessão do dia 10.4.2008

Decisão: Conhecer e negar provimento. Unânime.

COMERCIAL E PROCESUAL CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. CÉDULA INDUSTRIAL. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. COMPENSAÇÃO.APLICABILIDADE. APELO PARCIALMENTE PROVIDO. UNANIMIDADE.

1. Inobstante a possibilidade da cobrança da comissão de permanência em contratos estabelecidos pelos bancos, é indevida a sua contratação em notas e cédulas de crédito industrial, porquanto têm disciplina específica no Decreto-lei nº 413/69, art. 5º, parágrafo único, e art. 58, que prevê somente a cobrança de juros e multa no caso de inadimplemento, sendo ilegal a previsão de aplicação de qualquer outro encargo ou taxa, com vistas a lesar o referido diploma legal, conforme já assentou entendimento o Superior Tribunal de Justiça.

2. Na sucumbência recíproca, os honorários e custas devem ser repartidos proporcionalmente, ex vi do artigo 21, caput, do Código de Processo Civil, devendo ser compensada a parte reduzida do montante da Execução, mantido o percentual estipulado pela sentença recorrida, eis que adequado ao que preceitua o artigo 20, do Código de Processo Civil.

Acórdão nº.76248/2008 – 3ª CC

Apelação Cível nº. 013312/2007 – Imperatriz

Relatora: Desª. Cleonice Silva Freire

Apelante: Cerealista Imperatriz LTDA

Apelado: Banco do Brasil S/A

Sessão do dia 6.11.2008

Decisão: Conhecer e prover parcialmente. Unânime.

CONSTITUCIONAL. AÇÃO DECLARATÓRIA NEGATIVA. APELAÇÃO CÍVEL. INSTITUIÇÃO BANCÁRIA. LEI MUNICIPAL QUE REGULAMENTA TEMPO DE ESPERA PARA ATENDIMENTO DE CLIENTES EM BANCOS. NORMA DE INTERESE LOCAL. APELO IMPROVIDO. UNANIMIDADE.

Inserese no âmbito de competência legislativa do Município, a edição de lei que verse sobre o tempo máximo de atendimento aos clientes em instituição bancária, tendo em vista que tal matéria circunscreve-se aos interesses locais do município, não se confundindo com aquelas atinentes às atividades-fim das instituições financeiras, cuja competência legislativa é privativa da União.

Apelo improvido à unanimidade.

Acórdão nº. 77259/2008 – 3ª CC

Apelação Cível n.º 006168/2008 - Pinheiro

Relatora: Des.ª Cleonice Silva Freire.

Apelante: Banco do Brasil S/A.

Apelado: Município de Pinheiro.

Sessão do dia 6.11.2008

Decisão: Conhecer e negar provimento. Unânime.

PROCESSUAL CIVIL . APELAÇÃO CÍVEL . AGRAVO RETIDO . PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA. DENUNCIAÇÃO À LIDE REJEITADA . IMPROVIMENTO DO AGRAVO RETIDO. Existem elementos suficientes a remeter a culpa do ato ao BANCO, não havendo amparo à incidência do art. 70, inciso II do CPC, pois o Banco denunciante não demonstra que há previsão contratual ou legal que autorize a interveniência de terceiro na demanda. Assim, persiste a legitimidade passiva do Banco, considerando a realidade dos autos, ante a prova de que participou culposamente da abertura de conta fraudulenta e posterior saque. Agravo Retido improvido. INDENIZATÓRIA. DANOS MORAIS E MATERIAIS . NEGLIGÊNCIA DA INSTITUIÇÃO BANCÁRIA EM ABERTURA DE CONTA FRAUDULENTA. EXISTÊNCIA DE ATO INDENIZÁVEL. AUSÊNCIA DE EXCLUDENTE DE ILICITUDE.

Não cogito de ausência de culpa ou de que existisse exercício regular de direitos pelo Banco apelante, eis que a fraude alterando instrumento de alteração contratual da Empresa foi grosseira e facilmente perceptível em instituições bancárias onde a praxe usual afastaria a intenção criminoso, sem necessidade de aprofundados conhecimentos técnicos de perícia.

Faltou, evidentemente a cautela e zelo necessário na atividade da prestação do serviço bancário. Logo, não ocorreu nenhuma afronta à análise da prova (art. 333 CPC) na conclusão de culpa e responsabilidade pelo ato ilícito que trouxe prejuízos à apelada, restando correta e irretocável a Decisão que condenou o BANCO BRADESCO S/A a ressarcir pelos danos morais e materiais decorrente do ato que resultou em abertura de conta e saque de valores por pessoa que não detinha legitimidade para tanto. QUANTUM INDENIZATÓRIO. PRINCÍPIOS DE RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE . No que toca ao valor imposto na Sentença para reparar o abalo pelo dano material, devo enveredar por sua manutenção quando estabeleceu o valor correspondente a 50% (cinquenta por

cento), do valor indevidamente sacado por pessoa desautorizada, como percentual que a apelante detinha de direitos sobre a Empresa. Quanto ao ressarcimento pelos danos morais, fixados em R\$40.000,00 (quarenta mil reais), entendo estar divorciado dos critérios de razoabilidade e proporcionalidade, revelando excessivo caráter punitivo no repreender do causador do dano pela ofensa que praticou. Ao extrapolar aquelas diretrizes, foi mais além da regra do caráter compensatório, fazendo assumir ares de enriquecimento ilícito. Recurso conhecido e parcialmente provido apenas para reduzir o quantum de danos morais para R\$20.000,00 (vinte mil reais). Unanimidade.

Acórdão n.º 65711/2007 – 4ª CC

Apelação Cível n.º 18874/2006 – São Luís

Relatora: Desa. Etelvina Luiza Ribeiro Gonçalves

Apelante: Banco Bradesco S/A

Apelada: Conceição de Maria Carvalho Silva

Sessão do dia 10.4.2007

Decisão: Conhecer e prover parcialmente. Unânime.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO . APELAÇÃO CÍVEL. OMISSÃO QUANTO A ANÁLISE DO ART 14, INCISO II, § 3º DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E DO ART 1º DA LEI COMPLEMENTAR 105/2001. CULPA DO CONSUMIDOR EM RAZÃO DA OBRIGATORIEDADE DO SIGILO BANCÁRIO. INEXISTÊNCIA.

Alega o Banco Embargante que o acórdão resultante do julgamento do apelo contém omissões na análise da culpa do consumidor, por não ter assinado determinadas autorizações deixando o Banco inerte em razão da obrigatoriedade do sigilo bancário conforme os artigos epigrafados. Na realidade o consumidor compareceu várias vezes ao Banco, confirmou pessoalmente o cancelamento do cartão, alterando as senhas de acesso e tomando todas demais providências que o funcionário lhe fora determinadas.

Não cabendo ao Banco um mês depois do ocorrido ainda requerer Carta Explicativa do Embargado e ante sua negativa, em razão de todas as providências que já tomado, além do fato de que o cliente não havia co-

metido nenhuma incorreção. Assim, não cabe aqui o Banco Embargante, alegar culpa exclusiva do Embargado em razão de que exigência legal de sigilo bancário, até porque, o Banco dispôs de várias oportunidades logo após a ocorrência do fato para requerer quaisquer autorização do Embargado, portanto descabe os embargos opostos. Embargos rejeitados. Unanimidade.

Acórdão n.º. 67949/2007 – 4ª CC

Embargos de Declaração N.º. 016984/2006

Relatora: Des.ª. Etelvina Luiza Ribeiro Gonçalves.

Embargante: Banco do Brasil S.A.

Embargado: Victor Rogério Cavalcante Silva.

Sessão do dia 14.8.2007

Decisão: Rejeitar embargos. Unânime.

PROCESUAL CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. DANOS MORAIS. ABERTURA DE CONTA CORRENTE COM DOCUMENTOS FURTADOS. INSCRIÇÃO NOS ÓRGÃOS DE RESTRIÇÃO AO CRÉDITO.

O dano moral é evidente, pois o recorrido teve seu nome incluído em cadastros de devedores do SPC e SERASA em função de ato do BANCO recorrente, que deixou de adotar as cautelas necessárias, exigidas quando da abertura de conta corrente e entrega de talonário de cheques a terceiro que utilizava indevidamente os documentos do apelado. Na verdade, acaso não agisse com culpa (negligência ou imprudência) na prestação de serviços, evitaria a ilegal abertura de conta corrente e não forneceria talonário de cheques destinados a emissão fraudulenta. Logo, não há que se falar em ausência de responsabilidade do Banco ou ilegitimidade para suportar a demanda indenizatória, a qual é objetiva e também decorrente do risco da própria atividade econômica que exerce.

