

REVISTA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DO ESTADO DO MARANHÃO

ISSN 1984 - 0047

Rev. Trib. Just. Est. Maranhão	São Luís	v. 6	n. 1	p. 1 a 290	jan./jun.2012
--------------------------------	----------	------	------	------------	---------------

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, Herberte P. de Melo da Silva, Adeilson de Abreu Marques e Ana Carolina Viana Noletto*

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)3198-4300 / 3198-4565

Fax: (98) 3198-4566

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

Maria dos Remédios Buna Costa Magalhães
Vice-Presidente

Cleones Carvalho Cunha
Corregedor Geral de Justiça

TRIBUNAL PLENO

Antônio Fernando Bayma Araújo
Jorge Rachid Mubárack Maluf
José Stélio Nunes Muniz
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
Vicente de Paula Gomes de Castro
Kleber Costa Carvalho
Raimundo José Barros de Sousa

PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL

Jorge Rachid Mubárack Maluf
Raimunda Santos Bezerra - Presidente
Kleber Costa Carvalho

SEGUNDA CÂMARA CÍVEL

Nelma Celeste Souza Silva Sarney Costa - Presidente
Marcelo Carvalho Silva
Vicente de Paula Gomes de Castro

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

QUINTA CÂMARA CÍVEL

Maria da Graças de Castro Duarte Mendes – Presidente
Raimundo José Barros de Sousa

CÂMARAS CÍVEIS REUNIDAS

Jorge Rachid Mubárack Maluf
José Stélio Nunes Muniz
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
Vicente de Paula Gomes de Castro
Raimundo José Barros de Sousa

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



Catedral da Sé
Foto: Ribamar Pinheiro

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	11
DOCTRINA	13
AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE E A PRECIPITAÇÃO DOS JULGAMENTOS ANTECIPADOS <i>Lourival Serejo</i>	15
SISTEMAS DE AVALIAÇÃO DA PROVA NO PROCESSO PENAL E LEGITIMAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS <i>Manoel Matos de Araújo Chaves</i>	23
PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE, VULNERABILIDADE E GÊNERO NO SISTEMA DE DIREITO BRASILEIRO, ALGUMAS REFLEXÕES DIALOGAIS <i>Nelson M. de Moraes Rego</i>	39
ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE O DIREITO AMBIENTAL E O IMPACTO DAS EXPLORAÇÕES DE PETRÓLEO <i>José Fernando Cedeño de Barros</i>	59
JURISPRUDÊNCIA CÍVEL	77
MANDADO DE SEGURANÇA Nº. 24597/2011 - SÃO LUÍS	79
AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº. 13676/2011 - SÃO LUÍS	88
MANDADO DE SEGURANÇA Nº. 30098/2011 - SÃO LUÍS	101
APELAÇÃO CÍVEL Nº. 24730/2010 - SÃO LUÍS	107
APELAÇÃO CÍVEL Nº. 875/2012 - SÃO LUÍS	113
APELAÇÃO CÍVEL Nº. 17674/2011 - SÃO LUÍS	121
APELAÇÃO CÍVEL Nº. 27845/2011 - SÃO LUÍS	125
APELAÇÃO CÍVEL Nº. 36761/2010 - SÃO LUÍS	135
APELAÇÃO CÍVEL Nº. 33740/2011 - TIMON	145
APELAÇÃO CÍVEL Nº. 31252/2011 - COELHO NETO.....	167
AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº. 30531/2011 - PAÇO DO LUMIAR	171
APELAÇÃO CÍVEL Nº. 1487/2012 - SÃO LUÍS	177
APELAÇÃO CÍVEL Nº. 24594/2011 - SÃO LUÍS	183
JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL	191
DENÚNCIA Nº. 28416/2010 - SÃO LUÍS.....	193
AÇÃO PENAL Nº. 7413/2008 - BARRA DO CORDA	197

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO Nº. 3000/2012 - JOÃO LISBOA	205
APELAÇÃO CRIMINAL Nº. 5196/2010 - MIRADOR	211
APELAÇÃO CRIMINAL Nº. 24602/2011 - PIO XII	219
RECURSO EM SENTIDO ESTRITO Nº. 11802/2012 - IGARAPÉ GRANDE	232
DENÚNCIA Nº. 5680/2011 - PINDARÉ - MIRIM.....	238

EMENTÁRIO – DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE..... 247

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº. 28705/2010 - IMPERATRIZ	249
APELAÇÃO CÍVEL Nº. 22594/2009 - SÃO LUÍS.....	250
AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº. 14485/2011- SÃO LUÍS.....	250
APELAÇÃO CÍVEL Nº. 2339/2011 - SÃO LUÍS	252
AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº. 2409/2011 - SÃO LUÍS.....	253
AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº. 36058/2009 - SÃO LUÍS	253
APELAÇÃO CRIMINAL Nº. 28528/2009 - Gov. EUGÊNIO BARROS.....	254
AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº. 22121/2010 - SÃO LUÍS.....	255
AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº. 8214/2011 - SÃO LUÍS.....	256
AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº. 8217/2011 - SÃO LUÍS.....	257
APELAÇÃO CÍVEL Nº. 31787/2009 - SÃO LUÍS	258
CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº. 25121/2010 - SÃO LUÍS.....	259
HABEAS CORPUS Nº. 10837/2011- SÃO LUÍS	260
APELAÇÃO CÍVEL Nº. 33735/2010 - DOM PEDRO	260
AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº. 30792/2010 - GUIMARÃES	261
APELAÇÃO CÍVEL Nº. 15072/2009 - TIMON.....	262
APELAÇÃO CÍVEL Nº. 13236/2011 - SÃO LUÍS	263
APELAÇÃO CÍVEL Nº. 1081/2011 - CAXIAS.....	263
REMESSA Nº. 35977/2010 - SÃO LUÍS	264
HABEAS CORPUS Nº. 1031/2011 - GRAJAÚ	2265
AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº. 27202/2010 - SÃO LUÍS	266
HABEAS CORPUS Nº. 4909/2010 - SÃO LUÍS	267
APELAÇÃO CRIMINAL Nº. 30134/2009 - ROSÁRIO	268
AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº. 29814/2010 - SÃO LUÍS.....	269
AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº. 15780/2010 - IMPERATRIZ	270
AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº. 15249/2010 - SÃO LUÍS	271
APELAÇÃO CÍVEL Nº. 37102/2009 - SÃO LUÍS	272
AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº. 29892/2009 - SÃO LUÍS	272
AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº. 3967/2010 - IMPERATRIZ	273
AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº. 6863/2012 - SÃO LUÍS	274
AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº. 3722/2010 - SANTA QUITÉRIA	275
CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº. 13481/2012 - IMPERATRIZ	275

DISCURSOS 277

DISCURSO DE POSSE DO DESEMBARGADOR VICENTE DE PAULA GOMES DE CASTRO,
NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO MARANHÃO, EM 25 DE MAIO DE 2012 .. 279

DISCURSO DE POSSE DO DESEMBARGADOR KLEBER COSTA CARVALHO,
NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO MARANHÃO, EM 25 DE MAIO DE 2012 .. 285

APRESENTAÇÃO

É com justificável orgulho que o Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão publica mais um número de sua revista, que se firmou como uma resposta aos anseios da magistratura estadual ao divulgar seus acórdãos, sentenças e artigos doutrinários.

Nessa perspectiva, a revista, na sua forma atual, está no seu sexto ano. Nesta edição destaca-se o ementário temático sobre direitos da criança e do adolescente, com o objetivo de evidenciar a posição desta Corte no tocante a diversos problemas que atingem os menores na sociedade contemporânea.

Pretende-se, com a continuidade da publicação, que a divulgação da posição da magistratura maranhense, nos mais diferentes tópicos do conhecimento jurídico, consiga alcançar todos os interessados na Ciência do Direito e sua aplicação.

Portanto, com esta revista, o Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão espera estar cumprindo, também, a sua função social, como transmissor de informação e conhecimento.

São Luís, dezembro de 2012.

Desembargador Antônio Guerreiro Júnior
Presidente do Tribunal de Justiça

DOCTRINA

AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE E A PRECIPITAÇÃO DOS JULGAMENTOS ANTECIPADOS

*Lourival Serejo**

Sumário: 1 A filiação indefinida 2 Ação de investigação de paternidade 3 O exame de DNA 3.1. Resultado positivo 3.2 Resultado negativo 4 O julgamento antecipado da lide 5 Conclusão. Referências.

1 A FILIAÇÃO INDEFINIDA

Tornou-se pacífico o entendimento de que todos têm direito ao pai, direito de conhecer seu pai biológico, suprindo, em sua certidão de nascimento esse vácuo existencial que tantos tormentos causa.

Em muitos casos, a paternidade, embora certa e incontestável, é deixada de constar no registro civil por mero capricho da mãe ou por desleixo do pai em dirigir-se ao cartório. Nesse ponto, a colocação de postos de registro nas maternidades evitou inúmeras ações posteriores de investigação.

Às vezes, essa atitude deve-se ao fator da dúvida, pela conduta da mãe, por ter mantido relacionamento com diversos parceiros, tornando-se difícil a certeza da filiação, restando mera presunção que precisa ser elucidada.

O vácuo da filiação na certidão de nascimento tornou-se um problema social de tão grave repercussão que levou o Conselho Nacional da Justiça a editar, em 2010, o Provimento nº 12, de 6.8.2010 e, depois, o Provimento nº 16, de 17.2.2012, ambos disciplinando o reconhecimento da paternidade de forma oficiosa com mais amplitude, nos termos da Lei 8.560/92. O número exagerado de alunos, nas escolas públicas e particulares, com certidões de nascimento sem o nome do pai, levou aquele órgão a iniciar uma acirrada campanha, com ajuda das corregedorias locais, a chamar os supostos pais para procederem espontaneamente ao reconhecimento da paternidade. O êxito da campanha mostrou o lado sociológico desse fato, e o reparo que foi feito, em tempo, com muitos aplausos.

* Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão.

2 AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE

A ação de investigação de paternidade é o clamor mais forte com que nos deparamos no direito de família. É o pedido de alguém que busca o acolhimento paterno que lhe foi negado ou o respeito pela sua dignidade de pessoa humana. Essa certeza tornou-se indispensável ao desenvolvimento emocional equilibrado do investigante. Portanto, como diz Rolf Madaleno, o fato gerador da demanda judicial de reconhecimento coativo da filiação é a eventual negativa do pai ou da mãe em reconhecer o próprio filho, restando superado o trágico período da história jurídica brasileira em que os pais eram proibidos de reconhecer os filhos havidos de relações adulterinas ou incestuosas (art. 358 do Código Civil de 1916).¹

Nesse processo de definição da verdade genética, o julgador não deve perder de vista a tradicional fórmula de prova do estado de filho: a) *nomen*; b) *tractatus*; e c) *fama*.

A filiação, a concepção e a investigação da paternidade estão previstos nos artigos 1.597 a 1.606, do Código Civil.

O Código de 1916, em seu artigo 363, enumerava taxativamente as causas em que devia ser baseada a investigatória, a saber: a) se ao tempo da concepção a mãe estava em concubinato com o pretendido pai; b) se a concepção do filho reclamante coincidiu com o rapto da mãe pelo suposto pai, ou suas relações sexuais com ela; c) se existe escrito daquele a quem se atribui a paternidade, reconhecendo-a expressamente.

Criticado pela doutrina por limitar a investigação do juiz a um rol taxativo, aquele artigo não foi reproduzido no novo código. Este preocupou-se apenas com a concepção em si, sem descer àqueles detalhes investigatórios. Ocorre que, ao instruir e julgar uma investigação de paternidade, nenhum magistrado poderá desconhecer aquelas recomendações, pois elas traçam exatamente o roteiro a ser seguido na busca da convicção do julgador. O exame de DNA, com todo o exagero de sua sacralidade, não pode afastar esse itinerário, reduzido pela redação do atual artigo 1.605, inclusive considerado anacrônico por alguns adeptos da exclusividade do exame laboratorial.

¹ MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 569-570.

É preciso deixar claro que estamos tratando apenas da definição da paternidade biológica.

3 O EXAME DE DNA

A definição da paternidade passou por várias etapas do conhecimento, em busca de uma resposta que atendesse a expectativa dos investigadores pela realidade de um pai. A fórmula de Lineu (o semelhante gera o semelhante) não satisfazia nem gozava de qualquer credibilidade científica.

A busca da impressão digital do DNA é um método criado pelo professor Alec Jeffreys, da Inglaterra, em 1984, e serve para definir as características individuais e únicas de cada indivíduo.

Os testes de DNA estudam as variações genéticas ao nível do ácido desoxirribonucleico, em forma de cromossomo no núcleo das células do homem e animais. O DNA é uma molécula que pode ser extraída de células do sangue, saliva, bulbos capilares, mucosa bucal etc.

Das metodologias utilizadas para realização do exame em DNA, o PCR (polymerase chain reaction = reação em cadeia polimerase) é o mais rápido e preciso. Essa técnica amplifica uma seqüência de DNA repetitivo, utilizando dois iniciadores específicos na reação, também chamados de *primers*, que direcionarão a amplificação de forma complementar.

Utilizado na investigação de paternidade, essa técnica garante a probabilidade mínima de 99,9999% na conclusão da perícia. Em alguns casos, como em reconstrução *post mortem* ou, ainda, quando a mãe não está presente para a análise, a probabilidade de aferição da paternidade chega a valores abaixo de 99,9999%.

Constata-se a idoneidade dos exames de DNA a partir do número de bandas ou elementos que foram empregados na perícia. Pela metodologia do PCR, o número mínimo são 12, sendo mais utilizado o número de 15 marcadores.

O laudo pericial conclusivo, na determinação da paternidade, depende, para sua aceitabilidade, do atendimento das exigências laboratoriais recomendadas.

Deve-se desconfiar das promoções de laboratórios que oferecem preços baixos para realização do exame de DNA, pois alguns apresentam exames com menos de 10 marcadores, o que lhes retira a necessária credibilidade.

No Brasil, grande número de laboratórios não dispõe de material e profissionais habilitados para conferirem idoneidade a um exame de tal relevância como esse. Não existem critérios objetivos para serem cumpridos pelos laboratórios para serem reconhecidos aptos à realização do exame de DNA, comprometendo a áurea de sacralidade a ele dispensada.

4 O JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE

Para Fredie Didier Jr., “o julgamento antecipado da lide é uma decisão de mérito, fundada em *cognição exauriente*, proferida após a fase de saneamento do processo, em que o magistrado reconhece a desnecessidade de produção de mais provas em audiência de instrução e julgamento (provas orais, perícia e inspeção judicial)”.²

Como adverte o citado autor, trata-se de uma técnica de abreviamento do processo, um encurtamento do *iter* procedimental, por o magistrado entender possível proferir a decisão.

A realização do exame de DNA e a presunção de paternidade (arts. 231 e 232, do CC) têm levado os juízes a usarem precipitadamente o julgamento antecipado da lide.

Digo precipitadamente porque a procedência da ação termina por basear-se unicamente no resultado positivo do exame laboratorial. Nesse caso, foi o perito – o técnico – quem definiu a paternidade e não o juiz. O fetichismo do exame de DNA tem feito os juízes desprezarem o rito da ação e a concluírem o arco das provas. Esquecem-se da importância e responsabilidade que há em definir-se a paternidade.

Uma vez interrompida a audiência de instrução e julgamento para proceder-se ao exame de DNA, depois de concluído este, deve a audiência continuar até o fim, com a coleta dos depoimentos pessoais, oitiva das testemunhas e alegações finais, seguindo-se o parecer ministerial.

2 DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 6. ed. Salvador: Podium, 2006, p. 448. V. 1.

Entendo que só não deve haver a continuação da audiência se o investigado, intimado para falar sobre o resultado do exame, manifestar-se expressamente concordando. Havendo silêncio ou contestando o resultado, impõe-se a continuação da audiência. Normalmente, em caso de concordância, o processo pode ser julgado antecipadamente.

Não é correto julgar-se uma investigação de paternidade sem ouvir as partes (o investigador ou seu representante e o investigado) e as testemunhas, se houver. Somam-se a esses depoimentos os outros meios de prova coligidos nos autos, como bilhetes, notas fiscais, etc. O exame de DNA, embora importante e decisivo para embasar a convicção do julgador, não deixa de ser uma perícia que precisa unir-se a outras provas para fechar a decisão judicial.

Julgar antecipadamente, com força no resultado positivado do DNA é o que o filósofo do Direito Manuel Atienza chama de determinismo judicial: o juiz julga, mas não decide. Quem decidiu a questão, no caso, foi o técnico que assinou o laudo do laboratório.

No segundo caso, a presunção de paternidade decorre da resistência do investigado à realização do exame de DNA. Os artigos 231 e 232 do Código Civil autorizam a presunção da alegação de paternidade como verdadeira, em favor do investigador. Na mesma direção é o teor da Súmula nº 301, do STJ: **Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade.**

Ainda assim é imprescindível – e com mais razão – colher o depoimento pessoal da representante do autor e a oitiva das testemunhas, para que o juiz aquilate a veracidade do fato. Nessa hipótese da revelia, torna-se mais exigível a formação de um contexto de convicção que só se efetivará com a oitiva das testemunhas e depoimento pessoal da mãe do investigante.

A ausência desses meios de prova, tornará a decisão passível de ser reformada no segundo grau, uma vez que diante dos argumentos do apelante ficará difícil para o relator sustentar a decisão, ainda que formalmente correta, mas com o um conjunto probatório deficiente. A respeito desse tema, manifesta-se a jurisprudência colhida no Superior Tribunal de Justiça:

Apesar da Súmula 301/STJ ter feito referência à presunção juris tantum de paternidade na hipótese de recusa do investigado em se submeter ao exame de DNA, os precedentes jurisprudenciais que sustentaram o entendimento sumulado definem que esta circunstância não desonera o autor de comprovar, minimamente, por meio de provas judiciais a existência de relacionamento íntimo entre a mãe e o suposto pai (REsp. 692.242/MG, relatora Ministra Nancy Andrighi, 3ª Turma, DJ de 12.9.2005).

A força do conjunto probatório é tão grande que já foi aceita por alguns tribunais como suficiente até para afastar a conclusão do exame de DNA. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no julgamento da Apelação cível nº 596212027 (8ª CC, j. em 25.6.1997), questionou a certeza absoluta do exame de DNA na definição de paternidade. O desembargador relator, Heitor Assis Remonti, baseando-se num precedente do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, ao referir-se ao exame de DNA, enfatizou que, além da prova não repousar sempre numa certeza absoluta, não pode a perícia decidir, por si só, as demandas judiciais, pois, se possível, tornaria dispensável a atuação do juiz nos processos onde ela fosse produzida ou daria à sentença judicial caráter meramente homologatório da conclusão do técnico. Ademais, o juiz não está adstrito ao laudo para formar a sua convicção, e ele, baseando-se em outros elementos ou fatos provados nos autos, pode entender de outra forma.

A repercussão desse debate no STJ (Recurso Especial 317809/MG, rel. min. Menezes Direito), teve o desfecho assim ementado:

O afastamento fundamentado do exame hematológico pelo método do DNA, privilegiando o conjunto probatório amplo, devidamente especificado, não viola os artigos 125, 131, 145, 436 e 458, II, do CPC. Ao juiz é dado apreciar livremente a prova produzida, não sendo o laudo pericial o único elemento de convicção; por outro lado, o grau de confiabilidade do DNA não exclui a possibilidade de erro, não pela técnica em si mesma, mas, sim, pela própria realização, em função da falibilidade humana, não se cuidando da realização de novo exame de confirmação.

A posição aqui defendida não significa que, de forma absoluta, não deve haver julgamento antecipado em ação de investigação filiatoria. Como já disse, se o exame de DNA for positivo e o investigado,

regularmente intimado, acatar o resultado, não há por que prosseguir a instrução. Impõe-se, nesse caso, a aplicação do artigo 330, I, do Código de Processo Civil, julgando-se antecipadamente a lide.

Cristiano Chaves de Farias e Thiago Felipe Vargas Simões, ao tratar deste tema, em obra específica, embora defendam a utilização do julgamento antecipado da lide diante do exame de DNA positivo, alertam o seguinte:

Impende cautela na realização do exame, desde a escolha do laboratório até a esmerada redação do laudo, passando pela formação acadêmica do profissional, evitando, assim, uma *sacralização* ou *divinização* do DNA, que, repita-se, não se tornou prova exclusiva em tais ações.

A prova pericial genética não é único meio idôneo para provar a filiação, nem se tornou prova absoluta e inconteste. Todavia, dada a sua precisão e grau de acerto, é fundamental sua realização, sempre que possível, conferindo ao juiz mecanismo seguro e preciso para valorar as provas e decidir, em conformidade com a verdade da vida.

Importantíssimo registrar, ainda, a necessidade de maior participação do juiz na atividade probatória, especialmente na ação investigatória. Não há, aliás, qualquer inconveniente ou incompatibilidade na participação mais ativa e efetiva do juiz no processo. [...]

Transportando tais idéias para o campo das ações filiatórias, conclui-se, inarredavelmente, que deve o juiz determinar a realização de todos os meios de prova, com vistas à formação de seu juízo valorativo, desde o depoimento pessoal das partes até a realização do exame de DNA, passando, por óbvio, pela prova testemunhal.³

Esse é o ponto essencial a considerar. O tirocínio do julgador deve conduzi-lo ao melhor e mais seguro desfecho para concluir pela procedência de uma ação em que se busca definitivamente assegurar a paternidade de alguém.

3 FARIAS, Cristiano Chaves de; SIMÕES, Thiago Felipe Vargas. *Reconhecimento de filhos e a ação de investigação de paternidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 136.

5 CONCLUSÃO

Nenhuma ação de investigação de paternidade deve desprezar o conjunto, o contexto dos fatos que ensejaram a pretensão de ter uma paternidade reconhecida.

Em toda instrução de uma ação de investigação de paternidade é imprescindível o depoimento pessoal das partes. A inicial nem sempre retrata a realidade dos fatos, pois ali está a versão do advogado, muitas vezes, em desacordo com a narração do autor ou autora.

O julgamento da ação de investigação de paternidade deve ser ato motivado com especial atenção. A convicção do juiz deve brotar do contexto das provas e não somente de uma perícia laboratorial. Como disse Zeno Veloso, “a paternidade não pode ficar adstrita a uma simples questão biológica”.⁴

A sacralização do DNA não pode servir de justificativa para o julgador cercear a instrução, tolhendo-a no processo investigatório mínimo para definir com precisão a paternidade reclamada. Nem o juiz pode reduzir-se a um simples homologador de laudos, fornecidos por laboratórios nem sempre idôneos.

REFERÊNCIAS

DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo do conhecimento*. 6. ed. Salvador: Podium. 2006, p. 448. V. 1.

FARIAS, Cristiano Chaves de; SIMÕES, Thiago Felipe Vargas. *Reconhecimento de filho e a ação de investigação de paternidade*. Rio de Janeiro, Lumen Jris, 2010. p. 136.

MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 569-570.

4 VELOSO, Zeno. A sacralização do DNA na investigação de paternidade. In: *Grandes temas da atualidade: DNA como meio de prova da filiação*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 379.

SISTEMAS DE AVALIAÇÃO DA PROVA NO PROCESSO PENAL E LEGITIMAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS¹

*Manoel Matos de Araujo Chaves**

SUMÁRIO: 1. Sistema da certeza moral do juiz. 1.1 Noções. 1.2 Legitimidade política da decisão do juiz. 1.3 Tribunal do Júri. 2. Sistema da certeza legal. 2.1 Noções. 2.2 Legitimidade política da decisão do juiz. 2.3 Prova tarifada no Código de Processo Penal. 3. Sistema da livre apreciação da prova. 3.1 Noções. 3.2 Motivação da decisão judicial como poder-dever e mecanismo de legitimação da função jurisdicional. 3.3 Tríplice direcionamento da motivação. 3.4 Contraditório judicial como conteúdo formal e material da motivação. 4. Conclusões. Referências.

RESUMO: Analisa os sistemas de avaliação da prova no processo penal sob o enfoque da legitimação política das decisões judiciais. Neste contexto, constituem objeto de estudo o sistema da certeza moral do julgador, o sistema da certeza legal e o sistema do livre convencimento do juiz, especialmente desde o ponto de vista do critério político que confere legitimidade à decisão judicial. Também são analisados: no sistema da certeza moral, a legitimação política da decisão do Júri; no sistema da certeza legal, a prova tarifada no Código de Processo Penal em vigor, e; no sistema da livre apreciação da prova, a motivação da decisão judicial e o contraditório como conteúdo da motivação.

PALAVRAS-CHAVE: Prova no processo penal. Sistema de avaliação.

1 SISTEMA DA CERTEZA MORAL DO JUIZ

1.1 Noções

O sistema da certeza moral do juiz é também conhecido como *sistema da íntima convicção do julgador*. Neste modelo, “o juiz pode julgar com a prova dos autos, sem a prova dos autos e até contra a prova

¹ Trabalho apresentado no Curso “Atualização em Direito penal e Processo Penal” da Escola Superior da Magistratura do Maranhão, realizado nos dias 24, 25 e 26 de fevereiro de 2010, em São Luís/MA.

* Juiz de Direito, auxiliar de entrância final, da Comarca de São Luís/MA.

dos autos”.² A íntima convicção do julgador sobrepõe-se, inclusive, à prova produzida e não está vinculada aos ditames da lei.

Nesse sistema, para a decisão da causa, não importa que as provas conduzam a uma sentença absolutória se o julgador, pela sua formação religiosa, tendências políticas, conhecimento particular de fatos extra-processuais ou mesmo por sua experiência pessoal ou profissional, está convencido da culpabilidade do acusado. A intimidade da convicção neste sistema é tão relevante que sequer necessita ser exteriorizada na decisão. O julgador simplesmente decide pela condenação ou absolvição do acusado, sem que se exija que decline as razões pelas quais se decidiu dessa ou daquela maneira.

1.2 Legitimidade política da decisão judicial

O primeiro questionamento a ser feito diante do tema escolhido para o presente trabalho seria o seguinte: *Qual o critério de legitimidade política para que se permita ao juiz proferir uma decisão baseada exclusivamente em sua íntima convicção?*

A princípio, se poderia imaginar que o sistema da certeza moral do juiz signifique uma hipertrofia do poder ou alta credibilidade social dos membros da magistratura. Consideramos, no entanto, que a compreensão mais adequada para o seu entendimento requer correlacionar o predomínio desse modelo de valoração da prova com o período histórico caracterizado pelo *poder político absolutista*.³ As decisões judiciais não estavam submetidas a nenhum controle, senão ao controle direto do soberano político. Poder-se-ia afirmar que o poder do juiz era limitado pelas conveniências pessoais, políticas, religiosas, sociais do próprio rei. Desse modo, uma decisão judicial, que prescindia de expor seus fundamentos para ter validade, só poderia ser submetida à apreciação por uma instância superior quando contrariasse os interesses do chefe político; do contrário, era perfeitamente aceita pela ordem vigente.

2 FEITOZA, Denilson. *Reforma processual penal*. Niterói: Impetus, 2008. p. 222.

3 Conforme leciona Dallari, “Em tal circunstância, a escolha dos juízes era feita diretamente por quem detinha o comando político, o que deixava evidente que eles decidiam e praticavam outros atos, não decisórios, em nome e com o respaldo dos chefes supremos. Mas, evidentemente, os juízes estavam obrigados a manter a fidelidade, antes de tudo, aos interesses de quem os tinha escolhido”. DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 11.

O juiz, como representante direto do poder político soberano, legitima politicamente sua atuação ao ditar e executar suas decisões judiciais em nome do rei.

Concluiríamos, portanto, ponderando duas questões pertinentes ao sistema da certeza moral:

- I. É ilusório pensar-se que o sistema da certeza moral do juiz tenha representado real concentração de poder político nas mãos dos juízes porque estes agiam de acordo com os interesses do Chefe Político. A este interessava a manutenção do modelo da íntima convicção, que na realidade não era do julgador, senão do próprio rei. O poder estava efetivamente concentrado nas mãos do soberano, que nomeava os juízes e determinava como deveriam ser proferidas as decisões judiciais, conforme as suas conveniências pessoais e políticas, independentemente das provas produzidas e sem necessidade de explicitação de qualquer motivação.
- II. A decisão judicial baseada na livre convicção moral do juiz encontrava, portanto, legitimação política em dois momentos: na nomeação do juiz diretamente pelo rei e na prolação da decisão em nome do rei.

1.3 Tribunal do júri

Diante do exposto, surge um segundo questionamento: *Se a legitimidade política do sistema da certeza moral é o poder soberano do monarca, como justificar a manutenção desse modelo no Tribunal do Júri no Brasil?*

Dois fatores poderiam ser considerados para a adoção do sistema da íntima convicção do juiz no Tribunal do Júri: o primeiro de ordem histórica e o segundo em virtude do modelo constitucional adotado no Brasil.

Sob o aspecto histórico, faz-se relevante ressaltar que a instituição do júri precede ao absolutismo,

tem antecedentes bem remotos: os iudice jurati, dos romanos, os dikastas gregos e os centeni comités, dos germanos. O certo, contudo, é que sua origem, propriamente, remonta à época em que o Concílio de Latrão aboliu as ordálias ou Juizes de Deus⁴.

4 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 13. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p.747.

Como reação ao poder concentrador do absolutismo, o júri restitui ao cidadão o direito de julgar e ser julgado por seus pares; devolve-se ao povo o exercício direto do poder político jurisdicional.

O júri, desse modo, revela-se, ao mesmo tempo, como garantia do cidadão de não ser julgado pelo detentor do poder político, ou por um representante deste, e sim por cidadãos livres, e como direito político do cidadão de exercer diretamente o poder soberano estatal.

Desse contexto, *emergem os aspectos constitucionais* para a manutenção do Tribunal do Júri e do sistema da certeza moral do julgador em seu procedimento.

A legitimidade política do Júri e do sistema da certeza moral do julgador em sua instituição encontra fundamento no artigo 1º, parágrafo único, da Constituição da República Federativa do Brasil, que estabelece que “*todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição*”. O Júri, assim concebido, representaria uma das formas de exercício direto do poder político pelo povo, de acordo com o dispositivo transcrito.

Daí decorre a constitucionalidade da adoção do sistema da certeza moral do jurado na apreciação da prova. O exercício direto do poder político pelo cidadão não exige motivação; ele o faz com base em sua livre convicção e não precisa motivar exatamente porque não o exerce em nome de outrem, senão em seu próprio nome. Por isso, consideraria equivocado afirmar-se que o jurado atua representando a sociedade. Ele decide de acordo com suas próprias convicções, em seu próprio nome, na condição de titular de poder político. Por isso, a Constituição assegura o sigilo das votações; o jurado não deve satisfações nem prestar contas de seu voto a ninguém, nem ao juiz, ao Promotor de Justiça, ao acusado, familiares do acusado, da vítima ou à mídia.

Diferentemente é a situação daquele que exerce o poder na condição de representante eleito pelo povo. Este sim está submetido a controles sociais e internos do Estado, razão pela qual sua atuação política deve ser motivada de acordo com os preceitos estabelecidos nas normas constitucionais e legais.

Outro aspecto constitucional do Júri encontra-se no Título II, que trata dos direitos e garantias fundamentais, Capítulo I, relativo aos direitos e deveres individuais e coletivos, Artigo 5º, inciso XXXVIII, que dispõe:

É reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: a) a plenitude de defesa; b) o sigilo das votações; c) a soberania dos veredictos; d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

Convém ressaltar os seguintes aspectos desse dispositivo constitucional: o sigilo das votações e a soberania dos veredictos.

O sigilo das votações resguardaria, além das convicções pessoais dos jurados, o próprio jurado de ingerências anteriores ou posteriores ao julgamento, considerando que o mesmo não possui o mesmo sistema de garantias constitucionais conferidas aos magistrados de carreira, tais como a vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios, motivo pelos quais ficariam mais expostos a pressões sociais e políticas. Considerando esses aspectos, depreende-se que “o sigilo nas votações é princípio informador específico do Júri, a ele não se aplicando o disposto no art. 93, IX, da CF, que trata do princípio da publicidade das decisões do Poder Judiciário”.⁵

Segundo Marques, *a soberania dos veredictos* “expressa a idéia da impossibilidade de uma decisão calcada em veredicto dos jurados ser substituída por outra sentença sem esta base”.⁶ Em outras palavras, o exame do mérito da acusação, absolvido ou culpado, proferido pelo Tribunal do Júri somente pode ser modificado por decisão proferida por outro Tribunal do Júri. Isso decorre da natureza soberana do poder exercido diretamente pelo povo, que prevalece inclusive sobre a segunda instância do Poder Judiciário. Por esse motivo, na conformidade prevista no artigo 593, III, do Código de Processo Penal, os poderes do tribunal *ad quem*, ao apreciar o recurso de apelação das decisões do Tribunal do Júri, são limitados aos seguintes: I. Reconhecer nulidade posterior à pronúncia; II. Retificar a sentença do juiz-presidente que seja contrária à lei expressa ou divergente das respostas dos jurados aos quesitos; III. Retificar a aplicação da pena ou da medida de segurança imposta na sentença pelo juiz-presidente; IV. Sujeitar o réu a novo julgamento, caso o tribunal se convença de que a decisão dos jurados foi manifestamente contrária à prova dos autos. Não se admite, nessa

5 CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 7. ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 569.

6 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*, p. 754.

última hipótese, pelo mesmo motivo, segunda apelação. Isso reforça a soberania do júri já que se admite a possibilidade de validade de julgamento contrário à prova dos autos, desde que o primeiro julgamento seja ratificado por outro júri.

2 SISTEMA DA CERTEZA LEGAL

2.1 Noções

O sistema da certeza legal significou uma ruptura com o modelo denominado de *íntima convicção do juiz*. A derrocada do absolutismo teve conseqüências nos poderes atribuídos ao juiz para a valoração da prova. Em última instância, reduzir os poderes do juiz significava desconstituir o poder absoluto do monarca. Por conseguinte, deslocava-se para o poder legislativo a força na fixação dos critérios de valoração das provas. “Ou seja, no sistema de provas legais, o legislador é quem procedia à valoração prévia, dando a cada uma delas um valor fixo imutável”⁷

Ocorre uma hipertrofia do poder da lei sobre o poder de livre convicção do juiz, no que se refere à admissão e valoração da prova. O legislador delimita a atuação judicial, ainda que mediante a consagração legal de alguns dogmas jurídicos constituídos ao longo da história, provavelmente pela própria jurisprudência, tais como: a confissão como a “rainha das provas” (denominação que, de algum modo, era uma forma de contrapor-se ao poder do rei); a inutilidade ou ineficácia do depoimento de uma só testemunha (*testis unus, testis nullus*); a restrição da prova penal pela lei civil, por exemplo, quanto ao estado das pessoas, que somente se prova através de certidão, não se admitindo prova testemunhal.

No sistema da certeza legal ou da *prova tarifada* nem ao juiz nem às partes é permitida a adoção de meio de prova diverso daquele estabelecido pela lei para a comprovação de determinado fato. O sistema tarifado também impõe o valor a ser atribuído às provas produzidas, de modo que “se a lei dizia que aquela prova valia tanto, o magistrado não poderia dizer que valia menos”⁸.

7 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de processo penal*. 13 ed. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 352.

8 RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 9 ed. rev. ampl. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 456.

2.2 Legitimidade política da decisão do juiz

Entendemos que o *sistema da certeza legal* representou uma mudança significativa no eixo de poder da legitimidade política da decisão judicial com relação ao sistema da certeza moral do juiz. A sentença já não encontra mais fundamento, exclusivamente, no poder soberano do rei ou do chefe do poder executivo, decorre principalmente da lei enquanto produto de discussão e votação pelos representantes do povo. Buscava-se “adaptar o Judiciário aos princípios republicanos e ao sistema de separação de poderes”⁹. Se, por um lado, o sistema de escolha e nomeação dos juízes continuava sob a competência do Executivo; por outro, ao legislativo cabia a tarefa de estabelecer os métodos e valores das provas para a decisão judicial. Ao julgador restava a tarefa de subsumir, quase que automaticamente, o caso concreto aos critérios de prova pré-estabelecidos em lei para proferir sua decisão.

2.3 Prova tarifada no Código de Processo Penal

O sistema da certeza legal vigora, em caráter de excepcionalidade, em alguns dispositivos do diploma processual penal brasileiro:

“Artigo 155, parágrafo único. Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil”. Os aspectos da vida relativos ao estado de pessoas (nacionalidade, estado civil, idade) somente se faz mediante a apresentação de certidão do registro civil. Na prática isso significa que uma vez provado, através de documento idôneo, determinada situação relativa ao estado de pessoa, o juiz não poderá admitir a produção de outra prova (testemunhal, por exemplo) a respeito desse fato. Ou, caso já produzida prova nesse sentido e, posteriormente, seja apresentada a prova documental referida, o juiz não poderá utilizar-se do sistema da livre apreciação da prova para afastar a prova documental relativa ao estado de pessoas e valer-se de prova de outra natureza.

“Artigo 158. Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado”. Segundo Nucci, “cuida-se de exceção ao

9 DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. São Paulo: Saraiva, 1996. p.15.

sistema geral da valoração da prova baseado na persuasão racional. O juiz, nessa hipótese, precisa lastrear sua convicção em prova legalmente determinada: a perícia”.¹⁰ Se poderia afirmar que a exigência do exame de corpo de delito se constitui em um elemento constitutivo da “segurança jurídica” requerida por qualquer ordenamento legal, uma vez que inúmeros motivos podem ensejar uma confissão ficta, tais como “o amor paternal, o amor filial, a paixão, a vontade de ganhar algum dinheiro”¹¹ ou simplesmente adquirir, podendo provocar conseqüências nocivas à administração da Justiça. Por esse motivo, uma vez mais o legislador pátrio adota o sistema de prova taxada para os crimes que deixam vestígios.

“*Artigo 232, parágrafo único. À fotografia do documento, devidamente autenticada, se dará o mesmo valor do original*”. O legislador equipara a cópia autenticada do documento ao original, impedindo que o juiz repute de menor valor a prova documental assim constituída. Uma vez mais a lei processual penal, excepcionando o princípio do livre convencimento do juiz, taxa o valor da prova documental autenticada, equiparando-a ao valor dispensado ao documento original. Entendemos que o mesmo tratamento não seria exigível na hipótese de apresentação de prova mediante cópia de documento não autenticado, ainda que a parte contrária não tenha questionado sua autenticidade. Nesse caso, vigoraria o sistema do livre convencimento do julgador para a valoração dessa prova. Em outras palavras, no processo penal pátrio, à fotocópia de documento não autenticada não se atribui a valoração da certeza legal do artigo 232, parágrafo único.

“*Artigo 237. As públicas-formas só terão valor quando conferidas com o original, em presença da autoridade*”. A pública-forma corresponderia ao documento que a lei civil exige sua constituição através de instrumento público, como a escritura de compra e venda de imóvel, o instrumento público de procuração. O referido dispositivo implica um maior rigor do juiz na valoração dessa prova, ainda que apresentada através de documento avulso original ou cópia autenticada. Considera-

10 NUCCI, Guilherme de Souza. *Provas no processo penal*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2009, p. 48.

11 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de processo penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 20. v.1.

mos que a norma comentada autorizaria ao juiz, por exemplo, requisitar ao Oficial do Registro Público a apresentação do respectivo livro em audiência para a conferência do documento de prova apresentada pela parte com o registro original.

3 SISTEMA DA LIVRE APRECIÇÃO DA PROVA

3.1 Noções

O modelo da livre apreciação da prova, de algum modo, poderia ser considerado como o método de investigação judicial que confere ao julgador uma maior liberdade para a formação de seu convencimento a partir do conjunto probatório produzido no curso do processo.

Diferentemente do sistema da certeza moral, em que se permite, inclusive, a desconsideração da prova produzida e prevalecem os valores subjetivos do juiz na decisão, e do sistema da certeza legal, em que a lei impõe ao órgão julgador quais as provas preponderantes para o julgamento da causa, a livre apreciação da prova exige ao juiz a demonstração racional (fundamentação) de seu convencimento de acordo com as provas existentes nos autos.

A atual redação do artigo 155, *caput*,¹² do Código de Processo Penal aperfeiçoa esse sistema no direito processual penal brasileiro, ao dispor:

O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

O sistema da livre apreciação da prova não significa, no entanto, amplos poderes decisórios à autoridade judicial. Do contrário, deve ser concebido como elemento integrante de um sistema maior de direitos e garantias, que inclui outros valores de natureza constitucionais, seja relativo ao exercício da função jurisdicional, como o dever de motivação das decisões judiciais, seja de natureza processual, como o direito ao contraditório.

12 Redação dada pela Lei 11.690, de 09 de junho de 2008.

3.2 Motivação da decisão judicial como poder-dever e mecanismo de legitimação da função jurisdicional

O processo de concurso público adotado para a seleção dos juízes no Brasil pode ser considerado o mais adequado ao Estado Democrático de Direito instituído pela Constituição da República de 1988. A legitimidade para o ingresso na carreira decorre da realização de um processo público de provas e títulos, que, por um lado, assegura isonomia de oportunidades aos que preenchem os requisitos exigidos pelo ordenamento jurídico, e, por outro, garante igualdade de condições na verificação das condições técnicas dos candidatos.

A legitimidade de investidura no cargo, simbolizada pela aprovação em concurso público, não se confunde com a legitimidade política no exercício da jurisdição. Isso significa que, após aprovado no concurso público e investido na função, o juiz não está legitimado para proferir decisões de acordo com suas convicções pessoais, políticas, religiosas ou morais.

As decisões judiciais, nos Estados Democráticos de Direito, encontram legitimação política em sua motivação, na conformidade prevista no artigo 93, IX, da Constituição da República que estabelece a obrigatoriedade de que sejam fundamentadas todas as decisões do Poder Judiciário, sob pena de nulidade. “Daí a necessidade de que o exercício da liberdade de convicção pelo juiz venha acompanhado de uma argumentação capaz de reproduzir o raciocínio decisório, de modo a possibilitar o seu efetivo controle pelas partes, pelos órgãos superiores e pelo público em geral”.¹³ Conforme leciona TARUFFO, “O juiz que exercita democraticamente do poder que dispõe justifica suas próprias escolhas, expondo, na motivação da sentença, as razões por lãs quais adota sua decisão, tornando, assim, possível o controle crítico difuso sobre a maneira de como exercitou seu poder”.¹⁴

13 GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *O livre convencimento do juiz no projeto de código de processo penal*: primeiras anotações. Boletim IBCCRIM, ano 17, n. 200, 2009. p. 8.

14 TARUFFO, Michele. *Algunos comentarios sobre la valoración de la prueba*. Edición digital: Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2008. p. 91 Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01482529890165929650035/discusiones3/discusiones_07.pdf> . Acesso em: 28 fev.2010.

Superado o modelo da valoração da prova do regime absolutista, em que a legitimidade da decisão judicial derivava da soberania do rei, assim como colocado em segundo plano pelo próprio legislador o sistema de provas taxadas, o juiz, no sistema da livre persuasão, passa a legitimar politicamente sua decisão mediante o poder-dever de motivação estabelecido pela Constituição.

