

ISSN 1984 – 0047

Revista do  
Tribunal de Justiça  
do Estado do Maranhão



Volume 5, Número 2, Agosto/Dezembro 2011

REVISTA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA  
DO ESTADO DO MARANHÃO

ISSN 1984 - 0047

Rev. Trib. Just. Est. Maranhão	São Luís	v. 5	n. 2	p. 1 a 288	ago./dez. 2011
--------------------------------	----------	------	------	------------	----------------

## CONSELHO EDITORIAL

**Coordenador:** Lourival de Jesus Serejo Sousa

**Membros:** Cleones Carvalho Cunha

Paulo Sérgio Velten Pereira

Cíntia Valéria Botelho Costa

## COMISSÃO TÉCNICA

Capa e Editoração Eletrônica: *Lithograf*

Revisão: Anamaria Sousa Silva e Herberte P. de Melo da 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 doutrina, legislação e jurisprudência, 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.

Semestral; inicialmente anual.

ISSN 1984-0047

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

CDU 34(05)(812.1)

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

# **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO MARANHÃO**

Antônio Pacheco Guerreiro Júnior  
Presidente

Anildes de Jesus Bernardes Chaves Cruz  
Vice-Presidente

Cleones Carvalho Cunha  
Corregedor-Geral de Justiça

## **TRIBUNAL PLENO**

Antônio Fernando Bayma Araújo

Jorge Rachid Mubárack Maluf

José Stélio Nunes Muniz

Raimundo Freire Cutrim

Jamil de Miranda Gedeon Neto

Cleonice Silva Freire

Nelma Celeste Souza Silva Sarney Costa

Benedito de Jesus Guimarães Belo

Anildes de Jesus Bernardes Chaves 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

José Luiz Oliveira de Almeida

### **PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL**

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

### **SEGUNDA CÂMARA CÍVEL**

Raimundo Freire Cutrim  
Nelma Celeste Souza Silva Sarney Costa - Presidente  
Marcelo Carvalho Silva

### **TERCEIRA CÂMARA CÍVEL**

José Stélio Nunes Muniz  
Jamil de Miranda Gedeon Neto  
Lourival de Jesus Serejo Sousa – Presidente

### **QUARTA CÂMARA CÍVEL**

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

### **CÂMARAS CÍVEIS REUNIDAS**

Jorge Rachid Mubárack Maluf  
José Stélio Nunes Muniz  
Raimundo Freire Cutrim  
Jamil de Miranda Gedeon Neto  
Nelma Celeste Souza Silva Sarney Costa  
Anildes de Jesus Bernardes Chaves Cruz  
Raimunda Santos Bezerra  
Marcelo Carvalho Silva  
Maria das Graças de Castro Duarte Mendes  
Paulo Sérgio Velten Pereira  
Lourival de Jesus Serejo Sousa  
Jaime Ferreira de Araújo

**PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL**

Antônio Fernando Bayma Araújo – Presidente

Cleonice Silva Freire

Raimundo Nonato Magalhães Melo

**SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL**

Raimundo Nonato de Souza

José Bernardo Silva Rodrigues

José Luiz Oliveira de Almeida – Presidente

**TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL**

Benedito de Jesus Guimarães Belo – Presidente

José Joaquim Figueiredo dos Anjos

José de Ribamar Froz Sobrinho

**CÂMARAS CRIMINAIS REUNIDAS**

Antônio Fernando Bayma Araújo

Cleonice Silva Freire

Benedito de Jesus Guimarães Belo

José Joaquim Figueiredo dos Anjos

Raimundo Nonato de Souza

Raimundo Nonato Magalhães Melo

José Bernardo Silva Rodrigues

José de Ribamar Froz Sobrinho

José Luiz Oliveira de Almeida



Praça Gonçalves Dias  
Foto: Ribamar Pinheiro



## SUMÁRIO

### APRESENTAÇÃO

### DOCTRINA

DIREITO DOS AVÓS  
*LOURIVAL SEREJO*

DESPATRIMONIALIZAÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA  
*PAULO LÔBO*

A DESIGUALDADE CONJUGAL NO CÓDIGO CIVIL  
*ROLF MADALENO*

REDE DE PROTEÇÃO E GARANTIA DO DIREITO DAS PESSOAS IDOSAS NO MARANHÃO  
*PAULO ROBERTO BARBOSA RAMOS*

INELEGIBILIDADE RELATIVA POR PARENTESCO À LUZ DO DIREITO BRASILEIRO  
*RITA DE CÁSSIA VERA BALUZ*

A MORTE DO AFETO PELO EGOÍSMO  
*BRUNA BARBIERI WAQUIM*

### JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA Nº. 13217/2011 - SÃO LUÍS  
AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº. 129000/2011 - IMPERATRIZ  
APELAÇÃO CÍVEL Nº. 13445/2011 - SÃO JOSÉ DE RIBAMAR  
APELAÇÃO CÍVEL Nº. 22550/2011 - SÃO LUÍS  
APELAÇÃO CÍVEL Nº. 12032/2011 - SÃO LUÍS  
AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº. 24167/2011 - SANTA LUZIA  
AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº. 8614/2011 - ROSÁRIO  
APELAÇÃO CÍVEL Nº. 24608/2011 - SÃO LUÍS  
APELAÇÃO CÍVEL Nº. 28926/2011 - SÃO LUÍS  
APELAÇÃO CÍVEL Nº. 22146/2011 - SÃO LUÍS  
AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº. 26135/2011 - SÃO LUÍS

### JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

*HABEAS CORPUS* Nº.19265/2011 - SÃO LUÍS  
APELAÇÃO CRIMINAL Nº. 27763/2011 - PAÇO DO LUMIAR  
*HABEAS CORPUS* Nº. 22610/2011 - PAÇO DO LUMIAR  
RECURSO EM SENTIDO ESTRITO Nº. 25474/2011 - PIO XII

*HABEAS CORPUS* Nº. 19389/2011 - SÃO LUÍS  
*HABEAS CORPUS* Nº. 21741/2011 - SÃO LUÍS  
*HABEAS CORPUS* Nº. 26822/2011 - TUTÓIA  
CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA Nº. 16074/2011 - SÃO JOSÉ DE RIBAMAR

### **EMENTÁRIO TEMÁTICO – DIREITO DO IDOSO**

APELAÇÃO CÍVEL Nº. 12570/2011 - SÃO LUÍS  
AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº. 7446/2011 - SÃO LUÍS  
APELAÇÃO CÍVEL Nº. 99618/2011 - SÃO LUÍS  
APELAÇÃO CÍVEL Nº. 34045/2010 - SÃO LUÍS  
APELAÇÃO CÍVEL Nº. 32202/2010 - SÃO LUÍS  
AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº. 31068/2010 - IMPERATRIZ  
APELAÇÃO CÍVEL Nº. 30077/2010 - SÃO LUÍS  
AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº. 29573/2010 - IMPERATRIZ  
AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº. 19159/2010 - SÃO LUÍS  
APELAÇÃO CÍVEL Nº. 17536/2010 - SÃO LUÍS  
APELAÇÃO CÍVEL Nº. 15852/2010 - SÃO LUÍS  
AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº. 2084/2010 - IMPERATRIZ  
REMESSA Nº. 1196/2010 - SÃO LUÍS  
APELAÇÃO CRIMINAL Nº. 32666/2009 - ESTREITO  
APELAÇÃO CÍVEL Nº. 21598/2009 - TURIAÇU  
APELAÇÃO CÍVEL Nº. 8012/20109 - SÃO LUÍS  
APELAÇÃO CÍVEL Nº. 2661/2009 - SÃO LUÍS  
AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº. 1357/2009 - SÃO LUÍS  
APELAÇÃO CÍVEL Nº. 19534/2008 - SÃO LUÍS  
AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº. 24817/2008 - SÃO LUÍS

### **DECISÃO COMENTADA – RETIFICAÇÃO DE NOME - TRAVESTI**

DECISÃO PROFERIDA PELO JUIZ LUIZ GONZAGA ALMEIDA FILHO – TITULAR DA 8ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE SÃO LUÍS - PROCESSO Nº. 35526-89.2011.8.10.0001 - AÇÃO DE RETIFICAÇÃO DE NOME

COMENTÁRIO – DES. LOURIVAL SEREJO

### **DISCURSO**

DISCURSO PROFERIDO PELO DESEMBARGADOR ANTÔNIO PACHECO GUERREIRO JÚNIOR, POR OCASIÃO DE SUA POSSE COMO PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO MARANHÃO, EM 16 DE DEZEMBRO DE 2011.

## APRESENTAÇÃO

É com imensa satisfação que o Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão publica mais uma edição da Revista do Tribunal, que hoje encontra-se em seu sexto ano.

Com o objetivo de divulgar as decisões desta Corte de Justiça e, também, de contribuir para o aperfeiçoamento dos profissionais do Direito em nosso Estado, a Revista do Tribunal apresenta uma seleção de acórdãos, artigos, ementas e comentários a sentenças, todos criteriosamente selecionados, servindo de excelente fonte de pesquisa na área da Ciência Jurídica.

Na primeira parte da Revista é apresentada uma seleção de artigos que tratam sobre o Direito de Família. A segunda parte destina-se aos acórdãos publicados pelas diversas Câmaras que compõem esta Corte, nas áreas Cível e Criminal.

Conforme as edições anteriores, na terceira parte encontra-se o ementário, que aborda um tema específico. Na presente edição, escolheu-se Direito do Idoso. O leitor poderá observar o modo como este Tribunal tem se posicionado acerca de um assunto cada vez mais atual resultante do aumento da expectativa de vida de toda a população.

A quarta parte apresenta uma decisão de primeiro grau que reconheceu o direito de retificação do registro civil de um transsexual. Esta decisão é comentada por um dos membros desta Corte.

Ao final, destaca-se o discurso do atual presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão por ocasião de sua posse em 16 de dezembro de 2012.

Espera-se, desse modo, que esta Revista constitua-se em excelente fonte de informação e pesquisa à comunidade jurídica.

Agradeço a todos os que contribuíram para mais esta edição.

São Luís, junho de 2012.

Desembargador Antônio Pacheco Guerreiro Júnior  
Presidente do Tribunal de Justiça

## **DOCTRINA**

# DIREITO DOS AVÓS

*Lourival Serejo\**

Os avós enfiam a cabeça dos netos onde ao menos há algo de interessante, ainda que nem sempre elementar, para se ver e, com essa sua atenção sempre voltada para o essencial, nos redimem da pobreza desoladora em que, sem eles, logo sufocaríamos inexoravelmente. (Thomas Bernhard, *Origem*. São Paulo: Cia das Letras, 2006, p. 24.)

**SUMÁRIO:** 1 Introdução. 2 Modalidades de inclusão dos avós no Direito de Família. 3 Extensão da obrigação de alimentos aos avós. 4 A visitação e guarda dos netos. 5 Investigação de relação avoenga. 6 Conclusão. Referências.

**RESUMO:** Trata este trabalho da repercussão dos avós no Direito de Família, que deixaram de ser vistos como pessoas inúteis, para tornarem-se personalidades ativas no âmbito familiar. Nesse contexto, com frequência, os avós vêm aparecendo nos pólos ativo e passivo das ações de alimentos, nos pedidos de guarda e, mais recentemente, em casos de investigação avoenga e alienação parental.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito de Família. Avós. Alimentos. Guarda. Investigação avoenga. Alienação parental.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho aborda um aspecto do Direito de Família que vem se destacando em constantes pleitos judiciais e assentos jurisprudenciais nos tribunais estaduais e no Superior Tribunal de Justiça. É a presença da figura dos avós que, até pouco tempo, só eram lembrados no estudo do parentesco, no lugar mais alto do gráfico do professor para destacar os ascendentes remotos.

Hoje, a figura dos avós está presente em três temas, cada vez mais invocados nos tribunais: alimentos, guarda e, mais recentemente, investigação da relação avoenga.

É preciso repetir que esses temas, aqui tratados, referem-se exclusivamente ao Direito de Família, pois da perspectiva do Direito do

---

\*Desembargador do Tribunal de Justiça do Maranhão, Ex-Diretor da Escola de Magistratura do Maranhão e membro do IBDFAM.

Consumidor e do Estatuto do Idoso desdobram-se outros debates e outras consequências, como, por exemplo, aquelas relativas aos planos de saúde.

Mesmo aparecendo na relação processual como integrantes subsidiários ou complementares (Ex.: no caso dos alimentos), os avós desempenham atualmente importante papel no âmbito das relações familiares e na consideração do Direito de Família.

Ocorre que, apesar do uso reiterado dessas ações, seu aparecimento ainda provoca perplexidade e discussões tanto no círculo social a que pertencem como na comunidade jurídica.

Sofrem os avós quando entram em desarmonia com as noras porque acabam sendo afastados dos netos. A supressão abrupta da convivência é motivo de sofrimento e irrisignação que culmina nas malhas da justiça. Sofrem também os avós quando são abandonados pelos netos adolescentes, rebeldes e indiferentes ao amor avoengo.

É para abordar esses aspectos legais e sociais que se propõe este breve estudo do direito dos avós.

## **2 MODALIDADES DE INCLUSÃO DOS AVÓS NO DIREITO DE FAMÍLIA**

Os avós deixaram de ser meras figuras de cabelos brancos, isoladas em suas cadeiras de balanço, lendo um jornal ou fazendo crochê. Com os acasalamentos precoces e o cuidado com a eternização da juventude, encontram-se, nos dias atuais, muitos avós novos; aqueles que passaram dos sessenta anos apresentam-se saudáveis, com aparência juvenil, e com espaço mais significativo no seio do conjunto familiar. Até mesmo como fontes de renda, nas zonas rurais, com as aposentadorias, os avós tornaram-se pessoas procuradas e cuidadas pelos filhos e netos.

Aos poucos, vai-se deixando de lado aquela ideia de fragilidade, velhice, rabugice, que sempre se associou à condição dos avós. Atualmente, pode-se constatar a disposição dos avós em litigarem contra os próprios filhos em defesa dos netos. Essa situação pode ser motivada, por exemplo, diante do fanatismo religioso dos pais ou em caso de pedofilia dos padrastos, que contam com a leniência das mães que não querem perder seus maridos. Sob este ângulo, a 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Maranhão, em recente decisão, ao enfrentar um caso em que a avó reivindicava a guarda da neta contra a resistência da filha tomou a seguinte posição:

Verificado, em face dos fortes elementos probatórios constantes dos autos, que a mãe tem permitido o contato da filha menor com o padrasto, que se encontra sob suspeita de abuso sexual contra a dita criança, negligenciando, assim, os deveres de zelar pela segurança e integridade física e psicológica da filha de apenas 5 anos, deve ser concedida, à luz do princípio do melhor interesse do menor, liminar de tutela antecipada, para conferir a avó materna a guarda provisória da infante em situação de risco, vez que presentes os requisitos impostos pelo art. 273 do CPC (Acórdão nº 96940/2010, rel. Des. Cleones Cunha).

Outro ponto de grande importância é que os avós antigos eram autoridades distantes que impunham mais respeito e medo do que amor. Na sociedade pós-moderna, os avós participam da vida do neto, por isso o afeto torna-se elemento essencial dessa relação. Só quem é avô sabe o que significa um neto em sua vida. O carinho, o sorriso, as manhas, as exigências, os pedidos, tudo envolve o avô e a avó em um diferente círculo de afeto, assim definido pelo poeta: “Avô – pai, sem exigências. Avó – mãe com açúcar.”<sup>1</sup>

Essa situação consolidada vai provocar, no futuro, se restringida, o manejo de ações de guarda e visitação. Os avós querem o neto por perto para exercitarem seu amor por eles e sua prática de criação, ou então, para os protegerem contra os perigos domésticos, inclusive de natureza sexual. Os netos, por sua vez, não querem também perder o carinho dos avós.

Essas duas faces de direitos são melhor analisadas pela doutrina de Rodrigo da Cunha Pereira quando leciona:

O direito a conviver com os avós é uma via de mão dupla, isto é, é direito das crianças e dos adolescentes e, também, direito dos avós, mas o mais relevante é o direito da criança aos laços familiares, à suas raízes, com aqueles que lhes são significativos, que também lhes proporcionam amor e carinho.<sup>2</sup>

É possível deparar-se com ações de alimentos impulsionadas pelo princípio da dignidade nas quais os netos buscam apenas a garantia de subsistência (art. 1.696, do CC); ou podem usar a investigatória para buscarem a certeza da ascendência. Além dessas hipóteses, tem-se a possibilidade de nomeação dos avós como tutores dos netos, na linha de legitimados preferenciais do artigo 1.731, do Código Civil.

Outro aspecto dessa inclusão ficou por conta da disposição constitucional que assegura os direitos dos idosos perante a família e o Estado, com expressa normatização contida no artigo 230 da Carta Constitucional: *A família, a sociedade e o Estado têm o*

---

<sup>1</sup> MÜLLER, Lauro *Apud* RÓNAI, Paulo. *Dicionário universal Nova Fronteira de citações*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985, p. 87.

<sup>2</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Divórcio: teoria e prática*. 2.ed. Rio de Janeiro: GZ, 2010, p. 73.

*dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.*

Para corroborar essa regra, veio, em favor dos avós, a Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso), cujas normas protetivas reforçam sua legitimidade para atuarem em nosso ordenamento jurídico. Por outro lado, em benefício das crianças e dos adolescentes veio a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1969 (Estatuto da Criança e do Adolescente). Ambas, no campo infraconstitucional, formam a muralha de proteção a esses dois pontos extremos de uma família: a criança e o idoso.

Os avós, portanto, não podem mais ser tratados como membros inúteis no seio da entidade familiar e na sociedade.

### **3 EXTENSÃO DA OBRIGAÇÃO DE ALIMENTOS AOS AVÓS**

A obrigação direta e imediata de prestar alimentos aos filhos é dos pais, não há dúvida. Trata-se de dever decorrente do poder familiar com o objetivo de garantir a subsistência e atender às necessidades do alimentando. Assim dispõe o artigo 1.694, do Código Civil: *O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivos a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em graus, uns em falta de outros.*

Ocorre que, nos últimos anos, com maior frequência, tem-se deparado com situações em que os pais não têm condições de prestar alimentos aos filhos. São casos de casamento ou união de jovens desempregados, ou desprevenidos quanto às cautelas para evitarem a gravidez indesejada. A falta de maturidade e de condições econômicas satisfatórias desses jovens provoca a situação da impossibilidade de cumprirem com seus deveres alimentares. Verifica-se, também, esse problema em casos de pais separados litigiosamente, mantendo-se a relação conflituosa por longo tempo.

Nesses casos, a solução apontada pela lei, conforme o artigo acima invocado, é chamar os demais ascendentes, “uns em falta de outros”. Essa é a linha adotada pela jurisprudência para suprir a carência da situação do alimentante, quando reconhecidamente incapaz de atender às necessidades alimentares dos filhos: acolher o chamamento dos avós para assumirem referida obrigação, em caráter complementar, ao filho alimentante. Não se trata de solidariedade, pois a obrigação alimentar não é solidária, mas divisível.



Firmou-se, então, a jurisprudência no sentido de que a obrigação dos avós em prestar alimentos aos netos é subsidiária e complementar. Em todos os tribunais estaduais e no Superior Tribunal de Justiça essa conclusão é unânime. Ressalta-se o recente julgamento constante do Resp. nº 576.152/ES, de relatoria do Ministro Aldir Passarinho Júnior, julgado em 8.6.2010, em que se lê nas linhas da ementa:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE ALIMENTOS DIRIGIDA CONTRA OS AVÓS PATERNOS. AUSÊNCIA DE PEDIDO EM RELAÇÃO AO PAI. RESPONSABILIDADE DOS PROGENITORES SUBSIDIÁRIA E COMPLEMENTAR. AUSÊNCIA, OUTROSSIM, DE PROVA DA POSSIBILIDADE DOS RÉUS. SÚMULA N. 7-STJ. INCIDÊNCIA. CC. ART. 397. EXEGESE.

I – A exegese firmada no STJ acerca do artigo 397 do Código Civil anterior é no sentido de que a responsabilidade dos avós pelo pagamento de pensão aos netos é subsidiária e complementar à dos pais, de sorte que somente respondem pelos alimentos na impossibilidade total ou parcial do pai que, no caso dos autos, não foi alvo de prévia postulação.

II – Ademais, a conclusão do Tribunal de Justiça acerca da ausência de condições econômicas dos avós recai em matéria fática, cujo reexame é obstado em sede especial, ao teor da Súmula n.7

III – Recurso especial não conhecido.

Outro julgado, também, do STJ, merece destaque pela sua clareza de ensinamento:

CIVIL. ALIMENTOS. RESPONSABILIDADE DOS AVÓS. OBRIGAÇÃO COMPLEMENTAR E SUCESSIVA. LITISCONSÓRCIO. SOLIDARIEDADE. AUSÊNCIA.

1. A obrigação alimentar não tem caráter de solidariedade, no sentido que “sendo várias pessoas obrigadas a prestar alimentos todos devem concorrer na proporção dos respectivos recursos”.

2. O demandado, no entanto, terá direito de chamar ao processo os co-responsáveis da obrigação alimentar, caso não consiga suportar sozinho o encargo, para que se defina quanto caberá a cada um contribuir de acordo com as suas possibilidades financeiras.

3. Neste contexto, à luz do novo Código Civil, frustrada a obrigação alimentar principal, de responsabilidade dos pais, a obrigação subsidiária deve ser diluída entre os avós paternos e maternos na medida de seus recursos, diante de sua divisibilidade e possibilidade de fracionamento. A necessidade alimentar não deve ser pautada por quem paga, mas sim por quem recebe, representando para o alimentado maior provisionamento tantos quantos coobrigados houver no pólo passivo da demanda.

4. Recurso especial conhecido e provido.

(STJ, Ac. Unân. 4ª T., Resp. 658.139/RS, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 11.10.05, DJU 13.3.06).

O que se verifica, na prática, é que os avós chamados a complementar ou suprir a pensão alimentícia ficam perplexos e inconformados com o pedido, notadamente quando não têm relação estreita com os netos. Mas não há dúvida de que a situação já é

pacífica nos tribunais, estendendo aos avós a responsabilidade quanto ao pagamento de pensão alimentícia devida aos seus netos, cujos pais não têm condições de satisfazê-las.

A ação de alimentos contra os avós, por ser complementar ou subsidiária, deve ser precedida do chamamento dos pais do alimentando para cumprirem sua obrigação. Provada a incapacidade destes, deve ser demonstrada a capacidade de os avós arcarem com o sustento do neto. Há, portanto, um pressuposto negativo (impossibilidade dos pais) e um positivo (capacidade dos avós) para definir-se a obrigação alimentar dos avós quanto aos seus netos.

Impõe-se registrar aqui um outro ângulo dessa situação em que os avós procuram eximir-se da obrigação alimentar sob o argumento de dúvida quanto à paternidade dos netos. O STJ já teve oportunidade de analisar um caso desse, no Recurso Especial de nº 6.035, de relatoria do Ministro Sálvio de Figueiredo, em que ficou reconhecida a legitimidade ativa dos avós para proporem ação anulatória de nascimento de um suposto neto deixado pelo filho falecido em estado de solteiro. Apenas para comprovar as surpresas que o Direito de Família sempre oferece, pode-se estabelecer a seguinte discussão: se o suposto neto mantinha uma relação estreita de afeto com o pai registral, tendo-o como verdadeiro pai biológico, essa ação tem possibilidade de prosperar, considerando-se que o interesse atual é dos avós e não do pai falecido?

#### **4 A VISITAÇÃO E A GUARDA DOS NETOS**

Estabelecida a relação de afeto entre os avós e os netos, a superveniente separação dos pais não pode impedir o prosseguimento desses contatos nem privar a ambos de exercitarem seus sentimentos.

Comumente, ocorre em separações litigiosas estabelecer-se o conflito de interesses, a propósito de punir um dos cônjuges com o afastamento dos filhos e criando-lhe obstáculo para a visitação. Esses expedientes estendem-se aos avós.

A Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010, que dispõe sobre alienação parental, em boa hora envolveu os avós nessa problemática, tanto como agentes ativos quanto passivos. A citada lei considera a alienação parental como “a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este (art. 2º).”

Geralmente, são os pais separados os agentes imediatos dessa prática abominável, envolvendo os filhos do casal. Ora é a mãe contra o pai, ora é o pai contra a mãe, conforme a guarda esteja com um ou com outro. Na atividade diária de uma vara de família, várias facetas desse conflito se expõem constantemente

Ocorre que, muitas vezes, os avós entram nesse círculo de litígio, exacerbando a prática da alienação parental ou sofrendo suas consequências. Nas separações em que um dos cônjuges for imaturo, seus pais têm influência decisiva no trato com os filhos/netos. Ao revés, muitos avós são punidos por conta da separação dos filhos, ficando privados do contato com seus netos, podendo até serem rejeitados por eles, devido a reiteradas versões que são passadas pelos pais raivosos. Dentre as formas exemplificativas de alienação parental, a nova lei prevê a falsa denúncia contra os avós para dificultar a convivência com os netos (a criança ou o adolescente).

O respeitável familiarista Rolf Madaleno, em uma de suas palestras, trouxe à lembrança decisão pioneira proferida por um magistrado de primeiro grau e confirmada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, no longínquo ano de 1983, na qual se enfatizou, pela primeira vez, a força do afeto, cujo julgamento foi sintetizado na seguinte ementa:

Direito de visita entre avós e netos. O direito dos avós de visitarem os netos e de serem por eles visitados constitui corolário natural de um relacionamento afetivo e jurídico assente em lei. Seu reconhecimento não fere preceitos constitucionais de proteção à liberdade. Sempre que o direito puder socorrer valores morais, deverá fazê-lo. (*Ap. Civ. n.º 58401547, 3ª CC. Rel. Galeno Lacerda. DJ de 28.9.84, fs.4*).

Nesse caso, uma avó idosa reivindicava a visita dos netos, inclusive por impossibilidade física de subir três andares do apartamento do prédio em que eles moravam. Os próprios netos não queriam visitá-la (talvez um caso típico de alienação parental) para não ouvirem conversas sobre o pai, que rejeitavam. Em sua elogiada decisão, o magistrado de primeiro grau, ao determinar a visita compulsória, enfatizou em sua decisão: “O amor não se impõe; o afeto não pode ser extorquido. Posso, enquanto menores, mandar ou fazer conduzir os netos à presença da avó. Não posso determinar que a amem. Todavia, sempre entendi que não se pode negar um direito porque duvidosa a sua execução.”

Posteriormente, a jurisprudência continuou orientando-se pela evolução dos fatos sociais e passou definitivamente a reconhecer aos avós o mesmo direito dos pais quanto à visitação dos netos, em decisões assim expressas:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. FAMÍLIA. RELAÇÕES DE PARENTESCO.

REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS DOS AVÓS. ATENDIMENTO DO PRINCÍPIO DA PREPONDERÂNCIA DO INTERESSE DA CRIANÇA.

Deve ser preservada a situação que ocasiona bem estar e maior estabilidade emocional e afetiva à criança, principalmente quando ausente demonstração de que o infante se encontra sob risco quando em companhia dos avós.

Agravo desprovido. (*Agravo de Instrumento nº 700363498884. Relator: Des. José Conrado Kurtz de Souza. J. em 23.8.2010. DJ de 01.9.2010*)

GUARDA DE MENOR.

Criança criada pelos vós maternos. Reconhecido pelas instâncias ordinárias ser melhor para o menor permanecer na companhia dos avós maternos, com quem sempre viveu e a quem foi concedida a guarda depois da morte prematura da mãe, não cabe rever a matéria em recurso especial, seja porque se trata de matéria de fato, seja porque estão preservados os interesses da criança.

Recurso não conhecido.

(*Resp. nº 280.228 – PB, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar. J. em 28.11.2000*)

No teor do seu voto, o ministro relator foi bastante didático ao explicar:

No caso dos autos, segundo se percebe, o pai tem hoje condições materiais de ter o filho consigo, e sempre é bom que os filhos sejam criados em companhia dos pais. Ainda observo e aplaudo a lisura com que a causa foi proposta e discutida em juízo. Porém, essa criança de que se trata foi criada desde tenra idade pelos avós maternos, em companhia de quem foi morar logo depois da separação dos pais e lá ficou depois da morte trágica da mãe. As instâncias ordinárias reconheceram que o interesse do menor está em permanecer onde se encontra e não vejo razão para desfazer essa conclusão. Contrária à lei não é, pois o sistema permite ao juiz deferir a guarda a quem melhor possa satisfazer o interesse da criança, ainda que para isso tenha de restringir os direitos que decorrem do pátrio poder, quando conveniente para a proteção da criança. Já a retirada do menor do ambiente onde viveu praticamente toda a sua existência será causa certa de transtornos e dificuldades, talvez insuperáveis para a sua formação, que somente se justificaria na presença de razão muito forte, não apenas aquelas apresentadas pelo recorrente.

Como se percebe até agora, o respaldo que sustenta e reconhece o direito de guarda e de visitação dos avós reside na existência do afeto que marca a relação entre os netos e seus avós.

Com aplausos à sensibilidade dos nossos legisladores, foi promulgada a Lei nº 12.398, de 28 de março de 2011, acrescentando um parágrafo único ao art. 1.589 do Código Civil, com a seguinte redação: “O direito de visita estende-se a qualquer dos avós, a critério do juiz, observado os interesses da criança ou do adolescente.”

Na mesma lei, foi dada nova redação ao inciso VII, do artigo 888 do Código de Processo Civil, como se segue:

Art. 888. O juiz poderá ordenar ou autorizar, na pendência da ação principal ou antes de sua propositura:  
[...]

VII – a guarda e a educação dos filhos, regulado o direito de visita que, no interesse da criança ou do adolescente, pode, a critério do juiz, ser extensivo a cada um dos avós.

O problema da guarda é mais complexo por envolver a perda do poder familiar em favor dos avós e pelas consequências emocionais que pode provocar.

Essa possibilidade já foi examinada por todas as instâncias judiciais, admitindo-se sua possibilidade em casos excepcionais, como atestam estas decisões do Superior Tribunal de Justiça:

#### FAMÍLIA. MODIFICAÇÃO DA GUARDA.

Decisão que deferiu a guarda de filhos de casal separado à avó materna com inteiro respaldo nas disposições da Lei 6.515, de 1977. Recurso não conhecido. (*Resp. nº 28031-3- PR, Rel. Min. Costa Leite. J. em 3.5.1994.*)

#### DIREITO DE FAMÍLIA. GUARDA DE MENOR PLEITEADA POR AVÓS. POSSIBILIDADE. PREVALÊNCIA ABSOLUTA DO INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE OBSERVADA.

1. É sólido o entendimento segundo o qual mesmo para fins de presquestionamento, a oposição de embargos de declaração não prescinde de demonstração da existência de uma das causas listadas no art. 535 do CPC, incorrentes, no caso.

2. No caso em exame, não se trata de pedido de guarda unicamente para fins previdenciários, que é repudiada pela jurisprudência. Ao reverso, o pedido de guarda visa à regularização de situação de fato consolidada desde o nascimento do infante (16.01.1991), situação essa qualificada pela assistência material e afetiva prestada pelos avós, como se pais fossem. Nesse passo, conforme delineado no acórdão recorrido, verifica-se uma convivência entre os autores e o menor perfeitamente apta a assegurar o seu bem estar físico e espiritual, não havendo, por outro lado, nenhum fato que sirva de empecilho ao seu pleno desenvolvimento psicológico e social.

3. Em casos como o dos autos, em que os avós pleiteiam a regularização de uma situação de fato, não se tratando de “guarda previdenciária”, o Estatuto da Criança e do Adolescente deve ser aplicado tendo em vista mais os princípios protetivos dos interesses da criança. Notadamente porque o art. 33 está localizado em seção intitulada “Da família substituta”, e, diante da expansão conceitual que hoje se opera sobre o termo “família”, não se pode afirmar que, no caso dos autos, há, verdadeiramente, uma substituição familiar.

4. O que deve balizar o conceito de “família” é, sobretudo, o princípio da afetividade, que “fundamenta o direito de família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com primazia sobre as considerações de caráter patrimonial ou biológico.” (*Resp. nº 945.283- RN, rel. Min. Luís Felipe Salomão, julgado em 15.9.2009.*)

Recentemente o Superior Tribunal de Justiça, por sua Quarta Turma, permitiu que a avó e o tio paternos tivessem a guarda compartilhada de uma adolescente que convive com eles há doze anos. O objetivo do pedido foi regularizar a situação e definir a dependência. Em outra decisão, o Tribunal de Justiça de Mato Grosso deu provimento a

uma apelação para deferir a guarda compartilhada de uma criança entre os pais e avó materna, por atender melhor o interesse da menor.<sup>3</sup>

Com base nesses julgados, pode-se pensar na hipótese de, em outros casos, estender-se aos avós a guarda compartilhada de crianças demasiado apegadas a eles, até por conta da preservação do equilíbrio psicológico dos menores.

No Estatuto das Famílias, em votação no Congresso, não há um artigo específico sobre a guarda dos avós, falta que ainda pode ser suprida por meio de emenda. Entretanto, o seu artigo 100 comporta interpretação extensiva em favor dos avós, conforme se apreende pela expressão do seu texto normativo: “O direito à convivência pode ser estendido a qualquer pessoa com quem a criança ou o adolescente mantenha vínculo de afetividade.”

## **5 INVESTIGAÇÃO DE RELAÇÃO AVOENGA**

Outra forma mais rara da presença dos avós na vibração do Direito de Família relaciona-se com a matéria debatida no Recurso Especial nº 807.849/RJ, que teve a Ministra Fátima Nancy Andrighi como relatora, referente a uma ação em que os supostos netos buscavam definir a ancestralidade por uma declaratória de relação avoenga em face do avô, que prestava alimentos para eles. Com a morte do avô, o suposto pai cortou o auxílio que vinham recebendo. Inconformados, a mãe (viúva do suposto filho do *de cujus*) e o filho (suposto neto do falecido avô) ajuizaram ação declaratória de relação avoenga para definir-se a ascendência do neto em relação ao avô.

A discussão maior, analisada pelo recurso, foi o problema da legitimidade ativa, sob fundamento de que a ação de investigação de paternidade é personalíssima dos filhos. O Superior Tribunal de Justiça, porém, afastou a alegada impossibilidade jurídica do pedido.

O fato que ensejou o recurso especial foi a decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que julgou extinto o processo relativo ao pedido de investigação, sob o fundamento de que tal ação é personalíssima, cabendo apenas ao filho propô-la em relação ao pai. Faltaria, então, ao neto a legitimidade ativa para tanto, o que redundaria na impossibilidade jurídica do pedido.

---

<sup>3</sup> MATO GROSSO. Tribunal de Justiça, Ap. Cív. nº 2010.016220-8/0000-00. 2º T. Cív. Rel. Des. Julizar Trindade. In: *Revista brasileira de direito das famílias e sucessões*, n. 18, p. 151.

Em trecho do acórdão que bem reflete o espírito da relatora ficou consignado:

O pai, ao falecer sem investigar sua paternidade, deixou a certidão de nascimento de seus descendentes com o espaço destinado ao casal de avós paternos em branco, o que já se mostra suficiente para justificar a pretensão de que seja declarada a relação avoenga e, por consequência, o reconhecimento de toda a linha ancestral paterna, com reflexos no direito de herança.

Antes desse julgamento, ao apreciar o Recurso Especial nº 604.154/RS, tendo como relator o Ministro Humberto Gomes de Barros, o Superior Tribunal de Justiça já havia firmado esse mesmo entendimento sobre a possibilidade de os netos pugnam pelo reconhecimento judicial da relação avoenga, em acórdão que teve a seguinte ementa:

RECURSO ESPECIAL. FAMÍLIA. RELAÇÃO AVOENGA. RECONHECIMENTO JUDICIAL. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO.

É juridicamente possível o pedido dos netos formulado contra o avô, os seus herdeiros deste, visando o reconhecimento judicial da relação avoenga.

Nenhuma interpretação pode levar o texto legal ao absurdo. (*Resp. nº 604.154/RS, rel. Min. Humberto Gomes de Barros. J. em 16.6.2005*).

Essa é uma modalidade de conflito que tende a repetir-se pelos tribunais. Evidente é a certeza da decisão que reconhece a legitimidade dos netos para buscarem a definição de sua ascendência, até pelo justificado anseio de definir sua identidade genética, em atenção ao princípio da dignidade da pessoa humana.

## 6 CONCLUSÃO

Este trabalho pretendeu despertar os aplicadores do Direito de Família para assumirem, em muitos casos, papel decisivo na solução de conflitos.

A família contemporânea não tem mais o perfil do *pater familiae* de antigamente; ela tem as cores de cada membro, uma vez que todos têm o mesmo reconhecimento. Nesse contexto, surge uma nova figura em busca do seu espaço efetivo: os avós.

Toda essa evidência, essa consideração da interferência positiva dos avós nos conflitos familiares, deve-se à constituição do afeto. Os novos avós, até por que são avós novos, vivem com os netos numa interferência estreita e constante.

Por outro lado, a ausência do afeto, da convivência, vai gerar outras consequências, como o caso aqui citado da investigação avoenga.

Em disputa por alimentos, reclamando a guarda ou a visitação dos netos, em diversos ângulos do Direito de Família, os avós aparecem hoje para reivindicar ou para

ser cobrados, numa demonstração de que esses conhecidos personagens da estrutura familiar estão vivendo um novo tempo.

O que não se pode desconhecer, seja essa presença negativa ou positiva, é que os avós não podem mais ser desconsiderados no universo das relações familiares, seja pela força principiológica do Estatuto do Idoso e da Constituição Federal, seja pela jurisprudência que vem mostrando essa nova realidade social, movida pela força dos fatos.

TITLE: Grandparents' rights

ABSTRACT: It is aimed to analyze the effects on Family Law of grandparents' new role, who instead of being seen as useless people, have become active in family matters. In this context, grandparents have often been part in child support requests, child custody requests, and, lately, in paternity lawsuits and parental alienation.

KEYWORDS: Family Law. Grandparents. Child support. Child custody. Paternity lawsuits. Parental alienation.

## REFERÊNCIAS

1 MÜLLER, Lauro *Apud* RÓNAI, Paulo. *Dicionário universal Nova Fronteira de citações*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985, p. 87.

2 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Divórcio: teoria e prática*. 2.ed. Rio de Janeiro: GZ, 2010, p. 73.

3 MATO GROSSO. Tribunal de Justiça, Ap. Cív. nº 2010.016220-8/0000-00. 2º T. Cív. Rel. Des. Julizar Trindade. In: *Revista brasileira de direito das famílias e sucessões*, n. 18, p. 151.



# DESPATRIMONIALIZAÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO PERMANENTE

*Paulo Lôbo<sup>4</sup>*

SUMÁRIO: 1 O lugar da família no estado social. 2 A família constitucionalizada. 3 A prevalência histórica dos interesses patrimoniais na legislação brasileira das relações de família. 4 A repersonalização. 5 Perspectivas.

## 1 O LUGAR DA FAMÍLIA NO ESTADO SOCIAL

O Estado liberal, hegemônico no século XIX no mundo ocidental, caracterizava-se pela limitação do poder político e pela não intervenção nas relações privadas e no poder econômico. Concretizou o ideário iluminista da liberdade e igualdade dos indivíduos. Todavia, a liberdade era voltada à aquisição, domínio e transmissão da propriedade e a igualdade ateve-se ao aspecto formal, ou seja, da igualdade formal de sujeitos abstraídos de suas condições materiais ou existenciais. Mas a família, nas grandes codificações liberais burguesas, permaneceu no obscurantismo pré-iluminista, não se lhe aplicando os princípios da liberdade ou da igualdade, porque estava à margem dos interesses patrimonializantes que passaram a determinar as relações civis.

A posição jurídica subalterna da mulher, nas codificações liberais, está bem retratada na frase famosa pronunciada por Napoleão, intervindo na comissão que elaborou o Código Civil francês de 1804, para destacar o poder marital: “O marido deve poder dizer: senhora, você me pertence de corpo e alma; você não sai, não vai ao teatro, não vai ver essa ou aquela pessoa, sem o meu consentimento”.

O Estado social, desenvolvido ao longo do século XX, caracterizou-se pela intervenção nas relações privadas e no controle dos poderes econômicos, tendo por fito a proteção dos mais fracos. Sua nota dominante é a solidariedade social ou a promoção da justiça social. O intervencionismo também alcança a família, com o intuito de redução dos poderes domésticos – notadamente do poder marital e do poder paterno -, da inclusão e equalização de seus membros, e na compreensão de seu espaço para a promoção da

---

<sup>4</sup> Advogado, Doutor em Direito pela USP, professor emérito da UFAL e membro do CNJ (2005-2009).

dignidade humana. No Brasil, desde a primeira Constituição social, em 1934, até à Constituição de 1988, a família é destinatária de normas crescentemente tutelares, que assegurem a liberdade e a igualdade materiais, inserindo-a no projeto da modernidade.

Se é verdade que entre o forte e o fraco é a liberdade que escraviza e a lei que liberta, a Constituição do Estado social de 1988 foi a que mais interviu nas relações familiares e a que mais as libertou. Consumou-se a redução ou mesmo eliminação, ao menos no plano jurídico, do *elemento despótico* existente no seio da família, no Brasil.

## **2 A FAMÍLIA CONSTITUCIONALIZADA**

O modelo igualitário da família constitucionalizada se contrapõe ao modelo autoritário do Código Civil anterior. O consenso, a solidariedade, o respeito à dignidade das pessoas que a integram são os fundamentos dessa imensa mudança paradigmática que inspiraram o marco regulatório estampado nos arts. 226 a 230 da Constituição de 1988.

As constituições modernas, quando trataram da família, partiram sempre do modelo preferencial da entidade matrimonializada. Não é comum a tutela explícita das demais entidades familiares. Sem embargo, a legislação infraconstitucional de vários países ocidentais têm avançado, desde as duas últimas décadas do século XX, no sentido de atribuir efeitos jurídicos próprios de direito de família às demais entidades familiares. A Constituição brasileira inovou, reconhecendo não apenas a entidade matrimonializada, mas outras duas explicitamente (união estável e entidade monoparental), além de permitir a interpretação extensiva, de modo a incluir as demais entidades implícitas.

As constituições brasileiras reproduzem as fases históricas que o país viveu, em relação à família, no trânsito do Estado liberal para o Estado social. As constituições de 1824 e 1891 são marcadamente liberais e individualistas, não tutelando as relações familiares. Na Constituição de 1891 há um único dispositivo (art. 72, § 4º) com o seguinte enunciado: “A República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita”. Compreende-se a exclusividade do casamento civil, pois os republicanos desejavam concretizar a política de secularização da vida privada, mantida sob controle da igreja oficial e do direito canônico durante a Colônia e o Império.

Em contrapartida, as constituições do Estado social brasileiro (de 1934 a 1988) democrático ou autoritário destinaram à família normas explícitas. A Constituição democrática de 1934 dedica todo um capítulo à família, aparecendo pela primeira vez a referência expressa à proteção especial do Estado, que será repetida nas constituições

subseqüentes. Na Constituição autoritária de 1937 a educação surge como dever dos pais, os filhos naturais são equiparados aos legítimos e o Estado assume a tutela das crianças em caso de abandono pelos pais. A Constituição democrática de 1946 estimula a prole numerosa e assegura assistência à maternidade, à infância e à adolescência.

A Constituição de 1988 expande a proteção do Estado à família, promovendo a mais profunda transformação que se tem notícia, entre as Constituições mais recentes de outros países. Alguns aspectos merecem ser salientados:

- a) a proteção do Estado alcança qualquer entidade familiar, sem restrições;
- b) a família, entendida como entidade, assume claramente a posição de sujeito de direitos e obrigações;
- c) os interesses das pessoas humanas, integrantes da família, recebem primazia sobre os interesses patrimonializantes;
- d) a natureza socioafetiva da filiação torna-se gênero, abrangente das espécies biológica e não-biológica;
- e) consuma-se a igualdade entre os gêneros e entre os filhos;
- f) reafirma-se a liberdade de constituir, manter e extinguir entidade familiar e a liberdade de planejamento familiar, sem imposição estatal;
- g) a família configura-se no espaço de realização pessoal e da dignidade humana de seus membros.

As revolucionárias transformações promovidas pela Constituição na concepção, na natureza e nas atribuições das relações familiares e, conseqüentemente, no direito de família, puseram o Brasil na dianteira da refundação dos novos institutos jurídicos, pelo trabalho criativo da doutrina civilista. Em comparação, a França, país que sempre se destacou pelas inovações no direito de família, apenas em 2005, com a lei de 4 de julho, extinguiu definitivamente a discriminação entre filhos legítimos e ilegítimos, que deixou de existir no Brasil desde 1988, com o § 6º do art. 227 da Constituição.

A constitucionalização da família apresenta alguns caracteres comuns nas Constituições do Estado social da segunda metade do século XX: a) neutralização do matrimônio; b) deslocamento do núcleo jurídico da família, do consentimento matrimonial para a proteção pública; c) potencialização da filiação como categoria jurídica e como problema, em detrimento do matrimônio como instituição, dando-se maior atenção ao conflito paterno-filial que ao conjugal; d) consagração da família instrumental no lugar da família-instituição; e) livre desenvolvimento da afetividade e da sexualidade.

### **3 A PREVALÊNCIA HISTÓRICA DOS INTERESSES PATRIMONIAIS NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA DAS RELAÇÕES DE FAMÍLIA**

Os autores sempre afirmaram que o direito de família disciplina direitos de três ordens, a saber, pessoais, patrimoniais e assistenciais, ou, ainda, matrimoniais, parentais e protecionistas. Sempre se afirmou, igualmente, que esses direitos e situações são plasmados em relações de caráter eminentemente pessoais, não sendo os interesses patrimoniais predominantes. Seria o direito de família o mais pessoal dos direitos civis. As normas de direito das coisas e de direitos das obrigações não seriam subsidiárias do direito de família.

Entretanto, os códigos civis, na maioria dos povos ocidentais, desmentem essa recorrente afirmação. Editados sob inspiração do liberalismo individualista, alçaram a propriedade e os interesses patrimoniais a pressuposto nuclear de todos os direitos privados, inclusive o direito de família. O que as codificações liberais sistematizaram já se encontrava na raiz histórica do próprio conceito de família. Lembra Pontes de Miranda que a palavra família, aplicada aos indivíduos, empregava-se no direito romano em acepções diversas. Era também usada em relação às coisas, para designar o conjunto do patrimônio, ou a totalidade dos escravos pertencentes a um senhor.

É na origem e evolução histórica da família patriarcal e no predomínio da concepção do homem livre proprietário que foram assentadas as bases da legislação sobre a família, inclusive no Brasil. No Código Civil de 1916, dos 290 artigos da parte destinada ao direito de família, 151 tratavam de relações patrimoniais e 139 de relações pessoais. A partir da década de setenta do século XX essas bases começaram a ser abaladas com o advento de nova legislação emancipadora das relações familiares, que desmontaram as estruturas centenárias ou milenares do patriarcalismo.

No que se refere à filiação, a assimetria do tratamento legal aos filhos, em razão da origem e do pesado discrimine causado pelo princípio da legitimidade, não era inspirada na proteção da família, mas na proteção do patrimônio familiar. A caminhada progressiva da legislação rumo à completa equalização do filho ilegítimo foi delimitada ou contida pelos interesses patrimoniais em jogo, sendo obtida a conta-gotas: primeiro, o direito a alimentos, depois, a participação em 25% da herança, mais adiante, a participação em 50% da herança, chegando finalmente à totalidade dela.

O Código Civil de 2002, apesar da apregoada mudança de paradigma, do individualismo para a solidariedade social, manteve forte presença dos interesses patrimoniais sobre os pessoais, em variados institutos do Livro IV, dedicado ao direito de família, desprezando-se o móvel da *affectio*, inclusive no Título I destinado ao “direito pessoal”. Assim, as causas suspensivas do casamento, referidas no art. 1.523, são quase todas voltadas aos interesses patrimoniais (principalmente, em relação a partilha de bens). Da forma como permanece no Código, a autorização do pai, tutor ou curador para que se casem os que lhe estão sujeitos não se volta à tutela da pessoa, mas ao patrimônio dos que desejam casar; a razão da viúva estar impedida de casar antes de dez meses depois da gravidez não é a proteção da pessoa humana do nascituro, ou a da certeza da paternidade, mas a proteção de seus eventuais direitos sucessórios; o tutor, o curador, o juiz, o escrivão estão impedidos de casar com as pessoas sujeitas a sua autoridade, porque aqueles, segundo a presunção da lei seriam movidos por interesses econômicos. No Capítulo destinado à dissolução da sociedade conjugal e do casamento ressaltam os interesses patrimoniais, sublimados nos processos judiciais, agravados com o fortalecimento do papel da culpa na separação judicial, na contramão da evolução do direito de família. Contrariando a orientação jurisprudencial dominante, o art. 1.575 enuncia que a sentença de separação importa partilha dos bens. A confusa redação dos preceitos relativos à filiação (principalmente a imprescritibilidade prevista no art. 1.601) estimula que a impugnação ou o reconhecimento judicial da paternidade tenham como móvel interesse econômico (principalmente herança), ainda que ao custo da negação da história de vida construída na convivência familiar. Quando cuida dos regimes de bens entre os cônjuges, o Código (art. 1.641) impõe, com natureza de sanção, o regime de separação de bens aos que contraírem casamento com inobservância das causas suspensivas e ao maior de sessenta anos, regra esta de discutível constitucionalidade, pois agressiva da dignidade da pessoa humana, cuja afetividade é desconsiderada em favor de interesses de futuros herdeiros<sup>5</sup>. As normas destinadas à tutela e à curatela estão muito mais voltadas ao patrimônio do que às pessoas dos tutelados e curatelados. Na curatela do prodígio, a proteção patrimonial chega ao clímax, pois a prodigalidade é negada e a avareza premiada.

---

<sup>5</sup> VILLELA, João Baptista, considera a proibição de casar aos maiores de sessenta anos um reflexo agudo da postura patrimonialista do Código Civil e constitui mais um dos ultrajes gratuitos que nossa cultura inflige à terceira idade. E arremata: “a afetividade enquanto tal não é um atributo da idade jovem”. *Liberdade e Família*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 1980, p. 35-6.

O censo demográfico relativo à última década do século XX, levantado pelo IBGE, demonstra que a pirâmide da perversa distribuição de renda no Brasil exclui a grande maioria da população da incidência das normas da legislação civil voltadas à tutela do patrimônio. A realidade palpável é a de o Código Civil permanecer impermeável - inclusive no que concerne às relações de família - aos interesses da maioria da população brasileira que não tem acesso às riquezas materiais.

Evidentemente, as relações de família também têm natureza patrimonial; sempre terão. Todavia, quando passam a ser determinantes, desnaturam a função da família, como espaço de realização pessoal e afetiva de seus membros.

#### **4 A REPERSONALIZAÇÃO**

A família, ao converter-se em espaço de realização da afetividade humana, marca o deslocamento da função econômica-política-religiosa-procracional para essa nova função. Essas linhas de tendências enquadram-se no fenômeno jurídico-social denominado *repersonalização das relações civis*, que valoriza o interesse da pessoa humana mais do que suas relações patrimoniais. É a recusa da coisificação ou reificação da pessoa, para ressaltar sua dignidade. A família é o espaço por excelência da repersonalização do direito.

Retoma-se o itinerário da afirmação da pessoa humana como objetivo central do direito. No mundo antigo, o conceito romano de *humanitas* era o da natureza compartilhada por todos os seres humanos. No Digesto (1, 5, 2) encontra-se o famoso enunciado: *hominum causa ius constitutum sit*, todo direito é constituído por causa dos homens. Essa centralidade na pessoa humana foi acentuada na modernidade desde seu início, principalmente com o iluminismo, despontando na construção grandiosa dos direitos humanos fundamentais e do conceito de dignidade da pessoa humana. Daí a bela proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos contida em seu art. 1º: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos”. No mundo atual, o foco na pessoa humana é matizado com a consciência da tutela jurídica devida aos outros seres vivos (meio ambiente) e da coexistência necessária, pois a pessoa existe quando coexiste (solidariedade).

O anacronismo da legislação sobre família revelou-se em plenitude com o despontar dos novos paradigmas das entidades familiares. O advento do Código Civil de 2002 não pôs cobro ao descompasso da legislação, pois várias de suas normas estão

fundadas nos paradigmas passados e em desarmonia com os princípios constitucionais referidos.

A excessiva preocupação com os interesses patrimoniais que marcou o direito de família tradicional não encontra eco na família atual, vinculada por outros interesses de cunho pessoal ou humano, tipificados por um elemento aglutinador e nuclear distinto - a afetividade. Esse elemento nuclear define o suporte fático da família tutelada pela Constituição, conduzindo ao fenômeno que denominamos repersonalização.

É necessário delimitar o sentido que desejamos emprestar ao termo. Não se está propugnando um retorno ao individualismo liberal. O liberalismo tinha a propriedade como valor necessário da realização da pessoa, em torno da qual gravitavam os demais interesses privados. A família, nessa concepção, deveria ser referencial necessário para a perpetuação das relações de produção existentes, sobretudo mediante regras formais de sucessão de bens, de unidade em torno do chefe, de filiação certa.

O desafio que se coloca ao jurista e ao direito é a capacidade de ver a pessoa humana em toda sua dimensão ontológica e não como simples e abstrato sujeito de relação jurídica. A pessoa humana deve ser colocada como centro das destinações jurídicas, valorando-se o ser e não o ter, isto é, sendo fator de medida do patrimônio, que passa a ter função complementar.

Orlando de Carvalho julga oportuna a repersonalização de todo o direito civil – seja qual for o invólucro em que esse direito se contenha – isto é, a acentuação de sua raiz antropocêntrica, de sua ligação visceral com a pessoa e seus direitos. É essa valorização do poder jurisdicção do homem comum – inclusive no âmbito do direito de família, quando sua efetividade se estrutura – é essa centralização em torno do homem e dos interesses imediatos que faz o direito civil, para o autor, o *foyer* da pessoa, do cidadão mediano, do cidadão puro e simples.

A restauração da primazia da pessoa, nas relações de família, na garantia da realização da afetividade, é a condição primeira de adequação do direito à realidade. Essa mudança de rumos é inevitável.

A Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, de 1989, adotada pela Assembléia das Nações Unidas, e internalizada no direito brasileiro, com força de lei em 1990, preconiza a proteção especial da criança mediante o princípio do melhor interesse, em suas dimensões pessoais. Para cumprir o princípio do melhor interesse, a criança deve ser posta no centro das relações familiares, devendo ser considerada segundo o “espírito de paz, dignidade, tolerância, liberdade, igualdade e solidariedade”. As

crianças são agora definidas de maneira afirmativa, como sujeitos plenos de direitos; “já não se trata de ‘menores’, incapazes, pessoas incompletas, mas de pessoas cuja única particularidade é a de estarem crescendo”. Tais valores não são compatíveis com razões predominantemente patrimoniais.

A família tradicional aparecia através do direito patrimonial e, após as codificações liberais, pela multiplicidade de laços individuais, como sujeitos de direito atomizados. Agora, é fundada na solidariedade, na cooperação, no respeito à dignidade de cada um de seus membros, que se obrigam mutuamente em uma comunidade de vida. A família atual é apenas compreensível como espaço de realização pessoal afetiva, no qual os interesses patrimoniais perderam seu papel de principal protagonista. A repersonalização de suas relações revitaliza as entidades familiares, em seus variados tipos ou arranjos.

Por outro ângulo, o interesse a ser tutelado não é mais o do grupo organizado como esteio do Estado e o das relações de produção existentes. A subsunção da família no Estado, uma condicionando o outro, estava pacificamente assente na doutrina jurídica tradicional. Savigny afirmava que na família se teria o germe do Estado, e o Estado, uma vez formado, tem por elemento imediato a família e não as pessoas.

As relações de consangüinidade, na prática social, são menos importantes que as oriundas de laços de afetividade e da convivência familiar, constituintes do estado de filiação, que deve prevalecer quando houver conflito com o dado biológico, salvo se o princípio do melhor interesse da criança ou o princípio da dignidade da pessoa humana indicarem outra orientação, não devendo ser confundido o direito àquele estado com o direito à origem genética, como demonstramos alhures. A adoção foi alçada pela Constituição à mesma dignidade da filiação natural, confundindo-se com esta e revelando a primazia dos interesses existenciais e personalizantes. Até mesmo a adoção de fato, denominada de “adoção à brasileira”, fundada no “crime nobre” da falsificação do registro de nascimento é um fato social amplamente aprovado, por suas razões solidárias (salvo quando oriundo de rapto), convertendo-se em estado de filiação indiscutível após a convivência familiar duradoura (posse de estado de filho).

A família é sempre socioafetiva, em razão de ser grupo social considerado base da sociedade e unida na convivência afetiva. A afetividade, como categoria jurídica, resulta da transeficácia de parte dos fatos psicossociais que a converte em fato jurídico, gerador de efeitos jurídicos.



## 5 PERSPECTIVAS

A realização pessoal da afetividade, no ambiente de convivência e solidariedade, é a função básica da família de nossa época. Suas antigas funções econômica, política, religiosa e procracional feneceram, desapareceram ou desempenham papel secundário. Até mesmo a função procracional, com a secularização crescente do direito de família e a primazia atribuída ao afeto, deixou de ser sua finalidade precípua.

A família, na sociedade de massas contemporânea, sofreu as vicissitudes da urbanização acelerada ao longo do século XX, como ocorreu no Brasil. Por outro lado, a emancipação feminina, principalmente econômica e profissional, modificou substancialmente o papel que era destinado à mulher no âmbito doméstico e remodelou a família. São esses os dois principais fatores do desaparecimento da família patriarcal.

Reinventando-se socialmente, reencontrou sua unidade na *affectio*, antiga função desvirtuada por outras destinações nela vertidas, ao longo de sua história. A afetividade, assim, desponta como elemento nuclear e definidor da união familiar, aproximando a instituição jurídica da instituição social. A afetividade é o triunfo da intimidade como valor, inclusive jurídico, da modernidade. Como diz Anthony Giddens, ao estudar a perspectiva da intimidade como democracia da vida pessoal, “as mulheres prepararam o caminho para uma expansão do domínio da intimidade em seu papel como as revolucionárias emocionais da modernidade”<sup>6</sup>.

Na medida em que a família deixou de ser concebida como base do Estado para ser espaço de realizações existenciais, manifestou-se “uma tendência incoercível do indivíduo moderno de privatizar suas relações amorosas, afetivas, de rejeitar que sua esfera de intimidade esteja sob a tutela da sociedade, do Estado e, portanto, do direito”<sup>7</sup>. As demandas são, pois, de mais autonomia e liberdade e menos intervenção estatal na vida privada, pois a legislação sobre família foi, historicamente, mais cristalizadora de desigualdades e menos emancipadora.

A repersonalização das relações jurídicas de família é um processo que avança, notável em todos os povos ocidentais, revalorizando a dignidade humana, e tendo a pessoa como centro da tutela jurídica, antes obscurecida pela primazia dos interesses patrimoniais, nomeadamente durante a hegemonia do individualismo proprietário, que

---

<sup>6</sup> GIDDENS, Anthony. *A transformação da intimidade*. Trad. Magda Lopes. São Paulo: Unesp, 1993, p. 146.

<sup>7</sup> CARBONNIER, Jean. *Droit et passion du droit*. Paris: Forum/Flammarion, Paris, p. 208.

determinou o conteúdo das grandes codificações. Com bastante lucidez, a doutrina vem revelando esse aspecto pouco investigado dos fundamentos tradicionais do direito de família, a saber, o predomínio da patrimonial, que converte a pessoa humana em mero *homo economicus*.

Luís Díez-Picazo<sup>8</sup> demonstra que essa patrimonialização do direito civil admite dois graus, dois matizes distintos: solapado ou encoberto em um; claro, aberto e decidido em outro. Já houve autores que abertamente propuseram reduzir o direito civil a regulação da vida econômica, no qual a pessoa, seu estado e sua esfera jurídica desapareceriam do sistema. Ora, a finalidade e função do direito civil não é outra que a defesa da pessoa e de seus fins.

A criança, o adolescente, o idoso, o homem e a mulher são protagonistas dessa radical transformação ética, na plena realização do princípio estruturante da dignidade da pessoa humana, que a Constituição elevou ao fundamento da organização social, política, jurídica e econômica.

A repersonalização, posta nesses termos, não significa um retorno ao vago humanismo da fase liberal, ao individualismo, mas é a afirmação da finalidade mais relevante da família: a realização da afetividade pela pessoa no grupo familiar; no humanismo que só se constrói na solidariedade - no viver com o outro.

Ante a tribalização orgânica da sociedade globalizada atual, a família é reivindicada “como o único valor seguro ao qual ninguém quer renunciar. Ela é amada, sonhada e desejada por homens, mulheres e crianças de todas as idades, de todas as orientações sexuais e de todas as condições”, na expectativa que “saiba manter, como princípio fundador, o equilíbrio entre o um e o múltiplo de que todo sujeito precisa para construir sua identidade”<sup>9</sup>.

## REFERÊNCIAS

1 VILLELA, João Baptista. *Liberdade e Família*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 1980, p. 35-6.

2 GIDDENS, Anthony. *A transformação da intimidade*. Trad. Magda Lopes. São Paulo: Unesp, 1993, p. 146.

---

<sup>8</sup> DIEZ-PICAZO, Luís. *Sistema de derecho civil*. Madrid: Technos, 1978, v. 1, p. 55-7.

<sup>9</sup> ROUDINESCO, Elisabeth. *A família em desordem*. Rio de Janeiro: Zahar, 2003, p. 198.

3 CARBONNIER, Jean. *Droit et passion du droit*. Paris: Forum/Flammarion, Paris, p. 208.

4 DIEZ-PICAZO, Luís. *Sistema de drecho civil*. Madrid: Technos, 1978, v. 1, p. 55-7.

5 ROUDINESCO, Elisabeth. *A família em desordem*. Rio de Janeiro: Zahar, 2003, p. 198.

# A DESIGUALDADE CONJUGAL DO CÓDIGO CIVIL

Rolf Madaleno<sup>10</sup>

SUMÁRIO: 1 A mulher e o direito. 2. Igualdade dos filhos. 3. Liberdade e intimidade. 4. A discriminação da mulher e a equiparação das filiações. 5. Discriminação de gênero e discriminação de família. Determinação da filiação. 7. Impugnação de paternidade. 8. Direitos em jogo. 9. Caráter discriminatório. 10. Legitimidade do pai biológico. Referências.