DANOS MORAIS. QUANTUM INDENIZATÓRIO. REDUÇÃO. Quanto ao ressarcimento pelos danos morais, fixados em R\$20.000,00 (vinte mil reais), este se divorcia dos critérios de razoabilidade e proporcionalidade, revelando excessivo caráter punitivo no repreender o causador do dano pela ofensa que praticou. Ao extrapolar aquelas diretrizes, foi mais além da regra do caráter compensatório, fazendo assumir ares de

enriquecimento ilícito. Conhecimento e improvimento do Recurso, mantendo a decisão monocrática.

Acórdão n.º 72831/2008 – 4ª CC

Apelação Cível n.º 018779/2006 - Imperatriz

Relatora: Des.ª. Etelvina Luiza Ribeiro Gonçalves

Apelante: Banco da Amazônia S/A.

Apelado: Gideljones Fernandes Sena.

Sessão do dia 22.4.2008

Decisão: Conhecer e negar provimento ao recurso. Manter decisão monocrática.

PROCESO CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. ATRASO NO CRÉDITO SALARIAL NA CONTA DO AUTOR POR CULPA DO BANCO. DEVOLUÇÃO DE CHEQUES. SITUAÇÃO CONSTRAINEDORA. CARACTERIZAÇÃO DE DANO MORAL IN RE IPSA. QUANTUM INDENIZATÓRIO ARBITRADO EM VALOR PROPORCIONAL AO DANO SOFRIDO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE DANO MATERIAL. EXCLUI A INDENIZAÇÃO. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

1. Para condenação em dano material, o autor deve comprovar a existência de tal decréscimo patrimonial, o que não ocorrera no presente caso.
2. O dano moral in re ipsa, deriva inexoravelmente do próprio fato ofensivo, de tal modo que, provada a ofensa, ipso facto está demonstrado o dano moral à guisa de uma presunção natural, que decorre das regras da experiência comum.
3. A quantia fixada pelo Juízo a quo, revela-se proporcional ao dano sofrido, pois observou a posição econômica do ofensor e do ofendido, bem como a gravidade do dano ocasionado, exercendo sua função lenitiva e punitiva. No entanto, deve o valor ser convertido para a quantia nominal de R\$ 6.000,00 (seis mil reais).
4. Recurso conhecido e improvido.

Acórdão n.º 68656/2007 – 2ª CC

Apelação Cível n.º 015546/2007 - SÃO LUÍS

Relatora: Desa. Nelma Celeste Souza Silva Sarney Costa

Apelante: Banco do Brasil S/A.

Apelado: Edimilson Ribeiro Diniz.
Sessão do dia 25.9.2007
Decisão: Conhecer e negar provimento.

PROCESSO CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. SAQUE DE CÉDULA FALSA FORNECIDA PELO BANCO. RES PONSABILIDADE OBJETIVA. REPERCUSÃO NA ESFERA MORAL DO PORTADO R. DANO DEVIDO.

1. O Apelado efetivamente retirou do caixa do Banco Apelante o valor de R\$ 1001,00 (mil e um reais) e dentre as notas estava uma cédula falsa de R\$ 50,00 (cinquenta reais) que o próprio Banco afirma que a origem das cédulas que recebe não é proveniente exclusivamente do Banco Central. Assim, temos que compete ao Banco verificar a falsidade ou não das cédulas que põe em circulação.

2. Não resta dúvida que ao tentar, no dia seguinte, efetuar uma compra com a cédula falsa, sendo a mesma recusada, o Apelado sofreu dano moral à sua reputação;

3. Apelo improvido.

Acórdão n.º. 68672/2007 – 2ª CC

Apelação cível n.º. 006706/2007 – São Luís

Relatora: Desa. Nelma Celeste Souza Silva Sarney Costa

Apelante: Banco BEM S/A

Apelado: Boaventura Assunção

Sessão do dia 25.9.2007

Decisão: Conhecer e negar provimento.

CIVIL E PROCESO CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. DEVOLUÇÃO DE CHEQUE POR CONTRA-ORDEM. AUSÊNCIA DE AUTO RIZAÇÃO DO CORRENTISTA. ILEGALIDADE. ATO ILÍCITO. CONDENAÇÃO. MINORAÇÃO. POSSIBILIDADE. JUROS DE MORA. INCIDÊNCIA A PARTIR DA CITAÇÃO. CORREÇÃO MONETÁRIA A PARTIR DA CONDENAÇÃO. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Conforme estabelecem as normas comezinhas ao direito bancário, a autorização da contra-ordem de pagamento de títulos de crédito deve ser expressa, através de meio eletrônico ou por escrito. A exegese do art. 333, II do CPC nos leva a afirmar que caberia ao Apelado a prova de que houve a autorização do correntista para que não fosse pago os títulos por ele emitidos.

2. Configura ato ilícito a contra-ordem de pagamento dada pelo banco sacado sem a autorização do correntista, fato este que enseja a condenação por danos morais e materiais. Contudo, em obediência ao princípio da razoabilidade, impõe-se a redução do quantum indenizatório para R\$ 12.000,00 (doze mil reais).

3. O art. 405 do Código Civil atesta que os juros moratórios devem incidir a partir da citação, sempre que a obrigação descumprida tiver natureza contratual, como é o caso.

4. Recurso Conhecido e Parcialmente Provido.

Acórdão n.º 65809/2007 – 2ª CC

Apelação Cível n.º 018828/2006 - SÃO LUÍS

Relatora: Desa. Nelma Celeste Souza Silva Sarney Costa

Apelante: Banco do Brasil S/A

Apelado: Teovaldo Gomes de Sousa

Sessão do dia 17.4.2007

Decisão: Conhecer e prover parcialmente.

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. RES PONSABILIDADE CIVIL. MOVIMENTAÇÃO BANCÁRIA. NÃO AUTORIZAÇÃO DA EMPRESA CORRENTISTA. ILICITUDE. DEVOLUÇÃO DE CHEQUES. INSUFICIÊNCIA DE FUNDOS. RESTRIÇÕES NO CRÉDITO. DANO MORAL. CONFIGURAÇÃO. APELO PROVIDO.

1. Agindo a instituição financeira por conta própria ao movimentar a conta bancária de empresa correntista e havendo devolução de cheques por insuficiência de fundos, responde o banco pelos danos morais advindos do ato.

2. Recurso provido.

Acórdão n.º 72272/2008 – 2ª CC

Apelação Cível n.º. 20996/2007 - Imperatriz
Relator: Des. Antonio Guerreiro Júnior
Apelante: C.M. Consultoria e Construção Ltda.
Apelado: Banco do Brasil S/A.
Sessão do dia 1.º.4.2008
Decisão: Prover recurso.

CIVIL E PROCESUAL CIVIL. INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. ENTREGA DE TALÃO DE CHEQUES A TERCEIRA PESSOA QUE SE APRESENTA COMO CORRENTISTA. CULPA OBJETIVA. REPARAÇÃO MORAL. POSSIBILIDADE. QUANTUM INDENIZATÓRIO. ADEQUAÇÃO AS PECULIARIDADES DA ESPÉCIE. REDUÇÃO PELO ÓRGÃO REVISOR. IMPOSSIBILIDADE.

1. O Banco é responsável pela guarda do talonário de cheques até sua efetiva entrega ao consumidor. (ST J, 4ªT, REsp 297.436/RJ, Rel. Ministro Hélio Quaglia Barbosa, j 28.11.2006, DJ 05.02.2007).
2. Quando os valores arbitrados a título de danos morais não se mostram ínfimos ou excessivos, fixados levando-se em consideração as peculiaridades da espécie, não há que se falar em redução pelo órgão revisor.
3. Recurso não provido.

Acórdão n.º. 70.330/2007- 2ª CC
Apelação Cível n.º. 09486/2007 - SÃO LUÍS
Relator: Des. Antonio Guerreiro Júnior:
Apelante: Unibanco – União de Bancos Brasileiros S/A.
Apelada: Maria Aparecida Silva Ramos.
Sessão do dia 18.12.2007
Decisão: Negar provimento.

CIVIL. APELAÇÃO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. BANCO. CLIENTE CONSTRANGIDA POR FUNCIONÁRIO PARA SAIR DA FILA E FAZER SUAS OPERAÇÕES NO CAIXA ELETRÔNICO. PROCEDÊNCIA DA DEMANDA. VALOR DA INDENIZAÇÃO. PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. APELO NÃO PROVIDO.

1. É devida, com base nos arts. 6º, VI, e 14, do CDC, a indenização por dano moral a cliente de banco que, após aguardar por longo tempo na fila, é constrangida, perante os demais clientes, através de interpelação do funcionário do caixa para que se retire da fila e faça suas operações no caixa eletrônico, sob o argumento de que a agência estava lotada;
2. Verificado que atende à proporcionalidade e razoabilidade o valor atinente à indenização por danos moral, não há que se falar em redução do quantum estabelecido pelo julgador a quo;
3. Apelo não provido.

Acórdão n.º 64482/2007 – 3ª CC

Apelação Cível n.º 019257/2006 – Eugênio Barros

Relator: Des. Cleones Carvalho Cunha

Apelante: Banco do Brasil S/A.