3.3 Tríplice direcionamento da motivação

Além dos aspectos políticos de legitimação da decisão judicial, a motivação tem funções processuais, dentre as quais:

a) *Convencimento das partes*: uma decisão ou sentença judicial bem motivada pode ter a função de convencer as partes, vencedora e vencida, do acerto de seu dispositivo. Nem sempre esse convencimento resulta na não oposição de recurso pelas partes. Mesmo a parte parcialmente vencedora em suas pretensões pode tentar lograr êxito total de seus pedidos em sede recursal, não se contentando com a decisão de primeira instância bem fundamentada.

b) *Oportunizar às partes o direito ao duplo grau de jurisdição*: difícil missão comportaria aos operadores do direito se tivessem que recorrer de uma decisão judicial que não explicitasse claramente os seus fundamentos. Na prática, inviabilizaria a oposição de recursos, já que exigiria da parte recorrente conjecturar todas as hipóteses possíveis e imagináveis capazes de conduzir a decisão judicial para um sentido ou outro. O advogado ou membro do Ministério Público teria que exercer o papel de um vidente para garantir o seu direito ao recurso.

c) *Formação da coisa julgada material*. Uma terceira função processual da motivação é a formação da coisa julgada material, que consiste na “imutabilidade da sentença, de modo a impedir a reabertura de novas indagações acerca da matéria nela contida”¹⁵. Ressalvadas as hipóteses admissíveis para a revisão criminal, na hipótese de ser intentada uma nova ação penal sobre o mesmo fato e com as mesmas partes de processo anteriormente sentenciado e com trânsito em julgado, poderá ser oposta a exceção de coisa julgada prevista no artigo 110, parágrafo 2, do Código de Processo Penal, com relação ao fato principal, que

15 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de processo penal*. 13. ed. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p.630.

tiver sido objeto da sentença. Daí decorre a relevância da motivação da sentença para a pretendida segurança da ordem jurídica.

3.4 Contraditório judicial como conteúdo formal e material da motivação

a) Garantia de existência do contraditório judicial.

O contraditório judicial é princípio processual de cunho eminentemente político, à medida que assegura a isonomia de atuação das partes no processo para a formação da decisão do Estado-Juiz. Por este motivo, também, devem ser isonômicos os prazos, números de testemunhas e oportunidades de manifestação escrita ou oral. Qualquer decisão judicial, no âmbito do processo penal, ao rigor da interpretação do artigo 155 do Código de Processo Penal, deve ser precedida de contraditório judicial. Ou seja, a qualquer pretensão de natureza penal deduzida por uma das partes, seja de natureza processual ou de mérito, exigiria a manifestação prévia da parte adversa, excetuadas obviamente aquelas de natureza cautelar que a lei admita a sua adoção *inaudita altera parte*, por risco de perda do objeto da medida. O contraditório, caracterizado pela efetiva participação das partes no processo, deve ser real, não somente formal, sob pena de nulidade do processo se demonstrado o prejuízo para o réu, na conformidade prevista na Súmula 523¹⁶ do Supremo Tribunal Federal. Difícil imaginar-se inexistência de prejuízo quando, por exemplo, da condenação de acusado hipossuficiente, defendido por defensor público ou nomeado, que, na defesa preliminar escrita, limita-se a arrolar testemunhas, nas alegações finais, requer sucintamente a absolvição do réu sem indicar as razões e, após a condenação, deixa de apelar da sentença.

b) Garantia de validade do contraditório judicial: utilização de provas lícitas.

Não basta, no entanto, a efetiva existência do contraditório judicial, exige o ordenamento jurídico que somente sejam admitidas ao

16 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 523. No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu.

contraditório judicial as provas obtidas lícitamente. Na conformidade prevista no artigo 157 do Código de Processo Penal, a prova obtida em violação a normas constitucionais ou legais, bem como as provas derivadas daquela, devem ser indeferidas pelo juiz, desentranhadas do processo e inutilizadas, após preclusa a decisão que declarou a inadmissibilidade. Os objetivos do desentranhamento e inutilização seriam basicamente resguardar direitos das partes ou de terceiros violados na produção da prova e impedir posterior utilização no mesmo ou em outro processo. Com relação à inutilização da prova, reputo instigante o seguinte questionamento feito por OLIVEIRA: “Ora, mas se a produção da prova ilícita puder causar danos a terceiros, seja ele de natureza cível ou penal, como se fará para demonstrar a materialidade do ilícito?”¹⁷. Penso que a solução para o caso exigiria intimar a parte eventualmente interessada na responsabilização civil ou penal, dos autores do ilícito, da decisão que determina a inadmissibilidade, desentranhamento e inutilização da prova obtida ilicitamente.

c) Possibilidade de utilização de elemento informativo na motivação.

Em caráter excepcional, a segunda parte do artigo 155 do Código de Processo Penal, permite ao juiz formar sua convicção a partir dos elementos informativos colhidos na investigação, desde que não exclusivamente nestes, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. A utilização de elementos informativos exige do julgador a demonstração de congruência relevante entre o elemento ou os elementos informativos levados em consideração na decisão e o contraditório judicial. Não se pode admitir, por exemplo, para a prolação de uma sentença condenatória que a harmonia entre o elemento da investigação policial e o contraditório judicial refira-se a elementos meramente circunstanciais da infração; faz-se necessário tratar-se de elemento principal do fato, seja relativo à autoria ou à materialidade da infração penal em análise. Admitir-se de modo contrário ensejaria oportunidade para a violação do direito ao contraditório e propiciaria a formação de juízos arbitrários porque fundados em fatos alheios à prova legalmente produzida.

17 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de processo penal*, p. 358-359.

d) Necessidade de melhor delimitação legal do objeto denominado de elemento informativo colhido na investigação.

A norma que permite a utilização, ainda que não exclusiva, de elemento da investigação na formação do convencimento do julgador parece carecer de acerto ao mesclar, na sua ressalva, provas cautelares, provas não repetíveis e provas antecipadas. *A prova cautelar de busca e apreensão*, prevista nos artigos 240 a 250 do Código de Processo Penal, consiste em medida de exceção porque exercitada de ofício pelo juiz, mediante representação da autoridade policial ou requerimento do Ministério Público ou do particular legitimado pela lei. Trata-se, obviamente, de prova produzida unilateralmente, sem oportunidade de contraditório e, geralmente, não suscetível de repetição, tendo em vista a perda do objeto perseguido pela medida. *A prova não repetível* é aquela que requer “imediateza realização em face da natureza de seu objeto e seu grau de perecimento”¹⁸. Por fim, *a prova antecipada* corresponde à prova “produzida antes do momento destinado à instrução processual”¹⁹, nos termos dos artigos 156, inciso I, e 366 do Código de Processo Penal. Consideramos que seria desnecessária a ressalva prevista no artigo em comento com relação às provas antecipadas, vez que, em tese, estão submetidas ao crivo do contraditório judicial. Penso, também, que a ressalva tem pertinência quanto às provas não repetíveis produzidas durante a investigação policial (laudo de exame cadavérico, por exemplo, como prova da materialidade do crime de homicídio), bem como em relação à prova produzida em busca e apreensão determinada judicialmente (auto de apreensão de uma arma de fogo de uso proibido, comprovando a materialidade do crime previsto no artigo 16 da Lei 10.826/2003).

e) Análise da prova: proibição de o juiz abstrair-se ou alhear-se ao conteúdo da prova produzida (decisões arbitrárias).

Uma vez estabelecidos os critérios informadores do sistema da livre apreciação da prova penal, instituído pelo ordenamento pátrio, cabe ao juiz atuar dentro desses parâmetros para fins de alcançar a pretendida

18 NUCCI, Guilherme de Souza. *Provas no processo penal*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2009. p.20.

19 CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 7. ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva. P. 306.

legitimação político-constitucional de sua decisão. Desse modo, o juiz deverá valer-se primeiramente nos elementos constantes do conjunto probatório produzido dentro do contraditório judicial e supletivamente, quando estritamente necessário, dos elementos informativos produzidos durante a investigação policial, desde que não repetíveis, da busca e apreensão cautelar, ou mesmo de outras provas antecipadas produzidas sob o crivo do contraditório. Ademais, o juiz deverá prover pela regularidade do processo, de acordo com o artigo 251 do diploma processual penal, não admitindo ao processo, sob nenhuma hipótese, a prova obtida ilicitamente ou a prova desta derivada.

4 CONCLUSÕES

I. A maior ou menor liberdade de atuação judicial na apreciação da prova decorre diretamente do modelo político adotado pelo Estado.

II. Um modelo político autoritário pode requerer juízes de carreira com *plena liberdade* para decidir de acordo com as suas convicções, considerando que a concentração do poder político tende a submeter hegemonicamente as atividades dos titulares de cargos públicos às vontades do Chefe Político.

III. Contrapondo-se a esse quadro, um modelo constitucional democrático, também, pode adotar o sistema da certeza moral aos jurados, que não são juízes de carreira, como forma de assegurar a participação política direta do cidadão nas decisões jurisdicionais, eliminando ou diminuindo a influência dos detentores do poder nestas decisões e garantindo ao acusado o direito de ser julgado pelos seus pares.

IV. O *sistema da certeza legal*, fruto do momento histórico de hipertrofia do Legislativo, consagra a preponderância da vontade da lei sobre o convencimento pessoal do julgador. Ao juiz não se permite exceder aos limites estabelecidos pela lei para a produção ou apreciação da prova, geralmente com relação a fato determinado. Continua em vigor em alguns artigos do Código de Processo Penal, ora justificada como garantia do acusado, como quando se exige o exame de corpo de delito nos crimes que deixam vestígios, ora como uma necessidade de prevalência da prova pública documental civil, como no caso do artigo 155, parágrafo único, do referido diploma legal.

V. Na nossa opinião, o *sistema do livre convencimento do julgador* poderia ser também denominado de *sistema do convencimento moti-*

vado do juiz, considerando a exigência constitucional da explicitação dos motivos da decisão, bem como a impossibilidade de decisões arbitrárias. A legitimação política da decisão judicial, que não se confunde com legitimação para a investidura no cargo, decorre das razões (fáticas e jurídicas) expostas na própria decisão. Neste modelo, o juiz não pode utilizar-se de outras fontes de provas senão as previstas e produzidas de acordo com a lei, assim como não pode deixar de considerar o conjunto probatório para proferir sua sentença.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código de processo penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 1996. v1.

CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 7. ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 2001.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. São Paulo: Saraiva, 1996.

FEITOZA, Denilson. *Reforma processual penal*. Niterói: Impetus, 2008.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. O livre convencimento do juiz no projeto de código de processo penal: *primeiras anotações*. *Boletim IBCCRIM*, ano 17, n. 200, julho de 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Provas no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de processo penal*. 13 ed. atual. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 9. ed. rev. ampl. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

TARUFFO, Michele. *Algunos comentarios sobre la valoración de la prueba*. Edición digital: Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2008. p.8 Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01482529890165929650035/discusiones3/discusiones_07.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2010.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 13. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE, VULNERABILIDADE E GÊNERO NO SISTEMA DE DIREITO BRASILEIRO, ALGUMAS REFLEXÕES DIALOGAIS

*Nelson M. de Moraes Rego*¹

*“A Justiça é a primeira virtude das instituições sociais”.*²

Sobressai da ordem social preconizada na Constituição Federal de 1988³, no Capítulo VII, Título VIII, a *explícita priorização na proteção*

-
- 1 O autor é Juiz Titular da Vara Especial de Combate a Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher da Comarca de S.Luís – MA; Doutor em Direitos Humanos pela Universidade de Salamanca/ES; Mestre em Ciências Jurídico-Processuais pela Universidade de Coimbra/PT; Licenciado em Filosofia e em Teologia; Professor Universitário; Escritor e Conferencista.
 - 2 RAWLS, John. *Teoria de la Justicia*, (A Theory of Justice, 1971. Trad. espanhola, 1979), 2. ed., 2. reimp., Madrid, 2002, p.529. Para RAWLS os princípios de Justiça “*solo serán efectivos si los hombres tienen un sentido de justicia y se respetan, por tanto, unos a otros, el concepto del respeto o del valor intrínseco de las personas no es base adecuada para llegar a esos principios...una vez que se dispone de la concepción de la justicia, las ideas de respeto y de dignidad humana pueden adquirir un significado más definido. Entre otras cosas, el respeto a las personas se demuestra tratándolas de modo que ellas puedan ver justificado...Así, respetar a las personas es reconocer que poseen una inviolabilidad fundada en la justicia, que ni siquiera el bienestar de la sociedad en conjunto puede atropelar. Esto significa que la pérdida de la libertad por parte de algunos no se compensa por el hecho de que otros gocen de un mayor bien-estar. La Teoría de la Justicia ofrece una versión de estas ideas.*”.
 - 3 Instrumento para a construção de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional com a solução pacífica das controvérsias, calcou sua *fundamentação jurídico-político, consoante seu art 1º, em cinco pilares: I) a soberania; II) a cidadania; III) a dignidade da pessoa humana; IV) os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o V) o pluralismo político*. Assim temos, segundo PAULA, Paulo Afonso de Garrido. Criança e dignidade da pessoa humana. In: *Tratado luso-brasileiro da pessoa humana*, 2. ed, atual. e ampl. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p.1037-1058. *Uma planta prévia para a construção de um edifício do povo* (soberania), para uso e gozo pleno do povo (cidadania), num ambiente de respeito a cada um e a todos (dignidade da pessoa humana), custeado pelas atividades e iniciativas de seus abrigados voltadas ao bem comum (valores sociais do trabalho e da livre iniciativa) e dirigido pelos seus moradores, através de suas livres organizações (pluralismo político), *cujos objetivos desta nossa sociedade estão elencados no art. 3º: I) construir*

da criança e do adolescente, com o estabelecimento de uma ordem de proteção⁴ máxima e especial que lhes fora atribuída, conforme se constata do *caput* do art. 226, “A Família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado” combinado com o art. 227 e seu § 3º,

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, 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” e “o direito a **proteção especial** abrangerá os seguintes aspectos.⁵ (grifo nosso).

Nesta mesma preocupação protetiva⁶ do constituinte com a crian-

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

4 Os direitos a proteção, como é o caso da proteção da criança e do adolescente, na concepção de ALEXY, Robert. *Derechos sociales y ponderación*, 2.ed. Madrid: Fundação Colóquio Jurídico Europeo, 2009. p.54, são os direitos constitucionais que ostenta o particular contra o Estado, quer dizer, a que este lhe proteja da interferência de terceiros. Acrescenta Alexy, à p.66: “...si se viola um derecho a proteccion al denegarle totalmente proteccion o al no darle proteccion suficiente”

5 Sem negritos no original.

6 A propósito de política de proteção, é de se lembrar de FOUCAULT, Michel. *História da Sexualidade, a vontade de saber*. Lisboa: Relógio D’Água Editores, 1994. p.132. v.I quando menciona a política de proteção referente à prática do incesto: “... toda uma política de proteção da criança ou de colocação sob tutela dos menores “em perigo” tinha, em parte, como objectivo a sua retirada para fora das famílias que eram suspeitas – por falta de lugar, proximidade duvidosa, hábitos de deboche, “primitivismo selvagem” ou degenerescência – de praticarem o incesto. Enquanto o dispositivo de sexualidade tinham desde o século XVIII intensificado as relações afectivas, as proximidades corporais entre pais e filhos, enquanto houvera um perpétuo incitamento ao incesto na família burguesa, o regime de sexualidade aplicado às classes populares implica, pelo contrário, a exclusão das práticas do incesto ou, pelo menos, o seu deslocamento sob outra forma. Na época em que, por um lado, o incesto é perseguido como comportamento, pelo outro, a psicanálise esforça-se por trazê-lo a luz como desejo e por destruir para aqueles que o sofrem o rigor que o recalca. Não se deve esquecer que a descoberta do Édipo foi contemporânea da organização jurídica da perda do poder paternal (em França, pelas leis de 1989 e 1898). No momento em que FREUD descobria qual era o desejo de Dora e permitia que ele se formulasse, todos se armavam para desfazer em outras camadas sociais,

ça e o adolescente, se encontra a destinação de recursos da seguridade social para as ações governamentais e política pública nesta especificidade, segundo se verifica do § 7º do mencionado dispositivo constitucional⁷ e do *caput* do art. 204 da Constituição cidadã: “As ações governamentais na área da assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195⁸, além de outras fontes, e organizadas com bases nas seguintes diretrizes”.

Num célebre ensino sobre uma atuação constitucional, é oportuna a doutrina do príncipe dos constitucionalistas lusitanos, Canotilho, a respeito do *papel de garantia e proteção da constituição*:

Uma das principais funções da constituição é a ‘função garantística’. Garantia de que? Desde logo, dos direitos e das liberdades... (omissis). Nas constituições modernas os direitos constitucionalmente garantidos e protegidos representavam a posituação jurídico-constitucional de direitos e liberdades inerentes ao indivíduo e preexistentes ao Estado.⁹

Tal função garantista da Carta Magna deve ser compreendida com a convocação do meta-princípio da *dignidade da pessoa humana* - aqui de relevo e previamente, servimo-nos da doutrina de Ronald Dworkin, ao distinguir as normas dos princípios¹⁰: os princípios fazem referência

todas aquelas proximidades censuráveis; o pai era, por um lado, erigido em objecto de amor obrigatório; mas por outro, se era amante, era destronado pela lei. Assim, a psicanálise como prática terapêutica reservada, desempenhava relativamente a outros processos um papel diferenciador, num dispositivo de sexualidade agora generalizado.”. Sabe-se pelas informações de FOUCAULT nesta referida obra que no século XIX, além da psiquiatrização e da cientificização do sexo (pela Pedagogia, Medicina e Economia), ocorrera outro fenômeno histórico, a “*jurisprudencialização*” do sexo (embora FOUCAULT não use esta expressão), pela regulação legal de sanções a certas práticas sexuais censuráveis, como o incesto.

7 Art. 227, § 7º, da CF/88: “No atendimento dos direitos da criança e do adolescente levar-se-á em consideração o disposto no art.204.”

8 Art.195 da CF/88:”A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: (omissis, incisos I a IV e §§ 1º a 13)”

9 CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. reimp. Coimbra: Almedina, 2005. p.1440.

10 Ver a este respeito também ALEXY, Robert, *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. da 5. ed. alemã, *Theorie der Grundrechte*, 2006. São Paulo: Malheiros, 2008, p.90-91: “O ponto decisivo na distinção entre regras

à Justiça e à Equidade (*fairness*). Enquanto que as normas se aplicam ou não se aplicam, os princípios dão razões para decidir em um sentido determinado. Porém, diferentemente das normas, seu enunciado não determina as condições de sua aplicação ¹¹ - entendida esta *dignidade da pessoa humana* em seu sentido universal, isto é, como o ser que é dotado de razão e de consciência. ¹² A Constituição confere, assim, uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema de direitos fundamentais. E ela repousa na *dignidade da pessoa humana*, ou seja, na concepção que faz da pessoa fundamento e fim do Estado. ¹³

É de se frisar que a *dignidade da pessoa humana* exige a contra-prestação do respeito à integridade física, psíquica e moral, com abrangência da preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, idéias e crenças, dos espaços e objetos pessoais. A *dignidade*

e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida do possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida de sua satisfação não depende somente de possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio.”. (grifo nosso)

11 DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en serio*. 5. reimp. Barcelona: Editorial Ariel, 2002, p. 9. O autor referido acrescenta que os princípios “*informan las normas jurídicas concretas de tal forma que la literalidad de la norma puede ser desatendida por el juez cuando viola un principio que em esse caso específico se considera importante*”. A respeito dos princípios do Direito e da Justiça, John Rawls assevera: “*los principios del derecho y de la justicia son colectivamente racionales; y va em interes de cada uno que todos los demás cumplan com las disposiciones justas. También es cierto que la afirmación general del sentido de la justicia es un gran valor social, pues establece la base de una confianza y una seguridad mutuas, a partir de la cual, normalmente, todos se benefician*”. Desta forma Rawls demonstra sua visão sobre o sentido da Justiça, in *Teoria de la Justicia*, op. cit., p.519-521.

12 Eis o denominador comum a todos os homens em que consiste esta igualdade. Dotados de *razão e consciência*, fator este essencialmente relevante e categórico, para além das diferenciações econômicas, culturais e sociais a justificar o reconhecimento, a garantia e a promoção dos direitos fundamentais.

13 MIRANDA, Jorge. *A Constituição de 1976: formação, estruturação, princípios fundamentais*. Lisboa: 1978. p.348.

da pessoa humana encontra-se no centro da construção dos direitos fundamentais.¹⁴

Não se deve olvidar que a ligação jurídico-positiva entre direitos fundamentais¹⁵ e dignidade da pessoa humana, consoante a cátedra de Jorge Miranda, só começa com o Estado Social de Direito e, mais rigorosamente, com as Constituições e os grandes textos internacionais subseqüentes à Segunda Guerra Mundial.¹⁶ E que o reconhecimento da *dignidade* inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade e da paz no mundo.¹⁷

Os direitos da criança e do adolescente, tais como o direito à vida, à integridade física e psíquica, à educação, à saúde, à alimentação, etc, em sua grande maioria, estão inseridos na Constituição Federal de 1988, dentre a categoria de direitos sociais (Direitos Econômicos, Sociais e Culturais) e como tal, são *direitos fundamentais*¹⁸, que advieram do esforço nacional de inserir os direitos humanos da criança e do adolescente na ordem positivada pátria. Tem razão Peces-Barba quando

14 PAULA, Paulo Afonso Garrido de. *Criança e dignidade da pessoa humana*, op. cit. p.1039.

15 Sobre a dogmática dos direitos fundamentais, ver ALEXY, Robert, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, op. cit, pp.42/49.

16 MIRANDA, Jorge, A dignidade da pessoa humana e a unidade valorativa dos sistemas de direitos fundamentais. In: *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*, 2. ed atual. e ampl. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2009. p. 168.

17 Cf. Preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos do Homem, ONU, 10 de dezembro de 1948. Por sua vez, a Carta das Nações Unidas, celebrada há mais ou menos três anos antes, na cidade de São Francisco/EUA, também no preâmbulo, reafirmou a fé nos “*direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor da pessoa humana, na igualdade de direitos dos homens e das mulheres, assim como das nações, grandes e pequenas*”. Cf. RODRIGUES, L. Barbosa ; CARNEIRO, Alberto Soares. *Direitos humano*., textos fundamentais. Lisboa: Quid Júris Editora, 2011. p.7-27.

18 Interessante o escólio de MOTA, Silvio; DOUGLAS, William. *Direito constitucional: teoria, jurisprudência e 1000 questões*. 14. ed, Rio de Janeiro: Impetus, 2004. p.73, ao considerar, a título propedêutico que: “*os direitos [fundamentais] são apenas cinco: à vida, à liberdade, à igualdade e à propriedade. Os setenta e sete incisos [são atualmente setenta e oito] que se seguem ao caput são apenas variações destes cinco direitos, de forma que existem “n” variações do direito à vida, como proteção à intimidade, a proteção à integridade física, a vedação de tratamento desumano, etc. Existem ainda outras variações do direito à liberdade, como liberdade de crença, de locomoção, de comunicação, de reunião, etc. Em suma, são setenta e sete variações de cinco direitos colocados no caput, sendo essencial que os leitores disso se apercebam antes de intentar uma compreensão escorregada do dispositivo constitucional em tela [art.5º]*”.

assevera que não podem existir direitos fundamentais que não tenham sido reconhecidos pelo ordenamento jurídico estatal.¹⁹

Em verdade, os **direitos fundamentais**²⁰ “constituem a principal garantia com que contam os cidadãos de um Estado de Direito de que o sistema jurídico e político em seu conjunto se orientará com a finalidade de respeito e promoção da pessoa humana”.²¹ Assim, é de se compreender, conforme asseverou Perez Luño²², que a positivação dos direitos fundamentais não tem um mero caráter declarativo de reconhecimento de uns direitos ou valores jurídicos prévios, mas, sim *constitutivo*, na medida que se trata de dar vida no ordenamento jurídico estatal a umas normas que regulam situações subjetivas, com independência do seu conteúdo material e sem fazer remissão a fontes legitimadoras alheias a própria ordem jurídica positiva. Destarte, os *direitos fundamentais* se apresentam na vida normativa constitucional como um “conjunto de valores objetivos básicos (Grundwert, da doutrina germânica), e ao seu tempo, como o marco de proteção das situações jurídicas subjetivas”.²³ A “felicidade comum” ou “fraternidade” enquanto

19 PECES - BARBA, G. *Curso de Derechos fundamentales*, I: teoría general. Madrid: Eudema, 1991, p.34.

20 PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *derechos humanos, estado de derecho y constitución*. 9. ed. Madrid: Editorial Tecnos 2005. p.32-33. , doutrina-nos que; “El término ‘derechos fundamentales’, droits fondamentaux, aparece en Francia hacia 1770 en el movimiento político y cultural que condujo a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. La expresión ha alcanzado luego especial relieve en Alemania, donde bajo el título de Grundrechte se ha articulado el sistema de relaciones entre el individuo y el Estado, en cuanto fundamento de todo el orden jurídico-político. Este es su sentido en la Grundgesetz de Bonn de 1949. De ahí que gran parte de la doctrina entienda que los derechos fundamentales son aquellos derechos humanos positivizados en las constituciones estatales. Es más, para algún autor los derechos fundamentales serían aquellos principios que resumen la concepción del mundo (Weltanschauung) y que informan la ideología política de cada ordenamiento jurídico.”

21 Id. *Los derechos fundamentales*. 8. ed. Madrid: Ed. Tecnos, 2004, p.50 (tradução nossa do conceito de d. fundamentais, citado no texto). E, ainda no plano conceitual do mencionado autor à página 51, os direitos fundamentais são “uma categoria descriptiva de los derechos humanos positivados en el ordenamiento jurídico”. Por sua vez conceitua os *derechos humanos* como uma “categoria previa, legitimadora e informadora dos derechos fundamnetais”, p.51.

22 PEREZ LUÑO, *op.cit.* , p.50.

23 São os direitos fundamentais o resultado do acordo básico das diferentes forças sociais que atuam em um dado momento histórico e em um delimitado espaço social.

fim da sociedade, assumiu-se como a expressão moderna dos direitos humanos.²⁴

Para uma melhor compreensão da construção histórica dos direitos da criança e do adolescente, oportuna se faz uma ligeira menção à *Declaração dos Direitos da Criança, emitida pela ONU, em 20 de novembro de 1959*²⁵, que é um marco divisor na construção do direito da criança e do adolescente, considerados como titulares de interesses juridicamente protegidos. Entretanto, o reconhecimento internacional de que crianças e adolescentes são titulares de direito, restou coroado somente com a *Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança*, adotada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1989, aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo nº 28,

24 Cf. CANOTILHO. *O círculo e a linha, da liberdade dos antigos à liberdade dos modernos, na teoria republicana dos direitos fundamentais*. In: *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Editora Coimbra, 2004, p.33. Ainda, à p.34, aponta este festejado autor lusitano os *topoi* essenciais da *teoria democrática-funcional*:”1) reconhecimento de direitos fundamentais aos cidadãos para serem exercidos como membros da comunidade e no interesse público; 2) o exercício da liberdade é um meio de garantia e prossecução do processo democrático; 3) a vinculação do exercício dos direitos à prossecução de fins públicos justifica a sua articulação com a idéia de deveres; 4) a dimensão funcional justifica em caso de “abuso”, a intervenção restritiva dos poderes públicos.”

25 Faltam referências expressas à criança na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948. Embora o art.2º vede discriminação de qualquer natureza, o que inclui as relacionadas à idade, somente no art .25, inciso II, é que se verifica expressa menção: “*a maternidade e a infância têm direitos a cuidados e assistência especial*”. Na verdade, o direito internacional caminhou lentamente em direção ao reconhecimento dos direitos da criança. Vale registrar aqui a Declaração de Genebra, aprovada pela Liga das Nações em 26 de setembro de 1924. Mais de trinta e cinco anos depois dessa histórica Declaração, aos 20 de novembro de 1959, a ONU adota, em assembléia, uma declaração especial, explicitando que é a mesma proclamada “*visando que a criança tenha uma infância feliz e possa gozar, em seu próprio benefício e no da sociedade, dos direitos e das liberdades*” que enuncia. Destaca-se do preâmbulo o seguinte: “*...visto que a criança, em decorrência de sua imaturidade física e mental, precisa de proteção e cuidados especiais, inclusive proteção legal apropriada, antes e depois do nascimento; visto que a necessidade de tal proteção foi enunciada na Declaração dos Direitos da Criança em Genebra, de 1924, e reconhecida na Declaração Universal dos Direitos Humanos e nos estatutos das agências especializadas e organizações internacionais interessadas no bem-estar da criança e visto que a humanidade deve à criança o melhor de seus esforços*”. (grifo nosso). Esta Declaração representou um avanço significativo na construção do direito da criança e do adolescente, estando na ocasião na vanguarda das formulações normativas.

de 14 de setembro de 1990 e promulgada pelo Decreto nº 99.710 de 21 de novembro de 1990.

Esta Convenção da ONU sobre os Direitos da Criança, como reconheceu Garrido de Paula²⁶, tem forte lastro na concepção da dignidade da pessoa humana:

Os princípios da Carta das Nações – liberdade, justiça e paz no mundo - se fundamentam no reconhecimento da dignidade inerente e dos direitos iguais e inalienáveis de todos os membros da família humana e que a Declaração Universal dos Direitos Humanos proclama que a infância tem direito a cuidados e assistência especiais. Reconhece que a criança, para o pleno e harmonioso desenvolvimento de sua personalidade, deve crescer no seio da família, em um ambiente de felicidade, amor e compreensão, que deve estar plenamente preparada para uma vida independente na sociedade e ser educada especialmente com espírito de paz, dignidade, tolerância, liberdade, igualdade e solidariedade. Expressamente consigna que “a criança, em virtude de sua falta de maturidade física e mental, necessita **proteção e cuidados especiais, inclusive a devida proteção legal, tanto antes quanto após seu nascimento.** (grifo nosso)

No tocante aos direitos fundamentais específicos da criança e do adolescente, é de se constatar, precipuamente, que o disposto no § 2º, 1ª parte do art. 5º da CF/88, ao dispor que “*os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados... (omissis)*”, não encerrou em *numerus clausus* os direitos fundamentais elencados nos incisos I a LXXVIII do mencionado art. 5º, mas deixando em aberto a possibilidade de outros, por este sistema aberto de consagração dos *direitos fundamentais*.²⁷

26 PAULA. *op.cit.*p. 1049.

27 MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas 2003, p.136: “A enumeração do art.5º da Constituição não exclui a existência de outros direitos e garantias individuais, de caráter “*infraconstitucional*”...”. Também no mesmo sentido, MOTA, Silvio ; DOUGLAS, William. *Direito constitucional...*, *op. cit.*, p.135; “O dispositivo derradeiro busca afirmar que a Constituição, ao enumerar os direitos fundamentais, não teve a preocupação de ser taxativa, admitindo direitos implícitos (ou sensíveis) decorrentes da legislação *infraconstitucional*”. Os direitos elencados no art.5º e seus incisos, constituem um *mínimo minimorum* dos direitos que qualquer indivíduo deve usufruir em um Estado democrático. Ainda os autores, à p.75, afirmam que os direitos fundamentais reconhecidos no art. 5º e seus LXXVIII:

A Constituição de 1988 conferiu dignidade à criança especialmente pelo reconhecimento da titularidade de direitos, rompendo com a concepção de proteção reflexa. Igualmente representou o coroamento de uma luta contra a discriminação decorrente de idade, em mais uma evidência do que se conhece por *culturalismo reativo*.²⁸ Mas não só, eis que a CF/88 foi além da proclamação dos interesses protegidos, enfatizando as obrigações correspondentes da Família, Sociedade e do Estado, numa clara preocupação com a concretude das normas através de uma forma de dicção dos direitos e dos consequentes deveres. É o que se verifica do citado art.227.

Vale ressaltar também que o legislador constituinte ao estatuir o modelo de garantia contra a discriminação no *caput* do art.5º, “**todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à igualdade, à segurança e à propriedade**”²⁹ contemplou, evidentemente, a distinção em razão da idade, deixando absolutamente reconhecível a *cidadela jurídica da criança e do adolescente*.³⁰(grifo nosso)

“Existem para garantir a dignidade da pessoa humana, conforme estabelece o art. 1º, III, da nossa Carta.”.

28 Tal como ocorre no culturalismo reativo da igualdade de gênero e do respeito aos direitos humanos das mulheres, deslanchado a partir da vigência da Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/06).

29 Sem negritos no original.

30 GARRIDO, Paulo Afonso de, *op. cit.*, p. 1055, com destaque para a cidadela jurídica da criança e do adolescente, nesta referida página: “...a cidadela jurídica, *estabelecida notadamente a partir do nascimento, representa fortaleza que também* abriga e a protege crianças e adolescentes, principalmente das investidas arbitrárias e violentas do mundo adulto. *A definição deste patamar de direitos, não foi fácil. A resistência foi enorme, mostrando que o obstáculo cultural – reconhecimento da criança como sujeito de direitos, obrigando Família, Sociedade e Estado – era de tal ordem que até mesmo a admissão de clássicas e antigas garantias processuais contra o arbítrio do Estado na persecução penal eram sustentadas como desnecessárias e desprovidas de valor na manutenção da liberdade de crianças e adolescentes. Estava ainda muito arraigada a idéia de que o Estado constituía-se em uma grande e boa família administrativa, de modo que qualquer decisão, ainda que “aparentemente” truculenta ou carregada de castigos, sempre era adotada em prol do “bem estar do menor”... (omissis). A Nova Carta gerava para os defensores dos direitos da criança e do adolescente a expectativa de que explicitasse o óbvio, ou seja, que quando em risco a liberdade pessoal em razão da prática de crimes. Crianças e adolescentes também eram titulares das garantias e direitos dos adultos, até mesmo em razão da*

Destarte, a Constituição da República de 1988 promove a dignidade da criança através da prescrição de direitos, **igualando sua condição com as demais pessoas humanas, não permitindo distinção relativa à idade**, conforme a referida vedação do art. 5º, supra destacado. Complementando a proteção da criança e adolescente, adveio a Lei nº 8069/90, Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA, que reafirma esses direitos constitucionais fundamentais bem como confere **proteção integral**, conforme o teor do art. 3º:

A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo de proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

A finalidade declarada do ECA é a proteção integral da criança e do adolescente, que consiste no **desenvolvimento saudável** e na **garantia da integridade**. Assenta-se a Lei, segundo doutrina dominante, em dois princípios fundamentais: respeito à condição peculiar de pessoa em processo de desenvolvimento e prioridade absoluta. Dedicada esta significativa norma infraconstitucional, todo o Título II, do Livro I, aos **direitos fundamentais da criança e adolescente**, sendo que, no capítulo I faz a proteção aos direitos à vida e à saúde; e no capítulo II, ao direito à liberdade, ao respeito e à dignidade.

Explicitar essas qualidades e condições de vida através de formulações jurídicas, aclarando o conteúdo de cada uma delas e propiciando uma maior vinculação dos obrigados, na visão de Garrido de Paula³¹,

igualdade perante a lei...[é o que se nota com a garantia do contraditório e da ampla defesa], *no que determinou uma fórmula alternativa de conteúdo idêntico, consoante se verifica pela redação do art.227, § 3º, inciso IV da Constituição da República: garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado, segundo dispuser a legislação tutelar específica*”(grifo nosso).

31 PAULA, Paulo Afonso Garrido de. *op. cit.* p.1057, que destaca a função deste art.15, ainda à p.1057; “*O dispositivo deliberadamente contempla as três gerações de direitos fundamentais (direitos civis, humanos e sociais) e abrange a completude do ordenamento jurídico (Constituição e leis), vinculando-os às condições básicas da vida humana civilizada (liberdade, respeito e dignidade), conferindo à criança e ao adolescente uma cidadela jurídica de igual importância ao do cidadão-adulto.*”.

representou inegável desafio: a primeira tarefa foi assentar a regra da igualdade, com o que contribuiu com isso, o art.15 do ECA: “A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeito de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis”. O passo seguinte consistiu na explicitação de alguns aspectos do direito à liberdade, o que o fez de forma exemplificativa no art.16:

O direito à liberdade compreende os seguintes aspectos: I – ir, vir e estar nos logradouros públicos e espaços comunitários, ressalvadas as restrições legais; II – opinião e expressão; III – crença e culto religioso; IV – brincar, praticar esportes e divertir-se³²

O direito de brincar deve ser levado a sério neste nosso país, aonde ainda existem violações e desrespeitos aos direitos humanos, sufragados tais direitos neste particular pela OIT, que veementemente condena o trabalho infantil. Inegável, inclusive sua caracterização como direito fundamental.

Ademais, é de se destacar no art. 17 do ECA, o meta princípio da *dignidade*, especialmente considerado para estas duas categorias jurídicas de *criança* e de *adolescente*:

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.

Inegável que essa dimensão protetiva e de reconhecimento dessa cidadania, fez surgir duas novas categorias de cidadãos: o cidadão-criança e o *cidadão-adolescente*, que se estratifica solidamente através dos artigos 15 a 18 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Resumindo: o art. 15 consagra esta cidadania, reafirmando que a criança e o adolescente são sujeitos de direitos fundamentais; o art. 16 versa sobre a liberdade, em seus diversos aspectos; o art.17 cuida da dignidade, ao

32 Percebe-se que o legislador previu no item IV deste art. 16 do ECA, o *direito de brincar, praticar esportes e de divertir-se*. Com o que defendemos aqui, tratar-se de outras hipóteses de *direitos fundamentais*.

mencionar o “direito ao respeito” e o, por último, no art.18, o *culturalismo reativo*, visando resgatar esta dignidade da criança e do adolescente, a partir de sua violação.

Ainda considerando a ordem de proteção especial à criança e ao adolescente, é de se ressaltar, o que o constituinte estabeleceu no § 4º do citado art.227 da CF/88: “*A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.*”. Assim, o legislador infraconstitucional, no afã de proporcionar *proteção sexual de vulnerável pela menoridade*, tanto no Código Penal quanto no Estatuto da Criança e do Adolescente, regulamentou tipificando as condutas criminosas específicas e as penas que incidem sobre as mesmas. No Código Penal, esta proteção sexual de vulnerável se verifica com a penalização das seguintes condutas³³: 1) o art. 217-A, acrescentado ao CPB pela Lei 12.015/2009, estatuiu o tipo *estupro de vulnerável*³⁴; 2) o art.218 previu o tipo do *induzimento de menor à lascívia*³⁵; 3) o art.218-A, o crime de *satisfação de lascívia mediante presença de criança e adolescente*³⁶; e

33 Cf. a doutrina de GRECO, Rogério. *Código penal comentado*. 6. ed.rev.e ampl. e atual. Niterói: Impetus, 2012. p.643-644. , é por demais significativa: “*A Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, caminhando de acordo com as reivindicações doutrinárias, unificou, no art.213 do Código Penal, as figuras de estupro e do atentado violento ao pudor, evitando-se desta forma, inúmeras controvérsias relativas à esses tipos penais, a exemplo do que ocorria com relação à possibilidade de continuidade delitiva, uma vez que a jurisprudência de nossos Tribunais, principalmente os Superiores, não era segura. A nova lei optou pela rubrica do estupro, que diz respeito ao fato de ter o agente constringido alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou com ele permitir que se pratique outro ato libidinoso. Ao que parece, o legislador se rendeu ao fato de que a mídia, bem como a população em geral, usualmente denominava de “estupro” o que, na vigência da legislação anterior, seria concebido por atentado violento ao pudor, a exemplo do fato de um homem ser violentado sexualmente. Agora, como veremos mais adiante, não importa se o sujeito passivo é do sexo feminino, ou mesmo do sexo masculino que, se houver o constringimento com a finalidade prevista no tipo penal do art. 213 do diploma repressivo, estaremos diante do crime de estupro. Em alguns países da Europa, tal como ocorre na Espanha, esse delito é chamado de “abuso sexual”*”. (grifo nosso).

34 Art. 217-A do Código Penal Brasileiro: “*Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: Pena – reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos*”. E o § 1º

35 Art. 218 do Código Penal Brasileiro, modificado pela Lei 12.015/2009: “*Induzir alguém menor de 14 (catorze) anos a satisfazer a lascívia de outrem.*”..

36 Art. 218-A do Código Penal Brasileiro, incluído pela Lei 12.015/2009: “*Praticar, na presença de alguém menor de 14 (catorze) anos, ou induzi-lo a presenciar, conjun-*

4) o art.218-B, o de *favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável*³⁷.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, por sua vez, penalizou distintas e múltiplas condutas nos tipos dos arts. 228 a 244-A, que vão além da proteção sexual da criança e adolescente, estatuindo diversos crimes praticados contra a criança, num esforço de tentar alcançar qualquer ato contrário à dignidade da criança e do adolescente, que não se limitam a práticas sexuais ilícitas e repugnáveis face à maior vulnerabilidade destas vítimas que não possuem ainda a capacidade de querer e determinar-se segundo seu entendimento, face ao incompleto desenvolvimento humano, biológico, psíquico, emocional, social, cultural ou ainda em qualquer de sua dimensão existencial. Assim, não se pode negar que *o grau de proteção constitucional e legal disponibilizado a esta categoria jurídica de criança e adolescente, é maior, mais intensa e mais ampla que a proteção disponibilizada ao gênero.*

Nesta esteira de raciocínio, *o enfrentamento institucional dos crimes contra criança e adolescente, independente de qualquer condição* - por exemplo, se o infante é do sexo feminino ou masculino ou se é dessa ou daquela raça ou etnia ou ainda pertencente a classes sócio-econômicas mais baixas ou mais altas ou ainda insistindo neste raciocínio, se é de família que pratica tal ou qual religião - *deve ser feito com o mesmo rigor e seriedade, por profissionais especializados na matéria*

ção carnal ou outro ato libidinoso, a fim de satisfazer lascívia própria ou de outrem: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos”.

37 Art. 218-B do Código Penal Brasileiro, incluído pela Lei 12.015/2009: *“Submeter, induzir ou atrair à prostituição ou outra forma de exploração sexual alguém menor de 18 (dezoito) anos ou que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, facilitá-la, impedir ou dificultar que a abandone: Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos.”.* Os §§ 1º e 2º, I e II descrevem, respectivamente, as formas qualificadas, *com o fim de obter vantagem econômica e conjunção carnal ou outro ato libidinoso com menor em situação de prostituição e ainda responsabilização criminal de favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração de vulnerável a quem é proprietário, gerencia ou é responsável pelo local em que se verifica tais práticas sexuais criminalizadas pelo mencionado art.218-B: “§ 1º Se o crime é praticado com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa” e o “§ 2º, I, quem pratica conjunção carnal ou outro ato libidinoso com alguém menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (catorze) anos ou na situação descrita no caput deste artigo”, e ainda “§ 2º, II, o proprietário, o gerente ou o responsável pelo local em que se verifiquem as práticas referidas no caput deste artigo[art.218-B]”.*

e segundo as normas da organização judiciária local, respeitando-se neste caso os princípios constitucionais do *Juiz Natural* e da *Específica Competência*. Destarte, não se pode jamais abandonar estes princípios, que se transformam em exigências para aqueles encarregados da prestação jurisdicional.

Ademais, a *denegação deste direito* àquelas vítimas de maior vulnerabilidade, de serem protegidas pelo *juiz natural e competente*³⁸, afronta norma constitucional e legal, constituindo-se assim em grave violação das normas aplicáveis às espécies, podendo, salvo melhor juízo, ser considerado *inconstitucional qualquer posicionamento por ato administrativo ou decisão judicial que atente contra tais direitos fundamentais da criança e do adolescente*.