## 1 A MULHER E O DIREITO

David Loades descreve que as mulheres dos séculos XV a XVII eram vistas em relação aos homens como um complemento do marido e acreditavam fossem intelectualmente inferiores aos do sexo masculino, fisicamente mais fracas e moralmente frágeis, sendo que o ideal de mulher abrangia como virtudes, sua castidade, paciência e obediência e seu modelo era a “Virgem Maria, a mãe de Deus, a única mulher que conseguiu a milagrosa tarefa de ser mãe e virgem ao mesmo tempo.”<sup>11</sup>

David Loades podia estar falando dos séculos XV, XVII ou dos século XX, e XXI, porquanto o tema da paridade dos sexos e a dos cônjuges, mesmo no Brasil, durante a vigência do Código Civil de 1916, sempre foi matéria estranha aos preceitos jurídicos e jurisprudenciais brasileiros que imputavam ao marido exercer sua autoridade sobre a mulher, valendo-se a legislação do eufemismo de a esposa ser *colaboradora* do marido na chefia da sociedade conjugal e agindo cada cônjuge em uma faixa diferenciada de cooperação. Escreveu Carlos David Aarão Reis, explicando a finalidade da *chefia da sociedade conjugal*, ser inerente a qualquer grupo social a existência de um comando decisório, diante da possibilidade de divergência entre seus membros.<sup>12</sup> Assim, não poderia ser diferente em relação à sociedade conjugal, devendo os interesses do matrimônio seguir os ditames naturais, que concentram em um só dos cônjuges a direção

---

<sup>10</sup> Advogado e Professor de Direito de Família na Graduação e Pós-Graduação da PUC-RS. Diretor Nacional do IBDFAM. Mestre em Direito pela PUC-RS. Autor do Curso de Direito de Família, 4ª edição, editora Forense. [www.rolfmadaleno.com.br](http://www.rolfmadaleno.com.br)

<sup>11</sup> LOADES, David. *As rainhas Tudor, o poder feminino em Inglaterra (séculos XV-XII)*, Portugal: Caleidoscópio, 2010, p.9.

<sup>12</sup> REIS, Carlos David S. Aarão. *Família e igualdade, a chefia da sociedade conjugal em face da nova Constituição*, Rio de Janeiro: Renovar, 1992, p.53.

dos desígnios da família. Mesmo em face da Constituição Federal de 1988, Carlos David Aarão Reis evocava a formação patriarcal da família brasileira, de preservação da autoridade diretiva unificada nas mãos do homem, no interesse da sobrevivência da harmonia nas relações do grupo familiar, pois “a tradição histórica que desde os primórdios da civilização deferiu sempre ao homem o pesado encargo da direção da família, atribuindo-lhe a condição de cabeça do casal”, e aduz ser relativo o princípio da igualdade, sendo mais adequado manter nas mãos do homem o exercício da autoridade diretiva da sociedade conjugal, é claro, com a colaboração da mulher,<sup>13</sup> cuja emancipação teria sido alcançada em 1962, com o aparecimento do Estatuto da Mulher Casada.

De fato, não há nenhuma excentricidade na conclusão doutrinária de Carlos Reis quando observa sob o aspecto econômico, a necessidade de uma direção unitária da família, porque comungam todos do mesmo interesse de preservação do grupo familiar, mediante os atos coordenados de uma gestão patrimonial, que, no entanto, tanto pode ser do homem como da mulher.

As mulheres não tinham visibilidade fora do lar conjugal e suas vidas simplesmente eram confinadas no recesso do lar, ou se fossem mulheres solteiras eram consideradas aptas para certos empregos de *avental branco*, como eram as atividades das professoras ou enfermeiras, babás, cozinheiras ou serventes. Mulheres casadas só recorriam ao trabalho em situações de subsistência da família quando o marido, ausente ou enfermo, não podia trazer o salário para casa.<sup>14</sup> Com a vinda da Primeira e da Segunda Guerra Mundial, o trabalho feminino foi convocado para preencher o enorme vazio verificado no mercado de trabalho com os homens ocupando o *front* das batalhas, ficando para trás o discurso de as mulheres não serem talhadas para certas atividades laborais, sendo que se desaceleram os ofícios domésticos tradicionalmente reservados à mulher.

Contudo, duas guerras mundiais não foram suficientes para afastar das leis o claro ranço da discriminação em decorrência dos gêneros sexuais, não obstante a luta pela igualdade sempre tenha sido a bandeira das mulheres ao redor do planeta e não agiram diferentes os movimentos sociais no Brasil, contudo a realidade era uma só, não se havia rompido com o modelo da supremacia masculina no governo da unidade familiar.

Por conta disso, afirmara Florisa Verucci, em 1987, que a evolução do Direito é lenta e que a modificação da lei não é suficiente para estirpar profundos preconceitos

---

<sup>13</sup> Idem, ob. cit., p.96-97.

<sup>14</sup> ANDRÉS, José Román Flecha. *Los derechos de la mujer*, Salamanca:Universidad Pontificia de Salamanca, 2003, p.24.

quanto aos direitos da mulher e que o Brasil já havia assinado, em 1981, a Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher, cujo artigo 16º, § 1º estabelece que “os Estados-Partes adotarão todas as medidas adequadas para eliminar a discriminação contra a mulher em todos os aspectos relativos ao casamento e às relações familiares e, em particular, com base na igualdade entre homens e mulheres.”

Em 1988, foi proclamada pela Carta Política brasileira a completa paridade jurídica dos gêneros sexuais e a igualdade entre os cônjuges ou conviventes, cujo primado deveria ter encontrado sua concretização no artigo 226, § 5º, da Lei Fundamental, e seu preceito deveria estar igualmente consignado no Código Civil de 2002.

A igualdade entre todos se tornou preceito constitucional, explicitando a Carta Federal serem homens e mulheres iguais em direitos e obrigações, além de a Constituição Federal consagrar o princípio da igualdade entre os cônjuges. Com isto, quaisquer disposições legais que confrontassem este preceito constitucional não poderiam ser recepcionadas pelo texto legal. Não obstante o repúdio normativo à desigualdade dos gêneros, outra realidade se passa no plano dos discursos em confronto com as práticas sociais, cuja realidade é bastante conhecida, e ainda precisa ser duramente enfrentada, pois tudo que não é mais possível tolerar é defrontar com um manual jurídico escrito na esteira da Constituição Federal de 1988, que ainda alimenta de forma paradoxal diferenças jurídicas entre os direitos e deveres do homem e da mulher.

O fato é que o princípio da isonomia segue sendo contrariado por textos legais que rejeitam a dicção da igualdade jurídica, e lei se torna uma estranha fonte de privilégios do homem em relação à mulher, renegando justamente a igualdade formal.

## **2 IGUALDADE DOS FILHOS**

De conformidade com o § 6º do artigo 227 da Constituição Federal, advindo os filhos da relação de casamento ou não, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias endereçadas à filiação.

Este mesmo princípio está textualmente consignado no artigo 20 do Estatuto da Criança e do Adolescente e no artigo 1.596 do Código Civil. O *princípio da igualdade* tem o propósito de pôr fim a qualquer espécie de desigualdade ou de discriminação entre os filhos nascidos ou não do casamento, e até de pessoas que tenham impedimentos para o matrimônio, gerando filhos que no passado eram classificados como incestuosos. O

certo é que a Carta Política e o novo olhar da família brasileira não mais admitem designações preconceituosas dos filhos.

Embora o artigo 17 da Convenção Americana de Direitos Humanos estabeleça que a lei deva reconhecer direitos iguais tanto aos filhos nascidos dentro do matrimônio como fora do casamento e não obstante, a Constituição Federal tenha o efeito de propagar sua autoridade de cima para baixo, curiosamente, o Código Civil brasileiro ainda trata dos interesses da prole a partir do prisma do casamento, muito embora a isonomia devesse ter o efeito de impedir distinções entre filhos, fundadas na natureza do vínculo que une seus genitores,<sup>15</sup> no sentido de os pais serem ou não casados, além de obstar diferenças em razão da origem biológica ou não da prole.

Isso que longevas e vigentes disposições internacionais assinadas pelo Brasil, como a Resolução da Assembleia Geral da ONU de 1966, já afirmavam que o planejamento familiar deveria constar na Constituição Federal como prerrogativa dos indivíduos, e que ter filhos era um direito particular, sendo vedada qualquer forma coercitiva ou impositiva dos poderes públicos, destacando ser um direito natural e fundamental das pessoas a vida em família, tanto que toda criança e adolescente tem direito a crescer e se desenvolver em um seio familiar, em ambiente de felicidade, amor e compreensão.

### **3 LIBERDADE E INTIMIDADE**

Liberdade e intimidade são direitos consagrados na Constituição Federal de 1988. Versando sobre a liberdade, o artigo 5º, no inciso II, quando expõe que ninguém fará ou deixará de fazer algo contra sua vontade, senão em virtude de lei; ou no inciso IV, quando expressa ser livre a manifestação de pensamento; ou até mesmo quando, no inciso VI, garante a inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença, e se acrescentem todas outras liberdades e inviolabilidades asseguradas ao ser humano pela Carta Política em vigor.

A intimidade encontra proteção no mesmo texto constitucional, a contar do artigo 5º, inciso X, ao prescrever serem invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas. Um e outro divergem de conteúdo, pois um é determinante e o outro inerente a este caráter de terminação, contudo, convergem em sua essência e muito

---

<sup>15</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de e ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*, 3ª ed., Rio de Janeiro:Lumen Juris, 2011, p.54.

se aproximam,<sup>16</sup> pois para assegurar o exercício do direito à intimidade é preciso dispor da liberdade de exercer este direito para poder decidir e assim determinar quem participará ou não do círculo de intimidade da pessoa.

Cada sujeito deve ter a liberdade de exercer suas escolhas e de conduzir sua vida, assim como o modo pelo qual pretende desenvolver sua personalidade. Dentro deste espectro de direito à própria intimidade se faz presente a livre autonomia de vontade, o direito ao sigilo e à inviolabilidade do domicílio e da correspondência.

A liberdade de intimidade é o limite entre o âmbito público e o privado, entre o que precisa ou não vir a público, e o que precisa ou não passar pelo crivo judicial, com suas repercussões sociais. No ambiente do Direito de Família, como nas investigatórias de paternidade, o investigado tem o direito de não se submeter às provas biológicas de filiação, mas responde pelas consequências de sua negativa de submissão à perícia. Ainda no Direito de Família um cônjuge tem o direito de silenciar sobre seu circunstancial adultério, mas, no caso de ela pretender impugnar a paternidade de seu marido, de nada serve a confissão de seu adultério, pois a mulher não tem o direito de desvirtuar a presunção que se opera pelo artigo 1.597, do Código Civil, de ser o seu marido o pai da criança que sua esposa deu à luz. Protege o Código Civil brasileiro um sistema cerrado de impugnação da paternidade, pelo qual somente o marido pode impugnar a paternidade do filho de sua esposa, contanto que demonstre que as presunções legais de paternidade do artigo 1.597 do Código Civil não se sustentam diante das razoáveis provas que as contradizem e que evidenciem a impossibilidade absoluta de o esposo haver procriado o filho de sua mulher, ou se demonstrar sua impotência para gerar (CC, art.1.599).

Para o legislador não interessam os novos valores sociais de uma filiação socioafetiva, ou a realidade biológica, capaz de aproximar a verdade genética com os vínculos socioafetivos, e permitir que um filho extraconjugal possa e deva ser criado e educado por seus pais biológicos.

Para o Direito brasileiro o marido é o único juiz da conduta de sua mulher, pois concede unicamente ao esposo o direito de decidir se deseja colocar em evidência o adultério de sua mulher ou se prefere manter em silêncio a aparente pacificação conjugal. Como explica María Victoria Famá,<sup>17</sup> uma postura doutrinária de longa tradição justifica a proibição de a mulher impugnar a paternidade do marido quanto ao filho que ela deu à

---

<sup>16</sup> JABUR, Gilberto Haddad. *Liberdade de pensamento e direito à vida privada*, São Paulo:RT, 2000, p.260.

<sup>17</sup> FAMÁ, María Victoria. *La filiación, régimen constitucional, civil y procesal*, Buenos Aires:Abeledo Perrot, 2009, p.459.



luz. É que em primeiro lugar, ela estaria invocando seu próprio adultério e, portanto, uma antiga violação jurídica do dever matrimonial de fidelidade que ainda subsiste como dever moral dos cônjuges. Desse modo a proibição de impugnação da paternidade pela esposa é direito que ainda persiste no Código Civil brasileiro para amparar o marido da enunciação do adultério de sua mulher, cerrando o acesso de terceiro que queira destruir o casamento e a família constituída pelo casamento. Dessa forma a lei protege a família matrimonial da ingerência de terceiro coadjuvante do adultério, que quer assumir a paternidade de um filho que deveria ser por presunção, do marido da esposa infiel.

#### **4 A DISCRIMINAÇÃO DA MULHER E A EQUIPARAÇÃO DAS FILIAÇÕES**

São fontes de análise os artigos 227, § 6º, da Constituição Federal, e 1.596 do Código Civil, dispondo ambos sobre idêntico preceito de direito vital, relacionado à integral isonomia dos filhos, sobre os quais não importa se sua origem é do matrimônio, adotiva ou extraconjugal, sobressaindo destes textos de lei dois eixos fundamentais: a) o do princípio da igualdade; e b) o princípio da não discriminação. Portanto, se todos os filhos são iguais, por decorrência lógica e natural, também os pais deveriam ter os mesmos direitos e deveres na sua relação para com seus filhos, ou, olhando sob outro ângulo, teria de ser afirmado que tampouco podem os pais ser discriminados por seus vínculos afetivos e parentais.

As discriminações aparecem nos artigos 1.600, 1.601 e 1.602 do Código Civil brasileiro, quando no primeiro desses dispositivos determina não ser suficiente o adultério da mulher, ainda que por ela confessado, para ilidir a presunção legal da paternidade. No artigo seguinte reforça esta mesma discriminação ao prescrever ser direito exclusivo do marido contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher e que este direito é imprescritível. E, por fim, o artigo 1.602 repete o artigo 1.600, também do Código Civil, ao reiterar não bastar a confissão materna para excluir a paternidade. Defende o diploma substantivo brasileiro a ciência jurídica da *presunção matrimonial da paternidade* (*pater is est quem justas nuptiae demonstrat*), que encontrava somente no casamento a certeza da filiação ser sempre do marido, salvo em contrário se manifestasse exclusivamente o esposo, e não sua mulher, pois o confessado adultério dela poderia desestabilizar a sobriedade e harmonia familiar.

Essa presunção jurídica da filiação matrimonial foi reprisada pelo artigo 1.597 do Código Civil, embora a Constituição da República já definisse outras formas legítimas

de constituição de família, como, por exemplo, a filiação da inseminação artificial heteróloga. Contudo, estranha e curiosamente, a lei brasileira não confere a mesma presunção de paternidade para os filhos nascidos da estável união. A cega vinculação à filiação matrimonial deixa em segundo plano a verdade biológica, pois sempre presume, salvo queixa do marido, ser sempre ele o pai da criança que nasce da barriga de sua mulher.

Esta malsinada presunção conjugal da paternidade viola o princípio da isonomia entre os cônjuges e o princípio da igualdade entre os filhos, a mesma igualdade que deve existir entre os gêneros sexuais. Sem a menor sombra de dúvida o conteúdo do poder familiar segue sendo discriminado no Direito brasileiro quando o Código Civil mantém viva e materializada uma visão de hierarquia masculina da família.

É até compreensível que as mudanças precisem percorrer um longo caminho para que possam ser vencidos velhos hábitos culturais e sobrepujados comportamentos sociais preconceituosos, que ainda impedem a concreta e efetiva aplicação da isonomia de filhos, cônjuges e sexos, mesmo diante de afirmações constitucionais de igualdade de direitos, tão facilmente encontrados no texto constitucional. Embora conste desde 1988 na Carta Política o reconhecimento expresso de pelo menos três diferentes espécies de família, o Código Civil nos artigos 1.600, 1.601, 1.602 e até mesmo no artigo 1.736, inciso I, quando ainda escusa a mulher casada do exercício da tutela, ainda diferencia as pessoas apenas em razão do casamento.

Pois como antes dito, se todos os filhos tecnicamente são iguais, os pais também deveriam merecer o mesmo tratamento isonômico, mas não é assim e o mais grave que se denuncia é que a discriminação não é social, política, econômica ou cultural, mas, inadmissível e incompreensivelmente, a barreira discriminatória ainda é jurídica e legal, pois condiciona a sexualidade da mulher, mas a do homem não.

Esta barreira jurídica contra a sexualidade da mulher casada fere o princípio de não discriminar e ofende toda uma hierarquia de leis, a começar pelo: i) Pacto de São José da Costa Rica; ii) A Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher; iii) A Constituição Federal e iv) O Código Civil.

## **5 DISCRIMINAÇÃO DE GÊNERO E DISCRIMINAÇÃO DE FAMÍLIA**

No ponto que interessa ao presente estudo, cumpre concentrar esforços nos declinados dispositivos legais (CC, artigos 1.600, 1.601 e 1.602) que proíbem que a

mulher casada impugne a paternidade do marido em decorrência do princípio da presunção de filiação conjugal, sendo que a esposa só pode impugnar a falsidade da maternidade (CC, art.1.608), hipótese difícil de ocorrer, quando, por exemplo, o marido registra filho do casamento como se da amante fosse, ou filho dele com a amante, como se fosse de filho conjugal.

Daí prescrever o artigo 1.601 do Código Civil, caber ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação imprescritível, enquanto o parágrafo único deste mesmo artigo ordena que os herdeiros do impugnante só podem prosseguir uma ação já contestada de filiação, e na esteira desse dispositivo estabelece o artigo 1.614 do Código Civil que “o filho maior não pode ser reconhecido sem o seu consentimento, e o menor pode impugnar o reconhecimento, nos quatro anos que se seguirem à maioridade, ou à emancipação.”

Isto porque a maternidade segue dois sistemas: i) daqueles que se fundamentam nas máximas latinas - *o parto segue o ventre e a mãe sempre é certa* -, em que mãe é aquela que pariu a criança; ii) na outra ponta está o sistema adotado por países como a França e a Itália, no qual prevalece o elemento voluntário de aceitação ou de assunção do projeto de filiação, admitindo inclusive possa uma mãe rejeitar seu filho pelo *parto anônimo*, ou que sua prole seja gerada por maternidade sub-rogada, onde mãe será aquela que tem o projeto de maternidade e não a mãe gestacional.

Para o sistema jurídico brasileiro a esposa adúltera não pode alegar a sua própria torpeza, pois o legislador quer proteger o que denomina de *paz familiar*, ao impedir possa o marido ser acionado pela reivindicação de paternidade de um terceiro que conspirou com sua mulher e evitar seja este filho afastado da família a ser preservada ao não dissolver pelo divórcio a sociedade conjugal, não obstante a legislação não guarde a mesma proteção para as famílias informais.

Profundo equívoco do legislador que segue espalhando seu manto protetor sobre apenas uma espécie de instituição familiar e não sobre a pessoa individualmente considerada. Sequer deveria importar se a família fosse originária do casamento, da união estável ou de uma relação de filiação monoparental, pois o protagonista dos direitos humanos a serem ressaltados é exclusivamente o sujeito do filho que nasceu desta relação. No entanto, depara a codificação brasileira com mais uma flagrante contradição de seus primados constitucionais, quando valores e direitos pertinentes à menores e adolescente deveriam se sobrepor aos demais valores e onde as famílias não deveriam ser diferenciadas em razão da formalidade do matrimônio dos pais. A família de fato não tem

esta proteção que a blinda da intervenção de terceiros, como sucede com a família do casamento. Certamente sem se dar conta ou sem se importar com o caos e a desordem constitucional que o legislador atual ainda provoca, o fato é que a legislação em vigor discrimina a entidade familiar e infantiliza a família do casamento, que parece não ser capaz de se autorregular: A lei discrimina a mulher casada, cujo adultério resultou em gravidez e retira o direito de voz e a liberdade desta mulher que, talvez apenas estivesse tentando ser feliz em outro contexto familiar. Estranhamente este fenômeno de *proteção por presunção de paternidade* não é encontrado na união estável e tampouco no namoro, pois não existe a presunção de paternidade nas vinculações afetivas diversas das núpcias, como também discrimina o filho que é fruto da infidelidade matrimonial, expropriando deste infante sua identidade e sua personalidade, que deixam de ser construídas por seus verdadeiros pais e discrimina o genitor biológico, por ser o amante de uma mulher casada, embora nenhuma importância teria este personagem em uma relação de união estável que não responde pela paternidade por presunção.

Busca esta descontextualizada e anacrônica legislação manter intocável a moral conjugal e imperturbável a paz familiar conquistada ao custo da afronta aos superiores direitos da mulher casada, do filho conjugal e do pai biológico quando em confronto com o direito absoluto e inconciliável de só permitir ao marido contestar a paternidade (CC, art.1.601) e justamente no auge de vigência da Emenda Constitucional n.º 66/2010, que extraiu do divórcio todo e qualquer efeito prático e processual advindo da ocasional quebra do dever moral de fidelidade. Portanto, a lei não mais poderia permitir, sob qualquer circunstância, pudessem ser simplesmente ignorados os efeitos jurídicos da verdadeira relação biológica de filiação quando impugnada em um contexto de filiação extraconjugal.

## **6 DETERMINAÇÃO DA FILIAÇÃO**

O estado de filiação para estabelecer quem é o pai e quem é a mãe de uma pessoa se rege, inicialmente, conforme a importância conferida pelo Código Civil ao registro de nascimento, que prevalece, salvo provando-se erro ou falsidade (CC, art.1.603). Na falta, ou defeito do termo de nascimento, a filiação tem sua comprovação sustentada na prova genética, sendo presumido o vínculo biológico dos filhos concebidos na constância do casamento (CC, art.1.597). O vínculo de filiação também por ser estabelecido pelo critério do parentesco por adoção (CC, art.1.593 e ECA).

Ao lado destes vínculos de filiação, a jurisprudência e doutrina vêm construindo os laços parentais da filiação socioafetiva que tem a nova estrutura da família brasileira e que passa a dar maior importância aos laços afetivos, não mais sendo suficiente a descendência genética, ou civil, e fundamental para a família atual a integração dos pais e filhos através do sublime sentimento de afeição.<sup>18</sup>

Frente aos novos valores e paradigmas da verdadeira filiação, deve o julgador ter em primeiro plano: i) a natureza humana, pois o verdadeiro significado da condição de ser pai ou de ser mãe é, acima de tudo, exteriorizar esta real intenção; ii) no enalço da apuração do comportamento humano, é preciso pesquisar a verdade social de quem se diz e se apresenta como genitor; iii) ao lado e fazendo par com a verdade social, desponta a verdade afetiva, porque antes de ser uma verdade biológica a filiação deve estar repleta de uma interação afetiva; iv) só depois e em coincidência com a verdade afetiva é que subsiste e ganha importância a verdade científica, pois de nenhum significado prático serve uma fria e distante relação de filiação biológica destituída do calor do afeto; v) e, por último, ganha destaque a vontade individual de quem quer ser pai ou mãe e corre atrás de seu projeto de vinculação parental.

## **7 IMPUGNAÇÃO DA PATERNIDADE**

Os direitos humanos são a pedra de toque da família e da filiação, porque projetam o indivíduo como sujeito de direitos e não mais a instituição familiar, ou como preferia a codificação revogada, ao manter um sistema cerrado de impugnação, conferindo legitimidade processual restrita ao marido para contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher (CC, art.1.601), ou ao filho, mas nos limites de tempo do artigo 1.614 do Código Civil, de que o filho menor só tem os quatro anos que se seguirem à sua maioridade ou emancipação para impugnar seu reconhecimento.

Centralizado na pessoa o eixo de proteção e não mais na paz familiar, tudo de acordo com o critério de interesse cerrado do marido, devem ter legitimidade concorrente para impugnarem a paternidade outros protagonistas ativos da relação real de paternidade.

Pouco importa se a família é do casamento, da união estável ou de relação monoparental, pois se sobrepõe a perspectiva da verdade das relações familiares, eis que não são as formas de famílias diversas do casamento que devem preocupar o legislador, o

---

<sup>18</sup> MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*, 4<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro:Forense, 2011, p.471.

qual deve voltar seus temores para os mecanismos de exclusão, pois estes sim vulneram determinadas relações parentais e atingem de morte os direitos fundamentais dos protagonistas que encenam a peça real do amor extraconjugal. A desgastada fórmula da suposição de paternidade conjugal retira do conjunto da convivência familiar relevante direito de realização pessoal tanto da mãe que gestou o filho extraconjugal quanto deste filho que ela deu à luz, e direito do verdadeiro pai biológico, que pelo Código Civil fica impossibilitado de reconhecer, registrar, criar e conviver com seu filho.

## **8. DIREITOS EM JOGO**

Não mais cativam a sociedade os velhos brocardos que teimam em prestigiar o homem casado em detrimento da pessoa humana e invertem valores e direitos superiores postos em jogo, como o *direito à verdadeira identidade do filho*, seja ela estática ou dinâmica. A primeira significa ter o direito de investigar e descobrir a verdade biológica, para buscar a origem dos traços e dos caracteres físicos e o direito inerente que tem cada pessoa de conhecer sua ascendência genética, e este é um direito imprescritível. A identidade dinâmica é o espelho da personalidade, construído pela pessoa ao longo de sua vida e da família onde ele conviveu. Mas nem sempre a identidade estática e a dinâmica resultam das mesmas fontes de ascendência, por isso devem ser vistas e tratadas por sua importância e por seus distintos efeitos jurídicos.

Negar que a mulher casada impugne a paternidade do filho que ela gerou viola o direito constitucional de acesso à justiça e o direito ao devido processo legal, e viola a própria identidade do filho que não pode ser registrado, criado e educado por seu verdadeiro pai biológico. Basta ter em mente que a gravidez pudesse ter sido anterior ao casamento, mas, como a criança nasceu na constância do matrimônio ingressa na filiação por presunção conjugal. Em realidade, a presunção de paternidade que restringe ao marido o direito de impugnar os vínculos de filiação retarda o direito à identidade do filho, pois pelo Código Civil ele só movimentará a pesquisa de sua real paternidade nos quatro anos que se seguirem à maioridade civil (CC, art.1.614). É óbvio que o filho disposto a impugnar sua paternidade a partir de sua maioridade civil não logrará substituir sua vida dinâmica, terminando por ver simplesmente provido o reconhecimento judicial de sua vida estática, de conhecer sua origem sem qualquer efeito material. Portanto, o direito de o filho impugnar sua paternidade deve ser concedido a qualquer tempo, evidentemente que representado por sua genitora durante o estágio de incapacidade plena,

mas sempre a tempo de poder construir sua identidade dinâmica no encaixo da identidade estática, para que ambas, se possível, coincidam.

A redoma que protege a filiação conjugal oculta do filho sua realidade biológica e a conduta dos pais e discrimina os direitos de igualdade da mulher (protegidos pelo Pacto de São José da Costa Rica; pela Convenção Americana de Direitos Humanos; e pela Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher). Transgride os interesses superiores da criança conviver com seus verdadeiros pais e nega à mulher o direito fundamental de formar outra família, pois seu filho não terá o nome do pai, seu concubino e irá carregar o apelido do marido. Neste sistema em vigor, mulher, criança e pai biológico não têm direito à vida familiar, porque em nome de uma suposta harmonia matrimonial a legislação brasileira castiga e censura a conduta da mulher infiel, embora não castigue a conduta do homem que tem filho extraconjugal, tanto que permite que ele responda e se responsabilize pelos efeitos jurídicos de uma ação de investigação de paternidade. Por fim, recusa a lei civil o direito que tem o filho de estabelecer vínculos reais de filiação e vulnera o direito constitucional ao planejamento familiar (CF, art. 226,§ 7º).

## **9 CARÁTER DISCRIMINATÓRIO**

Mesmo prevalecendo os melhores interesses do filho em uma sentença e que nesta sentença o juiz leve em conta a ponderação da filiação registral, biológica e socioafetiva, decidindo pelo que melhor se enquadra na relação parental, a esposa deve ter o direito ao devido processo legal de impugnar a paternidade do filho ao qual ela deu a luz. Outorgar legitimidade à esposa para impugnar a paternidade conjugal de seu filho não representa dizer que ela será a vencedora da ação, pois é tarefa do julgador procurar desvendar os valores postos em discussão, qual será a melhor solução judicial, capaz de atender aos prioritários interesses da criança. Esta decisão judicial pode até se inclinar por preservar a filiação presuntiva se, por exemplo, já decorreu certo tempo de interação e convivência no seio da família conjugal, como pode concluir pelo elo de filiação biológica porque os precedentes concubinos estabeleceram uma sociedade afetiva. O juiz deve ser livre para fazer valer sua melhor convicção pessoal, mas tudo que não pode seguir prevalecendo é este estranho caráter de discriminação imposto pela codificação civil.

A melhor decisão acerca da filiação de criança nascida do ventre de mulher casada não está em presumir sempre que seu marido é o pai desta criança, e de que em nome da harmonia familiar só ele tem legitimidade para impugnar a paternidade, mas, sim, buscar na prova da *posse do estado de filiação*, como ocorre na França, Portugal, Colômbia, Panamá e Itália, que outorgam legitimidade processual à mãe para impugnar, o verdadeiro sentido dos vínculos de filiação. Como diz María Victoria Famá, outorgar legitimação à mãe para acionar não implica necessariamente resolver de forma favorável sua pretensão, se ela resultar em sentido contrário ao superior interesse da criança.<sup>19</sup>

## 10 LEGITIMIDADE DO PAI BIOLÓGICO

Também o pai biológico tem legitimidade para impugnar a paternidade do marido de sua amante e de acordo com María Victoria Famá existem três correntes em torno desta temática: a) aquela que é favorável; b) aquela que nega legitimidade processual ao pai biológico; c) e a postura intermediária.<sup>20</sup>

A doutrina favorável defende a inconstitucionalidade da proibição esboçada no soado brocardo da presunção conjugal de filiação, e diz ser indubitável que o pai biológico tem legítimo interesse em impugnar o registro conjugal de seu filho. Restringir ao marido o direito à impugnação agride a garantia constitucional de acesso à justiça e impede a determinação da verdadeira filiação. Ocultar a verdade não pode ser o preço a ser pago em nome da propalada paz familiar, que sequer sobrevive quando a gravidez justamente resulta da infelicidade conjugal. Em tempos de igualdade dos gêneros; diversidade das formas constitutivas de família; prevalência dos interesses da criança e adolescente; divórcio sem causa, e de sobreposição da dignidade da pessoa, a realidade genética não pode sofrer qualquer forma de condicionamento ou ser negada em nome da harmonia conjugal, especialmente quando a Carta Política brasileira e todos os tratados de direitos humanos reconhecem o direito de cada pessoa constituir família. Tampouco confinam à existência vitalícia de uma única família, e quando a lei segue negando ao pai genético o direito de assumir sua paternidade, justamente castiga quem aceita as consequências de seu ato. O fato de propiciar uma visão ampla em matéria de legitimação ativa para interpor a ação de impugnação da paternidade presuntiva do marido, não

---

<sup>19</sup> FAMÁ, María Victoria. *La filiación, régimen constitucional, civil y procesal*, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009, p.473.

<sup>20</sup> Idem, ob. cit., p.477.



constitui garantia de êxito, mas simplesmente garantia de acesso à justiça. Negar a impugnação atinge o direito de a criança conhecer sua realidade e faz com que ela perca seus vínculos sociais e jurídicos em relação ao seu pai biológico, como se sua vida pudesse ficar em suspenso até seus 18 anos de idade, quando então pode promover sua ação de impugnação (CC, art.1.614). Ação que o Superior Tribunal de Justiça diz ser de fato imprescritível, que não termina quatro anos depois. A lei brasileira precisa assegurar em tempos de DNA que tanto a esposa como seu concubino, pai da criança, podem impugnar a paternidade firmada pela mera presunção matrimonial, pois o direito à identidade e de conhecer sua origem biológica é um direito do filho e não uma opção dos pais.<sup>21</sup> Contudo, se o marido silencia sobre o adultério da esposa e por muito tempo acolhe o filho sem promover a ação de impugnação, então deve ser preservada pelo tempo transcorrido a relação socioafetiva, também, de nada serve aos interesses do filho impugnar após seus dezoito anos de idade os vínculos de filiação registral ou socioafetiva, serão para conhecer sua origem, sem qualquer efeito jurídico prático de alteração do registro ou de vantagem patrimonial.

A corrente que nega a legitimação ativa do pai biológico para impugnar a paternidade matrimonial reconhece que em certas situações não há como conciliar a filiação conjugal com a biológica, e quando isto ocorre sustenta ser melhor pender pela manutenção da paz social e familiar e preservar a família constituída pelo casamento.

Por fim, a doutrina intermediária se diferencia por examinar concretamente os casos a partir da *posse do estado de filiação*, pois se a criança já usufrui da posse de estado de seu pai registral, que é o marido de sua mãe, o pai biológico não estaria legitimado para impugnar a paternidade matrimonial.

A verdade biológica e a verdade socioafetiva não guardam equivalência e devem ser harmonizados, pois compete ao juiz ponderar e harmonizar os vínculos em conflito, sempre a partir da *verdade* e não da *ficção* da presunção de que pai é sempre o marido e mãe aquela quem dá a luz. Não importa a família, mas sim o local onde o sujeito se sente feliz, mas para que este direito realmente prevaleça, marido, criança, esposa e pai biológico devem ser igualmente legitimados com o acesso à justiça e com a garantia de exercício do devido e fundamental processo legal.

---

<sup>21</sup> FAMÁ, María Victoria. *La filiación, régimen constitucional, civil y procesal*, Buenos Aires:Abeledo Perrot, 2009, p.477-484.

## REFERÊNCIAS

ANDRÉS, José Román Flecha. *Los derechos de la mujer*. Salamanca: Universidad Pontificia de Salamanca, 2003.

FAMÁ, María Victoria. *La filiación, régimen constitucional, civil y procesal*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009.

FARIAS, Cristiano Chaves de e ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

JABUR, Gilberto Haddad. *Liberdade de pensamento e direito à vida privada*. São Paulo: RT, 2000.

LOADES, David. *As rainhas Tudor, o poder feminino em Inglaterra (séculos XV-XII)*. Portugal: Caleidoscópio, 2010.

MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

REIS, Carlos David S. Aarão. *Família e igualdade, a chefia da sociedade conjugal em face da nova Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

# REDE DE PROTEÇÃO E GARANTIA DOS DIREITOS DAS PESSOAS IDOSAS NO MARANHÃO

*Paulo Roberto Barbosa Ramos*<sup>22</sup>

SUMÁRIO : 1 Introdução. 2 A proteção da pessoa idosa no Maranhão: primeiros passos. 3 A construção da idéia de rede de proteção da pessoa idosa no Maranhão. 4 O surgimento dos vários serviços de proteção à pessoa idosa no Maranhão. 5 Os principais instrumentos legais de garantia dos direitos da pessoa idosa. 6 A garantia dos direitos das pessoas idosas no Maranhão. 7 Considerações finais. Referências

## 1 INTRODUÇÃO

Não há dúvida de que o envelhecimento populacional na atualidade é uma variável muito importante para o estabelecimento de prioridades capazes de assegurar o bem-estar de toda a humanidade nas próximas décadas.

Inicialmente experimentado em larga escala apenas nos países desenvolvidos, o envelhecimento populacional hoje é uma realidade também nos países em desenvolvimento, os quais, reunidos possuem mais de 1/3 da população mundial.

Diferentemente dos países mais ao norte da Europa e da América, além do Japão, aqueles em desenvolvimento do sul do planeta não se prepararam para o acelerado processo de envelhecimento, bem como para as suas implicações em um contexto de capitalismo globalizado.

Se por um lado os atuais países considerados em desenvolvimento passaram a usufruir dos avanços tecnológicos produzidos no norte do planeta, notadamente na área médica, o que possibilitou contingentes cada vez maiores de idosos em suas comunidades, por outro os seus modelos de organização social sofreram fortes

---

<sup>22</sup> Professor Associado do Departamento de Direito da UFMA. Pós-Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Granada – Espanha. Doutor em Direito Constitucional pela PUC/SP. Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça (Mestrado Acadêmico) da UFMA. Pesquisador do UniCeuma. Promotor de Justiça Titular da Promotoria de Justiça do Idoso da Capital. Autor de Fundamentos Constitucionais do Direito à Velhice, publicado pela Editora Obra Jurídica. Foi Presidente da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público de Defesa dos Direitos dos Idosos e Pessoas com Deficiência – AMPID (2004-2008), Presidente do Conselho Nacional dos Direitos do Idoso da Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República – CNDI (2006-2008) e Diretor das Promotorias de Justiça da Capital (2009-2010).

modificações, as quais alteraram dramaticamente as relações até então mantidas com as pessoas de idade avançada, que no passado faziam parte de um contingente numericamente inexpressivo.

Se antes as famílias possuíam uma estrutura capaz de acomodar aqueles que por conta da idade não conseguiam mais desempenhar regularmente atividades produtivas, com os novos papéis impostos aos entes da família, especialmente às mulheres, os velhos perderam a garantia de acomodação certa no seio familiar.

Com o incremento da engrenagem capitalista nos países em desenvolvimento, as relações familiares anteriores, típicas de comunidades rurais, semi-urbanas e até mesmo tribais, sustentadas em bases patriarcais, transformaram-se gravemente, impondo, assim, novos papéis aos seus integrantes, os quais passaram a desempenhar funções principalmente fora de casa.

Diante dessa nova realidade, as pessoas que passaram acumular muitos anos deixaram de ter um meio ambiente familiar certo dentro do qual pudessem ser assistidas. Ora, se a família como instituição deixou de possuir a mesma dinâmica, as pessoas envelhecidas, agora em número infinitamente maior, passaram a necessitar de apoio externo.

Sendo assim, cabe perguntar como garantir apoio a pessoas idosas que não podem mais ser adequadamente assistidas pela família? Qual a responsabilidade do Estado diante desse novo contexto social?

Para tentar responder a essas indagações, resolvi escrever estas linhas, anotando que parto da análise de um estado da Federação que passa ainda por um processo de transição, se comparado às demais unidades federativas, na medida em que é o estado mais rural do Brasil e, ao mesmo tempo, vem aumentando nos últimos anos o seu processo de urbanização.

Por outro lado, cabe destacar, que a exemplo dos demais países em desenvolvimento, o Brasil recentemente se inseriu no processo de globalização em todos os aspectos, o que produziu e vem produzindo impactos em todo o seu tecido social, não ficando o Maranhão, por conta disso, fora desse processo.

## **2 A PROTEÇÃO DA PESSOA IDOSA NO MARANHÃO:** primeiros passos

A história do compromisso estatal em relação às pessoas idosas no Maranhão é recente. Somente no ano de 1996 foi sancionada a Lei nº 6.835, que instituiu

o Conselho Estadual do Idoso, que tem como objetivo assegurar os direitos sociais do idoso, criando as condições para promover sua autonomia, integração e participação na sociedade, bem como definir, acompanhar e avaliar a política estadual do idoso.

Mesmo diante da criação do Conselho Estadual do Idoso, o Estado do Maranhão não desenvolveu ações mais consistentes para a garantia dos direitos fundamentais da pessoa idosa. Isso tanto é verdade que nos anos que se seguiram à sanção dessa Lei não se teve notícia do surgimento de serviços contínuos e diferenciados em relação àquele que até então era prestado às pessoas idosas no Maranhão: a manutenção, de forma precária, de uma única instituição asilar, chamada Solar do Outono, localizada no bairro do Olho d'água, destinada ao atendimento de não mais que vinte e cinco idosos, quando o contingente de idosos nesse período já era superior a duzentos e cinquenta mil.

Somente com a criação da Promotoria de Justiça Especializada na Defesa dos Direitos dos Cidadãos Portadoras de Deficiência e Idosos, no ano de 1998, por meio da Resolução nº 001/1998/PJ<sup>23</sup>, foi que os direitos das pessoas idosas no Maranhão efetivamente passaram a fazer parte do leque de atenção dos vários atores estatais, isto porque a Promotoria de Justiça Especializada, com base em leis específicas e nas Constituições Federal e Estadual passou a exigir uma atuação positiva do Estado, em todos os âmbitos, para garantir os direitos fundamentais das pessoas idosas.

### **3 A CONSTRUÇÃO DA IDÉIA DE REDE DE PROTEÇÃO DA PESSOA IDOSA NO MARANHÃO**

Com a implantação da Promotoria de Justiça Especializada na Defesa dos Direitos dos Cidadãos Portadoras de Deficiência e Idosos várias medidas começaram a

---

<sup>23</sup> A Promotoria de Justiça Especializada na Defesa dos Direitos dos Cidadãos Portadores de Deficiência e Idosos foi criada pela Resolução nº 001/98 do Colégio de Procuradores de Justiça do Maranhão. No ano de 2008, por ato do Procurador-Geral de Justiça Francisco das Chagas Barros de Sousa, atendendo solicitação da sociedade civil, representada pelos Conselhos de Direito das Pessoas Idosas e das Pessoas com Deficiência, a referida Promotoria de Justiça foi desdobrada, passando a existir uma Promotoria de Justiça Especializada de Defesa dos Direitos da Pessoa Idosa e uma Promotoria de Justiça Especializada de Defesa das Pessoas Portadoras de Deficiência. Em 2011, por força de decisão do Colégio de Procuradores de Justiça, através da Resolução nº 002/2011, houve uma nova regulamentação das Promotorias de Justiça de Defesa do Idoso e de Defesa da Pessoa Portadora de Deficiência, que passou a se chamar Promotoria de Justiça de Defesa da Pessoa com Deficiência em razão da Convenção internacional dos Direitos das Pessoas com Deficiência ratificada pelo Brasil e inserida no texto constitucional por meio do processo nela previsto. Também no ano de 2011 foi criado o Centro de Apoio Operacional de Defesa dos Direitos das Pessoas Idosas e das Pessoas com Deficiência.

ser implementadas, a exemplo de audiências públicas, termos de ajustamento de conduta, reuniões com entidades da sociedade civil e conselhos de direitos, sem contar a promoção de várias ações civis públicas, entre as quais se destaca a que cobrou adaptação do transporte coletivo e dos pontos de embarque e desembarque de passageiros às pessoas com dificuldade de locomoção.

Durante todo esse processo, a Promotoria de Justiça Especializada, em parceria com os Conselhos Estadual e Municipal dos Direitos do Idoso, começou a identificar a necessidade de articulação permanente de todas as instituições estatais e da sociedade civil, de modo que os serviços prestados às pessoas idosas fossem contínuos e não houvesse sobreposição de ações. Foi daí que surgiu a idéia de se construir uma rede de proteção da pessoa idosa.

A rede de proteção da pessoa idosa passou a ser entendida como um sistema que organiza pessoas e instituições, tanto do poder público como da sociedade civil, em torno de um objetivo comum. Por conta disso, chegou-se ao entendimento de que esse sistema somente alcançaria consolidação na medida em que os atores que passassem a formar a rede tivessem consciência clara de sua responsabilidade e dos resultados que poderiam alcançar com o trabalho interligado de todos aqueles com real compromisso na garantia dos direitos dos idosos.

Na medida em que a consciência dos atores da rede se expandiu a dinâmica do sistema passou a ter uma racionalidade, o que quer dizer que metas passaram a ser estabelecidas para que os objetivos pudessem ser alcançados. Por outro lado, a percepção de que cada ator ou agente era importante no processo, já que a rede deveria ser vista como a soma de atores interdependentes e inter-relacionados, faz dela um sistema igualitário e democrático. Toda essa dinâmica alimentou a constatação de que a rede de proteção da pessoa idosa encontrava seu arrimo na vontade, no diálogo e no compromisso, possibilitando a sua reconstrução permanente diante das demandas apresentadas pela complexidade do envelhecimento e, ao mesmo tempo, evitando o desperdício de recursos materiais e humanos, já que censura a sobreposição de ações.

Ficou claro ainda que a rede de proteção à pessoa idosa deveria ser tecida por instrumentos legais (leis, decretos, resoluções, portarias), órgãos, instituições, ações (políticas, programas, projetos e serviço) e pessoas físicas. Os instrumentos apontando para o que se deveria fazer. Os órgãos, instituições e mesmo pessoas físicas referindo-se aos sujeitos que iriam agir, onde, quando, como, com quem e para quem. As ações

constituindo-se na execução dos instrumentos pelos sujeitos (órgãos, instituições e pessoas físicas).

Assim, a partir da Constituição Federal, da Constituição Estadual, da Lei nº 8.842/94 (Política Nacional do Idoso), Decreto nº 1.948/96 (regulamenta a Política Nacional do Idoso), da Lei Estadual nº 6.835/96 (Cria o Conselho Estadual do Idoso) e da Resolução nº 001/98 – PGJMA (que criou a Promotoria de Justiça Especializada na Defesa dos Direitos dos Cidadãos Portadores de Deficiência e Idosos), o órgão especializado do Ministério Público e os Conselhos Estadual e Municipal da Capital, articularam uma série de medidas para induzir e até mesmo obrigar o Poder Público a implementar programas e desenvolver ações, além de criar serviços específicos para o público idoso, dando assim o primeiro passo efetivo para o desenvolvimento da rede de proteção da pessoa idosa, tendo em vista as premissas traçadas sobre como a engrenagem protetiva deveria ser entendida e deveria funcionar.

#### **4 O SURGIMENTO DOS VÁRIOS SERVIÇOS DE PROTEÇÃO À PESSOA IDOSA NO MARANHÃO**

Diante da constatação de que apenas a existência do Conselho Estadual e de alguns Conselhos Municipais, sobretudo o de São Luís, além da Promotoria de Justiça Especializada na Capital seriam insuficientes para assegurar os direitos fundamentais do segmento envelhecido da população, principalmente porque o Poder Executivo não tinha noção suficientemente nítida sobre as consequências e necessidades do processo de envelhecimento, começaram, sobretudo diante das demandas dos próprios idosos, a ser articuladas medidas para a implementação de outros serviços públicos essenciais para garantir o respeito à dignidade da pessoa humana idosa, a exemplo da Delegacia de Proteção ao Idoso, Núcleo da Defensoria Pública responsável pela proteção do Idoso, Centro Integrado de Atenção à Saúde do Idoso do Município de São Luís (CAISI), mudança do Solar do Outono para novo espaço, Casa de Acolhida do Município, Casa de Passagem do Estado, acompanhamento dos serviços de marcação de consultas, acompanhamento dos serviços de fornecimento de medicamentos de uso continuado, Vara do Idoso (já criada, mas ainda não instalada), Juizado Criminal do Idoso, Centro de Enfrentamento à Violência contra a Pessoa Idosa (CIAPVI, atualmente abrigado na Defensoria Pública e mantido com recursos da Secretária Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República).

A criação de todos esses serviços, todos situados na capital, decorreu da ação decisiva da Promotoria de Justiça Especializada, bem como dos Conselhos Estadual e Municipal do Idoso, mas também do próprio processo de envelhecimento pelo qual vem passando a sociedade brasileira, pois sem a acentuação do processo de envelhecimento populacional a implantação de novos serviços para atendimento de um público específico não se justificaria, o que leva à necessária conclusão consoante a qual a conquista de novos serviços decorre necessariamente das demandas da sociedade.

A implantação desses novos serviços e a mudança de postura, mesmo que ainda insuficiente em relação aos direitos das pessoas idosas, não significou o respeito pleno aos direitos fundamentais desse segmento populacional. Pelo contrário, os serviços criados deixaram ainda mais evidente a necessidade de expansão dos serviços e sua incapacidade atual de dar conta de todas as demandas. Por outro lado, tornaram evidentes o quanto o Estado não se preparou para o processo de envelhecimento populacional, na medida em que não criou em número adequado e na complexidade necessária os serviços dos quais os idosos passaram a necessitar, especialmente diante de um contexto em que não somente o número de velhos aumentou, mas principalmente o número dos muito velhos, quer dizer, daqueles com mais de 80 anos, que necessitam de mais atenção, recursos e ações protetivas diante das muitas limitações próprias da idade.

Essa constatação é desconcertante diante das notícias veiculadas pela imprensa dando conta dos crescentes casos de violências e abusos praticados contra as pessoas idosas, seja pelo poder público, quando não disponibiliza os serviços dos quais os idosos necessitam, seja pela sociedade, quando os cidadãos discriminam as pessoas por acumularem muitos anos, como acontece frequentemente nos ônibus, bancos e outros locais, seja pela própria família, quando os filhos se apropriam dos rendimentos e bens dos seus velhos ou mesmo quando os pressionam a não mais decidirem sobre o seu próprio destino, abdicando da autonomia, dentro da qual os índices de violência de toda sorte são mais alarmantes, o que exige uma reflexão mais aprofundada sobre as estratégias para enfrentar essa epidemia.

Importante que se diga não se pode afirmar que a violência contra a pessoa idosa tenha surgido nos últimos anos. A verdade é que diante do acelerado processo de envelhecimento populacional, essa realidade deixou de ser uma questão de ordem privada para se tornar uma questão de ordem pública, o que atraiu a atenção da mídia, ao mesmo tempo em que obrigou o Estado, por meio de leis específicas, a estabelecer comandos legais mais claros sobre os direitos fundamentais desse segmento populacional, o que, por



sua vez, possibilitou mais informação por meio da divulgação dos casos de desrespeito aos direitos das pessoas idosas, o que estimulou, por sua vez, denúncias que antes não ocorriam em virtude da inexistência de serviços de proteção.

De qualquer modo a rede de proteção à pessoa idosa no Maranhão restringe-se, na verdade, à capital do estado, porquanto no seu território não foram desenvolvidas políticas de descentralização nesse sentido<sup>24</sup>.

No interior do estado são poucos os serviços prestados às pessoas idosas. Não há instituições específicas. Mesmo Conselhos Municipais só existem 46<sup>25</sup>, tendo o Maranhão mais de 200 municípios. Instituições de Longa Permanência só há uma estatal localizada na capital. Da mesma forma não se tem notícia de que nos municípios do interior existam serviços de hospital-dia, centro dia, oficinas abrigadas de trabalho, case-lares, atendimento domiciliar específico para pessoa idosa, o que impõe a continuidade das cobranças e articulações, não somente no âmbito do Poder Judiciário, para resolver os inúmeros problemas<sup>26</sup>.

## **5 OS PRINCIPAIS INSTRUMENTOS LEGAIS DE GARANTIA DOS DIREITOS DA PESSOA IDOSA**

O primeiro grande instrumento legal de proteção à pessoa idosa no Brasil foi a Constituição de 1988, a qual deixou claro no seu art. 3º, IV, que é objetivo da República Federativa do Brasil promover o bem de todos, sem preconceitos por conta da idade e, especialmente no seu art. 230, no qual pode ser lido que a família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhe o direito à vida.

Depois da Constituição Federal de 1988 foi sancionada em 1994 a Política Nacional do Idoso, a qual dispõe sobre os direitos sociais do idoso. A referida lei estabelece que aos idosos devem ser assegurados os direitos fundamentais já previstos na Constituição de 1988, ao mesmo tempo em que ratifica a necessidade de que o idoso

---

<sup>24</sup> De acordo com notícia veiculada no Jornal Imparcial do dia 27 de julho de 2011, somente até o mês de junho desse ano mais de 500 casos de violência contra pessoas idosas na capital haviam sido registradas em um único órgão. No ano de 2.000 a fonte de o Imparcial teria computado mais de 2.000 casos.

<sup>25</sup> Levantamento efetuado pela Promotoria de Justiça Especializada na Defesa dos Direitos das Pessoas Idosas no ano de 2011.

<sup>26</sup> O Ministério Público deve investir principalmente no processo de comprometimento dos gestores público por meio de articulação permanente com os conselhos de direitos da pessoa idosa. As recomendações, audiências públicas e termos de ajustamento de conduta são ferramentas importantes para o desencadeamento de consciência e políticas públicas.

esteja integrado na família, dentro da qual deve estar protegido de toda a forma de violência.

Para os casos de violência contra as pessoas idosas ou incapacidade financeira de suas famílias, ordenamento jurídico brasileiro impõe ao Estado o dever de disponibilizar recursos, serviços e espaços para abrigar a população idosa envelhecida que deles necessite. Justamente por isso que o Decreto 1.948/96, que regulamenta a lei 8.842/94 (Política Nacional do Idoso), estabelece no seu art. 4º vários serviços que devem ser oferecidos pelo Estado, a exemplo dos *centros de convivência*, local destinado à permanência diurna do idoso, onde são desenvolvidas atividades físicas, laborativas, culturais, associativas e de educação para a cidadania; *centro de cuidados diurno* (hospital-dia e centro-dia), local destinado à permanência diurna do idoso dependente ou que possua deficiência temporária e necessite de assistência médica ou de assistência multiprofissional; *casa-lar*, residência, em sistema de participativo, cedida por instituições públicas ou privadas, destinada a idosos detentores de renda insuficiente para a sua manutenção e sem família; *oficina abrigada de trabalho*, local destinado ao desenvolvimento, pelo idoso, de atividades produtivas, proporcionando-lhe oportunidade de elevar sua renda, sendo regida por normas específicas; *atendimento domiciliar*, serviço prestado ao idoso que vive só e seja dependente, a fim de suprir as suas necessidades da vida diária. Este último serviço é prestado no próprio lar da pessoa idosa por profissionais da área de saúde ou por pessoas da própria comunidade; *outras formas de atendimento*, iniciativas surgidas na própria comunidade, que visem à promoção e à integração da pessoa idosa na família e na sociedade<sup>27</sup>.

O mesmo Decreto nº 1.948/96 também estabelece no seu art. 17 que nos casos em que o idoso não tenha meios de prover a sua própria subsistência, que não tenha família ou cuja família não tenha condições de prover à sua manutenção, terá assegurada

---

<sup>27</sup> Importante registrar que os serviços que podem ser prestados pelo Estado aos idosos são somente os previstos no rol taxativo do Decreto nº 1.948/96 ou em algum outro texto legal do mesmo status ou superior, tanto que o Conselho Nacional do Idoso, seguindo a minha orientação no período em que exerci a presidência desse órgão, após análise do comando estabelecido no inciso VI do art. 4º do referido estatuto legal, extinguiu a modalidade de família acolhedora implantado no Rio de Janeiro para abrigar os idosos da instituição Cristo Redentor. A modalidade de família acolhedora pretendia estimular famílias cariocas a abrigarem idosos em suas casas, recebendo para isso determinada quantia, para deles cuidar. Na verdade, tratava-se de uma tentativa de desobrigar o Estado de manter uma Instituição de Longa Permanência, passando toda a responsabilidade em relação a pessoas muito velhas a cidadãos despreparados e que tinham apenas interesse na retribuição pecuniária pelo suposto cuidado que iriam conferir às pessoas idosas.

a assistência asilar pela União, pelo Estado, pelo Distrito Federal e pelos Municípios, na forma da lei.

Não se pode esquecer que a Lei 8.742/93 (organiza a assistência social), no seu inciso V, art. 2º, garante o benefício de prestação continuada às pessoas idosas no valor de um salário mínimo, desde que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou tê-la provida por sua família.

Com o advento do Estatuto do Idoso, Lei nº 10.741/03, pessoa idosa, à exceção daquela que reivindica benefício de assistência social e transporte coletivo urbano gratuito, este último por força constitucional (§ 2º do art. 230), passou a ser aquela com idade igual ou superior a 60 anos. Com isso, um grupo maior de pessoas foi contemplado no que se refere ao exercício de direitos os quais passaram a poder reivindicar com prioridade.

Importante ressaltar que o Estatuto do Idoso ao mesmo tempo em que criou uma idade padrão a partir da qual a pessoa é considerada idosa, para fins do benefício de assistência social reduziu a idade para que dele se possa usufruir de 70 para 65 anos. Tratou-se de um grande avanço, na medida em que um número maior de pessoas poderá ser contemplado com esse benefício, especialmente as pessoas mais pobres. Esse comando legal encontra-se registrado no art. 34 do referido estatuto legal, revogando, portanto, aquele estabelecido no art. 20 da Lei nº 7.842/93, que estabelecia a idade de 70 anos.

Noutra ponta, o Estatuto do Idoso estabeleceu, no parágrafo único do art. 34, que o benefício de prestação continuada já concedido a qualquer membro da família não será computado para fins do cálculo de renda familiar per capita a que se refere a Lei nº 7.842/93. Objetivou-se com isso evitar que em existindo mais de um idoso na família (especialmente casal) ambos possam usufruir desse benefício.

A renda per capita a que se refere o artigo antes mencionado é aquela estabelecida no § 3º do art. 20 da Lei 7.842/93, vazado nos seguintes termos: *considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 do salário mínimo.*

Vale ressaltar que o Estatuto do Idoso representou um dos maiores avanços em perspectiva legal para a população envelhecida, porquanto em um único estatuto legal está inserida não somente a *declaração dos principais direitos fundamentais das pessoas*

*idosas*, a exemplo do direito à vida, alimentos, saúde, educação, cultura, esporte, lazer, profissionalização e do trabalho, previdência social, assistência social, transporte, como também *estabelecidas medidas de proteção*, decorrentes de ação ou omissão da sociedade ou do Estado, omissão ou abuso da família, curador ou entidade de atendimento ou mesmo em razão da condição pessoal da própria pessoa idosa que pode se colocar em situação de risco por conta dos seus comportamentos, e ainda *política de atendimento, disposições sobre acesso à justiça e definidos crimes dos quais os idosos são vítimas preferenciais*.

Por conta disso, em um único estatuto legal, as pessoas idosas tiveram reconhecidos em todo o território nacional conquistas que durante muito tempo estavam reconhecidas apenas em alguns municípios ou estados da Federação e incorporaram novas, como o direito a gratuidade em 2 assentos no transporte interestadual e desconto de 50% nos demais, desde que comprovem renda de até dois salários, tudo em consonância com o art. 40.

Mais recentemente foi aprimorada a Lei. 8.742/93, por meio da lei 12.435/2011, estabelecendo no seu § 2º do art. 24 que os programas voltados para o idoso e a integração da pessoa idosa com deficiência serão devidamente articulados com o benefício de prestação continuada, o que representa um grande avanço, na medida em que a assistência às pessoas idosas pobres não irá se restringir a mera concessão de um benefício pecuniário, devendo expandir-se a um conjunto de serviços que deverão ser prestados por serviços articulados, com o objetivo de realmente criar as condições de dignidade para esses seres humanos.

Já no âmbito do estado do Maranhão, além da Lei nº 6.835/96, que criou o Conselho Estadual do Idoso, da lei nº 8.596/07, que alterou a denominação e composição do referido Conselho, que passou a ser chamado Conselho Estadual dos Direitos do Idoso do Maranhão, foi sancionada a lei 8.368/06, que instituiu a Política Estadual do Idoso, na qual foram ratificados os direitos já registrados na Constituição Federal e leis nacionais e na própria Constituição Estadual, além de terem ficado estabelecidas estratégias por meio das quais o poder público estadual deverá considerar no desenvolvimento das políticas públicas.

Apesar dessa legislação moderna, o atendimento às pessoas idosas no Maranhão ainda é precário, notadamente no interior do Estado. Na capital, em razão de uma Promotoria de Justiça Especializada e da sede do Conselho Estadual do Idoso e do funcionamento de um Conselho Municipal atuante, sem contar a existência de outras

instituições comprometidas com os direitos da pessoa idosa, existe uma rede de proteção em aprimoramento e expansão.

Em 2006 houve uma tentativa de interiorização da rede de proteção da pessoa idosa, por meio da assinatura do Pacto de Gestão pelo Envelhecimento Digno e Saudável, com o qual formalmente se comprometeram os poderes Executivo, Legislativo, Judiciário, além do Ministério Público e Defensoria Pública.

O Pacto teve a intenção de comprometer os agentes estatais com os direitos dos idosos já estabelecidos nas Constituições Federal e Estadual, além das leis federais e estaduais específicas, sobretudo a Política Estadual do Idoso. A estratégia, contudo, não funcionou adequadamente por conta de crises persistentes no funcionamento da máquina estadual em razão do processo de afastamento do governador do Estado que se deu durante o período. Essa situação desarticulou as secretarias, mudou planos das agências do executivo o que comprometeu sobretudo os objetivos traçados.

Com a realização da III Conferência Estadual dos Direitos da Pessoa Idosa realizada em 2011, retomou-se o processo a partir de articulação desencadeada pela Promotoria de Justiça Especializada a partir da atualização das metas e datas apresentadas pelo Conselho Estadual do Idoso.

Diante da nova realidade de relativa estabilidade institucional no âmbito do estado do Maranhão, tem-se como certo que o Pacto será novamente assinado e que as metas serão minimamente cumpridas nos prazos estabelecidos.

## **6 A GARANTIA DOS DIREITOS DAS PESSOAS IDOSAS NO MARANHÃO**

Depois de ter sido devidamente absorvida a noção de rede de proteção da pessoa idosa, a Promotoria de Justiça Especializada passou a desenvolver uma série de medidas no sentido de estimular o surgimento de órgãos e instituições indispensáveis para o bom andamento dos serviços que deveriam ser prestados ao seu público alvo, daí ter cobrado do Estado do Maranhão a criação da Delegacia de Proteção ao Idoso, Defensoria Pública de Defesa dos Direitos do Idoso, Vara do Idoso, da Casa de Passagem e de outras instituições públicas capazes de garantir de modo adequado os direitos das pessoas idosas, sem contar com o aprimoramento contínuo dos serviços já existentes.

Por certo que a rede de proteção às pessoas idosas no Maranhão ainda é muito precária em virtude da inexistência de órgãos, instituições e mobilização da sociedade civil no interior do estado. Por outro lado, na capital os serviços tendem, apesar de

algumas dificuldades, ao aprimoramento, decorrente não somente da atuação da Promotoria de Justiça da Especializada, mas principalmente do crescente grau de informação e conscientização do segmento envelhecido, que cada vez mais cobra o respeito em justa medida dos seus direitos.

Não se pode desconhecer que o Ministério Público, por meio da Promotoria de Justiça Especializada, teve um papel relevante em todo esse processo, não se podendo, por conta disso, conceder-lhe todos os méritos dos avanços alcançados, porquanto muito ainda precisa ser efetivado. Por outro lado, a visibilidade dada à questão, as dezenas de ações civis públicas ajuizadas, as centenas de recomendações, as dezenas de termos de ajustamento de conduta, as inúmeras conferências ministradas, as inspeções realizadas inseriram o envelhecimento populacional na agenda do Estado, desencadeando políticas públicas específicas que melhoraram a vida de muitas pessoas idosas até então desassistidas.

## **7 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A intenção desse texto foi resgatar, mesmo que sumariamente, a história dos avanços em termo de políticas públicas para as pessoas idosas no Maranhão, especialmente em São Luís.

Ficou claro que a construção da ideia de uma rede de proteção da pessoa idosa nasceu das próprias demandas da população envelhecida e de reflexões desenvolvidas por vários atores do processo, especialmente dos Conselhos de Direito e da Promotoria de Justiça, os quais passaram a atuar em parceria e de forma articulada, de modo a assegurar mais serviços para atender as necessidades das pessoas idosas.

Os serviços, por conta das cobranças, foram surgindo e, ao mesmo tempo, novas demandas aparecendo, exigindo dos novos atores um processo constante de reflexão e aprimoramento dos serviços.

## **REFERÊNCIAS**

- BALERA, Wagner. *Sistema de seguridade social*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2002.
- CAMARANO, Ana Amélia (Org.). *Cuidados de longa duração para a população idosa: um novo risco social a ser assumido?* Rio de Janeiro: IPEA, 2010.

GODINHO, Robson Renault. *A proteção processual dos direitos dos idosos. Ministério Público, tutela de direitos individuais e coletivos e acesso à justiça*. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2007.

PERES, Ana Paula Ariston Barion. *Proteção aos idosos*. Curitiba: Juruá, 2007.

PÉREZ, José Luis Monereo et al. *Manual de derecho de la dependência*. Madrid: Tecnos, 2010.

RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. Direito humanos e Ministério Público. In: MATTOS NETO, Antonio José de (Org.). *Estado democrático de direito e direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. *A velhice no século XXI*. Considerações preliminares sobre os desafios dos velhos no século XXI para o reconhecimento de sua dignidade e garantia de seus direitos fundamentais. In: NOVELINO, Marcelo (Org.). *Leituras complementares de direito constitucional*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2010.

# INELEGIBILIDADE RELATIVA POR PARENTESCO À LUZ DO DIREITO BRASILEIRO

*Rita de Cássia Veras Baluz*<sup>28</sup>

**SUMÁRIO:** 1 Introdução. 2 O sistema eleitoral brasileiro e o combate ao abuso de poder nas eleições. 2.1 Abuso de poder no regime democrático. 2.2 Tipos de abusos de poder. 2.2.2 Abuso de poder político nas eleições. 2.3 Condutas vedadas ao agente público segundo o art. 73 e seguintes da lei das eleições. 2.4 Meios de coibição ao abuso de poder nas eleições. 3 A inelegibilidade por motivo de parentesco como combate ao abuso de poder. 3.1 Condições de elegibilidade. 3.2 Ielegibilidades constitucionais. 3.2.1 União homoafetiva e a inelegibilidade. 3.2.2 Inelegibilidade por motivo de parentesco. 3.2.3 Proposta de emenda à Constituição Federal. 4 Conclusão. Referências

## RESUMO

O Direito Eleitoral é de importância fundamental para a construção da democracia, pois integra o Direito Público e visa disciplinar e apresentar soluções para os impasses eleitorais. Quando há obstáculos para que alguém se candidate a mandato eletivo está caracterizada a inelegibilidade, que pode ser relativa por motivo de parentesco retratando abuso de poder, objeto principal deste trabalho.

Palavras - chave: Inelegibilidade relativa. Parentesco. Abuso de poder.

## 1 INTRODUÇÃO

A Ciência do Direito tem como pretensão maior proteger o interesse público, por ser este o grande marco soberano de suas normas, razão pela qual se procura desenvolver, no ordenamento jurídico, as bases para uma nação respaldada na soberania, com garantias legais centradas na precaução para a manutenção do bem-comum.

A República Federativa do Brasil configura um Estado Democrático de Direito, conforme a Constituição Federal de 1988. Assim, todo poder origina-se do povo, sendo este representado por seus candidatos eleitos, matéria esta, por sua vez, tratada pelo

---

1 Funcionária Pública do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Maranhão, Especialista em Direito Eleitoral pela Universidade Federal do Maranhão em parceria com a Escola Judiciária Eleitoral do Tribunal Regional Eleitoral do Maranhão; Pós Graduada em Direito Registral e Notarial pela Faculdade Fortium – Brasília-DF, em parceria com o Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão.



Direito Eleitoral que tem importância fundamental para a construção e manutenção da democracia, disciplinando e apresentando soluções aos impasses resultantes de eleições.

No processo eletivo, entretanto, existem vários mecanismos que podem ser utilizados para desvirtuá-lo. Dentre estes, destaca-se o abuso de poder, conhecido desde os primórdios da civilização humana, que tem como fundamento principal o desequilíbrio entre os interessados em concorrer ao pleito eleitoral.

A proibição do abuso de poder tem sido praticada no ordenamento jurídico brasileiro desde as primeiras Constituições, sendo atualmente tratada na Carta Magna, em seu art. 14, § 9º. Tal previsão visa assegurar a igualdade que deve existir entre todos os candidatos que disputarão as eleições, a fim de evitar que o processo eleitoral seja burlado.

Na realização de eleições marcadas pelo abuso de poder, ou em outras palavras, com o uso da máquina administrativa, o conceito de democracia obviamente passa a ser violado, visto que não se tem a garantia da vontade popular. Concernente a esse assunto, merece destaque, em relação ao pleito eleitoral, a manutenção da inelegibilidade por parentesco ou situações afins, tópico que se constitui o principal alvo deste estudo.

A inelegibilidade relativa por parentesco pode ser concebida como um sistema de regras que conduz à imposição de limites, para assim ceifar prerrogativas para candidatos concorrentes ao pleito eleitoral que possuam cônjuge ou parentes por consanguineidade ou afinidade, até o segundo grau, ou por adoção, em cargos eleitorais, na circunscrição eleitoral na qual serão efetivadas as eleições.

## **2 O SISTEMA ELEITORAL BRASILEIRO E O COMBATE AO ABUSO DE PODER NAS ELEIÇÕES**

O processo eleitoral brasileiro ora adotado tem sido apontado como um dos mais modernos das chamadas democracias desenvolvidas no Ocidente. O processamento eletrônico de dados nas eleições ocorreu com o advento da Lei nº. 7.444, de 20 de dezembro de 1985, que dispõe sobre a implantação do processamento eletrônico de dados no alistamento eleitoral e revisão do eleitorado. Esse sistema eliminou vícios existentes, criando ao mesmo tempo, normas regulamentares e propiciando o impedimento de irregularidades durante o pleito.

A Constituição Federal de 1988 também representou um grande marco no

aspecto das liberdades individuais e coletivas, razão pela qual foi denominada Constituição Cidadã, destacando-se a cidadania e o princípio da soberania popular.

O texto constitucional, ao abordar os direitos políticos, estabelece para o exercício da soberania popular, paralelamente ao sufrágio universal, o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular.

O direito de sufrágio, portanto, é a essência do direito político, expressando-se pela capacidade de eleger e de ser eleito. Ainda, segundo Alexandre de Moraes, sufrágio é direito público subjetivo, de natureza política, que tem o cidadão de eleger, ser eleito e de participar da organização e da atividade do poder estatal (MORAES, 2011).

Para concorrer, o candidato deve preencher as condições de elegibilidade e não incorrer em causas de inelegibilidade.

A Constituição Federal possibilitou a edição de Lei Complementar com a finalidade de estabelecer situações de inelegibilidades e os prazos para sua cassação, que foi promulgada em 1990 – Lei nº. 64/90, chamada Lei das Inelegibilidades.

Dessa forma, o mandato eletivo pode ser impugnado pela Justiça Eleitoral, em quinze dias contando da diplomação, com provas de abuso de poder econômico, corrupção ou fraude, sendo que a ação tramita em segredo de justiça.

Valente (1991, p.26) coloca que:

A democracia não se consolidará nunca mediante tergiversações: consolidar-se-á, isto sim, com leis claras, objetivas, atualizadas, e com a vontade política de fazer leis para valer, para serem cumpridas, seja por quem for, e para efetivamente fazê-las serem cumpridas, seja quem for o infrator. O Congresso Nacional deve ao Brasil, portanto, um novo Código Eleitoral, mais, enxuto, mais ágil, mais eficaz e até mesmo mais corajoso, não só no que respeita à propaganda eleitoral, mas a todo o processo eleitoral em geral [...].

Algumas características, no entanto, reafirmam a negatividade do sistema, no qual se configura um modelo político elitista que favorece a ausência de compromisso, falta de solidariedade e de coesão partidária, cedendo espaço às conjunturas e princípios dos partidos, segundo Mainwaring (1999, p. 276).

Por conta dessa realidade, entende-se que a legislação eleitoral exige aperfeiçoamento, a fim de resgatar o princípio fundamental da democracia que estabeleça elos entre a vontade popular e o ideário dos partidos, aos atos praticados pelos parlamentares.

Diante de falha na direção desse processo, cumpre a todos os cidadãos recorrerem aos dispositivos legais para que seus direitos sejam protegidos, bem como seja

garantido o princípio da lisura das eleições.

## **2.1 Abuso de poder no regime democrático**

A expressão “abuso de poder” quer dizer além do uso, uso indevido ou uso exorbitante, em que o agente, apesar de competente para o uso do poder, o viola, distorcendo-o de maneira abusiva. Em consequência, o mau uso transforma-se em abuso.

O vocábulo abuso adquire sentido restrito no campo jurídico, sendo utilizado para “expressar o excesso de poder ou de direito, ou ainda, o mau uso ou má aplicação dele”. Possui equivalência ao latim *potestas* e ao português, potestade, enquanto no ambiente jurídico “revela sentido de ser autorizado, dar autoridade, facultar, ter autoridade” (SILVA, 2009, p.613).

Sobre democracia, Dallmayr et al. (2001, p.15) faz a seguinte observação: “a democracia não é apenas uma opção de regime dentre outras igualmente disponíveis em todos os momentos e lugares, mais propriamente constitui uma resposta aos desafios e às aspirações históricas”.

O exercício contínuo da democracia é que lhe fornece sustentáculo e existência. Mas isso apenas se torna possível com a ativa participação cidadã, incluindo-se o combate ao abuso de poder pelo Estado nas eleições, legitimado na intenção de se adquirir a total liberdade do direito de escolha dos representantes pelas eleições.

## **2.2 Tipos de abusos de poder**

De acordo com Delgado (2005, p.1), o tema “abuso de poder”, no ordenamento jurídico brasileiro, tem exigido, neste início do século XXI, muitas reflexões a respeito do seu alcance e da necessidade de ser enfrentado, em face dos postulados que regem o regime democrático vigente no País.

O abuso de poder pode se apresentar, dentre outras, nas seguintes formas: abuso de poder empresarial; abuso de poder de legislar; abuso de poder administrativo; abuso de poder policial; abuso de poder judicial; abuso de poder econômico eleitoral; abuso de poder político; e abuso de poder político nas eleições. Pela delimitação do tema, serão abordados somente os últimos tipos de abuso, especialmente o abuso de poder político nas eleições.

O abuso de poder econômico eleitoral é constituído principalmente pelo

“emprego de recursos produtivos (bens e serviços de empresas particulares, ou recursos próprios do candidato que seja mais abastado, fora da moldura para tanto traçada pelas regras de financiamento de campanha)” (DECOMAIN, 2000, p.72).

A preocupação com o financiamento das campanhas eleitorais justifica-se pelo reconhecimento do poder econômico como um elemento de desequilíbrio na disputa eleitoral. O seu uso não pode ser proibido, mas a proibição de seu abuso é imperativa, e questiona até onde vai o uso e onde começa o abuso do poder econômico, para a obtenção do poder político (SALGADO, 2007).

### 2.2.1 Abuso de poder político nas eleições

Esse fenômeno refere-se ao emprego de serviços ou bens pertencentes à administração pública direta ou indireta, ou na realização, de qualquer atividade administrativa, com o objetivo de propiciar a eleição de determinado candidato (DECOMAIN, 2000).

A Constituição Federal de 1988 trata, expressamente, do abuso de poder, em vários de seus dispositivos, destacando-se dentre eles os artigos 5º, 9º, 14, 55, 71, 103, 173 e 227. Os atos abusivos nas eleições violam a legislação constitucional e ultrapassam os limites das leis infraconstitucionais específicas do Direito Eleitoral, ficando sujeitos à incidência de sanções de caráter administrativo, civil ou penal, porque ferem o princípio democrático resultante do Estado de Direito.

## **2.3 Condutas vedadas ao agente público segundo o art. 73 e seguintes da Lei das Eleições**

Com a promulgação da Emenda Constitucional nº. 16, em 04 de junho de 1997, permitindo um segundo mandato consecutivo para aqueles em exercício de cargos eletivos do Poder Executivo<sup>29</sup>, o jurista Reale Júnior defendeu a necessidade de uma legislação eleitoral brasileira voltada para a adoção de vedações específicas que impossibilitassem, ou que colocassem empecilhos à prática do abuso do poder político ou de autoridade visando favorecer os mandatários-candidatos a mais um período de

---

<sup>29</sup> Sem desincompatibilização.

governo, tornando a disputa desigual entre os candidatos (BARRETTO, 2006).

Nessa dimensão, tornou-se imprescindível a introdução imediata dos controles que são definidos por Alfred Stepan como “regulamentos explícitos sobre como os presidentes podem ou não podem usar seu cargo para fins eleitorais” (BARRETTO, 2006, p.40).

Como consequência, foram estabelecidas no ordenamento eleitoral brasileiro as condutas vedadas aos agentes públicos pelo art. 73 e seguintes da chamada Lei das Eleições.

A prática dessas condutas pode implicar multa e cassação do registro ou diploma do candidato. São vedadas pelo fato de se tratar de “condutas tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais”, não importando as outras implicações mediante outros diplomas legais, segundo especificado no § 7º da Lei nº. 9.504/1997.

#### **2.4 Meios de coibição ao abuso de poder nas eleições**

Todos os cidadãos que conquistam o poder utilizando-se de mecanismos que não expressam a essência da vontade de um povo, não podem ser signatários de seus anseios e desejos, por falta de legitimidade.

A partir desse pressuposto e com a intenção de não permitir que atos violadores da vontade externada por uma comunidade, os quais desvirtuam, modificam ou suprimem tal vontade, demonstrada através de um processo eletivo, inexoravelmente devem ser coibidos com todo rigor da lei, para que não se repitam.

A formação de estratos sociais é uma realidade, mas, no sistema em que a livre iniciativa constitui um grande marco, a evolução dos indivíduos não acontece uniformemente e nem de maneira acelerada.

Há uma tendência natural das pessoas que passam a fazer uso do poder, em externar sua vontade e se perpetuarem no seu exercício, quando sabem que se trata de uma função essencialmente temporária. Apesar das circunstâncias contrárias à sua manutenção no posto, buscam caminhos a fim de contorná-las e, desta forma, manter a mesma direção inicial.

Dessa forma, o detentor do poder tudo fará para perseguir outros focos, desprezando interesses da coletividade e centralizando tudo ao seu redor para si mesmo ou para outros escolhidos por ele próprio que possam satisfazer seus intentos.

É oportuno ressaltar que não somente o ato comissivo pode assumir contornos abusivos: também o ato omissivo pode apresentá-los, inobservando o agente seu dever jurídico em benefício próprio ou alheio. Ademais, além de ter seu obrar norteado pelo interesse público, deve o agente atuar nos estreitos limites de sua competência, sendo-lhe defeso praticar atos atribuídos a outro órgão em detrimento do procedimento eletivo (GARCIA, 2006, p.17).

Conforme ensina Montesquieu, todo homem possuidor do poder sempre será conduzido a abusar dele e, dessa maneira, se comportará até encontrar algum limite (GARCIA, 2006).

Em face da proibição do abuso de poder, que procura resguardar a normalidade e o equilíbrio do pleito, pressupõe-se em sua essência, frente aos atos ilícitos detectados, a existência de potencialidade para interferir no resultado das eleições.

Sobre a captação de sufrágio, o TSE fez a seguinte observação:

(...) não é necessário aferição da potencialidade de o fato desequilibrar a disputa eleitoral, porquanto a proibição de captação de sufrágio visa resguardar a livre vontade do eleitor e não a normalidade e o equilíbrio do pleito (TSE, RESPE nº. 21248, dec. 03/06/2003, e Acórdão nº. 3.510) (COÊLHO, 2006, p.82).

Ao se tratar de infração à conduta vedada rigorosamente, é desnecessária para sua configuração a demonstração de potencialidade, a fim de desequilibrar o pleito eleitoral (RESPE, 25247) (COÊLHO, 2006).

A caracterização de captação ilícita de sufrágio implica a existência dos pressupostos previstos no art. 41-A da Lei nº. 9.504/97.

No que diz respeito à ocorrência da violação da norma do art. 41-A, não há exigência de que o ato de compra de votos seja praticado diretamente pelo próprio candidato. Desde que evidente o benefício, torna-se suficiente que o candidato tenha participado de alguma forma, inclusive consentido na prática do ato (COÊLHO, 2006).

Para aqueles que pretendem obter a representatividade popular, necessário se faz que sejam portadores de preparo ético-moral, o que leva ao efeito profilático. Assim, o ordenamento jurídico brasileiro instituiu meios de repressão aos atos que denigram, de alguma forma, a legitimidade do pleito eletivo, o que, obviamente, compromete a representatividade que será confiada aos candidatos.

Os meios de coibição são aplicáveis durante as fases inerentes ao procedimento do pleito eleitoral visando à garantia da transparência do pleito. Essas fases, conforme Cândido (1998, p.125), abrangem quatro momentos distintos.

Inicia-se por uma fase preparatória, que abrange as convenções partidárias, o registro dos candidatos, a propaganda eleitoral e as medidas que antecedem a votação e a apuração. Posteriormente, são identificadas as fases de votação, apuração e diplomação.

No período que antecede a eleição, cabe Ação de Impugnação ao registro e Investigação Judicial Eleitoral podendo esta, em algumas hipóteses ser instaurada anteriormente ao pedido de registro, sendo a diplomação vista como o termo final para que ocorra a deflagração. Já a impugnação obedece ao prazo de impugnação ao registro. Após a eleição, podem ser utilizados os recursos contra, a fim de evitar a expedição do diploma e a ação de impugnação de mandato eletivo, que regulamentou a expedição do diploma a plano secundário, uma vez que dispõe de maior prazo para ajuizamento, sem exigência de prova previamente constituída e certamente atingindo idênticos efeitos práticos (GARCIA, 2006).

Nesse sentido, Maximiliano (1999, p.179) preleciona:

a jurisprudência é a fonte mais geral e extensa de exegese, indica as soluções adequadas às necessidades sociais, evita que uma mesma questão doutrinária fique eternamente aberta e dê margem a novas demandas: portanto, diminui os litígios, reduz ao mínimo os inconvenientes da incerteza do direito, porque de antemão faz saber qual será o resultado das controvérsias.

### **3 A INELEGIBILIDADE POR MOTIVO DE PARENTESCO COMO COMBATE AO ABUSO DE PODER**

#### **3.1 Condições de elegibilidade**

As condições de elegibilidade encontram-se referenciadas na Constituição Federal, em seu art. 14, § 3º, conforme já ligeiramente comentado no item 2 do presente trabalho.

Convém ressaltar, que, para alguém se candidatar a um mandato eletivo, não é suficiente o exercício pleno de seus direitos políticos ou do direito de ser votado (*ius honorum*), pois há exigência de outros requisitos a serem cumpridos, com indicação da lei, dentro de prazos fixados, por Resoluções do Tribunal Superior Eleitoral (CÂNDIDO, 2003).

Essas condições podem ser concebidas como fatos positivos, cuja presença torna-se indispensável, para que o interessado possa usufruir da condição de candidato, após atendimento das circunstâncias previstas nos dispositivos legais denominadas de condições de elegibilidade.

Cândido (2003) resume as condições de elegibilidade da seguinte forma: nacional; alistado; domicílio eleitoral na circunscrição; filiado a partido; idade mínima para o mandato eletivo; pleno exercício dos direitos políticos; deferimento do pedido de registro de candidatura – este momento representa que todas as condições atenderam às exigências da Justiça Eleitoral, sem implicações negativas com relação ao candidato ao pleito eleitoral.

### **3.2 Inelegibilidades constitucionais**

De forma oposta à elegibilidade, que consiste no atendimento de várias condições e requisitos por todo pretendente a candidatar-se para disputar uma eleição, ou seja, a satisfação dos pressupostos necessários e obrigatórios, por vezes, ocorre que estes referidos pressupostos apresentam-se com algumas circunstâncias que impossibilitam uma candidatura a um pleito eleitoral representando obstáculos para que uma pessoa venha a candidatar-se a mandato eletivo, caracterizando, assim, a chamada inelegibilidade.

Segundo Costa (2003, p.145):

a inelegibilidade é o estado jurídico de ausência ou perda de elegibilidade. Assim como o conceito jurídico de incapacidade civil apenas tem densidade semântica quando confrontado com o conceito de capacidade civil, de idêntica forma a inelegibilidade apenas pode ser profundamente conhecida se vista em confronto com o conceito de elegibilidade. Sendo a elegibilidade o direito subjetivo público de ser votado (= direito de concorrer a mandato eletivo), a inelegibilidade é o estado jurídico negativo de quem não possui tal direito subjetivo - seja porque nunca o teve, seja porque o perdeu.

Niess (2001, p.5), ressalta que:

a inelegibilidade consiste no obstáculo posto pela Constituição Federal ou por lei complementar ao exercício da cidadania passiva, por certas pessoas, em razão de sua condição ou em face de certas circunstâncias. E a negação do direito de ser representante do povo no Poder.

Como inelegibilidades constitucionais, Decomain (2004b) aponta: os



inalistáveis: os analfabetos; a reeleição do Presidente da República, dos Governadores e dos Prefeitos, apenas para um mandato sucessivo; necessidade de desincompatibilização do Presidente, Governadores e Prefeitos, no caso de pretenderem candidatar-se a outros cargos; cônjuges e parentes do Presidente da República, Governadores e Prefeitos; perda do mandato pelo Presidente da República, condenado pela prática de crime de responsabilidade; a inabilitação para o exercício de qualquer função pública, por ele, ou pelo Vice-Presidente da República, e pelos ministros de Estado, condenados por crimes de responsabilidade.

As inelegibilidades absolutas consistem em impedimentos eleitorais para qualquer cargo eletivo. Qualquer indivíduo que se enquadrar em situações caracterizadas como de inelegibilidade absoluta, quais sejam: inalistáveis e analfabetos, não poderão concorrer a nenhuma eleição, ou seja, não estão em condições de pleitear mandato eletivo (MORAES, 2002).

As inelegibilidades relativas não se encontram relacionadas à características pessoais daquele que pretende candidatar-se, porém representam restrições à elegibilidade para alguns pleitos eleitorais e mandatos, por motivo de situações especiais presentes na data da eleição relacionadas ao cidadão.

Aquele relativamente inelegível detém elegibilidade genérica, se especificamente no tocante a algum cargo ou função eletiva, quando da época da eleição, não poderá ser candidato ao pleito.

A inelegibilidade relativa abrange as seguintes situações: motivos funcionais (CF, art. 14, §§ 5º e 6º); casamento, parentesco ou afinidade que geram a inelegibilidade reflexa (CF, Art. 14, § 7º); ser militar (CF, Art. 14, § 8º); e previsões de ordem legal (CF, Art. 14, § 9º).

### 3.2.1 União homoafetiva e a inelegibilidade

Com base no pensamento positivista, a união homoafetiva não caracteriza inelegibilidade, haja vista sua exclusão do ordenamento jurídico pátrio. O art. 14 § 7º da CF preceitua inelegíveis no território de jurisdição do titular, o cônjuge e os parentes, consanguíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção.

A proteção familiar encontra-se mencionada no art. 226, § 3º da CF que preleciona: “[...] é reconhecida a União Estável entre homem e mulher como entidade familiar [...]”. Como se verifica, a norma máxima brasileira especifica homem e mulher,

portanto, não concebe a união estável entre homossexuais. Reafirma tal concepção, o Código Civil (art. 1514 e 1565) que também se refere aos termos homem e mulher, quando se trata da União Estável (art. 1723), do concubinato (art. 1727) e da adoção (1622) (CF, 1988).

De acordo com a Lei Maria da Penha, a família compreende:

Art. 5º [...].

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa (BRASIL, 2006, p.1).

Como norma estatal, o Direito está baseado em critérios objetivos. Assim, se a norma concebe como inelegíveis o cônjuge, os parentes consangüíneos e afins e, essa própria norma não inclui a relação homossexual no patamar de instituição familiar, conseqüentemente, a norma não alcança, nem de forma reflexa, os conviventes homossexual e, ainda, ao se considerar o princípio da legalidade, não faculta ao intérprete ampliar a condição de inelegibilidade (ANDRADE, 2006).

Na dimensão jusnaturalista acata-se a hipótese de inelegibilidade, pois, a homossexualidade é uma realidade e as relações afetivas entre aqueles que formam esse segmento constituem um fato. A Carta Magna, em seu art. 226, § 3º não proíbe as uniões entre homossexuais, havendo, portanto, uma lacuna no diploma legal e, então, considerando que tais relações estão fundadas no afeto, na comunhão da vida e na constituição de uma família, necessariamente busca-se sustentação na analogia, nos costumes e na equidade, daí, a possibilidade de equiparação das uniões entre pessoas do mesmo sexo à união estável (ANDRADE, 2006).

Convém ressaltar a decisão do TSE a seguir.

Em recente decisão, o Egrégio Tribunal Superior Eleitoral (TSE), no Recurso Especial (REsp) nº. 24.564, deu provimento e modificou o acórdão anterior proveniente do Tribunal Regional Eleitoral do Pará, cujo relator foi o Min. Gilmar Mendes, com a seguinte ementa:

Registro de Candidato. Candidata ao Cargo de Prefeito. Relação Estável Homossexual. Com a Prefeita Reeleita do Município. Inelegibilidade. Art. 14, § 7.º, da Constituição Federal. Os sujeitos de uma relação estável homossexual, à semelhança do que ocorre com os de relação estável, de concubinato e de casamento, submetem-se à regra de inelegibilidade prevista no art. 14, § 7.º, da Constituição Federal. Recurso a que se dá provimento (TSE, REsp nº. 24.564/PA, rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 1.10.2004) (KÜMPEL, 2005, p.1).

Dessa forma, infere-se pela aplicação da inelegibilidade às relações homoafetivas, tendo em vista que os critérios para esse processo visam impedir que se

formem grupos hegemônicos nas circunscrições eleitorais, coibindo práticas capazes de monopolizar o acesso aos cargos eletivos, as quais conduzirão, certamente, às condutas abusivas respaldadas pelo uso do poder.

### 3.2.2 Inelegibilidade por motivo de parentesco

Segundo Ferreira Filho (2002, p.130), a inelegibilidade por motivo de parentesco “é necessária para impedir o nepotismo, ou a perpetuação no poder através de interposta pessoa”.

São consideradas como parentes as pessoas que estão ligadas entre si pela existência de algum ascendente comum, ou por vínculo de casamento. Os parentes por consanguinidade envolvem as pessoas que têm um ascendente comum. O parentesco por afinidade de um dos cônjuges abrange os parentes por consanguinidade de cada um dos cônjuges.

Consideram-se parentes por consanguinidade na linha reta todas as pessoas descendentes umas das outras. Tal parentesco estabelece-se na linha ascendente, ou seja, pais, avós, bisavós e outros, ou na linha descendentes: filhos, netos, bisnetos e outros.

Na linha colateral, o parentesco por consanguinidade caracteriza-se com a existência de um ascendente comum entre duas pessoas, entretanto, uma não descendente da outra. Dizem respeito ao parentesco entre os irmãos, tios, sobrinhos e primos, os quais possuem ascendente comum, porém não são descendentes entre si.

Os enteados são considerados “parentes do cônjuge de seu pai ou da mãe (padrasto ou madrasta) por afinidade, em primeiro grau” (MONTEIRO, 2003, p.39).

No parentesco por adoção, o filho adotivo passa a ser parente do pai adotivo na linha reta, em primeiro grau. O § 6º, do art. 227, da Constituição Federal, determina que “os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação” (DECOMAIN, 2004b, p.58).

Os cônjuges são pessoas ligadas entre si pelo vínculo estabelecido em decorrência do casamento ou matrimônio, em conformidade com a legislação civil.

Conforme a regra estabelecida no § 7º do art. 14 da Constituição Federal, passa a ser inelegível, na mesma circunscrição do titular, o cônjuge, como também os parentes por consanguinidade ou adoção, até o segundo grau, do Presidente da República, do Governador de Estado, Território ou Distrito Federal, e do Prefeito Municipal, ou

daqueles que os sucederam ou os substituíram no período dos seis meses que antecederem ao pleito eleitoral.

A inelegibilidade, porém, deixa de ocorrer, de acordo com a parte final da regra constitucional, se o cônjuge ou parente já for titular de mandato eletivo, e for candidato a reeleição. Neste último caso, mesmo que o cônjuge ou parente já seja titular de mandato eletivo, a inelegibilidade existirá caso pretenda candidatar-se a outro, que não aquele já exercido (DECOMAIN, 2004b, p.58).

Para fins eleitorais, o art. 86 do Código Eleitoral explicita o conceito de circunscrição eleitoral. Assim, nas eleições presidenciais ela é considerada em termos de todo o País; nas eleições federais (deputados federais e senadores), no Estado e, também no Distrito Federal; e, nas municipais, é representada por cada município. Essa mesma delimitação é usada para a inelegibilidade decorrente do que preceitua o § 7º do art. 14 da Constituição Federal.

Sobre essa matéria, Bastos e Martins (1999, p.587), entende que:

por território de jurisdição deve entender-se o espaço dentro do qual o parente exerce as suas funções. No caso de Prefeito, por exemplo, a sua esposa, ou os seus descendentes ou ascendentes são inelegíveis para os cargos municipais, mas serão plenamente elegíveis para os estaduais e federais.

A jurisprudência, com base no § 7º do art. 14 da CF, tem se manifestado pela manutenção da inelegibilidade mesmo que o titular do cargo (Presidente da República, Governador ou Prefeito) apresente renúncia a seu mandato, pelo menos seis meses antes do pleito, desde que se trate de candidatura ao mesmo cargo e que o titular já tenha sido reeleito e, portanto, em seu segundo mandato subsequente. O desaparecimento da inelegibilidade não ocorrerá mesmo em caso de falecimento do titular do cargo, mais de seis meses antes da data das eleições. Contudo, caso se trate de candidatura a outro cargo, diferente de Chefe Executivo, ela será admissível, contanto que o Chefe do Executivo renuncie, no mínimo, seis meses antes da data marcada para o pleito.

Por fim, convém ainda ressaltar os aspectos do parentesco socioafetivo, uma vez que é um fato real, encontrado disseminado nas famílias brasileiras, principalmente nas cidades do interior dos estados. Notadamente, encontramos a identificação do pai ou mãe de criação, do irmão e da irmã de criação como fato corriqueiro nas famílias e em nossa cultura, cujo termo criação aduz a afeição, adoção, aceitação e sustento, como se houvessem os elos de consanguinidade. (Artigo do Des. Lourival Serejo – “O parentesco

sócio-afetivo como causa de inelegibilidade”- última alteração em 26 de agosto de 2009 – pesquisado na *internet*, em 19 de julho de 2011).

A parentalidade existe quando uma criança ou um adolescente tem, em relação a adulto que não é seu genitor biológico nem adotivo, a posse do estado de filho, com relação de afeto e aceitação.

Nestes casos, o parentesco é uma realidade que faz parte dos costumes das sociedades e o Direito e a Justiça não podem desconhecer.

O critério socioafetivo tornou-se, hoje, um novo critério para aferir-se a existência do vínculo parental, também em defesa da liberdade e da dignidade da pessoa humana.

O Direito, que não pode se restringir simplesmente a regras e normas vigentes deve, também, considerar os efeitos culturais da filiação socioafetiva tão forte quanto os da consanguínea. O conceito jurídico indeterminado que se encontra na expressão *outra origem*, do art. 1.593 do Código Civil, deve ter sua adequação aos casos concretos em que se constata relações de afeto como autênticas manifestações de parentalidade. (Artigo do Des. Lourival Serejo – “O parentesco sócio-afetivo como causa de inelegibilidade”- última alteração em 26 de agosto de 2009 – pesquisado na *internet*, em 19 de julho de 2011).

No campo do Direito Eleitoral, quando este busca no Direito de Família elementos para corroborar seus julgamentos, já é tempo de considerar-se o afeto com força suficiente para influenciar na teoria da inelegibilidade. A parentalidade socioafetiva é uma realidade que não pode ser mais desconhecida.

O mesmo argumento teleológico que levou o TSE a adotar a Súmula nº 7, pode ser usado para reconhecer a inelegibilidade do irmão de criação. Se o cunhado, em uma relação de fato, gera a inelegibilidade, o parentesco colateral socioafetivo também deve gerar esse mesmo obstáculo à elegibilidade, por se tratar, em ambos os casos, de parentes colaterais em 2º grau.

Assim é que o TSE, em julgamento proferido no dia 15 de fevereiro, reconheceu que a relação socioafetiva é, também, causa de inelegibilidade que se amolda ao disposto no art. 14, § 7º, da Constituição Federal. A relatoria da decisão, que não foi unânime, coube ao ministro Arnaldo Versiani, e resultou no acórdão n. 54101-03/PI. (Artigo “Tribunal Superior Eleitoral avança e prestigia o afeto” do Desembargador Lourival Serejo - Última atualização em Seg, 07 de Março de 2011 18:20 – pesquisado na *internet*, em 19 de julho de 2011)

Em trecho da ementa do julgamento do TSE está escrito: “O vínculo de relações sócio-afetivas, em razão de sua influência na realidade social, gera direitos e deveres inerentes ao parentesco, inclusive para fins de inelegibilidade prevista no § 7º do art. 14 da Constituição Federal. A posse do estado de filiação é uma realidade a que o Direito não pode fechar os olhos. Realmente, a relação sócio-afetiva independe de fatores biológicos ou exigências legais, devendo levar-se em consideração o afeto e a convivência daqueles que assim se mostram para a sociedade, fatos que não podem ser desconhecidos do Direito.”

A decisão do TSE vai contribuir para evitar muitas fraudes sacramentadas por decisões que se omitiram em romper as amarras do legalismo exagerado e descobrir a verdade que lateja no seio dos fatos, reclamando a verdadeira justiça.

### 3.2.3 Proposta de emenda à Constituição Federal

A presente proposta de emenda à Constituição Federal visa apresentar alterações em relação à inelegibilidade específica no art. 14, § 7º da Constituição Federal, o qual determina:

Art. 14 [...].

§ 7º - São inelegíveis no território de jurisdição do titular, o cônjuge e os parentes consangüíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção do Presidente da República, de Governador de Estado ou Território, do Distrito Federal, de Prefeito ou de quem os haja substituído dentro dos seis meses anteriores ao pleito, salvo se já titular de mandato eletivo e candidato à reeleição.

Tem-se, assim, que a inelegibilidade ocorre somente na área territorial de jurisdição do titular, segundo especifica a regra. A expressão território de jurisdição do titular equivale ao conceito de circunscrição eleitoral, referenciado no art. 86 do Código Eleitoral.

A regra específica também ressalta que a inelegibilidade não se aplica quando o cônjuge ou parente já exercer mandato eletivo e se candidatar à reeleição.

Se um cidadão for eleito Prefeito Municipal na mesma eleição em que sua esposa, ou seu parente por consangüinidade, afinidade ou adoção, até o segundo grau, for eleito Vereador, na eleição seguinte este Vereador poderá candidatar-se à reeleição, mesmo sem que o Prefeito tenha renunciado ao seu mandato pelo menos seis meses antes. Mas não poderá candidatar-se ao cargo de Prefeito (DECOMAIN, 2004b, p.60).

Dessa forma, a inelegibilidade não alcança aquele que já possui mandato eletivo, caso seja pretendente à reeleição. Mas, caso seja candidato a outro cargo, deverá renunciar ao mandato, o cônjuge ou parente até o segundo grau gestor do Executivo, pois, caso contrário, incorrerá em inelegibilidade.

A consolidação dessa inelegibilidade é defendida pela Constituição, que visou à prevenção de que o chefe do Executivo venha a utilizar a influência do seu cargo para beneficiar a eleição do cônjuge ou parente. Com o falecimento do chefe do Executivo essa possibilidade desapareceu, mesmo que o óbito tenha acontecido menos de seis meses antes da eleição.

Pautando-se nesse fundamento, esta proposta de emenda à Constituição Federal tem a pretensão de acolher alteração do § 7º do seu art. 14, no que se refere à ampliação da inelegibilidade de parentes de chefes Executivos municipais a todo o Estado, ou seja, que se estabeleça impedimento da candidatura de cônjuges de qualquer espécie e natureza de chefes executivos na abrangência de circunscrição eleitoral estadual, portanto, não ficando a inelegibilidade restrita ao território de jurisdição do titular, conforme especifica o dispositivo legal mencionado. Assim, o § 7º do art. 14 da Constituição Federal deverá apresentar a seguinte redação:

Art. 14. [...].

§ 7º - São inelegíveis, em todo o território nacional, o cônjuge e os parentes consanguíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção, do Presidente da República, de Governador de Estado ou Território, do Distrito Federal, de Prefeito ou de quem os haja substituído dentro dos seis meses anteriores ao pleito, salvo se já titular de mandato eletivo e candidato à reeleição.

Dessa feita, procura-se, aumentar as possibilidades de maior controle do abuso de poder nas eleições, como também assegurar proteção à probidade administrativa, à moralidade, ao equilíbrio do pleito, a fim de que todos os candidatos se encontrem em situações de igualdade, respeitando os princípios éticos e, finalmente, protegendo o erário público.

#### **4 CONCLUSÃO**

A partir do exposto neste trabalho monográfico, constatou-se que a ideia de democracia ocidental corresponde ao ideário da maioria, bem como ao respeito à minoria,

em um ambiente que permita a minoria tornar-se maioria.

Assim, a democracia pode ser concebida como um processo político, fundado na participação livre e consciente, de forma direta ou indireta dos cidadãos, nas decisões de seus governantes.

Para que exista democracia, é necessária uma participação efetiva, além de uma consciência política, voltada para as questões que são importantes para a comunidade.

Em relação ao Brasil, ainda não se pode concebê-lo como um fiel observador de sua Constituição e, conseqüentemente, não se vive a plena democracia. A democracia resulta do exercício da cidadania, constituindo esta uma das formas de vivência dos direitos do cidadão, assegurados pela Carta Maior.

No processo eleitoral, o cidadão desempenha o papel principal de titular intransferível do poder. O uso inadequado desse poder poderá implicar a violação dos princípios constitucionais, comprometendo, sobremaneira, as circunstâncias democráticas que devem ser asseguradas em qualquer pleito eleitoral.

O sistema eleitoral brasileiro tem constituído mecanismos visando impedir o abuso de poder nas eleições, os quais estão contidos no art. 73 e seguintes da Lei das Eleições, a fim de vedar condutas abusivas que podem ser praticadas por aqueles detentores de cargos eletivos ou não, ao utilizarem a máquina administrativa em prol de candidatos ou partidos.

As condições de elegibilidade e as inelegibilidades constitucionais também contribuem para a lisura das eleições visando a um resultado democrático. Nesse âmbito, convém mencionar a questão da união homoafetiva que, apesar de não estar circunscrita na legislação específica sobre a matéria, algumas decisões jurisprudenciais têm apontado como causa de inelegibilidade, fundamentadas no princípio de não formação de grupos hegemônicos nos domínios eleitorais.

Ademais, dá-se ênfase à inelegibilidade relativa por motivo de parentesco, ressaltando-se também os aspectos de parentalidade, especialmente, no que se refere à circunscrição do município, sobre a qual se entende que há a necessidade de alteração, pois, a influência de um gestor municipal poderá ocorrer em outro território da esfera municipal e por essa razão, sugere-se que a causa para inelegibilidade seja ampliada ao nível estadual.

Assim, pretende-se tornar impeditivo que os parentes, conforme especificado na legislação própria da matéria, candidatem-se em outro território municipal, na



perspectiva de ampliar as situações passíveis da prática do abuso de poder nas disputas eleitorais.

Sabe-se, entretanto, que se trata de assunto polêmico que requer debates e discussões. Contudo, espera-se que esta análise possa de alguma forma contribuir para que outras reflexões sobre essa questão sejam efetivadas na busca de se encontrar novas soluções para um problema que ainda é muito evidente nas eleições realizadas em todo o nosso País.

#### INELIGIBILITY ON BY FAMILY IN LIGHT OF THE BRAZILIAN LAW.

#### ABSTRAT

The Electoral Law is of fundamental importance for democracy-building, as part of the public law and disciplinary and aims at providing solutions for the electoral impasse. When there are obstacles for someone to apply for an elective office, is characterized Ineligibility, and may be relative because of kinship, depicting abuse of power, the main object of this work.

Keywords: Ineligibility relative. Kinship. Abuse of Power

#### REFERÊNCIAS

ANDRADE, [Giselle Cardoso de](#). *União homoafetiva como hipótese de inelegibilidade*. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br>>. Acesso em: 15 mar. 2011.

BARRETTO, Lauro. *Condutas vedadas aos agentes públicos pela “lei das eleições” & suas implicações processuais (art. 73 e seguintes da Lei n. 9.504/1997)*: doutrina, jurisprudência, Resoluções do TSE. Bauru: Edipro, 2006.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1999.

BRASIL. *Lei n. 7.444, de 20 de dezembro de 1985*. Brasília, 1985.

\_\_\_\_\_. *Constituição Federal. Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.

\_\_\_\_\_. *Lei n. 9.096, de 19 de setembro de 1995*. Brasília, 1995.

\_\_\_\_\_. *Lei n. 9.504, de 30 de setembro de 1997*. Brasília, 1997.

\_\_\_\_\_. *Lei Maria da Penha. Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006*. Brasília, 2006.

CÂNDIDO, Joel L. *Direito eleitoral brasileiro*. 8. ed. Bauru: EDIPRO, 2001.

\_\_\_\_\_. *Inelegibilidades no direito brasileiro*. 2. ed. rev. ampl. atual. Bauru: EDIPRO, 2003.

COELHO, Marcus Vinicius Furtado. *Eleições abuso de poder*. Brasília, 2006.

COSTA, Adriano Soares da. *Teoria da inelegibilidade e o direito processual eleitoral*. 5.

ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Controle jurisdicional do ato administrativo*. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

DALLMAYR, Fred, et al. *Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea*. Brasília: Universidade de Brasília, 2001.

DECOMAIN, Pedro Roberto. *Elegibilidade e inelegibilidades*. São Paulo: Dialética, 2000.

\_\_\_\_\_. *Eleições – comentários à lei n. 9.504/1997*. São Paulo: Dialética, 2004a.

\_\_\_\_\_. *Elegibilidade e inelegibilidades*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004b.

DELGADO, José Augusto. *Reflexões sobre abuso do poder no ordenamento jurídico brasileiro*. Brasília: Tribunal de Justiça, 2005.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentário à constituição brasileira de 1988*. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

GARCIA, Emerson. *Abuso de poder nas eleições: meios de coibição*. 3. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 11.300, de 10/05/2006. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

KÜMPEL, Vitor Frederico. *Breves reflexões sobre o homossexualismo*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 625, p.1-3, 25 mar. 2005.

MAINWARING, Scott. *A classificação dos regimes políticos na América Latina*. 1999  
MAUÉS, Antônio Gomes Moreira. *Poder e democracia: o pluralismo político na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Síntese Ltda., 1999.

MENDES, Antonio Carlos. *Introdução à teoria das inelegibilidades*. São Paulo: Malheiros, 1994.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

NISS, Pedro Henrique Távora. *Direitos políticos, condições de elegibilidade e inelegibilidades*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

RIBEIRO, Fávila. *Abuso de poder no direito eleitoral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

SALGADO, Eneida Desiree. *Constituição e democracia: tijolo por tijolo em um desenho (quase) lógico – vinte anos de construção do projeto democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2007.

SANTOS, Fernando José dos. Sistema político eleitoral brasileiro. Voto eletrônico e sua introdução no Brasil. *Paraná Eleitoral*, Paraná: TRE/PR, abr./jun., 2002.

SEREJO, Lourival. *Tribunal Superior Eleitoral avança e prestigia o afeto*. [S. l.], 07 mar. 2011. Disponível em: <[www.lourivalserejo.com.br/index.php?...tribunal-superior](http://www.lourivalserejo.com.br/index.php?...tribunal-superior)>. Acesso em: 15 ago. 2011.

\_\_\_\_\_. O parentesco socioafetivo como causa de inelegibilidade. *Revista Jus Navigandi*, 26. ago. 2009. Disponível em: <<http://www.jus.uol.com.br/.../o-parentesco-socioafetivo-como-causa-de>>. Acesso em: 15 ago. 2011.

SILVA, De Plácido. *Vocabulário jurídico*. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

VALENTE, Luiz Ismaelino. *Crimes na propaganda eleitoral*. Edições Cjup. 1991.

# **A MORTE DO AFETO PELO EGOÍSMO:** uma análise interdisciplinar sobre a alienação parental.

*Bruna Barbieri Waquim*<sup>30</sup>

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Sobre a Síndrome da Alienação Parental. 3 Alienação Parental na visão jurídica. Referências.

## **1 INTRODUÇÃO**

Nenhum homem é uma ilha, já proclamava com sapiência John Donne. Contextualizando para os tempos modernos, poderíamos também bem dizer que nenhum campo do conhecimento é uma ilha, havendo intersecções em cada ramo do saber.

O próprio Direito já tem experimentado essa inexistência de muros e cercas de separação. A clássica distinção entre Direito Público e Privado já foi desmentida, considerando a natureza cogente de certas normas de Direito Público em situações da vida privada e a observância de regras de Direito Privado em determinadas ocorrências na Administração Pública.

Da mesma forma, os ditames constitucionais se imiscuíram de tal forma ao Direito Civil que modernamente tem se discutido o nascimento de um Direito Civil constitucionalizado, em que a dignidade da pessoa humana e a função social da propriedade e dos contratos se sobrepõem ao antigo pensar individualista.

E no Direito de Família não poderia ser diferente. Se antes as regras familiaristas nasciam e morriam na legislação ordinária, voltadas à reprodução segundo a moral cristã e à transmissão do patrimônio, após a edição da Constituição de 1988, o arcabouço normativo do Direito de Família passou a ser encontrado no próprio texto constitucional, sendo alçado ao status constitucional, em que os princípios e balizas da Carta Magna passaram a servir, também, a esse ramo do Direito.

Surgiu assim o fenômeno da constitucionalização do Direito de Família, que representou um verdadeiro divisor de águas para o modo de pensar, agir e tratar as entidades familiares, sem mais preconceitos ou fórmulas prontas e abraçando-se a solidariedade e o pluralismo.

---

<sup>30</sup> Especialista em Direito Civil e Processual Civil. Servidora pública do TJMA.

Como não poderia deixar de ser, o ramo do Direito que trata das relações mais íntimas, da célula base da sociedade, passou a socorrer-se de outros campos do conhecimento, como Psicologia e Psiquiatria, e desse caminhar de mãos dadas entre ciências tivemos a detecção de uma das síndromes que mais nefastamente influenciam no campo jurídico das relações sociais: a Síndrome da Alienação Parental.

Essa Síndrome foi recentemente alvo de legislação própria e pela sua importância merece ser analisada com os instrumentos devidos: a Espada e a Balança de Themis e o Caduceu de Mercúrio.

## **2 SOBRE A SÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL**

A Síndrome da Alienação Parental (SAP) apesar de presente em obras literárias desde a Medeia de Eurípedes, só começou a ser estudada cientificamente no século passado, pelo Professor Richard Gardner, do Departamento de Psiquiatria Infantil da Faculdade de Medicina da Universidade de Columbia, em Nova York, EUA.

O ilustre psiquiatra, após longos anos de pesquisa, identificou que uma criança poderia ser alienada de um dos genitores por causa de um abuso parental (físico, emocional ou sexual) ou por causa de uma negligência parental. A alienação parental seria, assim, gênero do qual a síndrome da alienação parental seria a espécie caracterizada pela programação pré-ordenada estabelecida por um genitor que procura denegrir a imagem do outro, em detrimento de seu relacionamento com a criança<sup>31</sup>.

A SAP foi verificada inicialmente no contexto de disputas judiciais pela guarda de infantes, em que um dos genitores, por não aceitar a separação do ex-cônjuge ou não saber lidar com o fim do vínculo conjugal, passa a manipular os próprios filhos para que se afastem físico e emocionalmente do antigo parceiro, também pai, por meio de artimanhas que envolvem desde a geração de sentimento de culpa, insinuação de abusos sexuais a campanhas difamatórias e implantação de falsas memórias.

Porém, é interessante formular inicialmente um contraponto.

Com a crescente conquista da igualdade entre gêneros, as mulheres deixaram de exercer o papel exclusivo de cuidadoras da prole, ingressando no mercado de trabalho e dividindo com os cônjuges e companheiros os afazeres domésticos.

---

<sup>31</sup> BRANDÃO, Eduardo *apud* HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. *Síndrome de alienação parental*. Portal do Instituto Brasileiro de Direito de Família. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=589>>. Acesso em: 26 mar. 2012.

Somado a esse fato, a facilitação do divórcio e o fenômeno das famílias reconstituídas trouxeram aos homens – gênero masculino – uma maior participação na vida dos filhos, ensejando, assim, que na separação entre o casal houvesse o desejo tanto do pai quanto da mãe em manter-se parte da vida da prole.

Verificou-se a contínua insatisfação dos pais separados ao modelo de guarda exclusiva, com a convivência familiar limitada ao fim de semana em que era garantido o direito de visita, gerando a invasão masculina ao tradicional sistema de criação de filhos.

Isto, de fato, incomodou muitas mães e muitas famílias maternas que assumiam o papel tradicional de guardiões dos menores e que, com a separação do casal, entendiam que o ex-cônjuge não mais “cabia” na rotina do filho.

Eduardo Brandão entende que a resposta maternal a essa “invasão” não deve ser necessariamente encarada como manifestação da SAP:

Os novos direitos da infância e a isonomia entre o homem e a mulher abriram um novo *front* de guerra. As disputas familiares são uma extensão do campo de batalha da política de gênero. Os litígios de guarda e visita são micro-batalhas que formam subjetividades.

Esta é a chave explicativa para compreender que quando a mulher se sente ameaçada da perda do espaço ao qual ela foi destinada ao longo dos séculos, tal como ocorre numa disputa de guarda, ela tende a reagir. Em sendo assim, segundo Valente (2007), os profissionais devem entender que o movimento de negar o acesso do pai à criança não resulta de uma patologia médica, como parece inspirar a nomenclatura cunhada por Gardner, mas se refere à busca do reconhecimento de identificação e de cidadania. Tais profissionais, incluídos os psicólogos, devem buscar formas de romper esse assenhoramento feminino que tem, como contrapartida, a perpetuação da desigualdade entre os gêneros. A ruptura pressupõe, vale dizer, um aspecto político, pois ela requer a superação da cidadania por concessão em prol de uma cidadania plena<sup>32</sup>.

Em primeiro plano, portanto, torna-se imprescindível verificar se a acusação de prática de atos de alienação parental por parte do(a) ex-cônjuge não se fundamenta na incapacidade deste (ou desta) em processar psiquicamente o fim do relacionamento conjugal, sem a malícia da difamação do ex-parceiro com o escopo de afastá-lo da prole comum.

---

<sup>32</sup> BRANDÃO, Eduardo Pontes. *Por uma ética e política da convivência: uma breve exame da "Síndrome de Alienação Parental" à luz da genealogia de Foucault*. Portal do Instituto Brasileiro de Direito de Família. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=555>>. Acesso em: 26 mar. 2012.

Ou, ainda, se as reclamações de abuso ou negligência parental, formuladas pelo outro genitor ou pela própria criança, são verdadeiras, ocasião em que obviamente, as disposições legais sobre a SAP não terão aplicação.

Feitas estas observações, impende analisar o cenário que infelizmente é o mais verificado no seio das famílias desconstituídas: o da manipulação egoísta dos sentimentos de um menor para afastá-lo de um dos genitores.

Na lição de Marcos Duarte:

O leitor deverá compreender a Síndrome da Alienação Parental como uma patologia jurídica caracterizada pelo exercício abusivo do direito de guarda. A vítima maior é a criança ou adolescente que passa a ser também carrasco de quem ama, vivendo uma contradição de sentimentos até chegar ao rompimento do vínculo de afeto. Através da distorção da realidade (processo de morte inventada ou implantação de falsas memórias), o filho percebe um dos pais totalmente bom e perfeito (alienador) e o outro totalmente mau.

O guardião inicia sua estratégia de cumplicidade para obter uma aliança com o filho. Este se transforma em objeto de manipulação, mecanismo muitas vezes desencadeado já no âmbito familiar quando se avizinha a inevitável separação. As causas aparentes são apresentadas como pleito de aumento da verba alimentar ou desprezo quando o ex-companheiro inicia novo relacionamento amoroso com sinais de solidez e formação de outro núcleo familiar. O acesso ao filho é a arma de vingança. Sem o aporte de mais dinheiro ou com a constatação do envolvimento afetivo do ex-companheiro com outra pessoa, o alienador vai graduando o acesso ao menor conforme o comando de seu cérebro doente.

A principal característica desse comportamento ilícito e doentio é a lavagem cerebral no menor para que atinja uma hostilidade em relação ao pai ou mãe visitante. O menor se transforma em defensor abnegado do guardião, repetindo as mesmas palavras aprendidas do próprio discurso do alienador contra o "inimigo". O filho passa a acreditar que foi abandonado e passa a compartilhar ódios e ressentimentos com o alienador. O uso de táticas verbais e não verbais faz parte do arsenal do guardião, que apresenta comportamentos característicos em quase todas as situações. Um exemplo típico é apresentar-se no momento de visita com a criança nos braços. Este gesto de retenção comunica ao outro um pacto narcisista e incondicional de que são inseparáveis<sup>33</sup>.

Em resumo, a Síndrome da Alienação Parental caracteriza-se pela influência negativa de um dos genitores sobre o relacionamento do filho com o antigo parceiro, destruindo culposa ou dolosamente o afeto do menor pelo outro genitor por meio da prática de atos de alienação como: demonstrar tristeza ante demonstrações de carinho do menor ao outro genitor; incutir sensação de culpa no menor por gostar do outro genitor;

---

<sup>33</sup> DUARTE, Marcos. *Alienação Parental: a morte inventada por mentes perigosas*. Portal do Instituto Brasileiro de Direito de Família. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=516>>. Acesso em: 26 mar. 2012.

implantar falsas memórias de abusos no menor para que sinta medo ou ojeriza do outro genitor; dificultar o acesso do outro genitor ao menor; distorcer as tentativas de aproximação do outro genitor ou até mesmo distorcer a ausência do outro genitor, para que o menor se sinta amedrontado ou abandonado; entre outras práticas.

Essas atitudes representam um verdadeiro perigo à formação psíquica da criança e do adolescente, pois crescem em um ambiente hostil, sem a necessária figura de ambos os genitores para talhar sua personalidade e sem a reprodução dos conflitos e confraternizações normais que hão de prepará-lo para a vida em sociedade.

Isto porque *“é no seio familiar que o indivíduo absorve a experiência de estar por vezes unido, ou separado, o que pode ser percebido desde muito cedo, primeiro em relação à mãe, logo em seguida, ao pai e aos irmãos, tornando-se a família, verdadeiro laboratório de experiências relacionais e de aprendizagem, em que todos os afetos são desenvolvidos e libados”*<sup>34</sup>.

O menor alienado sofre duas vezes: durante o processo de alienação, em que é alijado do convívio com o outro genitor, sem saber lidar com os sentimentos conflitantes de amor (real) e repulsa (manipulado); e após descoberta a alienação, em que passa a sofrer com a culpa por ter participado – ainda que ingenuamente – da exclusão do outro genitor de sua vida e do seu afeto, o que pode reverter em padrões comportamentais insalubres, como a revolta ou a depressão.

Segundo a doutrina especializada:

[...] os danos afetivos decorrentes das manifestações da SAP nos filhos menores ganham forma por meio da propensão a distúrbios psicológicos como depressão crônica, desespero, ansiedade e pânico, incapacidade de adaptação em ambiente psico-social normal, transtornos de identidade e de imagem, sentimento incontrolável de culpa, isolamento, comportamento hostil, falta de organização, dupla personalidade, uso de drogas, dificuldade de estabelecer relações afetivas estáveis e, quando adultos, às vezes até o suicídio<sup>35</sup>.

Apesar de alguns doutrinadores jurídicos utilizarem as expressões “Síndrome da Alienação Parental” e “Síndrome da Implantação de Falsas Memórias” como

---

<sup>34</sup> MONTEIRO, Wesley Gomes. *O rompimento conjugal e suas conseqüências jurídicas: ensaio sobre alienação parental*. 16 de setembro de 2011. Portal do Instituto Brasileiro de Direito de Família. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=765>>. Acesso em: 26 mar. 2012.

<sup>35</sup> COSTA, Ana Surany Martins. *Quero te amar, mas não devo: A Síndrome da alienação parental como elemento fomentador das famílias compostas por crianças órfãs de pais vivos*. Portal do Instituto Brasileiro de Direito de Família. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=603>>. Acesso em: 26 mar. 2012.



sinônimas, Jorge Trindade e Ana Maria Frota Velly defendem que se tratam de síndromes distintas.

Para estes autores, a Síndrome das Falsas Memórias refere-se a uma alteração no desenvolvimento da memória, em que fatos falsos são forjados, implantados no indivíduo, não se resumindo somente a lembranças falsas de abusos sexuais, mas a quaisquer atos e fatos da vida<sup>36</sup>.

Já a Síndrome de Alienação Parental seria um distúrbio do afeto, em que uma criança é programada para odiar um dos seus genitores sem justificativa e para contribuir na trajetória da campanha de desmoralização, podendo o genitor alienante utilizar-se ou não da implantação de falsas memórias para lograr o seu intento<sup>37</sup>.

O motor para a prática desses atos pode decorrer tanto de uma patologia psíquica por parte do genitor alienante quanto de seu mero desejo de vingança, seja porque não obteve a pensão alimentícia no valor desejado, seja porque não se conforma com a separação do casal, seja porque não quer partilhar o convívio do menor com o outro genitor, seja porque não admite a formação de uma nova família pelo ex-parceiro.

Agora que conhecemos um pouco mais da SAP como síndrome patológica, passaremos à análise das suas implicações jurídicas.

### **3 ALIENAÇÃO PARENTAL NA VISÃO JURÍDICA**

Em 26 de agosto de 2010 foi promulgada a Lei nº 12.318, que dispõe sobre a alienação parental e dá outras providências.

Ainda que não houvesse a edição de lei específica, vários dispositivos legais fundamentariam a coerção judicial à prática de atos de alienação parental, como o artigo 227 da Constituição Federal<sup>38</sup>; os artigos 17 e 18 do Estatuto da Criança e do Adolescente<sup>39</sup>; §4º do artigo 1.583<sup>40</sup> e artigos 1.637 e 1.638<sup>41</sup> do Código Civil.

---

<sup>36</sup> VELLY, Ana Maria Frota. *Alienação Parental: uma visão jurídica e psicológica*. Portal do Instituto Brasileiro de Direito de Família. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=666>>. Acesso em: 26 mar. 2012.

<sup>37</sup> *Ib idem*.

<sup>38</sup> Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

<sup>39</sup> Art. 17. O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, idéias e crenças, dos espaços e objetos pessoais.

Art. 18. É dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor.

Entretanto, mais prática e mais efetiva se torna a edição de legislação própria para identificar os atos específicos de alienação parental, com a orientação dos profissionais de direito quanto à forma de atuação visando o melhor interesse da criança e do adolescente: aos advogados, quanto ao pleito; ao *Parquet*, quanto à atuação; e aos magistrados, quanto à aplicação de medidas protetivas e coercitivas.

O artigo 1º da citada norma conceitua o ato de alienação parental como “*a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.*”

De pronto se observa que os agentes alienantes podem ser tanto um dos genitores quanto os avós ou qualquer outra pessoa que tenha o menor sob sua responsabilidade, o que pode incluir a figura de tios, irmãos e até mesmo tutores, sendo que essa guarda é exercida abusivamente.

A finalidade desse abuso, nos termos da própria lei, é a manipulação do menor para que este desenvolva sentimentos de antipatia, repulsa, medo ou indiferença contra o genitor alienado e incorpore a prática desses atos, fingindo-os seus naturalmente, e não inculcados pelo alienador.

Dáí porque a doutrina ensina que uma das medidas mais eficientes contra a SAP seria simplesmente a instituição da guarda compartilhada em detrimento da guarda exclusiva, pois ao estimular o convívio do menor com ambos os genitores, a manipulação seria enfraquecida e os sentimentos de apreço do menor para com o pai alienado resistiriam à tentativa de desmoralização.

Registram Silva e Carvalho que “*compartilhando-se a guarda, seria mais difícil que o afastamento se desse e anular-se-ia o excesso de poder que o guardião*

---

<sup>40</sup> § 4º A alteração não autorizada ou o descumprimento imotivado de cláusula de guarda, unilateral ou compartilhada, poderá implicar a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor, inclusive quanto ao número de horas de convivência com o filho

<sup>41</sup> Art. 1.637. Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha.

Parágrafo único. Suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão.

Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:

I - castigar imoderadamente o filho;

II - deixar o filho em abandono;

III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;

IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.

*exclusivo acredita deter, a ponto de restringir ou até mesmo proibir as visitas e a participação do outro genitor na vida da criança”<sup>42</sup>.*

Por certo preocupado com o sistema de cláusulas abertas, em que as tipificações legais são relegadas ao arbítrio do aplicador da lei, o parágrafo único do citado artigo exemplifica atos de alienação parental<sup>43</sup>, sem descuidar que outros atos de alienação que não os descritos possam ser assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia.

A lei garante o amplo acesso à Justiça para a declaração de atos de alienação parental: a requerimento ou de ofício, em qualquer momento processual, em ação autônoma ou incidentalmente, garantindo ainda a tramitação prioritária (artigo 4º).

Identificados os indícios desses atos, o magistrado deverá, por dicção do artigo 4º, ouvir o Ministério Público e determinar, com urgência, medidas provisórias necessárias para preservar a integridade psicológica do menor, inclusive para assegurar sua convivência com o genitor alienado ou viabilizar a reaproximação entre entes, o que pode se dar inclusive com a instituição de visitação mínima assistida.

O grande problema dos processos que envolvem alienação parental, porém, decorre da demora no processamento desses feitos.

O magistrado, que geralmente não recebe formação técnica para identificar os liames da manipulação psicológica e que eventualmente se vê às voltas com a denúncia de abusos sexuais – a qual não sabe reconhecer, com exatidão e celeridade, se é falsa ou verdadeira – acaba por imprimir à demanda uma morosidade associada à necessidade de cautela.

Como exemplifica Maria Berenice Dias:

Esta notícia, comunicada a um pediatra ou a um advogado, desencadeia a pior situação com que pode um profissional defrontar-se. Aflitiva a

---

<sup>42</sup> SILVA, Neide Heliodória Pires da. CARVALHO, Juliana Gomes. *Uvas verdes*. Portal do Instituto Brasileiro de Direito de Família. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=405>>. Acesso em: 10 de abril de 2012.

<sup>43</sup> I - realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;  
II - dificultar o exercício da autoridade parental;  
III - dificultar contato de criança ou adolescente com genitor;  
IV - dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar;  
V - omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço;  
VI - apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente;  
VII - mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós.

situação de quem é informado sobre tal fato. De um lado, há o dever de tomar imediatamente uma atitude e, de outro, o receio de que, se a denúncia não for verdadeira, traumática será a situação em que a criança estará envolvida, pois ficará privada do convívio com o genitor que eventualmente não lhe causou qualquer mal e com quem mantém excelente convívio.

A tendência, de um modo geral, é imediatamente levar o fato ao Poder Judiciário, buscando a suspensão das visitas. Diante da gravidade da situação, acaba o juiz não encontrando outra saída senão a de suspender a visitação e determinar a realização de estudos sociais e psicológicos para aferir a veracidade do que lhe foi noticiado. Como esses procedimentos são demorados - aliás, fruto da responsabilidade dos profissionais envolvidos -, durante todo este período cessa a convivência do pai com o filho. Nem é preciso declinar as seqüelas que a abrupta cessação das visitas pode trazer, bem como os constrangimentos que as inúmeras entrevistas e testes a que é submetida a vítima na busca da identificação da verdade.

No máximo, são estabelecidas visitas de forma monitorada, na companhia de terceiros, ou no recinto do fórum, lugar que não pode ser mais inadequado. E tudo em nome da preservação da criança. Como a intenção da mãe é fazer cessar a convivência, os encontros são boicotados, sendo utilizado todo o tipo de artifícios para que não se concretizem as visitas.