Apelada: Edileusa Ximenes de Abreu

Sessão do dia 25.1.2007

Decisão: Negar provimento.

PROCESSO CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. DEMANDA CONDENATÓRIA PROPOSTA EM FACE DE INSTITUIÇÃO BANCÁRIA – PLEITO DE DANOS MORAIS. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. TRANSFERÊNCIAS BANCÁRIAS INDEVIDAS REALIZADAS POR TERCEIRO. DEVER DE INDENIZAR DO BANCO CONFIGURADO. PROVI MENTO .

1. Deve-se inverter o ônus da prova (art. 333, II , do CPC) na ocorrência de transferências bancárias indevidas, cabendo à instituição bancária o ônus de provar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor;
2. Quanto à da fixação do quantum recompensatório, devem ser observadas as peculiaridades da causa, o dano causado e a capacidade econômica das partes, eis que a indenização por danos morais não pode se constituir em enriquecimento indevido do autor da demanda, à custa do réu;
3. Recurso provido.

Acórdão n.º 66361/2007 – 3ª CC

Apelação Cível n.º 25000/2006 – São Luís

Relator: Des. Cleones Carvalho Cunha.

Apelante: Danielle Maria Pires da Fonseca de Britto.

Apelado: Banco do Brasil S/A.

Sessão do dia 17.5.2007

Decisão: Prover recurso.

DIREITO CIVIL. APELAÇÃO. DEMANDA CONDENATÓRIA – PLEITO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. RESPONSABILIDADE CIVIL AQUILIANA. CONTRATO DE MÚTUO CELEBRADO JUNTO AO BANCO DO BRASIL. AUSÊNCIA DE ASSINATURA DO MUTUÁRIO. LIBERAÇÃO DE QUANTIA À REVELIA DO MUTUÁRIO. DÍVIDA INDEVIDA. DEVER DE INDENIZAR CONFIGURADO. POTENCIALIDADE LESIVA DA COBRANÇA DE DÍVIDA INDEVIDA PARA ENSEJAR ABALO MORAL. VALOR DA CONDENAÇÃO. PROPORCIONALIDADE. NÃO PROVIMENTO.

1. Cobrança de dívida indevida detém potencialidade lesiva para causar abalos psíquicos;
2. O dano moral não exige prova, a lesão é ipsa re, bastando, tão-somente, a demonstração do ilícito, detentor de potencialidade lesiva;
3. A indenização por dano moral não deve servir à obtenção de vantagem pecuniária excessiva, mas revestir-se de dupla função: medida pedagógica em relação ao causador do dano; e recompensatória do lesado;
4. A indenização por danos morais não se justifica acaso venha a constituir-se em enriquecimento indevido, pois, deve o arbitramento operar com razoabilidade, proporcionalmente ao grau de culpa, à gravidade da lesão e ao porte econômico das partes;
5. Apelação não provida.

Acórdão n.º. 70003/2007 – 3ª CC

Apelação Cível n.º. 20938/2007 – São Luís

Relator: Des. Cleones Carvalho Cunha.

Apelante: Banco do Brasil S/A.

Apelado: Railton Rodrigues França.

Sessão do dia 6.12.2007

Decisão: Negar provimento.

CIVIL. APELAÇÃO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. SAQUE INDEVIDO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. CONFIGURADO DEVER DE INDENIZAR DO BANCO. PROVIMENTO PARCIAL.

1. Deve-se inverter o ônus da prova (art. 333, II, do CPC) na ocorrência de saques indevidos, cabendo à instituição bancária o ônus de provar fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor;
2. Quanto à fixação do quantum recompensatório, devem ser observadas as peculiaridades da causa, o dano causado e a capacidade econômica das partes;
3. Sentença modificada apenas no capítulo referente à correção monetária e aos juros moratórios;
4. Recurso parcialmente provido.

Acórdão n.º 70595/2008- 3ª CC

Apelação Cível n.º 022261/2007 - Imperatriz

Relator: Des. Cleones Carvalho Cunha.

Apelante: Banco ABN AMRO REAL S/A.

Apelada: Dália Ribeiro Santana.

Sessão do dia 17.1.2008

Decisão: Prover parcialmente.

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS . DEVOLUÇÃO DE CHEQUES POR MOTIVO DIVERSO AO DO EXTRAVIO. INSCRIÇÃO NA SERASA. APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. PRESCRIÇÃO E ILEGITIMIDADE PASSIVA. REJEITADAS. CONDUTA ILÍCITA E NEXO CAUSAL CONFIGURADOS. NEGLIGÊNCIA DO BANCO COMPROVADA. DANOS MORAIS. REDUÇÃO DO VALOR DA INDENIZAÇÃO. PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. PARCIAL PROVIMENTO.

1. Não há que se falar em prescrição quando entre a data do conhecimento do dano (expedição da certidão do cartório de protestos) e o ajuizamento da ação de reparação não transcorreu o prazo de cinco anos previsto no art. 27 do Código de Defesa do Consumidor;
2. Comprovado o nexo causal entre os atos comissivos/omissivos e o abalo moral causado, uma vez demonstrada a negligência da instituição

bancária que devolveu cheques por motivo diverso ao do extravio, fica configurado o dano moral puro, sendo dispensável a prova do efetivo prejuízo;

3. Verificado que foge à proporcionalidade e razoabilidade o quantum atinente à indenização por danos morais, faz-se imperiosa a redução;

4. Apelo parcialmente provido.

Acórdão n.º 76209/2008 – 3ª CC

Apelação Cível n.º 013583/2008 – São Luís

Relator: Des. Cleones Carvalho Cunha

Apelante: Banco ABN AMRO REAL S/A

Apelado: Samira Sampaio Salomão

Sessão do dia 25.9.2008.

Decisão: Prover parcialmente.

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. INCLUSÃO INDEVIDA NO SERASA. DÚVIDA ORIUNDA DE PESSOA HOMÔNIMA DO OFENDIDO. NEGLIGÊNCIA E IMPRUDÊNCIA DA INSTITUIÇÃO BANCÁRIA. DANOS MORAIS. VALOR DA INDENIZAÇÃO.

Comete ato ilícito, que gera o dever de indenizar, aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito de outrem, causando-lhe dano, ainda que exclusivamente de ordem moral.

No caso em tela, o autor sofreu danos por ter seu nome indevidamente inscrito no cadastro do SERASA, em virtude de uma dívida adquirida por uma pessoa homônima sua, gerando o dever de indenizar da instituição bancária, pelo fato de, agindo com negligência e imprudência, celebrar contrato sem exigir os documentos pessoais necessários do celebrante, e sem certificar-se de que o nome encontrado no banco de dados utilizado para pesquisa era da real devedora, antes de enviá-lo ao cadastro de proteção ao crédito.

Na ação que tem por objeto reparação de danos morais, impõe-se ao órgão julgador, à ausência de critérios objetivos estabelecidos em lei, arbitrar o quantum a ser pago ao ofendido, evitando quantia irrisória que faça perder a finalidade da compensação pelas dores sofridas, bem como

valor excessivo que converta essas dores em instrumento de captação de vantagem. Destarte, o valor arbitrado pelo juízo monocrático revelou-se suficiente e correto, motivo pelo qual impõe-se sua manutenção.

Apelação conhecida e improvida.

Acórdão n.º. 60096/2006 – 1ª CC

Apelação Cível n.º. 026439/2005 – São Luís

Relator: Desembargador Jamil de Miranda Gedeon Neto

Apelante: Banco do Brasil S/A

Apelado: Eliseth Barbosa de Sousa

Sessão do dia 11.5.2006

Decisão: Conhecer e negar provimento.

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. CHEQUES DE TERCEIRO LANÇADOS EQUIVOCADAMENTE EM CONTA DE OUTRO CLIENTE. DEVOLUÇÃO POR FALTA DE FUNDOS. INSCRIÇÃO INDEVIDA NO SERASA. ATO ILÍCITO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO BANCO. INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.

Age com manifesta negligência o Banco que deixa de adotar os mais elementares cuidados para a conferência de dados relativos a cheques supostamente emitidos por determinado cliente seu, devolvendo-os equivocadamente por falta de fundos e procedendo a inscrição indevida do seu nome no SE RASA, incorrendo, pois, em prática de ato ilícito gerador da obrigação indenizatória por responsabilidade civil.

Está sedimentado na jurisprudência o entendimento segundo o qual são aplicáveis aos bancos as normas do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, que estabelecem a responsabilidade civil objetiva do fornecedor de serviços, pelos riscos da sua atividade.

O quantum indenizatório fixado na sentença apelada se mostra em descompasso com os critérios de razoabilidade e proporcionalidade recomendados pela doutrina e adotados pela jurisprudência dos tribunais, devendo, por isso, ser reduzido para patamar compatível com os valores aplicados em casos semelhantes, que em regra situam-se entre 05 (cinco) a 10 (dez) vezes o valor da operação financeira que gerou a restrição indevida do crédito da parte ofendida.