Nesta ordem de idéias, é de considerar-se, de que maneira se encontra regulamentada esta especial competência nas leis estaduais de divisão e organização judiciária, para assim verificar se a mesma se encontra contemplada, na unidade da federação em apreço, com uma unidade jurisdicional própria de proteção à criança e adolescente ou se a distribuição desta especial competência está reservada, de forma destacada a uma das varas criminais existentes nas comarcas. Na primeira hipótese, tal unidade jurisdicional (vara especializada de proteção à criança e adolescente, ainda que não possua esta nomenclatura), *é a única competente para processar e julgar os crimes cometidos contra infantes e adolescentes, sem qualquer distinção de gênero*.

Assim, considerar as unidades jurisdicionais especializadas em combate à violência doméstica e familiar, contra a mulher, que foram criadas sob a égide da Lei 11.340/06, mais conhecida como Lei Maria da Penha (e, portanto, sob o manto de proteção ao gênero feminino), como competente para julgar os crimes cometidos contra meninas é

38 NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Constituição comentada e legislação constitucional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.p. 236. , discorre sobre o princípio do juiz natural e a designação de magistrado: “*A designação de juiz para atuar, de forma genérica, em uma determinada vara, não ofende o princípio do juiz natural. Configura nulidade processual apenas a designação específica, casuística de magistrado para atuar em determinado feito. Diante do pedido de afastamento do juiz titular, por motivo de foro íntimo, o processo deve ser encaminhado para o outro juiz, designado pelo TJ, ante o acúmulo de processos, para ter exercício naquela Vara (STF, 1ª T., RHC 89890-BA, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 5.12.2006, v.u., DJU 2. 3.2007, p. 38; RT 861/515)*”.

*atentar contra o conceito de gênero*³⁹ que foi o critério escolhido pelo legislador nacional ao enfrentar, no plano legislativo, este tipo especialíssimo de violência contra a mulher.

Pode-se reconhecer que a violência de gênero é revestida de atributos assaz específicos, e de um grau de especialidade elevado, em razão da própria dificuldade de compreensão do conceito de gênero por parte daqueles que não lidam com a matéria. Por isso, não é incomum encontrar-se entre os atores do direito (advogados, promotores e juizes), quem não saiba discernir, com rigor e precisão, entre *gênero* e *sexo*.⁴⁰ Logo, se o profissional do direito não lida com a matéria cotidianamente, por causa deste grau de especialidade e daqueles atributos específicos que são próprios do conceito de *gênero*, é compreensível esta confusão conceitual. Tal distinção tem repercussões que escapam, em muito, ao tecnicismo acadêmico, por importar em reflexões de ordem prático-operacional, como o de saber aonde ajuizar as demandas de responsabilização de crimes contra a mulher ou mesmo dos crimes cometidos contra criança e adolescente. *Na hipótese de maus tratos ou de violência sexual ou ainda de outro tipo de violência contra meninas – compreendidas estas aquelas personas que ainda não atingiram o limite de idade de 18 (dezoito) anos – indagar-se-ia, de quem é a competência para processar e julgar tais crimes? Da vara especializada em repressão aos crimes contra criança e adolescente? Ou da vara especializada em combater os crimes contra a mulher, criadas sob a égide da Lei Maria da Penha? Bem, a resposta, segundo as considerações retro expostas, somente pode ser atribuída à vara de proteção à criança e adolescente, por causa da maior vulnerabilidade de quem ainda não conta com o pleno desenvolvimento pessoal; que não se confunde da vulne-*

39 Cf. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher*. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais São Paulo*, n. 48, p.260-290 maio/jun. 2004. , notadamente à p.263, donde se percebe esta conceituação de gênero: “*para além do dado biológico que define o sexo (cada nascimento requer um registro sexual, homem/mulher), o “gênero” será concebido como o sexo socialmente construído (a dicotomia feminino/masculino)*. E SAFFIOTI, Heleieth, *O Poder do Macho*. São Paulo: Moderna, 1987, p.11., a autora explicita que a difusão de que o sexo feminino é inferior ao masculino, é um fenômeno construído socialmente, sendo esta a teoria que demonstra, de forma mais lógica e coerente, a questão da desigualdade entre os gêneros.

40 A propósito do conceito de gênero, vide RÊGO, Nelson Moraes *et al.* *Lei Maria da Penha: o conceito de gênero como núcleo interpretativo*. São Luís, 2012.

rabilidade em razão do gênero ou mesmo de idosos ou de portadores de necessidades especiais.

Considere-se ademais que *o conceito de gênero, para tal situação, somente se verifica quando o ser do sexo feminino atingir a maioridade, aos 18 (dezoito) anos de idade*. Antes disso não se pode falar em gênero, mas sim em especial proteção de criança e adolescente. Uma menina é menina, é criança ou adolescente, pois enquanto não se desenvolver completamente em seus aspectos biológico, psicológico, moral e social, ainda não é mulher e nem detém a plena capacidade de querer e de determinar-se por si só, necessitando do auxílio dos pais ou responsáveis para os atos da vida civil⁴¹ e também não responde pelos crimes eventualmente cometidos, por não serem imputáveis.⁴²

*A vulnerabilidade das crianças e adolescentes é maior do que a de gênero.*⁴³ Assim quis o legislador constituinte, quando estabeleceu no *caput* do art.227 que “*é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, 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*”. (sem negrito no original).

É de se notar ainda, que toda violência de gênero é uma violência contra a mulher, mas nem toda violência contra a mulher é violência de gênero. *Verbi gratia*, se uma mulher é agredida fisicamente no meio da rua por um transeunte (que ela sequer conhecia) ou se é assaltada ou ainda estuprada⁴⁴, trata-se esta hipótese de violência contra a mulher e

41 Art. 5º da Lei 10.406/2002 (Código Civil): “*A menoridade cessa aos dezoito anos completo, quando a pessoa fica habilitada a todos os atos da vida civil*”.

42 Art. 27 do CPB: “*Os menores de 18 (dezoito) anos são plenamente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial*”.

43 Conquanto não se possa atribuir qualquer grau diferenciador no aspecto axiológico. A maior vulnerabilidade é unicamente normativa, isto é, o legislador constituinte optou por priorizar maximamente, *com absoluta prioridade*, a vulnerabilidade da criança e do adolescente, creio que pelo incompleto desenvolvimento pessoal. Apenas para argumentar, em caráter meramente reflexivo explicativo: o constituinte poderia até ter feito outras opções, como por exemplo, pela mulher, historicamente desprestigiada e desrespeitada em seus direitos humanos.

44 GRECO, *op. cit.*, p.644, discorre sobre a situação que se encontra envolta a mulher vítima de um estupro: “*A conduta de violentar uma mulher, forçando-a ao coito con-*

nunca de violência de gênero. E assim a competência para tais crimes é de uma das varas criminais comuns, segundo a Lei de Divisão e Organização Judiciária.⁴⁵

Vale a colação do art. 5º da Lei 11.340/06, que configura a opção legislativa pelo *gênero*, ao definir o entendimento de violência doméstica e familiar contra a mulher, como sendo: “*qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial*” (negritos nossos), **nos âmbitos da unidade doméstica** (espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas) e da *família* (a comunidade formada por indivíduos que são ou se considerem aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa) e em *qualquer relação íntima de afeto* (extraído dos incisos I a III do mencionado art.5º, LMP).

À guisa de conclusão, é de se convocar novamente *John Rawls*, em sua maravilhosa afirmação⁴⁶: “*a Justiça só será efetiva se os homens tiverem um sentido de justiça e se respeitarem uns aos outros*”.

É no respeito ao outro, independente de ser criança, adolescente ou ser integrante do sexo feminino (ou qualquer outra condição), e no reconhecimento de que somos todos iguais, sem qualquer distinção, e ainda, valorizando a dignidade destes nossos semelhantes de forma fraternal, que construiremos uma sociedade melhor, mais justa e solidária.

tra a sua vontade, não somente a inferioriza, como também a afeta psicologicamente, levando-a, muitas vezes ao suicídio. A sociedade, a seu turno, tomando conhecimento do estupro, passa a estigmatizar a vítima, tratando-a diferentemente, como se estivesse suja, contaminada com o sêmem do estuprador. A conjugação de todos estes fatores faz com que a vítima, mesmo depois de violentada, não comunique o fato à autoridade policial, fazendo parte, assim, daquilo que se denomina cifra negra. Hoje, com a criação das delegacias especializadas, pelo menos nas cidades de grande porte, as mulheres são ouvidas por outras mulheres sem o constrangimento que lhes era comum quando se dirigia aos homens, narrando o ocorrido. Era, na verdade, a narração de um filme pornográfico, no qual o ouvinte, embora fazendo o papel de austero, muitas vezes praticava atos de verdadeiro voyeurismo, estendendo, demasiadamente, os depoimentos das vítimas tão somente com a finalidade de satisfazer sua imaginação doentia”. (grifo nosso).

45 No Estado do Maranhão, vide a Lei Complementar nº 14/91 e suas emendas subsequentes.

46 Que aqui se traduz, de forma simplificada, *Teoria de la Justicia*, op. cit., p.529

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. Tradução da 5.ed. alemã de *Theorie der Grundrechte*.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher. *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 48, S. Paulo, maio/jun. 2004.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: 2011.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. O Círculo e a Linha, da Liberdade dos antigos à liberdade dos modernos, na teoria republicana dos direitos fundamentais. *In: Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.
- DWORKIN, Ronald. *Los derechos en Serio*. 5. reimpr. Barcelona, 2002.
- FOUCAULT, Michel. *História da Sexualidade, a vontade de saber*. Lisboa: Relógio D'Água Editores, 1994.
- GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*, 6. ed. rev. ampl. e atual. Niterói: Impetus, 2012.
- MIRANDA, Jorge. *A Constituição de 1976, formação, estruturação, princípios fundamentais*. Lisboa, 1978.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 2003.
- _____. *A dignidade da pessoa humana e a unidade valorativa do sistema de direitos fundamentais*. *In: Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*, 2. ed atual. e Ampl. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2009.

MOTA, Silvio; DOUGLAS, William. *Direito constitucional, teoria, jurisprudência e 1000 Questões*. 14. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Constituição comentada e legislação constitucional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PAULA, Paulo Afonso Garrido de. Criança e dignidade da pessoa humana. In: *Tratado Luso-Brasileiro da Pessoa Humana*. 2.ed. atual. e ampl. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

PECES - BARBA, G. *Curso de derechos fundamentales I: teoria general*. Madrid, 1991.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, estado de derecho y Constitución*. 9.ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2005.

_____. *Los derechos fundamentales*. 8. ed. Madrid: Ed. Tecnos, 2004.

RAWLS, John. *Teoria de la Justicia*. 2. ed. 2. reimpr. Madrid: 2002. Tradução espanhola de A theory of justice.

RÊGO, Nelson Moraes et al. *Lei Maria da Penha: o conceito de gênero como núcleo interpretativo*. S.Luis, MA: 2012

ROBERT Alexy. *Derechos sociales y ponderacion*. 2. ed. Madrid: Fundação Colóquio Jurídico Europeo , 2009.

RODRIGUES, L. Barbosa; CARNEIRO, Alberto Soares. *Direitos humanos, textos fundamentais*. Lisboa: Quid Júris Editora, 2011.

ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE O DIREITO AMBIENTAL E O IMPACTO DAS EXPLORAÇÕES DE PETRÓLEO

*José Fernando Cedeño de Barros**

*Lidiani Machado Soares dos Santos***

SUMÁRIO: 1. Introdução 2. Impacto ambiental das Explorações Petrolíferas. 3. Os Princípios da Tutela Ambiental. 4. Distribuição de hidrocarbonetos e controle de sua produção. 5. Um panorama da poluição decorrente do petróleo. 6. Conclusão. Referências.

RESUMO: Convenções Internacionais; impactos ao meio ambiente decorrentes da ação humana; direito e tutelas preventivas à consecução da prevenção do mar e das zonas costeiras; substâncias poluidoras; contribuição do petróleo para o desenvolvimento e sua parcela como agente poluidor.

PALAVRAS-CHAVE: Petróleo. Exploração. Impacto ambiental

1 INTRODUÇÃO

A sociedade moderna está inteiramente vinculada aos elementos fornecedores de energia, com destaque para o petróleo, consumido em larga escala mundialmente, não somente para fornecer combustíveis, mas para prover as matérias-primas necessárias a uma crescente demanda de produtos plásticos e sintéticos, de todos os tipos.

A larga utilização do petróleo tem um preço: a produção global tem um efeito poluente significativo, principalmente nos oceanos e litorais.

A exploração do petróleo implica no estudo da proteção das zonas costeiras e marinhas.

* MBA em Gestão de Petróleo & Gás pela Fundação Escola de Comércio Álvares Penteado (FECAP), Mestre em Direito Processual Tributário pela Faculdade de Direito da USP, Ex-bolsista da CAPES-DF junto a Faculte de droit et des sciences économiques de l'Université Montpellier I (França), Advogado de empresas pela Universidade Mackenzie.

** Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie.

Segundo o *World Resources Institute*, as zonas costeiras são consideradas como áreas onde a influência da terra e do mar se encontram e interagem.

A maioria dos ecossistemas costeiros do mundo estão potencialmente ameaçados pelo desenvolvimento não sustentável, máxime porque, embora as zonas costeiras ocupem apenas 15% da superfície da terra, mais de 60% da população mundial se encontra nessas regiões (cf. UNCED, 1992).

A dicotomia entre a proteção do meio ambiente e o desenvolvimento econômico pode atingir limites extremos, conforme bem assinala Di Plínio.¹

O governo canadense tem se mostrado muito preocupado com o problema ambiental ligado à exploração de petróleo. Nesse sentido publicou o *Information Bulletin – Offshore Oil Spill Cleanup – A discussion of the methods by which oil can be cleaned up at sea* (Boletim Informativo – Limpeza dos Derramamentos de Óleo ao largo - Análise dos métodos através dos quais pode ser feita a limpeza do óleo do mar), assinalando:

O óleo chega ao ambiente marinho a partir de diversas rotas e por uma grande variedade de motivos. As maiores fontes de óleo derramado ao largo são os acidentes envolvendo petroleiros e os escapes repentinos de óleo e gás devido à exploração destes, e das instalações de produção. Vale ressaltar, entretanto, que o óleo destas duas fontes constituem apenas aproximadamente 15 por cento da quantidade total de óleo que é despejado no oceano.

Diversas teorias foram desenvolvidas no sentido da proteção do meio ambiente, parecendo-nos a mais correta a que preconiza a construção doutrinária e legislativa de um direito do ambiente à proteção jurídica, que foi, curiosamente, edificada pela atuação jurisprudencial, a partir de elementos de direito civil e da práxis, do estudo de caso com a adoção da *equity*, como elemento determinador da atuação positiva do direito, resultando em um trabalho judicial original de junção do direito de cunho romanístico e da *common Law*, a revelar a globalização crescente das esferas de atuação da humanidade.

1 DI PLINIO, Giampiero; PASQUALE, Fimiani. *Principi di diritto ambientale*. Milão: Giuffrè Editore, 2002. p.1-seguintes.

Parece-nos que a melhor solução reside na expressão tão bem construída por Brundtland:² *Desenvolvimento sustentável é a satisfação das necessidades do presente sem comprometer a capacidade das gerações futuras para satisfazerem as suas próprias necessidades.* Com efeito.

Delimitamos nosso estudo, no presente artigo, a um perfunctório exame da questão técnica da exploração petrolífera, desenvolvendo, mais profundamente, uma análise a respeito dos problemas locais atinentes ao meio ambiente.

As indústrias do petróleo e do gás estão fundamentalmente ligadas ao meio ambiente, em virtude dos acidentes, muito comuns infelizmente, que ocorrem nesse campo.

Gomes e Alves³ agrupam os acidentes com petróleo em três categorias principais:

- Os derrames de petróleo, tanto em terra como no mar;
- As emissões gasosas para a atmosfera;
- As alterações na superfície terrestre, desde as florestas tropicais até aos desertos, passando pelas zonas habitadas.

Di Plinio e Firmiani destacam as pressões que o capitalismo exerce sobre a legislação ambiental no âmbito internacional, no sentido de proteger o sistema comercial multilateral, avocando uma hipotética possibilidade de observância do princípio do desenvolvimento sustentável mercê de uma legislação ambiental estandardizada e uniforme que sobrepujaria uma legislação nacional mais racional, que poderia impedir o caráter aberto, equitativo e não discriminatório das trocas comerciais, notadamente do petróleo e de seus derivados.⁴

Cabe frisar que é do interesse das próprias companhias petrolíferas contribuir para o desenvolvimento sustentável, permitindo a interação entre um projeto de exploração de petróleo e a proteção do ambiente que o rodeia, tanto assim que as explorações petrolíferas devem estar submetidas previamente aos estudos de impacto ambiental (*environmental impact assessment – EIA*). Tais estudos não ficam vinculados

2 Brundtland, in *Our Common Future*.

3 ALVES, Fernando Barata; GOMES, Jorge Salgado. *O universo da indústria petrolífera: da pesquisa à refinação*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007, p. 483.

4 Op. cit., p. 26.

apenas às empresas interessadas, mas são submetidos aos governos e ao público em geral (direito de informação).

2 IMPACTO AMBIENTAL DAS EXPLORAÇÕES PETROLÍFERAS

A exploração do petróleo depende previamente de estudos ambientais a níveis globais.

Critérios muito específicos são abordados, como, por exemplo, a recuperação do CO₂, as condições geográficas (topografia, mares abertos ou fechados, proximidades de cidades etc), impactos decorrentes das atividades que envolvem refinarias, terminais, pipelines e outros, que podem por em risco a segurança das populações e do próprio meio ambiente.

O estudo deverá identificar ao menos oito itens:⁵

- 1 – Identificar os impactos e riscos no ser humano, no ambiente, nas propriedades, na reputação e nos aspectos econômicos;
- 2 – Reduzir os impactos a níveis mínimos de aceitação ou eliminar os mesmos se possível;
- 3 – Dar cumprimento aos regulamentos das agências governamentais de cada país;
- 4 – Obedecer aos sistemas de gestão de HSE (*HSE management system*);
- 5 – Melhorar as práticas operacionais;
- 6 – Comunicar e estabelecer metas indicadoras de *performance* (*KPI – key performance indicators*);
- 7 – Ajustar o orçamento operacional;
- 8 – Divulgar a importância das questões ambientais.

O estudo do ciclo econômico torna-se fundamental, na medida em que o seu nascimento, desenvolvimento e exploração abarcam dois elementos principais de interesse para o nosso estudo: a análise das riquezas naturais e o estudo do homem. As primeiras, porque delas é que decorre em essência a existência da terra, e o segundo, porque, principalmente na época contemporânea, é ele o grande responsável por alterações inesperadas de um grande alcance. Em seguida, apresentam-se o capital, ou seja, o meio prático de criar o fator de produção e do

5 ALVES, op.cit., p.484.

progresso, e a função da empresa, que coordena a ação de outros fatores, assegurando o máximo de eficácia.

Uma visão individualista tornaria impossível o desenvolvimento sustentável. Bem por isso, os fundamentos legislativos da proteção ambiental nasceram essencialmente da atuação comunitária, nomeadamente da Comunidade Européia, mais afetada mundialmente pelos fenômenos de poluição, dada a intensa concentração de pessoas, de capitais e dos resultados por vezes catastróficos da exploração das riquezas da terra, com destaque para o petróleo e mais especificamente no que se refere aos danos causados aos mares, oceanos e litorais.

3 OS PRINCÍPIOS DA TUTELA AMBIENTAL

Podemos situar como marco da política legislativa ambiental internacional o ano de 1973, quando a Comunidade Européia firmou o seu primeiro Programa de Ação Ambiental, estabelecendo o princípio da prevenção ou da ação preventiva, hoje ratificados no artigo 74 do Tratado da Comunidade Européia, daí derivando a imprescindibilidade dos estudos prévios de impacto ambiental de qualquer atividade econômica de certa importância.

Verificou-se a necessidade de um contraponto ao desenvolvimento, consistente nas políticas de ingerência, extremamente criticadas na década de setenta da centúria passada, quando o mundo ocidental se encontrava no auge do capitalismo.

A Conferência de 1972, sediada em Estocolmo, já havia preconizado a necessidade de a humanidade frear o seu afã desenvolvimentista, uma vez que se evidenciava o desgaste do planeta Terra em virtude da exploração maciça, sobretudo, de hidrocarbonetos.

A primeira conclusão foi a de que vivemos todos em um mesmo planeta, somos interdependentes e a concepção do homem como centro do universo deve ceder lugar a um conceito mais global de que a natureza tem suas próprias e inexoráveis leis, desconhecendo fronteiras e respondendo com violência às agressões humanas.

Verificou-se de imediato uma dicotomia entre os chamados países do Sul e os países do Norte, os primeiros ainda em estágios mais atrasados de desenvolvimento e os últimos bastante avançados no que tange a área econômica, cultural, política e intelectual. Os primeiros,

embora “inferiores” de um ponto de vista financeiro e econômico, se mostravam muito mais realistas com as condições da natureza, enquanto os países ricos, indiferentes aos problemas trazidos pela poluição, buscavam explorar as sociedades ricas em recursos naturais e pobres do ponto de vista econômico-cultural e político.

As emissões tóxicas se revelaram mais destrutivas no que se refere à exploração de petróleo nas extensões marítimas.

A Conferência do Rio de 1992 consagrou o papel de protagonista aos povos denominados autóctones, ou seja, aqueles povos cuja relação com as terras se distinguiu das demais civilizações, sendo considerados “em harmonia com a natureza”.⁶

Os documentos legislativos internacionais, cabe repisar, têm tido um papel muito importante no domínio da proteção do meio ambiente.

Vamos destacar algumas das principais convenções sobre o meio ambiente, que desvendaram novos rumos para a proteção da natureza:

a) Convenção de Basiléia

Como é sabido, os dejetos não têm fronteiras. Na medida em que a deterioração do ecossistema mundial se agrava, o meio ambiente vem se tornando um elemento prioritário na política internacional.

Os movimentos transfronteiriços de dejetos perigosos e de sua eliminação foram devidamente enfrentados pela legislação internacional, culminando com a Convenção de Basiléia que, em 1994, proibiu totalmente a exportação de dejetos perigosos para os países da Organização de Cooperação e de Desenvolvimento Econômico (OCDE).

O papel da OCDE foi decisivo para firmar o controle dos movimentos transfonteiriços de dejetos perigosos e de sua eliminação, constituindo a prova mais convincente da eficácia de um “bloco planetário” e de sua capacidade potencial de fazer sair da inércia o direito internacional do meio ambiente.⁷

b) A Convenção de Helsinki

A “Convenção Sobre a Proteção do Ambiente Marinho na Região do Mar Báltico”, mais conhecida como a Convenção de Helsinki e pelo

6 VAN DE FLIERT, Lydia (org.). *Indigeneous Peoples and International Organisations*. Nottingham: Spokesman, 1994. p. 182-183.

7 PUCKETT, Jim *Déchets sans frontières: les enjeux de la Convention de Bâle In: Ecologie contre nature: développement e politiques d'ingérence*. PUF: Paris, 1995. p. 77-78.

trabalho da Comissão de Helsinki (HELCOM), foi planejada para proteger a região do Mar Báltico da poluição.

Este documento foi assinado em 1974 por todos os países do mar Báltico: Dinamarca, Finlândia, a Alemanha Oriental, Polônia, Suécia e a URSS (União das Repúblicas Socialistas Soviéticas), entrando em vigor em 1980.

O Tratado incluiu todo e qualquer tipo de poluição que adentre o Mar Báltico, não obstante a origem, dando-se maior enfoque à poluição de fontes com base terrestre, descarga de detritos, poluição dos navios, e o combate conjunto de derramamentos.

A Convenção de Helsinki preocupou-se em garantir uma administração integrada tendente à proteção do Báltico, reconhecendo que os esforços administrativos para controle da poluição não precisam passar necessariamente pela gestão integrada dos recursos marinhos e costeiros, bem como procurou discutir as descargas de poluição em níveis inaceitáveis, provenientes de diversas fontes de base terrestre, tais como: (a) metais pesados, (b) materiais consumidores de oxigênio, (c) DDT, PCB, PCT⁸ e (d) derramamento de óleo. A pesca em excesso foi um problema enfrentado em separado por uma outra Convenção, a Convenção de Gdansk.

O Mar Báltico merece especial atenção, em razão das peculiaridades e entraves naturais inerentes a esta região que dificultam ainda mais medidas que visem corrigir os efeitos de poluentes diversos. Tais peculiaridades são: 1) Índices salobres e estratificação quase permanente: troca de águas muita lenta entre o Mar Báltico e o Mar do Norte, levando ao acúmulo de sedimentos e a alteração da biota⁹ em razão dos poluentes descarregados; 2) Bacias frias, estagnadas do Báltico: atuam

8 DDT: diclorodifenilcloroetano; PCB: bifenilas policloradas; PCT: policlorotrifênios.

9 Biota é o conjunto de seres vivos, flora e fauna, que habitam ou habitavam um determinado ambiente geológico, como, por exemplo, biota marinha e biota terrestre, ou, mais especificamente, biota lagunar, biota estuarina, biota bentônica. As variações climatológicas e ambientais em geral, como salinização de uma laguna, quantidade de sedimentos em suspensão, alteram a biota pela adaptação, mutação e extinção de espécies, entrada de novas espécies e gêneros. Assim, os estudos paleontológicos na sucessão de camadas (bioestratigrafia) ajudam a desvendar não só os ambientes, mas também as variações ambientais do passado (paleoambiente) registrados nessas rochas, principalmente por comparação com estudos atuais das biotas características de cada ambiente.

como armadilhas às matérias orgânicas. Nas camadas aquáticas mais profundas, que não recebem água da superfície devido à estratificação, a decomposição do material orgânico pode levar a condições anoxemas¹⁰, tornando essas camadas praticamente sem vida; 3) Ecossistema marinho do Báltico é pobre em razão das condições de temperatura e salinidade da região.

Em 1992, uma nova Convenção de Helsinki e um Programa de Ação Ambiental Conjunta e Inclusa do Mar Báltico foram adotados, aumentando o foco quanto à cobertura das águas internas das bacias hidráulicas do Mar Báltico e que incorpora novas considerações relacionada à conservação da natureza, da biodiversidade, e aos assuntos relativos ao impacto ambiental, bem como a preconização da edição de novos princípios do país poluidor, da melhor tecnologia disponível, das melhores práticas ambientais e do princípio da prevenção.

A Convenção de Barcelona

A Convenção de Barcelona para a Proteção contra a Poluição no Mar Mediterrâneo foi firmada em 1976 entre os países¹¹ que circundam esta região, sendo modificada em junho de 1995, para ampliar o seu conteúdo, incluindo a planificação e a gestão integrada da zona costeira.

O objetivo principal da referida Convenção pode se traduzir na intenção de “reduzir a poluição no mar mediterrâneo e proteger e melhorar o ambiente marinho da região, contribuindo assim para o seu desenvolvimento sustentável”.

Demais disso, a mencionada convenção pretende: a) avaliar e controlar a contaminação; b) garantir a gestão e a sustentabilidade dos recursos naturais marinhos e costeiros; c) integrar o meio ambiente no desenvolvimento social e econômico; d) proteger o meio marinho e as zonas costeiras mediante ações que pretendam prevenir e reduzir a contaminação; e) proteger o patrimônio natural e cultural; f) reforçar a solidariedade entre os países ribeirinhos do Mar Mediterrâneo; g) contribuir para a melhora da qualidade de vida.

10 Anoxemas: sem oxigênio, sem vida.

11 Países banhados pelo Mar Mediterrâneo: Europa (de oeste para leste): Espanha , Gibraltar (do Reino Unido), França , Mônaco, Itália , Malta, Eslovênia, Croácia, Bósnia e Herzegovina, Montenegro, Albânia, Grécia , Chipre e Turquia ; Ásia (de norte para sul): Turquia, Síria, Líbano, Israel e Palestina; África (de leste para oeste): Egito, Líbia, Tunísia , Argélia e Marrocos.

A Convenção incentiva os países signatários à ação de medidas de cooperação nos campos científico e tecnológico, para impedirem que novas contaminações ocorram, bem como, pretende estabelecer medidas integradas de redução dos impactos corretamente identificados.

Na esteira da Convenção, foram ratificados diversos protocolos:

a) *Protocolo para a Prevenção da Poluição do Mar Mediterrâneo decorrente de resíduos de navios e aeronaves* – este protocolo visa proibir a circulação de navios e aeronaves que despejam determinadas substâncias no Mar Mediterrâneo como: mercúrio, cádmio, petróleo bruto, compostos organo-tóxicos e orgânicos halogenados, etc. Prevêem, ainda, a autorização concedida por autoridades governamentais para a circulação com restrição de determinadas substâncias, desde que cumpridas as exigências. Exemplificando: o zinco, cromo, níquel, alguns pesticidas, etc. Algumas exceções são admitidas em se tratando da circulação de determinadas substâncias proibidas pelo Protocolo, sujeitas a análise do caso concreto.

b) *Protocolo de cooperação para combater situações de emergência frente à contaminação do Mar Mediterrâneo causada por hidrocarbonetos e outras substâncias prejudiciais*: este Protocolo obriga a cada parte confrontada com uma situação crítica a efetuar as avaliações necessárias e oportunas sobre a natureza e a extensão do sinistro, a tomar todas as medidas que permitam reduzir ou eliminar os efeitos derivados da contaminação e a informar os demais países signatários sobre a evolução e as medidas tomadas.

c) *Protocolo sobre a gestão integrada das zonas costeiras do Mar Mediterrâneo*: a intenção dos signatários foi estabelecer um marco inicial para a gestão integrada das zonas costeiras do Mediterrâneo, delimitando a primeira ferramenta de Direito Internacional criada para tratar deste tema de forma exclusiva, com o objetivo de promover o desenvolvimento sustentável mediante um planejamento racional das atividades, promover a preservação das zonas costeiras, explorar de forma sustentável os recursos naturais inerentes às zonas costeiras, preservar os ecossistemas e as paisagens litorâneas e propor medidas que tendam a reduzir as catástrofes ambientais e as mudanças climáticas, estabelecendo com os seus Protocolos marco essencial para a complementação dos Tratados e Convenções que os antecederam. Demais

disso, ampliou a área de estudo e o enfoque de proteção, oferecendo aspecto globalizado aos problemas ambientais.

d) A Convenção RAMOGE

A Convenção Ramoge, primando por ser de iniciativa de S.A.S. o Príncipe Rainier III de Mônaco, responsável, em 1976, por conclamar os países mediterrânicos a se reunirem para estudar os problemas decorrentes da poluição e de suas causas, consiste no único acordo de índole internacional a tratar das águas interiores (territoriais e portos), harmonizando as legislações ambientais da França, da Itália e de Mônaco com o objetivo de preservar o mar e a regiões costeiras das ações humanas poluidoras.

O documento elaborado para a consecução do acordo RAMOGE contempla quatro temas específicos: a) planificação e a gestão dos espaços; b) a proteção do meio ambiente; c) as atividades econômicas e o seu uso; d) a poluição.

A Convenção RAMOGE é original não só porque cuida de um acordo internacional que contempla as águas internas, mas porque agrega às normas de Direito Internacional, regras de urbanismo, que obedecem a uma vontade comum dos três Estados de organizar a ocupação do território nacional respectivo por diferentes atores econômicos, públicos e privados, no respeito do interesse geral.¹²

Os três Estados adotaram medidas jurídicas específicas adaptadas à proteção dos espaços marítimos que atingem essas três nações, cumprindo citar a lei “litoral” da França, o Código do Mar do Principado de Mônaco, e o Decreto Legislativo nº 169, de 19 de maio de 2000, da Itália.

As áreas protegidas na zona RAMOGE são as seguintes:

a) Na França:

- Um parque nacional: a Ilha de Port Cros, incluindo a Ilha de Porquerolles;
- Florestas dominiais: na Ilha Sainte Marquerithe e na Ilha Saint-Honorat, nas florestas de l'Estérel, de la Gardiole e des Calanques;
- Propriedades do Conservatoire du Littoral: a Costa Azul, le Corbusier, l'Estérel, o Cap Lardier, a Colle Noire, la Fontasse;

12 BARROS, José Fernando Cedeño de. *Direito do mar e do meio ambiente*. São Paulo: Lex Editora 2007. p. 306

- Numerosos sítios inscritos: a banda costeira entre Théolules – sur-mer, Nice e Cap d'Antibes, entre outros, ou classificados (Porquerolles, Ilhas de Lérins, Eze sur Mer, Cap Martin, l'Estérel, les calanques de Marseille e le Cap Canaille).

b) Na Itália:

- Três parques naturais regionais: Ilha de Gallinara, Cinque Terre, e Porto Fino;
- Uma reserva natural, a Ilha de Bergeggi.

c) No Principado de Mônaco:

- Duas reservas marinhas: a reserva do Larvatto e a reserva dos corais vermelhos.

O Principado de Mônaco tomou a iniciativa para a criação, na zona denominada RAMOGE, de um santuário de mamíferos marinhos. Originariamente previsto para a proteção das baleias e golfinhos, o Santuário terminou por fornecer proteção a uma diversidade de outras espécies que estão associadas às baleias e golfinhos, compartilhando o mesmo ecossistema como, por exemplo, o tubarão frade (*Cetorhinus maximus*) e muitas espécies de grandes peixes pelágicos.

O santuário marinho foi criado por três razões principais: a) a descoberta de populações significativas de baleias e inúmeras outras espécies de cetáceos no Mar da Ligúria; b) o aumento do número de encalhes de mamíferos marinhos acidentalmente presos por redes de pesca que se encontravam a deriva; c) o quadro jurídico não fornecia subsídios adequados para a proteção da fauna marinha nos mares do Mediterrâneo.

Visando uma proteção eficaz dos mamíferos marinhos foi, destarte, criada a área de proteção marinha no Mar Mediterrâneo, tendo sido ratificado o acordo pelo Principado de Mônaco (2000), França (2001) e Itália (2002).¹³

d) Os princípios do poluidor-pagador, da prevenção na fonte e da precaução.

O direito do meio ambiente ainda não encontrou uma sistematização definitiva em nosso sistema jurídico, dependente ainda de uma sedimentação mais profunda.

13 DI SCIARA, Giuseppe Notarbartolo ; HYRENBACH, David. *The Pelagos Sanctuary Mammals*.

Os estudos ambientais tiveram início, sobretudo na Europa, mercê dos desastres ecológicos que atingiram de uma forma mais evidente o Mar Mediterrâneo e em razão da atenção que a mídia tem tido para com aquela região, pois se trata de uma das regiões de maior concentração turística e de riquezas históricas e arqueológicas do planeta, merecendo destaque os seguintes documentos internacionais:

A Declaração de Estocolmo sobre o meio ambiente humano, de 16 de junho de 1982; a Carta mundial da natureza, adotada em 28 de outubro de 1982 pela Assembléia Geral da ONU, bem como a declaração do Rio de Janeiro de junho de 1992 sobre o meio ambiente e o desenvolvimento do programa denominado Agenda 21. Quanto à assembléia Rio+ 20, parece-nos, sob a nossa ótica, que as matérias tratadas não tinham um vínculo estreito com a proteção ambiental. Como exemplo, podemos mencionar que foi objeto de deliberação temas sobre questão do controle de natalidade, direito ao aborto e reuniões de multidões de jovens com cunho religioso.

Mesmo um exame perfunctório dos temas, permite auferir facilmente, que em nada esses temas se relacionam com a questão ambiental. No mais das vezes, mostraram-se anódinas as colocações dos países emergentes, bem como suas últimas conclusões pouco repercutiram junto aos meios jurídicos. É cedo ainda para uma manifestação sobre um evento tão recente.

Por outro lado, é importante frisar que os princípios tendentes à proteção do meio ambiente tiveram uma vertente econômica, uma vez que a poluição se dá primordialmente pelos hidrocarbonetos justificado pelo chamado desenvolvimento e progresso das Nações.

Com base nos desastres ecológicos, cientistas especializados nas áreas da biologia, da oceanografia, e juristas, concluíram que o melhor meio de se proteger dos desastres ecológicos é a sua prevenção.

Daí a consagração do princípio da PREVENÇÃO, tendo como corolário o financiamento pelo Estado para evitar-se danos ecológicos na fonte.

O denominado princípio da PRECAUÇÃO foi elaborado no âmbito do direito alemão e recepcionado, em termos gerais, pela Declaração do Rio, conclamando os Estados a aplicarem amplamente o princípio de se precaver dos incidentes nocivos à natureza a fim de proteger o ambiente, conforme a sua capacidade.

O princípio da precaução não se compagina com os estreitos limites das legislações internas, tendo como exemplo a questão das bandeiras de conveniência, consistentes em concessões de autorização de utilização de bandeiras de países soberanos para que navios mercantis singrem as águas internacionais. Nem sempre os navios se encontram em condições para o transporte seguro de substâncias perigosas e nem sempre os países que concedem as autorizações se preocupam em tornar efetiva uma fiscalização adequada *prévia* dos navios e outros meios de transporte náuticos, gerando desastres por vezes irremediáveis, podendo ser citado o caso recente do ÉRICA (dezembro de 1999) que se partiu em dois, no norte da França, com derramamento de hidrocarboneto por uma grande extensão do Oceano Atlântico, atingindo as costas da Inglaterra e causando a morte de inúmeras espécies de animais que ali viviam.

O princípio da precaução, por vezes, pode ser adotado da forma mais radical, consistente na PROIBIÇÃO pura e simples de determinadas atividades em determinados locais.

O alcance jurídico do princípio em exame apresenta controvérsias: alguns doutrinadores entendem que o preceito está cabalmente presente no direito internacional geral e teria aplicação imediata, outros entendem que deveria haver ao menos uma comprovação científica da probabilidade de risco antes de se proibir determinada atividade, sobretudo tendo em vista os danos econômicos que as restrições poderiam causar aos países emergentes.

O Brasil é um exemplo clássico das controvérsias que surgem a respeito do desfrutamento das riquezas petrolíferas encontradas na Zona Econômica Exclusiva (ZEE) e nas águas territoriais, sobretudo depois da descoberta das jazidas de petróleo na chamada camada de pré-sal.¹⁴

14 O Pré-sal é uma camada de rocha formada por sal que delimita um conjunto de reservatórios petrolíferos mais antigos que os depósitos encontrados sobre a camada pós sal neopitíniano e que na costa brasileira se estende desde a Alta Vitória e Santos, nas Bacias de Campos, até o Alto de Florianópolis respectivamente. Este sal foi depositado durante a abertura do Oceano Atlântico, após a quebra do Gondwana (Jurássico Superior-Cretáceo) durante a fase de mar raso e de clima semi-árido/árido do Neopitíniano (1 a 7 Ma). A descoberta de indícios de petróleo no pré-sal foi anunciada pela Petrobras em 2006. Em 2008 a Petrobras extraiu pela primeira vez petróleo do pré-sal.

Os interesses em conflito, no caso acima, são extremamente diversos. As questões ainda estão em vias de exame e certamente os casos concretos levados às Cortes Internacionais e mesmo internas, permitirão um melhor aperfeiçoamento da doutrina do princípio da precaução.

O equilíbrio político se revela indispensável ante a pluralidade de interesses envolvidos, hoje havendo uma diminuição da dicotomia entre os países desenvolvidos, ditos industrializados, e os países em desenvolvimento, que imbrica na questão da submissão dos países mais pobres, que supostamente agrediriam menos o meio ambiente, em relação aos países ricos, também supostamente geradores de danos ambientais de uma forma mais contundente.

A composição das cortes internacionais de Justiça parece ser o caminho mais acertado para o desejado equilíbrio, utilizando o mecanismo de repartir os componentes dos Conselhos de Autoridade dos fundos marinhos internacionais.

Definiu-se também que a melhor maneira de se precaver contra os danos ambientais é a de identificar e responsabilizar até mesmo antes do fato danoso, o potencial causador da poluição, elegendo-se à categoria de princípio a escolha do POLUIDOR-PAGADOR, que redundou no Tratado de KYOTO e de seu desdobramento, o Protocolo de KYOTO, que não deixa de suscitar controvérsias.

Esse movimento internacional com vistas a ratificar o Protocolo de Kyoto surgiu de questões que interessavam tanto as nações desenvolvidas como os países denominados emergentes.

O *plano de fundo* desse acordo se deu em decorrência do chamado “efeito estufa”, isto é, o problema do aquecimento global, que consiste no aumento da temperatura média da superfície terrestre de 1° a 3,5° C e o aumento do nível médio do mar de 15 a 90 centímetros, com projeção até 2100, e da *pressão dos organismos internacionais* para que os países desenvolvidos tomassem a liderança no combate contra o aquecimento global, sendo que os países poluidores deveriam reduzir consideravelmente suas emissões de gases na atmosfera.

O Protocolo de Kyoto considera os gases causadores do efeito estufa o dióxido de carbono, metano, óxido nitroso, hexafluoreto de enxofre e as famílias dos perfluorcarbonos e hidrofluorcarbonos.¹⁵

15 BRASIL. Congresso. Senado Federal. *Protocolo de Quioto e legislação correlata*. Brasília: 2004, p.11. (Coleção ambiental, v.3).

As emissões consideradas pelo documento em questão são apenas aquelas geradas por atividades humanas no setor energético (produção e uso de energia), em processos industriais (gases gerados como co-produtos do processo de fabricação de cimento, indústria química), no uso de solventes, no setor agropecuário (fermentação energética de gado ruminante, produção de arroz irrigado, solos agrícolas, queimadas de cerrados, queima de resíduos agrícolas) e tratamento de resíduos (lixo e esgoto).

Cabe ressaltar que o Protocolo limitou-se a vincular os países considerados até então desenvolvidos, excluindo os países em desenvolvimento da obrigação de diminuir as emissões de gases poluentes, idealizando uma alternativa consistente na utilização do mercado para auxiliar no processo de redução das emissões dos gases do efeito estufa viabilizando a proposta de se criar um valor transacional para essas reduções, visando assim, a redução de poluentes.¹⁶

O objetivo evidente foi o de não comprometer a produtividade econômica dos países desenvolvidos, bem como angariar elogios da comunidade internacional, como “um país que está atento à *saúde* do mundo”.

A aplicação prática do princípio da precaução propiciou o aperfeiçoamento da adoção de medidas de punição dos agentes causadores dos danos efetivamente verificados, permitindo que se efetue a responsabilização penal dos entes coletivos, aí compreendidas as pessoas jurídicas (empresas), que até bem pouco tempo atrás ficavam imunes às conseqüências de atos lesivos praticados contra o meio ambiente, uma vez que alcançavam apenas as pessoas físicas.

As autoridades competentes de forma direta ou indireta devem se esforçar para estabelecer metas e medidas a serem executadas em caráter emergencial, com o objetivo de reduzir e controlar acidentes, na esteira dos esforços realizados pelos países do Mar Mediterrâneo¹⁷.

4 UM PANORAMA DA POLUIÇÃO DECORRENTE DO PETRÓLEO

A segurança e o impacto ambiental constituem dois dos aspectos mais importantes de qualquer operação industrial independentemente do seu ramo de atuação.

16 SISTER, Gabriel. *Mercado de carbono e o protocolo de Quioto* : Aspectos negociais e tributação. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. p. 9.

17 BARROS, op.cit., p. 246-306.

Recentemente, as companhias petrolíferas começaram a avaliar a melhor forma de definir seus procedimentos de segurança, que normalmente são extremamente prescritivos. Aponta-se agora mais para aspectos gerais, deixando aos técnicos a tarefa de definir e implementar as melhores formas de atingir esses objetivos, dentro de certos parâmetros.