O mais doloroso - e ocorre quase sempre - é que o resultado da série de avaliações, testes e entrevistas que se sucedem durante anos acaba não sendo conclusivo. Mais uma vez depara-se o juiz diante de um dilema: manter ou não as visitas, autorizar somente visitas acompanhadas ou extinguir o poder familiar; enfim, manter o vínculo de filiação ou condenar o filho à condição de órfão de pai vivo cujo único crime eventualmente pode ter sido amar demais o filho e querer tê-lo em sua companhia. Talvez, se ele não tivesse manifestado o interesse em estreitar os vínculos de convívio, não estivesse sujeito à falsa imputação da prática de crime que não cometeu<sup>44</sup>.

A demora, porém, só acarreta mais prejuízos à integridade psíquica do menor e ao seu direito constitucional à convivência familiar. Daí porque o legislador tenha determinado a tramitação prioritária dos feitos que discutam essa matéria, cabendo aos advogados e magistrados cumprirem, de fato, essa prioridade.

Tratando-se a SAP de um jogo psicológico em que o menor é utilizado como instrumento e objeto de tortura, como escape e veículo de agressividade contra o genitor alienado, é imprescindível que o juiz se socorra de profissionais da área da saúde que possibilitem a identificação do ódio exacerbado e da manipulação.

---

<sup>44</sup> DIAS, Maria Berenice. *Síndrome da alienação parental, o que é isso?*. Portal do Instituto Brasileiro de Direito de Família. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=463>>. Acesso em: 10 mar. 2012.

E esses profissionais, para que realmente prestem o suporte devido ao esclarecimento dos fatos, devem ser treinados com a sensibilidade e a especialização necessárias às nuances dessa síndrome.

Não raro, porém, os genitores vítimas da SAP acabam por desistir da convivência com o menor, não por falta de amor e cuidado, mas pelas feridas causadas pela campanha de difamação, de tal forma abraçada pelo menor que a aparência de opinião própria acaba por desgastar por completo o relacionamento de pais e filhos.

Marcos Duarte já predizia:

O tempo trabalha em favor do alienador. Quanto mais demora a identificação do que realmente aconteceu, menos chances há de ser detectada a falsidade das denúncias. Como é impossível provar fatos negativos, ou seja, que o abuso não existiu, o único modo de descobrir a presença da alienação é mediante perícias psicológicas e estudos sociais. Os laudos psicossociais precisam ser realizados de imediato, inclusive, por meio de procedimentos antecipados, além da obrigação de serem transparentes e elaborados dentro da melhor técnica profissional.

Na prática forense, ao contrário, normalmente nos deparamos com laudos mal elaborados e excessivamente sintéticos, que conduzem o magistrado a uma percepção equivocada dos fatos. A inspeção judicial não deve ser desprezada quando possível e necessária.

Normalmente, o não guardião passa a desenvolver uma "armadura" contra os insultos do alienador e sua exclusão das datas significativas, como natal, ano novo, aniversários, dia dos pais. Nesse jogo cruel muitos desistem e poucos, com muita coragem, resistem ao doloroso processo de exclusão da convivência com o filho causado por um psicopata.

Como bem destacou Alan Minas, em seu oportuno documentário, o sentimento incontrolável de culpa se deve ao dado de que a criança, quando adulta, constata que foi cúmplice inconsciente de uma grande injustiça<sup>45</sup>.

A própria Lei nº 12.318/2009 prescreve, em seu artigo 5º, a realização de perícia psicológica ou biopsicossocial, cujo laudo, a ser entregue no prazo de noventa dias, deverá basear-se em ampla avaliação, podendo ser realizada entrevista pessoal com as partes, exame de documentos dos autos, histórico do relacionamento do casal e da separação, cronologia de incidentes, avaliação da personalidade dos envolvidos e exame da forma como a criança ou adolescente se manifesta acerca de eventual acusação contra genitor.

---

<sup>45</sup> DUARTE, Marcos. Op cit.

A perícia, inclusive, deve ser realizada, por disposição do §2º do citado artigo, por profissional ou equipe multidisciplinar com aptidão comprovada por histórico profissional ou acadêmico para diagnosticar atos de alienação parental.

Por vezes surge, porém, um problema: e quando a perícia realizada não aponta para uma resposta conclusiva sobre a prática de atos de alienação?

Quanto à confecção da perícia, tem-se que ela parte de um modelo psicanalítico ou psicodinâmico, tendo como base a noção de inconsciente, pois a psicanálise tira da consciência o eixo fundamental do funcionamento psíquico do sujeito, deslocando-o para o inconsciente, postulando-o como fonte de energia pulsional e continente de conteúdos recalcados.

No trabalho pericial se considera ainda o conflito psíquico, ou mental, constitutivo do ser humano uma vez que o psiquismo está estruturado sob a forma de instâncias as quais impõem ao sujeito exigências contrárias, uma vez que ao mesmo tempo em que existem no interior do aparelho psíquico desejos que reclamam por pronta satisfação, há também um sistema que contém as representações das normas e interdições que são próprias da cultura, impedindo sua plena realização. Desta forma, cada sujeito estrutura sua personalidade de modo a organizar internamente a ação destas forças intrapsíquicas.

Não obstante os profissionais responsáveis pela elaboração do laudo pericial lancem mão de uma série de avaliações, testes e entrevistas que se sucedem durante anos, acabam por encerrar um trabalho, algumas vezes, não conclusivo, por estarem lidando com lembranças e/ou quimeras infantis, lançando-se um outro problema para o juiz diante de um caso de SAP, pois ele terá que decidir se mantém ou não as visitas, se as autoriza somente com acompanhamento psicológico ou se extingue o poder familiar de vez.<sup>46</sup>

A investigação dos atos de alienação parental perpassa necessariamente pela imputação psíquica de medo ou repulsa, pela identificação da vontade real do menor ou da vontade projetada pelo agente alienador. Por isso, torna-se tão difícil, no caso concreto, identificar tais atos e determinar as medidas necessárias à preservação do melhor interesse da criança e do adolescente.

Entretanto, quando se observam as medidas que a própria lei prevê que sejam aplicadas contra a alienação parental, é possível questionar se a intenção do legislador não seria a de facilitar o convívio familiar, ainda que pairando dúvidas sobre a prática ou não de atos de alienação, já que o artigo 6º dita que podem ser aplicadas, cumulada ou isoladamente, as seguintes medidas:

---

<sup>46</sup> COSTA, Ana Surany Martins. Op. Cit.

- I - declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador;
- II - ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado;
- III - estipular multa ao alienador;
- IV - determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial;
- V - determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão;
- VI - determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente;
- VII - declarar a suspensão da autoridade parental.

Existem medidas, por certo, que representam uma grave retribuição judicial à prática dos atos de alienação, tais como a estipulação de multa, a fixação cautelar de domicílio e a suspensão da autoridade parental.

Entretanto, medidas mais leves, como a advertência do alienador, a ampliação do regime de convivência familiar e o acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial afiguram-se como as mais recomendadas para que o juiz não deixe de entregar efetivamente a prestação jurisdicional ainda que não comprovada robustamente a prática de atos de SAP.

Defendo isto porque o próprio *caput* do artigo 6º dá essa abertura, pois está assim redigido: “*Caracterizados atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte a convivência de criança ou adolescente com genitor*”.

Ou seja, conclui-se que as medidas previstas no aludido artigo têm lugar não só quando comprovada a SAP, mas quando verificada a prática de qualquer conduta que dificulte a convivência do menor com um dos genitores.

A jurisprudência pátria sobre a matéria é multifacetada, conforme os exemplos a seguir:

**AÇÃO DECLARATÓRIA. ALIENAÇÃO PARENTAL. EXTINÇÃO DO PROCESSO.** O pedido de declaração de ato de alienação parental pode ser formulado incidentalmente na ação de separação do casal ou de regulamentação de visitas, não havendo motivo para o pedido em ação autônoma. Apelação desprovida. (Apelação Cível Nº 70041227760, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luís Dall'Agnol, Julgado em 14/09/2011)

**AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE ALIENAÇÃO PARENTAL. SUSPENSÃO DO DIREITO DE VISITAÇÃO POR PARTE DA MÃE. CABIMENTO.** Em que pese seja evidente a importância da convivência da criança, de apenas cinco anos de idade, com sua genitora, considerando serem verossímeis as alegações de prática de atos de alienação parental, deve ser mantida a decisão que suspendeu as visitas até o esclarecimento dos fatos.

AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO, POR MAIORIA. (Agravo de Instrumento Nº 70042885384, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Diário da Justiça do dia 09/09/2011)

APELAÇÃO CÍVEL. ALTERAÇÃO DE GUARDA. GUARDA INICIALMENTE CONCEDIDA À AVÓ MATERNA. ALIENAÇÃO PARENTAL. PERDA DA GUARDA DE OUTRA NETA EM RAZÃO DE MAUS-TRATOS. GENITOR QUE DETÉM PLENAS CONDIÇÕES DE DESEMPENHÁ-LA. Inexistindo nos autos qualquer evidência de que o genitor não esteja habilitado a exercer satisfatoriamente a guarda de seu filho, e tendo a prova técnica evidenciado que o infante estaria sendo vítima de alienação parental por parte da avó-guardiã, que, inclusive, perdeu a guarda de outra neta em razão de maus-tratos, imperiosa a alteração da guarda do menino. Preliminar Rejeitada. Apelação Provida. TJRS - Apelação Cível: Ac 70043037902 Rs, Rel. Des. Ricardo Moreira Lins Pastl, Diário da Justiça do dia 04/10/2011.

AÇÃO DE REVISÃO DE GUARDA. SENTENÇA QUE INVERTEU A GUARDA DA MENINA EM FAVOR DO PAI SOB FUNDAMENTO DE ALIENAÇÃO PARENTAL POR PARTE DA GENITORA. PRELIMINARES DE CERCEAMENTO DE PROVA DIANTE DA NÃO REALIZAÇÃO DE AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO E DE AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DAS PARTES QUANTO AO ESTUDO SOCIAL E AO LAUDO PSICOLÓGICO PRODUZIDOS AFASTADA. JUIZ DESTINATÁRIO DAS PROVAS. [CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL](#), ART. 130. ACERVO PROBATÓRIO QUE INDICA A PRÁTICA DE ALIENAÇÃO PARENTAL PELA MÃE. ESTUDOS SOCIAIS E LAUDOS PSICOLÓGICOS QUE DEMONSTRAM A POSSIBILIDADE DO GENITOR DE EXERCER A GUARDA DA FILHA. PREVALÊNCIA DOS INTERESSES DO MENOR. [CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA](#), ART. 227. MANUTENÇÃO DA GUARDA DEFERIDA EM FAVOR DO PAI. DETERMINAÇÃO, DE OFÍCIO, PARA QUE OS GENITORES SEJAM SUBMETIDOS A ACOMPANHAMENTO PSICOLÓGICO. [ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE](#), ART. 129, III. RECURSO DESPROVIDO. TJSC - Apelação Cível: AC 534117 SC , Rel. Nelson Schaefer Martins, J. 22/08/2011.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. GUARDA DE MENOR. REVERSÃO EM FAVOR DA MÃE. VISITAS. Agravo de instrumento interposto contra decisão que, na ação de reversão de guarda, deferiu a guarda provisória da menor em favor do pai. Inconformidade da mãe demandada. Alegação de insuficiência de elementos a ensejar a reversão da guarda em favor do genitor e de que este promove a alienação parental. Decisão que tem por fundamento a conclusão do laudo psiquiátrico realizado; o fato de o pai já estar exercendo faticamente a guarda da adolescente e dele ter melhores condições de exercer a guarda neste momento. Inexistindo notícia acerca de prejuízo à filha do casal e sendo incontroverso que o pai exerce a guarda fática da filha há pelo menos seis meses, não há razão para a alteração da situação atual. Ao menos enquanto não apurada toda a prova pertinente, sempre com vistas à solução definitiva do litígio. NEGARAM PROVIMENTO. (TJRS - AGRAVO DE INSTRUMENTO: AI 70041249442 RS, REL. RUI PORTANOVA, DIÁRIO DA JUSTIÇA DO DIA 06/05/2011.



BUSCA E APREENSÃO DE MENOR. INDÍCIOS DE ALIENAÇÃO PARENTAL POR PARTE DA MÃE. FATO QUE ENSEJOU O AJUIZAMENTO DE AÇÃO DE MODIFICAÇÃO DE GUARDA PELO GENITOR. ESTUDOS SOCIAIS REALIZADOS NAQUELES AUTOS QUE ATESTAM AS BOAS CONDIÇÕES DE AMBOS OS GENITORES PARA CUIDAR DA FILHA. POR OUTRO LADO, CRIANÇA ATUALMENTE INSERIDA NO AMBIENTE FAMILIAR PATERNO, REGULARMENTE MATRICULADA EM INSTITUIÇÃO DE ENSINO E COM O DEVIDO ACOMPANHAMENTO PSICOLÓGICO. SITUAÇÃO DE FATO QUE DEVE SER PRESERVADA, EM FACE DA PRIMAZIA DOS INTERESSES DA INFANTE E ENQUANTO PERDURAR A INDEFINIÇÃO ACERCA DE SUA GUARDA. LIMINAR CASSADA. RECURSO PROVIDO. "Em processo em que se discute a guarda de filho menor, exceto se constatada situação de risco, deve permanecer a criança sob a responsabilidade do genitor que já detém a guarda de fato, porquanto a adaptação do infante já se concretizou naquele lar, causando-lhe transtornos a modificação de ambiente e de rotina familiar" (AI n. , de Içara, Rel. Des. Stanley da Silva Braga, j. em 3-8-2011).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE SUSPENSÃO DO DIREITO DE VISITAS. HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO EM AUDIÊNCIA. INSURGÊNCIA DA MÃE E DAS INFANTES QUANTO À PERIODICIDADE AJUSTADA. APARENTE AUSÊNCIA DE VÍCIO DE CONSENTIMENTO. INSATISFAÇÃO QUE DEVE SER DISCUTIDA EM AÇÃO PRÓPRIA. NÃO CONHECIMENTO DO APELO, NESTE PARTICULAR. ELEMENTOS COLACIONADOS QUE COMPROVAM A NECESSIDADE DE REAPROXIMAÇÃO DO GENITOR. ATENÇÃO AO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DAS MENORES. INDÍCIOS DE QUE AS CRIANÇAS ESTÃO SOFRENDO DE ALIENAÇÃO PARENTAL, POR PARTE DA GENITORA, DETECTADOS POR PROFISSIONAL QUE ATENDEU AS PARTES. NECESSIDADE DE ACOMPANHAMENTO DO JUÍZO E DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA EXECUÇÃO DO ACORDADO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO TÃO SOMENTE NO CONCERNENTE AO PEDIDO DE GRATUIDADE. TJSC - Apelação Cível: AC 665852 SC , Rel. Odson Cardoso Filho, J. 16/06/2011)

Cumpra ainda registrar que embora a legislação da SAP refira-se textualmente a genitores, pode e deve ser estendida à figura dos avós, sejam estes agentes ou vítimas da alienação.

À guisa de conclusão, é necessário instar todos os profissionais que militam na seara do Direito de Família a observar, de fato e de direito, o princípio do melhor interesse do menor aplicado às demandas de alienação parental: aos advogados, que não se tornem instrumentos de litígios desnecessários, seja para a denúncia de abusos inventados, seja para a denúncia de atos de alienação inexistentes; aos membros do Ministério Público, que exerçam a dura vigilância sem perder a sensibilidade necessária;

aos peritos e técnicos, que exerçam seu mister com diligência e zelo, a fim de evitarem resultados inconclusivos ou equivocados; aos magistrados, que priorizem a tramitação desses feitos, com a devida cautela e a necessária humildade para socorrer-se de outros profissionais, nunca se furtando ao dever de entregar a prestação jurisdicional.

## REFERÊNCIAS

BRANDÃO, Eduardo Pontes. *Por uma ética e política da convivência: um breve exame da "Síndrome de Alienação Parental" à luz da genealogia de Foucault*. Portal do Instituto Brasileiro de Direito de Família. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=555>>. Acesso em: 26 mar. 2012.

\_\_\_\_\_. *apud* HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. *Síndrome de alienação parental*. Portal do Instituto Brasileiro de Direito de Família. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=589>>. Acesso em: 26 mar. 2012.

COSTA, Ana Surany Martins. *Quero te amar, mas não devo: A Síndrome da alienação parental como elemento fomentador das famílias compostas por crianças órfãs de pais vivos*. Portal do Instituto Brasileiro de Direito de Família. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=603>>. Acesso em: 26 mar. 2012.

DIAS, Maria Berenice. *Síndrome da alienação parental, o que é isso?*. Portal do Instituto Brasileiro de Direito de Família. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=463>>. Acesso em: 10 mar. 2012.

DUARTE, Marcos. *Alienação Parental: a morte inventada por mentes perigosas*. Portal do Instituto Brasileiro de Direito de Família. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=516>>. Acesso em: 26 mar. 2012.

MONTEIRO, Wesley Gomes. *O rompimento conjugal e suas conseqüências jurídicas: ensaio sobre alienação parental*. 16 de setembro de 2011. Portal do Instituto Brasileiro de Direito de Família. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=765>>. Acesso em: 26 mar. 2012.

SILVA, Neide Heliodória Pires da. CARVALHO, Juliana Gomes. *Uvas verdes*. Portal do Instituto Brasileiro de Direito de Família. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=405>>. Acesso em: 10 de abril de 2012.

VELLY, Ana Maria Frota. *Alienação Parental: uma visão jurídica e psicológica*. Portal do Instituto Brasileiro de Direito de Família. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=666>>. Acesso em: 26 mar. 2012.

**JURISPRUDÊNCIA  
CÍVEL**

TRIBUNAL PLENO  
SESSÃO DO DIA 24 DE AGOSTO DE 2011  
CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA Nº. 13217/2011– SÃO LUÍS

Suscitante: Desembargadora Maria dos Remédios Buna Costa Magalhães  
Suscitada: Desembargadora Maria das Graças de Castro Duarte Mendes  
Relatora: Desembargadora Cleonice Silva Freire

ACÓRDÃO Nº. 1054142011

EMENTA

APELAÇÃO CRIMINAL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO. CÂMARAS ISOLADAS CÍVEIS. REGIMENTO INTERNO. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. CONFLITO PROCEDENTE. UNANIMIDADE.

1. A partir de uma análise conjunta do art. 17, III, do Regimento Interno deste Tribunal, com o art. 148, I, do Estatuto da Criança e do Adolescente, depreende-se que compete às Câmaras Isoladas Cíveis o julgamento da apelação interposta em face de sentença que impôs medida socioeducativa de internação em estabelecimento educacional.
2. Aplicável à espécie a regra regimental inserta no art. 17, III, do RITJMA, que determina que compete às câmaras isoladas cíveis julgar recursos referentes aos procedimentos relativos à Justiça da Infância e Juventude. Precedentes.
3. Conflito julgado procedente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Excelentíssimos Senhores Desembargadores do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, em Sessão Plenária, à unanimidade e de acordo com o parecer da Procuradoria Geral de Justiça, em julgar procedente o presente conflito, para determinar a competência da primeira câmara cível para o julgamento do recurso constante nos autos, com a relatoria da Senhora Desembargadora Maria das Graças de Castro Duarte Mendes, nos termos do voto da Desembargadora relatora.

Participaram do julgamento os Senhores Desembargadores Cleonice Silva Freire, Antônio Fernando Bayma Araújo, José Stélio Nunes Muniz, Raimundo Freire Cutrim, Nelma Sarney Costa, José Joaquim Figueiredo dos Anjos, Marcelo Carvalho Silva, Paulo Sérgio Velten Pereira, Lourival de Jesus Serejo Sousa, Raimundo Nonato de Souza, Jaime Ferreira de Araújo, Raimundo Nonato Magalhães Melo e José Ribamar Froz Sobrinho.

Impedidas as Senhoras Desembargadoras Maria dos Remédios Buna Costa Magalhães e Maria das Graças de Castro Duarte Mendes.

Ausentes, justificadamente, os Senhores Desembargadores Jorge Rachid Mubarak Maluf, Cleones Carvalho Cunha, Anildes de Jesus Bernardes Chaves Cruz, Raimunda Santos Bezerra, Maria das Graças de Castro Duarte Mendes, José Bernardo Silva Rodrigues e José Luiz Oliveira de Almeida. Em gozo de férias, o Senhor Desembargador Benedito de Jesus Guimarães Belo.

Como representante do Ministério Público, funcionou o Procurador de Justiça Eduardo Jorge Hiluy Nicolau.

São Luís, 24 de agosto de 2011.

Desa. Cleonice Silva Freire  
Relatora

## RELATÓRIO

Trata-se de conflito negativo de competência estabelecido entre as Desembargadoras Maria dos Remédios Buna Costa Magalhães e Maria das Graças de Castro Duarte Mendes, nos autos da Apelação Criminal nº. 010.130/2008, interposta em face de sentença proferida pelo Juízo da Vara Única da Comarca de Porto Franco, que impôs medida socioeducativa de internação em estabelecimento educacional por prazo indeterminado.

Os autos foram inicialmente distribuídos à Primeira Câmara Cível, cabendo a relatoria à Des<sup>a</sup> Maria das Graças de Castro Duarte Mendes, que os remeteu às Câmaras Isoladas Criminais, por se tratar de ato infracional análogo ao crime previsto no art. 121, §2º, inciso II e IV, do Código Penal Brasileiro (fls. 230).

Ato contínuo, o presente apelo foi distribuído à Segunda Câmara Criminal, cabendo a relatoria à Des<sup>a</sup>. Maria dos Remédios Buna Costa Magalhães, que

suscitou o presente conflito negativo de competência, ao fundamento de que o feito deveria ser distribuído a uma das Câmaras Cíveis, conforme previsão do art. 17, III, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão (fls. 252/253).

Após, os autos foram encaminhados à Procuradoria Geral de Justiça, que, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral de Justiça para Assuntos Jurídicos Eduardo Jorge Hiluy Nicolau, opinou pela procedência do conflito, com a determinação da competência da Primeira Câmara Cível para o julgamento do recurso de apelação.

É o relatório.

### VOTO

A controvérsia dos autos versa sobre conflito negativo de competência estabelecido entre as Desembargadoras Maria dos Remédios Buna Costa Magalhães e Maria das Graças de Castro Duarte Mendes, pelo que se pretende estabelecer qual o juízo competente para julgamento da Apelação nº. 010.130/2008, interposta em face de sentença proferida pelo Juízo da Vara Única da Comarca de Porto Franco, que impôs medida sócio-educativa de internação em estabelecimento educacional por prazo indeterminado.

Pois bem. A partir de uma análise conjunta do art. 17, III, do Regimento Interno deste Tribunal, com o art. 148, I, do Estatuto da Criança e do Adolescente, depreende-se que compete às Câmaras Isoladas Cíveis o julgamento da apelação interposta em face de sentença que impôs medida socioeducativa de internação em estabelecimento educacional. Vejamos.

Com efeito, o Regimento Interno deste Tribunal determina expressamente que compete às câmaras isoladas cíveis o julgamento dos recursos referentes aos procedimentos relativos à Justiça da Infância e Juventude. Vejamos:

Art.17. Compete às **câmaras isoladas cíveis**:

(...)

**III - julgar recursos referentes aos procedimentos relativos à Justiça da Infância e Juventude;** (g.n)

(...)

Por sua vez, a competência da jurisdição especializada da Infância e da Juventude é ditada pelo art. 148 do Estatuto da Criança e do Adolescente, onde se encontra elencada a situação posta nos autos, como se vê, *in verbis*:

Art. 148. A **Justiça da Infância e da Juventude** é competente para:

I - conhecer de representações promovidas pelo Ministério Público, **para apuração de ato infracional atribuído a adolescente, aplicando as medidas cabíveis;** (*g.n*)

(...)

Ademais, não se pode olvidar que o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.º 8.069/90), além de disciplinar o procedimento a ser adotado pela Justiça da Infância e da Juventude para apuração de ato infracional atribuído a adolescente (art. 171 e seguintes), dispõe expressamente em seu art. 198 que nos procedimentos afetos à Justiça da Infância e da Juventude será adotado o sistema recursal do Código de Processo Civil:

#### Capítulo IV Dos Recursos

Art. 198. **Nos procedimentos afetos à Justiça da Infância e da Juventude fica adotado o sistema recursal do Código de Processo Civil**, aprovado pela Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973, e suas alterações posteriores, com as seguintes adaptações:  
(...)(*g.n*)

A propósito, cito alguns dos diversos precedentes das Câmaras Cíveis deste Egrégio Tribunal, em que foram julgadas apelações interpostas de sentenças que impuseram medida socioeducativa pela prática de ato infracional: **Apelação Cível n.º. 4440/2011**. Rel. Des. Marcelo Carvalho Silva; **Apelação Cível n.º. 2460/2011**. Rel. Des. Marcelo Carvalho Silva; **Apelação Cível n.º. 33735/2010**. Rel. Des<sup>a</sup>. Maria das Graças de Castro Duarte Mendes; **Apelação Cível n.º. 31844/2010**. Rel. Des. Jorge Rachid Mubárack Maluf; **Apelação Cível n.º. 38662/2009**. Rel. Des. Cleones Carvalho Cunha; e **Apelação Cível n.º. 13809/2008**. Rel. Des. José Stélio Nunes Muniz.

Assim, resta evidente que a Apelação n.º. 010.130/2008 refere-se a procedimento relativo à Justiça da Infância e Juventude, sendo, portanto, aplicável à espécie a regra regimental inserta no art. 17, III, do RITJMA, conforme demonstrado.

Ante o exposto, e de acordo com o parecer da Procuradoria Geral de Justiça, julgo procedente o presente conflito, para declarar a competência da Desembargadora Maria das Graças de Castro Duarte Mendes para a relatoria do presente apelo, devendo, por conseguinte, ser providenciada sua autuação como Apelação Cível.

É como voto.

Sala das Sessões do Plenário do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, em São Luís, 24 de agosto de 2011.

Desa. Cleonice Silva Freire  
Relatora



PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL  
SESSÃO DO DIA 10 DE NOVEMBRO DE 2011  
AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº. 12900/2011 – IMPERATRIZ/MA

Agravante: Construtora Rodominas S/A  
Advogados: José Anchieta da Silva e outros  
Agravados: PROCEL – Projetos Construções e Empreendimentos Ltda.  
Advogados: Jaime Lopes Meneses Filho e outros  
Relatora: Desa. Raimunda Santos Bezerra

ACÓRDÃO Nº. 108.406/2011

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. SUCESSÃO DE EMPRESAS. RESPONSABILIDADE DA EMPRESA ORIGINÁRIA DE CISÃO E DA EMPRESA INCORPORADORA. PENHORA SOBRE FATURAMENTO DA EMPRESA. POSSIBILIDADE. DECISÃO SINGULAR MANTIDA. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Em se tratando de cisão de empresa em que uma absorve o patrimônio da outra ou parte dela, devidamente comprovados nos autos, aquela, torna-se solidariamente responsável pelas obrigações assumidas pela empresa cindida antes da cisão, conforme art. 229, §1º e 233 da Lei nº 6.404/76.
2. A penhora sobre o faturamento da empresa, apesar de ser medida excepcional, é permitida quando não há outros bens passíveis de constrição.
3. Conhecimento e improvidamento do Agravo de Instrumento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, ACORDAM os Desembargadores da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, unanimemente, em negar provimento ao agravo, nos termos do voto da Relatora.

Participaram do julgamento, além da signatária, a eminente Senhora Desembargadora Maria das Graças de Castro Duarte Mendes, que presidiu a sessão, e a Desembargadora Nelma Sarney Costa.

Funcionou pela Procuradoria Geral de Justiça a Dr<sup>a</sup>. Sâmara Ascar  
Sauaia.

São Luís, 10 de novembro de 2011.

Desa. Raimunda Santos Bezerra  
Relatora

### RELATÓRIO

Trata-se de Agravo de Instrumento com Pedido de efeito suspensivo interposto pela Construtora Rodominas S/A, por seus Procuradores, que irrisignados contra a r. decisão de fls. /33, prolatada pela MM. Juiz de Direito da Comarca de Barão de Grajaú, nos autos da Obrigação de Fazer c/ Tutela Antecipada c/c Indenização por danos morais nº. 387-91.2010.8.10.0072, que deferiu a medida liminar, como abaixo transcrito:

(...)

Por todo o exposto, indefiro o pedido de reconsideração do despacho de fls. 208/283, entretanto DEFIRO o pedido de penhora das contas da empresa SPA INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.

Determino o envio dos autos à Contadoria Judicial para atualização do débito, com a inclusão da multa de 10%, prevista no artigo 475J do CPC, bem como arbitro honorários advocatícios no importe de 10% (dez por cento), incidente sobre o valor da execução. Atualizado o débito, DEFIRO a realização de diligência para bloqueio de ativos, via Bancem Jud, em nome da SPA INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA – CNPJ nº. 25.707.134/0001-78.

(...)

Em suas razões, fls. 03/07, sustenta o agravante que a decisão agravada deve ser reformada, eis que não ocorreu qualquer operação societária envolvendo a agravante e a SPA Engenharia Indústria e Comércio Ltda., conforme prova pelos documentos de fls. 360/400 e reconhecido pela própria agravada às fls. 403/404.

Aduz que tais documentos comprovam que ela já foi sócia da SPA, mas não é mais conforme certidão de fls. 367/371, que inexistiu operação de cisão, fusão e incorporação entre ela e a SPA.

São estes, em linhas gerais, os argumentos pelos quais pugna suspensão da decisão agravada. No mérito, requer o provimento do recurso.

Deixou-se para apreciar o pedido de liminar após as informações do magistrado de base, prestadas às fls. 567 e 577, bem como as contrarrazões pela agravada de fls. 455/563.

A liminar foi indeferida às fls. 569/573.

A Ilustre Representante da Procuradoria Geral de Justiça, em parecer, fls. 579/580, deixou de opinar por inexistir interesse público nos autos.

É o que cabia relatar.

## VOTO

Inicialmente, verifica-se que o presente recurso merece ser conhecido, pois está instruído com as peças obrigatórias e por ser tempestivo.

Passada esta fase, entendo não assistir razão a agravante, senão vejamos.

Com efeito, em se tratando de cisão de empresa em que uma absorve o patrimônio da outra ou parte dela, aquela torna-se solidariamente responsável pelas obrigações assumidas pela empresa cindida antes da cisão.

Válida a transcrição dos dispositivos da Lei 6.404/76, referentes à matéria:

Art. 229. A cisão é a operação pela qual a companhia transfere parcelas do seu patrimônio para uma ou mais sociedades, constituídas para esse fim ou já existentes, extinguindo-se a companhia cindida, se houver versão de todo o seu patrimônio, ou dividindo-se o seu capital, se parcial a versão.

§1º Sem prejuízo do disposto no artigo 233, a sociedade que absorver parcela do patrimônio da companhia cindida sucede a esta nos direitos e obrigações relacionados no ato da cisão; no caso de cisão com extinção, as sociedades que absorverem parcelas do patrimônio da companhia cindida sucederão a esta, na proporção dos patrimônios líquidos transferidos, nos direitos e obrigações não relacionados.

Art. 233. Na cisão com extinção da companhia cindida, as sociedades que absorverem parcelas do seu patrimônio responderão solidariamente pelas obrigações da companhia extinta. A

companhia cindida que subsistir e as que absorverem parcelas do seu patrimônio responderão solidariamente pelas obrigações da primeira anteriores à cisão."

Nesse sentido, este é o entendimento dos Tribunais Pátrios:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. SUCESSÃO DE EMPRESAS. RESPONSABILIDADE DA EMPRESA ORIGINÁRIA DE CISÃO E DA EMPRESA INCORPORADORA. PENHORA SOBRE FATURAMENTO DA EMPRESA. POSSIBILIDADE. DECISÃO SINGULAR MANTIDA. AGRAVO IMPROVIDO. 1 - O ato de CISÃO e incorporação transfere direitos e deveres às sociedades sucessoras, de modo que estas não podem furta-se ao cumprimento das obrigações contraídas pela EMPRESA sucedida. 2 - A PENHORA sobre o faturamento da EMPRESA, apesar de ser medida excepcional, é permitida quando não há outros bens passíveis de constrição. 3 - AGRAVO a que se nega provimento. (TJMG, Numeração Única: 0050617-78.2010.8.13.0000, Relator: Des.(a) FRANCISCO KUPIDLOWSKI, Data do Julgamento: 06/05/2010, Data da Publicação: 26/05/2010).

Analisando os autos, verifico que a agravante foi cindida parcialmente, originando a sociedade SPA ENGENHARIA INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA, comprovada pelo documento de fls. 358/407.

Ademais, os documentos referidos pela agravante como exclusão de sociedade, fls. 376/388, servem como embasamento da tese esposada na decisão agravada, eis que a 14ª alteração contratual da SPA foram devidamente assinadas por Bruno Von Bentzen Rodrigues e André Von Bentzen Rodrigues, administradores das Empresas BRP Participações e Locações Ltda. e Construtora Rodominas Engenheiros.

Deste modo, a decisão agravada é justa e coerente em seus termos, não devendo ser reformada e/ou suspensa.

Ante o exposto, VOTO PELO CONHECIMENTO E IMPROVIMENTO do presente recurso, confirmando a liminar anteriormente indeferida, mantendo a decisão agravada.

É como voto.

Sala das Sessões da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do  
Estado do Maranhão, em São Luís, 10 de novembro de 2011.

Desa. Raimunda Santos Bezerra  
Relatora

PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL  
SESSÃO DO DIA 17 DE NOVEMBRO DE 2011  
APELAÇÃO CÍVEL Nº. 13.445/2011 – SÃO JOSÉ DE RIBAMAR

Apelante: Município de São José de Ribamar  
Advogados: Armstrong Tavares de Lindberg e outros  
Apelados: Joselito Nogueira Amaral e outros  
Advogado: Júlio César Oliveira Guimarães  
Relatora: Desa. Maria das Graças de Castro Duarte Mendes

ACÓRDÃO Nº.108.350/2011

EMENTA

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. OBRA INACABADA. MORTE DE PESSOA DA FAMÍLIA POR QUEDA EM VALETA DE ESCOAMENTO DE ESGOTO E ÁGUAS PLUVIAIS. SEGURANÇA NÃO GARANTIDA PELO MUNICÍPIO. DANO MATERIAL E MORAL RECONHECIDOS E CORRETAMENTE FIXADOS. APELO NÃO PROVIDO. SENTENÇA MANTIDA.

1. Responde o Município pela obra inacabada de escoamento de esgoto e águas pluviais quando não oferece segurança aos moradores e transeuntes, sem falar da sua proximidade com o leito da pista de rolamento.
2. A morte de pessoa querida decorrente de obra inacabada realizada pela Prefeitura Municipal de São José de Ribamar importa na responsabilização do Ente Público e na fixação de danos materiais e morais, bem como na pensão decorrente da capacidade de trabalho da vítima.
3. Apelo conhecido e não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação nº. 13.445/2011 – São José de Ribamar, acordam os Excelentíssimos Senhores Desembargadores integrantes da Primeira Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, por unanimidade de votos, em julgar pelo conhecimento e não provimento do apelo, nos termos do voto da Desembargadora Relatora.

Votaram os Senhores Desembargadores: Maria das Graças de Castro Duarte Mendes – Relatora e Presidente, Jorge Rachid Mubárack Maluf e Raimunda Santos Bezerra.

Presente pelo Ministério Público a Dra. Domingas de Jesus Fróz Gomes.

São Luís, 17 de novembro de 2011.

Desa. Maria das Graças de Castro Duarte Mendes  
Relatora

## RELATÓRIO

Trata-se de apelação cível, interposta pelo MUNICÍPIO DE SÃO JOSÉ DE RIBAMAR em face da sentença de fls. 130/137, prolatada pelo Juiz da 1ª Vara da Comarca de São José de Ribamar que, nos autos da Ação Indenizatória, contra si proposta por JOSELITO NOGUEIRA AMARAL E OUTROS, julgou pela procedência parcial do pedido, condenando o Apelante a pagar a importância de R\$ 600,00 (seiscentos reais), acrescidos de juros legais, a contar da data do acidente (01.04.2007) e correção monetária, a contar da propositura da ação (para Joselito Nogueira Amaral e Leuda Maria Ferreira Santos Amaral), além de pensão mensal equivalente a 2/3 (dois terços) do salário mínimo vigente, dos 14 (quatorze) aos 25 (vinte e cinco) anos de idade da vítima Maxwell Santos Amaral, reduzindo para 1/3 (um terço) do salário até a data em que o *de cuius* completaria 65 (sessenta e cinco) anos de idade. Condenou ainda o Município ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 102.000,00 (cento e dois mil reais) em favor dos autores Joselito Nogueira Amaral e Leuda Nogueira, bem como em favor de Joselito Nogueira Amaral Júnior, no valor de R\$ 25.500,00 (vinte e cinco mil e quinhentos reais), acrescidos de juros legais, a contar da prolação da sentença, e correção monetária a contar da propositura da ação, no termos do art. 269, inciso I, do CPC. Fixou os honorários de sucumbência no importe de 20% (vinte por cento) a incidir sobre o valor da condenação.

Verifica-se dos autos que os autores, ora apelados, ingressaram com ação indenizatória contra o Município Apelante, tendo em vista a morte de membro da família, Maxwell Santos Amaral, causada por obra de esgoto e escoamento pluvial realizada na rua onde morava a família. Desta forma, os autores ajuizaram a presente ação, que sobreveio sentença.

Inconformado com o desfecho da causa, o Município de São José de Ribamar interpôs o presente recurso, arguindo que não existe possibilidade jurídica do pedido, uma vez que ausente a responsabilidade civil do Ente Público quanto aos danos morais, matérias e sobre a pensão fixada.

Afirma que a conduta do Município não se enquadra nos requisitos dos arts. 186 e 927 do CC, pois ausentes a conduta antijurídica, o dano e o nexo de causalidade.

Diz ser fato notório que, quando chove na região de Panaquatira, as águas transbordam as valas coletoras, exatamente onde ocorreu o sinistro, posto que é uma descida e todo fluxo para lá ocorre. Além disso, a residência dos Apelados fica situada em descida e próximo às galerias pluviais.

Aduz que o risco de acidente se dá apenas em dias de chuvas torrenciais, como foi o dia do acidente. Corrobora dizendo que a rede encontra-se descoberta onde não há moradias e do lado delas existe apenas o meio-fio. Com isso, a conduta mínima dos genitores era não permitir que seus filhos saíssem de casa em dias de chuvas torrenciais (ato da natureza). Logo, a vítima saiu da segurança de sua residência para correr perigo próximo à vala coletora de águas pluviais.

Diz que a única testemunha do fato, a qual viu a vítima cair na galeria, relatou que esta tinha ido pegar algo na van do seu irmão, escorregou e caiu na vala. Tal veículo estava parado em local indevido, o que importa claramente na culpa exclusiva da vítima ou, ao menos concorrente.

Conclui que, sendo o nexo de causalidade e o dano decorrente de fenômenos da natureza, não há como imputar a responsabilidade ao Município Apelante e que somente poderia acontecer em caso de falha do serviço de manutenção e segurança, o que não aconteceu na espécie.

Finaliza dizendo que não pode ser responsabilizado pelo dano material (R\$ 1.100,00 (um mil e cem reais)), tendo em vista a inexistência de culpa. Além disso, a despesa comprovada foi de apenas R\$ 600,00 (seiscentos reais). Com relação à pensão, diz não ser devida porque a vítima tinha apenas 14 (quatorze) anos e não houve comprovação se trabalhava nesta idade e sustentava os Apelados.

Requer o provimento do recurso para se julgar pela improcedência dos pedidos.

Em contrarrazões (fls. 171/198), os Apelados rechaçam as teses do Município apelante e, ao final, requerem a manutenção da sentença.



Vindos a este Egrégio Tribunal, os autos foram remetidos à Procuradoria Geral de Justiça, que declinou de apreciação do mérito, tendo em vista a inexistência de interesse público a resguardar.

É o relatório.

## VOTO

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

Sem preliminares, passo ao mérito.

A questão central deste recurso versa sobre a responsabilidade do Município de São José de Ribamar em indenizar os familiares de Maxwell Santos Amaral em danos materiais e morais decorrentes de sua morte.

De início, vejo que as provas juntadas pelos Apelados são suficientes para concluir pela responsabilidade do Município.

O bueiro que causou a morte da vítima Maxwell Santos Amaral é uma obra inacabada e que não respeitou os cuidados necessários para a segurança dos transeuntes.

Logo, não poderia haver esgoto correndo neste local a céu aberto.

A omissão do Município Apelante em promover as obras necessárias para dar segurança aos moradores da Avenida que dá acesso à praia de Panaquatira importa na configuração dos requisitos da responsabilidade, tais como a conduta, o nexo de causalidade e o dano.

Entendo sim pela responsabilidade objetiva do Município e pela aplicação do § 6º do art. 37 da Constituição Federal, *in verbis*:

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.

Portanto, ao contrário da argumentação trazida pelo Apelante, independe de culpa a responsabilidade aqui apurada, restando presente a conduta, o nexo

causal e o dano, principalmente pelo fato de não haver nenhuma culpa exclusiva da vítima ou mesmo concorrente, já que o Município de São José de Ribamar executou a obra e não se preocupou com a segurança dos transeuntes.

Até mesmo a segurança do trânsito não foi respeitada, uma vez que não há faixa de acostamento, razão pela qual a criança, ao se dirigir a um veículo que estava parado do outro lado da pista, perdeu o equilíbrio e caiu na canaleta de escoamento de esgoto e águas pluviais. Obra inacabada e de responsabilidade da Prefeitura.

Logo, a conduta decorre da inexistência de proteção ao bueiro de coleta de esgoto e águas pluviais quando da execução da obra pública, operando risco a toda população daquela região. Risco este que culminou com a morte da vítima, acima referida.

O próprio Apelante confessa o risco existente na área decorrente da galeria de esgotamento de água que se encontra a céu aberto e provocou o acidente e morte de Maxwell Santos Amaral, não se podendo dizer que se trata de fenômeno da natureza.

Não foram as chuvas que causaram a morte da vítima, mas a obra inacabada, a qual não foi devidamente coberta para proporcionar segurança aos transeuntes, sem falar da proximidade com o leito da pista de rolamento.

A vítima só caiu na valeta de escoamento de esgoto e águas pluviais porque estava descoberta e foi construída rente ao leito da rua, sendo que a execução da obra se deu parcialmente, não promovendo o Município Apelante qualquer sinalização quanto ao perigo existente na área.

Apreciando questão semelhante, o Colendo Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou, *in verbis*:

RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ACIDENTE EM BURACO (VOÇOROCA) CAUSADO POR EROSÃO PLUVIAL. MORTE DE MENOR. INDENIZAÇÃO. CASO FORTUITO E FORÇA MAIOR. INEXISTÊNCIA. SÚMULA 7/STJ. NÃO-INCIDÊNCIA.

1. Ação indenizatória proposta em face do Município de Costa Rica/MS, em que se pleiteia pensão vitalícia no montante de dois salários mínimos mensais e despesas de funeral, pela morte de filho menor, em decorrência de

acidente em buraco (voçoroca) causado pelas águas da chuva.

(...)

4. Segundo o acórdão recorrido, a existência da voçoroca e sua potencialidade lesiva era de "conhecimento comum", o que afasta a possibilidade de eximir-se o Município sob alegativa de caso fortuito e força maior, já que essas excludentes do dever de indenizar pressupõem o elemento "imprevisibilidade".

(...)

6. Embora a municipalidade tenha adotado medida de sinalização da área afetada pela erosão pluvial, deixou de proceder ao seu completo isolamento, bem como de prover com urgência as obras necessárias à segurança do local, fato que caracteriza negligência, ensejadora da responsabilidade subjetiva.

7. Em atenção à jurisprudência da Corte e aos limites do recurso especial, deve a indenização ser fixada no montante de 2/3 do salário mínimo, a partir da data em que a vítima completaria 14 anos de idade (28 de agosto de 1994) até o seu 25º aniversário (28 de agosto de 2005), calculado mês a mês, com correção monetária plena.

8. Os honorários advocatícios devem ser fixados em 10% sobre o valor atualizado da condenação, a ser apurado em liquidação de sentença.

9. Recurso especial conhecido e provido em parte. REsp 135542/MS RECURSO ESPECIAL 1997/0040014-0. Ministro CASTRO MEIRA. DJ 29/08/2005 p. 233.

No mesmo sentido é o entendimento da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, *in verbis*:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ESCOAMENTO DE ESGOTO. IMÓVEL PARTICULAR. DANOS MATERIAIS E MORAIS. I - O Município responde objetivamente quando em decorrência de obras por si realizadas causa danos de ordem material e moral ao particular, com o alagamento e a erosão de imóvel decorrente de sistema de esgoto. TJMA. Acórdão n.º 98.426/2010. Rel. Des. Jorge Rachid Mubárack Maluf. Data da publicação: 08.02.2011.

Portanto, não tenho como negar o direito aos Apelados, passando a me manifestar sobre a apuração dos danos.

Quanto aos danos materiais, vejo que não merece reparos a sentença recorrida, até mesmo porque o valor de R\$ 600,00 (seiscentos reais) corresponde à urna funerária, cuja prova se encontra repousada às fls. 43.

No caso da pensão, entendo que deve ser fixada nos parâmetros reconhecidos pelo STJ, ou seja, até que o menor, que estava com 14 (quatorze) anos, completasse 25 (vinte e cinco) anos de idade a base de 2/3 (dois terços) do salário mínimo e a partir desta idade 1/3 (um terço), até que completasse a idade de 65 (sessenta e cinco) anos.

Com relação ao dano moral, entendo como razoável o valor de R\$ 127.500,00 (cento e vinte e sete mil e quinhentos reais), fixados na sentença, tendo em vista a dor pela perda do ente familiar querido, além de servir de exemplo para que casos como esses sejam evitados pelo Município Apelante, o qual tem a obrigação de prover os munícipes de obras seguras e que não ofereçam risco.

Diante do exposto, VOTO pelo conhecimento e não provimento do recurso, mantendo inalterada a sentença recorrida.

É como voto.

São Luís, 17 de novembro de 2011.

Desa. Maria das Graças de Castro Duarte Mendes  
Relatora

PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL  
SESSÃO DO DIA 15 DE DEZEMBRO DE 2011  
APELAÇÃO CÍVEL Nº. 22.550/2011 – SÃO LUÍS

Apelante: Fundação Sistel de Seguridade Social  
Advogados: João Joaquim Martinelli e outros  
Apelados: Antônio Carlos Pereira Silva, João Antônio Brusaca Almeida, João B. Vieira e outros.  
Advogados: Luane Lemos Felício Agostinho e outros  
Relator: Des. Jorge Rachid Mubárack Maluf

ACÓRDÃO Nº. 109.802/2011

EMENTA

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA. PREVIDÊNCIA PRIVADA. LEGITIMIDADE PASSIVA DA SISTEL. AUSÊNCIA DE INTERESSE DOS AUTORES. REJEITADA. DESLIGAMENTO DE PARTICIPANTES. DEVOLUÇÃO DO VALOR DA RESERVA DE POUPANÇA. ÍNDICES DE CORREÇÃO MONETÁRIA. AQUELE QUE RECOMPONHA A EFETIVA DESVALORIZAÇÃO DA MOEDA. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. SÚMULA 289 DO STJ. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL.

1. A fundação possui legitimidade passiva para a ação que visa à recomposição de valores pagos a título de reserva de poupança nos planos por ela administrados.
2. Rejeita-se as preliminares de ausência de interesse de agir dos autores, quando constatado ser devido o pleito de cobranças de diferenças decorrentes de correção monetária, mesmo àqueles que realizaram transação ou já receberam os saldos.
3. A prescrição quinquenal prevista na Súmula do STJ nº 291 incide não apenas na cobrança de parcelas de complementação de aposentadoria, mas, também, por aplicação analógica, na pretensão a diferenças de correção monetária incidentes sobre restituição da reserva de poupança, cujo termo inicial é a data em que houver a devolução a menor das contribuições pessoais recolhidas pelo associado ao plano previdenciário. Precedentes do STJ.
4. O participante de plano de previdência privada tem direito à restituição do fundo de reserva de poupança corrigido monetariamente pelo índice que reflita a inflação real, nos termos da Súmula nº 289 do Superior Tribunal de Justiça.

5. Exclui-se a multa por embargos protelatórios quando não verificado esse intuito na atuação da parte.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 22.550/2011, em que figuram como partes os acima enunciados, acordam os Desembargadores da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, por unanimidade, e de acordo, em parte, com o parecer do Ministério Público, em dar PARCIAL PROVIMENTO ao recurso, nos termos do voto do Relator.

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

Funcionou pela Procuradoria Geral de Justiça o Dr. Marco Antonio Guerreiro.

Presidência da Desa. Maria das Graças de Castro Duarte Mendes.

São Luís, 15 de dezembro de 2011.

Des. Jorge Rachid Mubárack Maluf  
Relator

## RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Cível interposta pela Fundação Sistel de Seguridade Social, contra a sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da 9ª Vara Cível da Comarca de São Luís, Dr. Itaércio Paulino da Silva, que julgou procedente, em parte, a Ação de Cobrança intentada por Antônio Carlos Pereira Silva e outros, condenando a apelante ao pagamento de resíduos dos saldos das respectivas contas de previdência privada, resultante da incidência dos índices de correção monetária suprimidos pelos Planos Bresser, Verão, Collor I e Collor II, suas repercussões mensais decorrentes da aplicação dos índices mencionados na sentença, acrescidos de atualização monetária e juros de 1% (um por cento) ao mês. Julgou improcedente o pedido de complementação de aposentadoria, pois este era calculado pela média dos últimos 36 (trinta e seis) meses de

contribuição anteriores ao desligamento, não havendo repercussão de expurgos inflacionários sobre esta verba. Aplicou a regra da sucumbência recíproca e compensou os honorários.

Na sentença, o magistrado de base entendeu, ainda, que a prescrição aplicável ao presente caso é a decenal, prevista no art. 205 do CC. Contra essa sentença, foram opostos embargos de declaração pela apelante, os quais foram rejeitados, porém aplicada multa por litigância de má-fé.

Insurgiu-se a recorrente aduzindo as mesmas preliminares suscitadas na contestação, quais sejam ilegitimidade da SISTEL em relação aos autores Antônio Carlos Pereira, João Antônio Brusaca Almeida, Sergio Murilo Costa e Ney Alberto das Chagas, tendo em vista que a Fundação Atlântico de Seguridade Social assumiu a responsabilidade pelos planos desses autores, ocorrendo uma sucessão universal de direitos e obrigações em relação a essas entidades, bem como o fato de que esses autores não teriam interesse de agir em relação ao benefício saldado, pois esse benefício não sofreria influência de diferença de correção, e também em relação à Conta Plus, pois esta se trata de um valor adicional que foi ofertado por liberalidade da empresa aos participantes que migrassem de plano, ou seja, não obriga um crédito comum a todos os participantes.

Sustentou, ainda, a falta de interesse de agir do autor Antonio Carlos Pereira Silva, pois ela passou a ser participante assistido do plano Telemar Prev, ou seja, não houve o desligamento deste.

No mérito, assentou que a prescrição aplicável ao caso é a quinquenal e alegou que os réus Antonio Carlos Pereira, João Antonio Brusaca, Sergio Murilo e Ney Alberto realizam transação, razão pela qual não poderiam pleitear mais nada em juízo. Mencionou que não houve prejuízo aos autores e que seria impossível a revisão dos contratos no caso em tela. Pugnou pela exclusão da multa aplicada no julgamento dos embargos de declaração e destacou a necessidade de liquidação por arbitramento.

Os apelados apresentaram contrarrazões aduzindo que intentaram a ação, tendo em vista que ao receberem a devolução das importâncias recolhidas ao plano de previdência, chamada reserva de poupança, observaram que a recorrente não havia procedido às correções das reservas de contribuição, suprimindo destas o reajuste dos planos econômicos do governo federal nos anos de 1987 a 1991. Mencionaram que as preliminares suscitadas são inconsistentes, pois a SISTEL é parte legítima para figurar no

pólo passivo, pois os planos contratados estavam sob sua exclusiva administração à época da omissão, devendo ser aplicada a regra do art. 42 do CPC.

Destacaram que o autor Antonio Carlos procedeu ao levantamento de apenas uma parte de sua reserva de poupança e que a alegação de que não cabe a atualização do benefício saldado e da Conta Plus é na verdade uma burla às obrigações da fundação, pois tais contas, apesar de nomes diferenciados, eram compostas pelas contribuições atualizadas.

Mencionaram que nas transações realizadas pelas partes não renunciaram expressamente o direito a atualização plena dos valores das contribuições devidas. Reforçaram o entendimento de que a prescrição, no caso, seria decenal, pugnano pela aplicação da Súmula 289 do STJ, que garante a correção das contribuições.

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo improvimento do recurso.

## VOTO

Primeiramente em relação à preliminar de ilegitimidade da Fundação Sistel de Seguridade Social, entendo que a mesma deve ser rejeitada, tendo em vista que mesmo tendo ocorrido a alegada sucessão, esta se operou apenas em outubro de 2004, ou seja, após o ajuizamento da ação, além do que a presente demanda visa à correção dos saldos de reservas de poupança do plano de previdência privada que à época era administrado pela apelante, razões pelas quais entendo que esta é parte legítima para figurar no pólo passivo.

Nesse sentido:

**PREVIDÊNCIA PRIVADA - LEGITIMIDADE PASSIVA - FALTA DE INTERESSE DE AGIR - NÃO OCORRÊNCIA - PRESCRIÇÃO - NÃO OCORRÊNCIA - CORREÇÃO MONETÁRIA AMPLA - RESERVA DE POUPANÇA - EXPURGOS INFLACIONÁRIOS.**

A Sistel possui legitimidade passiva para a ação em que o ex-participante de seu plano de benefícios (PBS) tenha migrado para o Telemarprev, pretendendo a correção de suas reservas de poupança, não restando provado que a gestão do referido plano tenha sido efetivamente transferida para a Fundação Atlântico de Seguridade Social. A quitação dada em relação a um plano, para efeitos de migração a outro plano, não impede o direito da parte de requerer a aplicação de índices de correção monetária que tenham deixado de incidir em relação às parcelas que lhe foram restituídas, não havendo, por isso, que se falar em ausência de interesse de agir. A correção



monetária no caso de aplicação do Código Civil de 1916, tem o seu prazo prescricional estabelecido no artigo 177 do referido codex, sendo o mesmo, portanto, de vinte anos. A devolução das contribuições pagas pelos segurados de plano de previdência privada vinculado à empregadora deve ser feita com correção monetária plena, contabilizando-se todos os expurgos inflacionários ocorridos no período de contribuição, como forma de preservar o real valor da moeda. (TJ/MG, processo: 101450419499520011 MG 1.0145.04.194995-2/001(1) Relator(a):VALDEZ LEITE MACHADO Julgamento: 13/03/2008 Publicação:15/04/2008)

Do mesmo modo, entendo que devem ser rejeitadas também as preliminares de ausência de interesse de agir dos autores, seja pelo fato de já terem recebido os saldos da reserva de poupança, ou pelo fato de terem dado quitação dos valores recebidos, posto que isto não impede seja perquirido na via judicial a correta aplicação dos índices de correção monetária devidos, em especial porque os termos de uma transação devem ser interpretados restritivamente, tendo em vista que no momento da sua concretização os autores sequer tinham conhecimento de que os valores não haviam sido adequadamente corrigidos.

Sobre esse tema:

AGRAVO INTERNO. PREVIDÊNCIA PRIVADA. RESTITUIÇÃO DAS CONTRIBUIÇÕES. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. SÚMULA 291/STJ. TERMO INICIAL. TRANSAÇÃO. QUITAÇÃO VÁLIDA APENAS PARA OS VALORES EFETIVAMENTE RECEBIDOS. CORREÇÃO MONETÁRIA. SÚMULA 289/STJ. I - Em consonância com o (sic) enunciado 291 da Súmula desta Corte, "A ação de cobrança de parcelas de complementação de aposentadoria pela previdência privada prescreve em cinco anos." Contudo o termo inicial de contagem é a data em que houve o pagamento a menor dos valores devidos e não a data em que deveriam ter sido aplicados os índices de inflação suprimidos. II - A quitação outorgada por instrumento de transação de forma geral só é válida para os valores efetivamente recebidos pelos ex-associados, não alcançando os expurgos inflacionários. III - "A restituição das parcelas pagas a plano de previdência privada deve ser objeto de correção plena, por índice que recomponha a efetiva desvalorização da moeda" (Súmula 289/STJ). IV - Por ser específica para os casos de FGTS, a Súmula 252/STJ não se aplica às hipóteses de previdência privada. Agravo improvido. (REsp 963.848/DF, Terceira Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, DJ de 07/05/2008)

Ressalte-se que o direito à correção monetária das reservas de poupança dos planos inicialmente oferecidos pela recorrente é devido mesmo àqueles que já haviam recebido tais valores, pois se trata de pedido de mera recomposição do poder aquisitivo da moeda. Além disso, os valores transferidos para Conta Plus são decorrentes

da migração de planos, razão pela qual também devem ser recompostos. O que se evidencia, portanto, é que tais preliminares não merecem prosperar.

Quanto à prejudicial de prescrição, porém, entendo que merece ser revista a sentença, pois o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que mesmo em se tratando de ações que visem às diferenças de correção monetária incidentes sobre as restituições de reserva de poupança, o prazo a ser aplicado é o quinquenal, que deve ser contado a partir da data em que houver a devolução a menor das contribuições.

Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CORREÇÃO MONETÁRIA. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS INCIDENTES SOBRE A CONTRIBUIÇÃO DO ASSOCIADO AO PLANO DE PREVIDÊNCIA PRIVADA. RESTITUIÇÃO. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. SÚMULA 291/STJ. ENTENDIMENTO FIRMADO EM SEDE DE RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA REPETITIVA. APLICAÇÃO AOS RECURSOS INTERPOSTOS ANTERIORMENTE À PUBLICAÇÃO DAQUELE ACÓRDÃO. 1. A jurisprudência desta Corte está pacificada desde o julgamento, pela e. Segunda Seção, do REsp 1.111.973/SP, Rel. Ministro SIDNEI BENETI (recurso representativo da controvérsia, nos termos do art. 543-C do CPC e na Resolução n. 8/2008 - STJ), onde está consignado que "a prescrição quinquenal prevista na Súmula do STJ/291 incide não apenas na cobrança de parcelas de complementação de aposentadoria, mas, também, por aplicação analógica, na pretensão a diferenças de correção monetária incidentes sobre restituição da reserva de poupança, cujo termo inicial é a data em que houver a devolução a menor das contribuições pessoais recolhidas pelo associado ao plano previdenciário." 2. Ainda que a interposição do recurso especial tenha ocorrido em momento anterior à publicação do julgamento do REsp 1.111.973/SP, representativo de controvérsia repetitiva, o entendimento de ser quinquenal o prazo de prescrição permanece, haja vista que "é inerente o conteúdo declaratório do julgado já que o posicionamento ali apresentado apenas explicita a interpretação de uma norma há muito vigente, não o estabelecimento de uma nova regra, fenômeno que apenas advém da edição de uma lei" (EResp nº 963.374/SC, Rel. Min. Mauro Campbel, Primeira Seção, DJ de 01.09.2008). 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ, MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO, AgRg no Ag 1313344 / DF, Quarta Turma, DJe 28/06/2011)

RECURSO REPETITIVO. PREVIDÊNCIA PRIVADA. RESTITUIÇÃO DE RESERVA DE POUPANÇA. COBRANÇA DE EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. SÚMULA DO STJ/291. APLICAÇÃO ANALÓGICA.

A prescrição quinquenal prevista na Súmula do STJ/291 incide não apenas na cobrança de parcelas de complementação de aposentadoria, mas, também, por aplicação analógica, na pretensão a diferenças de correção

monetária incidentes sobre restituição da reserva de poupança, cujo termo inicial é a data em que houver a devolução a menor das contribuições pessoais recolhidas pelo associado ao plano previdenciário.

Recurso Especial provido.

(STJ, REsp 1110561/SP, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, SEGUNDA SEÇÃO, DJe 06/11/2009).

Considerando que a ação foi proposta em abril de 2004, entendo que deve ser declarada a prescrição em relação aos autores que receberam o saldo das reservas de poupança em momento anterior a abril de 1999, o que será devidamente apurado na fase de liquidação, posto que nos presentes autos pode se obter com convicção apenas as datas dos desligamentos do emprego, mas não em relação a todos os autores as datas da devolução das contribuições.

No mérito, verifico que essa matéria não é novidade nas Cortes estaduais, Superiores e neste Tribunal, que têm entendido, em linhas gerais, que o regulamento é fonte secundária de direito, submisso à supremacia da lei e da Constituição, que lhe são superiores, e que os contratos de previdência privada estão protegidos pelas normas do Código de Defesa do Consumidor, por se tratar de serviço (art. 3.º, § 2.º).

A apelante, através de regulamento interno, fixou índices de correção monetária que não acompanharam as perdas decorrentes da inflação do período, comprometendo o equilíbrio econômico-financeiro da reserva de poupança e provocando prejuízo ao patrimônio dos autores. Assim, a questão se cinge a aplicação dos índices de correção monetária decorrentes dos expurgos inflacionários dos planos econômicos *Verão*, *Collor I* e *Collor II*, que deveriam incidir sobre o saldo das contas de previdência privada dos autores.

Essa modalidade de contribuição pessoal é feita na forma de reserva de poupança, a qual é posteriormente restituída quando do desligamento do empregado, sendo assente o entendimento do Superior Tribunal de Justiça de que a referida contribuição deve ser devolvida com aplicação de índices de correção que melhor reflitam a atualização monetária, chegando a matéria em testilha a ser objeto de súmula do mencionado sodalício, *in verbis*:

STJ/Súmula 289. A restituição das parcelas pagas a plano de previdência privada deve ser objeto de correção plena, por índice que recomponha a efetiva desvalorização da moeda. (original sem destaque).

É firme a jurisprudência no sentido de que a restituição dos valores recolhidos pelo ex-associado deve se dá de forma plena, utilizando-se no cálculo da atualização monetária índice que reflita a real desvalorização de moeda no período, ainda que outro tenha sido avençado. A propósito os seguintes julgados:

AGRAVO INTERNO - PREVIDÊNCIA PRIVADA - COBRANÇA DE EXPURGOS INFLACIONÁRIOS - COMPLEMENTAÇÃO DE RESTITUIÇÃO DE RESERVA DE POUPANÇA - PRESCRIÇÃO QUINQUÊNAL - TRANSAÇÃO - FALTA DE PREQUESTIONAMENTO - SÚMULAS 5 E 7 - SÚMULA 283/STF - DEVOLUÇÃO DAS CONTRIBUIÇÕES - CORREÇÃO MONETÁRIA - SÚMULA 289. - A ação de cobrança relativa à diferença de expurgos inflacionários sobre a restituição de reserva de poupança de previdência privada prescreve em cinco anos, contados da data do recebimento a menor dos valores. - A restituição das parcelas pagas a plano de previdência privada deve ser objeto de correção plena, por índice que recomponha a efetiva desvalorização da moeda. (AgRg no REsp 861.273/DF, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/12/2007, DJ 08/02/2008).