A indenização por dano moral visa de um lado reparar o quanto possível a ofensa causada à honra da pessoa, sem se transformar, no entanto, em causa de enriquecimento desta, e de outro lado impor ao ofensor punição adequada ao ilícito por ele praticado, devendo, por isso, o seu quantum ser fixado com moderação, levando-se em conta os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade em relação à intensidade da ofensa, à condição sócio-econômica da vítima e a capacidade econômica do ofensor. Recurso de apelação conhecido e parcialmente provido.

Acórdão n.º. 66662/2007 - 1ª CC

Apelação Cível n.º. 018891/2006 – São Luís

Relator: Desembargador Jamil de Miranda Gedeon Neto

Apelante: Banco do Brasil S/A

Apelado: Maria Suely Borgneth de Araújo

Sessão do dia 31.5.2007

Decisão: Conhecer e prover parcialmente.

RESPONSABILIDADE CIVIL. DÉBITO AUTOMÁTICO. PAGAMENTO NÃO EFETUADO PELO BANCO. INSCRIÇÃO INDEVIDA DO NOME DO DEVEDOR NO SERASA. DANO MORAL.

1. Responde o estabelecimento bancário pelos danos morais ocasionados ao cliente em virtude de transtornos e incômodos decorrentes do não pagamento de dívida quando autorizado o adimplemento por débito em conta.

2. O Código de Defesa do Consumidor responsabiliza o fornecedor, independentemente da existência de culpa, pelo reparo dos danos causados ao consumidor em decorrência de defeitos na prestação dos serviços.

3. O valor arbitrado na indenização por danos morais deve atender a uma dupla finalidade: reparação e repressão. Observando-se a capacidade econômica do atingido, assim como a do ofensor, de molde que não haja enriquecimento injustificado, mas que também não lastreie indenização que não atinja o caráter pedagógico a que se propõe.

4. Apelo parcialmente provido.

Acórdão n.º. 63566/2006 – 1ª CC

Apelação Cível n.º. 7847/2006 – São Luís

Relator: Des. Jorge Rachid Mubárack Maluf

Apelante: Banco do Brasil S/A.

Apelado: Lamartine Araújo Cavalcante

Sessão do dia 23.11.2006

Decisão: Prover parcialmente.

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS. COMPENSAÇÃO DE CHEQUE. ESTORNO CHEQUE COM ASINATURA DIVERGENTE. DEFEITO NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. DANO MORAL COM FIGURADO. SALDO NEGATIVO .

1. A liberação indevida de valores depositados mediante cheque, antes de realizada a devida compensação, induz a erro o titular da conta, que ao emitir cheques acreditando ter crédito, os tem devolvido por falta de provisão de fundos, causando-lhe danos morais.

2. O banco responde pelos danos decorrentes da falta na prestação do serviço.

3. Toda e qualquer indenização por danos morais deve se fixar por limites dotados de razoabilidade, pois se a tempo se presta a proporcionar o justo ressarcimento da lesão provocada, de outro lado não pode representar o enriquecimento sem causa da vítima.

4. Apelo parcialmente provido.

Acórdão n.º 74809/2008 – 1ª CC

Apelação Cível n.º 13301/2007 - Carolina

Relator: Des. Jorge Rachid Mubárack Maluf

Apelante: Agmar Francelino de Moura

Apelado: Banco do Brasil S/A.

Sessão do dia 17.7.2008

Decisão. Prover parcialmente.

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS. DESCONTO EM CONTA CORRENTE. PENSÃO ALIMENTÍCIA.

1. Mostra-se correto o julgamento antecipado da lide por se tratar de

questão preponderantemente de direito, situação que não importa em cerceamento de defesa e que observa os princípios da economia e celeridade processual. Preliminar rejeitada.

2. Insubsistente a alegação de carência de ação quando presentes os pressupostos do art. 267, VI, do CPC. Preliminar rejeitada.

3. Verificando-se nas razões do recurso o inconformismo com o provimento judicial atacado, não há que se falar em não conhecimento do apelo, por ausência de ataque específico dos fundamentos da sentença. Preliminar rejeitada.

4. Não ocorre inovação nas razões recursais quando a matéria tratada já foi ventilada na contestação.

5. O Banco ao utilizar para pagamento de parcelas de financiamento valores devidos ao filho da creditada, e por se tratar de quantia relativa à verba alimentícia com caráter pessoal e intransferível, age ilicitamente, devendo responder pelos danos causados.

6. Toda e qualquer indenização por danos morais deve ser fixada dentro dos limites dotados de razoabilidade, pois se a tempo se presta a proporcionar o justo ressarcimento da lesão provocada, de outro lado não pode representar o enriquecimento sem causa da vítima.

7. Apelo parcialmente provido.

Acórdão n.º. 76702/2008 – 1ª CC

Apelação Cível n.º. 13578/2008 – São Luís

Relator: Des. Jorge Rachid Mubárack Maluf

Apelante: Banco do Brasil S/A.

Apelado: César Augusto de Souza Gomes Thimoteo

Sessão do dia 16.10.2008

Decisão: Prover parcialmente.

APELAÇÃO CÍVEL. PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. NEGÓCIO JURÍDICO BANCÁRIO. NOTA PROMISSÓRIA DESACOMPANHADA DO CONTRATO QUE LHE DEU ORIGEM. ILIQUIDIZ DO TÍTULO. EXTINÇÃO DO FEITO EXECUTÓRIO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO . VIABILIDADE.

1. Muito embora a nota promissória se configure, em tese, título de crédito dotado de abstração e autonomia, desvinculada do negócio jurídi-

co subjacente, tal princípio não deve ser aplicado aos negócios jurídicos bancários.

2. O Princípio da Isonomia, dogma constitucionalmente consagrado, é fonte referencial na defesa do cliente-usuário do sistema bancário. Em verdade, o viés adesivo das avenças firmadas e o poderio econômico das instituições implicam na submissão quase completa do cliente às circunstâncias procedimentais impostas pelos bancos.

3. Com efeito, o valor consignado na nota promissória, por vezes, não reflete a dívida efetivamente assumida pelo executado, vez que, considerando as práticas das instituições financeiras, a referida quantia pode ser resultado do cômputo exacerbado de juros ou garantias excessivas que o cliente bancário, diante de sua vulnerabilidade frente aos bancos e da necessidade do crédito, foi levado a assumir. A juntada aos autos do contrato que deu origem ao título, portanto, é imprescindível não apenas para que o devedor tenha ciência do quanto além do que efetivamente contraiu está pagando, mas, principalmente, para que possa aferir eventuais abusos praticados pelas instituições quando da atualização da dívida.

4. Ademais, se o encargo previsto na cambial ainda for de responsabilidade dos sujeitos que participaram do negócio jurídico originário, nada justifica que o devedor fique impossibilitado de suscitar razões eventualmente ilícitas que o levaram a reconhecer o débito previsto no documento. A abstração tem por pressuposto a circulação do título de crédito. Apenas quando este é transferido para terceiros de boa-fé opera-se o desligamento entre o documento e pacto em que teve origem.

Acórdão n.º. 67475/2007 – 2ª CC

Apelação Cível n.º. 07988/2006 – São Luís

Relator: Desembargador Marcelo Carvalho Silva

Apelante: Banco do Brasil S/A

Apelados: São Vicente Drogas LTDA e outros

Sessão do dia 17.7.2007

Decisão: Extinguir o feito executório sem resolução do mérito.

DIREITO CIVIL. SAQUE INDEVIDO. CLONAGEM DE CARTÃO. RES-

PONSABILIDADE DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA.

1. As instituições financeiras estão, todas elas, alcançadas pela incidência das normas veiculadas pelo Código de Defesa do Consumidor, consoante entendimento do STF.

2. A ocorrência de saques irregulares da conta e poupança de correntista, não caracteriza culpa exclusiva da vítima ou terceiro, mas demonstra a fragilidade do sistema de segurança implantado pela instituição financeira, de quem é dever cercar-se do suporte tecnológico necessário para manter o seu sistema protegido.

3. O só fato de o banco assumir a responsabilidade pelos danos matérías não o exime da obrigação de arcar pelos danos morais, pelo contrário, demonstra o conhecimento da má prestação de serviço efetuada.

4. Recurso provido.

Acórdão n.º. 64552/2007 – 4ª CC

Apelação Cível n.º. 18878/2006 – São Luís

Relator: Des. Milson de Souza Coutinho

Apelante: Márcio Gomes Assub

Advogados: Drs. Ruy Eduardo Villas Boas Santos e outros

Apelado: Banco do Brasil S/A

Sessão do dia 30.1.2007

Decisão: Prover recurso.

ACÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. FATO ILÍCITO. PROTESTO INDEVIDO. RESPONSABILIDADE CIVIL. DÍVIDA PAGA NO PRAZO. LEGITIMIDADE PASIVA DO BANCO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA.