Como ensinam Jorge Salgado Gomes e Fernando Barata Alves,¹⁸ as companhias devem possuir “um sistema de gestão de segurança”, concluindo no sentido de que “políticas e procedimentos sem um seguimento permanente da sua aplicação, estão destinados ao fracasso”, sob pena de, ao afastar-se da gestão da companhia, ocasionar resultados gravosos à coletividade.

Os erros de gestão dentro do segmento petrolífero geram impactos sensíveis do ponto de vista ambiental, podendo ser subdivididos em três categorias principais:

- Derrames de petróleo, tanto em terra como no mar;
- Emissões gasosas na atmosfera;
- Alterações na superfície terrestre, desde as florestas tropicais até os desertos, passando pelas zonas habitadas.

O derramamento de petróleo é um tipo de poluição ambiental difícil de ser contido, em razão das especificidades do petróleo, que consiste em um combustível fóssil de origem animal e vegetal formado geologicamente há milhões de anos. É uma substância líquida oleosa de coloração escura encontrada em muitos lugares no mundo, que pode ser extraída no continente, em terra firme ou no assoalho oceânico, com uma natureza peculiar.

A extração do petróleo no oceano é feita através de maquinários estabelecidos em plataformas fixas ou móveis, que bombeiam o petróleo para o navio ou oleodutos, podendo ocorrer o vazamento de petróleo em navios petroleiros, nas plataformas de extração e nos oleodutos de distribuição, causando danos enormes ao meio ambiente, em razão de falhas estruturais dos equipamentos, falhas humanas na execução e também pela pressão exercida no fundo do oceano, que pode causar fissuras ou falhas no assoalho, escapando gás ou óleo, acarretando catástrofes cuja origem pode ser encontrada na má gestão.

18 ALVES, Fernando Barata ; GOMES, Jorge Salgado. O Universo da Indústria de Petróleo: da pesquisa à refinação. Lisboa: Editora Fundação Calouste Gubenkian, 2007, p.481.

Desastres ambientais desse tipo acarretam o lançamento no mar de quantidades enormes de óleo, formando manchas que são espalhadas pelas correntes marítimas e pelas correntes de ar.

A importância crescente da indústria petrolífera no panorama energético mundial e suas influências diretas na economia de qualquer país que possua uma infra-estrutura de captação de petróleo induzem a uma especial atenção a este setor, por parte do Poder Público.

Entre nós, foi instituída a Autarquia Federal denominada Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP, com a função de regulamentar o setor, com vinculação ao Ministério de Minas e Energia (artigo 8º da lei 9478/1997), como uma forma de a Administração Pública poder gerenciar as atividades das companhias petrolíferas.

Do ponto de vista comercial, cabe frisar que, desde 1953, foi sancionado o texto de lei que aprovou a criação da empresa Petróleo Brasileiro S/A - PETROBRAS, sociedade anônima de capital aberto, cujo maior acionista é o Governo Brasileiro, atuando nos setores de exploração e produção, refino, comercialização e transporte de óleo e gás natural, petroquímica, distribuição de derivados, energia elétrica, biocombustíveis e outras fontes renováveis de energia ¹⁹.

A Petrobras é a responsável pela instalação de numerosas plataformas, fixas e flutuantes, além de possuir uma frota de duzentos e quarenta e dois navios e angariar trinta mil e sessenta e sete quilômetros de dutos de petróleo e seus derivados, além de ter o controle de sete usinas de biocombustíveis, dezesseis termelétricas e quatro usinas de energia eólica.²⁰

Com estes expressivos dados, torna-se evidente a importância que os estudos sobre impacto ambiental, decorrentes do risco inerente à atividade petrolífera, podem propiciar em um contexto de política ambiental a nível global.

5 CONCLUSÃO

A alteração significativa do ambiente oceânico poderá agravar a diminuição dos principais estoques pesqueiros, considerados sob risco, uma vez que 70% (setenta por cento) deles são superexplorados ou es-

19 Disponível em: <<http://www.petrobras.com.br/pt/quem-somos/perfil/>>. Acesso em: 20 set.2012.

20 Disponível em: <<http://www.petrobras.com.br/pt/quem-somos/perfil/>>. Acesso em: 20 set.2012.

tão em seu limite biológico de reprodução. Cabe mencionar, mais, que outro sinal visível da degradação dos ambientes oceânicos é a descoloração dos recifes de coral.

Em breve, a atividade petrolífera apresentará muitos riscos e o maior desafio para as empresas ligadas ao setor consiste na possibilidade de se tornar responsável ambientalmente, no sentido de poder colaborar para minimizar os danos da exploração dos hidrocarbonetos.²¹

REFERÊNCIAS

- ALVES, Fernando Barata; GOMES, Jorge Salgado. *O universo da indústria petrolífera: da pesquisa à refinação*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.
- BARROS, José Fernando Cedeño de. *Direito do mar e do meio ambiente*. São Paulo: Lex Editora, 2007.
- BRASIL. Congresso. Senado Federal. *Protocolo de Quioto e legislação correlata* : . Brasília. Senado Federal. 2004. (Coleção ambiental , v.3).
- DI PLINIO, Giampiero ; PASQUALE, Fimiani. *Principi di Diritto Ambientale*. Milão: Giuffrè Editore, 2002.
- DI SCIARA, Giuseppe Notarbartolo ; Hyrenbach , David. The Pelagos Sanctuary Mammals.
- PUCKETT, Jim Déchets. Sans frontières: les enjeux de la Convention de Bâle *In: Ecologie contre nature: développement e politiques d'ingérence*. PUF: Paris, 1995.
- SISTER, Gabriel. *Mercado de carbono e o protocolo de Quioto: aspectos negociais e tributação*. Rio de Janeiro: Elsevier. 2007.
- VAN DE FLIERT, Lydia (Org.). *Indigeneous peoples and International organisations*. Nottingham: Spokesman, 1994.

21 Sobre as responsabilidades para os proprietários das cargas de hidrocarbonetos, dos bancos, do mercado de seguros, do ponto de vista do direito internacional, rejeitando os acordos privados e a lei norte-americana - OPA – Oil Pollution Act, veja o primoroso trabalho de Madame Chao Wu, *La Pollution du Fait du Transfert Maritime des Hydrocarbures – Responsabilité et Indemnisation des Dommages*, INDEMER (Mônaco)-PEDONE (Paris), 1994, *passim*. Ver também os Princípios 15 e 16 da Declaração do Rio sobre o Meio Ambiente e o desenvolvimento.

JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

TRIBUNAL PLENO
SESSÃO DE JULGAMENTO DO DIA 13 DE JUNHO DE 2012
MANDADO DE SEGURANÇA Nº. 024597/2011 - SÃO LUÍS

Impetrante: Anderson Passos e Silva
Advogado: Nilo Raphael Costa dos Santos
Impetrado: Presidente da Comissão Organizadora do Concurso para outorga de Delegação de Serviços de Notas e Registros
Relatora: Desa. Maria dos Remédios Buna Costa Magalhães

ACÓRDÃO Nº. 1167532012

EMENTA

MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. EXCLUSÃO DO CANDIDATO. DOCUMENTAÇÃO INDEFERIDA. AUSÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DA CERTIDÃO DE DISTRIBUIÇÃO CÍVEL E CRIMINAL EMITIDA PELA JUSTIÇA FEDERAL DA LOCALIDADE ONDE O IMPETRANTE RESIDIU NOS ÚLTIMOS DEZ ANOS. APRESENTAÇÃO DA CERTIDÃO DO TRIBUNAL REGIONAL DA 1ª REGIÃO. COMPROVAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE ANTECEDENTES CRIMINAIS. FINALIDADE EDITALÍCIA CUMPRIDA.

1. Resta patenteado que o impetrante em momento algum deixou de cumprir com o exigido pelo edital, pois conforme consta dos documentos em anexo, foi apresentada a certidão do TRF (Tribunal Regional Federal da 1ª região) que, em uma análise mais aprofundada, engloba a Justiça Federal do Estado onde o impetrante residiu nos últimos 10(dez) anos.

2. Tendo sido comprovado pelo candidato a inexistência de antecedentes criminais, finalidade da exigência editalícia, seria de todo desarrazoado excluí-lo do certame simplesmente por ter apresentado a certidão do TRF 1ª região.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Excelentíssimos Senhores Desembargadores em Sessão Plenária do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, o Tribunal Pleno, por maioria e contra o parecer ministerial, em conceder a segurança pleiteada, nos termos do voto da Desembargadora Relatora; contra o voto do senhor Des. Jamil de Miranda Gedeon Neto, que denegou a ordem.

Acompanharam o voto da Desembargadora Relatora, os Senhores Desembargadores Antônio Fernando Bayma Araújo, Jorge Rachid Mubá-rack Maluf, José Stélio Nunes Muniz, Cleonice Silva Freire, Nelma Sarney Costa, Benedito de Jesus Guimarães Belo, José Bernardo Silva Rodrigues, José Luiz Oliveira de Almeida e Vicente de Paula Gomes de Castro.

Acompanharam o voto divergente do Senhor Desembargador Jamil de Miranda Gedeon Neto, os Senhores Desembargadores José Joaquim Figueiredo dos Anjos, Marcelo Carvalho Silva, Maria das Graças de Castro Duarte Mendes, Paulo Sérgio Velten Pereira e Raimundo Nonato de Souza.

Declarou-se suspeito o Senhor Desembargador Kléber Costa Carvalho.

Ausentes, justificadamente, os Senhores Desembargadores Anildes de Jesus Bernardes Chaves Cruz, Raimunda Santos Bezerra, Raimundo Nonato Magalhães Melo e José de Ribamar Fróz Sobrinho. Em gozo de férias os senhores Desembargadores Lourival de Jesus Serejo Sousa e Jaime Ferreira de Araújo.

Presidência do Des. Antônio Guerreiro Júnior.

Funcionou pela Procuradoria Geral de Justiça, o Dr. José Argôlo Ferrão Coelho.

São Luís, 13 de junho de 2012.

Desa. Maria dos Remédios Buna Costa Magalhães
Relatora

RELATÓRIO

Trata-se de **Mandado de Segurança** com pedido de liminar, inicial às fls.03/09, acompanhada dos documentos de fls. 11/75, impetrado pelo Dr. Nilo Rafael Costa dos Santos, em favor de **ANDERSON PASSOS E SILVA**, apontando como autoridade coatora o Presidente da Comissão Organizadora do Concurso para Outorga de delegação de Serviços de Notas e Registros.

Aduz, em síntese, o impetrante que se inscreveu no concurso público para outorga de delegação de serviços de notas e registros do Estado do Maranhão, sendo aprovado nas etapas objetivas e subjetivas do referido certame, sendo, dessa forma, convocado para entrega da documentação conforme previsão do item 9.1, consoante do edital 001/2011 e da portaria 010/2011.

Pontua, ainda, que dentro do prazo previsto, o impetrante providenciou a entrega da referida documentação junto ao Protocolo do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão.

Relata que quando da verificação da Ata de Reunião da Comissão Organizadora do referido certame de avaliação da documentação entregue pelos candidatos, publicada pelo sitio da IESSES, o ora impetrante aparece como desclassificado, considerando a documentação indeferida em razão do mesmo não ter apresentado a certidão de distribuição, cível e criminal, da Justiça Federal das localidades onde residiu nos últimos 10(dez) anos, contando somente a certidão emitida pelo Tribunal Regional da respectiva região.

Ressalta que a argumentação do indeferimento da documentação não merece prosperar considerando que o candidato juntou Certidão do Tribunal Regional Federal da 1ª região, o que, em uma análise mais profunda, engloba a Justiça Federal ao qual o mesmo reside atualmente nos últimos 10(dez) anos, denotando, assim, um critério por demais formal da referida Comissão.

Pontua, ainda, que no edital não existe nenhuma previsão de entrega posterior de documentação pendente, eliminando o candidato de forma peremptória, sem qualquer possibilidade de defesa, em verdadeiro ato unilateral, ferindo assim, o princípio da razoabilidade.

Alega que a própria IESES, organizadora do concurso, convocou candidatos que obtiveram êxito no recurso da prova discursiva para entrega de documentação até o dia 16 de setembro de 2011.

Que a os procedimentos da prova oral já foram definidos e as datas da prova oral já foram marcadas, sendo mais seguro não aguardar a definição do recurso administrativo, não impedindo de qualquer forma a impetração do presente *writ*.

Por fim, requereu a concessão da liminar para o fim específico de determinar à autoridade impetrada que torne sem efeito a ata de reunião de avaliação da documentação para outorga de delegação do concurso público para ingresso e remoção dos serviços notariais e registrais do Maranhão, no que tange a eliminação do impetrante pela documentação indeferida, aceitando, dessa forma, a entrega da certidão emitida pelo TRF 1ª região, ou não sendo o caso, a entrega desta, ou alternativamente, a concessão de prazo razoável para entrega de documento da certidão emitida pela Seção judiciária do Maranhão, em razão de ter sido publicada portaria com prazo até o dia 16 de setembro de 2011 para que outros candidatos pudessem apresentar toda documentação, e determine, por conseguinte a participação do referido candidato na prova oral do certame, já com datas definidas; a intimação da autoridade impetrada, para que, no prazo de 10(dez) dias, preste as informações que julgar pertinentes. Por derradeiro, após a oitiva do Ministério Público e, cumpridas as formalidades legais, seja concedida a segurança, confirmando a liminar deferida.

Documentos juntados acostados às fl. 10/75.

Às fls.82, esta relatoria deferiu a liminar pleiteada.

Informações prestadas às fls. 89/92, onde a autoridade impetrada, consignou, em síntese, que foi exigido aos candidatos que apresentassem a certidão de distribuição cível e criminal da Justiça Federal, das localidades de residência dos últimos 10 (dez) anos, em conformidade com a portaria nº10 do IESES, com o regulamento do concurso (resolução 28/10) bem como no edital 001/2011 e resolução 81 do CNJ; que o impetrante ao invés de apresentar a certidão da seção Judiciária das localidades onde possuía residência, entregou a certidão de distribuição referente ao Tribunal Regional Federal da respectiva região, que não contempla a exigência do item 9.1 do edital 001/2011 e da reso-

lução nº 81 do CNJ, vez que não abrange a distribuição de processos cíveis e criminais das localidades onde reside o candidato; que no rol dos candidatos eliminados por este motivo, nenhum deles possuía foro por prerrogativa de função, cível ou criminal, junto a Tribunal Regional Federal, para que deixassem de apresentar a certidão da seção ou Subseção Judiciária da residência do candidato; que a decisão da comissão do concurso que indeferiu a documentação apresentada, por ausência da certidão mencionada, encontra amparo legas nas normas do certame já referidas.

Instada a se manifestar a Procuradoria Geral de Justiça, às fls. 110/114, a eminente Procuradora Dr^a. Maria de Fátima Rodrigues Travassos Cordeiro emitiu parecer, opinando, em síntese, pela denegação da segurança, mediante a revogação da liminar deferida.

É o relatório.

VOTO

Presentes os pressupostos processuais, conheço da presente ação mandamental.

Busca o impetrante fazer desconstituir ato dito ilegal e abusivo, praticado pelo Presidente da Comissão Organizadora do Concurso para Outorga de Delegação de Serviços de Notas e Registros do Estado do Maranhão, que o considerou eliminado do concurso em razão de não ter apresentado de forma correta a documentação prevista no item 9.1, consoante do Edital 001/2011 e da portaria 010/2011, qual seja, a Certidão de Distribuição Cível e Criminal da Seção Judiciária da Justiça Federal das localidades onde residiu nos últimos 10(dez) anos, tendo apresentado, dentro do prazo previsto, a Certidão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

Conforme se verifica nos autos, o impetrante foi aprovado nas etapas objetivas e subjetivas do referido certame, sendo convocado para apresentar documentação, a fim de que participasse da prova oral, ocasião em que, dentro do prazo previsto no edital, realizou a entrega junto ao protocolo do Tribunal de Justiça do Maranhão. Ao verificar a Ata de Reunião da Comissão Organizadora do referido concurso de avaliação da documentação entregue, publicada no sitio da IESES, o nome do impetrante apareceu como desclassificado considerando indeferida

a sua documentação, ocasião em que impetrou o presente *mandamus* para que pudesse participar da prova oral do certame, sendo deferida, por esta relatoria, a liminar para permanência no concurso. Conforme se verifica do Boletim de Desempenho Individual, o impetrante obteve boas notas em todas as fases do concurso.

A autoridade coatora alega que o impetrante não apresentou a documentação exigida no edital do certame, qual seja a certidão de distribuição cível e criminal, emitida pela Justiça Federal das localidades onde o impetrante residiu nos últimos 10(dez) anos, tendo o impetrante acostado a certidão do TRF 1ª região.

Sendo assim, resta patenteado que o impetrante em momento algum deixou de cumprir com o exigido pelo edital, pois conforme consta dos documentos em anexo, foi apresentada a certidão do TRF (Tribunal Regional Federal da 1ª região) que, em uma análise mais aprofundada, engloba a localidade onde o impetrante residiu nos últimos 10(dez) anos. Tendo sido comprovado pelo candidato a inexistência de antecedentes criminais, finalidade da exigência editalícia, seria de todo desarrazoado excluí-lo do certame simplesmente por ter apresentado a certidão do TRF 1ª região.

Com efeito, a apresentação da certidão de distribuição ações e execuções Cíveis e criminais do Tribunal Regional Federal da 1ª Região satisfaz o requisito editalício acerca da ausência de antecedentes criminais pelo candidato Anderson Passos e Silva, fato este que em momento algum foi refutado. Em sendo assim, deve o candidato permanecer no concurso.

Por outro lado, não há qualquer ilegalidade na manutenção do candidato no concurso para a Delegação dos Serviços de Tabelionato e de Registro de Estado do Maranhão.

Não se desconhece que o edital “é a lei do concurso público”, estando, de fato, a Administração Pública adstrita aos preceitos legais, dos quais não pode se afastar. Ocorre, porém, que a interpretação dos dispositivos do edital, assim como da própria lei, deve também levar em consideração os princípios da boa-fé e da segurança jurídica, bem como o da razoabilidade e da proporcionalidade, principalmente em se tratando de hipóteses excepcionais como a presente.

A doutrina assim se manifesta acerca da possibilidade do controle em sede de concurso público: “Dessa forma, admite-se o controle dos

concursos no que diz respeito as regras e exigências do edital, considerando a aplicação de todos os princípios constitucionais, tais como isonomia, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, impessoalidade e outros, considerando tratar-se de controle de legalidade em sentido amplo, sendo um controle de regras constitucionais.” (Fernanda Marinela e Fabrício Bolzan, in *leituras complementares de direito Administrativo*, Podivm, 2008, p-211).

Além disso, deve-se considerar o fim almejado pelo administrador ao elaborar o edital e o motivo do ato impetrado. Com efeito, “o motivo deve sempre ser ajustado ao resultado do ato, ou seja, aos fins a que se destina. Impõe-se, desse modo, uma relação de congruência entre o motivo, de um lado, e o objeto e a finalidade, de outro” (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 20ª ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2008. p. 113).

No caso dos autos, a finalidade buscada pelo administrador ao redigir o edital do certame no tocante aos “requisitos para Outorga de Delegações (item 9) era a exigência da certidão de distribuição, cível e criminal da Justiça Federal das localidades onde residiu nos últimos 10(dez) anos, tendo sido apresentado pelo candidato dentro do prazo previsto pelo Edital, a certidão emitida pelo Tribunal Regional da 1ª região que abrange o Estado do **Maranhão**, onde o impetrante residiu nos últimos 10(dez) anos.

Mesmo tendo a Banca examinadora do concurso indeferido a documentação entregue pelo impetrante pelo fato de não ter apresentado a certidão da Justiça Federal, constando somente a certidão emitida pelo Tribunal Regional Federal da 1ª região, em uma análise mais profunda, verifica-se que o impetrante cumpriu com o requisito exigido na Lei nº 8.935/94, em seu art. 14, inciso VI, que dispõe sobre serviços notariais e de registro, onde estabelece como requisito para delegação do exercício da atividade notarial e de registros, entre outras, a verificação de conduta condigna com a profissão, não havendo nada que desabonasse a conduta do impetrante, sendo apego ao formalismo a recusa da referida certidão por parte da Banca examinadora.

Também se deve observar que o edital do concurso para a delegação dos serviços de tabelionato e de registro do Estado do Maranhão, Edital 001/2011, prevê, no subitem 9.3.2 6 do capítulo 9 que trata dos “Requisitos para Outorga de Delegações”, que “os candidatos que não

efetuarem a entrega de todos os documentos previstos no Edital 9.1 e 9.2, no prazo indicado no item 9.3, com a ressalva do item 9.3.1, serão considerados desistentes do concurso e, portanto, excluídos das etapas seguintes”.

Ocorre que o impetrante providenciou a entrega da documentação, dentro do prazo previsto no edital 001/2011 e na Portaria 010/2011, conforme cópia do recibo às fls.35, sendo apenas confundido com relação à certidão exigida no item 9, g, pois apresentou a certidão Tribunal Regional Federal da 1ª região ao invés de apresentar a da Justiça Federal Seção Judiciária do Maranhão, ou seja, em nenhum momento o impetrante mostrou desinteresse com o certame, apresentando a documentação não podendo ser considerado desistente do concurso, pois fez a entrega da documentação, apenas faltando a complementação da certidão exigida no item 9, g.

Entretanto, a norma editalícia do item 9.3.1 que considera desistente do concurso os candidatos que não apresentarem a documentação exigida excluindo-os das etapas seguintes, não se estende à hipótese de mera complementação dos documentos apresentados a tempo e modo, tal como se deu no caso ora relatado, em que o candidato apresentou a certidão emitida pelo TRF 1ª região, o que em uma análise mais profunda engloba a Justiça Federal do Estado onde o mesmo reside atualmente nos últimos 10(dez) anos.

Nesse diapasão, confira-se julgado do Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. EXCLUSÃO DE CANDIDATOS. COMPROVAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE ANTECEDENTES CRIMINAIS. DOCUMENTO DISTINTO DO EXIGIDO PELO EDITAL. POSSIBILIDADE. PROPÓSITO DE IDENTIFICAÇÃO DE PROVAS. DILAÇÃO PROBATÓRIA. NÃO CABIMENTO. 1. Tendo sido efetivamente comprovada pelo candidato a inexistência de antecedentes criminais, finalidade da exigência editalícia, seria de todo desarrazoado excluí-lo do certame simplesmente por ter apresentado certidão do cartório distribuidor criminal em detrimento de certidões de todos os cartórios criminais da Comarca de Curitiba. 2. Não cabe, na via estreita do mandado de segurança, verificar se houve o propósito de onze candidatos em concurso

público de identificarem suas provas, que sequer foram juntadas aos autos, porquanto tal questão demandaria dilação probatória, proibida em sede de *mandamus*. 3. Recurso ordinário improvido. (Recurso em mandado de segurança nº 22.452- PR (2006/0169822-4), rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura – 6ª turma - DJe 01/07/2010). (Grifo nosso)

Por fim, é importante notar que a exclusão do impetrante no certame em razão de não ter apresentado a certidão da Justiça Federal não se revela proporcional ou razoável, máxime porque a certidão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, em última análise, engloba o Estado onde o impetrante reside atualmente nos últimos 10(dez) anos. Além do que, conforme se verifica do boletim de desempenho individual, em anexo, o impetrante obteve nota satisfatória em todas as etapas do concurso.

Ante o exposto e, em desacordo com o parecer ministerial, sou pela concessão da segurança, confirmando-se desta forma, a medida liminar que determinou a permanência do candidato Anderson Passos e Silva, ora impetrante, no concurso para Outorga de Delegação de Notas e de Registros, pelo Poder Judiciário do Maranhão.

Sala das Sessões Plenárias do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão em São Luís, 13 de junho de 2012.

Desa. Maria dos Remédios Buna Costa Magalhães
Relatora

TRIBUNAL PLENO
SESSÃO DO DIA 25 DE JULHO DE 2012
AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
Nº. 13676/2011 – SÃO LUÍS

Requerente: Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional do Maranhão
Requerido: Município de São Luís
Relator: Des. Benedito de Jesus Guimarães Belo

ACÓRDÃO Nº. 1181632012

E M E N T A

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. IMPOSTO SOBRE A PROPRIEDADE PREDIAL E TERRITORIAL URBANA - IPTU. LEI N.º 5392/2010 DO MUNICÍPIO DE SÃO LUÍS. REAJUSTE ESTRATOSFÉRICO NO VALOR DO TRIBUTO EM RELAÇÃO AO EXERCÍCIO FINANCEIRO ANTERIOR. VEDAÇÃO AO CONFISCO. CONFIANÇA NA LEI FISCAL. VIOLAÇÃO CONFIGURADA. PROCEDÊNCIA.

1. Não guarda relação de proporcionalidade, tampouco de razoabilidade, dispositivo de lei municipal que contempla aumentos abruptos em alíquotas de imposto que, ao longo de uma década vinha sofrendo reajuste somente pelos índices oficiais da inflação, afrontando a garantia constitucional do não-confisco, porquanto o efeito cumulativo daí advindo afetaria de forma irrazoável o patrimônio do contribuinte e sua confiança na lei fiscal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Desembargadores do Plenário deste Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, por maioria e de acordo com parecer ministerial, rejeitaram as preliminares suscitadas, nos termos do voto do Relator; contra o voto do Senhor Desem-

bargador Marcelo Carvalho Silva, que acolheu a preliminar de necessidade de dilação probatória. No mérito, por maioria e de acordo com parecer ministerial, julgaram procedente a presente ação para declarar a inconstitucionalidade da lei impugnada, nos termos do voto do Relator; contra o voto do Senhor Desembargador José Stélio Nunes Muniz, que a julgou improcedente.

Acompanharam o voto do Relator, os Senhores Desembargadores Antônio Bayma Araújo, Jorge Rachid Mubárack Maluf, Cleonice Silva Freire, Nelma Sarney Costa, Maria dos Remédios Buna Costa Magalhães, Anildes de Jesus Bernardes Chaves Cruz, Maria das Graças de Castro Duarte Mendes, Lourival de Jesus Serejo Sousa, Raimundo Nonato de Souza, Raimundo Nonato Magalhães Melo, José Bernardo Silva Rodrigues, José de Ribamar Fróz Sobrinho, Kleber Costa Carvalho, Antonio Guerreiro Júnior e o Juiz de Direito Doutor Lucas da Costa Ribeiro Neto.

Acompanharam o voto divergente do Senhor Desembargador José Stélio Nunes Muniz, os Senhores Desembargadores Marcelo Carvalho Silva, Paulo Sérgio Velten Pereira, Vicente de Paulo Gomes de Castro e a Juíza de Direito Doutora Diva Maria de Barros Mendes.

Ocupou a tribuna, para sustentação oral, o advogado do Requerente, Doutor Rodrigo Maia Rocha.

Em gozo de férias, os Senhores Desembargadores Jamil de Miranda Gedeon Neto, Raimunda Santos Bezerra, José Joaquim Figueiredo dos Anjos, Jaime Ferreira de Araújo e José Luiz Oliveira Almeida.

Presidência do Desembargador Antonio Guerreiro Júnior.

Funcionou pela Procuradoria Geral de Justiça o Doutor Suvamy Vivekananda Meireles.

Sala de Sessões do Plenário do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, em São Luís, 25 de julho de 2012.

Des. Benedito de Jesus Guimarães Belo
Relator

RELATÓRIO

Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade com pedido de medida cautelar *inaudita altera pars*, ajuizada em 23.05.2011, pelo Conselho da Ordem dos Advogados do Brasil - Seccional Maranhão, postulando seja declarada a inconstitucionalidade da Lei n.º 5392, de 28 de dezembro de 2010, do Município de São Luís, com eficácia *erga omnes* e efeitos *ex tunc*, face à violação aos arts. 19, *caput*, 122, §§ 1º e 3º e 124, IV, da Constituição do Estado do Maranhão¹.

A Lei imputada como inconstitucional em decorrência de violação aos princípios da razoabilidade, da vedação ao efeito confiscatório e da capacidade contributiva, atualiza os valores venais genéricos dos imóveis localizados nesta Capital, reduz os valores do m² de algumas zonas urbanas e concede isenção do pagamento de IPTU² a determinados imóveis residenciais.

Alega a Requerente que a nova PVG³, fixada pela Lei ora questionada, promoveu um aumento de caráter estratosférico em relação aos valores fixados no exercício de 2010, anteriormente previstos na Lei n.º 4.570/2005, resultando que significativa parcela dos contribuintes teve uma diferença de reajuste no valor do tributo, em relação ao exercício anterior, superior à média de 500% e, em alguns casos, atingindo 8.000%.

A Requerente lança dúvida sobre os critérios utilizados na formulação da PVG contida na Lei n.º 5.392/2010, por contemplar tam-

1 Art. 19 - A Administração Pública direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes do Estado e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, razoabilidade e eficiência (...)

Art. 122 - O Estado e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

§ 1º Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

§ 3º É vedado ao Estado e aos Municípios renunciar à receita e conceder isenções e anistia sem interesse público justificado.

Art. 124 - Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado ao Estado e aos Municípios;

IV - utilizar tributo com efeito de *con fisco*;

2 Imposto Predial e Territorial Urbano.

3 Planta de valores genéricos ou planta básica.

bém a redução do valor do m² em várias outras zonas, algumas inclusive contíguas àquelas que sofreram reajustes significativos, bem como por conceder isenções a imóveis de valor venal de até R\$ 50.000,00, sendo que essas reduções e isenções atingem mais da metade dos imóveis urbanos; tudo isso sem interesse público justificado, ou seja, sem qualquer justificativa formal.

Diz mais que, mesmo reconhecendo legítima a incidência mais acentuada de tributação sobre a propriedade urbana em relação àquelas consideradas de maior valor econômico e legítima a pretensão do Poder Público de aumentar o valor do referido tributo - que vinha sendo corrigido nos últimos 12 anos somente por índices oficiais, sem traduzir o real valor venal dos imóveis urbanos de São Luís na atualidade -, não pode Ele agir imoderadamente para corrigir um descompasso entre a atividade fiscal do Município e a realidade do mercado imobiliário, em desrespeito aos princípios constitucionais que regem essa atividade, sob pena de atingir nítidos contornos confiscatórios.

Questiona a OAB, por outro lado, se o Município de São Luís não poderia ter majorado a base de cálculo desse tributo de forma escalonada ou mesmo progressiva no tempo, o que seria menos gravoso para o contribuinte.

Finaliza, requerendo a concessão de medida cautelar, independentemente de manifestação prévia dos órgãos responsáveis pela edição da referida Lei, objetivando a suspensão imediata da cobrança do IPTU, referente ao exercício financeiro de 2011, haja vista que já foram efetuados os lançamentos e distribuídos os carnês para o pagamento desse imposto, cujo prazo de vencimento findar-se-ia em 30.05.2011.

Juntou documentos às fls. 24 a 86.

No dia 26.05.2011, às 12h, veio-me concluso expediente do Município de São Luís, em que atravessa petição antecipando a sua defesa da norma atacada e pugnando pela rejeição da liminar pleiteada (fls. 92 a 121).

Na mesma data, à tarde, submeti a medida à apreciação deste Egrégio Tribunal, nos termos do art. 355⁴, do RITJ/MA, cujo Pleno, re-

4 RITJ/MA, art. 355: Havendo pedido de medida cautelar, o relator o submeterá à apreciação do Plenário, na primeira sessão, independentemente de inclusão em pauta, após audiência dos órgãos ou autoridades dos quais emanou a lei ou ato normativo impugnado, que deverão pronunciar-se no prazo de cinco dias.

unido extraordinariamente, decidiu, por maioria e de acordo com o parecer ministerial apresentado em banca, em deferir a cautelar para o fim específico de suspender imediatamente a cobrança do IPTU/2011 pelo Município de São Luís/MA, até o julgamento do mérito desta Ação, facultando àquela Municipalidade a cobrança do respectivo tributo com base na tabela do exercício financeiro anterior (fl. 123).

Devidamente notificadas as autoridades responsáveis pelo Ato impugnado para prestarem informações que entendessem necessárias, o Município de São Luís apresentou em 28.06.2011 defesa não subscrita (fls. 168 a 215).

Mais adiante, em 06.07.2011, o Sr. Prefeito dirige ofício ao Presidente desta Corte, em que pede esclarecimentos acerca da liminar concedida pelo Pleno deste Tribunal, no que diz respeito à alegada controvérsia quanto ao tratamento a ser dispensado à isenção do pagamento de IPTU (fls. 218 a 221).

Referido pedido de esclarecimento me veio concluso em 19.07.2011, o qual tomei por matéria que deveria ter sido oportunamente veiculada em embargos declaratórios e como não o foi, dele não conheci (fl. 275).

As informações do Sr. Prefeito deste Município foram prestadas às fls. 224/273, em que defende a legitimidade e legalidade da reavaliação dos valores venais dos imóveis sujeitos ao IPTU, majorados pela Lei Municipal ora atacada.

Levanta em preliminar:

– que, por se tratar de norma de efeito concreto, não poderia ser exposta em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade e, portanto, não legitima a sua propositura;

– que esta Corte é incompetente para conhecer e julgar a presente ação, haja vista que todos os seus membros são direta ou indiretamente interessados;

– que a análise da ofensa ao princípio da razoabilidade e do não-confisco demanda dilação probatória, incompatível com o procedimento de uma ADI.

§ 5o Em caso de excepcional urgência, o Tribunal poderá deferir medida cautelar sem a audiência dos órgãos ou das autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado.

De mérito, repisa a tese de que a ADI não deve ser conhecida, por não se prestar à proteção em face de atos concretos, como é o caso da planta básica veiculada na norma municipal ora atacada, cujos eventuais equívocos deveriam ser aferidos caso a caso;

– que não se modificou a base de cálculo do tributo, que é o valor venal do imóvel, mas apenas houve uma atualização desses valores, defasados há mais de 12 anos, em função dos índices de mercado e, mesmo assim, ainda se encontram abaixo da avaliação normal;

– que a progressividade⁵ das alíquotas do IPTU ludovicense é compatível com a capacidade contributiva dos contribuintes, que deve ser medida objetivamente, ou seja, em função do próprio imóvel e não da fortuna de seu proprietário;

– que longe de acenar para um confisco, a Requerente demonstra apenas a insatisfação de proprietários de imóvel de alto padrão, mal acostumados a pagar valores ínfimos e o grau de evasão fiscal que a má valorização estava a propiciar;

– quanto à isenção, foi fruto da constatação da dificuldade dos proprietários de imóveis de menor valor situado na periferia de pagar o tributo e atende ao interesse público de melhorar o IDH⁶ de áreas de palafitas e invasões e medida lógica em se tratando de imposto com alíquotas progressivas.

Conclui com pedido de declaração da improcedência da presente ADI.0

A Procuradoria, através do Doutor Eduardo Jorge Hiluy Nicolau, apontou deficiência na notificação do Procurador-Geral da Câmara de Vereadores ao invés de ter sido feita na pessoa de seu Presidente e a falta de assinatura do subscritor da defesa do Município. Diligências deferidas por minha substituta em 13.09.2011 (fl. 280).

O Município aproveitou o ensejo e apresentou nova defesa, cujo teor é semelhante à do Sr. Prefeito, acima relatada (fls. 287 a 334).

Atentei para o fato de que mais uma vez a notificação do Presidente da Câmara Municipal não foi feita pessoalmente (fl. 339), o que só é levada a efeito em 09.11.2011 (fl. 341). De qualquer forma, ele ficou-se inerte.

5 Alíquota progressiva – quanto maior a base de cálculo, maior a alíquota.

6 Índice de Desenvolvimento Humano.

Instada novamente a se manifestar, a Procuradoria Geral de Justiça emitiu parecer de fls. 345 a 373, desta vez, de lavra do eminente Subprocurador-Geral de Justiça para assuntos jurídicos em exercício, Doutor José Argôlo Ferrão Coêlho, no qual entende que as preliminares levantadas pelo Município e pelo Prefeito devem ser rejeitadas:

– seja por não duvidar que a lei inquinada de inconstitucional ostenta grau de generalidade e abstração suscetível de controle jurisdicional via a presente Ação;

– seja porque este Tribunal é competente para julgá-la, por não envolver interesse privativo da magistratura estadual;

– seja por não reconhecer o fundamento do efeito confiscatório e se fosse o caso de necessidade de dilação probatória para analisá-lo, seria possível fazê-lo mediante o disposto no RITJMA, art. 358⁷.

No mérito, entende o dito Subprocurador em exercício que as alíquotas não extrapolaram aquelas que a doutrina e a jurisprudência têm como razoáveis (fl. 365), acreditando que a norma impugnada não tem efeito de confisco nem viola os princípios da razoabilidade e da capacidade contributiva. Quanto à isenção, também acredita que ela atende ao interesse público.

Por outro lado, pugna seja declarada a sua inconstitucionalidade, mas com outros fundamentos que não os apresentados pela Requerente, a saber: ofensa ao sobreprincípio da segurança jurídica (princípio da confiança na lei fiscal), por surpreender o contribuinte com um aumento exponencial dos índices de reajustes da PVG e pela falta de participação popular e das associações representativas na discussão sobre essa nova planta.

Conclusos os autos em 29.02.2012, com a manifestação ministerial sobre o mérito e a brusca surpresa sobre a informação do ajuizamento pela Procuradoria Geral de Justiça de outra Ação Direta de Inconstitucionalidade e que guardaria identidade de objeto com a presente demanda, sem que viesse cópia da inicial desse citado feito, cuja numeração fornecida estava incorreta.

7 Art. 358. Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência de informações nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para produção de parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

Para sanar esse engano, determinei a devolução destes autos a essa Procuradoria, que apresentou os documentos de fls. 378 a 404.

Aos 12.03.2012, vieram-me conclusos os autos da mencionada ADI, de n.º 15562/2011, em atendimento ao despacho do seu então relator, Des. Velten Pereira, que, acolhendo manifestação da PGJ, reconheceu a necessidade de reunião do julgamento dela com a presente Ação por conexão e a encaminhou a mim.

Trata-se, essa segunda ADI, de Ação semelhante, ajuizada em 08.06.2011, pelo Ministério Público Estadual, através de sua Procuradora-Geral de Justiça, Doutora Maria de Fátima Rodrigues Travassos Cordeiro, postulando seja igualmente declarada a inconstitucionalidade da mesma Lei municipal n.º 5.392/2010, com eficácia *erga omnes* e efeitos *ex tunc*, desta feita, face à violação ao art. 44, da Constituição do Estado do Maranhão⁸ e por:

“(...) desobediência ao sobreprincípio da segurança jurídica, sob o signo do princípio da confiança na lei fiscal, na medida em que os contribuintes do IPTU, cujo valor vinha sendo reajustado pelos índices oficiais de desvalorização da moeda, foram surpreendidos pela atualização da planta de valores genéricos do Município de São Luís, em índices que configuram aumento exponencial daqueles (...)”

E porque:

“De repente, sem qualquer consulta popular, sem audiência de ninguém, sem qualquer publicidade, sem transparência, a Prefeitura Municipal contratou uma empresa para proceder à atualização da planta de valores genéricos, tendo sido surpreendido, no dia 28 de dezembro de 2010, com a publicação, no Diário Oficial do Município, da Lei ora hostilizada, que encerra aumentos estratosféricos do valor do metro quadrado para fins de IPTU.”

Deixaram de deduzir pedido de medida cautelar, porque a referida Lei já teve seus efeitos suspensos por esta Corte, nestes autos, como referenciado neste relatório.

8 Art. 44 – É garantida a participação popular nos atos decisórios dos Poderes Legislativo e Executivo, dentre outras formas, mediante plebiscito, referendo ou iniciativa popular.

Juntou às fls. 29 a 497, cópia integral do processo administrativo n.º 3161AD/2011 – representação pela inconstitucionalidade, que embasou o ajuizamento dessa Ação.

Citado, o Município respondeu, mas também não subscreveu sua peça (fls. 512/554). E após diligência nesse sentido, resolveu apresentar outra defesa de idêntico teor (fls. 569/610), em boa parte, semelhante a sua resposta nestes autos, levantando as preliminares: de inidoneidade objetiva dessa via para combater norma de efeito concreto e de incompetência desta Corte, por serem seus membros direta ou indiretamente interessados.

De mérito, que o Município respeitou o princípio da anterioridade nonagesimal⁹ ao só lançar a cobrança da primeira parcela do IPTU para abril de 2011, dando tempo ao contribuinte de fazer seu planejamento financeiro.

Repisa a tese de impropriedade dessa via e, no que diz respeito a não participação de comissão na elaboração dessa Planta, esclarece que ela foi devidamente constituída; que as partes foram devidamente notificadas para participar das reuniões e que a convocação do povo¹⁰ para opinar sobre assuntos de cunho normativo não é uma prática obrigatória, mas uma faculdade do seu representante, ainda mais em se tratando de matéria baseada em critérios técnicos de metodologia de avaliação imobiliária e conceitos tributários.

A Câmara Municipal, como de costume, de novo não respondeu, apesar de devidamente instada para tanto (fls. 567, 611 e 622).

Atuando na condição de fiscal da lei, o Ministério Público Estadual foi ouvido e se manifestou, através do Doutor Eduardo Jorge Hiluy Nicolau, Subprocurador-Geral de Justiça para Assuntos Jurídicos, apontando a ocorrência de conexão entre essas duas ADI's e requerendo a redistribuição do feito a minha relatoria (fl. 625), o que foi reconhecida pelo Desembargador Velten Pereira (fl. 627) e com a qual concordei, oportunidade em que determinei o seu pensamento a estes autos.

É o que cabia relatar. Sem revisor, foi incluído nesta pauta, nos termos do art. 359 do RITJ/MA.

9 Anterioridade mínima, noventa ou nonagesimal: noventa dias após o encerramento do exercício anterior (Art. 150, III, c, CF/88).

10 Referendo, plebiscito ou iniciativa popular (CE/MA, art. 44).

VOTO

Inicialmente, cumpre repelir cada uma das questões preliminares sustentadas pelo Município de São Luís para tentar obstar o conhecimento de ambas as Ações:

– norma de efeito concreto. Independentemente do seu objeto determinado e destinatários certos, o tema suscitado em seu bojo é abstrato, de natureza constitucional, o que possibilita a sua submissão ao controle de sua constitucionalidade;

– incompetência desta Corte, por suposto interesse dos seus membros. O interesse aqui não é privativo dos desembargadores, mas de todos os contribuintes do Município de São Luís;

– necessidade de dilação probatória. Não há, pois os documentos que instruem ambos os pedidos bastam à análise da matéria neles veiculada, ou seja, como seu objetivo comum é a declaração de inconstitucionalidade, verifica-se somente se o ato impugnado se adéqua ou não aos princípios constitucionais.

Dessa forma, rejeito todas as preliminares e, de acordo com o parecer ministerial, voto pelo conhecimento da presente ADI.

Uma vez que a decisão sobre a medida cautelar foi submetida à reserva de plenário, nos termos do art. 355, § 2º do RITJMA e inexistindo obstáculo ao prosseguimento do feito, passo ao julgamento do mérito.

Sabe-se que uma ADI tem por objetivo retirar do ordenamento jurídico norma submetida a controle de constitucionalidade, desfazendo-a desde a sua origem, com todas as consequências dela derivadas (efeito *ex tunc*) e produz efeito para todos (efeito *erga omnes*).