AGRAVO REGIMENTAL - PREVIDÊNCIA PRIVADA - RESTITUIÇÃO DE VALORES REFERENTES A CONTRIBUIÇÕES PAGAS À ENTIDADE DE PREVIDÊNCIA PRIVADA - CORREÇÃO MONETÁRIA - INCLUSÃO DOS EXPURGOS INFLACIONÁRIOS - INTELIGÊNCIA DAS SÚMULAS 83 E 289/STJ - RECURSO IMPROVIDO. I - Nos valores devolvidos a ex-participante de plano de previdência privada, devem ser incluídos os expurgos inflacionários, pois a correção monetária deve ser plena, por índice que melhor reflita a desvalorização da moeda, ainda que o regulamento preveja forma de atualização diversa. Incidência das Súmulas 83 e 289/STJ. II - Recurso improvido. (AgRg no Ag 1052362/DF, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/09/2008, DJe 30/09/2008).

Como se vê, a sentença recorrida observou com acerto o entendimento jurisprudencial consolidado sobre o tema, pois a devolução dos valores com a devida correção monetária, incluindo todos os expurgos inflacionários referidos pelo autor é medida que se impõe.

Os expurgos apontados pelo recorrido em sua inicial dizem respeito a períodos de inequívoca defasagem monetária, sendo oportuno sopesar que os autores já contribuíam para a apelante na condição de empregados da Telma/Telemar quando de sua incidência, razão pela qual resta incontestável serem devidos os expurgos inflacionários cobrados.

Esta Corte já se manifestou sobre a matéria na esteira da ementa abaixo transcrita:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA. PREVIDÊNCIA PRIVADA. DESLIGAMENTO DE PARTICIPANTE. DEVOLUÇÃO DO VALOR DA RESERVA DE POUPANÇA. RECONHECIMENTO. ÍNDICES DE CORREÇÃO MONETÁRIA. AQUELE QUE RECOMPONHA A EFETIVA DESVALORIZAÇÃO DA MOEDA. SÚMULA 289 DO STJ.

I. Versando a controvérsia apenas sobre os índices que deveriam incidir em relação à correção monetária das quantias vertidas por contribuinte em favor da instituição de previdência privada, impende reconhecer que “a restituição das parcelas pagas a plano de previdência privada deve ser objeto de correção plena, por índice que recomponha a efetiva desvalorização da moeda”, a teor do que dispõe a Súmula 289 do STJ.

II. Apelação conhecida e desprovida. (TJ/MA, Ac 037271/2009, Quarta Câmara Cível, Rel. des. Jaime Ferreira de Araújo, em 28/06/2010).

Em relação à aplicação de multa quando do julgamento dos embargos de declaração, entendo que a mesma deve ser excluída, pois a parte apenas se utilizou de meio recursal previsto na legislação para obter a manifestação do juízo, não estando demonstrado o intuito protelatório ou de causar dano processual à parte contrária.

Já quanto à modalidade da liquidação da sentença, que pretende o recorrente seja de pronto determinada, entendo que essa questão deve ser devidamente suscitada no momento oportuno.

Ante o exposto, voto pelo provimento parcial do recurso para reformar a sentença no sentido de aplicar a prescrição quinquenal ao presente caso, bem como excluir a multa imposta quando do julgamento dos embargos de declaração.

Sala das Sessões da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, em São Luís, 15 de dezembro de 2011.

Des. Jorge Rachid Mubárack Maluf  
Relator

SEGUNDA CÂMARA CÍVEL  
SESSÃO DO DIA 25 DE OUTUBRO DE 2011  
APELAÇÃO CÍVEL Nº. 12032/2011 - SÃO LUÍS

1ª Apelante: CEMAR – Companhia Energética do Maranhão  
Advogados: Carlos Frederico Dominici e Outros  
2º Apelante: Herbert de Jesus Duarte Costa, Maria da Conceição Araújo de Abreu e Lyndianne Abreu Costa  
Advogados: José Isaac Buarque de Holanda Júnior e Pablo Cristiano Vieira de Barros  
1º Apelado: Herbert de Jesus Duarte Costa, Maria da Conceição Araújo de Abreu e Lyndianne Abreu Costa  
Advogados: José Isaac Buarque de Holanda Júnior e Pablo Cristiano Vieira de Barros  
2ª Apelada: CEMAR – Companhia Energética do Maranhão  
Advogados: Carlos Frederico Dominici e Outros  
Relatora: Des. Nelma Celeste Souza Silva Sarney Costa

ACÓRDÃO Nº. 108.114/2011

EMENTA

CIVIL E PROCESSO CIVIL. APELAÇÕES. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO DE ENERGIA ELÉTRICA. MORTE DE FILHO MENOR RESULTANTE DE CHOQUE ELÉTRICO. FIO DE ALTA TENSÃO. ATO ILÍCITO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. ART. 37, § 6º DA CF/88 E ART. 14 DO CDC. DANO MATERIAL COMPROVADO E ARBITRADO DE FORMA RAZOÁVEL. DANO MORAL. CRITÉRIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE QUE NÃO FORAM OBSERVADOS. VALOR IRRISÓRIO E EM DESACORDO COM PRECEDENTES DESTA SEGUNDA CÂMARA. VALOR MAJORADO DE R\$ 35.000,00 PARA R\$ 100.000,00, SENDO R\$ 45.000,00 PARA CADA GENITOR E R\$ 10.000,00 PARA A IRMÃ DA VÍTIMA. CORREÇÃO MONETÁRIA A PARTIR DA DATA DO ARBITRAMENTO. SÚMULA 362 DO STJ. PROVIMENTO DO 1º APELO PARA MAJORAR O VALOR DO DANO MORAL E PARCIAL PROVIMENTO DO 2º APELO APENAS NO QUE CONCERNE A INCIDÊNCIA DA CORREÇÃO MONETÁRIA DE ACORDO COM O PARECER MINISTERIAL.

1. As concessionárias de serviço público de fornecimento de energia elétrica respondem objetivamente, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição Federal, e do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, pelos danos materiais e morais ocasionados em decorrência de morte resultante de choque elétrico proveniente de fio de alta tensão caído no chão, ainda

mais quando não houve a devida comprovação de culpa exclusiva ou concorrente da vítima ou de terceiro.

2. Danos materiais arbitrados de forma razoável pelo juiz de base, que levou em consideração a idade da vítima, a expectativa de vida calculada pelo IBGE e o tempo de contribuição familiar.

3. Em face das circunstâncias que norteiam o caso em análise, o valor fixado a título de danos morais deve ser majorado, para se coadunar com os critérios de prudência e razoabilidade e precedentes desta Segunda Câmara Cível.

4. Provimento ao 1º apelo e parcial provimento ao 2º Apelo de acordo com o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, acordam os Desembargadores da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, por unanimidade e de acordo com o parecer da Procuradoria Geral de Justiça, em dar provimento ao recurso, nos termos do voto da Desembargadora Relatora.

Participaram do julgamento os Senhores Desembargadores Nelma Celeste Souza Silva Sarney Costa, Marcelo Carvalho Silva e Raimundo Freire Cutrim.

Funcionou pela Procuradoria Geral de Justiça a Drª Clodenilza Ribeiro Ferreira.

Desa. Nelma Celeste Souza Silva Sarney Costa  
Presidente e Relatora

## RELATÓRIO

Trata-se de Apelações Cíveis interpostas por Herbert de Jesus Duarte Costa, Maria da Conceição Araújo de Abreu e Lyndianne Abreu Costa, bem como pela CEMAR- Companhia Energética do Maranhão contra sentença prolatada pelo MM. Juiz de Direito da 9ª Vara Cível da Capital, que julgou procedente o pleito contido na exordial, condenando a parte demandada, a título de danos materiais, ao pensionamento mensal em favor dos autores, no equivalente a 2/3 do salário mínimo até 25 anos de idade da vítima, reduzida para 1/3, até a data em que o *de cujus* completaria 65 anos de idade, bem como a título de danos morais, a importância de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) para cada genitor, bem como R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) para a irmã. Correção monetária e juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, à contra do evento danoso e honorários advocatícios arbitrados em 20% (vinte por cento) sobre o valor atualizado da condenação.

Afirmam os segundos Apelantes que o valor arbitrado a título de danos morais se mostra irrisório e não levou em consideração a gravidade, extensão do dano, condição socioeconômica do causador do dano e da vítima e a possibilidade de reiteração do ato danoso.

Trazem farta doutrina e jurisprudência para embasar seu pleito.

Contrarrrazões apresentadas refutando todos os argumentos dos primeiros Recorrentes.

Apelação da CEMAR – Companhia Energética do Maranhão, aduzindo que não restou comprovado o nexó de causalidade entre o dano alegado e a sua ação, eis que o acidente não decorreu de vício na prestação do serviço, mas sim em razão da ação clandestina de terceiros na montagem de ligações usualmente conhecidas como “gambiarras”.

A Procuradoria Geral de Justiça, em parecer da lavra do eminente Procurador Dr. Raimundo Nonato de Carvalho Filho, manifestou-se pelo conhecimento e parcial provimento do Apelo da Concessionária, para que seja reparado o comando judicial atacado tão somente quanto à correção monetária, devendo incidir a partir da sentença e, pelo conhecimento e provimento do 1º Apelo para que seja majorado o valor fixado a título de dano moral.

É o relatório.

## VOTO

Conheço dos recursos e passo a análise do mérito, conjugando na mesma análise, de forma global, os argumentos expendidos por ambos os Apelantes.

As alegações formuladas pelos 2ºs Apelantes nas diversas manifestações no presente processo, assim como os depoimentos colhidos das testemunhas, dão conta de que a morte do filho e irmão dos Recorrentes foi originada de um choque elétrico proveniente de um poste onde havia um cabo de alta tensão solto e um emaranhado de fios.

O cerne da questão centra-se na responsabilidade da concessionária, que no desenvolvimento de sua atividade-fim é objetiva.

As mortes ocorreram em decorrência da ausência de manutenção e reparação da rede elétrica antes do evento danoso, não logrando êxito a Apelante em



atribuir a culpa exclusiva ou concorrente das vítimas, sendo cristalino o seu dever de indenizar.

Assim, não procedem as alegações da 1ª Apelante vez que, conforme ressaltado acima, a manutenção dos pontos de distribuição da energia é dever dos prepostos daquela, ressaltando-se, ainda, que a recorrente não procedeu a qualquer demonstração nos autos de fato que a exima da obrigação de indenizar os apelados, da mesma forma que não evidenciou contradição nos testemunhos tomados em juízo.

Portanto, resta plenamente caracterizada a ilicitude da conduta da Concessionária, diante da ausência de manutenção e reparação da rede elétrica no local do evento danoso.

E ainda, além de possuir a responsabilidade objetiva prevista constitucionalmente, por ser a 1ª Apelante concessionária prestadora de serviços públicos, a sua relação com os ora apelados é de consumo, estando regida pelos dispositivos insertos no Código de Defesa do Consumidor, devendo, dessa forma, responder objetivamente por danos ocasionados a terceiros por atos de seus prepostos, conforme jurisprudências abaixo transcritas, inclusive desta Corte:

CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO DE ENERGIA ELÉTRICA – FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA – INTERRUPÇÃO – PRODUTO ALIMENTÍCIO – PERDA TOTAL – DANO MATERIAL – RESPONSABILIDADE OBJETIVA – CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – Apelação Cível. Ação de Indenização. Condenação em danos materiais. Perecimento de produtos alimentícios, pela interrupção de abastecimento de energia. Responsabilidade objetiva à luz do Código de Defesa do Consumidor. Não há que se perquirir culpa. Inversão do ônus probatório em favor da vulnerabilidade do consumidor – art. 6º, VIII, da Lei nº 8.078/90. Provas documentais (notas fiscais) e testemunhais em prol da Autora/1ª Apelante. (...) Sentença a quo mantida. Recursos desprovidos. (TJRJ – AC 3.281/1999 – (Ac. 20081999) – 8ª C.Cív. – Rel. Des. Carpena Amorim – J. 04.05.1999).

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – CONCESSIONÁRIA PRESTADORA DE SERVIÇO PÚBLICO DE ENERGIA ELÉTRICA – RESPONSABILIDADE OBJETIVA – TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO – Procede à indenização, contra a concessionária de serviço público de energia elétrica, por culpa objetiva e risco administrativo, quando falta ao dever de fiscalização em local por onde passa fio de alta tensão, abarcando tal indenização danos materiais e morais. Sentença mantida, parcialmente. (TJMG – AC 149.527/4 – 5ª C.Cív. – Rel. Des. Cláudio Costa – J. 02.09.1999).

INDENIZAÇÃO. ATO ILÍCITO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. CONCESSIONÁRIA DE ENERGIA ELÉTRICA. I - Se o evento danoso não decorreu de causa estranha à vontade do

agente, não havendo prova de caso fortuito, de força maior ou de culpa exclusiva da vítima, deve a concessionária de energia elétrica responder pelo dano causado a terceiro. II - Recurso não provido. (TJMA - Ac 00020519 - DJ 18/06/1996 - Apelação Cível 006797/95 - Balsas - 3ª Câmara Cível - Jorge Rachid Mubárack Maluf)

Já se viu pelos argumentos expendidos acima, com suporte na jurisprudência pátria, que é objetiva a responsabilidade civil das concessionárias de serviço de fornecimento de energia elétrica, da qual só se exonerarão provando que o evento danoso teve origem em caso fortuito ou força maior, culpa exclusiva da vítima ou de terceiro, o que, reitere-se, não ocorreu na espécie em estudo.

O que se evidencia é que, ao contrário do sustentado pela apelante, dos autos infere-se claramente a demonstração dos danos sofridos pelos segundos Apelantes, bem como o nexo de causalidade entre esse resultado lesivo e a conduta praticada pela Concessionária. Na situação em tela, o estado emocional dos apelados foi abalado substancialmente em decorrência da morte de seu filho e irmão.

De outra forma, é consabido que cabe à concessionária de fornecimento de energia a devida prestação dos serviços de manutenção de instalações elétricas, então, verificando-se que houve inércia por sua parte, assim como descuro da diligência necessária à efetiva prestação do serviço, incorreu em responsabilidade, a qual não conseguiu ilidir, restando-lhe patente a obrigação em responder pelos danos ocasionados ao apelado, nos termos do § 6º do art. 37 da Constituição Federal, bem como do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor<sup>47</sup>.

No que se refere ao *quantum* indenizatório, é sempre encargo difícil ao julgador ante à dificuldade de se avaliar o *pretium doloris*, vez que a referida espécie indenizatória visa a compensar a dor da vítima com uma sensação agradável em contrário. Não que se consiga através do pagamento de indenização por danos morais trazer a situação emocional e psicológica do indenizado ao estado anterior ao dano, mas, pelo menos, tenta-se neutralizar o sofrimento vivenciado.

Segundo Rui Stoco, a indenização da dor moral “não haverá de ser fonte de enriquecimento injustificado da vítima, nem poderá ser inexpressiva a ponto de não

---

<sup>47</sup> “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.”

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

atingir o objetivo colimado, de retribuição do mal causado pela ofensa, com o mal da pena” (Responsabilidade Civil e sua interpretação jurisprudencial, 4ª ed.).

Sobre a dor pela perda de filhos, como é o caso presente, o advogado Sérgio Couto em artigo intitulado “O preço da maior das dores”, destaca: “A dor da perda de um filho não se esvai com o tempo e é tão terrível que até os escritores buscam abster-se de descrevê-la. Os que nunca sentiram, não estão capacitados a fazê-lo; os que já a sentiram, dobram-se de dor só em lembrá-la”. ( in Informativo ADV-COAD , Boletim Semanal, n° 23/01 p. 367).

Partindo dos sobreditos raciocínios e face às circunstâncias que norteiam o caso em análise, entendo que a sentença recorrida merece reparo no que tange o quantum indenizatório, vez que o valor global de R\$ 35.000,00 (trinta e cinco mil reais) se mostra irrisório e divergente dos precedentes desta Segunda Câmara Cível.

Portanto, entendo que a sentença deve ser modificada na parte que concerne aos danos morais, devendo o valor ser majorado da seguinte forma: R\$ 45.000,00 (quarenta e cinco mil reais) para cada genitor e R\$ 10.000,00 (dez mil reais) para a irmã, totalizando a quantia de R\$100.000,00 (cem mil reais).

No tocante ao dano material tenho que fora devidamente arbitrado pelo magistrado de primeiro grau, de acordo com os direcionamentos jurisprudenciais<sup>48</sup> atinentes ao caso em estudo.

E, nem se fale que tal fixação seria indevida pelo fato de não ter havido comprovação nos autos de que o filho dos primeiros Apelantes contribuía financeiramente para a renda familiar, pois em se tratando de família de baixa renda como a em questão, devido vem a ser o pensionamento, independentemente de qualquer outro requisito, como a demonstração de prática de atividade laborativa remunerada, nos termos do entendimento pacificado das cortes superiores<sup>49</sup>.

---

<sup>48</sup> Segundo orientação que veio a prevalecer na Turma, o pensionamento é devido até a data em que a vítima completaria 65 anos ou até a data do falecimento do beneficiário, prevalecendo o termo que primeiro ocorrer. (STJ – 4ª Turma, REsp 19.111-0-SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, j. 9.6.92, não conheceram, v.u., DJU 26.10.92, p. 19.057, 1ª col., em.)

<sup>49</sup> CIVIL. AÇÃO DE **INDENIZAÇÃO**. ATROPELAMENTO FATAL. MORTE DE MENOR. FAMÍLIA DE BAIXA RENDA. PENSIONAMENTO DEVIDO. PERÍODO. REDUÇÃO DO VALOR PARA 1/3 APÓS OS 25 ANOS DE IDADE DA VÍTIMA. DANO MORAL. RAZOABILIDADE. I. Em se tratando de família de baixa renda, é devido o pensionamento pela morte de filho menor em acidente causado por coletivo da empresa ré, equivalente a 2/3 do salário mínimo dos 14 anos até 25 anos de idade da vítima, reduzido para 1/3 até a data em que o de cujus completaria 65 anos. II. Manutenção do valor fixado a título de danos morais, por não se verificar excesso, na espécie. III. Recurso especial conhecido e parcialmente provido. (STJ. Resp n.º 514384/CE; Quarta Turma. Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior. Data Decisão: 18.03.2004)

Quanto à correção monetária, esta incidirá a partir da publicação do Acórdão, conforme a Súmula 362 do Supremo Tribunal Federal.

Desta feita, e de acordo com o parecer da douta Procuradoria de Justiça, **dou provimento** ao 1º Apelo para majoração dos danos morais que passam ao valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) e dou parcial provimento ao 2º Apelo apenas para corrigir a incidência da correção monetária que deve ser nos moldes previstos na Súmula 362 do Superior Tribunal de Justiça.

É como voto.

Sala das Sessões da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, em São Luís, 25 de outubro de 2011.

Desa. Nelma Celeste Souza Silva Sarney Costa  
Relatora

SEGUNDA CÂMARA CÍVEL  
SESSÃO DO DIA 22 DE NOVEMBRO DE 2011  
AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº. 24167/2011 – SANTA LUZIA

Agravante: Município de Santa Luzia  
Advogados: Antino Correa Noletto Júnior e outros  
Agravado: Ministério Público do Estado do Maranhão  
Promotor: Joaquim Ribeiro de Souza Júnior  
Relator: Des. Raimundo Freire Cutrim

ACÓRDÃO Nº. 108.469/2011

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LIMINAR DEFERIDA REALIZAÇÃO IMEDIATA DE OBRAS PÚBLICAS. ORDENAÇÃO PELO JUDICIÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. PRAZO EXÍGUO. NECESSIDADE DE PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. IRRAZOABILIDADE DA MEDIDA. AGRAVO PROVIDO.

1. O Judiciário não pode ordenar realização de obras de responsabilidade do Poder Executivo, sob pena de quebra da harmonia e independência dos poderes, pois a realização de tais obras depende de dotações orçamentárias e de programas de prioridades previamente estabelecidos.

2. Ademais a decisão agravada é satisfativa, violando o disposto no art. 273, §2º, do CPC, esgotando por completo o objeto de ação que visa à execução de obra tecnicamente complexa e de custo certamente elevado para os cofres públicos, que pode inclusive comprometer orçamentariamente e financeiramente o tesouro municipal, causando grave impacto na continuidade das demais despesas de atividades e serviços públicos essenciais.

3. Agravo provido. Unanimidade.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Desembargadores da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, unanimemente e em desacordo com o parecer da Procuradoria Geral de Justiça, em dar provimento ao presente recurso, nos termos do voto do Desembargador Relator.

Participaram do julgamento os Senhores Desembargadores Marcelo Carvalho Silva (Presidente), Raimundo Freire Cutrim (Relator) e Maria dos Remédios Buna Costa Magalhães.

Funcionou pela Procuradoria Geral de Justiça o Dr. Teodoro Peres Neto.

São Luís, 22 de novembro de 2011.

Des. Raimundo Freire Cutrim  
Relator

## RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto pelo MUNICÍPIO DE SANTA LUZIA, contra decisão proferida pelo MM. Juiz de Direito da Comarca de São Mateus, respondendo pela Comarca de Santa Luzia, por força da Portaria n.º 2963/2011, que, nos autos da Ação Civil Pública n.º 868/2011, ajuizada pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO MARANHÃO, deferiu pedido de liminar, determinando ao agravante a imediata execução de obras públicas de recuperação e capeamento da estrada vicinal que liga o Povoado Campo Grande à Zona Urbana do Município de Santa Luzia, passando pelos povoados Parada do Gavião, Gavião Velho, Bolero, Taboca, Centro do Adão, Centro do Hermógenes, Centro do Tomaizinho, Centada, Tamboril, Centro do Zé Firmino, Centro do Flor, Vila Caju, Aldeia, Santo Antônio da Boiada e Campo Grande, incluindo a colocação de camada asfáltica ou piçarra em toda a extensão, bem como a realização de obras de pintura das faixas de sinalização horizontal da rodovia, a realização de obras de limpeza, recuperação e adequação dos acostamentos da aludida estrada vicinal, além de obras de sinalização e adequação dos entroncamentos e cruzamentos da estrada, no prazo de 30 (trinta) dias, sob pena de multa diária de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).

Em suas razões de fls. 03/23, sustenta que o agravado ajuizou a referida ação tomando por base elementos de informação de milhares de cidadãos do Município de Santa Luzia, bem como em fotografias de locais não identificados que atestam supostamente o péssimo estado de conservação das estradas vicinais que ligam o

povoado Campo Grande à zona urbana deste Município, deixando seus moradores em completo isolamento, já tendo recebido, inclusive, recursos do Departamento Estadual de Infraestrutura – DEINT, por meio do Convênio n.º 047/2010, com valor de repasse de ordem de R\$ 720.000,00 (setecentos e vinte mil reais).

Defende a impossibilidade de concessão de medida liminar de caráter satisfativo, por violação aos disposto nos arts. 5º, incisos II, LIV, LV e LVI, 93, inciso IX, 102, inciso III, alínea “a”, todos da Constituição Federal, bem como aos arts. 273, § 2º do Código de Processo Civil, art. 1º, § 3º da Lei n.º 8.437/92 e art. 1º da Lei n.º 9.494/97.

Ao final, requer a concessão do efeito suspensivo, a fim de obstar os efeitos da antecipação de tutela e, no mérito, o provimento do agravo.

Efeito suspensivo deferido (fls. 292/295).

Em contrarrazões de fls. 300/318, sustenta o MINISTÉRIO PÚBLICO que as provas anexadas aos autos retratam claramente a ausência de condições de acessibilidade, segurança, transporte, saúde e educação que os moradores da zona rural do Município de Santa Luzia vêm suportando, em completo estado de abandono por parte do Poder Público Municipal, sendo obrigação constitucional e legal deste executar obras de recuperação de estradas vicinais para promover a integração entre as diversas regiões daquela localidade.

Alega também a inaplicabilidade do princípio da reserva do possível no caso em apreço, por estar se tratando em garantir direitos fundamentais mínimos, pugnando, ao final, pelo improvimento do agravo.

A douta Procuradoria Geral de Justiça, em parecer de fls. 555/562, da lavra do Dr. Teodoro Peres Neto, manifestou-se pelo improvimento do agravo, mantendo integralmente a decisão monocrática.

É o Relatório.

#### VOTO

Na espécie, insurge-se o **MUNICÍPIO DE SANTA LUZIA** contra decisão proferida pelo MM. Juiz de Direito da Comarca de São Mateus, respondendo pela Comarca de Santa Luzia, por força da Portaria n.º 2963/2011, que, nos autos da Ação Civil Pública n.º 868/2011, ajuizada pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO**

**MARANHÃO**, deferiu pedido de liminar, determinando ao agravante a imediata execução de obras públicas de recuperação e capeamento da estrada vicinal que liga o Povoado Campo Grande à Zona Urbana do Município de Santa Luzia, passando pelos povoados Parada do Gavião, Gavião Velho, Bolero, Taboca, Centro do Adão, Centro do Hermógenes, Centro do Tomaizinho, Centada, Tamboril, Centro do Zé Firmino, Centro do Flor, Vila Caju, Aldeia, Santo Antônio da Boiada e Campo Grande, incluindo a colocação de camada asfáltica ou piçarra em toda a extensão, bem como a realização de obras de pintura das faixas de sinalização horizontal da rodovia, a realização de obras de limpeza, recuperação e adequação dos acostamentos da aludida estrada vicinal, além de obras de sinalização e adequação dos entroncamentos e cruzamentos da estrada, no prazo de 30 (trinta) dias, sob pena de multa diária de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais)

Mantenho minha decisão de fls. 292/295, por entender que nenhum fato novo surgiu que pudesse modificá-la, razão pela qual passo a transcrevê-la, *in verbis*:

A percorrer estes balizamentos, verifica-se haver nos autos razões que justifiquem a aplicação do efeito suspensivo ao presente recurso, na medida em que os aludidos requisitos restam consubstanciados.

Constata-se que a pretensão do Ministério Público Estadual de obrigar a Administração Pública a iniciar execução de obra de engenharia em 30 (trinta) dias, sobretudo, com pavimentação asfáltica, sem qualquer estudo técnico, projeto ou licitação, afigura-se afrontoso ao princípio da separação dos poderes (art. 2º, CF), porquanto a questão deve ser decidida no âmbito do Poder Executivo, através da verificação da conveniência e oportunidade administrativas.

Ademais a decisão é satisfativa, violando o disposto no art. 273, §2º, do CPC, esgotando por completo o objeto de uma ação que visa à execução de uma obra tecnicamente complexa e de custo certamente elevado para os cofres públicos, que pode inclusive comprometer orçamentariamente e financeiramente o tesouro municipal, causando grave impacto na continuidade das demais despesas de atividades e serviços públicos essenciais.

Registre-se que o Agravante comprovou nos autos que o Convênio 047/2010-DEINT, celebrado entre o Município de Santa Luzia e o Departamento Estadual de Infraestrutura e Transporte, no valor de R\$ 720.000,00 (setecentos e vinte mil reais), tem como objeto o melhoramento das estradas vicinais que ligam os Povoados Santo Onofre, Policarpo ao Povoado Embaúba Ferrada, não podendo utilizar dos recursos desta transferência voluntária do Poder Executivo Estadual em objeto diverso daquele pactuado.

O Poder Executivo exerce o gozo total de liberdade e discricionariedade para eleger obras prioritárias a serem realizadas, ditando a oportunidade e conveniência desta ou daquela obra, não sendo dado ao Poder Judiciário obrigá-lo a dar prioridade à determinada tarefa do Poder Público, como se infere do entendimento firmado na interpretação do art. 3º da Lei n. 7.347/85.



De fato, em juízo de análise preliminar, vislumbro verossimilhança das alegações do agravante, tendo em vista a possibilidade de dano de difícil reparação consubstanciada na obrigação de o agravante iniciar a imediata execução de obras públicas, no prazo de 30 dias, sob pena de pagamento de multa diária no valor equivalente a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), tendo em vista que a concessão de medida de liminar pelo juiz de 1º grau tem caráter satisfativo, antecipando a pretensão do autor (Art.1º, § 3º, da Lei nº 8.437/92: Não será cabível medida liminar que esgote, no todo ou em parte, o objeto da ação).

Ante o exposto, **DEFIRO** o pedido de efeito suspensivo reclamado, até pronunciamento final desta E. 2ª Câmara Cível.

Ante o exposto, em desacordo com o parecer da Procuradoria Geral de Justiça, mantendo meu posicionamento de fls. 292/295, **voto pelo provimento do agravo**, para cassar a decisão monocrática proferida pelo MM. Juiz de base.

Sala das Sessões da Segunda Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, em São Luis, 22 de novembro de 2011.

Des. Raimundo Freire Cutrim  
Relator

TERCEIRA CÂMARA CÍVEL  
SESSÃO DO DIA 4 DE AGOSTO DE 2011  
AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº. 8614/2011 – ROSÁRIO

Agravante: Sandoval Silva Diniz  
Advogado: Walter Santiago Pereira Junior e outro  
Agravada: F.S. (menor)  
Representante: Zuleide Sousa da Silva (Genitora)  
Advogada: Carlinadila C. Pinto Costa  
Relator: Des. Lourival de Jesus Serejo Sousa

ACÓRDÃO Nº. 104.941/2011

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. DECISÃO CONCESSIVA DE ALIMENTOS PROVISÓRIOS. POSSIBILIDADE.

1. Os alimentos fixados a título provisório visam manter a subsistência daquele que os recebe em respeito ao maior direito inerente ao ser humano: a vida.
2. Presente a verossimilhança das alegações da genitora da criança, que se comprova por pacto firmado pelo alimentante perante Conselho Tutelar, merece ser mantida a concessão dos alimentos provisórios.
3. Evidência do dano irreparável.
4. Recurso que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os senhores desembargadores da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento, nos termos do voto do relator, que integra este acórdão.

Participaram do julgamento os excelentíssimos senhores desembargadores José Stélio Nunes Muniz, Marcelo Carvalho Silva e Lourival de Jesus Serejo Sousa.

Funcionou pela Procuradoria Geral de Justiça a procuradora Mariléa Campos dos Santos Costa.

São Luís, 4 de agosto de 2011.

Des. Lourival Serejo  
Relator

## RELATÓRIO

Trata-se de Agravo de Instrumento interposto por SANDOVAL SILVA DINIZ, com pedido de efeito suspensivo, visando modificar a decisão de fls. 22-24, proferida pelo MM. Juiz de direito da Comarca de Rosário, que fixou alimentos provisórios em seu desfavor, nos autos da Ação da Investigação de Paternidade cumulada com Alimentos nº. 907-19.2010, ajuizada pela agravada.

Emergem dos autos que o agravante manteve, no ano de 2005, um namoro com a genitora da agravada; que em setembro de 2006 nasceu a menor Fernanda da Silva; que não houve o reconhecimento espontâneo da paternidade da criança.

Vê-se, ainda, que o agravante, por meio do Conselho Tutelar de Bacabeira, firmou um ‘Termo de Acordo de Pensão Alimentícia’ (fl. 20) e que o MM. juiz monocrático fixou alimentos provisórios em 20% (vinte por cento) de um salário mínimo.

É contra essa decisão, que fixou os alimentos provisórios, que se insurge o agravante.

Em suas razões, alega que *“a agravada não anexou nenhum documento que provasse a existência de uma relação amorosa, apenas acostando documentos pessoais, certidão de nascimento da menor e termo de acordo no Conselho Tutelar”* (fl. 6); que a fixação de alimentos provisórios deu-se sem qualquer fundamento *“(...) já que não resta reconhecida a relação biológica entre Agravante e Agravada (...)”* (fl. 6).

Assevera, ainda, que não foi realizado o exame de DNA requerido na supracitada Ação de Investigação de Paternidade; que, em verdade, sempre negou o reconhecimento da paternidade.

Com os argumentos postos, o agravante requer a suspensão do pagamento dos 20% (vinte por cento) de um salário mínimo até a comprovação da paternidade por meio de exame de DNA. No mérito, pede o provimento definitivo da suspensividade almejada.

A decisão liminar foi indeferida (fl. 28-30).

Devidamente notificado para prestar informações, o MM. juiz monocrático permaneceu inerte (fl. 32). Também permaneceu silente a agravada, apesar de intimada (fl. 32).

A Procuradoria Geral de Justiça, por intermédio da procuradora Mariléa Campos dos Santos Costa, opinou pelo improvimento do presente recurso (fl. 40).

É o relatório.

## VOTO

No tocante aos requisitos de admissibilidade recursal, constato que o recurso é tempestivo, encontrando-se devidamente instruído, de acordo com o artigo 525 do CPC, portanto, deve ser conhecido.

Cuida-se de Agravo de Instrumento onde se objetiva suspender decisão concessiva de alimentos provisórios a suposto filho do agravante até a comprovação da paternidade por meio de exame de DNA.

Não merece acolhimento a irresignação apontada nas razões recursais.

Analisando a situação posta, verifica-se que o agravante alega que inexistente prova da paternidade requerida; que, também, não estão presentes os requisitos dispostos no artigo 273 do CPC, ou seja, prova inequívoca que convença acerca da verossimilhança da alegação. Ademais, sustenta, ainda, que não há fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, assim, não há fundamentação para o deferimento de alimentos provisórios.

Ocorre que a situação narrada nos autos e comprovada, em especial, pelo documento de fl. 20 – Acordo para pagamento de pensão alimentícia (perpetrado no Conselho Tutelar da cidade onde residem as partes), aponta para a verossimilhança das alegações da parte autora, ora agravada.

Ora, se o agravante concordou no Conselho Tutelar de Bacabeira em pagar uma certa quantia em dinheiro a título de pensão alimentícia à menor, já assume que ao menos teve um relacionamento com a genitora da criança. Ninguém se submeteria a realizar um acordo naquele órgão, com o teor que consta no pacto, se não tivesse havido pelo menos uma relação afetiva com a mãe da menor.

Ressalta-se que a fixação de alimentos provisórios em ação de investigação de paternidade exige um *plus* de convicção em relação a qualquer outra ação de alimentos. A inicial deve trazer algum elemento material que reforce os argumentos do pedido, como cartas, fotografias, acordos extrajudiciais etc.

No presente caso, essa exigência excepcional foi satisfeita com a juntada de acordo de pensão, anteriormente feito pelo alimentante na sede de um Conselho Tutelar. A presunção torna-se, portanto, suficiente para ensejar a tutela cautelar.

Quanto à certeza da paternidade, somente o exame de DNA, que já se encontra marcado, é que poderá definir.

Yussef Said Cahali<sup>50</sup>, em sua obra “Dos Alimentos”, assevera:

Alimentos são, pois, prestações devidas, feitas para que quem as recebe possa subsistir, isto é, manter sua existência, realizar seu direito à vida, tanto física (sustento do corpo) como intelectual e moral (cultivo e educação do espírito, do ser racional).

Nesse sentido, constituem os alimentos uma modalidade de assistência imposta por lei, de ministrar os recursos necessários à subsistência, à conservação da vida, tanto física como moral e social do indivíduo; sendo, portanto a obrigação alimentar, "le devoir imposé juridiquement à une personne d'assurer la subsistance d'une autre personne" (o dever imposto juridicamente a uma pessoa de assegurar a subsistência de uma outra pessoa).

Segundo os ensinamentos de Maria Berenice Dias<sup>51</sup>:

Todos têm direito de viver, e viver com dignidade. Surge desse modo o direito a alimentos como princípio da preservação da dignidade humana (CF 1º III). Por isso os alimentos têm natureza de direito de personalidade, pois asseguram a inviolabilidade do direito à vida, à integridade física. Os parentes são os primeiros convocados a auxiliar aqueles que não têm condições de subsistir por seus próprios meios.

Portanto, o que se pode extrair das lições doutrinárias transcritas é que os alimentos visam manter a subsistência daqueles que os recebem em respeito ao maior direito inerente ao ser humano: a vida. Todavia, devem-se respeitar os termos do binômio necessidade/possibilidade, nos termos do *caput* e do § 1º do artigo 1.694, do Código Civil, *in verbis*:

Art. 1694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.

§ 1º Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada.

---

<sup>50</sup> CAHALI, Yussef Said. Dos Alimentos. 3ª Edição, revista, ampliada e atualizada. São Paulo: RT, 1998, pág. 16.

<sup>51</sup> DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito da Família. 4ª ed. São Paulo: Ed. revista dos Tribunais, 2007.

Esse, aliás, é o entendimento já expressado por essa Corte:

CIVIL – ALIMENTOS PROVISÓRIOS – FIXAÇÃO – INTELIGÊNCIA DA NORMA DO ART. 1.694, §10, DO CC – I - A fixação dos alimentos provisórios deve atender ao binômio necessidade da alimentanda e possibilidade do alimentante, consagrado no art. 1.694, §1º, do CC. II - Agravo provido para determinar a minoração da verba fixada. (TJMA – AI 17997/2003 – (47.439/2003) – São Luís – 2ª C.Cív. – Rel. Des. Antônio Guerreiro Júnior – J. 02.12.2003).

No caso em apreço, segundo se depreende dos autos, o MM. juiz monocrático, em sede de cognição superficial (fls. 22-24), fixou os alimentos provisórios em 20% (vinte por cento) do salário mínimo nos termos do artigo 4º da Lei nº. 5.478/68.

Ora, *in casu*, à fl. 3, o agravante aduz que instruiu este recurso com cópia da petição inicial (da ação de investigação de paternidade). Portanto, não se pode aferir todas as condições vislumbradas pelo magistrado para o deferimento dos alimentos em face da ausência de cópia completa daqueles autos.

Por fim, assevera-se que o valor fixado a título de alimentos (20% do salário mínimo) não se encontra fora da razoabilidade e da proporcionalidade, pois, em que pese o agravante narrar que se encontra desempregado (fl. 3), sem comprovar, também aponta que é motorista (fl. 3). Portanto, possui qualificação profissional capaz de suprir o valor estabelecido.

Além de tudo, o valor fixado é provisório, ou seja, pode ser alterado a qualquer momento.

Com essas considerações, e de acordo com o parecer do Ministério Público, NEGÓ PROVIMENTO ao presente agravo, mantendo a decisão liminar deferida 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, 4 de agosto de 2011.

Des. Lourival Serejo  
Relator

TERCEIRA CÂMARA CÍVEL  
SESSÃO DO DIA 21 DE NOVEMBRO DE 2011  
APELAÇÃO CÍVEL Nº 024608/2011 - SÃO LUÍS

Apelante: Município de São Luís  
Advogado: Júlio César de Jesus  
Apelada: Santa Cruz Engenharia Ltda  
Advogado: Manoel Antônio Xavier  
Relator: Des. José Stélio Nunes Muniz

ACÓRDÃO Nº.109.032/2011

EMENTA

AÇÃO DE NUNCIÇÃO DE OBRA NOVA. AUSÊNCIA DE ALVARÁ DE LICENÇA CONVERSÃO EM DEMOLITÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.

1. Somente é possível a conversão da ação de nunciação de obra nova em demolitória, se a exordial contiver cumulação de um ou de outro pedido, somado ao fato de a obra construída tiver sido erguida colocando em risco a segurança de seus proprietários, vizinhos, ou em área de proteção ambiental, e ainda que esteja desfigurando conjunto arquitetônico histórico de molde que não fosse possível ela ali permanecer.
2. Flagrante a desproporcionalidade entre o ato praticado pela apelada e a pretensão do apelante em querer demolir a construção, quando tratar-se de mera irregularidade administrativa, qual seja, ausência de alvará de construção, que, inclusive, já foi obtido pela nunciada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível em que figuram os acima enunciados, ACORDAM os Senhores Desembargadores reunidos na Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, por votação unânime, e de acordo com parecer do Ministério Público, em negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Desembargador Relator.

Votaram os Senhores Desembargadores José Stélio Nunes Muniz, Cleones Carvalho Cunha e Lourival de Jesus Serejo Sousa.

Presidiu o julgamento o Excelentíssimo Senhor Desembargador Lourival de Jesus Serejo Sousa. Presente pela Procuradoria Geral de Justiça a Dra. Themis Maria Pacheco de Carvalho.

São Luís, 21 de novembro de 2011.

Des. Stélio Muniz  
Relator

## RELATÓRIO

Trata-se de apelação cível aforada contra sentença que, nos autos de ação de nunciação de obra nova, ajuizada pelo apelante em face da apelada, indeferiu a petição inicial, nos termos do art. 295, inciso III, do Código de Processo Civil.

Nas razões do apelo, o recorrente sustenta que a jurisprudência tem admitido na ação de nunciação haver cumulação entre o pedido de embargo da obra e a conversão em demolitória.

Alega que a possibilidade jurídica do pedido se consubstancia no momento em que a apelada incorreu em ilícito administrativo ao construir sem alvará, como demonstra o auto de embargo e infração.

Diz que, como o nunciado deu causa a propositura da ação, não se mostra razoável a condenação do recorrente ao pagamento dos honorários advocatícios.

Pede, assim, pela reforma da sentença, a fim de determinar a continuidade da ação de nunciação, convertendo-se em demolitória.

Em contrarrazões, a apelada sustenta que requereu e obteve a licença do município, ora apelante, conforme demonstra o alvará de construção e o competente habite-se, tendo desembolsado a quantia de R\$ 890,12 (oitocentos e noventa reais e doze centavos), não havendo, portanto, que se falar em prejuízos à Fazenda Municipal.

Ressalta que a construção objeto desta lide encontra-se totalmente construída e ocupada, onde funciona a sua sede administrativa, o que faz a ação de nunciação perder seu objeto, conforme reiteradas decisões desse Egrégio Tribunal.

Pede, assim, pelo improvimento do apelo, bem como a condenação do Município em honorários advocatícios no importe de 20% sobre o valor atualizado da causa.

Instada a se manifestar, a Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo improvimento do apelo (fls. 51/56).



Era o que cumpria relatar, razão pela qual deve ser cumprido o inc. III do art. 262<sup>52</sup> do nosso Regimento.

#### VOTO

O presente recurso deve ser conhecido, posto que presentes os pressupostos indispensáveis a sua admissibilidade.

Pretende o apelante reformar a sentença monocrática, no sentido de que a Ação de Nunciação de Obra Nova seja convertida em Demolitória.

Com efeito, infere-se dos autos que a fiscalização municipal notificou a apelada em 16/03/2009 de que sua obra estaria irregular, uma vez que lhe faltava o Alvará da Prefeitura (f. 09).

A matéria ora em comento não é unânime nos julgamentos proferidos pelos Tribunais pátrios, vejamos:

O Superior Tribunal de Justiça tem precedentes no sentido de que quando a exordial é de nunciação de obra nova, cumulado com pedido demolitório, e, posteriormente, constatando que o imóvel já se encontrava concluído, é possível a conversão desta ação em demolitória, *in verbis*:

RECURSO ESPECIAL. NUNCIAÇÃO DE OBRA NOVA. EDIFICAÇÃO JÁ CONCLUÍDA. CONVERSÃO. AÇÃO DEMOLITÓRIA. POSSIBILIDADE.

1. A diversidade de requisitos entre a ação de nunciação de obra nova e a ação demolitória não impede possa ser feita a conversão de uma em outra, quando erroneamente ajuizada;

2. A pretensão deduzida na ação demolitória se reproduz na inicial da nunciação de obra nova (artigo 936, I, *in fine*(sic), do CPC), de modo que não seria concedido ao autor nenhum outro bem jurídico que ele já não houvesse pleiteado; daí porque não se há falar em alteração do pedido, após a estabilização da lide;

3. Recurso conhecido e provido.”

(Resp nº 851013; Relator: Min. Hélio Quaglia Barbosa; 4ª Turma; Julg. 05.12.2006; DJ 05.02.2007 p. 257)

Por outro lado, nossa Corte vem entendendo diametralmente oposto aos precedentes do STJ, afirmando a impossibilidade da conversão da ação de obra nova em ação demolitória, por incompatibilidade de ritos, *in verbis*:

---

<sup>52</sup> “Art. 262. Examinado o feito pelo relator e **lançado o relatório nos autos, haverá revisão** por outro desembargador **nos seguintes processos:**  
III – **apelações cíveis;**” (negritei)

DIREITO CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. NUNCIAÇÃO DE OBRA NOVA. PROPOSITURA PELO MUNICÍPIO. OBRA CONCLUÍDA. CARÊNCIA DE AÇÃO POR AUSÊNCIA DE INTERESSE PROCESUAL. EXTINÇÃO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. INTENTO DE CONVERSÃO EM DEMOLITÓRIA. NUNCIADO MULTADO NA VIA ADMINISTRATIVA. IRREGULARIDADE DA OBRA RESTRITA À FALTA DE ALVARÁ. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. DESEQUILÍBRIO ENTRE O FIM E O MEIO COLIMADO PELO NUNCIANTE. CONVERSÃO NEGADA.

I – A nunciação pressupõe obra iniciada, em andamento, diferentemente da demolição, que se funda em obra terminada, ou em vias de conclusão; de modo que, apesar de ambas se voltarem contra obra irregular, a diferença objetiva entre a situação fática encontrada e àquela apontada na inicial impede a convalidação de uma em outra.

II – Afronta o princípio da proporcionalidade a constatação do desnível entre o meio (demolição) e o fim (sanção pela construção sem alvará) visados pela municipalidade nunciante, que já impôs ao nunciado reprimenda de natureza pecuniária, não sendo justo cogitar que pretenda também a demolição, medida que se revela incompatível diante da pouca gravidade da infração administrativa.

III–Vencida a Fazenda Pública, os honorários serão fixados conforme apreciação equitativa do juiz para o caso concreto, observados os critérios elencados nos §§ 3º e 4º do artigo 20 do Código de Processo Civil.

IV – Apelação desprovida. Valor dos honorários de sucumbência fixados de ofício.

(Apel. Civ. nº 189/2009 – São Luís; Acórdão nº 80.168/2009; Rel. Des. Marcelo Carvalho Silva. J. 24.03.2009)

CIVIL E PROCESSO CIVIL. APELAÇÃO. NUNCIAÇÃO DE OBRA NOVA. OBRA JÁ CONCLUÍDA OU EM FASE DE ACABAMENTO. CONVERSÃO EM DEMOLITÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. INDEFERIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL. IMPROVIMENTO. I – Concluída a obra, ou estando em fase de acabamento, verifica-se a ausência de interesse processual para ajuizamento da ação;

II – inexistindo a obra, não há falar-se em ação nunciatória, tampouco em conversão para demolitória, por incompatibilidade de ritos;

III – apelação não provida. (Ap. Cív. 0014182/2010 (n.º único: 0012316-87.2003.8.10.0001 – São Luís/Ma; acórdão nº 93485/10; Rel. Des. Cleones Carvalho Cunha, j. 08.07.2010).

Porém, tenho entendimento de que ambas as situações podem ser perfeitamente possíveis de serem aproveitadas, a depender do caso concreto.

Destarte, ajuizada ação de nunciação de obra nova, cumulado com

pedido demolitório, e, posteriormente, constatando que o imóvel já se encontrava concluído, necessário se faz perquirir qual o motivo que ensejou a irresignação do Município para o ajuizamento da ação de obra nova.

Quando for pelo fato de que o imóvel construído teria sido erguido colocando em risco a segurança de seus proprietários, vizinhos, ou em área de proteção ambiental, e ainda que esteja desfigurando conjunto arquitetônico histórico de molde que não fosse possível ela ali permanecer, dentre outras possibilidades, filio-me ao entendimento do STJ.

Todavia, quando de se tratar de mera irregularidade administrativa - ausência de alvará de licença para construção -, como é o caso em questão, sigo o entendimento desta Corte de que não se deve converter a ação de nunciação de obra nova em demolitória, pois é flagrante a desproporcionalidade entre o ato praticado pela apelada e a pretensão do apelante em querer demolir a construção.

Nessas circunstâncias, resta ao Nunciante apenas regularizar a situação da obra, aliás, como já se procedeu centenas de vezes em ocorrências semelhantes em nossa cidade.

No caso dos autos, verifica-se que a apelada já obteve o alvará de construção e o competente habite-se (fls.36-37), não existindo mais a causa que deu origem a ação de nunciação.

Vale destacar que os documentos juntados pela apelada foram emitidos pela própria recorrente, podendo, portanto, excepcionalmente, serem aceitos em sede de contrarrazões, vez que não lhe acarreta nenhum prejuízo, bem como por questão de economia processual.

Por tais razões, nego provimento ao recurso, para manter a decisão recorrida.

É como voto.

Sala das Sessões da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, em São Luís, 21 de novembro de 2011.

Des. José Stélio Nunes Muniz  
Relator

TERCEIRA CÂMARA CÍVEL  
SESSÃO DO DIA 12 DE DEZEMBRO DE 2011  
APELAÇÃO CÍVEL Nº. 028926/2011 - SÃO LUÍS

Apelante: Matheus Ângelo Gonzaga Correa da Silva  
Advogado: Dr. Jaime Ferreira de Araújo Filho  
Apelado: M. C. S. G. C., menor representado por sua genitora, Janiele Melo dos Santos  
Advogado: Dr. José Augusto Santos Ferro Filho  
Relator: Des. Cleones Carvalho Cunha

ACÓRDÃO N.º 109.828/2011

EMENTA

CIVIL. PROCESSO CIVIL. AÇÃO REVISIONAL DE ALIMENTOS. MODIFICAÇÃO DA SITUAÇÃO FÁTICO-FINANCEIRA. BINÔMIO POSSIBILIDADE-NECESSIDADE. NÃO COMPROVAÇÃO. ALTERAÇÃO DO PERCENTUAL. NÃO CABIMENTO. NÃO PROVIMENTO.

1. Nas questões envolvendo menores de pais separados, prepondera o interesse das crianças, impondo-se àquele que detém a guarda dos infantes buscar meios para preservar-lhes a saúde e educação, dentre outras necessidades;
2. O dever de guarda, educação e proventos é dos pais, não prevalecendo interesses pessoais, em detrimento do bem-estar do menor, impúbere e incapaz de prover o seu próprio sustento;
3. Não comprovado o decréscimo da capacidade econômica do alimentante, deve ser mantido o valor arbitrado a título de alimentos, em atenção ao binômio necessidade/possibilidade.
4. Apelação não provida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, acordam os Desembargadores da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, unanimemente e de acordo com parecer do Ministério Público, em não prover o recurso, nos termos do voto do Desembargador Relator.

Participaram do julgamento os Senhores Desembargadores Cleones Carvalho Cunha, José Stélio Nunes Muniz, Lourival de Jesus Serejo Sousa.

Funcionou pela Procuradoria Geral de Justiça a Dra. Themis Maria Pacheco de Carvalho.

São Luís, 12 de dezembro de 2011.

Des. Cleones Carvalho Cunha  
Relator

## RELATÓRIO

Adoto como relatório aquele constante do parecer da Douta Procuradoria Geral de Justiça, às fls. 173/176, o qual passo a transcrever, *ipsis litteris*:

Versam os presentes autos sobre recurso de Apelação Cível interposto por **Matheus Ângelo Gonzaga Correa da Silva** inconformado com a sentença prolatada pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara da Família desta Capital, que julgou improcedente a Ação Revisional de Alimentos proposta contra **M. C. S. G. C.** Menor representada por sua mãe **Janiele Melo dos Santos**, que tinha como objetivo reduzir o valor da pensão alimentícia de R\$ 877,41 para o equivalente a 20% do valor dos rendimentos atuais.

O MM. Juiz também julgou improcedente a reconvenção visando aumentar o valor da pensão alimentícia proposta por **M. C. S. G. C.** menor representada por sua mãe **Janiele Melo dos Santos** contra o apelante.

Insurge-se o ora apelante impugnando a referida sentença no que tange à improcedência do seu pedido sustentando, em síntese, que a obrigação alimentar cabe a ambos os genitores e que o *quantum* arbitrado não é razoável com o seu rendimento mensal, que alega ter sofrido uma considerável redução. Ao final, requereu a reforma da sentença, propondo a redução do valor antes fixado, para o patamar de 20% do valor do salário (R\$ 1.275,00) que recebe mensalmente.

O recurso foi recebido apenas no efeito devolutivo (fl. 154).

Contrarrazões apresentadas às fls. 160/165, em que a apelada alega preliminarmente a inércia da apelação sustentando que o apelante “*não refutou expressamente e individualmente cada razão de decidir...*”. No mérito, pugna pela manutenção da sentença apelada.

Em seguida, vieram os autos a esta Procuradoria de Justiça para emissão de parecer.

A Procuradoria Geral de Justiça, em parecer da lavra da Dr.<sup>a</sup> Iracy Martins Figueiredo Aguiar, manifestou-se pelo não provimento do presente apelo, para que seja mantida a r. sentença singular em todos dos seus termos.

É o relatório.

## VOTO

Presentes os requisitos de admissibilidade recursal (fls. 136/141 e 153/154), conheço do apelo, razão pela qual passo de logo ao exame da questão meritória.

Consoante acima relatado, tratam os presentes autos de recurso de apelação interposto em face da sentença prolatada pelo MM. Juiz da 1ª Vara de Família da Capital, que julgou improcedente o pleito formulado na ação revisional de alimentos (Processo nº 0032311-42.2010.8.10.0001) - assim como a reconvenção ali proposta - ajuizada pelo ora apelante, mantendo a pensão alimentícia no valor de R\$ 877,41 (oitocentos e setenta e sete reais e quarenta e um centavos), fixado anteriormente na ação de alimentos.

Quanto ao mérito, ater-me-ei à irresignação do apelante acerca da improcedência do pleito de redução da pensão alimentícia que lhe compete. E, analisando as razões recursais, entendo não merecer guarida seu inconformismo, posto que a decisão monocrática foi pautada nos princípios basilares do direito de família.

Sob essa ótica, os arts. 1.566, inciso IV, e 1.634, inciso I, do Código Civil, disciplinam os alimentos em favor dos filhos, o dever de sustento, garantindo o direito de auxílio econômico dos pais, através da prestação alimentícia em sentido amplo, de *alimenta naturalia* a *alimenta civilia*.

Mas, para se estabelecer o montante de tal prestação, deve ser levado em consideração o binômio necessidade-possibilidade, previsto no art. 1.694, §1º, do referido Diploma Legal<sup>53</sup>. Isso significa que, para fixação dos alimentos, não se deve atentar, exclusivamente, aos gastos referentes à mera subsistência, mas também ao que é necessário para prover lazer, despesas eventuais e manutenção de padrão de vida conforme as possibilidades do alimentante, pois consistiria paradoxo inaceitável pai ou mãe bem situados economicamente propiciarem aos filhos o estritamente indispensável à sobrevivência, entendimento que tem sido pacífico na doutrina e jurisprudência brasileiras.

---

<sup>53</sup> Art. 1.694. [...] §1º Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada.

Com isso, do mesmo modo que se observou, à época do arbitramento da pensão alimentícia, a condição financeira do alimentante/apelante e as necessidades da alimentanda/apelada, tal análise deve ser sempre atualizada quando houver significativas mudanças em um ou ambos os polos da relação jurídica, com o intuito de manter o equilíbrio do binômio possibilidade/necessidade, nos termos do que reza o art. 1.699 do Código Civil, *in verbis*:

**Art. 1.699.** Se, fixados os alimentos, sobrevier mudança na situação financeira de quem os supre, ou na de quem os recebe, poderá o interessado reclamar ao juiz, conforme as circunstâncias, exoneração, redução ou majoração do encargo.

*In casu*, ao contrário do que tenta levar a crer o recorrente, a mudança de sua situação fático-financeira não restou devidamente comprovada nos autos, pois, como bem salientado pelo magistrado de primeiro grau (fls. 134/135), o apelante não trouxe aos autos material probatório suficiente a atestar qualquer redução em sua capacidade econômico-financeira, limitando-se a meras alegações, sendo ao menos questionável que o recorrente tenha saído da empresa Magnus Auditores e Consultores Associados - da qual era sócio juntamente com seu pai -, e, atualmente, residindo na Capital (fl. 13), trabalhe em outra empresa (Mult Serviços e Construções Ltda.), localizada no Município de Matinha e ganhando menos da metade do que percebia anteriormente (fls. 16/18).

Ademais, com o crescimento da filha, natural que recrudesçam as despesas com alimentação, tratamento de saúde, etc., sendo tais evidências, por si sós, suficientes a recomendar-se a manutenção da pensão alimentícia inicialmente fixada (R\$ 877,41), até porque, tal qual salientado, não restou demonstrado nos autos o advento de situação diversa daquela que foi apresentada na ação alimentícia originária, e a qual resultou na homologação do acordo judicial, com novos ônus caracterizadores do binômio possibilidade-necessidade, estabelecido no art. 1.699 do CC.

Sob essa ótica, verifico que o magistrado *a quo* levou em consideração as necessidades básicas da prole em comum das partes do presente recurso, atendendo aos reclames sob análise coerente e justa da situação fática ora colocada em juízo. Isso porque, o dever de garantir os proventos, a guarda e a educação dos filhos é tanto da mãe

quanto do pai<sup>54</sup>, e não cabe a este último, ora recorrente, tentar fazer prevalecer interesse pessoal sobre o bem-estar de sua filha, necessitada e incapaz de prover o seu próprio sustento.

Ante tudo quanto foi exposto, nego provimento ao apelo, mantendo incólume a sentença recorrida.

É como voto.

Sala das Sessões da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, em São Luís, 12 de dezembro de 2011.

Des. Cleones Carvalho Cunha  
Relator

---

<sup>54</sup> “Art. 226 – A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[...]

§ 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.”



QUARTA CÂMARA CÍVEL  
SESSÃO DO DIA 11 DE OUTUBRO DE 2011  
APELAÇÃO CÍVEL Nº. 22146/2011– SÃO LUÍS

Apelantes: Lyzani Mychely Brito Silva e Leda Raquel Cantanhede  
Advogado: Valber Muniz  
Apelado: Luís Carlos Cantanhede  
Advogado: José Ribamar Fróes Silva  
Relator: Des. Jaime Ferreira Araújo

ACÓRDÃO Nº. 107.509/2010

EMENTA

AÇÃO DE EXONERAÇÃO DE PENSÃO ALIMENTÍCIA. MAIORIDADE DAS ALIMENTANDAS. NÃO COMPROVAÇÃO DA NECESSIDADE DA VERBA.

1. A obrigação de pagar alimentos subsiste mesmo quando os filhos atingem a maioria, não mais em decorrência do poder familiar, mas em razão da relação de parentesco.
2. Se duas são as alimentandas e apenas uma delas comparece à audiência de instrução e julgamento e diz que não se utiliza do dinheiro da pensão em benefício próprio, a presunção é que não mais necessitam dessa verba para sobreviver, se afigurando escorregada a sentença que exonerou o pai delas desse encargo.
3. Apelação conhecida e desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível, sob o n.º 0019899-50.2008.8.10.0001 (022146-2011), em que figuram como apelante(s) e apelado(s) os acima enunciados, a Quarta Câmara Cível, por votação unânime e em desacordo com o parecer do Ministério Público, conheceu do recurso e negou-lhe provimento, nos termos do voto do Desembargador Relator.

Participaram do julgamento os Senhores Desembargadores Paulo Sérgio Velten Pereira – Presidente, Jaime Ferreira de Araujo – Relator e Anildes de Jesus Bernardes Chaves Cruz.

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

São Luís, 11 de outubro de 2011.

Des. Jaime Ferreira de Araújo  
Relator

## RELATÓRIO

Trata-se de apelação cível interposta por Lyzany Mychely Brito e Leda Raquel Cantanhede contra a sentença proferida pela MM. Juíza de Direito da 5ª Vara de Família da Comarca da Capital que, nos autos da *Ação de Exoneração de Alimentos* (Processo n.º 19899/2008), julgou procedente o pedido formulado na inicial, exonerando o apelado do encargo de pagar pensão alimentícia em favor de suas filhas já maiores de idade (163-167).

Nas razões recursais (fls. 178-184), sustentam as apelantes, em síntese, que a maioria civil não extingue automaticamente a pensão alimentícia e que necessária se mostra a sua manutenção por ainda estarem em busca de qualificação para ingresso no mercado de trabalho, além de auxiliar nas despesas diárias, vez que ainda residem com sua genitora, até possuírem renda própria. Por fim, pugnam pela reforma da sentença fustigada.

Sem contrarrazões, conforme certidão de fl. 189.

Instada a se manifestar, a PGJ opina pelo conhecimento e desprovimento do presente recurso (fls. 200-204).

É o relatório.

## VOTO

Merece ser conhecido o presente apelo por estarem presentes os pressupostos de admissibilidade.

Como cedição, para exoneração de alimentos faz-se necessária a modificação das condições econômicas ou de necessidade das partes, nos termos do art. 1.699, CC, *ipsis litteris*:

Art. 1.699. Se, fixados os alimentos, sobrevier mudança na situação financeira de quem os supre, ou na de quem os recebe, poderá o interessado reclamar ao juiz, conforme as circunstâncias, exoneração, redução ou majoração do encargo.

*In casu*, o recorrente alega a maioridade das filhas, estando uma com 32 anos de idade e a outra com 30, tendo a primeira trancado o curso de pedagogia, faltando apenas um semestre para seu término, e a segunda se formado em ‘gestão hospitalar’, podendo ambas se sustentarem com esforço próprio.

É bem verdade que o advento da maioridade, por um lado, leva a extinção do “pátrio poder”, mas por outro não revoga automaticamente o dever de prestar alimentos, necessitando seja efetivado pedido específico, como fez o apelante no presente caso.

*A priori*, entendo que as apeladas são pessoas jovens, que gozam de saúde e estão aptas ao trabalho. Por outro lado, indispensável seja oportunizada a produção de provas por parte das alimentandas a fim de não deixar quaisquer dúvidas acerca da existência ou não de suas necessidades em receber tais alimentos.

Observa-se que fora oportunizado às apelantes, através do julgado de fls. 109-114, que demonstrassem a necessidade de receber alimentos de seu genitor, na audiência de instrução e julgamento realizada em 20.09.2010 (fls. 142-143), na qual apenas uma das recorrentes compareceu, embora ambas tenham sido intimadas (fls. 138-141).

Ocorre que deixaram as apelantes/alimentadas de comprovar a impossibilidade de prover seus sustentos por si só; ao contrário, na audiência de instrução e julgamento, perante à magistrada *a quo*, a recorrente Leda Raquel Cantanhede afirmou que *trabalha como ‘free lance’, ou seja, bicos, em comércio; [...] este dinheiro não lhe fará nenhuma diferença, pois não o utiliza em seu benefício próprio, pois para satisfação de suas necessidade pessoais, costume (sic) se virar; que não tem interesse em prosseguir com esta demanda* (fl. 143).

Ademais, deve ser observado, no caso em testilha, o binômio necessidade *versus* possibilidade, consoante dispõe o art. 1695, CC, *in verbis*:

Art. 1.695 - São devidos os alimentos quando quem os pretende não tem bens suficientes, nem pode prover, pelo seu trabalho, à própria manutenção, e aquele, de quem se reclamam, pode fornecê-los, sem desfalque do necessário ao seu sustento.

Torna-se oportuno dizer que, em se tratando de ação de exoneração de prestação alimentícia, a prova inequívoca diz respeito à alteração da capacidade econômica do alimentante ou da ausência de necessidade das alimentandas em receber os alimentos, o que depende de prova por parte das apeladas.

Convém ressaltar que não há provas nos autos de que as recorridas tenham necessidade de receber referidos alimentos, embora tenha esta Câmara, em julgamento anterior, decidido cassar a sentença na qual a magistrada *a quo* julgou antecipadamente a lide sem que houvesse oportunizado, através da audiência de instrução e julgamento, às recorrentes que comprovassem a eventual dependência de seu genitor.