Indevidamente protestado título já quitado, desse ato ilícito naturalmente sobrevém o dano moral pretendido, que merece a devida reparação. Banco que, na condição de mandatário, não observa determinação do endossante para providenciar a baixa de título já quitado e procede a protesto indevido responde solidariamente com este pelos danos morais causados.

Recurso em que não resta patente a tempestividade é de ser desconhecido.

1ª Apelação conhecida e improvida, para manter a sentença de 1º Grau.

2ª apelação não conhecida, por intempestiva.

Acórdão n.º 64772/2007 – 4ª CC

Apelação Cível n.º 18669/2006 - SÃO LUÍS

Relator: Des. Milson de Souza Coutinho

1º Apelante: RTN Informática LTDA.

2º Apelante: BMI – Eletrônica IND. & COM. LTDA.

Sessão do dia 6.2.2007

Decisão: 1ª apelação: Conhecer e negar provimento.

2ª apelação: Intempestivo. Não conhecer.

APELAÇÃO CÍVEL – PRELIMINARES: CERCEAMENTO DE DEFESA E NULIDADE DA DECISÃO – IMPOSSIBILIDADE – COBRANÇA DE DÉBITO – ASINATURA FALSA EM AVENÇA DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA – SUSPEITA DE FRAUDE – NEGLIGÊNCIA DO BANCO – AMEAÇA – INSCRIÇÃO INDEVIDA EM CADASTRO RESTRITIVO DE CRÉDITO – DANO MORAL – ADMISIBILIDADE – RECURSO IMPROVIDO.

- Afasta-se a preliminar de cerceamento de defesa, pois tornou-se possível o julgamento antecipado, dispensando-se a produção de outras provas sem ofensa ao disposto no art. 5º, LV e LIV, da CF.

- A preliminar de nulidade da decisão por ausência de fundamentação, também, não pode prosperar, uma vez que a sentença analisou as questões suscitadas e está suficientemente fundamentada para os fins dos arts. 93, IX, da CF e 165 e 458, do CPC. O magistrado a quo ofertou as suas razões em decisão que permite a compreensão da sua motivação.

- Age com flagrante desrespeito o banco que mesmo informado de que a assinatura constante do contrato de alienação fiduciária era falsa, envia, assim mesmo, o nome da vítima aos cadastros de proteção ao crédito.

- Presente, na hipótese, o dano moral, pelo envio do nome da requerente a uma lista de restrição de crédito, passível de reparação em pecúnia.

- Torna-se negligente, a instituição bancária que deixa de adotar equipamentos seguros, com o propósito de evitar que falsários se utilizem de documentos falsificados para adquirirem bens em nome de terceiros.

- Prevalece a versão da requerente, em face do princípio da verossimilhança das alegações, bem como da inversão do ônus da prova em desfa-

vor do acusado.

- Quantum indenizatório deve ser sopesado pelos critérios subjetivos de cada caso, com o objetivo de tentar quantificar a dor experimentada em razão do dano emocional causado a outrem.

- Quantum mantido.

- Apelo improvido.

Acórdão n.º 71930/2008 – 4ª CC

Apelação Cível n.º 018586-2007 – São Luís

Relator: Des. Milson de Souza Coutinho.

Apelante: Banco Fiat S/A.

Apelada: Maria de Jesus Pinto Ferraz.

Sessão do dia 11.3.2008

Decisão: Negar provimento.

APELAÇÃO CÍVEL. PRELIMINAR. JULGAMENTO EXTRA PETITA. INOCORRÊNCIA. AÇÃO DESTINADA À RESTITUIÇÃO DE RECURSOS REFERENTES AO FGTS. DEPÓSITO PROCEDIDO EQUIVO CADA MENTE NO BANCO DO ESTADO DO MARANHÃO, QUE POR SUA VEZ, REPASSOU À CAIXA ECONÔMICA FEDERAL, PORÉM, COM VALOR INFERIOR AO POR ELE RECEBIDO. DIREITO DO AUTOR A RECEBER A DIFERENÇA QUE SOFREU DEFASAGEM EM FACE DA DESVALORIZAÇÃO DA MOEDA EM CONSEQÜÊNCIA DOS SUCESSIVOS PLANOS ECONÔMICOS ACOMPANHADOS PELOS ÍNDICES OFICIAIS EXPEDIDOS. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. OCORRÊNCIA. LEGALIDADE. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

- “(...) Não há decisão extra petita quando o juiz examina o pedido e aplica o direito com fundamento diversos dos fornecidos na petição inicial (JTJ 164/176) (...)”. Assim é que os expurgos inflacionários por ser medida que independe de requerimento da parte é dever do juiz, na sentença, determinar quando for o caso.

- É direito líquido e certo do autor à restituição mediante ajuste de correção monetária por ocasião de sua demissão, das parcelas referentes ao FGTS, depositados no Banco/réu, pois só assim, em face da desvalorização da moeda, evita-se, em conseqüência, o injustificável prejuízo ao interessado, no caso, o Autor/apelado.

- Disso resulta, que, o meio eficaz para sua apuração, é a providência da concretização dos cálculos pela Contadoria Judicial, evitando-se, assim, o enriquecimento sem causa de uma das partes, em detrimento da outra, o que é defeso por nosso ordenamento jurídico.

- Recurso a que se nega provimento.

Acórdão n.º. 75130/2008 – 4ª CC

Apelação Cível n.º. 008306/2008 - SÃO LUÍS

Relator: Des. Milson de Sousa Coutinho.

Apelante: Banco do Estado do Maranhão-BEM.

Apelado: Raimundo Teles Sena.

Sessão do dia 5.8.2008

Decisão: Negar provimento.

APELAÇÃO CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. INSTITUIÇÃO BANCÁRIA. DEFEITO NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO (CDC, ART. 14). RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. FRAUDE NA CONCESSÃO DE EMPRÉSTIMO. SAQUE INDEVIDO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA. FIXAÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO. OBEDIÊNCIA AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. NÃO INCIDÊNCIA DE MULTA PREVISTA NO ART. 475-J DO CPC. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. A instituição bancária responde objetivamente pelos danos causados aos seus clientes na prestação de serviços, em face da inteligência do art. 14 do CDC, exceto quando houver comprovação de culpa exclusiva da vítima, que não é o caso;

2. A fraude na concessão de empréstimo bancário, bem como, o saque indevido na conta-corrente da correntista realizado por funcionário do banco caracterizam a ocorrência do ilícito ensejador dos danos sofridos pela autora.

3. O valor da indenização por danos morais quando fixado em valores razoáveis e proporcionais, observando, adequadamente, as circunstâncias do caso, em especial, a gravidade da ofensa, as condições econômicas das partes e a natureza inibitória e penalizadora da indenização, não merece reforma.

4. Quanto à multa de 10% (dez por cento) fixada na sentença em decorrência do disposto no art. 475-J do CPC, não se aplica à espécie, tendo em vista que o prazo só começa a fluir após o trânsito em julgado da sentença.

5. Apelo parcialmente provido.

Acórdão n.º. 66371/2007 – 3ª CC

APelação Cível n.º. 000200/2007 - Bacuri

Relator: Des. Stélio Muniz

Apelante: Banco do Brasil S/A

Apelada: Lucenilde Rosa

Sessão do dia 17.5.2007

Decisão: Prover parcialmente.

DISCURSOS

DISCURSO DO DESEMBARGADOR RAIMUNDO FREIRE
CUTRIM POR OCASIÃO DE SUA POSSE NA PRESIDÊNCIA
DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO MARANHÃO,
OCORRIDA EM 21/12/2007.

Não ousaria ser deselegante, senão despropositado, enunciar no contexto destas palavras, que se devem ater ao solene e ao formalismo da hora, algumas palavras que digam respeito à minha vida pessoal.

Entretanto, não pude resistir. Assim, não sem algum mal disfarçado pejo, tenho a lhes falar daquilo que poderia legendar como sendo a saga do “patacho à toga”. (Para aqueles que desconhecem a expressão, corrente no interior maranhense e registrada como “brasileirismo” pelo Aurélio, “patacho” é facão de lâmina larga e curta, de utilização nos tratos da lavoura).

Pois bem, hoje em dezembro de 2007, levanto o espírito ao bom Deus para agradecer-LHE o quanto de benesses foi cumulado este teu servo.

E lá me vejo, menino entre dez irmãos, em Olinda Nova, então pertence ao município de Matinha, todos buscando, sob a chefia do patriarca Ozéas e da matriarca Rosina, a dura sobrevivência nos inclementes embates da indigente faina da roça diária, mercê a ajuda do sempre afiado patacho, da rija enxada e da máquina de costura.