Como visto, sustenta a OAB a falta de moderação/razoabilidade do Município de São Luís por não prever a majoração da base de cálculo do IPTU de forma escalonada ou mesmo progressiva no tempo, ofendendo a capacidade contributiva e a vedação do não-confisco, além de não ter justificado o interesse público nas reduções e isenções que atingiram mais da metade dos imóveis.

Ao seu turno, a Procuradoria sustenta ofensa ao sobreprincípio da segurança jurídica (princípio da confiança na lei fiscal), por surpreender o contribuinte com um aumento exponencial dos índices de reajustes da PVG e pela falta de participação popular e das associações representativas na discussão sobre essa nova planta.

A lei questionada, a meu ver, não padece de vícios formais, pois obedeceu a regular processo legislativo, vale dizer, respeitando o princípio da anterioridade¹¹ e da legalidade, no que pertine ter sido editada em 2010 para cobrança no exercício financeiro de 2011.

Bem como também garantiu a participação popular na medida em que convidou várias entidades, tais como ACM, FIEMA, CREA, CRECI, PROCON, a se fazerem representar e participar das reuniões de elaboração da nova Planta (vide fls. 144/163, dos autos em apenso). Independente do comparecimento, como desejado e desejável, a formalidade foi cumprida.

Quanto ao interesse público para o número significativo de contribuintes¹² que foram contemplados com reduções e até isenções¹³, na mensagem enviada pelo Prefeito à Câmara encontram-se as seguintes justificativas: benefício a famílias pobres, detentoras de unidades residenciais de baixo valor imobiliário, com promoção de transferência indireta de renda, o que implica em elevação do poder aquisitivo e melhoria do padrão de vida, o que por sua vez incrementa o consumo de bens e serviços de primeira necessidade, gerando benefício à economia municipal (vide fls. 110/112, autos em apenso).

Não é trazida à discussão neste feito a legitimidade da revisão da base de cálculo para adequação do valor venal ao efetivo e real. Nem se discute aqui sobre se a apuração *in concreto* dessa base está incorreta, discute-se justamente o aumento brusco.

Todavia, se não é vedado o aumento do imposto através de revisão dos valores venais dos imóveis ou de suas alíquotas, o vício de inconstitucionalidade que subsiste na Lei Municipal n.º 5.392/2010 é de conteúdo material e reconheço que, parte da matéria meritória levantada tanto pela OAB quanto pelo Ministério Público merecem acolhimento.

Claro que a legalidade e a anterioridade são basilares e foram, a meu ver, atendidas pela norma ora questionada. Mas a supremacia do interesse público sobre o privado não deve ser absoluta.

11 Anterioridade: art. 150,III, “b” e “c” CF. Mínima de 90 dias quanto à fixação da base de cálculo (IPTU), cuja cobrança deve se dar no exercício seguinte.

12 Estima-se em torno de 67%.

13 Imóveis com valor venal de até R\$ 50.000,00, antes contemplava imóveis de até R\$ 20.000,00.

Melhor analisando todas as teses postas por cada uma das partes, vejo a questão sob o prisma do ônus tributário indevido, principalmente tendo em vista a vedação do confisco e o abalo à confiança do contribuinte.

Apesar de o princípio do não-confisco ser expresso em cláusula aberta, cabe no caso que se nos apresenta, ao arbítrio deste plenário aferir a observância ou não dessa regra constitucional no exercício da competência tributária municipal ora questionada.

Nesse ponto, mantenho os mesmos argumentos por mim lançados quando do deferimento da medida cautelar nos autos principais, seguindo a doutrina de Ricardo Alexandre¹⁴, a respeito do princípio da vedação ao confisco:

“A idéia subjacente é que o legislador, ao se utilizar do poder de tributar que a Constituição lhe confere, deve fazê-lo de forma razoável e moderada, sem que a tributação tenha por efeito impedir o exercício de atividades lícitas pelo contribuinte, dificultar o suprimento de suas necessidades vitais básicas ou comprometer seu direito a uma existência digna”.

Por mais que se saiba que a atualização, por exemplo, do valor mais alto do m² no bairro Ponta d'Areia, Zona Fiscal 1, que antes era de R\$ 57,10 e passou para R\$ 1.201,00 (fl. 74), ainda esteja aquém ao valor real do m² dos imóveis localizados nesse bairro, negociado hoje em dia, em média, em R\$ 6.000,00, como é público e notório¹⁵, entendo que o ente municipal realmente agiu imoderadamente ao corrigir bruscamente o descompasso entre o que era cobrado há anos e o valor de mercado, implicando nesse caso numa variação de 2003%.

Em outros casos, como o da Zona Fiscal 5¹⁶, segundo a própria Prefeitura, o aumento corresponde a 6778% (fl. 74).

De fato, a prática reiteradamente observada ao longo dos últimos dez anos pelo fisco municipal é que o valor do IPTU desta Capital vinha sendo reajustado pelos índices oficiais de desvalorização da moeda.

Isso, até a edição da nova PVG, que trouxe a tabela proposta para vigir no exercício de 2011, quando então o contribuinte foi surpreendido

14 *in* Direito Tributário Esquematizado, 3ª ed., editora Método, p. 140

15 Disponível em < <http://g1.globo.com/ma/maranhao/noticia/2012/06/conheca-os-condomnios-de-luxo-de-sao-luis-no-reporter-mirante.html#>> [acesso em 25 jun 2012]

16 Bairros Turu/Condomínio Itapiracó.

com um aumento exponencial do tributo, derivado da sua última atualização, frustrando-lhe todas as suas expectativas de planejamento quanto ao que esperava desembolsar com o adimplemento do referido imposto.

Aqui, repito, depois da análise do caso posto, dúvidas a mim não remanescem quanto ao caráter confiscatório da lei impugnada pela presente via, violando assim o disposto no art. 124, inciso IV¹⁷, da Constituição deste Estado.

Para além disso, subsiste um princípio que protege a confiança do contribuinte e com o qual todos os outros devem se harmonizar, como bem sustentado pelo segundo Requerente, o Ministério Público.

O contribuinte tem o direito de, mesmo sendo tributado por ente competente, ver respeitados seus direitos públicos subjetivos, constitucionalmente garantidos. É por isso que a nossa Constituição traçou minuciosamente limites que devem ser observados.

Intimamente ligado aos princípios da segurança jurídica e do Estado de Direito, o princípio da confiança traduz o poder-dever que possui o poder público de cuidar da estabilidade decorrente de uma relação de confiança mútua, com o objetivo de proteger prioritariamente as expectativas legítimas que nascem do cidadão, o qual confiou na postura e no vínculo criado através das normas prescritas no ordenamento jurídico.

Se a Administração municipal, depois de uma década corrigindo as alíquotas do IPTU pelos índices inflacionários, de súbito, modifica sua conduta atualizando exponencialmente esses valores, é claro que abalou também essa relação de confiança.

Posto isso, de acordo com o parecer da douta Procuradoria, meu voto é pela procedência do pedido para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 5.932/2010, do Município de São Luís, por ofensa aos arts. 19, *caput*, 122, § 1º e 124, IV, da Constituição do Estado do Maranhão, cujos efeitos se operam *erga omnes* e *ex tunc*.

Sala das Sessões Plenárias do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, em São Luís, 25 de julho de 2012.

Des. Benedito de Jesus Guimarães Belo
Relator

17 CE, art. 124 - “Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado ao Estado e aos Municípios:

IV – utilizar tributo com efeito de confisco.”

CÂMARAS CÍVEIS REUNIDAS
SESSÃO DO DIA 18 DE MAIO DE 2012
MANDADO DE SEGURANÇA Nº. 30098/2011

Impetrante: Estado do Maranhão
Procurador - Geral: Marcelo Apolo Vieira Franklin
Impetrado: Ato do Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado do Maranhão
Sr. Osmário Freire Guimarães
Relatora: Desa. Raimunda Santos Bezerra

ACÓRDÃO Nº. 1153432012

EMENTA

MANDADO DE SEGURANÇA. INÉPCIA DA INICIAL. ILEGITIMIDADE PASSIVA. PRELIMINARES REJEITADAS. SUSPENSÃO DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO Nº 793/2011 PELO TCE. VIOLAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE. SEGURANÇA CONCEDIDA.

1. O ato apontado como coator consiste na decisão do impetrado, proferida nos autos do Processo nº 8011/2011/TCE, que determinou a suspensão do Procedimento licitatório nº 493/2011, bem como a contratação das empresas Proflab e Diagnocel.

2. Não há que se falar em ilegitimidade passiva do Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado do Maranhão, mormente porque o art. 6º, §3º, da Lei nº 12.016/2009, reza que a autoridade coatora é aquele que praticou o ato impugnado ou da qual emane a ordem para a sua prática. PRELIMINARES REJEITADAS.

3. No caso em liça, entendo que deve ser resguardado o regular curso do Procedimento de licitação nº 493/2011, cujo objeto é a aquisição de reagentes para testes sorológicos para a triagem sorológica de doenças transmissíveis pelo sangue para o Hemomar, que é o único Hemocentro do Estado do Maranhão.

4. Privar o Hemomar dos reagentes necessários para a realização de testes sorológicos prejudicaria toda coletividade e o próprio direito constitucional à saúde.

5. Segurança concedida, para determinar à autoridade coatora que suspenda a decisão proferida nos autos do Processo nº 8011/2011/TCE, restabelecendo os efeitos do Procedimento licitatório nº 493/2011, bem como a contratação das empresas Profilab e Diagnocel.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, ACORDAM os Desembargadores das Câmaras Cíveis Reunidas do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, por unanimidade e de acordo com o parecer ministerial, em conceder a segurança pleiteada, nos termos do voto da Desembargadora Relatora.

Participaram do julgamento, além da signatária, os eminentes Senhores Desembargadores Jamil de Miranda Gedeon Neto, Nelma Celeste Sousa Silva Sarney Costa, Maria das Graças de Castro Duarte Mendes, Paulo Sérgio Velten Pereira, Lourival de Jesus Serejo Sousa e Jaime Ferreira de Araújo.

Presidiu a sessão o eminente Senhor Desembargador Raimundo Freire Cutrim

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

São Luís, 18 de maio de 2012.

Desa. Raimunda Santos Bezerra
Relatora

RELATÓRIO

Trata-se de Mandado de Segurança impetrado pelo Estado do Maranhão, em censura a ato acoimado de ilegal e abusivo, atribuído ao Conselheiro do Tribunal de Contas do Maranhão – TCE/MA

O autor alega, na inicial (fls. 02/32), que após denúncia formulada pela empresa Mercúrio Comércio de Produtos Médicos Hospitalares junto ao TCE/MA, apontando supostas irregularidades na contratação direta das empresas Profilab e Diagnocel, para o fornecimento de reagentes para testes sorológicos para triagem sorológica de doenças transmissíveis pelo sangue para o Laboratório de Sorologia Hemomar, a autoridade coatora suspendeu *inaudita altera parte* o procedimento licitatório nº 493/2011, bem como a contratação das empresas vencedoras.

Aduz que no ano de 2009, a Secretaria do Estado da Saúde iniciou procedimento licitatório, na modalidade pregão, sob o nº 134/2009, para a aquisição dos referidos reagentes. Inconformada com o resultado da licitação, a empresa Diagnocel, ajuizou ação ordinária de nulidade do Edital de licitação nº 9260/2010, cujo pedido de tutela antecipada foi deferido pelo Juízo da 4ª Vara da Fazenda Pública da Capital, que determinou a suspensão do curso da licitação – decisão que ainda não foi revogada e nem suspensa.

Informa que, em razão da suspensão do procedimento licitatório, a Secretaria de Estado da Saúde deflagrou o Procedimento de dispensa de licitação nº 161, o qual resultou na contratação das empresas Mercúrio Comércio de Produtos Médicos Hospitalares e Rem Indústria de Comércio Ltda. por um período de 6 (seis) meses, ressaltando que, muito embora estivesse previsto nos contratos a possibilidade de prorrogação do prazo, o art. 24, IV, da Lei nº 8666/93 é claro ao dispor que os contratos emergenciais não podem ser prorrogados.

Diz que, em seguida, ante a não revogação da tutela antecipada proferida nos autos do Processo nº 9260/2010, foi aberto novo procedimento de dispensa (Processo nº 321/2011/SES) – revogado em razão de apenas a empresa Diagnocel ter apresentado toda a documentação exigida no Termo de Referência.

Afirma que, em face da referida revogação, novo procedimento licitatório foi deflagrado (Processo nº 493/2011), não tendo a empresa Mercúrio apresentado toda a documentação necessária.

Sustenta que a decisão do TCE violou os princípios da ampla defesa e do contraditório, porque concedida sem prévia manifestação do ente público e dos demais interessados. Assevera, ainda, que TCE extrapolou os limites de sua atuação, pois não detém competência para sustar contratos sem prévia manifestação do Poder Legislativo.

Argumenta que a aquisição dos reagentes subsidia-se na Regulação Técnica dos Procedimentos Hemoterápicos, e que o descumprimento dessas normas constitui infração sanitária.

Diz que o Hemomar é o único Hemocentro do Estado do Maranhão e que o estoque atual oriundo de aditivo ao contrato celebrado nos autos do Processo nº 539/2010 só cobre um período de 10 (dez) dias, a contar de 25.10.2011.

Requer, liminarmente, que o impetrado suspenda a decisão proferida nos autos do Processo nº 8011/2011/TCE, para restabelecer os efeitos do Procedimento licitatório nº 493/2011, bem como a contratação das empresas Proflab e Diagnocel, pugnando, por fim, pela concessão da ordem.

Com a inicial vieram os documentos de fls. 33/166.

Pedido de medida liminar deferido às fls. 174/177.

A autoridade coatora, em suas informações (fls. 191/210), aduz as preliminares de inépcia da inicial, ante a ausência de indicação específica do ato coator e de ilegitimidade passiva.

Requer a denegação da ordem.

Instada a se manifestar, a Procuradoria Geral de Justiça opinou pela concessão da segurança (fls. 214/221).

É o relatório.

VOTO

De início, rejeito as preliminares suscitadas pelo impetrado.

Isso porque o ato apontado como coator consiste na decisão do impetrado, proferida nos autos do Processo nº 8011/2011/TCE, que determinou a suspensão do Procedimento licitatório nº 493/2011, bem como a contratação das empresas Proflab e Diagnocel.

Ademais, não há que se falar em ilegitimidade passiva do Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado do Maranhão, mormente porque o art. 6º, §3º, da Lei nº 12.016/2009, reza que a autoridade coatora é

aquele que praticou o ato impugnado ou da qual emane a ordem para a sua prática.

Ultrapassadas essas questões, passo à análise do mérito recursal.

O mandado de segurança consiste em uma ação constitucional, de natureza civil, contenciosa e mandamental, regida por lei especial, e que tem por escopo proteger direito líquido e certo¹ contra ato ilegal ou abusivo praticado por autoridade pública, conforme dispõe os artigos 5º, LXIX, da Constituição Federal² e 1º da Lei nº 12.016/2009³.

Com efeito, no caso em liça, entendo que deve ser resguardado o regular curso do Procedimento de licitação nº 493/2011, na medida em que a saúde pública restará gravemente lesada em caso de manutenção da decisão do TCE.

O objeto do supracitado certame é a aquisição de reagentes para testes sorológicos para a triagem sorológica de doenças transmissíveis pelo sangue para o Hemomar, que é o único Hemocentro do Estado do Maranhão.

Destarte, sem os referidos reagentes, torna-se impossível a execução normal dos serviços relacionados à doação e à transfusão de sangue, na medida em que, conforme informação prestada pelo Diretor Geral do Hemomar, mediante Ofício nº 139/2011 (fls. 73/75), o estoque de reagentes sorológicos do Hemocentro era suficiente apenas para cobrir um período de 10 (dez) dias, a contar de 25.10.2011.

1 “Direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercido no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua explicação ao impetrante: se sua existência for duvidosa; se sua extensão ainda não estiver delimitada, se seu exercício depender de situações e fato ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança embora possa ser defendido por outros meios judiciais” (MEIRELES, Hely Lopes. Mandado de segurança, 15. ed., São Paulo: Malheiros, 1994, p.26).

2 “Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por ‘habeas-corpus’ ou ‘habeas-data’, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público”.

3 “Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.

O direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida, razão pela qual deve ser resguardado.

Nesse passo, como bem ressaltou o *Parquet*, privar o Hemomar dos reagentes necessários para a realização de testes sorológicos prejudicaria toda coletividade e o próprio direito constitucional à saúde.

Ante o exposto, de acordo com o parecer ministerial, sou pela **concessão da segurança vindicada**, para determinar à autoridade coatora que suspenda a decisão proferida nos autos do Processo nº 8011/2011/TCE, restabelecendo os efeitos do Procedimento licitatório nº 493/2011, bem como a contratação das empresas Proflab e Diagnocel.

É como voto.

Sala das Sessões das Câmaras Cíveis Reunidas do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, em São Luís, 18 de maio de 2012.

Desa. Raimunda Santos Bezerra
Relatora

PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL
SESSÃO DO DIA 22 DE MARÇO DE 2012
APELAÇÃO CÍVEL Nº. 24730/2010 – SÃO LUÍS

Apelante: Áurea Empreendimentos S/A.
Advogado: Fernando José Machado Castro Neto
Apelado: Condomínio e Ed. Comercial Carrara
Advogado: Bruno de Lima Mendonça e outro
Relatora: Desa. Maria das Graças de Castro Duarte Mendes

ACÓRDÃO Nº. 1129342012

EMENTA

PROCESSO CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA. DESPESAS ORDINÁRIAS DE CONDOMÍNIO. OBRIGAÇÃO DO PROPRIETÁRIO. NOVAÇÃO DA DÍVIDA. INOCORRÊNCIA. APELO IMPROVIDO.

1. A obrigação de adimplir as dívidas com o condomínio é do proprietário do imóvel que faz parte do mesmo.
2. No presente caso, não foi comprovada a ocorrência da novação da dívida, pois não há *animus novandi* e nem constituição de uma nova dívida. O que ocorreu nos autos foi apenas um parcelamento da dívida.
- 3.. Apelo improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Senhores Desembargadores integrantes da Primeira Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, por unanimidade, e de acordo com o parecer ministerial, em conhecer do Apelo e negar-lhe provimento, nos termos do voto da Desembargadora Relatora.

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

Funcionou pela Procuradoria-Geral de Justiça a Dra. Sâmara Ascar Sauáia.

São Luís, 22 de março de 2012.

Desa. Maria das Graças de Castro Duarte Mendes
Relatora

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Cível interposta por **Áurea Empreendimentos S/A** em face da sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Cível de São Luís (**Dr. Josemar Lopes Santos**) nos autos da Ação de Cobrança n.º 12871/2005, ajuizada por **Condomínio e Ed. Comercial Carrara**.

Colhe-se dos autos que o Apelado ajuizou Ação de Cobrança com o objetivo obrigar o Apelante a pagar os valores atrasados referentes às despesas ordinárias de condomínio do imóvel localizado no Edifício Carrara.

O MM Juiz de primeiro grau julgou procedentes os pedidos formulados na inicial, condenando o Apelante a pagar a importância de R\$ 10.027,71 (dez mil e vinte e sete reais e setenta e um centavos), acrescida de correção monetária pelo índice do INPC e juros de mora de 1% ao mês, até a data do efetivo pagamento.

Condenou ainda ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios, no percentual de 15% sobre o valor da condenação.

Inconformada com a sentença, a parte Ré recorreu.

Em suas razões recursais, aduz o Apelante que é proprietário das salas nº 510 e 511 do Ed. Carrara e até abril de 2004 estavam alugadas à empresa M.C.Consultoria Empresarial Ltda.

Informa que ao encerrar o contrato de locação, a empresa locatária entregou recibo à empresa locadora em que o condomínio recebia

a quantia de R\$ 7.842,66 (sete mil oitocentos e quarenta e dois reais e sessenta e seis centavos), por meio de 07 cheques.

Alega que feita a composição da dívida entre o condomínio e a locatária, sem conhecimento da Apelante, esta se despreocupou, eis que o débito havia sido composto e, portanto, novado.

Sustenta que meses depois tomou conhecimento que parte dos cheques foram devolvidos em razão da ausência de fundos, no entanto, o Apelante não tomou nenhuma providência para cobrança dos mesmos, como protesto ou cobrança judicial.

Argumenta que depois de mais de dois anos, com os cheques já prescritos, o Apelado resolveu cobrar do Apelante as dívidas contraídas pelo locatário.

Afirma que não pode arcar com a negligência do Apelado, que resolveu novar o débito com o locatário, substituindo-o, e sendo negligente em relação ao cheques emitidos pelo locatário.

Aduz, ainda, que como foi feita a novação da dívida, isso implica em extinção da anterior e exoneração da responsabilidade do Apelante.

Assevera que em nenhum momento participou da negociação e, dessa forma, não pode suportar o ônus da negociação entre locatário e Apelado.

Ao final, pugna pelo provimento da presente apelação, a fim de que seja reformada a decisão monocrática, para que seja julgado improcedente o pedido.

Nas contrarrazões o Apelado sustenta que não houve novação na negociação feita com o locatário, visto que não existiu *animus novandi*. Ao negociar a dívida com o locatário, se limitou a aceitar o pagamento da dívida de forma parcelada, em nenhum momento dando quitação à dívida.

Por essa razão, afirma que não se extinguiu a dívida anterior e nem criou-se uma nova dívida.

Por fim, requer o improvimento do apelo.

A Procuradoria-Geral de Justiça emitiu parecer (fls. 107/109), da lavra da Dra. Domingas de Jesus Froz Gomes, deixando de opinar em razão da falta de interesse público.

Vieram-me os autos conclusos.

É o relatório.

VOTO

Verifico estarem presentes os pressupostos recursais de admissibilidade, devendo, de logo ser conhecida a Apelação.

Trata-se de ação de cobrança de despesas ordinárias de condomínio em que o Apelado objetiva o recebimento dos valores atrasados do período de janeiro de 2002 a abril de 2004.

O Apelado ajuizou ação em desfavor do proprietário do imóvel, ora Apelante, tendo em vista que este é o responsável pelas dívidas do imóvel, apesar do mesmo ter sido locado no período em que está sendo cobrado.

Analisando os autos, observo que a obrigação do pagamento das despesas condominiais é do proprietário do imóvel, pois trata-se de obrigação *propter rem*, ou seja, decorre da própria coisa.

Nesse sentido, já decidiu o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO CÍVEL. CONDOMÍNIO. AÇÃO DE COBRANÇA DE COTAS CONDOMINIAIS. LEGITIMIDADE DO PROPRIETÁRIO PARA FIGURAR NO PÓLO PASSIVO DA AÇÃO DE COBRANÇA. DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DA ORIGEM DOS VALORES COBRADOS. A obrigação de adimplemento das despesas condominiais decorre da própria coisa, ou seja, é uma obrigação *propter rem e tem*, pois, natureza real, não podendo ser oposta ao condomínio a realização de partilha dos bens sem registro imobiliário ou a locação do imóvel para descaracterizar a legitimidade do proprietário ao pagamento daquelas despesas, posto que a garantia do condomínio está na possibilidade a execução recair sobre o próprio bem que originou a dívida, o que necessariamente implica na legitimação do proprietário do bem constante no Registro de Imóveis. Deve prevalecer, pois, o interesse coletivo do condomínio, que não pode aguardar definição de quem vai cobrar. Ação de cobrança de cotas condominiais comprovadas e instruídas com atas de assembleias, registro do imóvel do condomínio em questão, convenção de condomínio e “relatório de inadimplência por unidade”. A contraprova, da inexistência do débito apontado pela sociedade condominial, é do condômino demandado *ex vi legis* do art. 333, inc. II, do CPC. O valor das cotas condominiais deve ser discutido em ação própria, mormente por que resultante de consenso condominial, desservin-

do, destarte, a contestação na ação de cobrança como veículo dessa reclamação. Cada condômino deve arcar com sua cota condominial na forma e nos prazos convencionados. APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Cível Nº 70035822154, Décima Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Newton Carpes da Silva, Julgado em 08/09/2011)

Superada a discussão acerca da legitimidade para figurar no pólo passivo da ação de cobrança de despesas do condomínio, passemos à análise dos requisitos necessários a caracterização da novação de dívida.

O Apelante alega em suas razões recursais que não possui mais responsabilidade sobre a dívida, pois o Apelado e o locatário negociaram a dívida, havendo novação.

Entendo que o simples fato do condomínio ter parcelado a dívida para o locatário não caracteriza a novação da dívida.

Isso porque, no presente caso, não houve comprovação do *animus novandi* e nem da constituição de uma nova obrigação que substituiu a anterior.

Nesse sentido já decidiu o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO CÍVEL. LOCAÇÃO. EMBARGOS À EXECUÇÃO. NOVAÇÃO/TRANSAÇÃO. NÃO COMPROVADA. PAGAMENTO PARCIAL DO DÉBITO EXECUTADO. EVIDENCIADO. Tratando-se de embargos à execução, é ônus do embargante demonstrar a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo ao exercício do direito do exequente, tudo de acordo com o disposto no inc. II do art. 333 do CPC. Outrossim, o mero parcelamento da dívida não caracteriza a novação, que pressupõe, além do *animus novandi*, a constituição de uma nova obrigação em substituição à anterior (Código Civil de 2002, arts. 360 e 361). Tendo a parte embargante comprovado o pagamento parcial do débito executado, impõe-se o prosseguimento da execução pelo saldo inadimplido. DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO. (Apelação Cível Nº 70044663771, Décima Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Paulo Sérgio Scarparo, Julgado em 27/10/2011)

Por essa razão, entendo que não devem prosperar as alegações do apelante, pois não restou provado nos autos que houve novação da dívida por ausência de requisitos caracterizadores.

Ante ao exposto, **VOTO**, pelo conhecimento e improvimento do apelo, para manter a decisão de primeiro grau.

É como voto.

São Luís, 22 de março de 2012.

Desa. Maria das Graças de Castro Duarte Mendes
Relatora

PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL
SESSÃO DO DIA 14 DE JUNHO DE 2012
APELAÇÃO CÍVEL Nº. 875/2012 – SÃO LUÍS

1º. Apelante: Adnay Batalha Souza
Advogado: Dr. Isaac Ribeiro Silva
2º. Apelante: Companhia Energética do Maranhão – CEMAR
Advogados: Dr. Marco Antônio Coelho Lara e outros
1º. Apelado: Adnay Batalha Souza
Advogado: Dr. Isaac Ribeiro Silva
2ª. Apelada: Companhia Energética do Maranhão – CEMAR
Advogados: Dr. Marco Antônio Coelho Lara e outros
Relator: Des. Jorge Rachid Mubárack Maluf

ACÓRDÃO Nº. 1161392012

EMENTA

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR SERVIDÃO DE PASSAGEM. ENERGIA ELÉTRICA. RESSARCIMENTO. VALOR. PAGAMENTO DAS CUSTAS PELA INTERNET. IMPOSSIBILIDADE.

1. A ausência ou irregularidade no preparo enseja a aplicação da pena de deserção. Conforme o Ofício Circular nº 60/2010-GAB/CGJ, em hipótese alguma poderão ser realizados pagamentos de custas através de depósito bancário em conta corrente do FERJ, transferência e pagamento via Internet, transferência entre bancos ou pagamentos por meio de cheques ou outros títulos de crédito, sob pena de deserção do recurso ou cancelamento da distribuição da ação.

2. No caso de servidão de passagem de energia elétrica, a jurisprudência tem fixado a indenização em valor que varia entre 20% e 30% sobre o valor da terra nua.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 875/2012, em que figuram como partes os acima enunciados, ACOR-

DAM os Desembargadores da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, por unanimidade, em dar PARCIAL PROVIMENTO ao primeiro apelo e NÃO CONHECER do segundo, nos termos do voto do Relator.

Participaram do julgamento os Senhores Desembargadores Jorge Rachid Mubárack Maluf – Relator, Raimunda Santos Bezerra e Kleber Costa Carvalho.

Funcionou pela Procuradoria Geral de Justiça o Dr. José Antonio Oliveira Bents.

Presidência da Desa. Raimunda Santos Bezerra.

São Luís, 14 de junho de 2012.

Des. Jorge Rachid Mubárack Maluf
Relator

RELATÓRIO

Trata-se de Apelações Cíveis interpostas por Adnay Batalha Souza e Companhia Energética do Maranhão – CEMAR contra a sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da 8ª Vara Cível da Capital, Dr. Luiz Gonzaga Almeida Filho, que, nos autos da Ação Ordinária de Indenização por Servidão de Passagem Permanente ajuizada por Adnay Baralha Souza julgou procedentes em parte os pedidos, condenando a CEMAR ao pagamento de R\$ 3.887,00 (três mil oitocentos e oitenta e sete reais) a título de indenização por danos materiais, acrescidos de correção monetária e juros de 1% (um por cento) ao mês, a contar do ajuizamento da ação. Custas e honorários em 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação.

O autor, ora 1º apelante, ajuizou a referida ação alegando ter firmado com a CEMAR termo de autorização de implantação de faixa de servidão de passagem de linha permanente com extensão de 360,53m e 20m de largura, para a implantação da LT 69 KW- Arari/Viana, sendo que a refe-

rida linha passou por parte de suas terras no povoado Córrego dos Birdos, Município de Arari, que tem 20 hectares de área total e na qual existem diversas benfeitorias, tais como: casa de alvenaria, quatro açudes, cercas e pastagens, avaliadas em R\$ 120.000,00 (cento e vinte mil reais).

Contudo, assentou que recebeu a título de indenização, o valor de R\$ 433,00 (quatrocentos e trinta e três reais), que entende ser irrisório, requerendo, a indenização por danos materiais no valor de R\$ 36.000,00 (trinta e seis mil reais), pois do imóvel retira o sustento de sua família, nele havendo plantação de melancia, arroz, feijão e mandioca, além de criação de animais, o qual restou desvalorizado com a colocação da linha de passagem.

A CEMAR apresentou contestação alegando a nulidade da sua citação e, no mérito, disse que a área em questão poderia ser normalmente explorada, pois fora utilizado apenas 1/20 (um vinte avos) do terreno para fins de passagem. Além disso, o termo de autorização previa a possibilidade de cultivo de plantas rasteiras, como a plantação de melancia, mandioca e arroz.

Sustentou, ainda, que deveria prevalecer o termo pactuado, pois este restou estipulado de forma livre e nele há a expressa quitação do preço ajustado. Argumentou, por fim, não haver provas de danos materiais.

Na réplica foi suscitada a preliminar de revelia da ré e refutadas as preliminares arguidas.

Ao decidir a lide, o magistrado declarou a intempestividade da contestação e julgou procedentes em partes os pedidos, para condenar a CEMAR ao pagamento do valor complementar da indenização pela servidão administrativa.

Opostos embargos de declaração pela CEMAR, os quais foram rejeitados.

O 1º apelante requereu a reforma da sentença para que fosse majorado o valor da indenização, levando-se em conta a desvalorização do imóvel.

O 2º apelante requereu a nulidade da sentença, uma vez que o magistrado ao analisar os embargos de declaração não se manifestou sobre todas as questões suscitadas, tais como: a) a impossibilidade de indenização complementar, já que o autor deu plena quitação da indenização recebida na via administrativa a título de servidão; b) não cabimento

da presunção do dano material, o qual deveria estar comprovado nos autos, em especial porque a linha de transmissão não estaria impedindo o plantio de culturas rasteiras praticado pelo autor; c) que o cálculo desenvolvido pelo magistrado tomou por base o valor integral da área, quando deveria ter calculado com base em 30% (trinta por cento) do valor da área afetada e; d) que na fixação de honorários deveria ter sido considerada a sucumbência recíproca, em razão da parcialidade dos pedidos deferidos, teses estas que reitera em sede de apelação, caso não seja anulada a sentença por ausência de prestação jurisdicional e de fundamentação.

Ausentes as contrarrazões.

A Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pela rejeição da preliminar e, no mérito, não demonstrou interesse na lide.

VOTO

De início cabe examinar os requisitos de admissibilidade do 2º recurso, dentre eles, o preparo, sob pena de não conhecimento do mesmo com base no art. 511 do CPC.

O preparo nada mais é do que o pagamento prévio das custas processuais, sendo que verificada a ausência ou qualquer irregularidade neste, aplica-se a pena de deserção.

No caso dos autos, constato às fls. 149/150, que o preparo se deu mediante depósito bancário na conta do FERJ, via internet, procedimento que, viola a regra insculpida no Ofício Circular nº 60/2010¹ da Corregedoria Geral de Justiça.

Nesse sentido:

PROCESSO CIVIL. APELAÇÃO. AÇÃO DE COBRANÇA. SENTENÇA TERMINATIVA. ART. 267, §1º, DO CPC. IRREGULARIDADE NO PREPARO RECURSAL. SIMULTANEIDADE COM A INTERPOSIÇÃO. PRECLUSÃO CONSUMATIVA. OFÍCIO CIRCULAR N. 60/2010 - CGJ. DEPÓSITO

1 Ofício circular nº 60/2010 – gab/CGJ – Em hipótese alguma poderão ser realizados pagamentos de custas através de depósito bancário em conta corrente do FERJ, transferência e pagamento via internet, transferência entre bancos ou pagamentos por meio de cheques ou outro títulos de crédito, sob pena de deserção do recurso ou cancelamento da distribuição da ação.

BANCÁRIO EM CONTA DO FERJ. VIA INTERNET. IMPOSSIBILIDADE. DESERÇÃO. NÃO CONHECIMENTO. I - *O preparo consiste na quitação prévia, pelo recorrente, das custas referentes ao processamento do recurso, sendo que, em virtude do advento da regra do preparo imediato, introduzida no art. 511 do Código de Processo Civil pela Lei 8.950/94, tal recolhimento deve ser comprovado juntamente com a interposição, pois, uma vez interposto o recurso, acontece o que os doutrinadores denominam de preclusão consumptiva. A ausência ou irregularidade no preparo enseja a aplicação da pena de deserção; II - de acordo com o Ofício Circular nº 60/2010-GAB/CGJ, em hipótese alguma poderão ser realizados pagamentos de custas através de depósito bancário em conta corrente do FERJ, transferência e pagamento via Internet, transferência entre bancos ou pagamentos por meio de cheques ou outros títulos de crédito, sob pena de deserção do recurso ou cancelamento da distribuição da ação; III – apelação não conhecida. (TJ/MA, Apelação Cível nº 22.758/2011, 3ª Câmara Cível, Rel. Des. Cleones Carvalho Cunha, DJE 03.10.2011).*

Dessa forma, não sendo válido o comprovante do pagamento realizado pela internet não conheço do 2º apelo e passo ao exame do mérito do 1º recurso, que se refere tão somente ao valor da indenização pela servidão de passagem que o autor pretende majorar.

A servidão administrativa, nas palavras de JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO em seu “Manual de Direito Administrativo”, 23ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 847 “é o direito real público que autoriza o poder Público a usar a propriedade imóvel para permitir a execução de obras e serviços de interesse coletivo”. Mais adiante, o citado mestre observa (*op. cit.*, p. 848):

“A noção clássica deste instituto envolve a conhecida servidão de trânsito, ou seja, aquela que provoca a utilização do solo, reduzindo, portanto, a área útil do imóvel do proprietário. Seja como for, em todos esses casos, como bem se pode observar, o Poder Público limita-se ao uso da parte da propriedade necessária à execução dos serviços públicos.” (Original sem grifo).

No presente caso, constata-se que as partes anuíram com a servidão de passagem referente a 360,53m de comprimento e 20m de largura da área em questão que tinha o total de 20 hectares, sendo que a servi-

dão corresponde a 1/20 (um vinte avos) da área total, pela qual a CEMAR pagou a título de indenização o valor de R\$ 433,00 (quatrocentos e trinta e três reais), considerado, pelo autor, irrisório.

O magistrado majorou o *quantum* para R\$ 4.320,00 (quatro mil, trezentos e vinte reais), que, descontado o valor recebido pelo autor na via administrativa, restou a condenação em R\$ 3.887,00 (três mil oitocentos e oitenta e sete reais), cujo requerente pretende majorar para R\$ 36.000,00 (trinta e seis mil reais).

Oportuno destacar que foi declarada a revelia da CEMAR, que apresentou sua contestação intempestivamente. Além disso, o recurso por ela interposto também não foi conhecido, dessa forma, a matéria fática, relativa ao valor do imóvel deve ser aceita como verdadeira, de modo que o cálculo da indenização levará em conta o valor da propriedade de R\$ 120.000,00 (cento e vinte mil reais).

A doutrina e a jurisprudência têm se manifestado no sentido de possibilitar a complementação da indenização do valor pago, de modo que este fique em torno de 20% a 30% (trinta por cento) do valor da terra nua.

Senão vejamos:

“ (...) a indenização terá que ser calculada em cada caso concreto, para que se demonstre o prejuízo efetivo; se este não existiu, não há o que indenizar. No caso de servidão de energia elétrica, que é a mais freqüente, a jurisprudência fixa a indenização em valor que varia entre 20% e 30% sobre o valor da terra nua (...) Quanto aos proprietários de prédios servientes, o artigo 5º assegura o direito à indenização correspondente à justa reparação dos prejuízos causados pelo uso público e pelas restrições estabelecidas ao seu gozo”.²

SERVIDÃO ADMINISTRATIVA. PASSAGEM DE LINHA DE TRANSMISSÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. PERCENTUAL INDENIZATÓRIO. CÁLCULO DO PREÇO DO METRO QUADRADO DO IMÓVEL. RUÍDO. COBERTURA VEGETAL. JUROS COMPENSATÓRIOS. HONORÁRIOS.1. O valor comercial do metro quadrado da terra nua foi obtido mediante pesquisa sobre imóveis similares na região, nenhum reparo reclamando o laudo pericial nesse tópico, na medida em

2 Maria Sylvia Zanella de Pietro, (obcit., págs. 147/152).

que, inobstante a discrepância de datas das pesquisas, a mais recente delas indicou o mesmo preço unitário médio daquelas mais remotas, nenhuma irregularidade se verificando. 2. O percentual de 65% de indenização, calculado sobre o valor total da gleba atingida como indicativo da desvalorização experimentada, segundo constante do laudo oficial, é, no caso, excessivo, carecendo de fundamentação plausível.3. Considerando melhor fundamentado o laudo do assistente técnico de Furnas, e tendo em vista tratar-se de imóvel rural subutilizado, nele não se desenvolvendo agricultura de grande porte, mas apenas de subsistência, a isso somando-se que a linha de transmissão passa pelos fundos do terreno sobre área de capoeira, sem impedimentos de maior vulto ao uso a que destinado, **correta a fixação do percentual de 28% preconizado no laudo auxiliar**. 4. Eventual ruído emanando da linha de transmissão não tem o condão de permitir a elevação do percentual da servidão ou a incidência sobre a totalidade do imóvel. 5. Nada permite seja reduzida a indenização pela cobertura vegetal removida nos moldes pretendidos por Furnas, na medida em que se baseia em área muito inferior à verdadeiramente atingida pela restrição. 6. Embora tenham as testemunhas mencionado o início das restrições ao uso do terreno antes mesmo da formal imissão na posse, nenhum elemento nos autos permite concluir, com segurança, em que data isso teria ocorrido, impedindo a retroação do termo a *quo* dos juros compensatórios ao ano anterior, por verdadeiramente aleatória a pretensão.7. Por fim, considerando a natureza da causa, as intercorrências nela verificadas, o local da prestação dos serviços e os valores envolvidos, tenho que a verba honorária de 5% bem remunera o trabalho advocatício, devendo ser mantida.8. Apelo de Furnas parcialmente provido. Apelo de Samuel Gil e outros improvido.
(81244 SP 94.03.081244-3, Relator: JUIZ CARLOS LOVERA, Data de Julgamento: 19/07/2007, Data de Publicação: DJU DATA:30/08/2007 PÁGINA: 835)

No presente caso, o magistrado fixou o valor da indenização equivocadamente, pois não aplicou o percentual acima destacado sobre o valor da terra nua, na verdade ele realizou uma regra de três simples, para auferir o valor equivalente a área que fora objeto da servidão, qual seja, 0,72 hectares, contrariando a jurisprudência pátria. Assim, merece reforma a sentença quanto a esse aspecto, razão pela qual aplico o percentual de 20% (vinte por cento), sobre o valor da área, tendo em vista

que ainda é possível a utilização pelo apelante do imóvel para o cultivo de plantas rasteiras, que era a atividade antes desenvolvida.

Logo, majoro o referido valor da indenização para R\$ 24.000,00 (vinte e quatro mil reais), do qual deverá ser descontado o montante já recebido pelo autor.

Ante o exposto, voto pelo provimento parcial do 1º apelo, reformando a sentença de primeiro grau, para majorar o valor da indenização e pelo não conhecimento do 2º recurso.

Sala das Sessões da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, em São Luís, 14 de junho de 2012.

Des. Jorge Rachid Mubárack Maluf
Relator

PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL
SESSÃO DO DIA 21 DE JUNHO DE 2012
APELAÇÃO CÍVEL Nº. 17674/2011 – SÃO LUÍS

Apelante: B&B Comercial de Alimentos LTDA
Advogados: Luís Eduardo Franco Bouéres e Alteredo de Jesus Ne-
ris Ferreira
Apelado: Moinhos Cruzeiro do Sul S/A
Advogados: Fábio Fernando Rosa Castelo Branco e Luís Fernando
Dominici Castelo Branco
Relator: Des. Kleber Costa Carvalho

ACÓRDÃO Nº. 1162902012

EMENTA

APELAÇÃO CÍVEL. PRESCRIÇÃO. COBRANÇA DE DÍVIDA. DOCUMENTO DISTINTO DE TÍTULO DE CRÉDITO. CINCO ANOS. MORA *EX RE*. JUROS MORATÓRIOS. TERMO *A QUO*. VENCIMENTO DA DÍVIDA. RECURSO DESPROVIDO.

1. Tratando-se de cobrança de dívida baseada em documento que não consubstancie título de crédito, o prazo prescricional é de 5 (cinco) anos na forma do art. 206, § 5º, I, do Código Civil.
2. A mora *ex re* legitima a incidência dos juros moratórios desde o vencimento da obrigação, independente de protesto ou citação judicial.
3. Apelo desprovido.

ACORDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Senhores Desembargadores da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, por unanimidade, em negar provimento ao apelo, nos termos do voto do Relator.

Participaram do julgamento os Senhores Desembargadores: Kleber Costa Carvalho, Jorge Rachid Mubárack Maluf e Raimunda Santos Bezerra.

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

São Luís, 21 de Junho de 2012.

Desembargador Kleber Costa Carvalho
Relator

RELATÓRIO

B&B Comercial de Alimentos LTDA interpôs apelação cível contra decisão do Juízo da 5ª Vara Cível da Comarca da Capital que, nos autos da ação monitória proposta por Moinhos Cruzeiro do Sul S/A, rejeitou os embargos monitórios para declarar constituído de pleno direito o título executivo no valor de R\$ 40.352,77 (quarenta mil trezentos e cinquenta e dois reais e setenta e sete centavos).

Pleiteia a apelante as benesses da justiça gratuita, indicando que a empresa não se encontra mais em funcionamento, o que ilidiria a possibilidade de arcar com o pagamento do preparo do recurso e demais despesas processuais.

Alega que o crédito consubstanciado nas duplicatas já teria sido alcançado pela prescrição, sob o argumento de que o protesto não teria o condão de interrompê-la, face ao que dispõe a súmula 153 do STF.