Sobre a matéria em análise os Tribunais pátrios entendem que é imprescindível a prova da necessidade, ônus esse do alimentando, como se vê dos arestos adiante transcritos:

TJCE-009354) CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. REVISIONAL DE ALIMENTOS. BENEFICIÁRIO DA PENSÃO COM MAIS DE 25 ANOS. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA NECESSIDADE. EXONERAÇÃO DO ENCARGO ALIMENTAR. POSSIBILIDADE. I - Os alimentos decorrentes do dever de sustento, que é inerente ao poder familiar, cessam quando os filhos atingem a maioridade civil, mas persiste obviamente a relação parental, que pode justificar a permanência do encargo alimentar. II - No entanto, para que permaneça o encargo alimentar do genitor, é imprescindível a prova da necessidade, ônus esse do alimentando. III - É cabível a exoneração dos alimentos quando o filho já conta com 25 anos de idade, não constando nos autos provas de que está matriculado em estabelecimento de ensino superior ou profissionalizante, tampouco que seja inapto para o trabalho, devendo, portanto, buscar os meios necessários para prover seu sustento, já que a dependência alimentar unicamente por conveniência é incompatível com a natureza da obrigação. IV - A obrigação de prestar alimentos, decorrente do poder familiar, cessou e, caso o filho, por outras razões, necessite dos alimentos, deverá propor a ação adequada, provando as suas necessidades. IV - APELO CONHECIDO E DESPROVIDO. (Apelação Cível nº 358-02.2003.8.06.0071/1, 2ª Câmara Cível do TJCE, Rel. Francisco de Assis Filgueira Mendes. unânime, DJ 14.03.2011). Original não sublinhado. Disponível no CD Juris Plenum Ouro, nº 19, julho 2011.

NÃO COMPROVADA. RECURSO ADESIVO. NECESSIDADES LIGADAS AO ESTUDO SUPERIOR. INEXISTÊNCIA DE PROVA DE CONCLUSÃO DOS ESTUDOS. MATÉRIA PRECLUSA. I - Conforme o hodierno entendimento doutrinário e jurisprudencial, a maioria não importa em exoneração automática do dever do alimentante de pagar a pensão, que subsiste não mais em virtude do poder familiar, mas sim em decorrência da relação de parentesco que une as partes, desde que demonstrada a necessidade de quem pede os alimentos, ainda que para completar os estudos superiores ou profissionalizantes. II - Não se desincumbindo a apelante, primeira requerida, do ônus de comprovar a necessidade do pensionamento, e evidenciada a impossibilidade do alimentante arcar com alimentos pleiteados, cessa a obrigação do pagamento da pensão alimentícia. III - Cabia ao recorrente adesivo, Mauro José Martins Lelis, quando lhe fora oportunizado, requerer a produção de provas no sentido de comprovar que a ora recorrida, segunda requerida, já tenha concluído o seu curso superior. APELO E RECURSO ADESIVO CONHECIDOS, MAS IMPROVIDOS. (Apelação Cível nº 346133-59.2007.8.09.0162 (200793461332), 2ª Turma da 4ª Câmara Cível do TJGO, Rel. Almeida Branco. j. 25.11.2010, unânime, DJe 20.01.2011). Original não sublinhado. Disponível no CD Juris Plenum Ouro, nº 19, julho 2011.

TJMG-294511) EXONERAÇÃO DE ALIMENTOS - MAIORIDADE CIVIL - POSSIBILIDADE - AUSÊNCIA DE PROVA ROBUSTA APTA A MANUTENÇÃO DO PENSIONAMENTO ALIMENTAR - INTERRUÇÃO DO PAGAMENTO - SENTENÇA CONFIRMADA. A maioria civil admite a manutenção da pensão alimentícia desde que o credor comprove a necessidade da verba, uma vez que os alimentos fundados no vínculo de parentesco culminam na inversão do ônus da prova. Não demonstrada de forma robusta que o encargo deve ser mantido, imperioso o desprovemento do recurso. (Apelação Cível nº 5981148-96.2009.8.13.0024, 6ª Câmara Cível do TJMG, Rel. Edilson Fernandes. j. 05.04.2011, unânime, Publ. 29.04.2011).

Impende ressaltar que esta Câmara já decidiu sobre a questão em caso semelhante, *in verbis*:

TJMA-013849) CIVIL. PROCESSO CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE EXONERAÇÃO DE ALIMENTOS. FILHOS BENEFICIÁRIOS MAIORES. DESAPARECIMENTO DA PRESUNÇÃO DE NECESSIDADE. PROVA IMPUTADA AOS INTERESSADOS. RECURSO PROVIDO. I - Conforme entendimento firmado pelo STJ, atingida a maioria dos filhos, cessando, pois, o poder familiar, o dever de prestar alimentos não se extingue de forma automática, devendo ser oportunizado ao beneficiário comprovar a sua impossibilidade de prover a própria subsistência, pois subsiste o dever com base na solidariedade familiar e no parentesco. II - Observa-se, então, que o ônus da prova inverte-se em desfavor do alimentado, devendo este se desincumbir com satisfação de forma a manter o dever até então existente. III - Sucede, no entanto, que no presente caso deixou a parte beneficiária da pensão alimentícia de comprovar a sua necessidade, vindo o autor apelante a demonstrar que o filho possui emprego fixo, capaz de manter a sua própria subsistência. IV - Recurso

conhecido e provido. (Apelação Cível nº 021.293/2009 (87.982/2009), 4ª Câmara Cível do TJMA, Rel. Anildes de Jesus Bernardes Chaves Cruz. j. 17.11.2009, unânime, DJe 21.01.2010). Original não sublinhado. Disponível no CD Juris Plenum Ouro, nº 19, julho 2011.

Como visto, a ausência de prova inequívoca da alegação das apelantes, que não se desincumbiram do ônus probatório, desobriga o pai do pagamento dos alimentos.

Como se pode notar da análise dos autos, a necessidade alimentar com relação às recorrentes, após ter atingido a maioridade, não restou demonstrada nos autos, razão pela qual pode o julgador, o que ora faço, exonerar o apelante da prestação alimentar.

Com base em todo o exposto, e de acordo com o parecer ministerial, voto pelo conhecimento e desprovimento do presente recurso pelas razões acima expostas.

É como voto.

Sala das Sessões da Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, em São Luís, 11 de outubro de 2011.

Des. Jaime Ferreira de Araújo  
Relator

QUARTA CÂMARA CIVEL  
SESSÃO DO DIA 06 DE DEZEMBRO DE 2011  
AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº. 026135/2011 – SÃO LUÍS

Agravante: Anderson Martins das Dores  
Advogados: Ariosto Carvalho de Oliveira e Amanda Tereza Barbosa Gomes  
Agravado Município de São Luís  
Procurador: Airton José Tajra Feitosa  
Relatora: Des. Anildes de Jesus Bernardes Chaves Cruz

ACÓRDÃO Nº. 109.907/2011

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO CAUTELAR INOMINADA – ELEIÇÃO – CONSELHEIRO TUTELAR – FALSIDADE DE DOCUMENTO PÚBLICO – CASSAÇÃO DE CANDIDATURA – ATO ADMINISTRATIVO QUE DETÉM PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE QUE SOMENTE PODE SER AFASTADA COM A NECESSÁRIA DILAÇÃO PROBATÓRIA – IMPROVIDO – UNÂNIME.

1. O ato administrativo que cassou a candidatura do agravante para a função de Conselheiro Tutelar, embasado na ocorrência de falsificação de documento público, detém presunção de legitimidade que somente pode ser afastada com a apresentação de provas cabais, para isso se tornando essencial a fase instrutória do processo.
2. Ainda que a apresentação das impugnações não tenha, como afirmado pelo agravante, observado os prazos constantes da Resolução nº 38/2009-CDMCA, considero que tal fato não é suficiente para anular todo o procedimento adotado pelo Conselho Tutelar, na medida em que, o próprio fato imputado ao agravante, qual seja, a concessão de entrevista a periódico em época vedada, é posterior às datas (períodos) consignadas na referida norma, o mesmo ocorrendo em relação ao documento (ata de reunião colegiada extraordinária), não sendo razoável, portanto, sustentar a “intempestividade” das manifestações apresentadas por outros conselheiros/candidatos.
3. Agravo de instrumento improvido. Unânime.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos, estes autos de Agravo de Instrumento, sob o nº. 026135/2011, em que figuram como partes os retro mencionados, acordam os Senhores Desembargadores da Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Maranhão, por unanimidade e de acordo com o Parecer do Ministério Público, em

CONHECER DO RECURSO e NEGAR-LHE PROVIMENTO, nos termos do voto da Desembargadora Relatora.

Participaram da sessão, além da Relatora-Presidente, os Senhores Desembargadores Jaime Ferreira de Araújo e Raimundo Nonato de Souza.

Funcionou pela Procuradoria Geral de Justiça o Dr. Teodoro Peres Neto.

São Luís, 06 de dezembro de 2011.

Desa. Anildes de Jesus Bernardes Chaves Cruz  
Relatora-Presidente

### RELATÓRIO

Trata-se de Agravo de Instrumento, com pedido de liminar (efeito ativo), interposto por **ANDERSON MARTINS DAS DORES**, com fulcro no art. 522 e seguintes, do CPC, contra a decisão da MM. Juíza de Direito da 5ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de São Luís que, nos autos da **Ação Cautelar Inominada** (Proc. n.º 27259-31.2011.8.10.0001) ajuizada em face do ora agravado, Município de São Luís, indeferiu o pedido de liminar formulado (fls. 17/18).

Em suas razões recursais, aduz que foi reeleito Conselheiro Tutelar, na área da Cidade Operária, em eleição realizada no dia 30/05/2010, sendo o mais votado. Ocorre que, em 14/06/2010, fora intimado pela Presidente do Conselho Municipal da Criança e do Adolescente – CDMA, informando-o sobre a cassação de sua candidatura, sob alegação de falsidade de documento público (art. 297, do CPB), fato que ensejou o ingresso de ação cautelar contra o CDMA, obtendo liminar para ter o direito à posse (o que ocorreu em 15/06/2010), posteriormente cassada quando do julgamento do mérito da demanda.

Assevera que o processo eleitoral foi regido pela Resolução n.º 038/2009-CMDCA, que estipula os prazos a serem observados na eleição, inclusive quanto as possíveis impugnações de candidaturas, os quais foram desatendidos durante o processo de cassação do seu registro, não sendo cumprida, também, a necessária manifestação do Ministério Público, conforme consta do parágrafo único do art. 6º e parágrafo único do art. 44, ambos da citada norma, restando patente a nulidade do ato



administrativo que cassou o registro de sua candidatura, não sendo sequer comprovada a alegada falsidade documental.

Sustenta a existência do *periculum in mora*, na medida em que ficará impedido de exercer o mandato para o qual foi reeleito com 669 votos, frustrando os eleitores que nele depositaram suas confianças e causando grave dano a sua imagem de conselheiro idôneo junto à comunidade que representa. Da mesma forma, lhe trará prejuízos financeiros, comprometendo sua sobrevivência, uma vez que é remunerado pelo agravado, sendo sua única e honesta fonte de renda.

O *fumus boni iuris* está amparado nos argumentos deduzidos na peça recursal, em especial: a) não há prova da falsidade da documentação, mesmo porque todo o processo de escolha é fiscalizado pelo Ministério Público, que não constatou qualquer conduta irregular; b) o processo de cassação foi viciado em razão da intempestividade das manifestações do CMDCA; c) o Ministério Público não se manifestou sobre o processo de cassação, conforme exige a Resolução nº 038/2009-CMDCA.

Pugna, ao final, pela reforma da decisão fustigada, para que, liminarmente, seja assegurado o direito de continuar a exercer o mandato para o qual foi eleito pela vontade popular, tornando nulo o ato administrativo de sua cassação, ou, se à época da concessão, seja revogada a exoneração e determinada a recondução ao mandato de conselheiro tutelar, tudo posteriormente confirmado no julgamento do mérito recursal (fls. 03/15).

Através da decisão de fls. 60/64, indeferi o pedido de concessão do efeito ativo ao agravo de instrumento.

O juiz de base prestou informações às fls. 71.

Contrarrazões apresentadas pelo agravado, às fls. 73/85.

A Procuradoria Geral de Justiça, em parecer de fls. 87/92, da lavra do douto Procurador Francisco das Chagas Barros de Sousa, manifesta-se pelo conhecimento e improvimento do recurso, mantendo-se a decisão de base inalterada em todos os seus aspectos.

É o relatório.

## VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade recursal, conheço do presente agravo de instrumento.

Após bem analisar a proposição defendida pelo agravante e as argumentações apresentadas pelo agravado, considero não haver motivos para se reverter o entendimento já manifestado na decisão proferida por esta Relatora, às fls. 60/64, na medida em que, de fato, o recorrente não logrou êxito em demonstrar a existência dos requisitos legais para a antecipação de tutela pleiteada na ação de base.

Com efeito, extrai-se dos autos que o agravante insurge-se contra decisão judicial que negou o pedido de liminar formulado em ação cautelar inominada, sob o principal argumento de que se faz necessária dilação probatória a fim de que, ao final, fosse apurada, ou não, a regularidade do documento em que se embasou o pedido de cassação do registro de sua candidatura.

Sob estas considerações, entendo que a decisão proferida pela Magistrada de base se mostra em consonância com os fatos apresentados nos autos, mormente porque, como bem consignado, o ato administrativo, que cassou a candidatura do agravante, detém presunção de legitimidade que só pode ser afastada com a apresentação de provas cabais pelo interessado, para isso se tornando essencial a fase instrutória do processo.

De fato, conforme se depreende das alegações recursais, o agravante, insistentemente, afirma que o documento em questão (ata de reunião colegiada extraordinária – fls. 37), que teria permitido sua entrevista a um órgão de imprensa local (Jornal “Aqui Maranhão”), em período próximo às eleições ao Conselho Tutelar, fora regularmente confeccionado, não havendo qualquer prova da existência do crime de falsificação de documento público, como fundamentado no pedido de cassação de sua candidatura.

Ora, como bem exposto pela Magistrada *a quo*, tal documento somente pode ser considerado falso, ou não, com a devida realização de dilação probatória, sob pena de admitir-se, como verdadeiras, as afirmações apresentadas pelo agravante, sem que as mesmas estejam acompanhadas de qualquer suporte probatório, mormente quando se constata dos autos, que 02 (dois) dos subscritores de mencionado documento afirmaram, em oitiva realizada pela Comissão Executiva do Processo de

Escolha dos Conselheiros Tutelares, que a dita “reunião colegiada extraordinária” não se realizou (fls. 43/44).

Assim, ainda que a apresentação das impugnações não tenha, como afirmado pelo agravante, observado os prazos constantes da Resolução nº 38/2009-CDMCA, considero que tal fato não é suficiente para anular todo o procedimento adotado pelo Conselho Tutelar, na medida em que, o próprio fato imputado ao agravante, qual seja, a concessão de entrevista a periódico em época vedada, é posterior às datas (períodos) consignadas em referida norma, o mesmo ocorrendo em relação ao documento (ata de reunião colegiada extraordinária), não sendo razoável, portanto, sustentar a “intempestividade” das manifestações apresentadas por outros conselheiros/candidatos.

Do mesmo modo, a meu ver, a presunção de legitimidade do ato administrativo, que cassou a candidatura do agravante, se reforça, ainda mais, quando é patente a concessão de oportunidade de defesa durante o procedimento, momento em que o ora recorrente limitou-se, tão somente, a fundamentar-se na realização da questionada reunião colegiada, que teria autorizado sua entrevista ao periódico jornalístico (fls. 41) e, após, com a constatação de que a mesma (reunião) não teria ocorrido, com grande possibilidade de falsificação do documento (ata), novamente aberta a chance de defender-se, o agravante apenas disse que nada tinha a declarar, vez que “tudo foi declarado pela minha defesa escrita” (fls. 47).

Portanto, ainda que lhe tenha sido concedido o direito de defesa, o agravante preferiu permanecer inerte, sequer pleiteando novo interrogatório dos subscritores da ata de reunião questionada, não apresentando testemunhas ou qualquer outros documentos que pudessem atestar a regularidade (autorização) de sua entrevista ao Jornal “Aqui Maranhão”, em que, indubitavelmente, lhe fora possibilitada visibilidade, com a presença de foto, nome e demais dados referentes a sua pessoa.

Quanto à alegação de que o procedimento também teria sido ilegal, por não ter havido a participação (manifestação) do Ministério Público, tenho que, nos mesmos moldes, tal fato deve ser apurado durante a instrução processual, sob pena de, em patente supressão de instância, este Tribunal *ad quem* decidir sobre matéria não versada na decisão recorrida. Ademais, o agravante sequer juntou aos autos qualquer certidão expedida pelo Órgão Ministerial acerca de sua não manifestação sobre o processo de cassação de sua candidatura.

Diante do exposto e de acordo com o Parecer do Ministério Público, **NEGO PROVIMENTO AO PRESENTE AGRAVO DE INSTRUMENTO**, para os fins de manter, em seus integrais fundamentos, a decisão proferida pelo Juízo *a quo*.

É como **VOTO**.

Sala das sessões da Quarta Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, em São Luís, 6 de dezembro de 2011.

Desa. Anildes de Jesus Bernardes Chaves Cruz  
Relatora

**JURISPRUDÊNCIA  
CRIMINAL**

PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL  
SESSÃO DO DIA 30 DE AGOSTO DE 2011  
HABEAS CORPUS Nº. 019265/2001 – SÃO LUÍS

Paciente: José Maria Chaves Neto  
Impetrante: Kleicy Luiz Reis e Silva  
Impetrado: Juiz de Direito da Vara Especial de Violência Domestica e Familiar  
Contra a Mulher  
Relator: Des. Raimundo Nonato Magalhães Melo

ACÓRDÃO Nº. 106.801/2011

EMENTA

*HABEAS CORPUS*. LEI MARIA DA PENHA. VIOLÊNCIA DOMESTICA. CRIME DE AMEAÇA. LESÃO CORPORAL. PRISÃO PREVENTIVA. SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA. REGIME SEMIABERTO. EXCESSO DE PRAZO CONFIGURADO. ORDEM CONCEDIDA.

1. Atualmente o paciente se encontra recolhido em regime mais gravoso do que determinado na sentença penal condenatória.
2. Recurso exclusivo da defesa.
3. Contradição entre o que restou determinado na sentença e regime do ergástulo provisório do paciente.
4. Ordem concedida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos em que são partes as acima indicadas, ACORDAM os Senhores Desembargadores da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, por unanimidade e de forma uníssona ao parecer da Procuradoria Geral de Justiça, em conceder a ordem, nos termos do voto do Desembargador Relator.

Participaram do julgamento, além do signatário, os Excelentíssimos Desembargadores Antonio Fernando Bayma Araújo (Presidente), Raimundo Nonato Magalhães Melo (Relator) e José Luis Oliveira de Almeida (membro).

Funcionou pela Procuradoria Geral de Justiça o Dr. Suvamy Vivekananda Meireles.

São Luís, 30 de agosto de 2011.

Desembargador Raimundo Nonato Magalhães Melo  
Relator

## RELATÓRIO

Trata-se de *habeas corpus* interposto pela advogada KLEICY LUIZ REIS E SILVA, em favor do paciente JOSÉ MARIA CHAVES NETO, preso preventivamente, por decisão da autoridade apontada como coatora – JUIZ DE DIREITO DA VARA ESPECIAL DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER - em face de imputação da prática prevista no art. 147 e 129, ambos do Código Penal, com incidência da Lei Maria da Penha, em virtude de o acusado ter agredido fisicamente a Vítima e proferindo ameaças contra sua ex-namorada.

Aduz que o Paciente está preso desde 25 de novembro de 2010, perfazendo, até a presente data, um total de 09 (nove) meses, preso preventivamente, pelo fato apontado na denúncia, assim descrito: “o acusado invadiu a residência de sua madrasta, onde a vítima se encontrava, e inopinadamente passou a desferir socos no rosto da vítima, jogando-a ao chão, batendo sua cabeça no solo e queimando a mesma em várias partes do corpo com um ferro de engomar roupas. Não bastasse tais atos, após a vítima conseguir se desvencilhar do acusado, este ainda correu atrás dela com uma faca em mãos, ameaçando matá-la.

Alega ainda que o Paciente foi condenado a pena de 17 (dezesete) meses de detenção em regime semiaberto, contudo lhe foi negado o direito de apelar em liberdade.

Aduz haver constrangimento ilegal por excesso de prazo, pois, preso há 09(nove) meses, alega já ter cumprido metade da pena pela qual fora condenado.

Após a notificação, a autoridade coatora limitou-se a informar atos do processo, relatando ao final, que não pode prestar maiores informações, em razão de os autos se encontrarem nesta instância, com recurso.

Na sentença penal condenatória a autoridade indigitada coatora negou o direito de apelar em liberdade ao paciente sob a seguinte justificativa: a manutenção da prisão processual do acusado, na visão deste julgador mostra-se realmente necessária para garantia da ordem pública, objetivando acautelar a credibilidade da justiça em razão da gravidade do crime, da culpabilidade, da intensidade do dolo com que o crime de lesão corporal foi praticado por ele e a repercussão que o delito causou na comunidade, uma vez que a prisão preventiva não tem como único e exclusivo objetivo prevenir a prática de novos crimes por parte do agente, como exaustivamente tem sido ressaltado pela doutrina

pátria, já que evitar a reiteração criminosa constitui apenas um dos aspectos desta espécie de custódia cautelar.

Instada a se manifestar, a Procuradoria Geral de Justiça, em parecer da lavra da Procuradoria Maria dos Remédios F. Serra, opinou pela denegação da ordem.

É o relatório.

## VOTO

Conforme relatado, ocorreu à prisão preventiva do Paciente no dia 25 de novembro de 2010, sendo que até o dia de hoje, há notícias de que a citada prisão ainda persistia.

Conforme prescreve a lei Maria da Penha, a prisão preventiva é admitida nos delitos cometidos mediante violência doméstica. Todavia, para que se justifique a prisão é preciso saber qual o crime imputado, para conferir se a prisão preventiva não está sendo cumprida em regime mais gravoso que aquele a que pode ser condenado.

*In casu*, considerando que o Paciente foi condenado a pena de detenção, cujo regime de cumprimento – em regra – não poderá ser mais rigoroso do que o semiaberto, apresenta-se uma contradição, ao exigir prisão preventiva – com regras do regime fechado – em regime mais rigoroso, antes da condenação transitada em julgado.

Sem esquecer que não há prisão perpétua, e que a pena pela qual o paciente fora condenado, pelos crimes de ameaça e lesão corporal, foi curta (17 meses – 1 ano e 5 meses), já tendo cumprido mais da metade desta (09 meses), não se podendo permitir que o processo se arraste, com o réu preso em regime mais gravoso.

Ressalto que a sentença penal condenatória já transitou em julgado para a acusação. Logo, a pena não poderá ser majorada ao paciente, em respeito ao princípio da *Non reformatio in pejus*.

ANTE O EXPOSTO, concedo a ordem para o só fim de determinar a soltura do paciente Sr. JOSÉ MARIA CHAVES NETO, salvo se por outro motivo não estiver preso, sem qualquer prejuízo ao andamento da ação penal em curso, bem como deverá prestar compromisso perante a autoridade indigitada coatora, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas de comparecer a todos os atos do processo, e, ao final, advertindo-o de que deverá manter uma distância mínima de sua ex-companheira, FLEIDILANE



ALVES PEREIRA HIRAI, de, no mínimo, 500 (quinhentos) metros, sob pena de revogação IMEDIATA desta decisão.

Notifique-se a vítima, a Sra. FLEIDILANE ALVES PEREIRA HIRAI, no endereço indicado às fls. 23, acerca do teor desta decisão, consoante a atual exigência do Código de Processo Penal brasileiro, instruindo-a de que o Paciente JOSÉ MARIA CHAVES NETO deverá manter-se distante de sua pessoa, por, no mínimo, 500m (quinhentos metros) de distância, sob pena de imediata revogação desta decisão.

Cumpra-se.

São Luís, 30 de agosto de 2011.

Des. Raimundo Nonato Magalhães Melo  
Relator

PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL  
SESSÃO DO DIA 6 DE DEZEMBRO DE 2011  
APELAÇÃO CRIMINAL Nº. 027763/2011 – PAÇO DO LUMIAR/MA

Apelante: Manoel Mábenes Cruz da Fonseca  
Advogados: João Gabriel Maya Rosa Guará e outros  
Apelado: Ministério Público Estadual  
Relator: Des. José Luiz Oliveira de Almeida

ACÓRDÃO Nº. 109.111/2011

EMENTA

APELAÇÃO CRIMINAL. EX-PREFEITO. DISPENSA OU INELEGIBILIDADE DE LICITAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES PREVISTAS EM LEI. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO POR AUSÊNCIA DO DOLO ESPECÍFICO. INVIABILIDADE. CRIME DE MERA CONDUTA. REDIMENSIONAMENTO DA RESPOSTA PENAL. POSSIBILIDADE. PROVIMENTO PARCIAL DO APELO.

1. Incabível o pleito absolutório fundado na inexistência do elemento subjetivo específico para a consumação do crime, vez que este se perfaz com a mera dispensa ou afirmação de que a licitação é inexigível, fora das hipóteses previstas em lei, enfim, independente de qualquer resultado naturalístico.
2. O acréscimo da pena-base acima do mínimo legal, em face da existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, somente é possível quando há fundamentação idônea para tanto, baseada em elementos concretos dos autos, caso contrário, impõe-se a sua modificação.
3. Deve-se operar a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos sempre que, satisfeitos os requisitos do art. 44, do Código Penal, esta se mostrar suficiente e adequada para a prevenção e repressão do delito.
4. Provimento parcial do recurso para, tão somente, redimensionar a reprimenda fixada na sentença condenatória, e, nesse passo, converter a pena privativa de liberdade em restritiva de direitos.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos em que são partes as acima indicadas, ACORDAM os Senhores Desembargadores da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, por unanimidade e de acordo com o parecer da Procuradoria Geral de Justiça, adequado em banca, em dar parcial provimento ao recurso interposto, a fim de modificar a pena imposta na sentença

vergastada, fixando-a em 03 (três) anos de detenção e 10 (dez) dias-multa, em caráter definitivo, a ser cumprida em regime aberto, convertida a sanção corporal em duas penas restritivas de direitos, nos termos do voto do Desembargador Relator.

Participaram do julgamento os Excelentíssimos Senhores Desembargadores Raimundo Nonato Magalhães Melo (Presidente), José Luiz Oliveira de Almeida e Maria dos Remédios Buna Costa Magalhães. Presente pela Procuradoria Geral de Justiça o Dr. Joaquim Henrique de Carvalho Lobato.

São Luís, 6 de dezembro de 2011.

Des. José Luiz Oliveira de Almeida  
Relator

## RELATÓRIO

Cuida-se de apelação criminal, interposta por Manoel Mábenes Cruz da Fonseca, por meio dos seus advogados, contra a sentença de fls. 1427/1435, que o condenou à pena de 04 (quatro) anos de detenção, a ser cumprida em regime aberto, além do pagamento de 100 (cem) dias-multa, estabelecida em 01 (um) salário mínimo vigente à época do fato (R\$ 200,00), pela prática do crime capitulado no art. 89, da Lei 8.666/2003.

Da inicial acusatória de fls. 02/11, apanho o seguinte relato:

[...]

“Segundo consta das anexas peças de informação, que ficam fazendo parte integrante desta inicial, o denunciado, enquanto gestor Municipal de Paço do Lumiar/MA, teve desaprovadas as contas pelo Tribunal de Contas do Estado, referente ao exercício financeiro de 2002.

De início, consoante o Acórdão PL –TCE n. 76/2007, de 14 de fevereiro de 2007, o denunciado foi responsabilizado pessoalmente pelas irregularidades apresentadas na Prestação de Contas do exercício de 2002, inclusive com aplicação de multas correspondentes a R\$ 2.000,00 (dois mil reais) e R\$ 30.000,00 (trinta mil reais).

De acordo com a análise técnica do Tribunal de Contas do Estado, por ocasião da apreciação da prestação de contas de responsabilidade do denunciado, foi constatada a ausência de processos licitatórios e de conciliações bancárias, fragmentação de despesas, dispensa de licitação indevida, dentre outros, do que restou impossível a verificação quanto ao correto processamento da despesa e arrecadação da receita”. [...]

A denúncia veio instruída com os autos do processo administrativo nº 5363AD/2007 – TCE/Prefeitura de Paço do Lumiar, notadamente, com o parecer prévio de fls. 62/68.

A prefacial foi recebida às fls. 1324.

Durante a instrução criminal, foram ouvidas as testemunhas arroladas na denúncia, Teresa Christina Pinto Silva Brito e José Gonçalves de Sousa Leite, cujos depoimentos foram registrados em mídia óptica (fls. 1348).

Termo de qualificação e interrogatório do acusado, às fls. 1374/1375.

Após o encerramento da instrução, sem diligências (fls. 1373), o *Parquet* estadual apresentou suas alegações derradeiras (fls. 1379/1381), na qual requereu a condenação do réu, nos termos da denúncia.

A defesa, na mesma fase processual, pleiteou a absolvição do acusado, haja vista a ausência de dolo na sua conduta (fls. 1383/1396).

Conclusos os autos ao juízo de base, sobreveio sentença, para, acolhendo parcialmente o pedido formulado na denúncia, condenar Manoel Mábenes Cruz da Fonseca como incurso apenas no art. 89, da Lei 8.666/93, sendo-lhe fixada a pena de 04 (quatro) anos de detenção, além do pagamento de 100 (cem) dias-multa, em 01 (um) salário mínimo vigente à época do fato (R\$ 200,00), concedendo-lhe o direito de apelar em liberdade.

Inconformado, o réu, então, insurge-se contra a decisão condenatória, alegando, em síntese, que não há comprovação do elemento subjetivo necessário à configuração do delito (fls. 1447/1459).

Nas contrarrazões de fls. 1464/1465, o Ministério Público Estadual, por meio do seu representante legal, manifestou-se pelo desprovimento do apelo, com a consequente confirmação da sentença que condenou o réu.

Em parecer da lavra da procuradora Domingas de Jesus Froz Gomes, o Ministério Público de segundo grau, às fls. 1476/1481, opinou pelo improvimento do recurso interposto, para que seja mantida a sentença de base, por haver provas da materialidade delitiva e indícios suficientes de autoria.

É o relatório.

## VOTO

Presentes estão os pressupostos de admissibilidade do recurso, razão pela qual merece ser conhecido.

Consoante relatado, Manoel Mábenes Cruz da Fonseca, na qualidade de prefeito municipal de Paço do Lumiar/MA, teve desaprovadas as contas públicas pelo Tribunal de Contas do Estado, referente ao exercício financeiro de 2002, inclusive com aplicação de multas correspondentes a R\$ 2.000,00 (dois mil reais) e R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), evidenciando a malversação do dinheiro público, e, em consequência, o tipo penal descrito no art. 1º, II, do Decreto-Lei 201/67, c/c art. 89, da Lei nº 8.666/93.

Ante a análise do quadro probatório, o MM. Juiz de Direito da 1ª Vara da Comarca de Paço do Lumiar entendeu devesse condenar o denunciado apenas pela prática do crime previsto no art. 89, da Lei nº 8.666/93, restando-lhe estabelecida a pena de 04 (quatro) anos de detenção, a ser cumprida em regime aberto, e ao pagamento de 100 (cem) dias-multa, estabelecida em 01 (um) salário mínimo vigente à época do fato.

Irresignado, Manoel Mábenes Cruz da Fonseca, por meio dos seus procuradores, interpôs o presente apelo, no qual aduz, em essência (fls. 1447/1459):

I – que não existe dolo na sua conduta, ou seja, não há evidências de que tinha a intenção de **suprimir** licitação;

II – que as provas documentais em que se firma a acusação, como ordens de pagamento e empenho, não servem para comprovar o dolo específico do recorrente em fragmentar despesas;

III – que não restou demonstrada qual das três condutas previstas no art. 89, da Lei nº 8.666/93 foi especificamente atribuída ao apelante; e

IV – que, finalmente, não há fundamentação idônea para considerar desfavoráveis, ao recorrente, as circunstâncias judiciais dispostas no art. 59, do Código Penal, sendo possível o redimensionamento da pena-base.

Requer, com fulcro nesses argumentos, seja declarada a sua absolvição, ou, subsidiariamente, a redução da pena ao mínimo legal prevista para o crime, com a consequente aplicação do art. 44, do Código Penal.

Como se vê, a linha defensiva do apelo circunscreve-se, em suma, à inexistência do elemento anímico específico necessário para caracterizar o crime em tela, ou

seja, à ausência da vontade livre e consciente de superar o procedimento licitatório, a inviabilizar um édito condenatório contra o recorrente.

Inobstante os respeitáveis argumentos delineados pela defesa a fim de pugnar pela absolvição, deles não comungo, pelas razões que passo a expor adiante.

O tipo penal em apreço, atinente à Lei nº. 8.666/93, dispõe:

Art. 89. Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade:

Pena - detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa.

Na espécie, do que consta da farta documentação acostada aos autos, em especial a análise técnica do Tribunal de Contas do Estado do Maranhão (fls. 62/68), restou constatada a conduta do apelante em dispensar licitação com recursos do FUNDEF, com demais recursos da educação, com recursos da saúde, fragmentação de despesas na aquisição de bens e serviços, entre outras irregularidades, resultando na desaprovação das contas públicas e aplicação de multa, decisão esta com livre trânsito em julgado (fls. 74).

Evidenciada, portanto, a existência do crime. A autoria, na mesma senda, restou comprovada, como se vê, além das provas documentais, dos depoimentos registrados em mídia óptica (fls. 1348).

Nesse íterim, é de relevo destacar o depoimento da testemunha Tereza Christina Pinto Silva Brito, que, na qualidade de auditora fiscal que avalizou o relatório técnico do Tribunal de Contas, constatou, à época, irregularidades referentes à dispensa de processo licitatório e fracionamento de despesas, na gestão dos recursos públicos da Prefeitura Municipal de Paço do Lumiar, representada, à época, pelo recorrente.

No mesmo sentido é o depoimento de José Gonçalves de Sousa Leite, o qual afirma a existência de indícios de inidoneidade nas notas fiscais enviadas ao Tribunal de Contas, a falta de envio dos processos licitatórios supostamente realizados pelo ex-prefeito, ora apelante, de modo que não puderam ser analisados, e a existência de uma infinidade de despesas fragmentadas na modalidade de “convite”, com o fito de burlar a obrigatoriedade da licitação.

Pois bem. A existência do crime está suficientemente evidenciada, bem assim a autoria, à luz das provas coligidas.

Portanto, conquanto o apelante pretenda se esquivar da conduta praticada, no intuito de atribuí-la à Comissão de Licitação, as ordens de pagamento carreadas aos autos, e que serviram para sustentar a condenação, estão subscritas por ele, ao autorizar, pessoalmente, a realização das despesas.

Assim, para mim, presente, na espécie, a vontade livre e consciente dirigida a superar a necessidade de licitação, elemento subjetivo essencial à caracterização do delito em exame.

Ademais, conforme já enfatizei anteriormente em meus julgados, filio-me à corrente de que, para a configuração da figura penal descrita pelo art. 89, da Lei nº 8.666/93, em tese, é suficiente o simples descumprimento da obrigação de licitar, consistente em uma abstenção, sem a caracterização do dolo específico de auferir vantagem com essa omissão, enfim:

A simples leitura do *caput* do art. 89, da Lei nº 8.666/93 não possibilita qualquer conclusão no sentido de que para a configuração do tipo penal ali previsto exige-se qualquer elemento de caráter subjetivo diverso do dolo. Ou seja, dito em outras palavras, não há qualquer motivo para se concluir que o tipo em foco exige um ânimo, uma tendência, uma finalidade dotada de especificidade própria, e isso, é importante destacar, não decorre do simples fato de a redação do art. 89, *caput*, da Lei nº 8.666/93, ao contrário do que se passa, apenas à (sic) título exemplificativo, com a do art. 90, da Lei nº 8.666/93, não contemplar qualquer expressão como "com o fim de", "com o intuito de", "a fim de", etc. Aqui, o desvalor da ação se esgota no dolo, é dizer, a finalidade, a razão que moveu o agente ao dispensar ou inexigir a licitação fora das hipóteses previstas em lei é de análise desnecessária.

**II - Ainda, o crime se perfaz, com a mera dispensa ou afirmação de que a licitação é inexigível, fora das hipóteses previstas em lei, tendo o agente consciência dessa circunstância.** Isto é, não se exige qualquer resultado naturalístico para a sua consumação (efetivo prejuízo para o erário, por exemplo).<sup>55</sup> (sem destaques no original)

Nessa linha de pensar, é reiterada a jurisprudência da Corte Superior de Justiça, como pode se depreender do fragmento de ementa abaixo transcrito, *in litteris*:

---

<sup>55</sup> STJ - REsp 991880/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 28/02/2008, DJe 28/04/2008.

No que tange à caracterização do ilícito previsto no artigo 89 da Lei 8.666/1993, ao contrário do que sustentado na inicial do *writ*, é dispensável a comprovação de que teria ocorrido prejuízo ao erário, sendo suficiente a ocorrência de dispensa irregular de licitação ou a não observação das formalidades legais, consoante a reiterada jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, que também afasta a necessidade de dolo específico para que o crime se configure.<sup>56</sup>

No mesmo diapasão:

Segundo a jurisprudência mais recente de ambas as Turmas integrantes da Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, o crime previsto no art. 89 da Lei 8.666/93 ("dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade") é de mera conduta, não se exigindo a constatação de resultado naturalístico (demonstração de efetivo prejuízo para a Administração Pública) para a sua consumação.<sup>57</sup>

Destarte, conquanto a defesa pretenda afastar o elemento volitivo da conduta do denunciante, entendo, na esteira do que ponderou o Ministério Público de segundo grau, em sua manifestação de fls. 1476/1481, que os delitos *sub examine* são de mera conduta, de modo que não exige, portanto, a figura do dolo específico, bastando o simples descumprimento da regra imposta.

Cumpre realçar, nesse contexto, que a farta documentação não deixa dúvidas quanto à quantidade de serviços e despesas contratados sem a devida observância do procedimento licitatório, nas quais aparece, nominalmente, o apelante, gestor municipal à época, fatos que conduzem, a meu sentir, à tipificação do ilícito em tela.

Nesse norte, é preciso manter-se em mira que a norma em destaque, a meu sentir, constitui-se em importante mecanismo de controle da administração pública, concretizador do princípio constitucional da moralidade administrativa.

Não se exige, pois, reafirmo, efetiva lesão ao erário público para a caracterização do ilícito penal (embora a tutela do erário público esteja, também, ainda que reflexamente, inserida no escopo de proteção da norma).

---

<sup>56</sup> HC 109.039/BA, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 14/06/2011, DJe 30/06/2011.

<sup>57</sup> HC 159.896/RN, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), SEXTA TURMA, julgado em 19/05/2011, DJe 15/06/2011.



A inquestionável importância no adequado trato da coisa pública norteou a atividade legiferante à uma resposta mais contundente do Estado-Juiz, incriminando e penalizando a conduta do gestor público que não observa, rigorosamente, as regras e procedimentos atinentes à realização de despesas e prestação de contas.

Enfim, a conduta de descumprir as normas referentes ao procedimento licitatório, por si só, já representa a prática de atos abusivos por parte do gestor da *res pública*.

Por essas razões é que, reafirmo, as provas produzidas são aptas a demonstrar a materialidade delitiva, bem como sua autoria, direcionada ao apelante, fato que torna inviável a pretensão absolutória.

Noutro giro, entendo ser possível o redimensionamento da pena fixada na sentença condenatória. Vejamos.

Para melhor compreensão do tema, trago à colação o excerto da sentença que aqui interessa (fls. 1434/1435), qual seja, o que trata da dosimetria da pena, *verbo ad verbum*:

[...]

A **culpabilidade** encontra-se patente pelas provas coligidas nos autos, materializando-se na reprovação incidente sobre sua conduta, plenamente consciente da ilicitude e da reprovabilidade de seu comportamento.

Seus **antecedentes** lhe são favoráveis, não havendo notícia de condenações transitada em julgado.

Sua **conduta social** revela-se incompatível com a sociedade de Paço do Lumiar, no sentido de que da própria condição de Prefeito (na época dos fatos), esperava-se que o réu tivesse uma conduta social adequado.

O réu mostrou-se insensível durante o interrogatório. Sua **personalidade** revela-se compatível com seu grau de instrução e classe social a que pertence, contudo praticou a conduta com evidente desvio de caráter.

O **motivo do crime** é censurável, consistente no aumento de seu patrimônio em detrimento do patrimônio do Município e da sociedade.

As **circunstâncias do crime** são desfavoráveis ao réu, sendo praticado em fraude ao processo licitatório.

As **conseqüências do crime** foram prejudiciais ao patrimônio público, que não alcançou a proposta mais vantajosa para a prestação do serviço realizado.

Não se pode afirmar que o **comportamento da vítima** fez surgir no réu o impulso delitivo. (Sic – Destaques constam no original)

Da leitura do referido trecho do édito condenatório, é possível observar, claramente, que o juiz sentenciante, ao valorar negativamente algumas das circunstâncias judiciais, elevou a pena-base para além do mínimo legal descrito em lei.

Cediço que a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis autoriza a exasperação da resposta penal acima do patamar mínimo legal, conforme já assentou a doutrina e jurisprudência pátrias.

Entretanto, *in casu*, entendo que agiu com excesso o togado singular, haja vista que, a meu ver, apenas formulações genéricas serviram para justificar o aumento em tela, ou elementos inerentes ao próprio tipo penal em apreço.

Ora, a culpabilidade intensificada pela consciência da ilicitude não é razão suficiente para ser negativamente sopesada, posto que disso depende a caracterização do delito. Nesse vértice:

Fundamentação relativa à culpabilidade que não permite a majoração da pena-base, pois a consciência do caráter ilícito das condutas é essencial para a configuração do crime, não sendo admitidos argumentos vagos acerca da alta culpabilidade do agente (Precedente).<sup>58</sup>

Da mesma maneira, a conduta social, os motivos e as circunstâncias e as consequências do crime, também não restaram justificadas de forma idônea, ao tratar, genericamente, dos fatores ínsitos ao crime cometido pelo apelante, já valorados, portanto, pelo próprio legislador no momento da elaboração da norma.

Por conseguinte, afastadas as circunstâncias judiciais desfavoráveis, é de rigor o redimensionamento da pena-base, a fim de reduzi-la para o piso legal previsto para o crime, ou seja, 03 (três) anos de detenção, e 10 (dez) dias-multa.

Fixo o regime aberto para o cumprimento da pena corporal, em consonância com o que prescreve o art. 33, § 2º, *c*, do Código Penal.

Mantenho a imposição da pena de multa em 01 (um) salário mínimo vigente à época do fato – R\$ 200,00 (duzentos reais), conforme disposto na decisão vergastada, a considerar a situação econômica do apelante, *ex vi* do art. 60, do *Codex* Penal.

---

<sup>58</sup> STJ - HC 184.977/ES, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 02/12/2010, DJe 13/12/2010.

Imperioso observar, nessa balada, que, em face da pena em concreto, ora fixada, e do afastamento das circunstâncias judiciais negativas, a substituição da pena, a meu sentir, é indicada para o caso em tela.

Assim, forçoso concluir que o apelante faz por merecer o *favor legis* estatuído pelo artigo 44, I, II e III, do CP, pois que preenche os seus pressupostos.

De todo o exposto, em desacordo com o parecer da d. Procuradoria de Justiça, sou pelo parcial provimento do recurso, no sentido de reduzir a pena definitiva imposta na sentença vergastada para o seu mínimo legal, em 03 (três) anos de detenção, a serem cumpridos em regime aberto, além do pagamento de 10 (dez) dias-multa, sendo a sanção corporal substituída por duas penas restritivas de direitos, sendo uma de prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, e outra de limitação de fim de semana, a ser designada pelo juiz da execução penal, cumulada à pena de multa imposta.

É como voto.

Sala das Sessões da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, em São Luís, 06 de dezembro de 2011.

Des. José Luiz Oliveira de Almeida  
Relator

SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL  
SESSÃO DO DIA 27 DE OUTUBRO DE 2011  
HABEAS CORPUS Nº. 022610/2011 – PAÇO DO LUMIAR/MA

Paciente: José de Jesus e Silva  
Impetrante: Defensoria Pública do Estado do Maranhão  
Defensor Público: Adriano Antunes Damasceno  
Autoridade Coatora: MM. Juíza de Direito da 2ª Vara da Comarca de Paço do Lumiar  
Relator: Des. Raimundo Nonato de Souza

ACÓRDÃO Nº. 108.061/2011

EMENTA

*HABEAS CORPUS* – PENAL – PROCESSUAL PENAL — ESTELIONATO – FALTA DE JUSTA CAUSA PARA A INSTAURAÇÃO DA AÇÃO PENAL – ATIPICIDADE DA CONDUITA – TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL – ORDEM CONCEDIDA.

1. A tipicidade imputada ao ora Paciente, prevista no artigo 171, *caput*, do Código Penal, não merece ser acolhida, haja vista não configurar crime a emissão de cheque pré-datado com posterior sustação, desde que por justo motivo, e no presente caso o justo motivo é atribuído à dificuldade financeira que o Paciente vem atravessando, constituindo assim, apenas um ilícito civil, não restando outra solução, senão, trancar a ação penal.
2. Ordem concedida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus*, em que figuram como partes as acima mencionadas. **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, em **CONCEDER** a ordem impetrada, para trancar-se a ação penal instaurada contra o ora Paciente, nos termos do voto proferido pelo Desembargador Relator.

Participaram do julgamento os Senhores Desembargadores, Raimundo Nonato de Souza (Presidente/Relator), Maria dos Remédios Buna Costa Magalhães e José Bernardo Silva Rodrigues.

Funcionou pela Procuradoria Geral de Justiça a Dr<sup>a</sup>. Regina Maria da Costa Leite.

São Luís, 27 de outubro de 2011

Des. Raimundo Nonato de Souza  
Relator

## RELATÓRIO

A **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO MARANHÃO**, representada pelo seu Defensor Público impetra a presente ordem de *Habeas Corpus* liberatório, com pedido de liminar, em favor de **JOSÉ DE JESUS E SILVA**, com fundamento nos artigos 5º, inciso LXVIII, da Constituição Federal e 647 e seguintes do Código de Processo Penal, ao argumento de que o mesmo está sofrendo constrangimento ilegal, em sua liberdade de locomoção, por parte da MM. Juíza de Direito da 2ª Vara da Comarca de Paço do Lumiar/MA.

Alega a Impetrante que o Paciente foi denunciado por ter emitido 06 (seis) cheques pré-datados em favor de José Francisco de Carvalho Oliveira como promessa de pagamento pela aquisição de fardos de açúcar e arroz, sustando-os em seguida, o que teria impedido o tomador de receber os valores acordados (Cf. denúncia anexa).

Aduz a Impetrante que a denúncia foi recebida sob o argumento de que a conduta, a despeito de não configurar o delito de fraude no pagamento por meio de cheque, poderia caracterizar, em tese, o delito de estelionato (art. 171, cabeça, do CPB).

Diz a Impetrante que nada obstante, é pacífico na Doutrina e na Jurisprudência o entendimento de que a emissão de cheques pré-datados e sua posterior sustação é atípica, sendo imperioso, portanto, o trancamento da ação penal.

Relata a Impetrante que na espécie, não há que se falar em fraude, elementar tanto do tipo previsto no § 2º do inciso VI (frustar pagamento) do artigo 171 quanto do contido na cabeça do dispositivo. Isso porque a emissão de cheque fora do contexto de ordem de pagamento à vista desnatura o título em questão, não se podendo afirmar, sequer em tese, que o tomador desconhecia o fato de recebê-lo como simples promessa de pagamento.

Transcreve a Impetrante jurisprudências sobre o assunto.

Ao final, requer a Impetrante a concessão da medida liminar e, no mérito, sua confirmação.

Juntou a Impetrante os documentos de fls. 09/17.

Os autos foram distribuídos ao Desembargador José Bernardo Silva Rodrigues no dia 16.08.2011 (fls. 18) e redistribuídos a mim no dia 24.08.2011 (fls. 26).

A liminar foi por mim indeferida (fls. 27/29).

Prestadas as informações de praxe e estilo, a MM. Juíza de Direito da 2ª Vara da Comarca de Paço do Lumiar/MA, às fls. 33/34, esclareceu em síntese que:

- José de Jesus e Silva foi denunciado pela representante do Ministério Público Estadual pela prática do crime previsto no art. 171, §2º, inciso VI, do Código Penal, por ter comprado diversas mercadorias da “Distribuidora Combate” e emitido pelas mesmas 06 (seis) cheques pré-datados, os quais foram por ele cancelados nas agências bancárias correspondentes, logo após a compra, ao argumento de que os teriam perdido.

- A denúncia foi recebida no dia 13.06.2006, com a consequente expedição do mandado de citação, o qual fora certificado, no dia 04.01.2007, a não localização do endereço declinado pelo mesmo nos autos.

- Remarcada a audiência de qualificação e interrogatório, fora determinada a citação do denunciado por meio de edital e, visando ao regular andamento do processo, solicitadas informações acerca do domicílio daquele junto ao seu cadastro eleitoral.

- Posteriormente, considerando que o denunciado, tido como inexistente no cadastro eleitoral, citado por meio de edital, não apresentou defesa e nem constituiu advogado, foi suspenso o processo, nos termos do art. 366 do CPP, lhe tendo sido nomeado defensor e, em garantia à conservação da prova, marcada a audiência de instrução.

- Na data agendada para audiência, comparecendo a vítima, esta informou que o denunciado continuava residindo no mesmo endereço declinado nos autos. Diante disso, entendi por renovar a citação pessoal daquele, notadamente para viabilizar o andamento do processo.

- Regularmente citado, o denunciado apresentou resposta escrita, por meio de advogado constituído, na qual arguiu inicialmente a ausência de justa causa para o prosseguimento do feito, por entender pela atipicidade da conduta atribuída, uma vez que, conforme entendimento do STJ o pagamento de cheque pré-datado não caracterizaria crime. No mérito, postulou pela sua absolvição sumária.

- Apreciando a resposta do denunciado, entendi que a conduta a ele imputada – de frustrar o pagamento, dando contra-ordem ao banco para que este não pagasse os cheques que havia emitido ao ofendido, se provado o dolo e o intuito fraudulento, embora não caracterizasse a prevista no art. 171, §2º, inciso VI, do Código Penal, poderia configurar a figura típica do art. 171, *caput*, do Código Penal, notadamente se considerado que a sustação teria sido baseada na informação por aquele prestada, de que tais títulos haviam sido perdidos, e o mesmo obteve vantagem em detrimento do patrimônio da vítima. Por tais razões, mantive o despacho de recebimento da denúncia e marquei nova

audiência de instrução, para a qual compareceu o Dr. José Carlos Mineiro que, apesar de não ter juntado instrumento procuratório, apresentou atestado médico em nome do denunciado solicitando o adiamento da mesma.

- Diante da justificativa de ausência do denunciado, a audiência acima referida fora suspensa e remarcada para o dia 24.11.2011, sendo que, até a presente data, o advogado supra referido não juntou a procuração.

- O processo aguarda a referida audiência.

Foram os autos encaminhados à d. Procuradoria Geral de Justiça e, em parecer da lavra do Dr. Suvamy Vivekananda Meireles, às fls. 43/50, "... manifesta-se [...] pelo conhecimento e concessão do *writ*, para trancar-se a ação penal instaurada contra o ora Paciente, vez que comprovada a atipicidade do fato pelo qual foi denunciado."

Vieram-me novamente conclusos os autos no dia 13.10.2011 (fls. 51).

É o relatório.

## VOTO

O embasamento da impetração consiste na falta de justa causa para a instauração da Ação Penal, por ausência de tipicidade na conduta do Paciente, redundando no trancamento da referida Ação Penal.

O cheque pré ou pós-datado não está devidamente regulamentado na legislação pátria, entretanto, tornou-se costumeiro no comércio a emissão desses títulos com data a ser paga futuramente, se constituindo na verdade como uma promessa de pagamento.

Pontuando que o cheque é uma ordem de pagamento à vista, não se adequando, portanto, ao caso sob exame, já que os títulos emitidos se tratam de cheques pré-datados que, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, são dados como garantia de dívida, ou seja, como mera promessa de pagamento.

Corroborando com esse entendimento, Guilherme de Souza Nucci, (*in* Código Penal Comentado. Ed. Revista dos Tribunais: São Paulo. 2009, p. 712), ao tratar do cheque pré-datado aduz que esse "... título de crédito de crédito tem por característica principal ser uma ordem de pagamento à vista. Por isso, quando alguém aceita o cheque para ser apresentado futuramente, em data posterior à da emissão, está recebendo o título como mera promessa de pagamento".

Desta feita a tipicidade imputada ao ora Paciente, prevista no artigo 171, *caput*, do Código Penal, não merece ser acolhida, haja vista não configurar crime a emissão

de cheque pré-datado com posterior sustação, desde que por justo motivo, e no presente caso o justo motivo é atribuído à dificuldade financeira que o Paciente vem atravessando, constituindo assim, apenas um ilícito civil.

Portanto, é notória a atipicidade da conduta imputada ao Paciente, haja vista que o cheque pré-datado tem como finalidade garantir uma dívida, havendo dessa forma, uma desvirtuação da função para a qual o cheque foi destinado, qual seja, a ordem de pagamento à vista.

Com o intuito de reforçar esse entendimento vale transcrever o julgado do Superior Tribunal de Justiça:

*HABEAS CORPUS. ESTELIONATO. [ART. 171](#), CAPUT, DO CÓDIGO PENAL. FRUSTRAÇÃO NO PAGAMENTO DE CHEQUE PRÉ-DATADO. PEDIDO DE TRANCAMENTO. ATIPICIDADE. PROCEDÊNCIA. 1. Esta Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça tem proclamado que a frustração no pagamento de cheque pré-datado não caracteriza o crime de estelionato, seja na forma do caput do [art. 171](#) do Código Penal, ou na do seu § 2º, inciso VI. 2. Isso porque o cheque pós-datado, popularmente conhecido como pré-datado, não se cuida de ordem de pagamento à vista, mas, sim, de garantia de dívida. 3. Ressalva do entendimento do Relator no sentido de que a frustração no pagamento de cheque pós-datado, a depender do caso concreto, pode consubstanciar infração ao preceito proibitivo do [art. 171](#), caput, desde que demonstrada na denúncia, e pelos elementos de cognição que a acompanham, a intenção deliberada de obtenção de vantagem ilícita por meio ardil ou o artifício. 4. Ordem concedida. (STJ - Habeas Corpus nº 121628/SC (2008/0259302-8), 6ª Turma - Rel. Og Fernandes - DJe 29.03.2010).*

Dessa forma, é totalmente plausível a alegação do Impetrante no que concerne a ausência de justa causa para a instauração da Ação Penal, uma vez que, o delito imputado ao Paciente é totalmente atípico por não encontrar correspondência nas leis penais, conforme já afirmado anteriormente, e ainda pelos documentos acostados aos autos.

Assim, comprovada a falta de justa causa pela atipicidade da conduta do Paciente, deve ser trancada a Ação Penal.

Ante o exposto, e de acordo com o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça, CONCEDO a ordem, para trancar a ação penal instaurada contra o Paciente, vez que comprovada a atipicidade do fato pelo qual foi denunciado.



É como voto.

Sala das Sessões da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de  
Justiça do Estado do Maranhão, em São Luís, 27 de outubro de 2011.

Des. Raimundo Nonato de Souza  
Presidente e Relator

SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL  
SESSÃO DO DIA 27 DE OUTUBRO DE 2011  
RECURSO EM SENTIDO ESTRITO Nº. 025474/2011 – PIO XII/MA

Recorrente: Annes Lima Silva Souza  
Advogados: Francisca Marlúcia de Mesquita Carneiro Viana e José de Ribamar Viana  
Recorridos: Francisco de Assis Costa Filho, Manoel Ferreira da Silva Júnior, Oscar Oliveira Lima, Edmundo Gregório de Oliveira, Josué de Sousa Lima e Raimundo Nonato Cândido Costa.  
Relator: Des. José Bernardo Silva Rodrigues

ACÓRDÃO Nº. 107.760/2011

EMENTA

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. ARTS. 138 E 141, III, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. IMPUTAÇÃO FALSA DE CRIME DE DANO. VEREADOR. IMUNIDADE PARLAMENTAR. ART. 29, VIII, DA CF/88. LIMITE FUNCIONAL E TERRITORIAL. *INTERNET* E RÁDIO. ATIPICIDADE. RECURSO CONHECIDO E NEGADO PROVIMENTO.

1. A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 29, inciso VIII, prevê, expressamente, a inviolabilidade dos Vereadores “por suas opiniões, palavras e votos no exercício do mandato e na circunscrição do Município”.
2. A imunidade material dos Vereadores encontra uma limitação funcional e outra territorial.
3. O Supremo Tribunal Federal tem farta jurisprudência no sentido de que a inviolabilidade parlamentar material alcança as entrevistas jornalísticas, a transmissão para a imprensa, do conteúdo de pronunciamentos ou de relatórios produzidos nas Casas Legislativas e as declarações feitas aos meios de comunicação social, vez que constituem o prolongamento natural do exercício das funções parlamentares, desde que vinculadas ao desempenho do mandato.
4. Recurso conhecido e não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que figuram como partes os acima mencionados, ACORDAM os Excelentíssimos Senhores Desembargadores da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, unanimemente e

de acordo com o parecer da Procuradoria Geral de Justiça, em negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Desembargador Relator.

Votaram os Senhores Desembargadores José Bernardo Silva Rodrigues – Relator, Maria dos Remédios Buna Costa Magalhães e Raimundo Nonato de Souza – Presidente.

Funcionou pela Procuradoria Geral de Justiça a Dra. Regina Maria da Costa Leite.

Sala das Sessões da Egrégia Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, em São Luís, 27 de outubro de 2011.

Des. José Bernardo Silva Rodrigues  
Relator

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso em Sentido Estrito interposto por **ANNES LIMA SILVA SOUZA** (fl. 31), contra decisão proferida pelo MM Juiz de Direito da Comarca de Pio XII/MA, que **rejeitou a queixa-crime** contra **FRANCISCO DE ASSIS COSTA FILHO, MANOEL FERREIRA DA SILVA JÚNIOR, OSCAR OLIVEIRA LIMA, EDMUNDO GREGÓRIO DE OLIVEIRA, JOSUÉ DE SOUSA LIMA e RAIMUNDO NONATO CÂNDIDO COSTA**, por falta de tipicidade da conduta, não havendo como imputar a prática do crime previsto no art. 138 c/c art. 141, III, ambos do Código Penal, mormente por se tratar de imunidade material de Vereador.

Em suas **razões** de fls. 32-40, a Defesa sustenta a tese de que a recorrente teve sua honra denegrada pelos recorridos (Vereadores), uma vez que, em suposta nota de esclarecimento, por ocasião da votação do projeto de lei que aprovou o plano de carreira, cargos e salários dos professores de Pio XII, no dia 16 de dezembro de 2009, tornaram pública a seguinte assertiva: “... *assistimos a mães de família, como Dona Annes, esposa do sindicalista e professor Gilcênio, a jogar pedras no carro particular de outras pessoas que também assistiam à sessão.*”

Sustenta que a imunidade parlamentar de vereador não é absoluta, estando vinculada ao estrito exercício do mandato, bem como, aos limites geográficos do município.

Alega ainda, que as imputações falsas com relação à recorrente foram levadas a conhecimento de terceiros **via internet e rádio**, extrapolando assim as fronteiras territoriais do município de Pio XII/MA.

Em decisão de fl. 41, o juízo *a quo* manteve a sentença.

Intimados os recorridos para a apresentação das contrarrazões, quedaram-se inertes (fl. 43).

O Órgão Ministerial de primeira instância manifestou-se, às fls. 46/49, pelo improvimento do recurso e consequente manutenção da sentença.

Encaminhados os autos à **Procuradoria Geral de Justiça**. Esta opinou, por meio de parecer da lavra do Dr. Krishnamurti Lopes Mendes França, pelo **conhecimento e improvimento** do recurso. (fls. 56-67)

É o relatório.

#### VOTO

Presentes os pressupostos recursais, conheço do recurso.

A questão cinge-se em saber se as declarações extrapolaram os limites da imunidade material dos Vereadores, assegurada constitucionalmente.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 29, inciso VIII, prevê, expressamente, a inviolabilidade dos Vereadores “por suas opiniões, palavras e votos no exercício do mandato e na circunscrição do Município”.

A imunidade material é medida que visa proporcionar aos Vereadores plena liberdade nas diversas formas de manifestações ligadas ao exercício de seu mandato parlamentar.

Este direito de ordem política, não pertence à pessoa física do edil, mas sim ao cargo que este exerce no interesse da comunidade, adquirindo, inclusive, *status* de indisponibilidade.

De um modo geral, a imunidade material dos Vereadores encontra uma limitação funcional e outra territorial.

Por limitação funcional entende-se que esta imunidade está restrita ao exercício do mandato parlamentar.

Hely Lopes Meirelles (Direito Municipal Brasileiro, Malheiros, 16<sup>a</sup> ed., 2008, p. 637) ensina que a imunidade material abrange “todas as manifestações que tenham relação com o exercício do mandato, ainda que produzidas fora do recinto da casa legislativa”. Ou seja, presente “o necessário nexó entre o exercício do mandato e a manifestação do vereador, há de se preponderar à inviolabilidade constitucionalmente assegurada”.

Portanto, em linhas gerais, entende-se que esta limitação funcional pauta-se pela existência de um nexó entre a manifestação exarada pelo Vereador e o exercício de seu *munus* público, independente desta produzir-se dentro ou fora do recinto da Casa Legislativa, protegendo, acima de tudo, a Instituição.

*In casu*, as imputações consideradas moralmente ofensivas pela recorrente foram veiculadas por intermédio de nota de esclarecimento sobre aprovação de plano de carreira dos professores de Pio XII/MA, conforme evidenciado às fls. 13 e 13v, ou seja, em estreita conexão com o exercício da vereança.

A limitação territorial prevista pelo constituinte, por sua vez, prevê que a imunidade material dos Vereadores está adstrita à circunscrição do município, desde que, evidentemente, guarde nexó com o exercício do mandato.

Nesse sentido, manifestou-se o Supremo Tribunal Federal: “a proteção constitucional inscrita no art. 29, VIII, da Carta Política, estende-se – observados os limites da circunscrição territorial do Município – aos atos do Vereador praticados *ratione officii*, qualquer que tenha sido o local de sua manifestação (dentro ou fora da Câmara Municipal)” (HC 74.201/MG, Rel. Celso de Mello, RTJ, 169/969).

E, neste ponto, a recorrente questiona que os limites municipais foram extrapolados, pois as imputações foram levadas a conhecimento de terceiros e veiculadas via *internet* e rádio.

Sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal tem farta jurisprudência, na direção de que a inviolabilidade parlamentar material alcança as entrevistas jornalísticas, a transmissão para a imprensa, do conteúdo de pronunciamentos ou de relatórios produzidos nas Casas Legislativas e as declarações feitas aos meios de comunicação social, vez que constituem o prolongamento natural do exercício das funções parlamentares, desde que

vinculadas ao desempenho do mandato. ([Inq 2.332-AgR](#), Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 10-2-2011, Plenário, *DJE* de 1º-3-2011.)<sup>59</sup>

Ressalta-se que a veiculação pela *internet*, deu-se por intermédio do *blog* de um dos recorridos, o que é natural, visto que este meio de comunicação é altamente usado por políticos para prestarem contas de suas ações como representantes do povo. E, pela rádio local, Rádio Babaçu FM de Pio XII/MA, no programa INFORMATIVO BABAÇU, não representando qualquer distorção ou abuso da inviolabilidade do edil, guardando em ambos os casos conexão com o exercício do mandato.

Além disso, vozes na doutrina, numa interpretação extremamente lógica e condizente com a garantia constitucional, expõem que, mesmo fora do Município, mas no exercício do mandato, como representante do Legislativo Municipal, o Vereador deve gozar dessa prerrogativa em suas manifestações (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito...*, *cit.*, p. 638).

Assim, resta claro que agiram sob o manto da imunidade parlamentar, sendo atípicas as condutas imputadas aos recorridos.

Diante do exposto, de acordo com o parecer ministerial, conheço e nego provimento ao recurso, para manter a sentença atacada.

É como voto.

Sala das Sessões da Egrégia Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, em São Luís, 27 de outubro de 2011.

Des. José Bernardo Silva Rodrigues  
Relator

---

<sup>59</sup> **No mesmo sentido:** [RE 606.451-AgR-segundo](#), Rel. Min. Luiz Fux, julgamento em 23-3-2011, Primeira Turma, *DJE* de 15-4-2011; [RE 501.555-AgR](#), Rel. Min. Dias Toffoli, julgamento em 1º-2-2011, Primeira Turma, *DJE* de 28-3-2011; [AI 401.600-AgR](#), Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 1º-2-2011, Segunda Turma, *DJE* de 21-2-2011.

TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL  
SESSÃO DO DIA 10 DE OUTUBRO DE 2011  
HABEAS CORPUS Nº. 0019389/2011 – SÃO LUÍS

Paciente: Elmar Diógenes Costa Júnior  
Advogados: Marcio Araújo da Silva, Ubalda Maria de Freitas Miranda e Bruno José Freitas Borges  
Impetrado: Juiz de Direito da Vara Especial de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher da Comarca de São Luís  
Relatora Substituta: Desa. Maria dos Remédios Buna Costa Magalhães

ACÓRDÃO Nº. 107.323/2011

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. LESÃO CORPORAL. LEI MARIA DA PENHA. INCOMPETÊNCIA. JUIZADOS ESPECIAIS. VEDAÇÃO. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. CONFISSÃO.

1. Não há que se falar em incompetência da vara especializada, declinando para Juizados Especiais por ser vedado na Lei Maria da Penha que crimes com violência doméstica e familiar contra a mulher sejam processados e julgados por Juizados Especiais (art. 41 da Lei Maria da Penha).
2. Não caracteriza situação de extinção da punibilidade que decorre da prescrição da pretensão punitiva a formar constrangimento ilegal, reparado por esta ordem mandamental, quando não transcorrido o prazo estabelecido no art. 109, IV, do CPB.
3. Preenchidos os requisitos para propositura da ação penal, cessa a possibilidade de seu trancamento.
4. Inexistência de constrangimento ilegal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, ACORDAM os Senhores Desembargadores da Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, por unanimidade, nos termos do voto do relator e de acordo com o parecer da Procuradoria Geral de Justiça, em **DENEGAR** a ordem impetrada.

Tomaram parte no julgamento, além dos que assinam o Senhor Desembargador Jose Ribamar Froz Sobrinho.

Funcionou pela Procuradoria de Justiça a Dr<sup>a</sup>. Rita de Cássia Maia Baptista Moreira.

São Luís, 10 de outubro de 2011.

Desa. Maria dos Remédios Buna Costa Magalhães  
Relatora Substituta

## RELATÓRIO

Cuida-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado por Marcio Araújo da Silva e outros em favor de Elmar Diógenes Costa Júnior, nomeando como autoridade impetrada o Juiz de Direito da Vara Especial de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher da Comarca de São Luís.

Em sua inicial, afirma que o paciente está sendo ilegalmente processado nos termos da Ação Penal nº 27576/2009, sendo acusado de agredir a empregada da casa de sua mãe conforme Termo de Representação (fl. 44), que inicialmente fora conduzido pelo 3º Juizado Especial Criminal da Capital e, posteriormente, remetido para a Vara Especial de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher da Capital.

Afirma ser absurda, a declinação de competência do Juizado Especial Criminal, requerida pelo Ministério Público (fls.57/59) baseada que a violência contra empregada doméstica deve ser analisada a luz do art. 129, § 9º, do Código Penal, introduzido pela Lei nº 11340/2006 (MARIA DA PENHA).

Alega que cabe a aplicação da prescrição da pretensão punitiva em perspectiva, sendo extinta eventual punição, tendo por base a suposta ou provável pena em concreto que seria imposta ao réu no caso de condenação, e ainda o constrangimento que o paciente pode vir a sofrer em caso de decretada sua prisão. Em virtude do exposto, impetrou o presente *writ* com o propósito de obter a concessão da liminar e definitivamente da ordem para trancar a ação penal nº. 27576/2009.

A inicial veio acompanhada de documentos (fls. 18/112).

Por questão de cautela, deixei para apreciar a liminar após as informações que foram requisitadas à autoridade coatora (fl. 116).



Depois de notificada, a autoridade impetrada informou (fls. 119/120) que o em 18 de setembro de 2009, recebeu Termo Circunstanciado remetido pelo 3º Juizado Especial Criminal que declinou de sua competência, tendo como autor, o ora paciente e como vítima a Sra. Ana Ercília Silva Rubim, que era empregada doméstica na casa da genitora do paciente e o mesmo teria praticado o crime de lesão corporal contra a vítima.

Aduz que quando os autos foram recebidos na Vara Especial de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher, a denúncia já tinha sido ofertada, porém não havia ainda nenhuma decisão de recebimento da denúncia, sendo prolatada no juízo a qual responde.

Aduz ainda que em resposta à acusação a defesa do paciente requereu a declaração de incompetência da Vara Especial de Violência Doméstica, bem como a declaração da prescrição da pretensão punitiva e por fim, a absolvição do paciente por falta de provas.

Que, na audiência foram ouvidas: a vítima, a genitora do ora paciente, o companheiro da vítima e o acusado, tendo sido deferida a inclusão do assistente de acusação. O Ministério Público e o advogado do paciente apresentaram alegações finais escritas, porém não foi aberta oportunidade para o assistente de acusação apresentar suas alegações finais, momento em que se determinou a intimação do assistente de acusação para que pudesse apresentar suas alegações finais, retornando os autos à defesa para complementar as suas alegações, se assim entendesse.

Indeferi a liminar (fl.123).

Instada a Procuradoria Geral de Justiça para se manifestar, posicionou-se através do parecer de fls. 126/131 do lavra do eminente Procurador, **Doutor José Argolo Ferrão Coêlho**, pela **denegação** da ordem quanto ao pedido de trancamento da ação penal, por se tratar de “medida excepcionalíssima”, cabível apenas quando há atipicidade manifesta, a presença de qualquer causa extintiva de punibilidade, a existência de justa causa ou atos defeituosos que necessitem de interferência imediata. Opina ainda que é descabida a alegação de que houve prescrição.

É o que cabia relatar.

## VOTO

Como visto no relatório busca o paciente o trancamento da ação penal movida contra si, alegando nulidade do processo por incompetência da Vara Especial de Violência Doméstica e Familiar, e aplicação da prescrição da pretensão punitiva em perspectiva.

Contudo, observo que o trancamento da ação penal, pela via do *habeas corpus*, somente é possível em casos excepcionais, quando pela narrativa dos fatos é possível se constatar atipicidade da conduta, extinção da punibilidade ou ausência dos indícios da autoria e materialidade, o que não se vislumbra na hipótese dos autos.

Quanto ao argumento de incompetência da Vara Especializada, entendo que não deve prosperar, por ser contrário ao disposto no art. 41<sup>60</sup> da Lei n° 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), sendo a Vara Especial de Violência Doméstica e Familiar a competente para o caso em análise.

Também não prospera a alegação de que houve prescrição da pretensão punitiva, pois a instrução criminal do processo encontra-se concluída, em fase de apresentação de alegações finais por parte do assistente de acusação, não havendo que se falar em constrangimento ilegal, e por se opor ao estabelecido no art.109<sup>61</sup>, IV, do CPB.

Neste sentido é o entendimento desta Corte, *in verbis*:

**HABEAS CORPUS. CRIME DE EXTORSÃO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. PROVA DA MATERIALIDADE E INDÍCIOS DE AUTORIA. SUFICIÊNCIA. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME. INVIÁVEL.**

Verificado nos autos que restaram preenchidos requisitos para a propositura de ação penal, impossível falar em sua sustação.

Não se revela ser caso de extinção da punibilidade decorrente de prescrição da pretensão punitiva a caracterizar espécie de constrangimento ilegal a ser reparado na presente ordem, quando não transcorrido o prazo determinado no art. 109, IV, do código Penal.

---

<sup>60</sup> Art.41. Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei n°.9.099, de 26 de setembro de 1995.

<sup>61</sup> Art.109. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto nos 1° e 2° do artigo 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se: IV- em oito anos, se o máximo da pena é superior a dois anos e não excede a quatro;

A desclassificação do crime para a modalidade culposa demanda dilação probatória, inviável nos estreitos limites da via heróica. (HC-006759/2011. Rel. DES<sup>a</sup> MARIA DOS REMÉDIOS BUNA.18-08-2011)

*HABEAS CORPUS*. TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. DISCUSSÃO DE NEXO DE CAUSALIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE. ORDEM DENEGADA. UNANIMIDADE.

- Não é possível um exame aprofundado de provas em sede de *habeas corpus*, que também não é meio idôneo para trancar ação penal se a acusação demonstra a existência de indícios de autoria e materialidade delitivas atribuíveis ao paciente, com nexos causal e temporal compatíveis com o relato da suposta vítima. (HC-0010262/2011. Rel. DES. BENEDITO BELO.08-08-2011)

Posto isso, e de acordo com o parecer da Procuradoria Geral de Justiça, sou pela **denegação** da ordem.

É o meu voto.

Sala das Sessões da Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, em São Luís, 10 de outubro de 2011.

Desa. Maria dos Remédios Buna Costa Magalhães  
Relatora Substituta

TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL  
SESSÃO DO DIA 03 DE OUTUBRO DE 2011  
HABEAS CORPUS Nº. 021741/2011 – SÃO LUÍS

Paciente: Antônio Carlos Coelho Júnior  
Advogado: Antônio Carlos Coelho Júnior  
Impetrado: Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de São Luís  
Relator: Des. José de Ribamar Froz Sobrinho

ACÓRDÃO Nº. 107.464/2011

EMENTA

PENAL - PROCESSO PENAL – *HABEAS CORPUS* – POSSIBILIDADE EXCEPCIONAL DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL – SONEGAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO – CRIME PRÓPRIO – DESCLASSIFICAÇÃO – SUBTRAÇÃO OU INUTILIZAÇÃO DE LIVRO OU DOCUMENTO – IRRELEVÂNCIA - DELITOS QUE NECESSITAM DE COMPROVAÇÃO DO DOLO – LICENCIAMENTO ILEGAL – LICENÇA PRÉVIA – CARÁTER PROVISÓRIO E PRECÁRIO – AUSÊNCIA DE EFEITOS NEGATIVOS – PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – RECEBIMENTO DA DENÚNCIA – NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO - AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA – ORDEM CONCEDIDA.

1. O trancamento de ação penal através de *Habeas Corpus* é medida excepcional, merecendo ser utilizado quando houver evidente comprovação da atipicidade da conduta, a incidência de causa de extinção da punibilidade, ou a ausência de indícios de autoria ou prova sobre a materialidade do delito.
2. Da análise do art. 314 do CP, extrai-se que se trata de crime próprio, no qual o sujeito ativo é o funcionário público responsável por guardar o documento. Se o agente não é o responsável pela guarda, o crime é o previsto no art. 337 do CP.
3. Na hipótese aqui tratada, o de somenos importância é a definição do tipo penal atribuído ao paciente, uma vez que ambos têm como elemento subjetivo o dolo, não havendo previsão de punição em caso de culpa.
4. A impetração veio acompanhada das cópias dos ofícios do Secretário de Estado do Meio Ambiente dando conta da dificuldade de localização dos autos do processo solicitado, inclusive com a informação de que estaria sendo procedida à respectiva restauração, não existindo, portanto, o mínimo indício de que o paciente, ou quem quer que seja, tenha agido com o intuito de dificultar a localização dos documentos exigidos pelo Órgão do *Parquet*.
5. Quanto ao crime de concessão de licença ilegal, a documentação encartada no *writ* demonstra que a mesma trata-se de licença prévia, que tem caráter provisório e precário, permitindo apenas a realização de estudos de viabilidade, sendo certo que para a expedição

da Licença de Instalação – L.I., ficou condicionada a aprovação do Estudo de Impacto Ambiental EIA e seu correspondente Relatório de Impacto Ambiental – RIMA, a ser apresentado pela empresa ao OEMA.

6. A referida licença não gerou qualquer efeito negativo ao meio ambiente, uma vez que empresa interessada desistiu de dar continuidade ao licenciamento ambiental, tendo a referida licença perdido sua validade em 21.09.2007.

7. No ato do recebimento da denúncia, deve o magistrado aprofundar-se na análise dos fatos e provas reunidas até então, uma vez que a Lei nº 11.719/2008 criou uma nova situação de rejeição da acusação e inseriu uma inovadora decisão de absolvição sumária, desconhecida até então nos ritos comuns, ordinário e sumário. Ressalte-se que a apreciação das condições da ação estabelecidas no art. 397 do CPP encontra-se intimamente vinculada ao mérito, ao elemento objetivo da pretensão acusatória, e dizem respeito a interesse da defesa.

8. Ordem concedida. Unanimemente.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, ACORDAM os Excelentíssimos Senhores Desembargadores integrantes da Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Maranhão, à unanimidade de votos, e em desacordo com o parecer da Douta Procuradoria Geral de Justiça, em CONCEDER em definitivo a ordem para determinar o trancamento da Ação Penal nº 11.144-37.2008.8.10.0001, em curso na 2ª Vara Criminal da Capital em relação ao paciente, confirmando a liminar anteriormente deferida, nos moldes do voto do eminente Relator.

Participaram da sessão os Senhores Desembargadores José de Ribamar Froz Sobrinho, Benedito de Jesus Guimarães Belo e José Joaquim Figueiredo dos Anjos.

Funcionou pela Procuradoria Geral de Justiça o Dr. Krishnamurti Lopes Mendes França.

São Luís, 3 de outubro de 2011.

Des. José de Ribamar Froz Sobrinho  
Relator

## RELATÓRIO

Trata-se de ordem de *Habeas Corpus*, com pedido liminar, impetrada por ANTÔNIO CARLOS COELHO JÚNIOR, em favor próprio, contra ato do MM. Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de São Luís.

Narra a impetração que o paciente foi denunciado como incurso nos

crimes tipificados no art. 314, c/c art. 61, inc. II, *b*, ambos do Código Penal Brasileiro e art. 67, da Lei nº 9.605/98, por supostamente ter, na condição de assessor jurídico da Secretaria de Estado do Meio Ambiente do Maranhão – SEMA, ocultado de forma fraudulenta, com a anuência do então Secretário de Estado do Meio Ambiente do Maranhão, os autos do processo administrativo nº 298/2007 com o objetivo de esconder a prática de outro crime, qual seja, concessão de licença ambiental ilegal (o ora paciente teria dispensado, em despacho de sua lavra, a apresentação da certidão de uso e ocupação do solo), aprovando a concepção e localização de uma usina termoeletrica de 148 MW para a empresa Diferencial Energias Empreendimentos e Participações Ltda.

Assevera o impetrante a não incidência do tipo penal do art. 314, e por via reflexa da agravante do art. 61, II, *b*, ambos do CP, ao argumento de que, para efeito de tipificação, é necessário um nexos entre a conduta e a competência do agente, bem como que a ocultação ocorra quando for obrigatória a apresentação do documento, estando o agente imbuído da intenção de encobrimento, o que caracterizaria o elemento subjetivo do tipo, que é o dolo.

Assim, relata o impetrante que, ao revés do sustentado na denúncia, o atraso no atendimento à requisição ministerial decorreu de motivo devidamente justificado (não localização imediata dos documentos), tendo os acusados procurado, encontrado e remetido ao solicitante a documentação assim que possível, o que descaracteriza o dolo, e por consequência externa a atipicidade do fato e a ausência de justa causa pela inexistência dos indícios de autoria e materialidade.

Aduz que a imputação de coautoria ao paciente com relação ao referido crime não há como subsistir, ante a ausência de provas de que o processo administrativo tenha permanecido, no período de 09.10.2007 a 07.04.2008, na assessoria jurídica, sob ocultação fraudulenta do paciente. Além do que, ressalta que a denúncia refere-se de forma genérica aos acusados, não individualizando as condutas dos mesmos, o que seria “fundamento suficiente para a demonstração da ausência de nexos causal entre os supostos sujeitos do crime, da concretização da conduta criminosa e, conseqüentemente, da inépcia da denúncia”.

Ainda com relação à suposta sonegação de documentos, o paciente afirma que em nenhum momento lhe foi dirigida qualquer requisição para entregar ou mesmo informar o paradeiro dos documentos requisitados pelo Promotor de Justiça, não sendo lógica a imputação de sonegação à sua pessoa, já que nada havia sido lhe requisitado. Razão pela qual defende “a total ausência de nexos de causalidade entre a conduta imputada ao paciente, à competência exercida pelo mesmo na época dos fatos junto ao órgão

ambiental e a suposta ocultação dos autos do processo administrativo requisitado”.

Quanto à coautoria do paciente na prática do delito tipificado no art. 67 da Lei de Crimes Ambientais, a exordial traz que, segundo a denúncia, a mesma teria se evidenciado na realização de despacho no processo administrativo nº 298/07, dispensando a apresentação dos estudos e documentos.

Nesta senda, o impetrante ataca o conteúdo acusatório, na medida em que afirma não terem sido dispensados os estudos (EIA/RIMA) e os documentos (certidão de uso e ocupação do solo), como afirmado pelo Órgão do *Parquet*, mas sim foi exigida a apresentação dos mesmos “para a fase seguinte ao da expedição de licença prévia, ou seja, como condição para a emissão da Licença de Instalação, o que em nada desatende ao conteúdo das normas ambientais em vigor, inclusive aquelas apontadas pelo Ministério Público na peça de denúncia”.

Pugna o impetrante pela aplicação do princípio da intervenção mínima, ao sustento de que a concessão da licença prévia não possibilitou qualquer lesão ou dano ao bem jurídico ambiental, uma vez que “correspondeu a um ato administrativo exarado na fase preliminar do processo de licenciamento ambiental, ou melhor, na fase de planejamento da atividade, portanto não conferia qualquer direito ao empreendedor para a instalação (construção) do empreendimento, o que só ocorreria se tivesse recebido uma licença de instalação, esta sim, só poderia ser concedida após apresentação do EIA/RIMA e a correspondente certidão de uso e ocupação do solo emitida pela Prefeitura Municipal de São Luís”.

Ademais, sustenta que a empresa “Diferencial Energia”, após receber a licença prévia, desistiu de dar continuidade ao licenciamento, tendo a referida licença prévia perdido sua validade em 21.09.2007, ou seja, após 06 (seis) meses de sua concessão, sem que tenha ocorrido qualquer repercussão negativa ao meio ambiente, o que desnatura o crime previsto no art. 67 da Lei nº 9.605/98, que se trata de crime formal, e, portanto, exige efetiva lesão ao patrimônio ambiental para fazer valer qualquer tipo de repressão estatal.

Pontua que a acusação da prática do crime de licenciamento ambiental ilegal, em coautoria com o Ex-Secretário de Meio Ambiente, está sustentada tão somente na existência de um despacho “opinativo” do paciente nos autos do processo administrativo nº 298/07, o que não pode ser entendido como elemento suficiente para ensejar a configuração de uma suposta coautoria na prática do crime de licenciamento ilegal, eis que o parecer jurídico em nada vincula o ato administrativo a ser realizado e dele não fará sequer parte.

Por fim, pugna pela concessão da ordem liminarmente, para o fim de

suspender o curso da ação criminal contra o paciente (procedimento criminal nº 11144-37.2008.8.10.0001 – 2ª Vara Criminal de São Luís) e, por via de consequência, todos os atos a ela vinculados e decorrentes, em especial a audiência de instrução e julgamento já designada, para fazer cessar de imediato a coação ilegal.

No mérito, pugna pela concessão do *writ*, para o fim de trancar a ação penal nº 11.144-37.2008.8.10.0001, em tramitação na 2ª Vara Criminal de São Luís, Estado do Maranhão, diante das nulidades demonstradas e face à ausência da justa causa à sua continuidade, por ser manifestamente contrária aos princípios constitucionais penais, com a consequente ratificação da liminar, caso venha a ser deferida.

Juntou documentos às fls. 45/539.

Concedi a medida liminar para suspender o curso da ação penal deflagrada contra o paciente e, por via de consequência, todos os atos a ela vinculados e decorrentes, em especial a audiência de instrução e julgamento já designada, até o julgamento final da presente ordem, ao tempo em que solicitei informações da autoridade indigitada coatora (fls. 543/551).

Os aludidos informes vieram dando conta, em síntese, de que a análise mais intensa do dolo relativo ao crime previsto no art. 314 do CP somente é possível em sentença, após a instrução criminal, bastando os indícios para o recebimento da denúncia.

Quanto à alegação do paciente de não ser funcionário público incumbido da “guarda do livro”, bem como nada lhe ter sido requisitado, afirma o magistrado de base que o crime admite coautoria e participação. Além do que, assevera que “no caso, o crime possivelmente praticado pelo estranho à Administração poderia ser o tipificado no artigo 337 do CPB, o que não impede o recebimento da denúncia e, posteriormente, se for o caso, a *emendatio libelli*”.

Ao final, sustenta que a denúncia fora recebida e designada Audiência de Instrução e Julgamento em razão de não ter sido vislumbrado, *prima facie*, de forma cristalina, causa para absolvição sumária. Assim, narra que foi realizada audiência em 19.07.2011, ocasião em que foram inquiridas 02 (duas) testemunhas arroladas pela acusação, e que, considerando que a única testemunha arrolada pela defesa reside atualmente no Estado do Rio de Janeiro, foi expedida Carta Precatória para a sua oitiva, sendo cingida a audiência de instrução e julgamento para o dia 18.10.2011.

Instada a se manifestar, a Procuradoria Geral de Justiça, em parecer da lavra da eminente Procuradora Flávia Tereza de Viveiros Vieira, opinou pela denegação da ordem vindicada (fls. 562/568).



Em atenção à proposta do Órgão do *Parquet*, o impetrante protocolizou petição informando ter desistido da oitiva da única testemunha de defesa, que seria tomado por Carta Precatória na cidade do Rio de Janeiro/RJ, razão pela qual afirma não restar qualquer prova a ser produzida. Ao ensejo, o impetrante acostou aos autos cópia da gravação da Audiência de Instrução e Julgamento realizada em 19.07.2011, onde foram inquiridas as testemunhas arroladas na denúncia.

De modo a manter a celeridade exigida em sede de *Habeas Corpus*, deixei de remeter novamente os autos à Procuradoria Geral de Justiça, contudo oportunizando neste momento ao representante ministerial aqui presente manifestar-se acerca das novas alegações do impetrante.

É o relatório.

#### VOTO

Presentes os requisitos legais de admissibilidade, conheço da presente ordem.

Consoante se pode depreender do relatório, visa o impetrante o trancamento da Ação Penal nº. 11.144-37.2008.8.10.0001, em razão da falta de justa causa para a sua continuidade.

Com efeito, destaco que consoante jurisprudência pacífica no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, o trancamento da ação penal através de *Habeas Corpus* é medida excepcional, merecendo ser utilizada quando houver evidente comprovação da atipicidade da conduta, a incidência de causa de extinção da punibilidade, ou a ausência de indícios de autoria ou prova sobre a materialidade do delito (v.g., HC 99841, Relator (a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 23/02/2010, DJe-055 DIVULG 25-03-2010 PUBLIC 26-03-2010 EMENT VOL-02395-03 PP-00777; REsp 921.239/DF, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 19/11/2009, DJe 14/12/2009).

Também esta Terceira Câmara do TJ/MA já se manifestou no mesmo sentido, em decisão relatada pelo ilustre Des. José Joaquim Figueiredo dos Anjos (HC 018226/2008 – acórdão 76.068/2008, julgado na sessão do dia 22/09/2008) e de minha relatoria (HC 04421/2010 – acórdão 90565/2010, julgado na sessão do dia 12/04/2010).

A denúncia narra de forma genérica que o paciente, na condição de Assessor Jurídico da Secretaria Estadual de Meio Ambiente, em coautoria com o então

Secretário Othelino Neto, titular da referida secretaria, teria sonegado fraudulentamente documento público, com o objetivo de esconder a prática de outro crime, qual seja, concessão de licença ambiental ilegal, incorrendo, assim, nas condutas criminosas estatuídas no art. 314, c/c art. 61, inc. II, *b*, ambos do Código Penal Brasileiro e art. 67, da Lei nº 9.605/98.

A ação do paciente só é especificada na peça acusatória nos seguintes trechos: I- “São fortes os indícios de que os autos estiveram, por todo o período de sua sonegação, ocultados na assessoria jurídica, sob a guarda do primeiro denunciado que, embora tenha declarado não saber onde os autos foram encontrados, afirmou ter estado à frente da sua ‘procura’ e, suposta ‘restauração’”. II- “Assim, Antônio Carlos ocultou os autos nº 0298/2007, com anuência de Othelino Neto, pelo período de 09/10/2007 a 07/04/2008, de forma fraudulenta, caracterizada pela indução falsa feita nos ofícios de fls. 005/006 de que os autos estavam ‘arquivados’ e não estavam sendo encontrados.” III- “a análise dos documentos que se encontram às fls. 09/66, repetidos às fls. 136/197, e juntados pelo parecer de fls. 206/208, às fls. 55 a 117 (do anexo), demonstra também que os denunciados praticaram o crime previsto no art. 67 da Lei nº 9.605/98, quando o segundo denunciado emitiu a Licença Prévia nº 067/2007 aprovando concepção e localização de uma usina termoeletrica de 148 MW para a empresa Diferencial Energias Empreendimentos e Participações Ltda., sem EIA/RIMA prévio e sem a necessária certidão de uso e ocupação do solo, dispensada pelo primeiro denunciado em despacho de sua lavra.”

No presente caso, vislumbro justamente a atipicidade das condutas atribuídas ao ora paciente (sonegação de documento público e concessão de licença em desacordo com as normas ambientais).

Quanto ao crime previsto no art. 314 do Código Penal Brasileiro (sonegação de documento público), necessária se faz a análise do referido dispositivo de lei, de modo a permitir uma análise detida acerca da ocorrência ou não do delito.

O referido tipo penal dispõe o seguinte:

Art. 314. Extraviar livro oficial ou qualquer documento, de que tem a guarda em razão do cargo; sonegá-lo ou inutilizá-lo, total ou parcialmente.  
Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, se o fato não constitui crime mais grave.

Do aludido texto legal, extrai-se que se trata de crime próprio, no qual o sujeito ativo é o funcionário público responsável por guardar o documento. Se o agente não é o responsável pela guarda, o crime é outro.

Assim preleciona Fernando Capez:

### “3.3. Sujeito ativo

Trata-se de crime próprio. Sujeito ativo é o funcionário público incumbido da guarda o livro ou documento. Caso não tenha o dever de guarda, ou seja, um particular, o crime será outro (art.337 – crime praticado por particular contra a administração em geral).” (Capez, Fernando – Curso de direito penal: parte especial: dos crimes contra os costumes a dos crimes contra a administração pública (arts. 213 a 359-H), volume 3 / Fernando Capez. – São Paulo: Saraiva, 2004.)

Atento à referida situação, o magistrado de base, ao prestar suas informações, apressou-se em afirmar que o crime imputado ao paciente admite co-autoria ou participação, e que, se for o caso, a classificação do delito pode ser alterada na ocasião oportuna (*emendatio libelli*) para o tipo previsto no art. 337<sup>62</sup> do CP.

O certo é que, na hipótese aqui tratada, o de somenos importância é a definição do tipo penal atribuído ao paciente, uma vez que ambos têm como elemento subjetivo o dolo, não havendo previsão de punição em caso de culpa.

Senão vejamos os ensinamentos de Guilherme de Souza Nucci (Código penal comentado / Guilherme de Souza Nucci. – 10. ed. rev., atual e ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2010):

Art. 314.

(...)

50. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo. Não se exige elemento subjetivo específico, nem se pune a forma culposa.

Art. 337.

(...)

123. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo. Não existe a forma culposa, nem se exige elemento subjetivo do tipo específico.

---

<sup>62</sup> Art. 337. Subtrair, ou inutilizar, total ou parcialmente, livro oficial, processo ou documento confiado à custódia de funcionário, em razão de ofício, ou de particular em serviço público:  
Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, se o fato não constitui crime mais grave.

No mesmo sentido leciona Fernando Capez (Curso de direito penal: parte especial: dos crimes contra os costumes a dos crimes contra a administração pública – arts. 213 a 359-H, volume 3 / Fernando Capez. – São Paulo ; Saraiva, 2004):

Art. 314.

(...)

#### **4. ELEMENTO SUBJETIVO**

É o dolo, consubstanciado na vontade livre e consciente de praticar uma das condutas típicas, ciente de que tem a guarda do livro ou documento, não sendo possível a punição a título de culpa, tendo em vista a falta de previsão legal nesse sentido.

Art. 337.

(...)

#### **3. ELEMENTO SUBJETIVO**

É o dolo, consubstanciado na vontade livre e consciente de subtrair, ou inutilizar, total ou parcialmente, livro oficial, processo ou documento. É necessário que o agente tenha ciência de que estes se encontram confiados à custódia de funcionário, em razão de ofício, ou de particular em serviço público.

Por tal razão, a presente análise será restringida à configuração ou não do dolo.

Os elementos constantes dos autos demonstram que todos os ofícios encaminhados pelo membro do Ministério Público Estadual requisitando os autos do processo administrativo nº. 298/2007 foram respondidos.

A impetração veio acompanhada das cópias dos ofícios do Secretário de Estado do Meio Ambiente (fls. 60/61) dando conta da dificuldade de localização dos autos do processo solicitado, inclusive com a informação de que estaria sendo procedida à respectiva restauração.

Não existe o mínimo indício de que o paciente, ou quem quer que seja, tenha agido com o intuito de dificultar a localização dos documentos exigidos pelo Órgão do *Parquet*.

O que ocorreu, nos termos das provas colhidas, é que os autos encontravam-se “perdidos” no âmbito da SEMA-MA, que não dispunha de qualquer sistema eficiente de catalogação e localização dos documentos que ali tramitavam.

A testemunha Dercy Ferreira Nascimento, responsável pelo recebimento dos documentos e tramitação dos mesmos, em seus depoimentos prestados perante a

autoridade policial (fl. 281) e em Juízo (degravação trazida pelo paciente) é precisa e uníssona ao afirmar que os autos encontravam-se desaparecidos naquela secretaria, e que todos os esforços possíveis foram despendidos na intenção de localizar os documentos solicitados pelo douto promotor de justiça, inclusive confirmando o procedimento de restauração dos autos com a finalidade de atender a solicitação ministerial.

Ora, a atitude dos acusados demonstra a total ausência de dolo, o qual é indispensável para a configuração do tipo penal do art. 314, bem como do art. 337 (caso de alteração de desclassificação), ambos do CP.

Ademais, nenhum dos ofícios requisitando os originais do processo administrativo nº. 0298/2007, que culminou com a expedição da Licença Prévia nº 067/2007, foi destinado ao aqui paciente, o que, em um primeiro momento, desnatura a obrigatoriedade da apresentação por parte do mesmo.

Nesse cenário, incabível a agravante prevista no art. 61, inc. II, *b*, como proposto na denúncia.

Quanto à suposta prática do crime de licenciamento ilegal, previsto no art. 67 da Lei nº 9.605/98, também descabida a acusação.

A prática do referido crime é atribuída ao paciente sob a alegação de que o mesmo teria dispensado, em despacho de sua lavra, a apresentação da certidão de uso e ocupação do solo, que teria gerado a aprovação da concepção e localização de uma usina termoelétrica de 148 MW para a empresa Diferencial Energias Empreendimentos e Participações Ltda.

Ocorre, todavia, que a documentação encartada no *writ* demonstra que a licença tida por ilegal foi uma licença prévia, que tem caráter provisório e precário, permitindo apenas a realização de estudos de viabilidade, sendo certo que para a expedição da Licença de Instalação – L.I., ficou condicionada a aprovação do Estudo de Impacto Ambiental EIA e seu correspondente Relatório de Impacto Ambiental – RIMA, a ser apresentado pela empresa ao OEMA (fls. 114 e 114-v).

Nesse sentido é o entendimento doutrinário:

“A Licença Prévia não gera direitos para o requerente, mesmo que tenha despendido recursos com o planejamento da obra ou da atividade. Trata-se, repita-se, de fase de estudo em que não há engajamento definitivo da Administração Pública com o pedido.” (Paulo Affonso Leme Machado – Direito Ambiental Brasileiro – 19ª edição – rev., atualizada e ampliada – Malheiros Editores – São Paulo)

“(…) o termo licença, certamente, não é o mais apropriado, pois pressupõe ato administrativo definitivo e, pelo menos para a Licença Prévia e para a de Instalação, o ato é precário. Mais adequado seria usarmos a denominação autorização, esta sim de caráter discricionário e precário”. (FREITAS, Vladimir P. de. *Direito administrativo e meio ambiente*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2001. – fl. 75).

Assim se posicionam: Toshio Mukai. *Direito ambiental sistematizado*. 3. ed. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1998, p. 80 e 81; Edna Cardozo Dias. *Manual de crimes ambientais*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999, p. 36.

O próprio governo, através do Tribunal de Contas da União, com colaboração do Instituto Brasileiro do meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis, disponibiliza nos sites oficiais do IBAMA e do TCU, cartilha explicativa referente ao licenciamento ambiental, da qual se traz à colação o seguinte trecho:

“A licença ambiental é, portanto, uma autorização emitida pelo órgão público competente. Ela é concedida ao empreendedor para que exerça seu direito à livre iniciativa, desde que atendidas as precauções requeridas, a fim de resguardar o direito coletivo ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, importante notar que, devido à natureza autorizativa da licença ambiental, essa possui caráter precário. Exemplo disso é a possibilidade legal de a licença ser cassada caso as condições estabelecidas pelo órgão ambiental não sejam cumpridas.” (www.ibama.gov.br - Cartilha de licenciamento ambiental / Tribunal de Contas da União; com colaboração do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis. – 2. ed. – Brasília : TCU, 4ª Secretaria do Controle Externo, 2007)

E mais, a Licença Prévia nº 067/2007 não gerou qualquer efeito negativo ao meio ambiente, uma vez que empresa DIFERENCIAL ENERGIA, desistiu de dar continuidade ao licenciamento ambiental (fls. 120), tendo a referida licença perdido sua validade em 21.09.2007.

Em resposta a ofício encaminhado pela Promotoria de Justiça do Meio Ambiente, a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, através da Procuradoria Geral da União informou que a referida empresa sequer participou do Leilão referente à venda de energia da UTE Geramar.

Como cediço, embora formal, o aludido crime exige que efetivamente exista um mínimo de potencialidade lesiva ao meio ambiente para que reste configurado.

Assim leciona a melhor doutrina:

“A orientação político-criminal mais acertada é a de que a intervenção penal na proteção do meio ambiente seja feita de forma limitada e cuidadosa. Não se pode olvidar jamais que se trata de matéria penal, ainda que peculiaríssima, submetida de modo inarredável, portanto, aos ditames rígidos dos princípios constitucionais penais – legalidade dos delitos e das penas, intervenção mínima e fragmentariedade, entre outros -, pilares que são do Estado de Direito democrático. A sanção penal é a *ultima ratio* do ordenamento jurídico, devendo ser utilizada tão-somente para as hipóteses de atentados graves ao bem jurídico ambiente.” (Crimes contra o ambiente: anotações à Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998: doutrina, jurisprudência, legislação / Luiz Regis Prado. – 2. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. – fl. 33)

“(…) a formação do juízo de tipicidade não pode prescindir da observância de dois importantes princípios que se encontram na raiz da moderna teoria da imputação objetiva,<sup>11</sup> sistematizada por Claus Roxin, quais sejam: o princípio da adequação social e o princípio da insignificância. Pelo primeiro, impõe-se aferir, em síntese, se a conduta tipificada configura, ou não, um comportamento socialmente permitido, considerando-se como parâmetros os padrões médios de ética e moralidade vigentes na sociedade. Quanto ao segundo, sob a perspectiva de um direito penal de intervenção mínima, recomenda-se verificar se o fato penalmente tipificado não constitui uma *bagatela*, em face da diminuta repercussão da conduta sobre o bem jurídico protegido.

A aplicação de tais princípios na via judicial pode conduzir a um juízo de atipicidade da conduta, mediante a constatação da irrelevância do seu reflexo sobre o bem jurídico e da ausência de reprovabilidade social.” (Neto, Nicolao Dino. Crimes e Infrações Administrativas Ambientais / Nicolao Dino Neto, Ney Bello Filho e Flávio Dino. 3ª edição rev. e atual. – Belo Horizonte: Del Rey, 2011. fl. 160)

“(…) no que se refere às infrações penais ambientais, apesar dos influxos do princípio da prevenção – que norteia a crescente adoção de uma atitude antecipatória em relação à lesão ao bem, com o emprego de tipos de perigo -, o direito penal, via de regra, atua *ex post facto*, caracterizando-se, acentuadamente, pela ideia de dano concreto ao bem jurídico, em razão do que surge a incidência da norma punitiva.” (Nicolao Dino Neto, *in Introdução ao estudo das infrações administrativas ambientais – Revista de Direito Ambiental (RDA) – ano 16 – 62 – Abril/Junho – 2011 – Editora Revista dos Tribunais*)

#### “2.8 Princípio da insignificância

O doutrinador brasileiro que deu maior destaque a este princípio foi Francisco de Assis Toledo, para quem, “segundo o princípio da insignificância, que se revela por inteiro pela sua própria denominação, o

direito penal, por sua natureza fragmentária, só vai até onde seja necessário para a proteção do bem jurídico. Não deve ocupar-se de bagatela”. (Crimes contra a natureza: - de acordo com a lei 9.605/98 - / Vladimir Passos de Freitas, Gilberto Passos de Freitas. – 7. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2001. – fl. 44)

O Supremo Tribunal Federal compartilha da mesma inteligência:

“Parece certo, por outro lado, que essa proteção pela vida do Direito Penal justifica-se apenas em face de danos efetivos ou potenciais ao valor fundamental do meio ambiente; ou seja, a conduta somente pode ser tida como criminosa quando degrade ou no mínimo traga algum risco de degradação do equilíbrio ecológico das espécies e dos ecossistemas. Fora dessas hipóteses, o fato não deixa de ser relevante para o Direito. O Direito Penal atual, especialmente no âmbito da proteção do meio ambiente, como *ultima ratio*, tendo caráter subsidiário em relação à responsabilização civil e administrativa de condutas ilegais. Esse é o sentido de um Direito Penal mínimo, que se preocupa apenas com os fatos que representam graves e reais lesões a bens e valores fundamentais da comunidade”. (STF, RHC 88.880/SC, Rel. Min. Gilmar Mendes - DJU 09.06.2006)

Assim, ante a patente ausência e impossibilidade de subsunção do fato narrado à norma típica, tem-se por imperioso o reconhecimento da atipicidade penal.

Nesta senda, as condutas perpetradas ao paciente na Ação Penal nº. 11.144-37.2008.8.10.0001 não possuem o condão de fundamentar futura condenação, eis que não se adéquam a qualquer tipo penal. O que desemboca na ausência de justa causa.

Como é cediço, a falta de justa de causa é a primeira hipótese de concessão de *Habeas Corpus* em decorrência de constrangimento ilegal, que ocorre quando inexistente *fumus boni iuris* para a prisão, inquérito ou ação penal.

Em se tratando de ação penal, a falta de justa causa pode ser evidenciada, consoante já dito, quando pela simples exposição dos fatos está patente que a ação praticada é atípica, ou quando não há elemento indiciário que fundamente a acusação.

A doutrina desde muito tempo trata do assunto. Para o douto Paulo Roberto da Silva Passos, o sentido de justa causa “significa o que convém ou o que de direito e causa, motivo, razão, origem, é necessário que se alega ou se avoca, para mostrar a justa causa, seja realmente amparado na lei ou no direito ou, não contravindo a este, se funde na razão e na equidade” (Do *Habeas Corpus*, Edipro, 1991, p. 78)



De admirável completude o escólio de Espínola Filho: “a falta de justa causa abrange a falta de criminalidade, a falta de prova, a não identidade da pessoa, a conservação indevida em prisão ao invés de ser transferida para outra” (*Apud Paulo Roberto Passos, ob. cit., p. 79*)

Destaque-se que se é improvável qualquer futura condenação em razão da atipicidade das condutas do paciente com relação aos crimes descritos na peça acusatória, desarrazoada se torna a continuidade e o desenrolar de um processo penal, o que caracterizaria um constrangimento ilegal por qual se faz despiciendo que o paciente passe.

Outrossim, o próprio magistrado de base, ao prestar informações, é enfático ao afirmar que “A análise mais intensa do dolo só é possível em sentença, após a instrução criminal, para o recebimento da denúncia o suficiente são os indícios”.

Inconcebível o posicionamento do magistrado de base no sentido de que para o recebimento da denúncia bastam os indícios. Há afronta diretamente ao que dispõe a Lei nº. 11.719/2008, eis que fora criada uma nova situação de rejeição da acusação e inserida uma inovadora decisão de absolvição sumária, desconhecida até então nos ritos comuns ordinário e sumário.

Ou seja, no ato do recebimento da denúncia, deve o magistrado aprofundar-se na análise dos fatos e provas reunidas até então, uma vez que a apreciação das condições da ação estabelecidas no art. 397 do CPP, encontra-se intimamente vinculada ao mérito, ao elemento objetivo da pretensão acusatória, e dizem respeito a interesse da defesa.

Em atenção à alegação da Procuradoria Geral de Justiça de que “a persecução criminal não pode nem deve ser obstada, pois se apresenta como único meio lícito para extração da verdade sobre os fatos delatados em desfavor do paciente/impetrante”, destaco que todos os elementos de prova necessários ao deslinde da questão encontram-se reunidos, eis que o paciente trouxe aos autos a degravação da audiência de instrução e julgamento, onde foram ouvidas as testemunhas de acusação (diga-se de passagem, em nada incriminaram os acusados), bem como a informação de que não mais será ouvida a testemunha arrolada pela defesa.

Assim, restam pendentes tão somente os depoimentos dos acusados, os quais jamais servirão para desnaturar os demais elementos probatórios.

Ante o exposto, e em desacordo com o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça, conheço da presente ordem de *Habeas Corpus* e a **CONCEDO em definitivo**, confirmando a liminar anteriormente deferida, para determinar o trancamento da

Ação Penal nº 11.144-37.2008.8.10.0001, em curso na 2ª Vara Criminal da Capital em relação ao paciente, por ausência de justa causa.

É como voto.

Sala das Sessões da Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, em São Luís, 3 de outubro de 2011.

Des. José de Ribamar Froz Sobrinho  
Relator

TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL  
SESSÃO DO DIA 12 DE DEZEMBRO DE 2011  
HABEAS CORPUS Nº. 026822/2011 – TUTÓIA/MA

Paciente: Francisco Borges de Jesus  
Advogada: Sônia Maria Lopes Coêlho  
Impetrado: Juízo de direito da Comarca de Tutóia - MA  
Relator: Des. José Joaquim Figueiredo dos Anjos

ACÓRDÃO Nº. 109.579/2011

EMENTA

PENAL. PROCESSO PENAL. **HABEAS CORPUS**. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. POLICIAIS. FALTA DE FUNDAMENTÇÃO DA DECISÃO QUE DECRETOU A PRISÃO PREVENTIVA. ERGÁSTULO MOTIVADO PARA FINS CONSTITUCIONAIS.

1. Não padece de falta de fundamentação Prisão Preventiva respaldada em representação de autoridade policial posteriormente ratificada pelo Ministério Público oficiante na Comarca, onde, o magistrado deixa clara a materialidade delitiva e os indícios de autoria com base nos depoimentos de várias testemunhas que apontam a periculosidade do paciente, bem como indica os fundamentos calcados na proteção à ordem pública, pois na teia de envolvidos constavam policiais, fato que poderia levar a descrédito a Justiça na sociedade local. A paz pública, também, restou protegida. De outro lado, bem se nota nos depoimentos das testemunhas, o receio de sofrer retaliação por parte do acriminado, tido como dado às ameaças.

2. Inaplicabilidade de medida cautelar diversa da prisão pelo fato da gravidade do crime e da inadequação da medida às condições do acriminado, tido como pessoa violenta (CPP, artigo 282, II). De outro lado, a medida não é socialmente adequada porque, fora da constrição, restaria por ameaçar à ordem pública e conveniência da instrução criminal que tanto a custódia corporal quer proteger. **Habeas Corpus** conhecido e Denegado. (**Habeas Corpus**, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do MA, Relator: José Joaquim Figueiredo dos Anjos).

ACÓRDÃO

Vistos relatados e discutidos estes autos, 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 da douta Procuradoria

Geral de Justiça, em conhecer e denegar a Ordem impetrada, nos termos do voto do Desembargador Relator.

Votaram neste julgamento os Senhores Desembargadores José Joaquim Figueiredo dos Anjos, Benedito de Jesus Guimarães Belo, José de Ribamar Froz Sobrinho.

Presidência do Excelentíssimo Desembargador Benedito de Jesus Guimarães Belo.

Funcionou pela Procuradoria Geral de Justiça a Dr<sup>a</sup>. Flávia Tereza de Viveiros Vieira.

São Luis, 12 de dezembro de 2011.

Des. José Joaquim Figueiredo dos Anjos  
Relator

## RELATÓRIO

Trata-se de **HABEAS CORPUS** em favor do paciente **Francisco Borges de Jesus**, vultu (*Tetê*), tendo como autoridade coatora o Juízo de direito da Comarca de Tutóia-MA.

A impetração informa Prisão Preventiva ocorrida em 26 de fevereiro de 2011, em decorrência de investigação policial e do Ministério Público contra tráfico de entorpecentes com participação de policiais, intitulada Operação Água Limpa, onde foram presas 07 (sete) pessoas, inclusive, o paciente.

A custódia teria sido arrimada na garantia da ordem pública e para evitar que o réu se furtasse à aplicação da lei penal.

Afirma que o paciente foi denunciado pela conduta do artigo 33, na modalidade transportar, e do art. 37, com aumento de pena do art. 40, II, da Lei n°. 11343/2006 e artigo 317, §1º, da Lei Substantiva Penal.

Sustenta inexistentes os requisitos e fundamentos do artigo 312 da Lei Adjetiva Penal, porque o acriminado **Francisco Borges de Jesus**, segundo a impetração, não teria nenhuma ligação com o delito em questão, porque, em verdade, estava na qualidade de policial investigando os outros réus.

Aduz, em síntese, que nenhuma das imputações é verdadeira e que não dava "*propina*" para traficantes da região de Tutóia/MA e que a prisão se arrimou em meras declarações da fase investigativa sem confirmação em depoimentos prestados em juízo e que

as declarações prestadas pelos traficantes não são dignas de fé, porque tencionam prejudicar o paciente.

Sustenta que, se for o caso, poderia incidir alguma das medidas cautelares do artigo 319 da Lei Adjetiva Penal, de modo a evitar a segregação.

Faz digressões doutrinárias e jurisprudenciais acerca do direito do réu em responder o feito em liberdade, requer Alvará de Soltura com revogação do decreto preventivo, medida esta a ser confirmada ao final para que o paciente responda ao feito em liberdade.

Com a inicial vieram os seguintes documentos (fls.32 *USQUE* 767).

Liminar indeferida por ausência dos requisitos legais.

Informações (fls. 997) no seguinte teor:

“Em atenção à requisição de Vossa Excelência, informo que tramita neste Juízo a Ação Penal nº. 117-32.2011.8.10.01173, movida pelo Ministério Público Estadual em face de Francisco Borges de Jesus e outros 12 (doze) Réus, acusados da prática, em concurso, dos crimes previstos nos arts. 33, 35, 37 e 40 da Lei nº. 11343/06.

Não obstante a grande quantidade de Réus denunciados, a fase de instrução na referida ação penal encontra-se finalizada. Quando da audiência de instrução e julgamento, o então juiz titular da Comarca. Dr. Márcio José do Carmo Matos Costa, manteve a prisão preventiva do Paciente, consoante decisão anexa (doc. nº. 1).

No momento, está-se apenas no aguardo das últimas alegações finais por parte de alguns acusados (doc. 2), com o que será proferida sentença.

Segue, outrossim, certidão de antecedentes criminais do Paciente (doc. 03).”.

Parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça da lavra do **Dr. José Argôlo Ferrão Coêlho** (fls. 1009 *USQUE* 1016), seguinte sentido: “Ante o exposto, manifesta-se o Ministério Público Estadual pelo não-conhecimento do *Habeas Corpus* sob foco, no que diz respeito à negativa de autoria, matéria que implica incursão no conjunto fático probatório, e, no mérito, pela sua DENEGAÇÃO, face à inexistência do constrangimento ilegal do paciente apontado pela impetrante.”

É o que tinha a ser relatado.

## VOTO

A presente via trata de suposto constrangimento ilegal ao direito de ir e vir do paciente, razão porque merece conhecimento.

Analisado o petitório, observo que todo o articulado se volta contra do decreto de prisão, alegando falta de fundamentação, razão pela qual não vislumbro o pleito de absolvição por negativa de autoria apontado pela douta Procuradoria, até porque o pedido de fls. 30 é certo: “E, ao final, seja concedida, por decisão da Egrégia Câmara Criminal à qual for distribuída a presente ordem de *habeas corpus*, confirmando a liminar conferida, concedendo o *writ*, para que o paciente responda o processo em liberdade ou seja sobrevir eventual sentença condenatória, aguarde o julgamento do recurso em liberdade, fazendo imperar a soberana JUSTIÇA.”

Desço, então, a análise do ato prisional.

Como disse antes, o decreto de prisão preventiva fora precedido por prévia representação ministerial (fls. 646 *USQUE* 648) que, por sua vez, vinha lastreada em investigações criminais feita pela autoridade policial (Operação Água Limpa), dando conta de suposta organização criminosa para prática permanente de tráfico de entorpecentes, cujas ramificações tocariam até a polícia civil do município, esta, com a incumbência de fazer a proteção dos traficantes lhes garantido livre ação e trânsito.

O certo é que a denúncia (fls. 47 *USQUE* 55) apresenta oferecimento de acusatória em face de 12 (doze) pessoas, entre elas, dois investigadores de polícia: **Francisco Borges de Jesus**, vulgo “Tetê” e **José Pergentino Machado Filho**, vulgo “Machado”.

Aqui esclareço que **José Pergentino Machado Filho** já teve nesta relatoria o *HABEAS CORPUS* n°. 007228/2011 denegado pela Terceira Câmara Criminal em maio deste ano, cujo julgamento está assim ementado, *IPSIS LITTERIS*:

Ementa: PENAL. PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. PEDIDO DE SUSPENSÃO E TRANCAMENTO DAS INVESTIGAÇÕES. IMPOSSIBILIDADE. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO QUE DECRETOU A PRISÃO PREVENTIVA. ERGÁSTULO MOTIVADO PARA FINS CONSTITUCIONAIS. 1 - Não se pode pedir suspensão e trancamento de investigação quando existe um amplo acervo probatório decorrente de investigações dando conta de várias condutas de tráfico, inclusive, supostamente,

envolvendo policiais. Ademais, já houve oferecimento de denúncia com carga do advogado do paciente para oferecer resposta, restando ao Magistrado recebê-la ou não para os fins do artigo 56 da Lei n.º 11.343/2006. É dizer, o trancamento do feito equivaleria a supressão de instância. 2 - Não padece de falta de fundamentação Prisão Preventiva respaldada em representação de autoridade policial posteriormente ratificada pelo Ministério Público oficiante na Comarca, onde, o Magistrado deixa clara a materialidade delitiva e os indícios de autoria com base nos depoimentos da testemunhas que apontavam o suposto envolvimento do paciente na facilitação do tráfico na região, bem como indica os fundamentos calcados na proteção à ordem pública, pois na teia de envolvidos constavam policiais, fato que poderia levar a descrédito a Justiça na sociedade local. A paz pública, também, restou protegida. De outro lado, bem se nota nos depoimentos das testemunhas, o receio de sofrer retaliação pelos policiais envolvidos, inclusive, o paciente. HABEAS CORPUS conhecido e Denegado. (HABEAS CORPUS, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do MA, Relator: José Joaquim Figueiredo dos Anjos)

Pois bem, ali se enfrentou a questão da falta de fundamentação da decisão, fato que aqui se repete.

Em verdade, materialidade delitiva e autoria constam devidamente justificadas pelo magistrado às fls. 40 e 654: “Em relação à conduta dos representados Francisco Borges de Jesus (“Teté”) e José Pergentino Machado Filho (“Machado”), ambos policiais civis, demonstra-se maior reprovabilidade da conduta, pois exercem atividade de interesse da sociedade na área de segurança pública, devendo zelar pela licitude de suas condutas. Observa-se que os policiais representados são citados em quase todos os termos das declarações dos usuários, acusados ou outros, supostamente envolvidos em toda a “teia” do tráfico desta cidade”.

De fato, compulsando os autos, logo se observa interrogatórios como o de **Denize Meschke Bodemuller** (fls. 122/3) no sentido a apontar a periculosidade do acriminado: “...que o policial civil Teté nunca a procurou para pedir dinheiro, mas foi por várias vezes ao comércio da interrogada pedir peixe e também ameaçá-la caso a mesma parasse de vender entorpecente seria eliminada; que por esse motivo a interrogada teme por sua vida, pois sabe que Flávio, seu irmão Luciano e o policial civil Teté são muito perigosos...”.

Depoimentos como o de **Francisco das Chagas Sousa** (fls. 75/6), também são esclarecedores: “...que Tarioba traz a droga de São Luís juntamente com o policial civil conhecido como Teté, que Teté mandou prender o declarante porque os traficantes protegidos por ele achavam que o declarante estava vendendo drogas e só eles, os grandes, é que podem vender drogas em Tutóia; que os traficantes de Tutóia, pagam propina para os policiais civis Teté e

Machado como também para outras pessoas da delegacia; Que Teté e os carcereiros diziam para o declarante que se o mesmo denunciasse alguém, seria encaminhado para Pedrinhas e lá seria morto pelos presos....*omissis*...que tem medo de Teté mandar lhe matar...”.

A testemunha **Genésio Teixeira de Carvalho** também cita o acriminado, fls. 84/5: “...que Teté e Machado protegiam os traficantes, até mesmo Telefonando para eles avisando da chegada de alguma autoridade nova na cidade...”.

O paciente ainda é citado por **Francisco Das Chagas Sousa** (fls. 102/3) e outras pessoas.

O comum desses depoimentos e o clima de medo dos policiais, tidos como perigosos e violentos, inclusive o paciente, vulgo **Teté**.

Assim, quando a decisão diz estar a ordem pública ameaçada, essa conclusão não pode ser contraditada, sendo, em verdade, caso de decretação sob esse fundamento (CPP, artigo 312).

A segregação provisória também se justificou pela conveniência da instrução criminal (proteção às testemunhas) e aplicação da Lei Penal (evitar fugas).

O Tribunal de Justiça Gaúcho tem denegado a ordem com base na periculosidade do agente, **IPSIS LITTERIS**:

Número: 70035987106 Tribunal: Tribunal de Justiça do RS

Seção: CRIME

Tipo de Processo: Habeas Corpus Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal Decisão: Acórdão

Relator: José Antônio Cidade Pitrez Comarca de Origem: Comarca de Tramandaí.

Ementa: **HABEAS CORPUS. CRIME DE ENTORPECENTES (ARTIGO 33- CAPUT, DA LEI Nº 11.343/06). PRISÃO TEMPORÁRIA E POSTERIOR DECRETO DE PREVENTIVA PRESSUPOSTOS DA SEGREGAÇÃO CAUTELAR QUE RESTARAM PREENCHIDOS.** A segregação provisória do paciente decorre de preventiva, devidamente fundamentada, calcada em circunstâncias concretas do caso, autorizadas da medida extrema, ausente qualquer coação ilegal a ser sanada, pois trata-se da prática, em princípio, de delito de elevada ofensividade jurídica, não existindo motivos suficientes para a revogação da segregação cautelar no presente momento processual. Tal decreto restou motivado, ainda, nos seguintes termos: "...Há prova da materialidade, enquanto a autoria encontra indícios seguros nos documentos que acompanham a representação, apontando os indiciados como autores ou co-autores nos delitos citados. Os fatos são graves, correspondente a tráfico e associação para o tráfico, delitos elevados a categoria de



hediondos diante de sua perniciosidade. Cabe acrescentar que o crime de tráfico de entorpecentes vem crescendo assustadoramente na Comarca, causando graves danos a população diante das consequências de sua prática. Este aumento exige uma atuação mais efetiva do Poder Judiciário, no sentido de reprimir este tipo de conduta que causa intenso temor e intranquilidade no meio social, em razão da periculosidade dos agentes (...) No presente caso, as circunstâncias revelam, em tese, periculosidade dos agentes, a necessidade da prisão para garantir a ordem pública, bem como para assegurar a instrução processual e a aplicação da Lei Penal (...). Por fim, o crime hediondo traz, em si, a necessidade da segregação, motivo pelo qual o legislador tratou a matéria com maior rigorismo, vedando a liberdade provisória, considerando que este tipo de conduta gera evidente intranquilidade no meio social. E especial, cabe destacar que o tráfico ilícito de drogas tem aumentado consideravelmente no litoral, onde há circulação de milhares de jovens com o intuito de diversão. E o pouco efetivo policial, favorece a difusão do entorpecente, exigindo-se do Poder Judiciário uma atuação mais severa no sentido de reprimir estas atividades delituosas, nocivas à sociedade e que atenta contra a ordem pública. Diante deste contexto, por estarem integralmente atendidos os pressupostos dos artigos 311 e 312 do Código de Processo Penal, decreto a prisão preventiva dos investigados, qualificados nos autos e a seguir relacionados: Daniel Teixeira Iffert, Evandro Silveira de Castro, Arlindo dos Santos, Nilton Moraes Ferreira, Adão de Almeida Silva, Beatriz da Silva Linhares, Rodrigo dos Santos Muniz, Leonilda Ferreira de Lima, Jéssica Lima Ceznaskinski, Rosane de Lima Araújo, Daniel Soares, Fernando da Silva Costa, José Antônio Griller Moraes, Fabiana Machado, Valdica Antônia Machado, Everton Rodrigues da Silva, Cristiano Silva de Castro, Ildo Martins Rodrigues, Ciro Daniel Lima Scztynski, Daberson Diego Medina Joras, Adriana Fernanda de Souza Silva, Vinícius Voese da Silveira, Taiana catiuca Lopes dos Santos, Valderi da Silva Linhares, Sebastião Irani Ferreira de Lima, Rodrigo Machado Ramos, Fábio da Silva, Maicon Gomes Lima e Maicon Lima dos Santos. ...". (sic - fl. 20). O delito de tráfico imputado ao paciente é equiparado a hediondo pela legislação, exigindo maior rigor em sua apuração e repressão, sendo que o artigo 44, da Lei nº 11.343/06 veda a concessão da liberdade provisória aos seus autores, sendo que a Lei nº 11.464/07 não o revogou, pelo princípio da especialidade. Primariedade, bons antecedentes, residência fixa e ocupação lícita não constituem obstáculo à manutenção da custódia prévia, nem atenta esta contra o princípio constitucional da presunção de inocência. O âmbito estreito do Habeas Corpus não comporta aprofundado exame da prova, como esboçado na inicial. A decisão atacada não merece qualquer reparo, haja vista que suficientemente motivada. Necessária, assim, a manutenção da segregação. Assim, não resta outra alternativa a não ser a

denegação da ordem, uma vez que o paciente não sofre constrangimento ilegal em sua liberdade de locomoção. Por fim, em consulta ao site deste TJRS, em 19.05.10, foi obtida a informação de que os autos principais, em 19MAI2010, foram dados em carga ao Ministério Público, consoante cópia impressa da consulta processual realizada juntada na última folha do presente feito. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DENEGADA. (Habeas Corpus Nº 70035987106, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Antônio Cidade Pitrez, Julgado em 27/05/2010)

Tenho assim, como devidamente fundamentada para fins do artigo 93, IX, da Constituição da República Federativa do Brasil e artigo 315 da Lei Adjetiva Penal.

Também vejo não ser caso de substituição da prisão por medida cautelar (CPP, artigo 319), porque o delito em questão – equiparado a hediondo – possui pena máxima superior a quatro anos (CPP, artigo 313, I) e a medida não é socialmente adequada porque, fora da constrição, restaria por ameaçar a ordem pública e conveniência da instrução criminal que tanto a custódia corporal quer proteger.

De outro lado, de medida cautelar diversa da prisão não se adequaria à gravidade do crime e as condições pessoais do acriminado, tido por perigoso (CPP, artigo 282, II).

Ante o exposto e por tudo mais que nos autos consta, conheço do presente e, no mérito, **DENEGO** a ordem requerida circundando o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça.

É como voto.

São Luís, 12 de dezembro de 2011.

Des. José Joaquim Figueiredo dos Anjos  
Relator

TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL  
SESSÃO DO DIA 01 DE AGOSTO DE 2011  
CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA Nº. 016074/2011 –  
SÃO JOSÉ DE RIBAMAR/MA

Suscitante: Juízo de Direito da 3ª Vara da Comarca de São José de Ribamar  
Suscitado: Juízo de Direito da 1ª Vara da Comarca de São José de Ribamar  
Relator: Des. Benedito de Jesus Guimarães Belo

ACÓRDÃO Nº. 104.712/2011

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. CONFLITO NEGATIVO. AÇÃO PENAL INICIADA. EDIÇÃO SUPERVENIENTE DE PROVIMENTOS. REDISTRIBUIÇÃO. MODIFICAÇÃO DE COMPETÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. PERPETUAÇÃO DA JURISDIÇÃO. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO ART. 87 DO CPC.

1. Depois de recebida a inicial acusatória e designada audiência de instrução e julgamento que deixou de acontecer por ausência de intimação do acusado, não deve a ação penal ser redistribuída para outra Vara, com base em provimentos editados pela Corregedoria de Justiça que ressalvam apenas os processos criminais cuja instrução não tenha sido iniciada, mas tão somente quando houver supressão do órgão judiciário suscitado ou alteração da sua competência em razão da matéria ou da hierarquia, sob pena de violação ao princípio da perpetuação da jurisdição, aplicado subsidiariamente ao processo penal.

2. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo Suscitado. Unanimidade.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Conflito de Negativo de Competência nº. 016074/2011, acordam os Senhores Desembargadores da Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, por unanimidade e de acordo com o parecer da Procuradoria Geral de Justiça, em conhecer do Conflito e declarar competente o Juízo de Direito da Primeira Vara da Comarca de São José de Ribamar, ora Suscitado, nos termos do voto do relator.

Tomaram parte no julgamento, além do que assina, os Senhores Desembargadores José Joaquim Figueiredo dos Anjos e José de Ribamar Froz Sobrinho.

Funcionou pela Procuradoria de Justiça o Doutor Suvamy Vivekananda Meireles.

São Luís, 1º de agosto de 2011.

Des. Benedito de Jesus Guimarães Belo  
Presidente e Relator

## RELATÓRIO

Trata-se de Conflito Negativo de Competência suscitado pelo Juízo de Direito da Terceira Vara Criminal da Comarca de São José de Ribamar nos autos do processo-crime em que Ricardo da Silva Cantanhede é acusado da prática do crime de furto qualificado, por entender não ser competente para processar e julgar o feito, o qual lhe foi enviado pelo Juízo da Primeira Vara da mesma Comarca, depois da edição do Provimento nº. 14/2010, com alteração pelo Provimento nº. 01/2011, ambos da Corregedoria Geral de Justiça deste Estado.

Instalou-se o conflito em razão de o Suscitante (3ª Vara), através da decisão de fls. 75/76, ter entendido que a competência para processar e julgar a referida ação penal seria do Juízo Suscitado (1ª Vara), foro em que foi proposta a acusação, recebida a inicial e designada audiência de instrução e julgamento, que deixou de acontecer por ausência de intimação do acusado, por não ter sido localizado, fazendo com que a magistrada da 1ª Vara reavaliasse seu posicionamento com relação à modificação de competência, encaminhando os autos à 3ª Vara, situação em que afirma que não poderia ser alterada, mesmo diante dos referidos provimentos, que dispõem que *após 30 (trinta) dias, os processos de competência criminal e os relativos a Habeas Corpus deverão ser distribuídos igualmente, por ano, observada a sua primeira distribuição, excluídos aqueles cuja instrução tenha sido iniciada.*

Há nos autos manifestação do Suscitante (fls. 75/76) e do Suscitado (fls. 70).

A Procuradoria Geral de Justiça emitiu o parecer de fls. 84/90, da lavra do Doutor Suvamy Vivekananda Meireles, a fim de que, com base nos provimentos de nº. 01/2011 e 14/2010 e no art. 87 do CPC c/c art. 3º do CPP, seja declarada a competência do

Juízo Suscitado, ou seja, do Juízo da 1ª Vara da Comarca de São José de Ribamar, para prosseguir na presidência do processo criminal.

É o que competia relatar.

## VOTO

Como visto, trata-se de Conflito Negativo de Competência instalado entre o Juízo da 3ª Vara, ora suscitante, e o Juízo da 1ª Vara, aqui suscitado, ambos da Comarca de São José de Ribamar, objetivando seja declarado, nesta instância, o competente para processar e julgar os autos da Ação Penal nº. 1073-28.2010.8.10.0058.

Ressalto, por oportuno, que a dita ação penal foi proposta, inicialmente, perante o Juízo Suscitado (1ª Vara) e, com a edição dos provimentos nº. 14/2010 e 01/2011, ambos da Corregedoria Geral de Justiça, remetidos ao Juízo Suscitante (3ª Vara), depois de praticados alguns atos processuais de cunho decisório, tais como: recebimento de denúncia (fl. 37), audiência de instrução e julgamento (fl.70), etc.

Assim, tenho que o deslinde da questão não está a merecer maiores delongas, porquanto ser matéria já pacificada pela doutrina e pela construção jurisprudencial.

É que, ao que se sabe, a competência é fixada no momento da distribuição da ação, quando há mais de um juiz, ou no momento do despacho inicial, não mais se modificando, salvo se por supressão do órgão judiciário ou por força de alteração da competência em razão da matéria ou da hierarquia. É a chamada perpetuação da jurisdição.

Essa a sinalização normativa insculpida no artigo 87 do Código de Processo Civil, aplicado analogicamente ao caso, *in verbis*:

Art. 87. Determina-se a competência no momento em que a ação é proposta. São irrelevantes as modificações do estado de fato ou de direito ocorridas posteriormente, salvo quando suprimirem o órgão judiciário ou alterarem a competência em razão da matéria ou da hierarquia.

Deveras, no caso sob enfoque, não nos parece ter ocorrido quaisquer das exceções previstas, capazes de alterar essa regra, mas sim, a edição de provimentos pela Corregedoria Geral de Justiça, sem que se tenha por suprimido o órgão judiciário aqui suscitado ou alterado a sua competência em razão da matéria ou da hierarquia. Portanto, não

se pode conceber a modificação da competência, aqui, do Juiz de Direito da 1ª Vara da Comarca de São José de Ribamar, o qual proferiu o despacho inicial.

Destarte, proposta e distribuída a ação no Juízo Suscitado (1ª Vara), que recebeu a denúncia e praticou vários outros atos subsequentes, não pode ser redistribuída a outro Juízo, porquanto ser a competência, aferida no momento da distribuição (art. 87 do CPC), notadamente quando incorrentes as exceções à regra da “*perpetuatio jurisdictionis*”.

Portanto, a competência do juízo é conferida no momento da propositura da ação, e não poderá sofrer influência caso haja modificação do estado de fato ou de direito ocorridas posteriormente. Assim, o fato de terem sido editados Provimentos no transcurso do processo, não é relevante para que ocorra a mudança da competência do juízo de origem.

Em recente decisão proferida em 18 do corrente mês, no Conflito Negativo de Competência de nº. 014473/2011, de minha relatoria, tratando-se de caso similar, esta Corte decidiu, por unanimidade, pela declaração da competência do Juízo da 1ª Vara da Comarca de São José de Ribamar, tendo em vista a perpetuação do foro, em respeito ao princípio do juiz natural.

Assim, seguindo esse entendimento, dúvidas não restam que o Juízo de Direito da 1ª Vara da Comarca de São José de Ribamar é o competente para processar e julgar o feito.

Posto isso, e de acordo o parecer da Procuradoria Geral de Justiça, conheço do presente Conflito Negativo de Competência, para declarar a competência do Juízo Suscitado (1ª Vara) para processar e julgar o feito, e para onde os presentes autos deverão ser encaminhados, comunicando-se ao Juízo Suscitante (3ª Vara).

É como voto.

Sala das Sessões da Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, em São Luís, 1º de agosto de 2011.

Des. Benedito de Jesus Guimarães Belo  
Presidente e Relator

**EMENTÁRIO**  
**DIREITO DO IDOSO**

PROCESSO CIVIL. AÇÃO COMINATÓRIA. ART. 196 DA CF/88. IDOSO USUÁRIO DO SUS. IMPOSIÇÃO AO ESTADO DE FORNECER TRATAMENTO MÉDICO INDICADO À CURA OU À MITIGAÇÃO DOS EFEITOS DE DOENÇA GRAVE. RESERVA DO POSSÍVEL. NÃO PROVIMENTO.

1. O dispositivo inserto no art. 196 da CF/88 preconiza que a saúde é direito de todos e dever do Estado, cabendo a este, portanto, resguardá-lo sob pena de afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana. Ademais, o regramento ali inserto não encerra faculdade, mas sim dever, obrigação, de sorte que, não o fazendo voluntariamente, deve o Judiciário, em atenção ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, impor ao Ente Federativo o cumprimento da missão de assegurar saúde a paciente com graves problemas de saúde, através da obrigação do fornecimento de tratamento indispensável à cura ou à mitigação dos efeitos da doença;

2. Apelação não provida.

*Acórdão n.º. [1043732011](#) - 3ª Câmara Cível*

*Apelação Cível n.º. [0125702011](#) - São Luís*

*Relator: Des. Cleones Carvalho Cunha*

*Agravante: Estado do Maranhão*

*Agravado: Josefa de Abreu Sousa*

*Sessão do dia 7.7.2011*

*Decisão: Apelo não provido.*

\*\*\*

CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO COMINATÓRIA. TUTELA ANTECIPADA. DEFERIMENTO. INTERNAÇÃO EM UTI EM REDE HOSPITALAR PÚBLICA OU PRIVADA. DIREITO DO IDOSO. DEVER DO ESTADO. NÃO PROVIMENTO.

1. Por ser a saúde direito de todos e dever do Estado, nesse contexto, não há como concluir que a internação de tratamento em UTI em rede hospitalar pública ou privada a uma única idosa possa causar lesão de consequências significativas e desastrosas à economia de Ente Federativo Estadual;

2. Diante das nuances do caso concreto e uma vez presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, mantém-se a tutela antecipatória deferida em primeiro grau;

3. Agravo de instrumento não provido.

*Acórdão n.º. 1045522011 - 3ª Câmara Cível*

*Agravo de Instrumento n.º. 74462011 - São Luís*

*Relator: Des. Cleones Carvalho Cunha*

*Agravante: Estado do Maranhão*

*Agravado: Domingas Fernandes de Sousa*

*Sessão do dia 21.7.2011*

*Decisão: Agravo não provido.*

\*\*\*

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE ALIMENTOS. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO BINÔMIO NECESSIDADE-POSSIBILIDADE. ARTIGO 1694 DO CÓDIGO CIVIL. APELO IMPROVIDO.



1. Apenas evocar a sua condição de idoso não o autoriza de forma automática a receber pensão de sua ex-cônjuge. Efetivamente, o Apelante não trouxe nenhuma prova da impossibilidade de sua manutenção, limitando-se a afirmar que sua ex-mulher contribuía e ajudava complementando as necessidades com medicações.

2. O requerente não comprovou que faz uso de medicação ou que possui problemas de saúde. Por outro lado a Apelada comprovou suas despesas, inclusive com a manutenção da filha do casal, demonstrando a impossibilidade de prestar alimentos para o requerente sem prejuízo seu e de sua filha, destacando que o Apelante recebe pensão pelo INSS.

3. Apelo conhecido e improvido.

*Acórdão n.º. 09966182011 - 2ª Câmara Cível*

*Apelação Cível n.º. [0996182011](#) - São Luís*

*Relator: Des. Nelma Sarney Costa*

*Apelante: José Pedro Pereira*

*Apelado: Edna Araújo Aires Pereira*

*Sessão do dia 22.2.2011*

*Decisão: Apelo conhecido e não provido.*

\*\*\*

PROCESSO CIVIL. AÇÃO COMINATÓRIA. ART. 196 DA CF/88. IDOSO USUÁRIO DO SUS. IMPOSIÇÃO AO ESTADO DE FORNECER MEDICAMENTO. NECESSIDADE E INDISPENSABILIDADE. COMPROVAÇÃO. INTELIGÊNCIA DO ART. 196 DA CF/88. NÃO PROVIMENTO.

1. O dispositivo inserto no art. 196 da CF/88 preconiza que a saúde é um direito de todos e dever do Estado, cabendo a este, portanto, resguardá-lo sob pena de afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana. Ademais, o regramento ali inserto não encerra faculdade, mas sim dever, obrigação, de sorte que, não o fazendo voluntariamente, deve o Judiciário, em atenção ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, impor ao ente federativo o cumprimento da missão de assegurar saúde a paciente com graves problemas cardíacos, através da obrigação do fornecimento de medicamento indispensável ao tratamento da doença;

2. Tratando-se de pessoa portadora de gravíssimos problemas de saúde, devidamente comprovados, deve o Poder Público assegurar-lhe, com absoluta prioridade, o fornecimento de medicamento próprio, ante a necessidade de dar efetividade à tutela do direito à vida e à saúde constitucionalmente assegurados;

3. Apelação não provida.

*Acórdão n.º. [1009412011](#) - 3ª Câmara Cível*

*Apelação Cível n.º. [0340452010](#) - São Luís*

*Relator: Des. Cleones Carvalho Cunha*

*Apelante: Estado do Maranhão*

*Apelado: Maurino Raimundo Silva*

*Sessão do dia 7.4.2011*

*Decisão: Apelo não provido.*

\*\*\*

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. APELAÇÕES CÍVEIS. TRANSPORTE PÚBLICO COLETIVO INTERMUNICIPAL DE PASSAGEIROS. MAIORES DE 65 ANOS. GRATUIDADE. PREVISÃO NA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL SEM

LIMITAÇÃO DE NÚMERO. GARANTIA DO DIREITO FUNDAMENTAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. SENTENÇA MANTIDA.

1. O direito de transporte gratuito do idoso se insere na garantia que lhe é destinada quanto à sua participação na comunidade, dignidade e bem-estar. Inteligência do art. 230 da Constituição Federal.

2. Inadmissível o estabelecimento de cotas pelas empresas, em ofensa à Lei Maior e à dignidade das pessoas idosas.

3. A legislação acerca do transporte intermunicipal, compreendido como o transporte entre municípios em um mesmo Estado, é de competência dos Estados-membros, nos termos do art. 25, § 1º, da Constituição Federal. No âmbito de tal competência, a Constituição Estadual, em seu art. 255, assegurou o legítimo direito de todo e qualquer idoso, maior de 65 (sessenta e cinco) anos, de usufruir de transportes coletivos urbanos e interurbanos, de forma gratuita.

4. Se o legislador não instituiu qualquer espécie de limitação ao direito do idoso ali delineado, não cabe ao intérprete fazê-lo.

5. Na análise do caso concreto, tem-se que deve prevalecer o princípio do amparo aos idosos e à sua dignidade, quando sopesado frente o princípio do equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo.

6. Apelos improvidos.

*Acórdão nº. [1096622011](#) - 3ª Câmara Cível*

*Apelação Cível nº. [0322022010](#) - São Luís*

*Relator: Des. Lourival Serejo*

*Apelantes: Estado do Maranhão e outros*

*Apelado: Ministério Público Estadual*

*Sessão do dia 12.12.2011*

*Decisão: Apelos não providos.*

\*\*\*

CONSTITUCIONAL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - INTERNAÇÃO HOSPITALAR - DIREITO RECONHECIDO POR FORÇA DOS ARTS. 5º, CAPUT, 6º, CAPUT, E 196 DA CARTA MAGNA - INDEVIDO O BLOQUEIO DE VERBAS PROVENIENTES DO MINISTÉRIO DA SAÚDE.

1. A saúde enquanto direito universal e, particularmente, do idoso, deve ser promovida pelo Estado, em todas suas esferas, conforme prevê a Constituição Federal em no caput dos arts. 5º e 6º, e no art. 196, bem assim, os arts. 2º; 3º; 9º e 15, do Estatuto do Idoso, de forma a obrigá-lo a providenciar a internação do paciente agravado em unidade de terapia intensiva (UTI), consoante prescrição médica.

2. Demonstra-se excessivo o pronunciamento do julgador a quo, que determinou o bloqueio da quantia de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), sobre a verba advinda do Ministério da saúde, posto que tal numerário destina-se a área de saúde de toda a municipalidade agravante, por certo representa prejuízo ao desempenho das atividades e políticas públicas voltadas à saúde dos munícipes de Imperatriz. Ademais, a previsão de multa diária no valor de R\$ 1.510,00 (um mil quinhentos e dez reais) por atraso na efetivação da internação, já se mostra suficiente a impor o cumprimento da medida. Devendo, portanto, ser reformado o decisum nesse ponto.

3. Recurso conhecido e provido. Maioria.

*Acórdão nº. [1035952011](#) - 4ª Câmara Cível*

*Agravo de Instrumento nº. [0310682010](#) - Imperatriz*

*Relatora: Desa. Anildes de Jesus Bernardes Chaves Cruz*

*Agravante: Município de Imperatriz*  
*Agravado: Ministério Público Estadual*  
*Sessão do dia 24.5.2011*  
*Decisão: Agravo conhecido e provido.*

\*\*\*

CONSTITUCIONAL. CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. TRANSPORTE COLETIVO URBANO. IDOSO. PASSE LIVRE. NEGATIVA. NÃO COMPROVAÇÃO. ATO ILÍCITO. NÃO CONFIGURAÇÃO. NEXO DE CAUSALIDADE. AUSÊNCIA. INDENIZAÇÃO DESCABIDA. NÃO PROVIMENTO.

1. Para configurar a obrigação de reparação de danos, moral e/ou material, faz-se necessária a caracterização do ato ilícito praticado, bem como do consequente nexo causal relacionados àquelas;

2. Não evidenciada qualquer negativa de utilização da carteira do passe livre, pelo idoso, em transporte coletivo urbano, ou mesmo a ocorrência de insultos e humilhações em desfavor daquele, não há que se falar em obrigação de indenização, ante a ausência do nexo de causalidade relacionado aos supostos danos, elemento essencial à constituição do dever reparatório;

3. Apelo não provido.

*Acórdão n.º. [0962742010](#) - 3ª Câmara Cível*

*Apelação n.º. [0300772010](#) - São Luís*

*Relator: Des. Cleones Carvalho Cunha*

*Agravante: Antônio Ismael Cardozo*

*Agravado: Empresa São Benedito Ltda.*

*Sessão do dia 25.10.10*

*Decisão: Apelo não provido.*

\*\*\*

CONSTITUCIONAL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - INTERNAÇÃO HOSPITALAR - DIREITO RECONHECIDO POR FORÇA DOS ARTS. 5º, CAPUT, 6º, CAPUT, E 196 DA CARTA MAGNA E DOS ARTS. 2º, 3º, 9º E 15, DO ESTATUTO DO IDOSO (LEI Nº. 10.741/2003) - INDEVIDO O BLOQUEIO DE VERBAS PROVENIENTES DO MINISTÉRIO DA SAÚDE.

1. A saúde enquanto direito universal e, particularmente, do idoso, deve ser promovida pelo Estado, em todas suas esferas, conforme prevê a Constituição Federal em no caput dos arts. 5º e 6º, e no art. 196, bem assim, os arts. 2º; 3º; 9º e 15, do Estatuto do Idoso, de forma a obrigá-lo a providenciar a internação do paciente agravado em unidade de terapia intensiva (UTI), consoante prescrição médica.

2. Demonstra-se excessivo o pronunciamento do julgador a quo, que determinou o bloqueio da quantia de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), sobre a verba advinda do Ministério da saúde, posto que tal numerário destina-se a área de saúde de toda a municipalidade agravante, por certo representa prejuízo ao desempenho das atividades e políticas públicas voltadas à saúde dos munícipes de Imperatriz. Ademais, a previsão de multa diária no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) por atraso na efetivação da internação, já se mostra suficiente a impor o cumprimento da medida. Devendo, portanto, ser reformado o decisum nesse ponto.

3. Recurso conhecido e provido. Maioria.

*Acórdão n.º. [0991112011](#) - 4ª Câmara Cível*

*Agravo de Instrumento n.º. [0295732010](#) - Imperatriz*

*Relatora: Anildes de Jesus Bernardes Chaves Cruz*  
*Agravante: Município de Imperatriz*  
*Agravado: Ministério Público Estadual*  
*Sessão do dia 15.2.2011*  
*Decisão: Agravo conhecido e provido.*

\*\*\*

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO QUE DETERMINOU AO AGRAVANTE E OUTROS QUE CUSTEASSEM A INTERNAÇÃO DO AGRAVADO EM HOSPITAL PARTICULAR. AGRAVADO IDOSO. PROTEÇÃO À VIDA E À SAÚDE. IMPROVIMENTO.

1. Reputa-se acertada a decisão judicial que, à falta comprovada de leitos em hospitais da rede pública, determina a internação de paciente idoso, em situação de gravidade e urgência incontestável, às expensas do Poder Público.
2. Conclusão ratificada e reforçada pela verificação de que o agravado é pessoa idosa, que, por força de lei específica, tem garantida a proteção à vida e à saúde.
3. Recurso improvido.

*Acórdão n.º. [0942802010](#) - 3ª Câmara Cível*  
*Agravo de Instrumento n.º. [0191592010](#) - São Luís*  
*Relator: Des. Lourival Serejo*  
*Agravante: Município de São Luís*  
*Agravado: Antônio Silva Bozalo*  
*Sessão do dia 19.8.2010*  
*Decisão: Agravo não provido.*

\*\*\*

DIREITO CONSTITUCIONAL E CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. TEMPO DE ESPERA EXCESSIVO EM FILA DE INSTITUIÇÃO BANCÁRIA. LEI MUNICIPAL. CONSTITUCIONALIDADE. CIDADÃO IDOSO E PORTADOR DE NECESSIDADES ESPECIAIS. DANO MORAL. CARACTERIZAÇÃO. APELAÇÃO PROVIDA.

1. Os Municípios têm competência para legislar sobre assuntos de interesse local, consoante o que dispõe o artigo 30, da CF.
2. A Lei Municipal que estipula tempo máximo de espera em filas de agências bancárias não afronta a competência privativa do Congresso Nacional para legislar sobre o Sistema Financeiro Nacional, vez que não disciplina atividades-fim das instituições financeiras, limitando-se a estabelecer matéria de interesse local e de proteção ao consumidor.
3. Entendimento pacífico do STF: Ag Reg no REExt 427.463-RO, Relator Min. EROS GRAU Primeira Turma, DJ de 19.5.2006. Precedentes deste Tribunal de Justiça: AC 21.159/2008, PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL, Relator Des. JORGE RACHID MUBÁRACK MALUF, julgamento em 21.01.10, DJE de 04.02.10; AC 22.820/2009, SEGUNDA CÂMARA CÍVEL, de minha relatoria, julgamento em 13.04.10, DJE de 23.04.10.
4. A Constituição Federal de 1988 inseriu dentre o rol de direitos fundamentais a proteção à honra e à imagem das pessoas, as quais são invioláveis por qualquer que seja, nos termos do inciso X, do seu art. 5º.
5. A postura de instituição bancária no sentido de fazer com que o consumidor espere por um excessivo lapso na fila de atendimento, mormente quando se trata de cidadão idoso, portador de necessidades especiais, viola, de uma só vez, o princípio da dignidade da pessoa

humana, da boa-fé objetiva, do equilíbrio das relações de consumo, causando lesão frontal à honra do apelante, o qual deve ser reparado, por meio de uma indenização em pecúnia.

6. Recurso provido.

*Acórdão n.º. [0944562010](#) - 2ª Câmara Cível*

*Apelação Cível n.º. [0175362010](#) - São Luís*

*Relator: Des. Marcelo Carvalho Silva*

*Apelante: Antônio Ismael Cardozo*

*Apelado: Banco do Brasil S/A.*

*Sessão do dia 24.8.2010*

*Decisão: Apelo provido.*

\*\*\*

**APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. TRANSPORTE COLETIVO URBANO. IDOSO. PASSE LIVRE. AUSÊNCIA DE PROVAS.**

1. Aos idosos é assegurado pelo Estatuto do Idoso o passe livre nos transportes urbanos coletivo. Todavia, cabe ao beneficiado apresentar documentação idônea que comprove sua identificação e idade a um dos prepostos da empresa coletiva.

2. É devido o pagamento de indenização por dano moral em decorrência de humilhações e insultos perpetrados em desfavor do usuário quando caracterizado o ato ilícito e violador dos ditames legais.

3. Em face das circunstâncias que norteiam o caso em análise, verifica-se que inexistem provas concretas da conduta dos empregadores da empresa a ensejar indenização por dano moral.

4. Recurso improvido.

*Acórdão n.º. [0943842010](#) - 3ª Câmara Cível*

*Apelação Cível n.º. [0158522010](#) - São Luís*

*Relator: Des. Lourival Serejo*

*Apelante: Antônio Ismael Cardozo*

*Apelado: Expresso Rodoviário 1001 Ltda.*

*Sessão do dia 19.8.2010*

*Decisão: Apelo não provido.*

\*\*\*

**CONSTITUCIONAL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - INTERNAÇÃO HOSPITALAR - DIREITO RECONHECIDO POR FORÇA DOS ARTS. 5º, CAPUT, 6º, CAPUT, E 196 DA CARTA MAGNA E DOS ARTS. 2º, 3º, 9º E 15, DO ESTATUTO DO IDOSO (LEI N.º. 10.741/2003) - INDEVIDO O BLOQUEIO DE VERBAS PROVENIENTES DO MINISTÉRIO DA SAÚDE.**

1. A saúde enquanto direito universal e, particularmente, do idoso, deve ser promovida pelo Estado, em todas suas esferas, conforme prevê a Constituição Federal em no caput dos arts. 5º e 6º, e no art. 196, bem assim, os arts. 2º; 3º; 9º e 15, do Estatuto do Idoso, de forma a obrigá-lo a providenciar a internação do paciente agravado em unidade de terapia intensiva (UTI), consoante prescrição médica.

2. Demonstra-se excessivo o pronunciamento do julgador a quo, que determinou o bloqueio da quantia de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), sobre a verba provinda do Ministério da saúde, posto que tal numerário destina-se a área de saúde de toda a municipalidade agravante, por certo representa prejuízo ao desempenho das atividades e políticas públicas voltadas à saúde

dos munícipes de Imperatriz. Ademais, a previsão de multa diária no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) por atraso na efetivação da internação, já se mostra suficiente a impor o cumprimento da medida. Devendo, portanto, ser reformado o decisum nesse ponto.

3. Recurso conhecido e provido. Maioria.

*Acórdão n.º. [0924072010](#) - 4ª Câmara Cível*

*Agravo de Instrumento n.º. [0020842010](#) - Imperatriz*

*Relator: Des. Jaime Ferreira de Araújo*

*Agravante: Município de Imperatriz*

*Agravado: Ministério Público Estadual*

*Sessão do dia 18.5.2010*

*Decisão: Agravo conhecido e provido.*

\*\*\*

REMESSA. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CONCESSÃO GRATUITA DE PASSAGENS. FISCALIZAÇÃO. PESSOAS MAIORES DE SESSENTA E CINCO ANOS. DEVER DE FISCALIZAÇÃO DO ESTADO.

1 - Terá direito a transporte gratuito nas empresas de transporte coletivo intermunicipal todo cidadão a partir dos 65 (sessenta e cinco) anos de idade" (art. 1º, Lei nº 4929/89).

2 - Compete ao Estado fiscalizar o cumprimento da lei que concede serviço de transporte gratuito ao idoso.

3 - Remessa improvida. Unanimidade.

*Acórdão n.º. [0910382010](#) - 2ª Câmara Cível*

*Remessa n.º. [0011962010](#) - São Luís*

*Relator: Raimundo Freire Cutrim*

*Remetente: Juízo de Direito da 3ª Vara da Fazenda Pública de São Luís*

*Requerente: Ministério Público Estadual*

*Requerido: Estado do Maranhão e outros*

*Sessão do dia 20.4.2010*

*Decisão: Remessa parcialmente provida.*

\*\*\*

APELAÇÃO. ESTATUTO DO IDOSO. ACERVO PROBATÓRIO. SUFICIÊNCIA. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. EXAME DE CORPO DE DELITO. AUSÊNCIA. LESÃO CORPORAL GRAVE. INCOMPROVAÇÃO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA A FORMA SIMPLES DO CAPUT DO ART. 99, DA LEI Nº 10.741/2003. IMPOSIÇÃO. TEMPO DE PRISÃO PROVISÓRIA. EXTRAPOLAÇÃO DA SANÇÃO IMPOSTA NESTA SEDE. VERIFICAÇÃO. CUMPRIMENTO DA REPRIMENDA. RECONHECIMENTO EX OFFICIO. ALVARÁ DE SOLTURA. EXPEDIÇÃO.

1. Se, do acervo, suficientemente comprovado ter o agente exposto a perigo a integridade física e psíquica de idoso, genitor seu, se lhe submetendo a condições degradantes, irretorquivelmente configurado o delito previsto no art. 99, do Estatuto do Idoso.

2. Noutro passo, não submetida a vítima à exame pericial, ao fito de constatar a ocorrência de lesão corporal de natureza grave, imperativo o desclassificar da conduta para a forma simples prevista no caput do art. 99, da Lei nº 10.741/2003, fixando-lhe, de logo, a necessária sanção.

3. Evidenciado que custodiado provisoriamente o acusado por mais tempo do que a pena se lhe imposta, ante a desclassificação nesta sede, de se reconhecer, de ofício, o seu cumprimento, a teor do disposto no art. 109, da Lei de Execuções Penais, daí porque, em seu

favor, necessário o determinar de expedição de Alvará de Soltura. Recurso parcialmente provido, para que operada a desclassificação da conduta para a forma simples prevista no caput do art. 99, da Lei nº 10.741/2003, fixando, de logo, a necessária sanção, e, por conseguinte, em reconhecendo cumprida na sua integralidade, de ofício, determina expedição do competente Alvará de Soltura. Unanimidade.

*Acórdão nº. [1096142011](#) - 1ª Câmara Criminal*

*Apelação Criminal nº. [0326662009](#) - Estreito*

*Relator: Des. Antônio Fernando Bayma Araújo*

*Apelante: Juvenil Pereira de Medeiros*

*Apelado: Ministério Público Estadual*

*Sessão do dia 25.10.2011*

*Decisão: Apelo parcialmente provido.*

\*\*\*

ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DISTRIBUIDORA DE ENERGIA ELÉTRICA. FECHAMENTO POSTOS DE ATENDIMENTO. PREJUÍZOS AO CONSUMIDOR.

Deve ser promovido a reabertura de posto de atendimento de distribuidora de energia elétrica, no prazo estipulado pelo magistrado, evitando que os usuários, tais como: portadores de deficiência física, idosos e pessoas de poucas instruções tenham seus direitos prejudicados em face da transferência do posto de atendimento à localidade vizinha, porém de difícil acesso.

*Acórdão nº. [0879102009](#) - 3ª Câmara Cível*

*Apelação Cível nº. [0215982009](#) - Turiaçu*

*Relator: Des. José Stélio Nunes Muniz*

*Apelante: Companhia Energética do Maranhão - CEMAR*

*Apelado: Ministério Público Estadual*

*Sessão do dia 17.12.2009*

*Decisão: Apelo não provido*

\*\*\*

DIREITO CIVIL. APELAÇÃO. AÇÃO DE ALIMENTOS. BINÔMIO NECESSIDADE X POSSIBILIDADE. PRETENSÃO ALIMENTÍCIA DEDUZIDA EM FACE DE FILHO MAIOR E PAI DE FAMÍLIA. IDOSO. APOSENTADORIA ACRESCIDA DE BENS IMÓVEIS EM NOME DO ALIMENTANDO. RENDA COMPLEMENTAR. POSSIBILIDADE. IMPROVIMENTO.

1. Os alimentos afiguram-se devidos apenas excepcionalmente quando comprovada a necessidade do alimentando, por ausência de recursos e bens, que justifique a impossibilidade de, por si só, prover à própria subsistência;

2. Admitindo-se o alimentando aposentado e possuidor de dois imóveis, os quais não estariam sendo utilizados, jurídico e justo é concluir pela possibilidade de prover o próprio sustento, porquanto, à renda mensal previdenciária, pode acrescer/complementar com aluguel ou venda de tais bens;

3. Apelação não provida.

*Acórdão nº. [0816912009](#) - 3ª Câmara Cível*

*Apelação nº. [0080122009](#) - São Luís*

*Relator: Des. Cleones Carvalho Cunha*

*Apelante: Menandro Matogross*

*Apelado: Juracy César dos Santos Matogross*  
*Sessão do dia 14.5.2009*  
*Decisão: Apelo não provido*

\*\*\*

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ATO ILÍCITO. EMPRESA DE ÔNIBUS. IDOSO. DANO MORAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. VALOR DA INDENIZAÇÃO.

1. Compete à empresa o pagamento de indenização por dano moral quando o ato ilícito é praticado por seu empregado.

2. A indenização deve ser proporcional à extensão do dano e o grau de culpa do agente causador. Inteligência do art. 944, parágrafo único, do Código Civil.

*Acórdão n.º. [0835002009](#) - 1ª Câmara Cível*

*Apelação Cível n.º. [0026612009](#) - São Luís*

*Relator: Des. Jorge Rachid Mubárack Maluf*

*Apelante: Antônio Ismael Cardozo*

*Apelado: Transportes Coletivos Maranhense Ltda. - TCM*

*Sessão do dia 16.7.2009*

*Decisão: Apelo provido.*

\*\*\*

PROCESSO CIVIL E CONSUMIDOR. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PLANO DE SAÚDE. SEGURADO QUE COMPLETA 60 ANOS NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 10.741/03 (ESTATUTO DO IDOSO). APLICAÇÃO IMEDIATA. REAJUSTE DE MENSALIDADE COM BASE EXCLUSIVO EM MUDANÇA DE FAIXA ETÁRIA. ABUSIVIDADE CARACTERIZADA. INTELIGÊNCIA DO ART. 15, § 3º, DO REFERIDO ESTATUTO. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

1. Se o consumidor, usuário do plano de saúde, mesmo tendo firmado o contrato em data anterior, completar os 60 anos de idade já na vigência do Estatuto do idoso, fará ele jus à referida regra protetiva. A cláusula contratual de reajuste por mudança de faixa etária é condicionada a evento futuro e incerto. Deve-se aplicar a lei vigente quando do término da suspensividade.

2. O que o ordenamento veda é o reajuste em função da sua faixa etária, dada à flagrante abusividade, mantido o reajuste anual autorizado pelas Resoluções da Agência Nacional de Saúde Suplementar, imputável a todos os contratantes.

3. Recurso conhecido e improvido.

*Acórdão n.º. [0816482009](#) - 2ª Câmara Cível*

*Agravo de Instrumento n.º. [0013572009](#) - São Luís*

*Relator: Desa. Nelma Sarney Costa*

*Agravante: Caixa de Assistência dos Funcionários do Banco do Brasil - CASSI*

*Agravado: João Augusto Costa Muniz*

*Sessão do dia 12.5.2009*

*Decisão: Agravo não provido.*

\*\*\*

PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CAUTELAR INOMINADA PROPOSTA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL CONTRA HOSPITAL PARTICULAR E O MUNICÍPIO DE SÃO LUÍS, VISANDO À



PERMANÊNCIA DE PACIENTE IDOSO, EM ESTADO CRÍTICO DE SAÚDE, EM LEITO DE UNIDADE DE TERAPIA INTENSIVA (UTI). PRETENSÃO FORMULADA NO SENTIDO DE QUE O MUNICÍPIO DE SÃO LUÍS EFETUE O CUSTEIO DAS DESPESAS DECORRENTES DO TRATAMENTO MÉDICO-HOSPITALAR. FALECIMENTO DO PACIENTE NO DECORRER DA AÇÃO. SENTENÇA DE EXTINÇÃO DO PROCESSO, SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO (ART. 267, VI, DO CPC). IMPOSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO SUCINTA. SUBSISTÊNCIA DO INTERESSE PROCESSUAL NO QUE TANGE À OBRIGAÇÃO ATRIBUÍDA AO ENTE MUNICIPAL. PROSSEGUIMENTO DO FEITO QUE SE IMPÕE. RECURSO PROVIDO.

1. Conforme a dicção do art. 459, do Código de Processo Civil, em se tratando de sentença de extinção do processo, sem resolução do mérito, resta autorizada a adoção, pelo julgador, de fundamentação sucinta.

2. Verificado que a pretensão deduzida na inicial não se ateve apenas ao pedido de manutenção do paciente em leito de hospital da rede particular de saúde, mas também ao pedido de custeio do referido tratamento médico-hospitalar pelo Município de São Luís, o fato de ter ocorrido a morte do paciente no decorrer da ação não acarreta a extinção do processo, sem resolução do mérito, nos termos do art. 267, VI, do CPC, por ausência de interesse processual superveniente.

3. Com o evento morte, desapareceu, por óbvio, apenas o interesse processual do requerente na parte relativa ao pedido de permanência do paciente sob internação hospitalar. No entanto, o interesse processual permaneceu hígido quanto à segunda parte da postulação, qual seja, a de que seja determinada ao Município de São Luís a obrigação de custear as despesas decorrentes daquela internação.

4. Recurso provido.

*Acórdão n.º. [0816182009](#) - 2ª Câmara Cível*

*Apelação Cível n.º. [0195342008](#) - São Luís*

*Relator; Des. Marcelo Carvalho Silva*

*Apelante: UDI - Empreendimentos Médico Hospitalar do Maranhão Ltda.*

*Apelado: Ministério Público Estadual e João de Deus Babino da Silva*

*Sessão do dia 28.4.2009*

*Decisão: Apelo provido*

\*\*\*

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CAUTELAR. INTERNAÇÃO DE IDOSA EM UTI DA REDE PARTICULAR. AUSÊNCIA DE LEITO NA REDE PÚBLICA. CUSTEAMENTO PELO SUS.

1. O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa conseqüência constitucional indissociável do direito à vida, sendo dever do Estado assegurar a todos, indistintamente, o referido direito. Nesse sentido, cabível a concessão de medida cautelar que tem por escopo a manutenção da internação de idoso em leito de UTI da rede particular, quando indisponível vaga na rede pública.

2. Recurso conhecido e provido parcialmente. Unanimidade.

*Acórdão n.º. [0844772009](#) - 4ª Câmara Cível*

*Agravo de Instrumento n.º. [0248172008](#) - São Luís*

*Relatora: Desa. Anildes de Jesus Bernardes Chaves Cruz*

*Agravante: Estado do Maranhão*

*Agravado: Ministério Público Estadual*

*Sessão do dia 11.8.2009*

*Decisão: Agravo conhecido e parcialmente provido*

**DECISÕES  
COMENTADAS**

PROCESSO Nº. 35526-89.2011.8.10.0001

**AÇÃO DE RETIFICAÇÃO DE NOME.**

CARTÓRIO DA 8ª VARA CÍVEL DA CAPITAL.  
AUTOR: ANTÔNIO CARLOS CARNEIRO SERRA

**SENTENÇA**

Vistos, etc.

**ANTONIO CARLOS CARNEIRO SERRA**, qualificado e representado nos autos do processo em epígrafe, requer a retificação no seu registro de nascimento lavrado sob o n.º 0300150155 1995 1 00277 125 0263656 58, no Cartório de Registro Civil da 3ª Zona da Capital.

Afirma o Autor que é *travesti* e que desde criança identifica-se como mulher. Acrescenta que se veste como mulher e que já realizou todas as transformações necessárias em seu corpo para atingir o ideal almejado de ser mulher.

Salienta que há alguns anos autodenomina-se por DRIELLY, fato já conhecido por todos os seus parentes e amigos, e que, hodiernamente, sofre discriminações e dificuldades em locais públicos aos quais frequenta, em virtude da desconformidade do seu prenome masculino com a sua aparência feminina.

Por tal razão, requer a procedência da ação para que seu prenome passe a constar como **DRYELLY**, visto que o mesmo encontra-se descrito como ANTONIO CARLOS.

É o relatório, **decido**.

A presente demanda trata de ação de retificação de registro civil ajuizada por Antonio Carlos Carneiro Serra, em virtude do seu prenome lhe causar constrangimentos.

O Autor juntou à sua exordial farta documentação, entre resoluções, pareceres e portarias, para corroborar e fundamentar o seu pedido. Por exemplo, a Resolução nº 242/2010, expedida pelo Conselho Estadual de Educação Maranhense – Secretaria de Estado da Educação (fls. 42) dispõe que *as instituições de ensino público e privado, integrantes do Sistema Estadual de Ensino do Maranhão, incluam o nome social*

*de travestis e transexuais nos seus registros internos de modo a garantir a efetivação do processo de inclusão de travestis e transexuais no contexto escolar.*

Como se percebe, tal Resolução trata do assunto de modo a deixar transparecer sobre a possibilidade de uso de nome de *travesti* em meio educacional. Em sentido semelhante, preceitua a Portaria Nº 233/2010 (fls. 41).

Mais um importante documento trazido na exordial é o Parecer nº 02/2010, expedido pela Comissão de Direitos Humanos da Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional do Maranhão, onde em uma de suas passagens dispõe que *a adoção do nome social por transexuais e travestis diz respeito ao direito ao nome, matéria diretamente relacionada ao direito fundamental à identidade e à intimidade. E ainda: o direito ao nome insere-se no campo dos chamados “direitos da personalidade” matéria central no direito-constitucional brasileiro.*

Além disso, o Autor juntou um Estudo Social feito pelo Núcleo Psicossocial Serviço Social (fls. 32/37), onde obteve o seguinte parecer: *Tendo em vista a análise supra, sugerimos que sejam tomadas as providências necessárias para o processo legal da mudança de nome de Registro Civil, de Antonio Carlos Carneiro Serra para Dryelly Carneiro Serra.*

A jurisprudência brasileira se posiciona de forma favorável ao caso em tela. Para embasar o entendimento, colaciono a seguinte decisão emanada do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

*RETIFICAÇÃO DE REGISTRO DE NASCIMENTO - TRANSEXUAL - CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO JÁ REALIZADA - PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - MUDANÇA DE NOME - NECESSIDADE PARA EVITAR SITUAÇÕES VEXATÓRIAS - INEXISTÊNCIA DE INTERESSE GENÉRICO DE UMA SOCIEDADE DEMOCRÁTICA À INTEGRAÇÃO DO TRANSEXUAL.- A força normativa da constituição deve ser vista como veículo para a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, que inclui o direito à mínima interferência estatal nas questões íntimas e que estão estritamente vinculadas e conectadas aos direitos da personalidade.constituição- Na presente ação de retificação não se pode desprezar o fato de que o autor, transexual, já realizou cirurgia de transgenitalização para mudança de sexo e que a retificação de seu nome evitar-lhe-á constrangimentos e situações vexatórias.- Não se deve negar ao portador de disforia do gênero, em evidente afronta ao texto da lei fundamental, o seu direito à adequação do sexo morfológico e psicológico e a conseqüente redesignação do estado sexual e do prenome no assento de seu nascimento. (100240577822030011 MG 1.0024.05.778220-3/001(1), Relator:*

EDIVALDO GEORGE DOS SANTOS, Data de Julgamento: 06/03/2009,  
Data de Publicação: 07/04/2009)

Dessa forma, levando em conta a força probante dos documentos trazidos, e o fato peculiar do Autor ser *travesti*, é direito seu optar pela mudança de nome.

Ante o exposto e o mais que dos autos consta, com fundamento na Lei n.º 6.015/73 e nos pareceres e portarias supracitados, julgo **PROCEDENTE A AÇÃO** para determinar ao oficial do Cartório de Registro Civil da 3ª Zona da Capital que proceda a modificação no registro de nascimento de ANTONIO CARLOS CARNEIRO SERRA, a fim de que o seu nome passe a constar como **DRYELLY CARNEIRO SERRA**.

CÓPIA DESTA DECISÃO SERVIRÁ COMO MANDADO.

Sem custas.

Publique-se. Registre-se. Intime-se.

São Luís, 18 de janeiro de 2012.

Juiz LUIZ GONZAGA ALMEIDA FILHO.  
Titular da 8ª Vara Cível da Capital

# DECISÃO COMENTADA

*Des. Lourival Serejo*

## 1. O fato

A presente decisão, a primeira que se tem notícia neste estado, trata da alteração do nome e do sexo de Antônio Carlos Carneiro Serra para Drielly Carneiro Serra e a consequente retificação do seu registro civil. A requerente, embora tenha nascido com órgão sexual masculino, sempre se identificou como mulher, desde criança, tendo procedido à necessária transgenitalização.

## 2. A decisão

O Dr. Luiz Gonzaga Almeida Filho, juiz do registro público, deferiu o pedido, determinando a alteração pretendida, invocando o princípio da dignidade da pessoa humana. Houve aquiescência do Ministério Público.

Embora sucinta, a decisão do MM. juiz foi objetiva na apreciação da matéria, concluindo acertadamente pelo seu deferimento.

## 3. Comentários

O pedido de retificação do registro civil, nesses casos, precede à cirurgia de transgenitalização e redesignação sexual.

Como bem se expressa Tereza Rodrigues Viera,

*A transexualidade é caracterizada por um forte conflito entre corpo e identidade de gênero e compreende um arraigado desejo de adequar o corpo hormonal e/ou cirurgicamente àquele do gênero almejado.<sup>63</sup>*

O deferimento do pleito de retificação do registro que ora se analisa representa o resultado de um longo período de segregação, preconceito e debate em torno de uma questão de gênero que cresce a cada dia na sociedade.

---

<sup>63</sup> VIEIRA, Teresa Rodrigues. *Transexualidade*. In: DIAS, Maria Berenice (coord.) *Diversidade sexual e direito homoafetivo*. São Paulo: RT, 2011, p. 412.

Até pouco tempo, qualquer desvio de conduta sexual do modelo aceito como normal e sadio era considerado doença. Hoje, a retificação de gênero é uma realidade indiscutível pelo progresso científico alcançado e pela compreensão a que chegamos dos efeitos psicológicos da transexualidade.

Fala-se, inclusive, em direito fundamental à felicidade. Aliás, essa é uma proposta de emenda constitucional para inserir em nossa Lei Maior a felicidade como um direito de todo cidadão.

A judicialização desse drama pessoal tem obtido respostas satisfatórias dos nossos julgadores, que se expressam em decisões como esta agora comentada. No segundo grau, vários tribunais têm se mostrado sensíveis a tais pedidos com decisões deste teor:

*ALTERAÇÃO DE REGISTRO CIVIL. TRANSEXUAL. REDESIGNAÇÃO DO GÊNERO NO REGISTRO CIVIL. INEXISTÊNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO DE UMA PREVISÃO QUE TORNE O PEDIDO INVIÁVEL. ART. 1º, III, ART. 3º. IV E ART. 5º, X, DA CF/88. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA INVIOABILIDADE DA INTIMIDADE.*

*– Se não existe no ordenamento jurídico qualquer vedação à alteração de registro de pessoa transexual, não há que se falar em impossibilidade jurídica do pedido, que é encontrada nos princípios e valores que a constituição da República sobreleva. Seguindo-se os preceitos constitucionais, a dignidade da pessoa humana, enquanto princípio fundamental da República Federativa do Brasil, constitui diretriz que deve nortear a alteração de registro civil de transexual. A Carta Magna objetiva em seu art. 3º promover o bem de todos sem qualquer preconceito de sexo e salienta no inciso X de seu art. 5º ser inviolável a intimidade, a honra e a vida privada de uma pessoa. Deve-se, desta forma, adaptar a designação sexual e o prenome à nova situação do cidadão. O princípio da veracidade que norteia o registro público impõe que seja feita a anotação à sua margem de que se trata de averbação feita por ordem judicial (TJMG, Apelação Cível nº 1.0647.07.0816776-2/001, rel. desembargadora Vanessa Verdilim Hudson Andrade. 1ª CC, pub. 19/08.2011 – Boletim Ibdfam nº 72/jan./fev. 2012).*

O Superior Tribunal de Justiça, em julgamento do Recurso Especial nº 1.008.398, da relatoria da ministra Nancy Andrighi, “entendeu que, tendo a recorrente se submetido à cirurgia de redesignação sexual nos termos do acórdão recorrido, existindo, portanto, motivo apto a ensejar a alteração do sexo indicado no registro civil, a fim de que os assentos sejam capazes de cumprir sua verdadeira função, qual seja a de publicidade aos

fatos relevantes da vida social do indivíduo, deve ser alterado seu assento de nascimento para que nele conste o sexo feminino, pelo qual é socialmente reconhecido.”<sup>64</sup>

#### 4. Conclusão

Está superada a fase que considerava a transexualidade como doença. A retificação de nome e gênero é uma realidade em todo o Brasil e um momento de inclusão social em que a Justiça se adapta à evolução dos costumes.

Invocando os ensinamentos da doutrinadora acima, comemora-se nessa decisão, a união da Medicina com o Direito e o princípio da dignidade humana, como bem expressou a doutrinadora invocada:

*Finalmente, o direito se uniu à medicina e à psicologia na luta pela diminuição do sofrimento dessas pessoas. Enfim, entendeu-se que somente com a adequação do registro civil pode haver o restabelecimento da saúde global do indivíduo.*<sup>65</sup>

---

<sup>64</sup> FERREIRA FILHO, Roberval Rocha (organizador). STJ: Principais julgamentos. Salvador: Podium, 2010, p.164.

<sup>65</sup> *Op. cit.* p. 415



## **DISCURSOS**

DISCURSO DE POSSE DO PRESIDENTE DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO MARANHÃO, DESEMBARGADOR ANTONIO GUERREIRO JÚNIOR – 16 DE DEZEMBRO DE 2011.

Minhas senhoras e meus senhores,

Assumo hoje a Presidência deste Egrégio Tribunal em clima de festa. A unidade, a coesão e a maturidade desta Corte estão evidentes entre nós, Desembargadores, fato este revelado desde a eleição que, unanimemente, escolheu a atual Mesa Diretora desta Casa.

Não obstante a áurea otimista que envolve este momento, não podemos nos olvidar dos grandes desafios que teremos pela frente, bem como das conquistas que precisamos alcançar.

O Brasil mudou. O Maranhão mudou. Hoje, nosso país passou da condição de coadjuvante e assume um dos papéis principais da economia mundial. Igualmente, o Maranhão, um dos estados mais pobres do país, tem crescido a passos largos, sendo visível a melhora na qualidade de vida do nosso povo.

Esse novo cenário exige uma mudança de postura dos Poderes Públicos, que precisam se readequar aos novos tempos, otimizando recursos, enxugando a máquina estatal e cortando gastos para atingir o nível de excelência.

No entanto, essa regra não pode ser aplicada ao Poder Judiciário com o mesmo rigor, pois com o desenvolvimento econômico, aumenta o acesso dos cidadãos à educação e à informação, ampliando a ânsia do povo pela Justiça.

Se o país cresce, a conscientização da população também cresce e, assim, certamente, o Judiciário será mais demandado.

Segundo dados catalogados no nosso sistema, o total de ações em tramitação no Poder Judiciário maranhense, hoje, é de cerca de 540.000 (quinhentas e quarenta mil) demandas<sup>66</sup>, tendo sido distribuídas mais de 188.000 (cento e oitenta e oito mil) novas ações em 2011, e a população do estado, conforme o IBGE, é de mais de 6.500.000 (seis milhões e quinhentos mil) habitantes<sup>67</sup>.

Só na Comarca de São Luís, no ano 2000, havia mais de 85.000 (oitenta e cinco mil) demandas em tramitação<sup>68</sup>, e a população era de cerca de 750.000 (setecentos e cinquenta mil) habitantes<sup>69</sup>. Em 2011, já há mais de 170.000 (cento e setenta mil) processos em tramitação<sup>70</sup>, e a população da capital superou o número de 1.000.000 (um milhão) de habitantes<sup>71</sup>. Ou seja, a demanda da capital dobrou em dez anos!

---

<sup>66</sup> Dados obtidos junto à Diretoria de Informática e Automação do Tribunal de Justiça do Maranhão.

<sup>67</sup> Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/estadosat/perfil.php?sigla=ma>. Acesso em: 12 dezembro 2011.

<sup>68</sup> Dados obtidos junto à Diretoria de Informática e Automação do Tribunal de Justiça do Maranhão.

<sup>69</sup> Disponível em: [http://www.ibge.gov.br/seculoxx/arquivos\\_xls/populacao.shtm](http://www.ibge.gov.br/seculoxx/arquivos_xls/populacao.shtm). Acesso em: 12 dezembro 2011.

<sup>70</sup> Dados obtidos junto à Diretoria de Informática e Automação do Tribunal de Justiça do Maranhão.

<sup>71</sup> Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/cidadesat/topwindow.htm?1>. Acesso em: 12 dezembro 2011.

Diante desses números, fica evidente o quão urgente e imprescindível se mostra o aumento do investimento público na modernização da Justiça maranhense, sem prejuízo do acréscimo de parcerias privadas que melhor atendam ao interesse do Poder Judiciário.

Tenho plena consciência da insatisfação da sociedade com a Justiça, que por vezes se apresenta morosa e ineficiente. No entanto, temos de ter serenidade para perceber a complexidade desse problema e compreender que a solução não será atingida sem que se implemente um conjunto contínuo de ações que englobe a agilidade da tramitação processual, o reaparelhamento dos nossos Fóruns, a capacitação do nosso pessoal, o aumento do número de comarcas, varas, magistrados e servidores.

E não é só! A construção do Poder Judiciário nos moldes desejados pela sociedade passa obrigatoriamente pela valorização dos magistrados de primeiro grau, pois são eles que mantêm o vínculo mais estreito com o povo; são eles que conhecem as características peculiares dos lugares onde exercem suas jurisdições; são eles que, sozinhos em suas Comarcas, enfrentam os grandes desafios do dia a dia da arte de julgar.

Temos de prestigiar e proteger a sentença de primeiro grau, senhores Desembargadores, para que ela não perca a sua finalidade precípua. Não podemos - e não devemos! - nos acovardar diante daqueles que desrespeitam a importância e a relevância do Poder Judiciário do Maranhão.

O sábio Piero Calamandrei, em síntese magistral, afirmou que “a toga do Juiz deve ter o talhe da sociedade. Deve seguir o modelo querido pelo povo, de modo a expressar, em seus procedimentos, a justiça social”.

Vamos conferir apoio incondicional aos nossos magistrados, não apenas oferecendo suporte material, como, também, promovendo a valorização de suas decisões, para lhes permitir que talhem suas togas conforme as aspirações do nosso povo.

Esse foi o objetivo perseguido durante os dois anos que estive à frente da Corregedoria Geral da Justiça: dar suporte integral e absoluto à Justiça de primeiro grau, o que pôde ser observado mediante inúmeras ações, dentre as quais destaco:

- 1) a realização de inspeções *in loco* de todas as Comarcas, identificando os principais problemas, a fim de aperfeiçoar as condições de trabalho e os serviços prestados. Tudo devidamente registrado em um relatório com dezenas de volumes. Um documento histórico que ficará para a posteridade; e
- 2) a implantação do Programa Pauta Zero, pelo qual um grupo de magistrados, escolhidos com base em critérios específicos de produtividade, durante uma semana a cada mês, auxilia os juízes de algumas Comarcas a impulsionar o andamento dos processos, dando celeridade às pautas de julgamento.

Durante o biênio 2010/2011, visitei pessoalmente todas as 112 (cento e doze) Comarcas do nosso estado e mais algumas dezenas de Termos Judiciários, totalizando 187 (cento e oitenta e sete) municípios.

Realizar essas visitas me permitiu conhecer e compreender a atual realidade enfrentada diariamente por nossos magistrados e servidores. Visando a melhorar esse panorama, afirmo que as reformas e as construções dos fóruns das Comarcas do interior continuarão!

A propósito, a construção da nova sede do Fórum da Comarca de Imperatriz será uma de nossas prioridades. Lutarei, conforme permita a nossa dotação orçamentária, pela construção de um prédio amplo com capacidade para 60 (sessenta) juízes, com a perspectiva de que se torne entrância final, o que condiz com a relevância da segunda maior cidade do Estado do Maranhão.

Também será dada continuidade ao Planejamento Estratégico e ao programa de informatização da Justiça, com a virtualização dos processos. Além disso, realizaremos outros projetos no campo da informática e na seara administrativa, conforme, repito, permitam os nossos recursos financeiros.

A adoção dessas medidas certamente nos levará a alcançar o aprimoramento das condições de trabalho proporcionadas aos nossos magistrados e servidores, bem como nos aproximará da prestação jurisdicional ideal, mais célere e efetiva.

Minhas senhoras e meus senhores,

O apoio incondicional à Justiça de primeiro grau será constante em minha gestão, no entanto, também será conferida especial atenção à Justiça de segundo grau.

O Tribunal do Maranhão clama por uma nova sede para que nossos servidores e magistrados possuam melhores condições de trabalho e o jurisdicionado receba uma adequada prestação de serviços.

A construção da nova sede da Corte Estadual é uma permanente reivindicação deste Plenário, razão pela qual pretendo, ao menos, iniciá-la.

Senhora Governadora e Senhor Presidente da Assembleia Legislativa,

O progresso bate à porta do Maranhão!

O Porto do Itaqui é o segundo do país na movimentação de granéis sólidos e líquidos, galgando alçar a liderança nacional em menos de uma década, bem como figurar entre os 10 (dez) maiores do mundo<sup>72</sup>.

A Refinaria Premium e a exploração de gás natural alavancarão a economia local.

A exportação de minério de ferro, alumínio, alumina, soja e ferro-gusa está em ascensão.

---

<sup>72</sup> Disponível em: [http://www.emap.ma.gov.br/frmNoticiaDetalhe.aspx?id\\_noticia=5383](http://www.emap.ma.gov.br/frmNoticiaDetalhe.aspx?id_noticia=5383). Acesso em: 12 dezembro 2011.

A produção de energia com a construção de usinas elétricas, termelétricas, além do futuro campo de energia eólica é um potencial para o desenvolvimento.

O agronegócio de soja e de cana-de-açúcar, as usinas de álcool, as fábricas de celulose e de produção de cimento, as siderúrgicas e a livre expansão da construção civil dão o novo tom da economia maranhense.

O investimento econômico é de mais de 100 bilhões de reais e a perspectiva é de que sejam criados 237 mil novas vagas de emprego nos próximos 5 (cinco) anos.<sup>73</sup>

Um estado em franco desenvolvimento, como o nosso, faz jus a um Poder Judiciário moderno, forte e bem aparelhado, com aumento do investimento público, a fim de que retrate a Justiça almejada pelo povo e não aquela que ora estamos oferecendo.

O Executivo, o Legislativo e o Judiciário, independentes e harmônicos entre si, compõem a trilogia estatal, portanto, conto com a valorosa contribuição de Vossa Excelência, minha amiga Governadora Roseana Sarney, para, juntos, realizarmos o projeto da nova sede do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, obra esta que refletirá o empreendedorismo da nossa geração!

Senhoras e senhores,

Ciente dos grandes desafios que me colocarão à prova nos próximos dois anos, assumo aqui o compromisso de desempenhar convictamente minhas funções, ultrapassando, se preciso for, os limites de minha capacidade, sem me desvirtuar do bom senso, da ética, da tolerância e da razão, para honrar a confiança em mim depositada pelos meus colegas Desembargadores.

Aproveito a oportunidade para firmar o meu compromisso com o nosso novo Corregedor, o Ilustre Desembargador Cleones Carvalho Cunha, de que terá em mim um companheiro para todas as horas, a exemplo da parceria Presidência/Corregedoria que ocorreu durante o biênio 2010/2011.

De igual modo, asseguro à Insigne Desembargadora Maria dos Remédios Buna Costa Magalhães que estarei pronto para atendê-la e auxiliá-la em absolutamente tudo aquilo que for preciso.

Faço um especial agradecimento ao Presidente que ora sucedo, o meu amigo Desembargador Jamil de Miranda Gedeon Neto, que sobriamente presidiu esta Corte no biênio 2010/2011.

A missão de comandar e representar esta Casa torna-se mais espinhosa quando cabe a mim suceder um homem que conduziu o Poder Judiciário do Estado do Maranhão com tanta dedicação.

---

<sup>73</sup> Disponível em: <http://www.ma.gov.br/servicos/index.php?Id=15139>. Acesso em: 12 dezembro 2011.

Em uma ocasião como esta, não posso deixar de render minha cordial homenagem aos nossos queridos desembargadores “de ontem”, que enfrentaram lutas arduas para desbravar o caminho que nos conduziu ao Tribunal de Justiça de hoje, nesta solenidade representados pelos Desembargadores

João Alves Teixeira Neto,  
Esmaragdo de Sousa e Silva,  
Antonio Aguiar Pereira,  
Lauro de Berredo Martins,  
Luis Almeida Teles,  
José Ribamar Andrade,  
Juvenil Amorim Ewerton,  
Emésio Dario Araújo,  
João Manoel de Assunção e Silva,  
Ozias Rodrigues Mendonça,  
José Antonio de Almeida e Silva,  
Arthur Almada Lima,  
Benedito Francisco Pinheiro Tavares,  
Antonio Carlos Medeiros,  
Josefa Ribeiro da Costa,  
Julio Araújo Aires,  
Vicente Ferreira Lopes,  
José Pires da Fonseca,  
Militão Vasconcelos Gomes,  
Maria Dulce Soares Clementino,  
Manoel Gomes Pereira,  
Augusto Galba Falcão Maranhão,  
Raymundo Liciano de Carvalho,  
Maria Madalena Alves Serejo,  
Etelvina Ribeiro Gonçalves,  
Milson de Souza Coutinho e  
Mario Lima Reis.

Em especial, enalteço a figura do meu pai, o Desembargador Antonio Pacheco Guerreiro.

Trazer comigo o seu nome foi uma imensa responsabilidade durante toda a minha vida, mas, ao mesmo tempo, um privilégio que sempre me envaideceu.

O exemplo dado por meu pai no campo pessoal e, principalmente, no âmbito profissional me levaram a optar pela carreira jurídica. Acompanhá-lo desde menino pelos corredores deste Tribunal de Justiça, observando atentamente cada valorosa lição, ensinou-me a amar esta Corte e a enxergar nela o meu segundo lar.

Senhores Desembargadores,

Temos de aprender a lidar com o poder, pois muitas vezes ele apresenta armadilhas àquele que se julga todo-poderoso. Daí buscar os ensinamentos do Padre António Vieira, dos quais extraio a seguinte reflexão: “O poder tudo, consiste em poder algumas cousas, e não poder outras: consiste em poder o lícito e justo, e em não poder o ilícito e injusto; e só quem pode, e não pode desta maneira, é todo-poderoso”.

É dessa forma que atuarei nos próximos dois anos, buscando exercer o poder sem me desvencilhar da humildade e da generosidade, conquanto com firmeza, e, assim, presidir o Tribunal de Justiça para todos os maranhenses.

O certo é que não medirei esforços para honrar todos os compromissos aqui assumidos, trabalhando para manter o Poder Judiciário unido, forte e sólido!

E o farei em memória de minha mãe, Dona Célia Guerreiro, que em vida sempre desejou ver-me Presidente desta Casa, a quem dedico este momento tão especial. Igualmente o faço, dedicando-o ao meu pai, meu maior exemplo, à minha esposa Mary Jane Guerreiro, aos meus filhos Fernanda Katherine, Guerreiro Neto, Camilla Maria, Guerreiro Júnior Segundo e Renata Maria, ao meu genro Marcelo Mota, à minha nora Paula Maciel Guerreiro e aos meus netos João Gabriel, Maria Fernanda e a já a caminho Maria Manuella, que souberam compreender que, para me dedicar a esta Egrégia Corte, tive de ser privado de diversos momentos ímpares de nossa convivência familiar.

Não poderia deixar de agradecer aos servidores da Corregedoria Geral da Justiça, que durante esses dois anos incansavelmente me auxiliaram e aos assessores do meu gabinete, que fielmente me acompanham nessa brava jornada.

Agradeço, ainda, a todos os meus mestres, aqui representados pelas queridas Maria Ferreira e Lucinha, também responsáveis pela minha formação pessoal e intelectual.

Por derradeiro, retribuo as calorosas saudações dos oradores que me antecederam nesta solenidade, fazendo especial menção à carinhosa homenagem recebida do Desembargador Jorge Rachid Mubárack Maluf, que, na condição de amigo pessoal e

testemunha de muitos dos momentos especiais que vivi, conseguiu me emocionar fazendo uma bela, gentil e generosa síntese da história da minha vida.

Que Nossa Senhora de Fátima me proteja e a todos abençoe! Bom Natal e um Feliz Ano Novo! Muito obrigado!