Esse quadro perdurou até os dezenove anos, quando a família achou prudente desemburrar o rapaz. Seguiu-se, assim, a escola primária, em Olinda, com as professoras Eulina Soares Campos e Maria Madalena Atta de Castro, concluída em Matinha com as professoras Iraci e Euzébia Costa – pessoas a quem devo imorredoura lembrança e inefável gratidão: elas me abriram os olhos para o saber.

E porque as primeiras letras escolares são o despertar da vida intelectual, a seqüência do Liceu Maranhense e da Faculdade de Di-

reito, sem nenhum demérito, devem ser registrados como referências antes do galardão final da toga da magistratura, agora magnificada com o arminho e a púrpura da Presidência.

Essa, em breve resumo, a antes referida saga “do patacho à toga”, tudo a expressar tão só a marcha pessoal de um homem da Baixada Maranhense, acostumado ao cedo despertar matutino na certeza de que o dia, qualquer que seja, sempre guarda algo de importante a ser realizado, começado e acabado. Assim, também como vendedor ambulante de café com pão no Mercado Central, na profissão de radialista, comerciário, vendedor e propagandista de remédios, tantos quantos, por igual honrados, foram experimentados antes da toga da magistratura.

Eis porque, no respaldo do desempenho administrativo já demonstrado no exercício da Corregedoria-Geral, predispus-me a aceitar o voto de confiança de meus ilustres pares para mais este desafio que hoje se inicia.

Registra-se, pois, que poucas não foram as conquistas de ordem administrativa alcançadas naquele precedente patamar, alguns destacáveis por sua precípua importância:

- Aquisição, junto ao Governo do Estado, do prédio onde funcionava o Tribunal de Contas, para instalação da Corregedoria Geral da Justiça, em fase final de reforma.

- Implantação final da sempre adiada penhora “on-line”, atrasada já de muitos anos no âmbito da justiça comum estadual.

- Redução das entrâncias para três graus.

- Criação da assessoria de juízes de primeira e segunda entrâncias.

- Diminuição da diferença de 10% para 7% na remuneração entre entrâncias.

- Instalação do Centro Eletrônico de Consultoria de Processos, na Capital e em Imperatriz.

- Balcão drive-in para entrega de petições no Fórum de São Luís.

- Programa “Fala Audiência”, no âmbito criminal, em São Luís.

O olhar pelo retrovisor, gratificante que seja, não é suficiente quando a estrada pela frente se abre desafiadora e plena de metas a serem conquistadas.

E tenho certeza que, forte na providência divina, respaldado neste confiável colégio de Desembargadores e apoiado pelos servidores desta Casa – os quais nunca me faltaram nas horas difíceis – pretendo deixar nestes dois anos de Presidência algo a ser marcante na história do Tribunal.

Dessa maneira, envidarei esforços, na medida do possível, para que sejam removidos dois grandes fatores, hoje, de estrangulamento da justiça estadual.

Torna-se urgente, em primeiro lugar, dar início às obras da nova sede deste Tribunal, em terreno já escolhido ao lado da futura sede da Assembléia Legislativa, no Calhau. Este velho prédio da Avenida Pedro II, não obstante inúmeros anexos que lhe foram acrescentados, hoje se mostra obsoleto, saturado e funcionalmente inadequado como serviço público. Dimensionado para outra sociedade consumerista, o só faltar-lhe um estacionamento tornou-o impréstável como local de acesso público.

Por igual, torna-se inadiável a ampliação do Fórum do Calhau, em terreno ocioso ali existente. Este então, mais do que saturado, não suportará o acréscimo de doze novas varas, que estão a reclamar urgente instalação, sem abandonar o programa de construção e recupe-

ração dos fóruns do interior, que, em alguns casos, já não atendem às necessidades locais.

No plano funcional, alguns problemas a solucionar talvez só na aparência sejam críticos, aptos a serem removidos de forma instantânea com a edição de um só Provimto.

Fala-se por isso, com a justa irrisignação dos senhores advogados, no entrave das 48 horas impostas pelo Banco para atender aos Alvarás de levantamento de dinheiro. Conceda-se, no entanto, que se a exigência bancária é feita unicamente em prol da segurança do correto pagamento, essa insegurança é afastada pelos meios eletrônicos hoje disponíveis.

Assim, basta um provimto exigir que os Alvarás contemham em seu texto, necessária e obrigatoriamente, indicações eletrônicas do Juízo e/ou da Secretaria do órgão expedidor que permitam à gerência bancária certificar-se incontinenti da veracidade do documento requisitório. Falar-se em 48 horas para cumprir uma ordem judicial de pagamento à vista e, além de abusivo, atentatório ao princípio constitucional da celeridade processual (Constituição Federal, art. 5º, inciso 78). Vê-se assim que o problema não existe; o que existe é a falta de um Provimto regulamentador.

Ainda na área temática do Alvará estudar-se-á, em linha de hábil Provimto, a expedição de Alvarás distintos, de tal forma que não se misturem interesses das partes e de seus advogados, no que respeita a honorários sucumbenciais e contratados.

Em perspectiva regimental ou quando menos de simples resolução, impõe-se ser atribuído melhor tratamento aos senhores advogados que pretendam fazer sustentação oral. Neste passo, não para burocratizar a espécie, mas com o intuito exclusivo de facilitar as inscrições para sustentação oral, vale dizer para inversão de pauta, poderão ser feitas eletronicamente, de véspera, ocasião em que, de forma providencial, poderá o advogado certificar-se de eventual ausência do relator e/

ou revisor no dia anterior à sessão do julgamento.

Outra providência de primeiro momento, embora simples, mas de especial relevância, é a implementação do Diário da Justiça eletrônico, já formalizado, devendo ser encaminhado aos membros da Corte para apreciação.

Este momento solene cria uma tribuna privilegiada: não em decorrência da pessoa que momentaneamente a ocupa, desvaliosa por si, mas em virtude da dimensão formal do cargo a que pertence – a Presidência de um Tribunal de Justiça estadual. Insta, por isso, que suba ao plano institucional.

Nesta oportunidade, aponta-se, em solução de lege ferenda, o descompasso legislativo que passou a existir no Brasil de hoje, no plano da normatividade atinente à eleição para os órgãos diretivos dos tribunais. Fala-se, portanto, no contraste entre eleição democrática e eleição elitista.

Com efeito, dispõe o art. 102 da Lei Complementar 35, de março de 1979 – LOMAN, que os tribunais elegerão “dentre seus juízes mais antigos” para os cargos de direção, a saber: Presidente, Vice-Presidente e Corregedor-Geral.

De outro lado, a Constituição Federal de 1988, com as emendas, em vigor, no pormenor dessa eleição, estatuiu apenas ser competência dos tribunais “eleger seus órgãos diretivos”. E mais não disse. Ou seja, não criou limitações ou regras condicionantes para o pleito, e muito menos remeteu dita eleição a ser feita na forma da lei.

Ora, em face desse quadro normativo, qualquer intérprete haverá de inferir, diante da eminente superioridade hierárquica que o Código Político Federal está investido no sistema de ordenamento jurídico nacional, que a eleição nos tribunais deverá ter por baliza inafastável aquilo que a Constituição dispõe e não, por óbvio, aquilo que foi disciplinado em diploma legislativo de data anterior a 1988, de duvidosa

recepção, no particular, é de ver-se, pela Carta Maior atual.

Enunciado o perfil nomológico, trocado em miúdo o problema está em que os tribunais brasileiros, todos, podem eleger para sua direção somente três dos seus juízes mais antigos, ainda que sua composição exceda de cem membros. Essa é a regra que está na LOMAN, mas que, repete-se, não foi repetida na Constituição de 1988.

Registre-se, ademais, que essa regra sufocante de direito individual não é estigmatizada tão só pelo seu caráter anti-republicano e nada democrático, mas também porque tem se revelada nociva no momento de sua aplicação prática. Assim é que, mercê sua imperativa invocação, os tribunais são compelidos a recrutar seus gestores necessariamente na faixa dos seniores, é dizer, entre aqueles juízes que, quase sempre, já estão no portal da aposentadoria compulsória, sabido é que a idade biológica, regra invariável, se convizinha com antiguidade na Corte.

Resultado funesto ocorrido neste tribunal: no último biênio, a corte teve nada menos que 4 (quatro) presidentes. Imagine-se, agora, o quanto de descontinuidade administrativa, diante de naturais diferenças de estilo e de visão podem ocorrer de forma negativa no desempenho da Administração como um todo, isso em um curto espaço de apenas dois anos.

Bem verdade é que algumas tentativas, em sede de alteração regimental, têm ultimamente sido feitas para adequar-se essa eleição ao padrão desenganadamente mais democrático e mais republicano. A dizer, afastada a cláusula da antiguidade poderiam concorrer à Presidência todos os juízes que compõem a corte. Mas, a todas essas tentativas a egrégia Suprema Corte tem negado acolhimento, em clara opção, não sintônica, data venia, aos princípios políticos que informam o ordenamento jurídico nacional, tal como estatuído na Lei Fundamental: Estado Democrático de Direito (não autoritário, portanto) e sob a forma republicana (rotatividade no poder).