Preconiza ter havido excesso de execução, tendo em vista que os juros somente poderiam incidir a partir do momento em que o débito se tornaria exigível, o que ocorreria com o protesto.

Em contrarrazões a apelada destaca que não há nos autos “duplicata” propriamente dita, mas meras notas fiscais.

Aduz não haver prescrição, pois a regra a incidir seria a do art. 206, § 5º, I, do Código Civil, já que se trataria apenas de uma ação de cobrança embasada em notas fiscais, comprovante de emissão do Banco do Brasil e protesto.

Por último reverbera que a apelante não teria direito aos benefícios da justiça gratuita.

Instada a se manifestar, a douta Procuradoria Geral da Justiça, em parecer do Dr. Marco Antônio Guerreiro, opinou pelo não conhecimen-

to do recurso, tendo em vista a inépcia da petição recursal, a qual não teria refutado os fundamentos esposados na decisão impugnada.

É o relatório.

VOTO

Preliminarmente, quanto à justiça gratuita, vejo que o pleito merece deferimento. Com efeito, parece-me incontroverso o fato de que a apelante não se encontra mais em atividade, estando com problemas financeiros, tanto que o próprio apelado, na impugnação aos embargos monitórios, reconhece o fato quando imputa a responsabilidade pelos riscos do negócio à própria apelante. Além disso, os documentos de fls. 85/87 demonstram a inatividade da empresa na medida em que não teriam sido especificamente impugnados pela parte contrária.

Quanto à preliminar de não conhecimento do recurso suscitada pela Procuradoria Geral de Justiça, tenho por não acolhida, haja vista que a petição recursal permite identificar os meandros da controvérsia posta, a saber: se a prescrição teria ocorrido ou não, bem como a questão do excesso de execução, ambas as matérias enfrentadas na sentença recorrida e sobre as quais se limita a devolutividade recursal.

No mérito, contudo, não assiste razão à apelante.

Primeiro, verifico que os documentos de fls. 16/22 não se tratam propriamente de duplicatas, mas sim de meros boletos bancários. A duplicata, como determina a Lei nº 5.574/68 pressupõe o cumprimento de requisitos dentre os quais os constantes no § 1º, do art. 2º, o que não é a hipótese dos autos, tanto é assim que o Superior Tribunal de Justiça, a título de exemplo, somente admite a substituição da duplicata virtual por boleto bancário se este retrata fielmente os requisitos daquela (inf. 467, REsp 1.024.691-PR, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 22/3/2011), o que denota um tratamento diferenciado conferido a cada um dos documentos.

Portanto, é notório que o boleto bancário não se confunde com a duplicata.

Desse modo, se a cobrança judicial foi proposta com base nos boletos e outros documentos como a nota fiscal e protesto, documentos estes que não se consubstanciam em títulos de crédito, o prazo prescricional não se amolda à hipótese prevista no art. 206, § 3º, VIII do Código Civil, mas sim à do § 5º, I, do mesmo dispositivo legal, que

estabelece o prazo de 5 (cinco) anos para “a pretensão de cobrança de dívidas líquidas constantes de instrumento público ou particular”.

Quanto aos juros moratórios, tendo em vista a espécie tratar-se de mora *ex re* cabe a incidência dos juros desde o não pagamento do débito. A jurisprudência do STJ é dominante nesse sentido, senão vejamos:

DIREITO CIVIL. OBRIGAÇÕES. INADIMPLENTO. MORA EX RE E MORA *EX PERSONA*. TERMO INICIAL DOS JUROS DE MORA. RESPONSABILIDADE CONTRATUAL.

1.- Tratando-se de responsabilidade extracontratual, os juros de mora devem incidir a partir do evento danoso (Súmula 54/STJ). Cuidando-se de responsabilidade contratual, porém, os juros de mora não incidirão, necessariamente, a partir da citação.

2.- Nas hipóteses em que a mora se constitui *ex re*, não se sustenta que os juros moratórios incidam apenas a partir da citação, pois assim se estaria sufragando casos em que, a despeito de configurada a mora, não incidiriam os juros correspondentes.

3.- Quando se tratar de obrigação positiva e líquida, os juros moratórios são devidos desde o inadimplemento, mesmo nas hipóteses de responsabilidade contratual.

4.- Recurso Especial provido.

(STJ, REsp 1257846 / RS, RECURSO ESPECIAL 2011/0130810-0, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, T3 - TERCEIRA TURMA, DJe 30/04/2012) (grifo nosso)

Inidônea a tentativa de postergar o termo *a quo* dos juros moratórios para a data do protesto, pois este é apenas ato de publicidade e de interrupção da prescrição, e não o marco divisor do estado de mora do devedor. Ora, se a mora é *ex re* o devedor tem a obrigação de pagar a dívida desde o seu vencimento, razão pela qual, não o fazendo, fica autorizada a incidência de juros moratórios a partir dessa data (art. 394, CC).

Diante do exposto, em desacordo com o parecer ministerial, conheço da apelação para, no mérito, negar-lhe provimento.

É como voto.

Sala das sessões da Primeira Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, São Luís, aos 21 dias do mês de junho do ano de 2012.

Des. Kleber Costa Carvalho

Relator

SEGUNDA CÂMARA CÍVEL
SESSÃO DO DIA 03 DE ABRIL DE 2012
APELAÇÃO CÍVEL Nº. 027845/2011– SÃO LUIS

1º Apelante: Lojas Insinuante LTDA
Advogados: Glycia de Almeida Martins Raposo e outros
2º Apelante: Joseleide Costa Sousa
Advogados: Pedro Leonel Pinto de Carvalho e outros
1º Apelada: Joseleide Costa Sousa
Advogados: Pedro Leonel Pinto de Carvalho e outros
2º Apelada: Lojas Insinuante LTDA
Advogados: Glycia de Almeida Martins Raposo e outros
Relatora: Desa. Nelma Celeste Souza Silva Sarney Costa

ACÓRDÃO 1135862012

EMENTA

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. CONSUMIDOR. APELAÇÃO. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM* - REJEITADA. INDENIZAÇÃO - COMPRA DE ELETRODOMÉSTICO - VÍCIO DE QUALIDADE - EMPRESA QUE COMERCIALIZA O PRODUTO - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA COM O FABRICANTE - DANO MORAIS - CONFIGURAÇÃO - FIXAÇÃO DO *QUANTUM*. OBEDIÊNCIA AOS LIMITES DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. MANUTENÇÃO. NECESSIDADE. JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA. INCIDÊNCIA A PARTIR DA DATA DO ARBITRAMENTO. MAJORAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. POSSIBILIDADE. ART. 20 § 4º DO CPC. PRIMEIRO APELO IMPROVIDO E SEGUNDO APELO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. A responsabilidade, perante o consumidor, da empresa que comercializa o produto com vício de qualidade é solidária com o fabricante, a teor do disposto no art. 18 do Código de Defesa do Consumidor.

2. Sofre danos morais o consumidor que adquire um produto com vício de qualidade e não tem a assistência adequada por parte do vendedor e do fabricante do bem.

3. A indenização por danos morais deve ser fixada levando-se em consideração as circunstâncias concretas do caso, o nível socioeconômico das partes, guardando a devida proporção com o grau de culpa e ofensa causada ao autor, observando-se os critérios da exemplariedade, solidariedade e razoabilidade, a fim de que a reparação pretendida seja justa, sem proporcionar o enriquecimento sem causa do autor, nem perder o seu caráter pedagógico.

4. Os juros de mora nas indenizações por dano moral devem incidir a partir da data do arbitramento, pois antes dessa fixação, o devedor não tem como satisfazer a obrigação, ainda ilíquida, em razão do que não incorre em mora desde o evento danoso (RESP 903.258/RS, Quarta Turma, Relatora Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, j. 21/06/2011). A correção monetária segue a mesma disciplina, conforme Súmula nº 362 do STJ.

5. Os honorários advocatícios devem ser fixados consoante apreciação equitativa do juiz à luz do art. 20, §3º e 4º do CPC, podendo ser majorados nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não.

6. Primeiro Apelo improvido e segundo Apelo parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, ACORDAM os Desembargadores, unanimemente, e rejeitar a preliminar e, no mérito, negar provimento ao primeiro recurso e dar parcial provimento ao segundo recurso, nos termos do voto da Desembargadora Relatora.

Participaram do julgamento os Senhores Desembargadores: Nelma Celeste Souza Silva Sarney Costa, Marcelo Carvalho Silva, Raimundo Freire Cutrim.

Funcionou pela Procuradoria Geral de Justiça o Dr. Terezinha de Jesus Guerreiro Bonfim.

São Luís, 3 de abril de 2012

Desa. Nelma Celeste Souza Silva Sarney Costa
Presidente Relatora

RELATÓRIO

Trata-se de Apelações Cíveis interpostas simultaneamente por Lojas Insinuante e Joseleide Costa Sousa em face da decisão do Juiz da 5ª Vara Cível da Comarca de São Luís-MA que, nos autos da Ação Sumária com Pedido de Antecipação de Tutela promovida pela segunda Apelante julgou parcialmente o pleito para condenar a demandada ao pagamento de danos de morais no valor de R\$3.000,00 (três mil reais) e ainda ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios de 10% sobre o valor da condenação.

A primeira Apelante aduz preliminarmente a ilegitimidade passiva alegando que a responsabilidade é do fabricante. No mérito refuta a condenação a título dos danos morais.

A segunda Apelante requer a majoração do valor arbitrado na sentença a título de danos morais que foi inferior ao pleiteado na exordial, alegando que tal condenação tem caráter pedagógico e repreensor com fim de que os atos ilícitos não sejam repetidos.

Requer também que a incidência de juros e correção monetária seja a partir da data do ato danoso.

Quanto aos honorários advocatícios, requer a segunda Apelante que sejam majorados para o patamar de 20% sobre o valor da condenação

Contrarrazões da segunda Apelante às fls. 178/183.

Contrarrazões da primeira Apelante às fls. 189/201.

Remetidos à Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Joaquim Henrique de Carvalho Lobato, manifestou-se pelo conhecimento do recurso deixando de opinar sobre o mérito, por inexistir, na

espécie qualquer das hipóteses autorizadas da intervenção ministerial prevista no art. 82 do CPC.

É o relatório.

VOTO

Presentes os requisitos de admissibilidade, conheço dos recursos e passo a analisá-los.

PRELIMINAR - ILEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM*

Sustenta a Apelante Lojas Insinuante LTDA ser parte ilegítima para figurar no pólo passivo da lide, sob os argumentos de que não é o responsável pela fabricação do produto cujo defeito foi apontado.

A legislação consumerista, impõe, através do seu art. 18, a responsabilidade objetiva ao fornecedor de produtos de consumo duráveis ou não duráveis, pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados para o consumo a que se destinam ou que lhes diminuam o valor.

Art. 18. Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com as indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas.

(...)

O parágrafo 6º do artigo supra citado define o que seria produto impróprio para consumo:

Art. 18.(...)

(...)

§ 6º São impróprios ao uso e consumo:

I - os produtos cujos prazos de validade estejam vencidos;

II - os produtos deteriorados, alterados, adulterados, avariados, falsificados, corrompidos, fraudados, nocivos à vida ou à saúde, perigosos ou, ainda, aqueles em desacordo com as normas regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação;

III - os produtos que, por qualquer motivo, se revelem inadequados ao fim a que se destinam.

Cumprido destacar que, no Código de Defesa do Consumidor vício e defeito de um produto não possuem tecnicamente o mesmo significado. O defeito no produto ocorre, de acordo com a definição do art. 12, §1º do CDC, “quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera”, enquanto que o vício pode ser de qualidade ou quantidade que torna o produto impróprio ou inadequado para o consumo ou que lhe reduza o valor.

Destarte, o problema apresentado pela máquina de lavar da autora consiste em um vício de qualidade, pois aquela era inadequada para o fim a que se destinava, na medida em que a máquina não funcionou e apresentou um forte ruído no momento em que foi ligada.

Nesse ínterim, a responsabilidade do vendedor, no tocante aos defeitos dos produtos presentes no art. 12 do CDC é solidária, mas desde que presentes um dos requisitos contidos nos incisos I, II e III do art. 13 do mesmo diploma legal.

Contudo, o mesmo não se pode dizer do vício de qualidade ou quantidade do produto previsto no art. 18, pois, nesse caso, a responsabilidade da empresa que comercializa o produto e do fabricante é solidária, independentemente que qualquer situação.

Nesse sentido:

RESCISÃO CONTRATUAL E INDENIZAÇÃO - VÍCIO DO PRODUTO - CODECON - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO FORNECEDOR E DO COMERCIANTE - DECADÊNCIA - INOCORRÊNCIA - VEÍCULO NOVO - NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DO DEFEITO - PROVA TÉCNICA - ÔNUS DA AUTORA.

- Conforme preceitua o art. 18 do CDC, o comerciante responde solidariamente com o fabricante perante o consumidor, pelos defeitos dos produtos colocados em circulação.

(...).

AQUISIÇÃO DE VEÍCULO NOVO. VÍCIO DE FABRICAÇÃO. PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE ATIVA E PASSIVA DESACOLHIDAS. RELAÇÃO DE CONSUMO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO FABRICANTE E DO REVENDEDOR. SUBSTITUIÇÃO DO PRODUTO. POSSI-

BILIDADE. INCIDÊNCIA DO ART. 18 DO CDC. SENTENÇA MANTIDA.

1 - (...)

2 - Tanto o fabricante como o comerciante, em contratos de compra e venda de bens móveis, mormente em negócios realizados à luz da legislação consumerista, respondem solidariamente pela qualidade do produto vendido (art. 18 do CDC).

3 - (...)

4 - (...).

Diante de tais fatos, dúvidas não restam acerca da legitimidade da primeira Apelante para figurar no pólo passivo da lide, na medida em que foi a empresa que comercializou o produto para a autora.

Pelo exposto, **rejeito a preliminar.**

Por uma questão de similaridade acerca das matérias impugnadas, as apelações interpostas serão analisadas conjuntamente.

Extrai-se dos autos que a autora ajuizou uma ação de indenização em desfavor de Lojas Insinuante LTDA. sustentando que adquiriu, em 09/12/2006, junto a primeira Apelante uma máquina de lavar e que, no instante em que chegou em casa o produto não ligava e ainda apresentou um forte ruído ao tentarem ligá-lo.

Foi então que a autora retornou à loja para informar o vício do eletrodoméstico recém adquirido, ficando acertado que um técnico iria fazer uma vistoria no prazo de uma semana, o que não ocorreu. Fato este que levou a mesma a retornar à loja levando o produto defeituoso, ocasião em que lhe foi informado que seria feito o pedido de uma nova máquina e que isso ocorreria no prazo de 20 dias, o que também não aconteceu.

A controvérsia posta em debate cinge-se a analisar se a autora, ora segunda Apelante, sofreu dano moral passível de ser indenizado, bem como se o *quantum* foi fixado dentre dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Conforme é sabido, o dano moral indenizável é aquele que, decorrente de uma conduta antijurídica, submete a vítima a uma dor íntima, ferindo-lhe a honra e a dignidade, abalando sua imagem e resultando em ofensa aos atributos pessoais que lhe são mais caros, donde se conclui que se exige que o prejuízo causado seja verdadeiramente relevante, ultrapassando a fronteira do simples desconforto, constrangimento ou incômodo.

No caso em questão, entendo que a autora não sofreu meros aborrecimentos ao tentar solucionar o vício apresentado pelo produto, pois é inegável a sua frustração ao adquirir um produto em virtude de um problema de saúde e não ter condições de utilizá-lo tal como esperado, tendo que percorrer uma verdadeira via sacra para tentar resolver o problema junto à empresa que vendeu, bem como junto ao fabricante.

O consumidor que adquire um eletrodoméstico para o seu lar tem a legítima expectativa de utilizá-lo da forma como o produto é oferecido na loja, sendo que o defeito de fabricação sem a assistência adequada por parte do vendedor e do fabricante ofende os direitos da personalidade consubstanciados na psique, no bem estar, não só de quem o adquire mas de toda a família.

Não se pode perder de vista, ainda, o caráter essencial do bem que a autora adquiriu, sendo certo que uma máquina de lavar não é item supérfluo, mas de extrema importância até mesmo para a manutenção da saúde já que a autora sofre de problemas ortopédicos e não pode fazer grandes esforços lavando roupas.

Ademais, deve-se ressaltar que até o ajuizamento da presente ação o conserto do produto não foi realizado nem tampouco o bem foi trocado assim como lhe fora prometido, e nem teve seu dinheiro ressarcido, o que afronta o que estabelece o art. 18, §1º do CDC.

Contudo, como pleiteou em sua exordial dano material em sede de tutela antecipada para que tivesse ressarcido o valor do bem adquirido e obteve êxito em seu pleito, continuaremos analisando somente o correspondente ao dano moral.

No que tange a fixação do *quantum*, cumpre destacar que não existe forma objetiva de se aferir e quantificar o constrangimento e abalo psíquico sofridos pela vítima de danos morais, sendo certo que este não comporta estimativas tarifárias ou tabeladas, em razão de não se poder nivelar os indivíduos pela dor e pelos seus constrangimentos, pois são dotados dos mais variados valores e sentimentos.

Contudo, é assente na doutrina e jurisprudência que para a fixação da indenização por danos morais, devem-se levar em consideração as circunstâncias concretas do fato e a capacidade econômica dos litigantes, a fim de que a reparação pretendida seja justa.

Sabe-se que, em se tratando de dano moral, o conceito de ressarcimento abrange duas forças: uma de caráter compensatório, posto que,

uma vez causado o dano não há como repará-lo, mas sim compensar o abalo à esfera ética do indivíduo; outra de caráter punitivo, visando desestimular a repetição de condutas ilícitas que atinjam o patrimônio moral das pessoas.

Cumpra ao julgador, levando-se em conta a condição social e econômica das partes, a repercussão do caso e o dano suportado, fixar de maneira razoável a quantia a ser indenizada.

O entendimento deste Tribunal, alinhado com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, é no sentido de que o *quantum* indenizatório deve ser fixado de maneira que a composição do dano seja proporcional à ofensa, observando-se os critérios da exemplariedade, solidariedade e razoabilidade, devendo o julgador se valer da sua experiência e do bom senso.

Neste sentido é que também entende o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, vejamos:

PROCESSO CIVIL - RECURSO ESPECIAL - INDENIZAÇÃO POR ATO ILÍCITO - JULGAMENTO ULTRA PETITA (ART. 460 DO CPC) - INOCORRÊNCIA - VIOLAÇÃO AO ART. 282, IV, DO CPC - INEXISTÊNCIA - DANOS MORAIS - *QUANTUM* RAZOÁVEL - VALOR MANTIDO - DISSÍDIO PRETORIANO NÃO COMPROVADO.

1 - Como cediço, o valor da indenização por dano moral sujeita-se ao controle do Superior Tribunal de Justiça, sendo certo que, na fixação da indenização a este título, recomendável que o arbitramento seja feito com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao nível socioeconômico dos autores e, ainda, ao porte econômico dos réus, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso.

2 - In casu, o valor fixado pelo Tribunal *a quo*, a título de danos morais, mostra-se razoável, limitando-se à compensação do sofrimento advindo do evento danoso.

3 - Agravo regimental desprovido.

Nesse mesmo norte, merece transcrição a lição de Humberto Theodoro Júnior:

Impõe-se rigorosa observância dos padrões adotados pela doutrina e jurisprudência, inclusive dentro da experiência registra-

da no direito comparado para evitar-se que as ações de reparação de dano moral se transformem em expedientes de extorsão ou de espertezas maliciosas e injustificáveis. As duas posições sociais e econômicas, da vítima e do ofensor, obrigatoriamente, estarão sob análise, de maneira que o juiz não se limitará a fundar a condenação isoladamente na fortuna eventual de um ou na possível pobreza do outro.

Com efeito, considerando as condições econômicas de ambas as partes e as circunstâncias do caso concreto, tenho que o valor de R\$3.000,00 (três mil reais) fixado na instância primeira deve ser mantido.

A segunda Apelante requer ainda que sejam incididos os juros e a correção monetária a data do evento danoso. Contudo, não merece razão, vejamos.

Em recente decisão, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça determinou que os juros de mora nas indenizações por dano moral devem incidir a partir da data do arbitramento, pois antes dessa fixação, o devedor não tem como satisfazer a obrigação, ainda ilíquida, em razão do que não incorre em mora desde o evento danoso (Superior Tribunal de Justiça, RESP 903.258/RS, Quarta Turma, Relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, julgado em 21 de junho de 2011). Os juros devem ser fixados no patamar de 1% (um por cento) ao mês.

Quanto à correção monetária para atualização do dano moral, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça (STJ) aprovou uma nova súmula de sua jurisprudência dominante, de número 362, originada pelo projeto 775, relatado pelo Ministro Fernando Gonçalves, determinando que esta ocorra a partir do arbitramento do valor da indenização, com o seguinte texto:

Súmula 362 DO STJ: A correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento.

O índice de atualização monetária a ser utilizado é o INPC (Índice Nacional de Preço ao Consumidor), divulgado pelo IBGE, conforme o artigo 4º da Lei nº. 8.177/91.

Refuta ainda a segunda Apelante quanto à condenação dos honorários advocatícios que foram fixados no importe de 10% sobre o valor da condenação.

O juiz sentenciante condenou a Apelada ao pagamento dos honorários advocatícios em 10% sobre o valor da condenação, o que enseja em R\$300,00 (trezentos reais) o valor dos honorários.

O artigo 20, §4º, do CPC estabelece que nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, sendo atendidos os critérios presentes no § 3º do mesmo artigo, quais sejam: o grau de zelo do profissional, o lugar da prestação do serviço e a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

O STJ se manifestou da seguinte maneira a despeito do pequeno valor:

“Pequeno que seja o valor da causa, os tribunais não podem aviltar os honorários de advogado, que devem corresponder à justa remuneração do trabalho profissional; nada importa que o vulto da demanda não justifique a despesa, máxime se o processo foi trabalhoso, obrigando o advogado a acompanhá-lo até no STJ” (STJ-3ª Turma, AI 325.270-SP-AgRg, re. Min. Nancy Andrighi, j; 20.3.01, negaram provimento, v. u., DJU 28.5.01, p. 199).

Desta feita, sempre adstrito à aplicação com equidade prevista pela norma processual, posto que a verba honorária presta-se a remunerar o trabalho do procurador da parte vencedora, não devendo se constituir em forma de enriquecimento sem causa.

Com efeito, entendo que 20% sobre o valor da condenação mostra-se suficiente ao caso em tela, sendo compatível com o trabalho desempenhado pelos advogados que representaram a segunda Apelante.

Diante do exposto e de tudo mais que dos autos constam, rejeito a preliminar, nego provimento ao primeiro apelo e dou parcial provimento ao segundo apelo para modificar o valor arbitrado aos honorários em 20% sobre o valor da condenação.

É como voto.

Sala das Sessões da Segunda Câmara Cível, em São Luís, Capital do Maranhão, 03 de abril de 2012.

Desa. Nelma Celeste Souza Silva Sarney Costa
Relatora

TERCEIRA CÂMARA CÍVEL
SESSÃO DO DIA 1º DE MARÇO DE 2012
APELAÇÃO CÍVEL Nº 036761/2010 – SÃO LUÍS

1º apelante: Estado do Maranhão
Procurador: Rogério Belo Pires Matos
1º apelada: Lojas Gabryella Ltda.
Advogado: Ivaldeci Rolim de Mendonça Júnior e outro
2º apelante: Lojas Gabryella Ltda.
Advogado: Ivaldeci Rolim de Mendonça Júnior e outro
2º Apelado: Estado do Maranhão
Procurador: Rogério Belo Pires Matos
Relator: Des. Stélio Muniz

ACÓRDÃO Nº. 1123472012

EMENTA

APELAÇÃO CÍVEL INTERPOSTA POR AMBAS AS PARTES. REPETIÇÃO DO INDÉBITO DECORRENTE DE COMPENSAÇÃO DE DÍVIDA DO ICMS COM PRECATÓRIO JUDICIAL. CORREÇÃO DA DÍVIDA PARA A DATA DO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. MORA ADMINISTRATIVA A QUE NÃO DEU CAUSA O CONTRIBUINTE. JUROS DE MORA DE 1% A.M E CORREÇÃO DA TAXA PELA SELIC. MAJORAÇÃO DE HONORÁRIOS INDEVIDA. RESSARCIMENTO DAS CUSTAS PROCESSUAIS PELO SUCUMBENTE.

1. A rigor do disposto no art. 1º, da Lei Estadual nº 7.576/2000, é assegurado ao contribuinte o direito de pleitear a compensação de débitos tributários com crédito oriundo de precatório judicial pendente de pagamento (art. 1º). Hipótese em que a repetição do indébito mostrou-se devida ante o retardo da Fazenda Pública na deflagração do procedimento, requerido em tempo hábil, não podendo o devedor responder por juros ou acréscimos decorrentes da demora na atualização do débito. Precedente no STJ: AgRg no AREsp 27.499/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/10/2011, DJe 26/10/2011.

2. Requerimento para compensação formulado em 28.12.2000 e deferido, tempestivamente pela administração, mas só levada a efeito após ordem judicial proveniente do MS nº 13.184/2002, prevalecendo como data do pagamento o momento do protocolo administrativo ante o silêncio legislativo.
3. Juros de mora cobrados pela Fazenda Pública na atualização da dívida que se mostram indevidos ante a função liberatória do débito.
4. Redução em 60% da multa decorrente do auto de infração de fls. 85/97, em virtude do disposto no art. 907 do RIICMS/MA, eis que não decorridos mais de trinta dias do pedido de compensação.
5. Ressarcimento em matéria tributária a que não incide o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, de acordo com a reiterada jurisprudência do STJ, restando devido em favor do contribuinte no percentual de 1% e corrigido pela taxa SELIC, conforme Lei nº 9.250/95. Precedente: AgRg no Ag 937598 / MG, Min. Castro Meira, DJ 12.02.2008; e AgRg no REsp 1129945/AL, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/04/2010, DJe 23/04/2010.
6. Danos morais indevidos ante a falta de demonstração dos efeitos decorrentes da inscrição indevida no cotidiano do contribuinte.
7. Ressarcimento das custas processuais e majoração dos honorários providos para fixar a verba em 10% sobre o valor da condenação, nos termos do art. 20, §§ 1º e 4º do CPC.
8. 1º apelo a que se nega provimento e 2º apelo provido parcialmente.

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 parcialmente de acordo

com parecer Ministerial, em negar provimento ao 1º apelo e dar parcial provimento ao 2º, nos termos do voto do Desembargador Relator.

Votaram os Senhores Desembargadores José Stélio Nunes Muniz, Jamil de Miranda Gedeon Neto e Lourival de Jesus Serejo Sousa.

Presidiu o julgamento o Desembargador Lourival de Jesus Serejo Sousa.

Presente pela Procuradoria Geral de Justiça a Dra. Maria dos Remédios Figueiredo Serra.

São Luís, 1º de março de 2012.

Des. Stélio Muniz
Relator

RELATÓRIO

Cuida-se de apelação cível interposta por ambas as partes contra a sentença proferida pelo Juiz da 2ª Vara da Fazenda Pública que, nos autos da ação de repetição de indébito c/c indenização por danos morais, julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na inicial para condenar o Estado do Maranhão à restituição do valor a ser apurado em liquidação por arbitramento, mediante atualização do precatório de titularidade das Lojas Gabryella até 28.12.00, pelo INPC, e segundo as regras descritas no inc. II, do art. 7º da Lei Estadual nº 7.576/2000, não ultrapassada a quantia pleiteada na inicial de R\$ 2.149.001,19¹(dois milhões cento e quarenta e nove mil um real e dezenove centavos)

Irresignado, entende o Estado do Maranhão que a sentença ataca a carece de reforma porque não faz jus a apelada à redução de 60% da multa aplicada pela mora no pagamento de débito do ICMS, visto que não requereu a respectiva compensação do crédito tributário dentro do prazo de 30 dias da sua notificação para pagamento.

Continua, arguindo que a compensação não gera a extinção do débito, não constituindo modalidade de pagamento, a rigor do disposto no art. 162 do CTN.

1 Vol. V, fls. 1.772-1.782.

Alega que, quando do pedido de compensação, vários dos débitos já se encontravam em parcelamento, não podendo ser considerado para o benefício em questão.

Quanto à devolução dos juros de mora cobrados entre a data do pedido de compensação formulado administrativamente pela apelada e a data da efetivação da compensação (após 06.01.2004- é o que se infere das fls. 242-249)- decorrente da demora na apreciação administrativa do pleito-, afirma o apelante que tal capítulo da sentença deve ser modificado, visto que, ante a natureza constitutiva da decisão tributária só haverá o ressarcimento dos valores líquidos e certos, nos termos do art. 170 do CTN, o que ocorreu, somente, por ocasião da planilha atualizada do débito informada pela GERE.

Diz que os entraves burocráticos e a própria confusão ocasionada pela apelada diante dos vários pedidos formulados ocasionaram a demora na análise do pedido de compensação, não podendo ser isentada esta dos juros de mora do período.

Suscita ainda, o argumento de que a apelada não seguiu o procedimento disposto na Lei Estadual nº 7.576/2000, optando por sacar a quantia quando deveria disponibilizá-la ao Fisco.

Por fim, aduz que o valor apurado em perícia realizada não foi válido, incorrendo em erro o juízo ao prolatar sentença de mérito, quando, na verdade, deveria ter mandado refazê-la. Não obstante isso, ainda que fosse certa a devolução de valores, estes seriam no importe de R\$ 145.044,31 (cento e quarenta e cinco mil quarenta e quatro reais e trinta e um centavos) e nunca o de R\$ 2.149.001,19 (dois milhões cento e quarenta e nove mil um real e dezenove centavos), limitado pelo pronunciamento judicial.

Assim, pede o Estado do Maranhão que seja dado provimento ao recurso interposto para o fim de julgar improcedentes os pedidos formulados na inicial².

Às fls. 1.849-1.857, arguiram as Lojas Gabryella em razões de 2º apelo, a reforma da sentença atacada sob o argumento de que equivocado o critério de atualização da restituição tributária pelo INPC, já que reiterado o julgamento pelo STJ no sentido de que, em casos de pagamento indevido, a correção dá-se pela SELIC, para os pagamentos devidos a partir de 01.01.96.

2 Vol. V, fls.1.801-1.815

Argumenta, também, ser a SELIC o índice utilizado pela Lei Estadual nº 7.799/2002, implicando a fixação pelo INPC clara afronta à norma estadual de modo que devida a correção do indébito após 28.09.2005 por aquela taxa.

Sobre os danos morais, afirma que incorreu em equívoco a sentença apelada ao julgá-los improcedentes haja vista que comprovada a inscrição da 2ª apelante na dívida ativa pela recusa indevida à compensação do débito tributário, restando claro os danos advindos desta conduta.

Finalmente, reclama a majoração dos honorários advocatícios e custas processuais, devendo ser aplicada a regra do art. 20, *caput*, e seu §2º, do CPC.

Em contrarrazões de 1º apelo, defenderam as Lojas Gabryella, com as ressalvas feitas em razões recursais, a manutenção da sentença atacada quanto à condenação do Estado à repetição do indébito, pedindo, ao fim, o improvimento do apelo.

Em contrarrazões de 2º apelo, repisando a tese defendida em razões recursais, pugnou o Estado do Maranhão pelo improvimento do recurso manejado pelas Lojas Gabryella.

Com vista dos autos, entendeu a Procuradoria Geral de Justiça pelo conhecimento e parcial provimento a ambos os recursos interpostos³

Era o que cumpria relatar, devendo ser encaminhados estes autos ao Revisor por força do contido no art. 262, III, do RITJMA.

VOTO

Os recursos interpostos atendem aos pressupostos indispensáveis à admissibilidade recursal, devendo ser ambos conhecidos.

E antes de adentrar o mérito recursal, necessário destacar que a causa relaciona-se ao reconhecimento de repetição de indébito cumulada com indenização por danos morais decorrente da recusa indevida entre a compensação de débito do ICMS e crédito proveniente de Precatório Judicial, a rigor do disposto no art. 1º, da Lei nº 7.576/2000.

Pois bem. Analisando detidamente as razões de 1º apelo, adiante não procederem as alegações do Estado do Maranhão. Isto porque das

3 Fls.Vol. V. Fls. 1.900-1.911.

fls. 35-119, comprovou a apelada, não só, que informou ao apelante acerca de seu interesse na compensação de **débito oriundo do ICMS no valor, em 1º de dezembro de 2000, de R\$ 2.202.924,34 (dois milhões duzentos e dois mil novecentos e vinte e quatro reais e trinta e quatro centavos)**, já que credora de valor constante do precatório nº 11517/97-012-TJ, no montante de R\$ 3. 547.229,85, (três milhões quinhentos e quarenta e sete mil duzentos e vinte e nove reais e oitenta e cinco centavos) como também a determinação judicial para tal fim (MS nº 13.184/2002- fls. 200/238).

Aludido requerimento administrativo foi formulado em 28.12.2000, com fundamentação no art. 1º da Lei nº 7.576/2000, de 22.12.2000, restando reconhecido, na época, pela Procuradoria Geral do Estado, o cumprimento das formalidades previstas na Norma, o que se deu em 05.03.2001.

Encaminhado o pedido de compensação à GERE, foi também emitido parecer favorável em 03.10.2002, sobrevivendo após isso, indevidamente, **notificação para pagamento de débito atualizado no valor de R\$ 4.779.203,52 (quatro milhões setecentos e setenta e nove mil duzentos e três reais e cinquenta e dois centavos) (fls. 113)**.

Da ordem cronológica dos fatos, evidencia-se, como dito, não assistir razão ao apelante, já que a Lei Estadual nº 7.576/2000, bem como o Decreto nº 16.501/1998, asseguram ao contribuinte o direito de pleitear a compensação de débitos tributários com crédito oriundo de precatório judicial pendente de pagamento (art. 1º).

Nesse sentido, o Tribunal de Justiça Local manifestou-se favoravelmente ao pleito da apelada quando do julgamento do MS referido, assentado em jurisprudência do próprio STJ. Vejamos:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. ALEGAÇÃO GENÉRICA. SÚMULA 284/STF. ICMS. COMPENSAÇÃO COM PRECATÓRIO JUDICIAL. NECESSIDADE DE LEI ESTADUAL AUTORIZATIVA. SÚMULA 83/STJ.

1. Não prospera a alegada violação do art. 535 do Código de Processo Civil, uma vez que deficiente sua fundamentação. Incidência da Súmula 284/STF.

2. A recorrente limitou-se a alegar ofensa genérica ao dispositivo da Lei Processual, mas não explicitou em que medida

a suposta omissão influenciaria no julgado. Assim, aplica-se ao caso, *mutatis mutandis*, o disposto na Súmula 284/STF: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia”.

3. Nos termos da jurisprudência pacífica do STJ, a extinção do crédito tributário mediante compensação somente é possível se houver lei estadual autorizativa. Incidência da Súmula 83/STJ.

Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp 27.499/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/10/2011, DJe 26/10/2011) (grifo nosso)

Logo, comprovada a existência de Lei local e o interesse da apelada aos 28.12.00, ou seja, antes do vencimento dos débitos tributários, em compensar dívida oriunda de ICMS com crédito seu, não poderia o apelante omitir-se à quitação da dívida após o reconhecimento Judicial e pelos órgãos competentes do atendimento das formalidades previstas em Lei, a pretexto de pendente memória de cálculo apresentada pela GERE somente em julho de 2004, conforme art. 4º, parágrafo único, da Lei 7.576/2000, devendo prevalecer como a data do pagamento o momento do protocolo administrativo ante o silêncio legislativo.

E nem se fale que os valores provenientes do precatório judicial não se trataram de valores líquidos e certos capazes de extinguir a obrigação tributária, visto que, para tal reconhecimento, suficiente a existência de Lei Estadual admitindo a compensação.

Os juros de mora, portanto, impostos pelo apelante em decorrência da atualização do débito apenas em julho de 2004, caracterizam-se como verdadeiro locupletamento ilícito por parte da Fazenda Pública, devendo ser mantido o reconhecimento da atualização da dívida do ICMS para a data do protocolo administrativo, qual seja 28.12.2000.

É que como se sabe, a compensação possui função liberatória do débito e, como tal, interrompe a incidência dos juros devidos pelo contribuinte e eventuais acessórios, bem como impede a consumação da prescrição.

Neste particular, verifica-se ainda, quanto ao auto de infração de fls. 85/97, ser merecedora a apelada da redução da multa no importe de

60%, nos termos do art. 907 do RIICMS/MA⁴, eis que não decorridos mais de trinta dias desde o pedido de compensação.

Desse modo, há que ser mantida a sentença atacada, que reconheceu à apelada o direito à repetição do indébito oriundo da compensação de ICMS apurado pela Receita Estadual no período de 2000, inclusive, quanto à redução das multas impostas nas notificações de fls. 85-97, devendo eventual valor, apurado em liquidação de sentença ser corrigido monetariamente desde a data em que disponibilizada a quantia para pagamento, por força da Súmula 162⁵ do STJ, até o efetivo recebimento da importância.

Ressalte-se que, em matéria de tributária, a repetição do indébito é acrescida de juros de mora de 1% a.m, já que não aplicável o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, de acordo com o seguinte julgado do STJ:

DIREITO TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. EXEGESE DE LEI LOCAL. SÚMULA 280/STF. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. JUROS DE MORA NO PERCENTUAL DE 1% AO MÊS.

1. O reconhecimento de ofensa ao art. 161, § 1º, do CTN exige necessariamente a inter-pretação das Leis do Estado de Minas Gerais nos 12.992/98 e 13.404/99, procedimento cognitivo que não é cabível na via estreita do recurso especial. Aplicação da Súmula 280/STF.

2. Conforme iterativa jurisprudência desta Corte, é inaplicável o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, introduzido pela MP 2.180-35/2001, nas ações que versem sobre restituição tributária, seja na modalidade de repetição de indébito ou de compensação, porquanto nesses casos são devidos juros de mora de 1% ao mês, nos termos do que dispõe o Código Tributário Nacional.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no Ag 937598 / MG, Min. Castro Meira, DJ 12.02.2008) (grifo nosso)

4 RIICMS. “Art. 907. As multas oriundas de Termo de Verificação ou Auto de Infração terão o seu valor reduzido:

I - de 60% (sessenta por cento), quando o crédito tributário exigido for pago no prazo de até 30 (trinta) dias, a contar da data da intimação;”

5 STJ. Súmula nº 162: “Na repetição de indébito tributário, a correção monetária incide a partir do pagamento indevido.”

Quanto ao 2º apelo, tenho que assista parcial procedência à tese defendida pelas Lojas Gabryella, visto que, em casos de pagamento indevido tributário, de fato, é aplicável a taxa SELIC, para os pagamentos devidos a partir de 01.01.96, conforme Lei nº 9.250/1995, como se vê da jurisprudência seguinte:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ICMS. PRESCRIÇÃO. PRAZO DECENAL “CINCO MAIS CINCO”. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO TRIBUTO. IRRELEVÂNCIA. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS MORATÓRIOS. TAXA SELIC.

1. O prazo prescricional para repetição tributária é de cinco anos a contar da homologação, que, se tácita, ocorre depois de transcorridos cinco anos do fato gerador.

2. A declaração de inconstitucionalidade da norma que instituiu o tributo não altera a contagem do prazo para a restituição.

3. Na atualização do indébito, em casos de restituição dos tributos pagos indevidamente, a partir de 1º de janeiro de 1996, por força do art. 39, § 4º, da Lei 9.250/1995, incide exclusivamente a taxa Selic, a qual, por constituir índice híbrido que contempla a defasagem inflacionária e os juros reais, não pode ser cumulada com nenhum outro indexador referente à correção monetária ou aos juros.

4. Agravo Regimental não provido.

(AgRg no REsp 1129945/AL, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/04/2010, DJE 23/04/2010)

Quanto aos danos morais, com efeito, não demonstrou a 2ª apelante os efeitos decorrentes da inscrição indevida no seu cotidiano, sendo os mesmos cabíveis somente para os casos de dor e vexame à honra objetiva ou subjetiva.

Por fim, quanto à majoração dos honorários e pagamento das custas processuais, assiste razão à apelante considerados, em relação aos primeiros, os limites quantitativos e qualitativos previstos no art. 20, §4º do CPC, devendo o mesmo ser aumentado para o percentual de 10% sobre o valor da condenação; e sobre os segundos, em decorrência do disposto no art. 20, §1º, da mesma Norma.

À vista do exposto, nego provimento ao 1º apelo, interposto pelo Estado do Maranhão, e dou parcial provimento ao 2º apelo manejado pelas Lojas Gabryella para reformar a sentença atacada quanto aos ju-

ros de mora da repetição do indébito para vigorar o percentual de 1% a partir da data do pagamento do débito até a efetiva restituição; atualização monetária pela SELIC; majoração dos honorários para 10% sobre o valor da condenação e ressarcimento das custas processuais ante o princípio da causalidade adequada, tudo devidamente corrigido.

É o voto.

Sala das Sessões da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, em São Luís, 01 de março de 2012.

Des. Stélio Muniz
Relator

TERCEIRA CÂMARA CÍVEL
SESSÃO DE 29 DE MARÇO DE 2012
APELAÇÃO CÍVEL Nº. 33740/2011 – TIMON

1º Apelante: Shirlene Freitas de Moura
Advogado(s): Henry Wall Gomes Freitas e Christiana Barros Silva
1º Apelado: BV Financeira S/A – Crédito, Financiamento e Investimento
Advogado: Patrícia Cavalcante Pinheiro de Oliveira e outros
2º Apelante: BV Financeira S/A – Crédito, Financiamento e Investimento
Advogado(s): Patrícia Cavalcante Pinheiro de Oliveira e outros
2º Apelada: Shirlene Freitas de Moura
Advogado(s): Henry Wall Gomes Freitas e Christiana Barros Silva
Relator: Des. Jamil de Miranda Gedeon Neto

ACÓRDÃO Nº. 1133352012

EMENTA

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. CAPITALIZAÇÃO MENSAL DE JUROS. POSSIBILIDADE. ENCARGOS ABUSIVOS. MORA DESCARACTERIZADA. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. INSCRIÇÃO NOME DEVEDOR CADASTRO PROTEÇÃO AO CRÉDITO. TAXA DE EMISSÃO DE BOLETO BANCÁRIO E DE ABERTURA DE CRÉDITO. ILEGALIDADE. BUSCA E APREENSÃO.

1. Na cédula de crédito bancário a capitalização de juros é permitida, ante a autorização legal contida no art. 28, §1º, inc. I, da Lei 10.931/04.
2. No sistema jurídico da codificação consumerista, totalmente viável faz-se a revisão judicial do conteúdo de contrato de financiamento bancário, para que de seu âmbito sejam extraídas eventuais ilegalidades ou abusividades, prevalecendo, sobre o vetusto princípio do *pacta sunt servanda*, os princípios da boa-fé, da equidade e da justiça contratual.

3. Os encargos abusivos que possuem potencial para descaracterizar a mora são, portanto, aqueles relativos ao chamado “período da normalidade”, ou seja, aqueles encargos que naturalmente incidem antes mesmo de configurada a mora.

4. Não é possível a cobrança da comissão de permanência, quando cumulada com outro encargo moratório ou remuneratório, vez que esta abrange três parcelas, a saber, os juros remuneratórios à taxa média de mercado nunca superiores àquela contratada para o empréstimo, os juros moratórios e a multa contratual; daí ser impossível a sua cobrança cumulada com juros de mora e multa contratual, sob pena de incorrer em bis in idem.

5. A inscrição/manutenção do nome do devedor em cadastro de inadimplentes, por ocasião da sentença ou do acórdão, seguirá a sorte do que houver sido decidido no mérito do processo quanto à mora. Autoriza-se a inscrição/manutenção apenas se configurada a mora.

6. A tarifa de emissão de boleto e a de abertura de crédito, dizem respeito a serviços prestados por bancos que já se acham remunerados pela tarifa interbancária, razão pela qual as mesmas violam o art. 51, IV, do CDC, sendo flagrantemente abusivas, devendo ser suportadas unicamente pela instituição financeira, por corresponder ao ônus da sua atividade econômica, não se tratando de serviço prestado em benefício do consumidor.

7. Constatada a abusividade dos encargos cobrados no período da normalidade contratual, resta configurada a onerosidade excessiva em face do consumidor, impossibilitando ou dificultando o cumprimento de sua obrigação, razão pela qual são inexigíveis os encargos decorrentes da mora (art. 396 do CC), circunstância que acarreta a improcedência da busca e apreensão.

8. Primeira apelação conhecida e improvida. Segundo apelo recursal conhecido e improvido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, acordam os Senhores Desembargadores integrantes da Terceira Câmara Cível do

Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, por unanimidade, em conhecer das apelações e negar-lhes provimento, nos termos do voto do Relator.

Votou com o Relator, além do Presidente, o Senhor Desembargador Paulo Sérgio Velten Pereira.

Presente, a Senhora Procuradora de Justiça, Ana Lídia de Mello e Silva Moraes.

São Luís, 29 de março de 2012.

Des. Jamil de Miranda Gedeon Neto
Relator

RELATÓRIO

Shirlene de Freitas Moura (1ª Apelante) interpôs recurso de apelação, da sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Timon (fls. 194/206), prolatada nos autos da Ação de Busca e Apreensão n.º 2604/2010 (numeração única n.º 3214-14.2010.8.10.0060), que lhe foi proposta por BV Financeira S/A – Crédito, Financiamento e Investimento (1º Apelado).

Por outro lado, BV Financeira S/A – Crédito, Financiamento e Investimento (2º Apelante), também interpôs recurso de apelação da mesma sentença.

Consta da petição inicial de fls. 03/05, que a BV Financeira promoveu a referida Ação de Busca e Apreensão contra a Sra. Shirlene de Freitas Moura, sob o argumento de que esta última deixou de cumprir com as obrigações assumidas por ocasião da celebração do contrato de Cédula de Crédito Bancário n.º 158001787, garantido por alienação fiduciária, para a aquisição de veículo, no valor de R\$ 30.898,68 (trinta mil, oitocentos e noventa e oito reais e sessenta e oito centavos), especificamente deixou de efetuar o pagamento das prestações desde o dia 01/12/2009, apesar de devidamente notificada. Ao final, pleiteou a instituição financeira, fosse a ação julgada procedente, para a realização da apreensão do veículo, garantido fiduciariamente.

No prazo da contestação, a ré Shirlene de Freitas Moura propôs Ação de Reconvenção (fls. 53/70) contra BV Financeira S/A, alegando a incidência de diversos encargos abusivos e irregularidades no contrato de financiamento firmado entre as partes.

Às fls. 194/206, encontra-se a sentença recorrida, cuja parte dispositiva foi assim redigida:

I) **Julgo extinto o processo**, sem resolução de mérito, a reconvenção, por falta do pagamento das custas processuais, com fundamento no artigo 267, III do Código de Processo Civil.

II) **Julgo improcedente** a ação de busca e apreensão em razão da descaracterização da mora, vez que restou comprovada a cobrança de encargos abusivos, pelo que determino a revisão do contrato celebrado entre as partes, nos seguintes termos: a) os juros remuneratórios poderão ser cobrados pelo banco, nos termos fixados no contrato, vez que tais valores estão dentro dos parâmetros fixados pelo Banco Central; b) a capitalização mensal de juros é válida, por encontrar expressamente pactuada; c) a cobrança de Taxa de Abertura de Crédito e Taxa de Emissão de Boleto, vez que ilegais por serem consideradas abusivas, pelo que resta descaracterizada a mora; d) em decorrência da descaracterização da mora, entendo não ser possível a cobrança de juros moratórios, multa contratual e comissão de permanência de forma acumulada; e) a compensação de valores deverá ser realizada em relação aos encargos considerados abusivos acima descritos, tudo a ser apurado através de liquidação de sentença; f) caso haja valores pagos a maior, deverá haver repetição de indébito, na forma simples, g) declaro ilegal a inscrição do demandante nos órgãos de proteção ao crédito, e; h) mantenho o demandado na posse do bem alienado fiduciariamente, enquanto pendente a liquidação de sentença.

Em suas razões recursais, a 1ª Apelante, Shirlene de Freitas Moura, sem se reportar à extinção de seu pleito reconvenicional, devolve para o Tribunal, em síntese, a inconstitucionalidade do art. 5º da Medida Provisória n.º 2170-36/2001, bem como sustenta que é indevida a capitalização mensal de juros em contratos bancários, vez que a mesma não foi pactuada na cédula de crédito bancário, requerendo ao final, a revisão do contrato de financiamento com exclusão da cláusula de capitalização mensal de juros.

O 2º Apelante, BV Financeira, por sua vez, postula a reforma da mesma sentença, sustentando a legalidade de incidência da comissão

de permanência, decorrente da mora no cumprimento das obrigações avençadas, vez que sua cobrança não se dá de forma cumulativa com a correção monetária, bem como aduz a possibilidade de capitalização mensal de juros, por incidência permissiva da Medida Provisória n.º 2170-36/2001. Pleiteia ainda, a possibilidade de inscrição do nome da devedora nos cadastros de proteção ao crédito, bem como a reintegração na posse do bem (veículo), objeto da alienação fiduciária, garantidora do contrato de cédula de crédito bancário.

Ausentes contra-razões de ambas as partes, apesar de devidamente intimadas.

A Procuradoria de Justiça opinou pelo conhecimento das apelações e quanto ao mérito, deixou de emitir parecer por ausência de interesse público indisponível (fl. 258).

É o relatório.

VOTO

Conheço dos recursos interpostos, eis que presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Inicialmente, insta esclarecer que a jurisprudência pátria, em especial a do Superior Tribunal de Justiça, pacificou-se no sentido de que o ajuizamento de ação de busca e apreensão não impede a revisão do contrato subjacente, sendo facultado ao devedor, além de contestar a pretensão, reconvir ou ajuizar ação revisional. Nesse sentido, confira-se o seguinte aresto:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. RECONVENÇÃO. AÇÃO REVISIONAL. ADMISSIBILIDADE. ART. 315 DO CPC. 1. **Consolidou-se o entendimento no STJ de que é admitida a ampla defesa do devedor no âmbito da ação de busca e apreensão decorrente de alienação fiduciária, seja pela ampliação do objeto da discussão em contestação, a partir do questionamento a respeito de possível abusividade contratual; seja pela possibilidade de ajuizamento de ação revisional do contrato que deu origem à ação de busca e apreensão, que, por sua vez, deve ser reunida para julgamento conjunto com essa.** 2. Nada impede – e é até mesmo salutar do ponto de vista processual – o cabimen-

to de reconvenção à ação de busca e apreensão decorrente de alienação fiduciária, para pleitear a revisão do contrato, bem como a devolução de quantias pagas a maior. 3. Recurso especial conhecido e provido. Com referência à ocorrência de preclusão consumativa operada pelo pedido de purgação de mora manifestado pelos requerentes na busca e apreensão, tal fato não opera os efeitos desejados porque não resulta na renúncia ao direito de ação já manifestado no processo de conhecimento, em pleno andamento, tal como a cautelar proposta em 1º grau e a ele vinculada. (REsp n. 801.374-RJ, relatora Ministra Nancy Andrighi, unânime, DJU 02.05.2006). (grifo nosso)

1) Da Apelação de Shirlene Freitas de Moura

1.1) Inconstitucionalidade da Medida Provisória n.º 2170-36/2001

Incumbe-nos, inicialmente, resolver a preliminar argüida pela 1ª Apelante: a inconstitucionalidade da Medida Provisória n.º 2170-36/2001, em seu art. 5º, sob a alegação de violação do art. 192, CF/88 que determina que o Sistema Financeiro Nacional deve ser regulado por lei complementar, e conseqüentemente do disposto no art. 62, § 1º também da Carta Magna que veda a edição de medidas provisórias sobre qualquer matéria reservada à lei complementar. Ademais, sustenta que o entendimento sumulado pelo Supremo Tribunal Federal (Súm. 121) é pela vedação da capitalização de juros, ainda que expressamente convencionados.

Não há qualquer inconstitucionalidade na invocada norma, visto que, não obstante a existência ADIN-2316/DF, enquanto esta não for julgada definitivamente, deve prevalecer a presunção de constitucionalidade do art. 5º da MP n.º 2.170-36 de 23/08/2001, que admite a capitalização mensal de juros nas operações realizadas por instituições financeiras.

Levando-se em conta o princípio da imperatividade, este assegura a auto-executoriedade das normas jurídicas, dispensando prévia declaração de constitucionalidade pelo Poder Judiciário.

Não obstante essa presunção seja *iuris tantum*, a norma somente pode ser excluída do ordenamento com o reconhecimento de sua inconstitucionalidade. E essa questão, na hipótese específica do art. 5º da MP n.º 2.170-36, ainda não foi resolvida pelo STF, nem mesmo em sede liminar.

Por outro lado, a pretendida declaração incidental de inconstitucionalidade da norma, a impor o afastamento de sua aplicação ao caso dos autos, não deve prosperar, porquanto a jurisprudência do STJ vem admitindo a capitalização mensal de juros, contanto que pactuada entre as partes, reconhecendo expressamente a aplicação da MP n.º 2.170-36, senão vejamos:

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONTRATO BANCÁRIO. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. POSSIBILIDADE. CAPITALIZAÇÃO MENSAL DE JUROS. ADMISSIBILIDADE. DECISÃO MANTIDA. I – (...). II - **A capitalização dos juros é admissível quando pactuada e desde que haja legislação específica que a autorize.** Assim, permite-se sua cobrança na periodicidade mensal nas cédulas de crédito rural, comercial e industrial (Decreto-Lei nº 167/67 e Decreto-Lei nº 413/69), bem como nas demais operações realizadas pelas instituições financeiras integrantes do Sistema Financeiro Nacional, desde que celebradas a partir da publicação da Medida Provisória nº 1.963-17 (31.03.00). III – (...). IV - Agravo Regimental improvido. (AgRg no Agravo de Instrumento nº 1080730/SC (2008/0167954-1), 3ª Turma do STJ, Rel. Presidente do STJ. j. 18.11.2010, unânime, DJe 30.11.2010). (grifo nosso)

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CONTRATOS BANCÁRIOS. CAPITALIZAÇÃO MENSAL DOS JUROS. ART. 5º DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2.170-36/2001. POSSIBILIDADE. CONTRATO FIRMADO APÓS 31.3.2000. CAPITALIZAÇÃO MENSAL EXPRESSAMENTE PACTUADA. 1. Tem-se que **a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que é admitida a cobrança de juros em periodicidade mensal nos contratos bancários celebrados a partir da edição da Medida Provisória nº 1.963-17/2000, reeditada sob o nº 2.170-36/2001, qual seja, 31/3/2000, desde que expressamente pactuada.** Nesse sentido: AgRg no REsp 1.077.479/RS, Rel. Min. SIDNEI BENE- TI, 3ª Turma, DJe de 27.5.2011; AgRg no Ag 968.528/SP, Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, 4ª Turma, DJe de 22.3.2011; AgRg no REsp 1.068.984/MS, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, 4ª Turma, DJe de 29.6.2010; REsp 602.068/RS, Rel. Min. ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, 2ª Seção, DJ de 21.3.2005. 2. (...) (1231210 RS 2011/0010404-5, Relator: Ministro RAUL ARAÚJO, Data de Julgamento: 14/06/2011, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/08/2011) (grifo nosso)

Insta destacar que este Tribunal tem acompanhado o entendimento do STJ, como se infere do julgado abaixo:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. **CONTRATO BANCÁRIO. REVISÃO DE CLÁUSULAS FINANCEIRAS. JUROS. LIMITES. INEXISTÊNCIA. CAPITALIZAÇÃO MENSAL. PACTUAÇÃO. LEGALIDADE. SENTENÇA MANTIDA.** 1 - As instituições financeiras são livres para realizarem contratos de acordo com os parâmetros vigentes no mercado. 2 - **A capitalização mensal de juros, derivada do expressamente avençado, está revestida de lastro e se afigura legítima, sendo passível de incidir nas operações bancárias.** 3 - São legítimas e não estão contaminadas por quaisquer vícios as cláusulas financeiras do contrato, quando ajustadas entre as partes, restando ao devedor a obrigação de quitá-las na forma avençada. 4 - Recurso conhecido e improvido. Unanimidade. (Apelação Cível nº 9060/2010 (92282/2010), 2ª Câmara Cível do TJMA, Rel. Raimundo Freire Cutrim. j. 08.06.2010, unânime, DJe 15.06.2010). (grifo nosso).

Por todo o exposto, voto pela rejeição da preliminar argüida, o que faço com fulcro no art. 481, *caput* do Código de Processo Civil.

1.2) Mérito: Capitalização de juros

A 1ª Apelante refuta a sentença proferida pelo MM. Juiz da 1ª Vara da Comarca de Timon, no ponto que considerou válida a capitalização de juros, sob fundamento de que esta foi pactuada expressamente. Em seu pleito, a recorrente sustenta a impertinência dessa prática, vez que inexistente cláusula permissiva de capitalização de juros no contrato de financiamento bancário firmado entre a Sra. Shirlene Freitas de Moura e a BV Financeira S/A – Crédito, Financiamento e Investimento, bem como diante do entendimento manifestado pelo Supremo Tribunal Federal no verbete de Súmula n.º 121, que veda a capitalização de juros, ainda que expressamente convencionada.

Inicialmente, é cediço que a Lei de Usura (Decreto nº 22.626/33), voltou a ter grande repercussão prática, face a insatisfação de muitos devedores com os contratos firmados com as instituições financeiras, que passaram a ocasionar dívidas de alta monta.

Relativamente à capitalização dos juros, em regra, ela é vedada pelo nosso ordenamento jurídico, por conta do óbice do art. 4º do Decreto nº 22.626/33, que ressalva a capitalização anual, nos contratos de conta-corrente, senão vejamos:

“**Art. 4º** - É proibido contar juros dos juros; esta proibição não compreende a acumulação de juros vencidos aos saldos líquidos em conta-corrente de ano a ano.”

Com base na referida norma, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula nº 121, *in verbis*:

“**Súmula 121** — É vedada a capitalização de juros, ainda que expressamente convencionada.”

As exceções, como bem leciona ARNALDO RIZZARDO (*in Contratos de Crédito Bancário*, 5ª ed., São Paulo: RT, 2000, p. 365 a 366), restringiam-se inicialmente, à seara bancária, sendo “*permitida e usual nas cadernetas de poupança e nos empréstimos hipotecários, celebrados junto aos agentes financeiros*”.

Nesse contexto, estão compreendidos os títulos de crédito rural, comercial e industrial, como assentado na Súmula 93 do Superior Tribunal de Justiça:

“**Súmula 93** — A legislação sobre cédulas de crédito rural, comercial e industrial admite o pacto de capitalização de juros.”

Especificamente em relação às cédulas de crédito rural, o Decreto-lei nº 167/67 admite expressamente a capitalização, consoante art. 5º do referido diploma legal:

“**Art. 5º** [...] podendo o financiador, nas datas previstas, **capitalizar** [grifei] tais encargos na conta vinculada à operação.”

Nos demais contratos bancários, a proibição da capitalização, em periodicidade menor que a anual, sobreviveu até o advento da Medida Provisória nº 1.963-17, de 30 de março de 2000, posteriormente substituída pela ainda vigente MP nº 2.170-36, de 23 de agosto de 2001, que assim determina:

“**Art. 5º** Nas operações realizadas pelas instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional, é admissível a capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano.”

Portanto, em se tratando de contratos bancários, a cobrança desse encargo, ou seja, a capitalização de juros tornou-se possível, desde que expressamente pactuado e tão somente para aquelas avenças pactuadas a partir de 31 de março de 2000, data da publicação da MP nº 1.963-17 no *Diário Oficial da União*.

Nos presentes autos vê-se claramente que a cédula de crédito bancário, objeto da lide, acostada às fls. 21/22, foi emitida em 30 de junho de 2008, no valor de R\$ 30.898,68 (trinta mil, oitocentos e noventa e oito reais e sessenta e oito centavos), com vencimento final para 01 de julho de 2013.

Assim, assiste razão a instituição financeira credora (BV Financeira) quando defende a legalidade da cobrança de capitalização mensal de juros, que se acha expressamente pactuada na Cláusula 6 - denominada “CET – Custo Efetivo total” (cf. fl. 21).

A jurisprudência pátria orienta-se majoritariamente nesse sentido, conforme se depreende da leitura da Súmula nº 93 do STJ acima transcrita, bem como dos arestos abaixo colacionados:

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CONTRATOS BANCÁRIOS. CAPITALIZAÇÃO MENSAL DOS JUROS. ART. 5º DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2.170-36/2001. POSSIBILIDADE. CONTRATO FIRMADO APÓS 31.3.2000. CAPITALIZAÇÃO MENSAL EXPRESSAMENTE PACTUADA. 5º2.1701. **Nos contratos bancários firmados após a edição da Medida Provisória nº 1.963-17/2000 (31.3.2000), é permitida a cobrança de juros capitalizados em periodicidade mensal desde que expressamente pactuada, o que ocorre quando a taxa anual de juros ultrapassa o duodécuplo da taxa mensal.** 2. Agravo interno desprovido. (1231210 RS 2011/0010404-5, Relator: Ministro RAUL ARAÚJO, Data de Julgamento: 14/06/2011, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/08/2011).

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CONTRATOS BANCÁRIOS. CAPITALIZAÇÃO MENSAL DOS JUROS. ART. 5º DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2.170-36/2001. POSSIBILIDADE. CONTRATO FIRMADO APÓS 31.3.2000. CAPITALIZAÇÃO MENSAL EXPRESSAMENTE PACTU-

ADA. 1. (...). 2. Assim, **para a cobrança da capitalização mensal dos juros, faz-se necessária a presença, cumulativa, dos seguintes requisitos: (a) legislação específica possibilitando a pactuação, como nos contratos bancários posteriores a 31/3/2000 (MP nº 1.963-17/2000, reeditada pela MP nº 2.170-36/2001), em vigência em face do art. 2º da Emenda Constitucional nº 32/2001 (AgRg no REsp 1.052.298/MS, Rel. Min. ALDIR PASSARINHO JUNIOR, 4ª Turma, DJE de 1º.3.2010); e (b) expressa previsão contratual quanto à periodicidade.** (1231210 RS 2011/0010404-5, Relator: Ministro RAUL ARAÚJO, Data de Julgamento: 14/06/2011, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJE 01/08/2011)

Especificamente em contrato com emissão de cédula de crédito bancário, assim dispõe o art. 28, § 1º, I da Lei nº 10.931/04:

“Art. 28. A Cédula de Crédito Bancário é título executivo extrajudicial e representa dívida em dinheiro, certa, líquida e exigível, seja pela soma nela indicada, seja pelo saldo devedor demonstrado em planilha de cálculo, ou nos extratos da conta corrente, elaborados conforme previsto no § 2º.

§ 1º Na Cédula de Crédito Bancário poderão ser pactuados:

I - os juros sobre a dívida, capitalizados ou não, os critérios de sua incidência e, se for o caso, a periodicidade de sua capitalização, bem como as despesas e os demais encargos decorrentes da obrigação”.

Disso decorre que a norma de regência admite expressamente a possibilidade de cobrança dos juros capitalizados com periodicidade inferior a um ano.

Não há, portanto, motivos para modificar a sentença de base, quanto a esta parte, devendo prevalecer a cobrança da dívida, com a incidência desse encargo, que, além de ter amparo na lei, foi expressamente pactuado pelos contratantes.

2) Da Apelação da BV Financeira S/A – Crédito, Financiamento e Investimento

2.1) Capitalização mensal de Juros

Quanto a este ponto, insta apenas dispor que assiste razão à 2ª Apelante, quando defende a possibilidade de capitalização mensal de juros,

por incidência permissiva da Medida Provisória n.º 2170-36/2001, conforme já explanado alhures, devendo ser mantida a sentença do juízo *a quo* que entendeu pela legalidade de sua cobrança.

2.2) *Pacta Sunt Servanda*

Aduz o 2º Apelante que o princípio do *pacta sunt servanda* deve ser observado durante todo o cumprimento do contrato. E isso porque o contrato goza de força legal e vinculante, devendo ser cumprido nos exatos termos em que fora avençado, somente se admitindo alteração da avença em casos excepcionais, quando da ocorrência de fato superveniente e imprevisível, que torne por demais oneroso o fiel cumprimento das obrigações por uma das partes.

Não obstante as alegações trazidas pelo apelante, é certo que tal postulado deve ser mitigado diante da aplicação do CDC. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça, que por meio da Súmula n.º 297 assentou que “*O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras*”.

Nesse mesmo sentido:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO DE CARTÃO DE CRÉDITO. REVISÃO DAS CLÁUSULAS CONTRATUAIS. POSSIBILIDADE. APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. SÚMULA N. 297 DO STJ. POSSIBILIDADE DE FLEXIBILIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DO *PACTA SUNT SERVANDA*. As regras do Código de Defesa do Consumidor são aplicáveis aos contratos bancários, consoante a Súmula n. 297 do STJ. Por essa razão, em considerando que a maior parte das cláusulas dispostas nos contratos bancários são estipuladas de forma unilateral pelas instituições financeiras, o art. 6º do CDC lhes é aplicável como forma de exceção ao “*pacta sunt servanda*” a fim de relativizar o mencionado princípio, uma vez que a parte indique as cláusulas e práticas comerciais as quais considere abusivas, não há que se falar em desrespeito ao mencionado preceito, tampouco em violação ao ato jurídico perfeito (CF, art. 5º, XXXIV) (TJ/SC Apelação Cível n. 2007.040272-4, de Lages, rel. Des. Soraya Nunes Lins, j. em 14.3.2011).

CONTRATO. FINANCIAMENTO BANCÁRIO. CLÁUSULAS. REVISÃO JUDICIAL. ACOLHIMENTO EM PARTE.

*PACTA SUNT SERVANDA. JUROS REMUNERATÓRIOS. TAXA MÉDIA DE MERCADO. ADOÇÃO. CAPITALIZAÇÃO DE JUROS. MEDIDA PROVISÓRIA N. 2.170-36/01. PREVISÃO CONTRATUAL EXPRESSA. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. CUMULAÇÃO COM CORREÇÃO MONETÁRIA E ENCARGOS MORATÓRIOS. INVIABILIDADE. INPC COMO ÍNDICE DE ATUALIZAÇÃO DO DÉBITO. DISCUSSÃO ESTÉRIL. RECURSO DE APELAÇÃO DESPROVIDO. 1 No sistema jurídico da codificação consumerista, totalmente viável faz-se a revisão judicial do conteúdo de contrato de financiamento bancário, para que de seu âmbito sejam extraídas eventuais ilegalidades ou abusividades, prevalecendo, sobre o vetusto princípio do *pacta sunt servanda*, os princípios da boa-fé, da equidade e da justiça contratual. [...]. (TJ/SC Apelação Cível n. 2007.028506-3, de São João Batista, Relator: Des. Trindade dos Santos, j. 27-9-2007, grifamos).*

Assim, sem nenhuma dúvida, a instituição financeira é fornecedora, enquanto que a 2ª Apelada se enquadra na posição de consumidor, incidindo as disposições do Código de Defesa do Consumidor. Nessa esteira, aplicando-se as disposições do CDC, ocorre a flexibilização do princípio do *pacta sunt servanda*, ou seja, da força obrigatória dos contratos, objetivando-se, por meio das normas consumeristas, assegurar o equilíbrio entre as partes, rechaçando eventuais cláusulas contratuais abusivas que oneram excessivamente o consumidor.

Portanto, mitigando-se o princípio do *pacta sunt servanda* e aplicando os ditames do Código de Defesa do Consumidor, mostra-se possível a revisão das cláusulas contratuais.

2.3) Caracterização da Mora

Em contratos bancários, garantidos por alienação fiduciária, deve-se levar em conta o disposto no art. 2º, § 2º, do Decreto-lei nº 911/69 que estatui: “*A mora decorrerá do simples vencimento do prazo para o pagamento e poderá ser comprovada por carta registrada expedida por intermédio de Cartório de Títulos e Documentos ou pelo protesto do título, a critério do credor*”.

Assim, nestes casos, em regra, a mora decorre automaticamente do vencimento do prazo para pagamento. Por esse motivo é que a jurisprudência do STJ é pacífica no sentido de que a mora constitui-se

ex re nas hipóteses do art. 2.º, § 2.º, do Decreto-Lei n.º 911/69, isto é, uma vez não paga a prestação no vencimento, já se configura a mora do devedor.

Nesse sentido:

“CONTRATO BANCÁRIO. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. CONSTITUIÇÃO DO DEVEDOR EM MORA. PRESUPOSTO EVIDENCIADO. 1. A concessão de medida liminar em ação de busca e apreensão decorrente do **inadimplemento de contrato com garantia de alienação fiduciária está condicionada tão só à mora do devedor, que deverá ser comprovada por carta registrada expedida por intermédio de cartório de títulos e documentos ou pelo protesto do título, a qual é considerada válida desde que entregue no endereço do domicílio do devedor.** 2. Agravo regimental desprovido. (AgRg no Ag 1315109/RS, Rel. Min. João Otávio de Noronha, 4ª Turma, j. 14.04.2011).

Ocorre que, quando da análise dos contratos bancários, verifica-se que a maioria deles constitui-se como contratos de adesão que, acaso contenham cláusulas abusivas ou encargos ilegais, ensejadores de grandes dificuldades para o adimplemento da dívida contraída, devem ser revisados.

Ademais, a ocorrência de mora *ex re* ou *ex persona* somente tem sentido quando se está a falar de contratos que seguem à risca as prescrições legais, pois não se compatibiliza a idéia de mora *ex re* (automática) quando na avença existem cláusulas ilegais e/ou abusivas, pois implicaria obrigar o consumidor a cumprir obrigações manifestamente contrárias ao ordenamento jurídico.

Logo, não existe culpa por parte do devedor ao inadimplir um contrato em que estão previstas tarifas de abertura de crédito e tarifa de emissão de boleto, como no caso dos autos, vez que estas cláusulas violam o art. 51, IV, do CDC, sendo flagrantemente abusivas, porquanto, devem ser suportadas unicamente pela instituição financeira, por corresponder ao ônus da sua atividade econômica, não se tratando de serviço prestado em benefício do consumidor.

Assim, adota-se a orientação do STJ, no sentido de afastamento da mora contratual quando constatada a exigência de encargos abusivos durante o período da normalidade contratual, *in casu*, tarifa de abertura

de crédito e tarifa de emissão de boletos, consoante precedente do Recurso Especial nº 1.061.530 – RS (Repetitivo), Min. Relatora Nancy Andrighi:

(...) Os encargos abusivos que possuem potencial para descaracterizar a mora são, portanto, aqueles relativos ao chamado “período da normalidade”, ou seja, aqueles encargos que naturalmente incidem antes mesmo de configurada a mora.

(...)

CONSOLIDAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA

Logo, os seguintes enunciados representam a jurisprudência consolidada na 2ª Seção quanto ao tema:

I. Afasta a caracterização da mora:

(i) a constatação de que foram exigidos encargos abusivos na contratação, durante o período da normalidade contratual.

II. Não afasta a caracterização da mora:

(i) o simples ajuizamento de ação revisional;

(ii) a mera constatação de que foram exigidos encargos moratórios abusivos na contratação.

Desta forma, não configurada a mora da Sra. Shirlene Freitas de Moura (2ª Apelada), na Cédula de Crédito Bancário, objeto da presente lide, deve a sentença de base ser mantida *in totum*, quanto a este ponto, não devendo incidir na presente cédula, quaisquer encargos referentes ao atraso no cumprimento das prestações estabelecidas no contrato, dentre eles, juros de mora e multa contratual.

2.3) Comissão de Permanência

A Comissão de Permanência trata-se de uma faculdade concedida às instituições financeiras para cobrar uma importância calculada sobre os dias de atraso, nas mesmas bases proporcionais de juros, encargos e comissões cobradas na operação primitiva. Em resumo, é um mecanismo utilizado para o banco compensar-se dos prejuízos decorrentes do inadimplemento.

Com o surgimento da Lei n.º 6.899/81, que possibilitou o direito à correção monetária a partir do vencimento do débito, bem como após a edição da Resolução n.º 1.129/86 do CMN, as instituições financeiras

ficaram expressamente autorizadas a cobrar a comissão de permanência de seus devedores por dia de atraso, além dos juros de mora.

A Min. Nancy Andrighi, no julgamento do Recurso Especial nº 1.061.530 – RS (Repetitivo), assim se manifestou, acerca do tema ora debatido:

Tal instituto gerou inúmeras demandas judiciais, podendo-se resumir em quatro, as principais controvérsias jurídicas a respeito de sua cobrança, a saber: (i) cumulação da comissão com a correção monetária; (ii) cumulação com os juros remuneratórios; (iii) cálculo da comissão pelas taxas contratuais ou pela taxa média de mercado; (iv) cumulação com os encargos moratórios (multa e juros de mora).

As quatro controvérsias foram resolvidas da seguinte forma:

(i) **Impossibilidade de cumulação com a correção monetária**, porque incorporada na própria comissão de permanência (Súmula 30/STJ);

(ii) **Impossibilidade de cumulação com os juros remuneratórios**, porque a já citada Resolução 1.129/86 proíbe a cobrança de “quaisquer outras quantias compensatórias”. Foi reconhecido o caráter múltiplo da comissão de permanência, que se prestava para atualizar, bem como para remunerar a moeda. O leading case é o REsp 271.214/RS, julgado pela 2ª Seção, Relator o Min. Carlos Alberto Menezes Direito;

(iii) **O cálculo da taxa, a título de comissão de permanência, pela média de mercado divulgada pelo Banco Central, não caracteriza potestatividade**, pois a taxa média não é calculada pela instituição financeira, mas pelo mercado, sendo que a taxa pactuada pelas partes limita o teto da cobrança (Súmulas 294 e 296/STJ);

(iv) **A incidência da comissão de permanência leva necessariamente à exclusão de todos os outros encargos**, tenham eles natureza remuneratória ou moratória (AgRg no REsp 706.368/RS, também pela 2ª Seção, de minha Relatoria, ainda no mesmo sentido o AgRg no REsp 712.801/RS, 2ª Seção, Relator o Min. Carlos Alberto Menezes Direito).

Esclareceu-se, portanto, que a natureza da cláusula de comissão de permanência é tríplice: índice de remuneração do capital (juros remuneratórios), atualização da moeda (correção monetária) e compensação pelo inadimplemento (encargos moratórios).

Assim, esse entendimento, que impede a cobrança cumulativa da comissão com os demais encargos, protege, como valor primordial, a proibição do *bis in idem*.

A 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça passou a estabelecer quais os encargos que podem ser cobrados sob a denominação de comissão de permanência. Confira-se:

“A Segunda Seção, no julgamento do REsp nº 863.887, RS, consolidou o entendimento de que a comissão de permanência abrange três parcelas, a saber, os juros remuneratórios, à taxa média de mercado, nunca superiores àquela contratada para o empréstimo, os juros moratórios e a multa contratual; daí ser impossível a sua cobrança cumulada com juros de mora e multa contratual, sob pena de incorrer em bis in idem.” (AgRg no REsp 986.508/RS, Terceira Turma, j. em 20.05.2008)

“Quer dizer, após o vencimento, a comissão de permanência visa manter, por meio dos juros remuneratórios, a base econômica do negócio, desestimular, mediante os juros de mora, a demora no cumprimento da obrigação e reprimir o inadimplemento pela aplicação da multa contratual.” (AgRg no REsp 1.016.657/RS, Terceira Turma, j. em 20.05.2008).

Diante de todo o exposto, bem como dos entendimentos consolidados pela jurisprudência, conclui-se que é possível a cobrança da comissão de permanência, desde que não cumulada com nenhum outro encargo moratório ou remuneratório, vez que havendo previsão da cobrança da comissão de permanência de forma cumulada com outro encargo, este deve ser afastado, mantendo-se somente aquela.

No caso ora debatido, não deverá incidir a comissão de permanência, vez que expressamente pactuados os juros remuneratórios (Clausula 6 – CET - custo efetivo total), bem como em razão da descaracterização da mora, conforme explicitado no tópico anterior, devendo, neste ponto, ser mantida a sentença de base.

2.4) Inscrição do nome em cadastros protetivos

Os cadastros de inadimplência correspondem a todos os bancos de dados mantidos por quaisquer instituições, financeiras ou não, para controle acerca da reputação do correntista, quanto à solvabilidade das obrigações por ele contraídas, tendo como exemplos os cadastros mantidos por instituições financeiras (SERASA) ou empresas particulares (SPC), sem prejuízo de outros, existentes ou que venham a ser criados.

Quanto à inscrição do nome do devedor em órgãos de proteção ao crédito, a simples discussão judicial da dívida não é suficiente para obstaculizar ou remover a negativação nos bancos de dados. Sobre esse tema, igualmente se manifestou a Min. Nancy Andrighi, no julgamento do Recurso Especial nº 1.061.530 – RS (Repetitivo), entendimento que acolho integralmente:

A controvérsia acerca da inscrição do nome do devedor em cadastros de inadimplência apresenta-se sob duas óticas, a saber: (i) a possibilidade de inscrição no curso do processo em que se discute o saldo devedor – e a conseqüente ponderação acerca dos requisitos para o deferimento de tutela antecipada ou medida liminar que a impeça; e (ii) a possibilidade de inscrição depois de discutido o mérito da ação, e os requisitos a serem observados pela sentença para autorizar ou negar tal inscrição.

Cada uma dessas questões deve ser analisada à luz da jurisprudência desta Corte, para uniformização dos precedentes sobre a questão.

4.1. Pedido de antecipação de tutela.

A jurisprudência da 2ª Seção, consolidada no REsp 527.618/RS, Rel. Min. César Asfor Rocha, julgado em 22/11/2003, firmou o entendimento de que, para que se defira medida liminar ou antecipação de tutela que impeça a inscrição do nome do devedor em cadastros de inadimplência, no curso do processo, devem ser exigidos cumulativamente os seguintes requisitos: a) que haja ação proposta pelo devedor contestando a existência integral ou parcial do débito; b) que nessa ação esteja efetivamente demonstrado que a contestação da cobrança indevida se funda na aparência do bom direito e em jurisprudência consolidada do STF ou STJ; c) contestada apenas parte do débito, ofereça-se o depósito da parcela incontroversa ou a prestação de caução, fixada conforme o prudente arbítrio do juiz.

4.2. Sentença com resolução do mérito.

A remessa do nome do devedor para os referidos cadastros de inadimplentes deve se limitar a acompanhar o que ficar decidido quanto à mora, ou seja, tal inscrição somente será lícita se a mora restar configurada.

CONSOLIDAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA

Logo, os seguintes enunciados representam a jurisprudência consolidada na 2ª Seção quanto ao tema:

- a) A proibição da inscrição/manutenção em cadastro de inadimplentes, requerida em antecipação de tutela e/ou medida cautelar, somente será deferida se, cumulativamente: i) houver ação fundada na existência integral ou parcial do débito; ii) ficar demonstrado que a alegação da cobrança indevida se funda na aparência do bom direito e em jurisprudência consolidada do STF ou STJ; iii) for depositada a parcela incontroversa ou prestada a caução fixada conforme o prudente arbítrio do juiz;
- b) **A inscrição/manutenção do nome do devedor em cadastro de inadimplentes, por ocasião da sentença ou do acórdão, seguirá a sorte do que houver sido decidido no mérito do processo quanto à mora. Autoriza-se a inscrição/manutenção apenas se configurada a mora.** (grifo nosso).

Portanto, incabível a inscrição e/ou manutenção do nome da 2ª Apelada, Sra. Shirlene Freitas de Moura, nos órgãos de proteção de crédito, vez que, conforme aduzido em linhas anteriores, a mora desta encontra-se plenamente descaracterizada, mantendo-se íntegra a sentença do magistrado *a quo*.

2.5) Taxa de emissão de boletos e taxa de cobrança de tarifas

Conforme já explanado anteriormente, obrigações que estipulam tarifa de emissão de boleto e de abertura de crédito violam o art. 51, IV, do CDC, posto que abusivas, devendo as mesmas serem suportadas unicamente pela instituição financeira, por corresponder ao ônus da sua atividade econômica, não se tratando de serviço prestado em benefício do consumidor.

Pelo que se vê do contrato acostado aos autos (fls. 21), incide a tarifa de cadastro no valor de R\$ 330,00 (trezentos e trinta reais), bem como lê-se expressamente cobrança pelo serviço de recebimento de parcela (diga-se pela emissão do boleto) no valor de R\$ 3,90 (três reais e noventa centavos).

In casu, há que reconhecer que a emissão de qualquer carnê ou boleto para pagamento é obrigação do credor não devendo ensejar ônus algum ao devedor, já que os artigos 319 do Código Civil / 2002 e 939 do

Código Civil / 1916 não trazem no seu bojo a condição de pagamento em dinheiro para ele receber o que lhe é de direito.

Logo, faz a 1ª Apelante *jus* à repetição dos valores, porém na forma simples, já que não comprovada a má-fé, pois a instituição financeira emitiu os boletos com base nos valores pactuados.

Nesse sentido, vejamos a jurisprudência pátria:

APELAÇÃO CÍVEL DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA -AÇÃO REVISIONAL DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS C/C CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO E/OU COMPENSAÇÃO DE VALORES E ANTECIPAÇÃO DE TUTELA -CÓDIGO DO CONSUMIDOR [...] COBRANÇA DE TAXA DE ABERTURA DE CRÉDITO E EMISSÃO DE CARNÊ -INDEVIDAS -RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO -SENTENÇA EM PARTE REFORMADA. [...] Ostenta-se abusiva e contrária ao artigo 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor; a cobrança de taxa de abertura de crédito e a tarifa de emissão de boleto bancário. [...] (Apelação Cível nº - Campo Grande. Quarta Turma Cível. Relator Des. Dorival Renato Pavan. Julgamento 31.3.2009).

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO MARANHÃO. LEGITIMIDADE. ILEGALIDADE DA COBRANÇA DE TARIFA SOB EMISSÃO DE BOLETO BANCÁRIO. (...) 7. **Sendo os serviços prestados pelo Banco remunerados pela tarifa interbancária, conforme referido pelo Tribunal de origem, a cobrança de tarifa dos consumidores pelo pagamento mediante boleto/ficha de compensação constitui enriquecimento sem causa por parte das instituições financeira, pois há dupla remuneração pelo mesmo serviço, importando em vantagem exagerada dos Bancos em detrimento dos consumidores, razão pela qual abusiva a cobrança da tarifa, nos termos do art. 39, V, do CDC c/c art. 51, § 1º, I e III, do CDC.**

8. O pedido de indenização pelos valores pagos em razão da cobrança de emissão de boleto bancário, seja de forma simples, seja em dobro, não é cabível, tendo em vista que a presente ação civil pública busca a proteção dos interesses individuais homogêneos de caráter indivisível.

9. A multa cominatória, em caso de descumprimento da obrigação de não fazer, deverá ser destinada ao Fundo indicado pelo Ministério Público, nos termos do art. 13 da Lei n. 7.347/85, uma vez que não é possível determinar a quantidade de consu-

midores lesados pela cobrança indevida da tarifa sob a emissão de boleto bancário.

10. Recursos especiais conhecidos em parte e, nesta parte, providos.” (REsp 794.752/MA, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 16/03/2010, DJe 12/04/2010)”

A sentença, portanto, não merece retoques nesse particular.

2.6) Busca e Apreensão

A questão relativa à manutenção na posse relaciona-se diretamente com aquilo que restou decidido quanto à configuração da mora. Como consolidado na Súmula 72/STJ, *“a comprovação da mora é imprescindível à busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente”*.

O direito de o credor fiduciário reaver o bem em poder do devedor fiduciário encontra-se diretamente relacionado ao fato deste último não ter contraprestado a pecúnia a que se obrigara. Conforme estabelecido no art. 3º do Decreto-Lei nº 911/69, a procedência da busca e apreensão dependerá da comprovação da mora do devedor.

Nesse contexto, constatada a abusividade dos encargos cobrados no período da normalidade contratual – tarifa de abertura de crédito e tarifa de emissão de boletos, resta configurada a onerosidade excessiva em face do consumidor, impossibilitando ou dificultando o cumprimento de sua obrigação, razão pela qual são inexigíveis os encargos decorrentes da mora (art. 396 do CC), circunstância que acarreta a improcedência da busca e apreensão.

Confira-se, ainda, nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL. CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO REVISIONAL E AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO CONEXA. CONTRATO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. COBRANÇA CUMULATIVA COM JUROS REMUNERATÓRIOS E CORREÇÃO MONETÁRIA. IMPOSSIBILIDADE. MORA DEBENDI. DESCARACTERIZAÇÃO. COBRANÇA DE ENCARGOS ABUSIVOS NO PERÍODO DA NORMALIDADE. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. IMPROCEDÊNCIA. 1. (...). 3. **A cobrança de encargos abusivos no período da normalidade enseja a descaracterização da mora debendi, impondo, na hipótese vertente a improcedência da ação**

de busca e apreensão. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no REsp 999.885/RS, Rel. Ministro HONILDO AMARAL DE MELLO CASTRO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/AP), QUARTA TURMA, julgado em 18/08/2009, DJe 31/08/2009). (grifo nosso)

AGRAVO REGIMENTAL. CONTRATO BANCÁRIO. CAPITALIZAÇÃO MENSAL DOS JUROS. AUSÊNCIA DE PACTUAÇÃO. REEXAME DE PROVAS. INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. REPETIÇÃO DO INDÉBITO. POSSIBILIDADE. MORA. DESCARACTERIZADA. COBRANÇA DE ENCARGOS ILEGAIS. INSCRIÇÃO DO NOME DO DEVEDOR EM CADASTROS DE INADIMPLENTES. VEDAÇÃO. 1. (...). 2. (...). 3. A cobrança de encargos ilegais no período da normalidade descaracteriza a mora do devedor. 4. - O julgamento de mérito que declara a existência de encargos abusivos afasta a caracterização da mora, assim como a possibilidade de inscrição do nome do contratante nos cadastros de proteção ao crédito, devendo o consumidor permanecer na posse do bem alienado fiduciariamente, o que enseja a manutenção do Acórdão impugnado no ponto. 5. - Agravo Regimental improvido. (AgRg no Ag 1407778/RS, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/09/2011, DJe 26/09/2011) (grifo nosso)

Logo, afastada a mora da recorrida, não há como ser acolhido o pleito da instituição financeira de busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente.

Assim, infundada a irresignação do 2º Apelante quanto à manutenção do bem na posse da ré, ora 2ª Apelada, Sra. Shirlene Freitas de Moura.

3) Conclusão

Posto isso, voto pelo conhecimento e improvimento à primeira Apelação, bem como pelo e conhecimento e improvimento do apelo recursal da BV Financeira S/A – Crédito, Financiamento e Investimento, mantendo a sentença recorrida por todos os seus fundamentos.