Vozes autorizadas, entretanto, no enfrentamento do tema, vêm aumentando a cada dia a irrisignação contra essa regra, tão vestusta quando autoritária, da LOMAN. Assim, já tentaram modificar seu regimento, o Tribunal de Justiça de São Paulo (este com respaldo na Constituição Estadual) e o Tribunal Federal da 3ª Região (São Paulo e Mato Grosso). Tais iniciativas foram fulminadas de inconstitucionalidade pela Excelsa Corte de Justiça, o que é de lamentar-se.

A esse propósito, o Desembargador Celso Limongi, Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo, citado por Maria Fernandes Erdelyi (Revista Consultor Jurídico, de 22 de outubro de 2007), já disse que os dispositivos da LOMAN referentes à eleição dos tribunais “ferem o princípio republicano e cerceiam a alternância no poder”. No caso de se aplicar o critério de antiguidade para escolher os candidatos, diz Limongi, “será uma perda de tempo 360 Desembargadores saírem de casa para votar. Nesse caso, bastaria o mais antigo assinar o requerimento e o termo de posse”.

Assim, de lege ferenda, impõe-se seja mudada a regra que foi editada antes de outubro de 1988. Isso na consideração de que o critério da antiguidade, no âmbito do Poder Judiciário, é válido e justo para definir situações outras, quando em jogo aspectos que digam respeito à carreira, na Magistratura. Mas nunca como critério hermético a ser utilizado no momento em que, por excelência, se revela o princípio do auto-governo dos Tribunais: a hora da eleição de seus órgãos diretivos.

Dando seqüência a este entendimento, até agora estritamente pessoal, e acaso obtenha apoio de meus ilustres pares, que deverão ser oportunamente ouvidos, pretendo levar o pensamento desta Corte ao Colégio de Presidentes dos Tribunais de Justiça e, quem sabe, à consideração do egrégio Conselho Nacional de Justiça.

Com relação aos nossos juízes, devemos levar em consideração o ensinamento de IHERING quando assevera que “o direito e a justiça só prosperam num país quando o juiz está todos os dias preparado nos tribunais” (A LUTA PELO DIREITO), daí a necessidade de aper-

feiçãoamento constante. Já dizia o saudoso Desembargador URBANO MULLER SALES do Tribunal de Justiça de Santa Catarina: “o magistrado é o elemento humano por excelência na vida jurídica dos povos e por isso o mais vivo, o mais eficaz, o mais adaptável às necessidades públicas. Um país pode viver com leis más, se seus juízes são bons, mas as leis boas de nada servirão se os juízes são maus”.

E acrescenta o saudoso e ilustre Desembargador-Conferencista, referindo-se ao crime de Pilatos: “Mas, os juízes, os verdadeiros juízes, os magistrados de todos os tempos e que dizem o direito à face do Céu e dos homens, esses sabem o que fazem, devem sabê-lo e não há força terrena que possa diminuir o infinito de sua responsabilidade”.

O Tribunal de Justiça, em parceria com a Escola Superior da Magistratura – ESMAM, hão de dedicar atenção especial a esta necessidade.

Empenharemos também nossos esforços no sentido de tornar mais eficiente a estrutura dos Juizados Especiais, capaz de satisfazer aqueles que os procuram, os quais ficarão sob o firme comando do Eminentemente Vice-Presidente Desembargador Benedito de Jesus Guimarães Belo.

O Desembargador Jamil de Miranda Gedeon Neto comandará a Corregedoria Geral da Justiça que, dada a sua vasta experiência no Ministério Público e como magistrado, resolverá, com facilidade, todos os obstáculos que, por acaso, surgirem na sua administração.

Antes de encerrar estas palavras quero dirigir minha saudação e sinceros agradecimentos aos eminentes colegas desembargadores que dignificam esta Corte e me honraram com tamanha confiança, guindando-me à presidência da mais alta magistratura do Estado. Minha mensagem é de otimismo e trabalho.

Aos colegas juízes de primeiro grau, aos funcionários de um modo geral e, em especial, à minha família, minha sincera gratidão pelo

significativo apoio que me têm dato nos momentos precisos.

Ao fim, uma especial palavra de agradecimento para uma pessoa mui especial, esta dirigida à preclara Desembargadora Madalena Serejo. Sua Excelência soube, com gestos de verdadeira “lady” que o é, presidir com serenidade e firmeza um pleito que se prometia perturbado, e do qual, Deus louvado, não houve vencidos e vencedores, mas tão só a consagração da vontade soberana da Corte. À Desembargadora Madalena Serejo o muito obrigado de todos e o meu, em especial.

Agradeço e peço a DEUS que me inspire a desempenhar com crescente perfeição a árdua incumbência de distribuir justiça aos que dela necessitam.

Agradeço a honrosa presença das altas autoridades e de todos aqueles que aqui compareceram prestigiando este ato.

A todos, um Feliz Natal e um próspero Ano Novo.

Muito obrigado.

DISCURSO DO SENHOR PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO MARANHÃO, DES. RAIMUNDO FREIRE CUTRIM, EM 02/03/2009, NA SOLENIDADE DE DESPEDIDA DO DES. MILSON DE SOUZA COUTINHO.

Atenção para este aviso.

O Tribunal de Justiça do Estado Maranhão comunica aos habitantes do município de Coelho Neto, na região do Baixo Parnaíba, que, hoje, 2 de março de 2009, sob justos louvores e merecidos aplausos da magistratura, o desembargador Milson de Souza Coutinho, seu ilustre filho, deixa de integrar o Plenário desta Corte, à qual chegou, em fevereiro de 1994, pelo quinto constitucional destinado à Ordem dos Advogados do Brasil.

Em 15 anos de proficiente atividade judicante, período em que exerceu os cargos de vice-presidente e presidente desta Corte e do Tribunal Regional Eleitoral, Sua Excelência honrou a toga, enobreceu a magistratura e enriqueceu a ciência do Direito, deixando-nos indelévels exemplos de probidade administrativa e lições de inquestionável conteúdo jurisprudencial.

Pesquisador de fôlego e escritor de reconhecidos méritos, Milson Coutinho publicou percucientes trabalhos literários sobre fatos e personagens notáveis dos 195 anos de existência do Poder Judiciário do Maranhão, em cuja bicentenária história seu nome será inscrito com letras de ouro.

Aos coelho-netenses que ouvirem este aviso, pede-se que cumpram o dever cívico de transmiti-lo à posteridade.

Distintas autoridades que compõem a mesa diretora desta sessão,

Eminentes membros do excelso Plenário do Tribunal de Justiça do Maranhão,

Minhas Senhoras, Meus Senhores,

Todos com certeza devem estar curiosos em saber o porquê do inusitado preâmbulo da alocação que me coube fazer, como presidente desta Corte, mas também como fraterno amigo e admirador incondicional do Desembargador Milson Coutinho, nesta sessão administrativa extraordinária em que dele nos despedimos.

É que temos pontos semelhantes, traços coincidentes, em nossas origens e trajetórias de vida.

Ambos fomos dados à luz no interior: ele, em Coelho Neto, nome dado, cinco anos antes de seu nascimento, á antiga vila de Santana do Curralinho, na banda maranhense que o rio Parnaíba rega e fertiliza; eu, nos verdes campos da Baixada Maranhense, em Olinda dos Castro, distrito de Matinha que, após conquistar sua emancipação política, tomou a denominação de Olinda Nova do Maranhão.

Quando chegamos à Capital, – ele coberto da poeira das estradas de chão batido e piçarra que ligavam Coelho Neto a Caxias, a roupa com marcas das brasas lançadas pelas locomotivas que puxavam os trens da Estrada de Ferro São Luís- Teresina até São Luís; eu mareado da tormentosa travessia do Boqueirão, em frágil lancha cuja estrutura rangia ao rasgar ondas enormes que pareciam querer tragá-la -, tivemos igualmente o cuidado de logo correr às emissoras de rádio, que então eram ouvidas com nitidez nos lugares de onde havíamos partido, a fim de tranquilizar nossos pais com avisos de que, graças a Deus, havíamos feito boa viagem.

Usado durante muito tempo como instrumento de dominação das massas e de controle político, principalmente no longo período da ditadura Vargas, o rádio foi também, em seus primórdios, um veículo de informação e difusão cultural, com excelentes musicais, bem elaborados noticiários, como o célebre Repórter Esso, e programas de radioteatro, que tiveram como ponto alto a novela O Direito de Nascer.

Sem esquecer o nobre papel que desempenhou, nas décadas de 1920 e 1930, quando, à falta de radares e outros equipamentos necessários à segurança da navegação aérea, o broadcasting era praticamente a única fonte de orientação de nossos pilotos nas rotas estabelecidas pela nascente aviação comercial brasileira, motivo, aliás, de samba de sucesso, cantado por Jorge Veiga, às vésperas da 2ª Guerra Mundial.

Por assegurar mais rapidez à comunicação do que os serviços oferecidos à população pelo Departamento de Correios e Telégrafos, o Correio do Interior, levado ao ar diariamente, no horário da noite, pela Rádio Difusora, e programas semelhantes transmitidos pelas rádios Educadora e Timbira alcançavam altíssimos índices de audiência em todo o Estado. E eram uma apreciável fonte de renda para as emissoras que os transmitiam.

Sentindo-se lesada, a empresa estatal tentou impedir, pela via judicial e por meio de representação ao Ministério das Comunicações, que avisos para o interior continuassem sendo transmitidos por radio-difusão.

Mas as grandes distâncias e as dificuldades de acesso que os carteiros e estafetas do DCT não conseguiam superar tornaram-se fatores de convencimento do governo federal no que respeitava à manutenção da utilidade pública da transmissão de avisos e comunicações pelas emissoras instaladas na região norte do país.

É que tais avisos e comunicações sempre chegavam aos destinatários, ainda que estes não tivessem aparelhos receptores. Quem podia para ser esperado com dois animais – sendo um com sela e o outro com cangalha podia estar certo de contar com a montaria e a besta de carga no lugar indicado.

Mas, tanto para Milson como para mim, as emissoras de rádio de São Luís não serviram apenas para das notícias à casa paterna de nossas andanças pela cidade grande, em busca de trabalho. Aliás, andanças muitas, andanças longas, andanças tantas que nos custaram

furos nos solados dos sapatos, incômoda situação contornada com o uso de pedaços de papelão ou folhas dobradas de jornal, à guisa de palmilhas.

Nossos primeiros empregos, com carteira assinada, foram proporcionados pelo rádio – Milson, na qualidade de noticiarista da Rádio Difusora, emissora criada por Raimundo e dirigida por Magno Bacelar, seus conterrâneos; eu, coincidentemente, como redator do Departamento de Notícias da Rádio Educadora, cuja chefia não demorei a assumir, com o beneplácito do advogado Pedro Leonel Pinto de Carvalho, seu diretor.

Sem desmerecimento da advocacia por mim abraçada e da carreira judicante a que me dediquei, permitam-me expressar o orgulho sem limites que tenho de ter, na radiofonia maranhense, o marco inicial de minha vida profissional. E estou certo de que, sem qualquer embaraço, o desembargador Milson Coutinho, cultivava igual sentimento.

Sempre considerei despropositado o estabelecimento de comparações entre as fases que a atividade radiofônica local atravessou da década de 1940 até hoje .

Relevem, portanto, que eu me desvie desse norte, obrigado que me sinto, nesta nostálgica e arrebatada lembrança em que me envolvi, até com objetivos memorialistas, a lembrar a equipe que a Rádio Timbira do Maranhão, emissora oficial do Estado, mantinha em meados do século passado.

Ainda estudantes de Direito, ali despontavam Sidney Marques Maciel Filho, ou César Roberto, dono de bela voz, como cantor ou locutor; Edgard Fontenelle, que teria brilhante atuação em nosso foro; Américo de Sousa, depois preeminente personalidade do governo do general Costa e Silva, deputado federal e senador; e José Joaquim Ramos Filgueiras, ou José Reinaldo, que depois seguiria a carreira judicante, tornando-se chefe do Poder Judiciário, sem prejuízo da vocação literária que o levou à Casa de Antônio Lobo.

Mas no cast da velha Timbira, dirigida pela Prof^a Lilah Lisboa de Araújo, mulher culta e de refinada educação, também resplandeciam Marcos Vinícius de Almeida, locutor sempre lembrado pela fluência oral e capacidade de improvisação, o poeta, jornalista e parlamentar Bernardo Coelho de Almeida, os irmãos Otelo, radioator, e Ernani Cavalcante, cantor, além de Ferreira Gullar e Lago Burnett, ícones das letras maranhenses e nacionais.

E para não permitir que as ondas hertzianas continuem dominando o meu pensamento e, conseqüentemente, a linha deste discurso, devo limitar-me ao registro final de que o rádio maranhense deu três presidentes a esta Corte. E mais um poderia ter dado se o Criador não houvesse interrompido a caminhada de Sai Luiz Chung na magistratura.

Senhoras e Senhores,

Filho de Ditador Coutinho, agente arrecadador da Secretaria Estadual da Fazenda, e da professora Elza de Souza Coutinho, o desembargador Milson de Souza Coutinho ilustra a rica galeria dos notáveis vultos dados pelo município de Coelho Neto ao Maranhão: Alfredo da Cunha Martins – segundo governador constitucional do Estado; José Vera Cruz Santana - renomado jurista e homem de letras; Pedro Novaes de Lima – representante do Maranhão na Câmara dos Deputados, em seguidas legislaturas; Dalva Bacelar Vilaça – deputada constituinte em 1947; e os irmãos Raimundo e Magno Bacelar – responsáveis pela inclusão de sua terra natal entre os nossos mais importantes pólos de desenvolvimento industrial.

Com privilegiado talento para o ofício de escrever, trabalhou, como repórter, redator, cronista e editorialista, nos principais jornais de São Luís, entre 1959 e 1970. Nesse período, ao tempo em que o seu parente e conterrâneo Ismar Rocha dirigiu a Rádio Timbira, integrou o departamento de notícias daquela emissora.

Servidor público nas três esferas de poder, trabalhou, no âm-

bito federal, no Instituto de Aposentadoria e Pensão dos Marítimos e no Banco Nacional de Crédito Cooperativo, para onde foi levado por Remy Archer, presidente da instituição, no governo João Goulart.

Na Procuradoria do Estado, de que era procurador efetivo, viu-se elevado aos cargos de Subprocurador e Procurador Geral, este, em substituição.

Ainda na esfera estadual, exerceu também, entre outros, os cargos de assessor da Corregedoria-Geral e da Procuradoria Geral de Justiça, de Diretor do Arquivo Público do Maranhão e de Assessor Jurídico da Assembléia Constituinte de 1989.

Assessor de Imprensa da Prefeitura de São Luís, entre 1967 e 1969, foi aprovado, em concurso, para o cargo de Fiscal de Rendas do Município.

Procurador dos Feitos da Fazenda Pública de São Luís e consultor jurídico da Câmara Municipal Constituinte de 1990, voltaria ao legislativo ludovicense, em 1993, como Procurador Geral.

Formado pela Faculdade de Direito do Maranhão, em 1972, embrenhou-se, já no ano seguinte, pelo interior, multiplicando-se para bem desempenhar as atribuições de assessor jurídico das prefeituras de Pedreiras, onde montou banca e estabeleceu residência, Buriti, Duque Bacelar, Coelho Neto, Caxias, Coroatá e Lago do Junco.

Dominando a arte de falar em público e sabendo usá-la, com rara maestria, como instrumento de persuasão, conquistou, em memoráveis júris, o merecido crédito de advogado criminalista capaz de sempre absolver seus constituintes.

Atuando com êxito em causas cíveis e trabalhistas que patrocinava, ganhou igual nomeada nessas áreas, delas tirando o seu sustento, o que compensava os baixos honorários advindos dos feitos em que atuava como advogado de defesa.

Advogado, radialista, jornalista, professor, ensaísta, historiador, magistrado, membro da Academia Maranhense de Letras, da Academia Maranhense de Letras Jurídicas, do Instituto Histórico e Geográfico do Maranhão e de outras agremiações literárias, seria compreensível e até perdoável que Milson Coutinho, cujo vasto currículo bem espelha sua rica biografia, viesse a encher-se de empáfia, a enfatuar-se com seus títulos, a exhibir as muitas medalhas e comendas que recebeu em sua vida pública e profissional de inextinguível brilho.

No entanto, para a felicidade daqueles que o admiram e estimam, jamais deixou de ser quem efetivamente é – um homem de hábitos simples, generoso, fiel aos seus princípios e às suas amizades, despojado de qualquer vaidade.

Durante o período em que dirigiu o Tribunal de Justiça do Maranhão, apenas uma vez, para satisfazer a vontade da neta, que queria ser fotografada, ao seu lado, no gabinete presidencial, usou a confortável e pomposa poltrona da escrivaninha ali existente.

Ele preferia receber seus pares, despachar ou reunir-se com seus assessores, em volta da mesa de reuniões que enevoava com seu incorrigível tabagismo e onde expunha suas boas intenções e punha em discussão seus bons propósitos.

Senhor Desembargador Milson Coutinho,

Nada mais tendo a dizer a Vossa Excelência, em meu nome, e em nome desta Casa, manifesto minha confiança de que a aposentadoria não irá prendê-lo a uma cadeira de balanço, pois, na plenitude de seu vigor intelectual, sempre estarão a ecoar em seus ouvidos as sábias palavras de Santo Agostinho:

- O mundo é um livro, e quem fica sentado em casa lê apenas uma página.

Muito obrigado.