Publique-se.

Sala das Sessões da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Maranhão, em 29 de março de 2012.

Des. Jamil de Miranda Gedeon Neto
Relator

TERCEIRA CÂMARA CÍVEL
SESSÃO DO DIA 4 DE JUNHO DE 2012
APELAÇÃO CÍVEL Nº. 31252/2011 – COELHO NETO

Apelante: Banco Bradesco S/A
Advogados: José Edgard da Cunha Bueno Filho e outros
Apelada: Isabel Semírames Café dos Santos Silva
Advogados: Nilton da Cruz Vieira, Aline Curvelo Tavares e outros
Relator: Des. Lourival de Jesus Serejo Sousa

ACÓRDÃO Nº. 1157152012

EMENTA

APELAÇÃO CÍVEL. PROCESSUAL CIVIL. CONSUMIDOR. GESTANTE. RECUSA A ATENDIMENTO PRIORITÁRIO. CONSTRAINGIMENTO EM AGÊNCIA BANCÁRIA. DANO MORAL CONFIGURADO. REDUÇÃO DO *QUANTUM* INDENIZATÓRIO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE QUALQUER RISCO À INCOLUMIDADE DO NASCITURO. CORREÇÃO MONETÁRIA. ADEQUAÇÃO DE OFÍCIO. PROVIMENTO PARCIAL.

1. Tratando-se de relação de consumo, incide responsabilidade objetiva do fornecedor de serviços, que só não será responsabilizado quando provar: (I) que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste; ou (II) a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro (CDC, art. 14, § 3º).
2. Acarreta dano moral a recusa do banco recorrente ao atendimento de gestante em fila prioritária.
3. Dano potencializado pela ocorrência de discussão entre a consumidora e um preposto do banco e pela possibilidade de risco à gestação da cliente, que chegou a passar mal em razão do imbróglgio.
4. Valor indenizatório reduzido, principalmente em razão da ausência de comprovação de qualquer risco à incolumidade do nascituro.

5. Ajuste de ofício quanto ao termo inicial para correção monetária.

6. Apelação cível parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os senhores desembargadores da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, por maioria, conhecer do recurso e dar-lhe parcial provimento, nos termos do voto do relator, que integra este acórdão, contra o voto do revisor.

Participaram do julgamento os excelentíssimos senhores desembargadores Jamil de Miranda Gedeon Neto, Paulo Sérgio Velten Pereira e Lourival de Jesus Serejo Sousa.

Funcionou pela Procuradoria Geral de Justiça a procuradora Ana Lídia de Mello e Silva Moraes.

São Luís, 4 de junho de 2012.

Des. Lourival Serejo
Relator

RELATÓRIO

Senhores Desembargadores, Senhora Procuradora de Justiça, ISABEL SEMÍRAMES CAFÉ DOS SANTOS SILVA ajuizou, na origem, *ação de indenização por danos morais* contra BANCO BRADESCO S/A, alegando que, estando grávida, procurou os serviços do réu e sofreu constrangimentos ao tentar ser atendida na fila destinada às prioridades legais. Alega que travou discussão com um preposto do banco e que, em razão do imbróglio, chegou a passar mal, o que ocasionou sério risco à sua gestação.

Pela sentença de fls. 68-73, o feito recebeu juízo de procedência, condenando-se o réu ao pagamento de indenização no importe equivalente a 60 (sessenta) salários mínimos vigentes ao tempo do ocorrido — R\$ 14.400,00 (catorze mil e quatrocentos reais), mais consectários legais.

Na presente apelação são ventiladas as seguintes questões: **a)** inexistência de defeito na prestação do serviço; **b)** ausência dos requisitos da responsabilidade objetiva; **c)** inexistência de dano moral; **d)** *quantum* indenizatório, reputado pelo recorrente como elevado. Pede-se, ao final, o provimento total do recurso, decretando-se a improcedência do pedido inicial, ou, quando menos, a redução do valor indenizatório (fls. 76-90).

A parte recorrida manifestou-se às fls. 95-96, pedindo o improviamento da apelação.

Com a manifestação do Ministério Público (fls. 106-107), assentando ausência de interesse em intervir, os autos reuniram condições de julgamento.

É o relatório.

VOTO

Ao que consta dos autos, a averiguação da responsabilidade do apelante deve ter por norte os ditames do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº. 8.078/90), já que entre apelante e apelada houve, inegavelmente, uma **relação de consumo**.

Nessa linha, dispõe o art. 14 do CDC que o fornecedor de serviços responde objetivamente pelos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços. Em acréscimo, estatui o § 3º do referido dispositivo legal que o fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar: (I) que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste; ou (II) a culpa foi exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Transportando a dicção legal para os fatos concretos, observa-se que o apelante se limitou a sustentar a inoccorrência de danos morais e a afirmar que tal modalidade de dano careceria de comprovação. Chega a argumentar que “*não houve dano causado e nenhum fato corroborado que pudesse se exteriorizar e causar situação vexatória expondo o (sic) requerente ao ridículo de forma ilícita*” (fl. 80).

Ocorre que tais afirmações conflitam com a prova testemunhal produzida ao longo da instrução (fls. 55, 56 e 62). Observa-se, a propósito, que mesmo a testemunha arrolada pelo recorrente admite a ocorrência de uma discussão entre a recorrida e um preposto do banco,

justamente em razão da permanência da consumidora na fila destinada às prioridades legais (fl. 62). De seu turno, a testemunha Bruno Rafael Oliveira Ramos confirmou o entrevero alegado na petição inicial e também o fato de que, em razão da discussão, a autora chegou a passar mal, muito provavelmente em razão de sua situação peculiar (gravidez).

Como bem frisado em sentença, “o único fato mencionado pela autora que não encontra comprovação nos autos é o de a integridade física de seu filho ter sido colocada em risco” (fl. 71).

Tem-se, portanto, como devidamente comprovados os danos suportados pela recorrida e cabível o pedido de indenização, já que o apelante não conseguiu comprovar a ocorrência de quaisquer das situações que possibilitariam a exclusão de sua responsabilidade (CDC, art. 14, § 3º).

No que se refere ao valor indenizatório, observa-se que, de fato, tal parcela da condenação foi estabelecida em patamar elevado, principalmente em razão da ausência de comprovação de qualquer risco à incolumidade do nascituro.

Nesse contexto, com a finalidade de adequar o *quantum* indenizatório aos vetores de razoabilidade e proporcionalidade, que devem orientar a atividade jurisdicional, a condenação deve ser reduzida ao montante de R\$ 8.000,00 (oito mil reais), mantendo-se a estipulação de juros moratórios na forma da sentença e adequando-se, de ofício o termo inicial para correção monetária, que deve ser a data do arbitramento, **28.10.2010**, conforme orientação da Súmula 362 do Superior Tribunal de Justiça.

DO EXPOSTO, DOU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso, nos termos da fundamentação *supra*.

É como voto.

Sala das Sessões da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, em São Luís, 4 de junho de 2012.

Des. Lourival de Jesus Serejo Sousa
Relator

QUARTA CÂMARA CÍVEL
SESSÃO DO DIA 24 DE ABRIL DE 2012
AGRAVO DE INSTRUMENTO N.º 30531-2011
PAÇO DO LUMIAR

Agravante: Ruiz Lemos Capelami e Júlio César Bezerra da Silva
Advogados: Mauro Henrique Ferreira Gonçalves Silva e outros
Agravada: Maria da Guarda Penha
Advogado: Maria Emy Cantanhede Oliveira
Relator: Des. Jaime Ferreira de Araújo

ACÓRDÃO N.º. 1141152012

EMENTA

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE MANUTENÇÃO DE POSSE. REQUISITOS PREVISTOS NO ART. 927 e 928 DO CPC. OBSERVÂNCIA. MANUTENÇÃO DA DECISÃO.

1. Presentes, *in casu*, os requisitos constantes do art. 927 do CPC, para concessão de liminar nas ações possessórias, tais como a posse, a turbação e a data da turbação, deve ser concedida liminar para manutenção da posse.
2. Agravo de instrumento conhecido e desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n.º. 30531/2011, ACORDAM os Senhores Desembargadores da Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, “UNANIMEMENTE E DE ACORDO COM O PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO, CONHECERAM E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO DESEMBARGADOR RELATOR”.

Participaram do julgamento os Senhores Desembargadores Jaime Ferreira de Araujo – Relator, Anildes de Jesus Bernardes Chaves Cruz e Paulo Sérgio Velten Pereira.

Funcionou pela Procuradoria Geral de Justiça o Dr. José Henrique Marques Moreira.

São Luís, 24 de abril de 2012

Des. Jaime Ferreira de Araújo
Relator

RELATÓRIO

Versam os presentes autos sobre AGRAVO DE INSTRUMENTO, com pedido de efeito suspensivo, interposto por RUIZ LEMOS CAPELAMI E JÚLIO CÉSAR BEZERRA DA SILVA contra decisão proferida pela MM. Juíza de Direito da 2ª Vara da Comarca de Paço do Lumiar/MA que, nos autos da *Ação de Manutenção de Posse com pedido de liminar c/c indenização por perdas e danos* (Processo n.º 534-55.2011.8.10.0049) ajuizada contra os agravantes, por MARIA DA GUARDA PENHA, deferiu a liminar pretendida para, em consequência, manter a autora na posse do imóvel situado no Loteamento Verde Mar, quadra – B, Paço do Lumiar – MA, medindo 900 m² (novecentos metros quadrados), composto de dois lotes (12 e 13).

Ademais, a magistrada *a quo* determinou expedição do mandado de manutenção de posse, cominando multa de R\$ 500,00 (quinhentos reais) por dia, caso os requeridos venham praticar novas turbações.

Em suas razões recursais (fls. 03-24), os agravantes alegam que a agravada não logrou êxito em comprovar sua posse, tampouco em atender aos demais requisitos previstos no art. 927, do CPC.

Em vista disso, requerem seja recebido o Agravo de Instrumento, conferindo-lhe efeito suspensivo da liminar anteriormente concedida, determinando-se a imediata suspensão de seus efeitos.

Este relator indeferiu o pedido de efeito suspensivo postulado no vertente agravo de instrumento às fls. 92-97.

Apesar de devidamente notificado, o juízo *a quo* deixou de prestar as informações de praxe, conforme certidão de fl. 123.

Devidamente intimada, a agravada apresentou contrarrazões de fls. 101-110.

A Procuradoria Geral de Justiça (fls. 126) manifestou-se pelo conhecimento e deixou de opinar em seu mérito por não incidir quaisquer das hipóteses do art. 82, do Código de Processo Civil.

É o relatório.

VOTO

Pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade preenchidos.

A questão a ser decidida no presente agravo de instrumento cinge-se à análise da presença ou não dos requisitos autorizadores do deferimento liminar de manutenção da posse.

Com efeito, os agravantes alegam que não foram atendidos os requisitos previstos no art. 927, da Lei Adjetiva Civil, abaixo transcrito:

Art. 927 - Incumbe ao autor provar:

I - a sua posse;

II - a turbação ou o esbulho praticado pelo réu;

III - a data da turbação ou do esbulho;

IV - a continuação da posse, embora turbada, na ação de manutenção; a perda da posse, na ação de reintegração.

Por sua vez, a teor do que dispõe o art. 928, *caput*, daquele mesmo Estatuto, somente quando as provas que instruem a petição inicial não deixarem margem de dúvida acerca da existência dos elementos supra mencionados é que pode ser dispensada a oitiva das partes, e, de pronto, ser concedida a liminar:

Art. 928. **Estando a petição inicial devidamente instruída, o juiz deferirá, sem ouvir o réu, a expedição do mandado liminar de manutenção ou de reintegração;** no caso contrário, determinará que o autor justifique previamente o alegado, citando-se o réu para comparecer à audiência que for designada. (grifo nosso)

No caso dos autos, verifica-se que restaram comprovados todos os requisitos acima descritos. Outrossim, a autora/agravada comprovou a

posse da área litigiosa através das fotografias anexadas aos autos, que demonstram, de fato, a construção da alegada residência, bem como se percebe a turbação dela. Aliás, a turbação e a sua data, também, restam comprovadas por meio do boletim de ocorrência em anexo.

Além disso, embora não se discuta aqui a propriedade do imóvel, a agravada, inclusive, juntou comprovante de pagamento dos impostos do imóvel e do contrato de compra e venda dele.

Diante de tais considerações, não merece prosperar a alegação dos agravantes de ausência dos requisitos necessários para o deferimento da liminar. Aliás, quando comprovados os requisitos contidos no art. 927, do Código de Processo Civil, está a magistrada autorizada a conceder a liminar, advindo tal ato de um convencimento provisional, com base em cognição estreita.

Na mesma linha de raciocínio, confirmam-se os seguintes julgados deste Tribunal e do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, *in verbis*:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO EM AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. **INICIAL INSTRUÍDA COM DOCUMENTOS COMPROBATÓRIOS DOS REQUISITOS DO ART. 927 DO CPC**, AUDIÊNCIA DE JUSTIFICAÇÃO. PRESCINDIBILIDADE. COMPOSSE. RESPEITO DOS LIMITES PELOS COMPOSUIDORES. DESCONSTITUIÇÃO DA DOCUMENTAÇÃO APRESENTADA PELOS AGRAVADOS. ÔNUS DO QUAL NÃO SE DESINCUMBIRA O AGRAVANTE (CPC, ART. 333, II). MANUTENÇÃO DA LIMINAR DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE DEFERIDA PELO JUÍZO DE ORIGEM. I. A audiência de justificação prévia é prescindível nas hipóteses em que a inicial da ação possessória encontra-se devidamente instruída com documentos aptos a comprovar os requisitos do art. 927 do CPC, nos termos do art. 928 do **codex** processual. Precedentes do STJ. II. Em se tratando de compossesse, os compossuidores devem respeitar os limites estabelecidos – quer de forma documental ou mesmo verbal - para o seu exercício, sob pena de sofrerem as reprimendas previstas em lei. **III. Não tendo o agravante se desincumbido do ônus de comprovar os fatos alegados, ou mesmo desconstituir as provas apresentadas pelos agravados, desatendidos estão os requisitos do art. 927 do CPC, o que fulmina a pretensão recursal, qual seja, a proteção possessória.**IV. Agravo conhecido e desprovi-

do. (Agravo de Instrumento n.º único 0000319-32.2001.8.10 n.º 000916-2011 – BREJO, Relator Des. Jaime Ferreira de Araujo, data de julgamento 22 de agosto de 2011). Original sem grifos. Disponível em www.tjma.jus.br – Acesso em 16 de abril de 2012.

(TJMA-016477) AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. **REQUISITOS CONFIGURADOS. DECISÃO MANTIDA.** 1. Não obsta à manutenção ou reintegração de posse a alegação de propriedade ou de qualquer outro direito sobre a coisa, **sendo suficiente a comprovação da posse anterior ao ato de turbação ou de esbulho.** 2. Inteligência do § 2º do art. 1.210 do Código Civil. 3. Agravo conhecido e improvido. Maioria. (Agravo de Instrumento nº 11375-93.2010.8.10.0001 (96131/2010), 4ª Câmara Cível do TJMA, Rel. Paulo Sérgio Velten Pereira. j. 19.10.2010, maioria, DJe 27.10.2010). Original sem grifos. Disponível em JURIS PLENUM OURO, Caxias do Sul: Plenum, n. 20, jul./ago. 2011. 1 DVD. ISSN 1983-0297.

(TJMA-018315) AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE MANUTENÇÃO DE POSSE. MEDIDA LIMINAR DEFERIDA. ARTS. 927 E 928 CPC. OBSERVÂNCIA. **I - O autor/recorrido preencheu os requisitos elencados no art. 927 do Código de Processo Civil, uma vez que se desincumbiu do ônus de demonstrar a turbação praticada pelos réus, a data da turbação e a continuação da posse, embora turbada.** II - Recurso improvido. (Agravo de Instrumento nº 29951/2010 (102159/2011), 1ª Câmara Cível do TJMA, Rel. Raimunda Santos Bezerra. j. 19.05.2011, DJe 26.05.2011). Original sem grifos. Disponível em JURIS PLENUM OURO, Caxias do Sul: Plenum, n. 20, jul./ago. 2011. 1 DVD. ISSN 1983-0297.

(TJMG-295239) AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANUTENÇÃO DE POSSE. LIMINAR, REQUISITOS. ARTS. 927 E 928, DO CPC. PRESENÇA. **Deve ser concedida a liminar, em ação de manutenção de posse, quanto comprovado pelo autor a sua posse, a ocorrência da turbação e sua data, assim como a continuidade da posse após a turbação.** (Agravo de Instrumento Cível nº 0648622-78.2010.8.13.0000, 6ª Câmara Cível do TJMG, Rel. Antônio Sérvulo. j. 29.03.2011, unânime, Publ. 29.04.2011). Original sem grifos. Disponível em JURIS PLENUM OURO, Caxias do Sul: Plenum, n. 20, jul./ago. 2011. 1 DVD. ISSN 1983-0297.

Dessa forma, restando satisfeitos os requisitos legais, há que ser mantida a decisão da magistrada *a quo*, comportando, entretanto, se cabível, revogação pela própria juíza da causa, só devendo este Tribunal cassar a decisão fustigada em caso de ausência da necessária fundamentação ou quando refutados, de modo persuasivo, os fundamentos autorizadores da concessão, o que não é o caso dos autos.

Como se vê, não foi indicado fato relevante e compatível com as hipóteses dos arts. 527, III, e 558 do Código de Processo Civil, o que inviabiliza o deferimento do *pedido de efeito suspensivo* formulado pelos Agravantes.

Portanto, a decisão agravada, que se encontra devidamente fundamentada, não incorreu em ilegalidade nem o magistrado *a quo* agiu com abuso de poder ao deferir o pedido de liminar à agravada.

Em face do exposto, CONHEÇO DO RECURSO E NEGÓ PRO-
VIMENTO ao presente agravo de instrumento para manter a decisão agravada.

É como voto.

Sala das Sessões da Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, em São Luís, 24 de abril de 2012.

Des. Jaime Ferreira de Araújo
Relator

QUARTA CÂMARA CÍVEL
SESSÃO DO DIA 15 DE MAIO DE 2012
APELAÇÃO CÍVEL Nº. 1487/2012 – SÃO LUÍS

Apelante/ Apelado: Estado do Maranhão
Procuradora: Renata Bessa da Silva Castro
Apelados/Apelantes: Claudiner Froz e outro
Advogado: Isaac Ribeiro Silva
Relator: Des. Paulo Sérgio Velten Pereira

ACÓRDÃO Nº. 1148472012

EMENTA

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. LATROCÍNIO EM VIA PÚBLICA. AUTOR DO CRIME COM PASSAGEM PELA POLÍCIA E MANDADO DE PRISÃO EXPEDIDO. DEMORA NO CUMPRIMENTO DA ORDEM JUDICIAL. *FAUTE DU SERVICE*.

1. O Estado não se exime de responder por assalto seguido de morte em via pública quando o autor do crime é conhecido das autoridades, tendo mandado de prisão expedido em seu nome, inclusive, sem cumprimento até a data do crime.
2. Aplicação da teoria da *faute du service* para as hipóteses em que o serviço funciona mal ou tardiamente e propicia, com a omissão estatal, a condição necessária ao acontecimento lesivo.
3. Dano moral fixado em patamar não condizente com a lesão perpetrada e o princípio da proporcionalidade.
4. Dano material devido, à razão mensal de 2/3 do salário mínimo para ambos os autores.
5. Apelações conhecidas e apenas a segunda provida. Unanimidade.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, acordam os Senhores Desembargadores da Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, por votação unânime, e em parcial acordo com o parecer da PGJ, em conhecer de ambos os Recursos para negar provimento ao 1º e dar provimento ao 2º, nos termos do voto do Desembargador Relator.

Participaram do julgamento, além do Relator, os Senhores Desembargadores JAIME Ferreira de ARAÚJO e TYRONE José SILVA (juiz Convocado).

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

São Luís, 15 de maio de 2012

Des. Paulo Sérgio Velten Pereira
Relator

RELATÓRIO

Cuida-se de Apelações interpostas contra sentença do Juízo da 2ª Vara da Fazenda Pública da capital, que julgou procedente em parte a pretensão para condenar o Estado do Maranhão ao pagamento de R\$ 35 mil a título de danos morais pela morte de Cely Maria Froz, em 12/5/2010, vítima de latrocínio (fls. 123/131).

Em suas razões, o Estado do Maranhão postula pela improcedência total dos pedidos, ao argumento de que a responsabilidade estatal por omissão é do tipo subjetiva e não houve prova de que o ente público contribuiu culposamente para o crime perpetrado por particular em via pública. Na eventualidade, pugna pela redução da verba indenizatória e fixação dos juros em conformidade com o disposto na Lei 9.494/97 (fls. 136/154).

Os autores também apelaram, devolvendo ao Tribunal, em suma, a questão referente à quantificação do dano moral, que entendem ter sido fixado em patamar módico e em descompasso com outras decisões deste Colegiado. Quanto aos danos materiais, pedem seja reformada a

sentença, porquanto comprovado que a Apelante Claudecy Froz é portadora de deficiência e necessita de cuidados diários, tarefas que eram desempenhadas por sua falecida mãe (fls. 157/165).

Somente o Estado do Maranhão ofereceu contrarrazões, pugnando pela manutenção da sentença na parte impugnada (fls. 172/189).

Parecer ministerial pelo conhecimento de ambos os Recursos e provimento parcial da apelação cível interposta pelos autores, a fim de que seja majorada a indenização por danos morais (fls. 195/207).

É o relatório.

VOTO

Presentes os requisitos intrínsecos de admissibilidade, concernentes ao cabimento, legitimidade e interesse recursal, assim como os pressupostos extrínsecos relativos à tempestividade e regularidade formal (isentos de preparo), conhecimento de ambos os Recursos.

Relevante para o deslinde da controvérsia é saber se o Estado pode ser responsabilizado por omissão quando descumprido o dever de prestar serviço de segurança pública eficiente e adequado.

É estreme de dúvidas que a responsabilidade estatal por omissão é subjetiva, isto é, depende da comprovação de que o Poder Público, devendo agir por imposição legal para afastar uma situação potencialmente lesiva, não age ou o faz de maneira deficiente ou serôdia, deixando de impedir a ocorrência do resultado danoso.

Isto se dá porque, segundo CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, na omissão o Estado não é propriamente o causador do dano, pois, como não agiu não se pode dizer que o causou. A omissão, segundo o festejado professor da PUC-SP, é **condição do dano, não a sua causa**. Responsabiliza-se o Poder Público nesses casos porque não agiu como deveria para impedir o dano perpetrado por força humana ou material alheia, comportando-se abaixo dos padrões legais que normalmente deveriam caracterizar atuação estatal (*in: Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 28ª ed., 2011, p. 1.022/23).

Trata-se de aplicar, no direito brasileiro, a teoria da *faute du service* do direito francês, que implica reconhecer a responsabilidade sempre que, por culpa atribuível genericamente ao serviço (não a um agente

específico), o Estado não consegue impedir a eclosão de um dano que, por imposição legal, deveria evitar.

Nesse sentido é a jurisprudência do STF:

“Tratando-se de ato omissivo do poder público, a responsabilidade civil por esse ato é subjetiva, pelo que exige dolo ou culpa, em sentido estrito, esta numa de suas três vertentes – a negligência, a imperícia ou a imprudência – não sendo, entretanto, necessário individualizá-la, dado que pode ser atribuída ao serviço público de forma genérica a falta do serviço” (RE 382.054/RJ, Min. Carlos Velloso).

Pois bem, no caso dos autos, tenho que a sentença deve ser mantida, na parte em que reconheceu a responsabilidade estatal.

Não se tratou de puro e simples fortuito a ação criminosa que resultou na morte da Sra. Cely Maria Froz. Existem provas suficientes a comprovar que **o Estado foi negligente** no dever de retirar das ruas o autor do crime, que era conhecido das autoridades incumbidas da segurança pública, tinha passagens anteriores pela polícia e mandado de prisão expedido em seu nome por tentativa de homicídio praticada poucos meses antes, mas, ainda assim, continuava aterrorizando os moradores da Vila Embratel, nesta capital (fls. 37/62).

Digno de nota é o fato de que a viatura policial encarregada do patrulhamento ostensivo no bairro em que ocorreu o latrocínio foi avisada da presença do autor do crime nas proximidades da Rua 2, nessa mesma fatídica noite, tendo o policial militar apenas recomendado à moradora Emília Rosa Figueiredo Barros (que telefonou para o serviço “patrulha do bairro”) que ficasse à distância, observando o criminoso. Não se tem notícia de que os policiais militares tenham se dirigido ao local para prendê-lo, mesmo sabendo-o foragido da polícia (fls. 61/62). O Estado não se desincumbiu desse ônus (CPC, art. 333 II).

A propósito, as duas testemunhas ouvidas em Juízo foram enfáticas ao afirmar que o autor do crime era conhecido por praticar toda sorte de delitos nas redondezas, mas quando a polícia era chamada demorava muito tempo para chegar ao local e o sujeito sempre acabava fugindo (fls. 120/121).

Como se vê, a situação nem de longe se assemelha àquelas em que o Estado é surpreendido por uma ação criminosa repentina, imprevisí-

vel, hipótese em que não há como imputar-lhe responsabilidade, sob pena de erigi-lo em segurador universal, segundo as palavras do próprio BANDEIRA DE MELLO (*op.cit.* p. 1.023). Os órgãos incumbidos da segurança pública sabiam onde localizar e prender o criminoso (havia, conforme frisado anteriormente, mandado de prisão expedido em seu nome por tentativa de homicídio, além de inúmeras chamadas à polícia), mas, o serviço não funcionou adequadamente, devendo em razão disso o Estado ser obrigado a reparar o dano moral causado aos parentes da vítima. Houve, efetivamente, culpa do serviço de segurança pública (CF, art. 144).

É dizer, não tivesse o Estado apelante descuidado o dever de segurança (quer cumprindo a tempo e modo o mandado de prisão, quer dirigindo-se ao local do crime tão logo avisado da presença do criminoso nas proximidades na data em que ocorreu o crime), é bastante provável que o latrocínio não tivesse acontecido. Não se trata de exercício de futurologia, nem tampouco dom de premonição, mas de *prognose retrospectiva*, sendo essa omissão estatal condição adequada do dano (NORONHA, Fernando. Direito das obrigações. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 603).

Comprovados, portanto, os pressupostos da responsabilidade extracontratual do Estado (omissão culposa, dano e nexa causal), é de ser mantida a sentença nesta parte.

Relativamente ao *quantum* indenizatório, tenho que a importância de R\$ 35 mil não garante efetiva compensação do dano experimentado e tampouco atende aos critérios que devem balizar o julgador na fixação de um valor condizente com a realidade e que atenda ao postulado da proporcionalidade.

De fato as pessoas atingidas pela omissão lesiva do Estado no caso presente são humildes, não significando, todavia, que a dor da morte de um ente querido seja menor ou maior do que aquela ocorrida no seio de famílias mais abastadas. A vida humana tem igual valor para pobres e ricos.

Atento a essas circunstâncias, e ao caráter leniente, pedagógico e punitivo da indenização do dano moral, e como forma de evitar o enriquecimento sem causa, hei por bem majorar o valor da indenização para R\$ 80 mil, quantia que considero justa e adequada à compensação da dor impingida aos apelantes (CF, art. 5º V e X e CC, art. 944).

No respeitante ao dano material, a jurisprudência do STJ tem evoluído para reconhecer que a prova do exercício de atividade remunerada não é condição necessária ao deferimento do pedido, especialmente nas hipóteses em que a vítima dedicava-se a afazeres domésticos, suscetíveis de aferição pecuniária (REsp 293.159/MG, Min.^a Nancy Andrighi).

No mesmo sentido: “No caso, não restou comprovado o exercício de atividade laborativa remunerada, razão pela qual a pensão deve ser fixada em valor em reais equivalente a um salário mínimo e paga mensalmente” (REsp 876.448-RJ, Rel. Ministro Sidnei Beneti).

Na hipótese, cumpre registrar que, além dos afazeres domésticos, a vítima dedicava-se diariamente a cuidar de sua filha, ora apelante, que é portadora de paraplesia espática hereditária (fl. 63), circunstância que por certo a impedia de exercer atividade remunerada regular.

Destarte, atento às peculiaridades do caso, arbitro o pensionamento referente ao dano material em 2/3 (dois terços) do salário mínimo – consideradas eventuais despesas da vítima com ela própria, conforme entendimento jurisprudencial atualmente majoritário na Corte Superior (REsp 976.872/PE, Min.^a Maria Isabel Gallotti) –, tendo por termo inicial a citação (fl. 79) e termo final a data em que a vítima, falecida aos 47 anos, completaria 65 anos (REsp 679.652/RS, Min. João Otávio Noronha).

Por fim, improcede a alegação do Estado apelante de que o Juízo inobservou, quanto à atualização monetária e juros de mora, o disposto na Lei 9.494/97.

O dispositivo da sentença é exposto ao determinar a atualização da dívida consoante os índices da caderneta de poupança, atendendo, assim, à regra insculpida no art. 1º-F da referida norma.

Ante o exposto, em parcial acordo com o parecer da PGJ, conheço de ambos os Recursos e dou provimento apenas ao 2º, para majorar a indenização pelo dano moral e estabelecer o pensionamento mensal devido aos Apelantes, nos termos da fundamentação *supra*.

É como voto.

Sala das Sessões da Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Maranhão, 15 de maio de 2012.

Des. Paulo Sérgio Velten Pereira
Relator

QUARTA CÂMARA CÍVEL
SESSÃO DO DIA 19 DE JUNHO DE 2012
APELAÇÃO CÍVEL Nº. 024594/2011 – SÃO LUÍS

Apelante: Léa de Moraes Rego Netto.
Advogados: Pedro Leonel Pinto de Carvalho, Henrique Teles Fonseca e outros.
Apelado: Banco da Amazônia S/A.
Advogados: Giovanni Michael Vieira Navarro, Ana Lúcia Barbosa da Silva e outros.
Relatora: Desa. Anildes de Jesus Bernardes Chaves Cruz.

ACÓRDÃO Nº. 1163852012

EMENTA

DIREITO CIVIL, PROCESSUAL CIVIL E DO CONSUMIDOR. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. CONTRATO BANCÁRIO. TRANSFERÊNCIA DE VALORES INVESTIDOS PARA BANCO NÃO INTEGRANTE DA RELAÇÃO CONTRATUAL. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO EXPRESSA DA CLIENTE. RESPONSABILIDADE DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA CONTRATADA. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO APRESENTADO PARA MAJORAR A INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. NECESSIDADE. JUROS DE MORA. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. CORRETA APLICAÇÃO DO ART. 405, DO C.C. PARCIALMENTE PROVIDA. POR MAIORIA.

1. Resta indubitável que o abalo moral sofrido pela apelante transcende ao simples aborrecimento cotidiano, vez que teve suas aplicações financeiras, depositadas à responsabilidade do apelado (Banco da Amazônia), revertidas a um fundo de investimento do qual nem sabia existir e, o que é mais grave, sem que houvesse sido promovida a sua autorização prévia. Assim, totalmente alheia à destinação que havia sido dada às suas aplicações financeiras, a apelante somente tomou conhecimento da situação quando, ao tentar efetuar saque na sua conta corrente, fora

cientificada da indisponibilidade na operação, momento em que lhe informaram acerca do investimento em um fundo de responsabilidade de outra instituição financeira, que estava passando por sérios problemas, vindo inclusive a decretar falência (Banco Santos).

3. Neste contexto, a quantia estipulada pelo Juízo de base, no montante de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), se mostra irrisória frente aos danos sofridos pela apelante, razão pela qual, melhor sopesando as considerações acerca da extensão da dor moral experimentada, bem como o caráter pedagógico da condenação do apelado, considero como equitativa e proporcional a majoração do valor da indenização para o total de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), suficiente para repará-la da angústia sofrida e, ao mesmo tempo, desestimular o recorrido a reincidir na prática ilícita, promovendo a organização de seus procedimentos, a fim de evitar a ocorrência de situações semelhantes.

4. Quanto aos juros de mora, se mostra acertada a sentença, uma vez que estipulou sua incidência na forma prevista no art. 405, do C.C (a partir da citação), uma vez que a demanda denota típica situação de responsabilidade contratual, ao tempo em que os danos morais sofridos decorreram da falha inerente à quebra das condições (cláusulas) do contrato firmado entre as partes, já que o apelado, mesmo sem autorização da apelante, aplicou seus investimentos financeiros em fundo que nem sabia existir (*“há responsabilidade contratual nos casos em que o dever jurídico violado tenha origem em contrato ou negócio jurídico firmado pelo indivíduo”* – STJ. 4ª Turma. AgRg no REsp 1229864/MG. Rel. Min. João Otávio de Noronha. DJe de 01/06/2011).

5. Apelação parcialmente provida. Por maioria.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos, estes autos de Apelação Cível, sob o n.º 024594/2011, em que figuram como partes os retro mencionados, acordam os Senhores Desembargadores da Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Maranhão, por votação majoritária, em CONHECER e DAR PARCIAL PROVIMENTO ao recurso, nos termos do

voto da Desembargadora Relatora. Voto parcialmente contrário do Desembargador Revisor, pela exclusão da condenação em danos morais.

Participaram do julgamento os Senhores Desembargadores Anildes de Jesus Bernardes Chaves Cruz – Relatora, Paulo Sérgio Velten Pereira – Revisor e Jamil de Miranda Gedeon Neto – Vogal substituto.

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

São Luís, 19 de junho de 2012.

Desa. Anildes de Jesus Bernardes Chaves Cruz
Relatora

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Cível interposta por LEA DE MORAES REGO NETTO, contra a sentença do MM. Juiz de Direito da 9ª Vara Cível da Comarca de São Luís, que nos autos da Ação Ordinária, por si ajuizada (Proc. nº 19403/2005), julgou procedente para condenar o apelado, Banco da Amazônia S/A, ao pagamento da quantia de R\$ 43.091,80 (quarenta e três mil e noventa e um reais e oitenta centavos), referente aos valores investidos que foram transferidos ao Banco Santos sem autorização e à compensação pelos danos morais sofridos, arbitrados em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), tudo acrescido de juros de mora e correção monetária contados da data em que ocorreu o ilícito (Súmula nº 54/STJ) e, no que concerne aos danos morais, a partir da sentença. Condenação às custas processuais e honorários advocatícios, à base de 20% (vinte por cento) sobre o valor da indenização (fls. 266/273).

Inconformado com os termos da sentença, o apelante aduz, em síntese, que: a) o *quantum* indenizatório deve ser majorado; b) o termo *a quo* para a incidência dos juros moratórios, em relação aos danos morais, deve ser modificado para a data do evento danoso (fls. 310/330).

Contrarrazões apresentadas pelo apelado, às fls. 341/350.

A Procuradoria Geral de Justiça, por meio de Parecer de fls. 356/358, da lavra do eminente Procurador, Dr. Cezar Queiroz Ribeiro, deixa de opinar por inexistir, na espécie, qualquer das hipóteses elencadas no art. 82, do CPC.

É o relatório.

VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade recursal, conheço da apelação manejada.

Conforme se depreende do mencionado relatório, a irresignação recursal resume-se a questionar o valor da indenização estipulada no Juízo *a quo*, que seria irrisório frente ao abalo moral sofrido, assim como a aplicação dos juros de mora do dano mora, a qual, no entendimento da apelante, deveria se dar a partir do evento danoso, por ser caso de responsabilidade extracontratual (Súmula nº 54/STJ).

Pois bem.

Inquestionável a ocorrência do dano moral, como bem delineado na sentença e ausente resistência do apelado (Banco da Amazônia) quanto a este fato, vez que deixou de recorrer da condenação imposta, a presente análise deve ser enfocada, tão somente, nas questões delineadas pela apelante (*quantum* indenizatório e incidência dos juros de mora dos danos morais). Ademais, em situações semelhantes à constante dos autos, o Superior Tribunal de Justiça – STJ, já se manifestou acerca da possibilidade de ressarcimento dos danos pleiteados. Vejamos:

PROCESSO CIVIL E CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. COTEJO ANALÍTICO E SIMILITUDE FÁTICA. AUSÊNCIA. CONTRATO BANCÁRIO. FUNDOS DE INVESTIMENTO. DEVER DE INFORMAÇÃO. ART. 31 DO CDC. TRANSFERÊNCIA DOS VALORES INVESTIDOS PARA BANCO NÃO INTEGRANTE DA RELAÇÃO CONTRATUAL. CONHECIMENTO DO CLIENTE. MERA PRESUNÇÃO. AUSÊNCIA DE ANUÊNCIA EXPRESSA. INTERVENÇÃO BACEN NO BANCO SANTOS S/A. INDISPONIBILIDADE DAS APLICAÇÕES. RESPONSABILIDADE DO BANCO CONTRATADO. OCORRÊNCIA. RESSARCIMENTO DOS VALORES DEPOSITADOS. 1. A ausência de decisão acerca dos dispositivos legais indicados como violados, não obstante a interposição de embargos de declaração, impede o conhecimento do recurso especial. 2. O dissídio jurisprudencial deve ser comprovado mediante o cotejo analítico entre acórdãos que

versem sobre situações fáticas idênticas. 3. O princípio da boa-fé e seus deveres anexos devem ser aplicados na proteção do investidor-consumidor que utiliza os serviços de fornecedores de serviços bancários, o que implica a exigência, por parte desses, de informações adequadas, suficientes e específicas sobre o serviço que está sendo prestado com o patrimônio daquele que o escolheu como parceiro. 4. O redirecionamento das aplicações do recorrente ao fundo gerido pelo Banco Santos S/A. configura-se operação realizada pela instituição bancária fora de seu compromisso contratual e legal, que extrapola, por essa razão, a *alea* natural do contrato. Essa situação não pode ser equiparada, a título exemplificativo, ao risco de que o real se desvalorize frente ao dólar ou de que determinada ação sofra uma queda abrupta na bolsa de valores, pois não se pode chamar de risco, a desonerar a instituição bancária de sua responsabilidade, o que foi sua própria escolha, elemento volitivo, com o qual o conceito de risco é incompatível. 5. Não estando inserida na *alea* natural do contrato a aplicação junto ao Banco Santos S/A do capital investido pelo recorrente enquanto correntista da instituição financeira recorrida, a mera presunção de conhecimento ou anuência acerca desses riscos não é fundamento para desonerar a instituição bancária da obrigação de ressarcir ao consumidor-investidor os valores aplicados. Deve restar demonstrada a autorização expressa quanto à finalidade pretendida, ônus que cabe ao banco e do qual, na espécie, não se desincumbiu. 6. Recurso especial provido para condenar o recorrido a restituir ao recorrente os valores depositados. Ônus da sucumbência que se inverte. (STJ. 3ª Turma. REsp 1131073/MG. Rel. Min. Nancy Andriighi. DJe de 13/06/2011).

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE POR ESTA CORTE. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL E DEFERIMENTO DE TUTELA ANTECIPADA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA N. 211/STJ. FUNDO DE INVESTIMENTO. RESTITUIÇÃO. LEGITIMIDADE DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. DENUNCIÇÃO DA LIDE. SÚMULA N. 5/STJ. CERCEAMENTO DE DEFESA. PRODUÇÃO DE PROVA. LIVRE CONVENCIMENTO DO JUIZ. SÚMULA N. 7/STJ. CONDENAÇÃO À RESTITUIÇÃO DO MONTANTE INVESTIDO POR CLIENTE. POSSIBILIDADE. DANO MORAL CONFIGURADO. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO NOS TERMOS LEGAIS E REGIMENTAIS. 1. “A instituição financeira tem legitimidade para

ocupar o pólo passivo de demanda que visa a restituição de quantia captada e investida em fundo.” (Resp n. 1.075.766/TO, relator Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Dje 1.8.2011). 2. “Não estando inserida na alça natural do contrato a aplicação junto ao Banco Santos S/A do capital investido pelo recorrente enquanto correntista da instituição financeira recorrida, a mera presunção de conhecimento ou anuência acerca desses riscos não é fundamento para desonerar a instituição bancária da obrigação de ressarcir ao consumidor-investidor os valores aplicados. Deve restar demonstrada a autorização expressa quanto à finalidade pretendida, ônus que cabe ao banco e do qual, na espécie, não se desincumbiu” (Resp n. 1.131.073/MG, relatora Ministra Nancy Andrichi, 3ª Turma, DJe 13.6.2011). 3. Caracteriza-se dano moral a impossibilidade de saque, pelo autor da demanda, de economias de longos anos, redirecionada pela instituição financeira recorrente, sem autorização do cliente, de conta poupança, aplicação presumivelmente segura, para fundo de investimento no Banco Santos S/A, em liquidação extrajudicial e com ativos bloqueados. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ. 4ª Turma. AgRg no REsp 1194699/TO. Relª. Minª. Maria Isabel Gallotti. DJe de 29/05/2012).

Desse modo, como bem se extrai dos autos, resta indubitável que o abalo moral sofrido pela apelante transcende ao simples aborrecimento cotidiano, vez que teve suas aplicações financeiras, depositadas à responsabilidade do apelado (Banco da Amazônia), revertidas a um fundo de investimento do qual nem sabia existir e, o que é mais grave, sem que houvesse sido promovida a sua autorização prévia.

Assim, totalmente alheia à destinação que havia sido dada às suas aplicações financeiras, a apelante somente tomou conhecimento da situação quando, ao tentar efetuar saque na sua conta corrente, fora cientificada da indisponibilidade na operação, momento em que lhe informaram acerca do investimento em um fundo de responsabilidade de outra instituição financeira, que estava passando por sérios problemas, vindo inclusive a decretar falência (Banco Santos).

Neste contexto, a quantia estipulada pelo Juízo de base, no montante de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), se mostra, a meu ver, irrisória frente aos danos sofridos pela apelante, razão pela qual, melhor sope-sando as considerações acerca da extensão da dor moral experimentada, bem como o caráter pedagógico da condenação do apelado, considero como equitativa e proporcional a majoração do valor da indenização

para o total de **R\$ 20.000,00 (vinte mil reais)**, suficiente, a meu ver, para repará-la da angústia sofrida e, ao mesmo tempo, desestimular o recorrido a reincidir na prática ilícita, promovendo a organização de seus procedimentos, a fim de evitar a ocorrência de situações semelhantes.

Quanto aos juros de mora, incidentes sobre os danos morais, a apelante afirma que os mesmos devem ser contabilizados a partir do evento danoso, nos termos da Súmula nº 54/STJ, a qual dispõe, *verbis*: “**Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual**”.

Sob minha ótica, não assiste razão à recorrente.

Vê-se dos autos que estamos diante de típica situação de **responsabilidade contratual**, posto que os danos morais sofridos decorreram da falha inerente à quebra das condições (cláusulas) do contrato firmado entre as partes, uma vez que o apelado, mesmo sem autorização da apelante, aplicou seus investimentos financeiros em fundo que nem sabia existir (“*há responsabilidade contratual nos casos em que o dever jurídico violado tenha origem em contrato ou negócio jurídico firmado pelo indivíduo*” – STJ. 4ª Turma. AgRg no REsp 1229864/MG. Rel. Min. João Otávio de Noronha. DJe de 01/06/2011).

Portanto, neste particular, não merece quaisquer reparos a sentença, já que os juros de mora, em relação aos danos morais, como consignados, devem ser contabilizados, de fato, **a partir da citação**, nos exatos termos do art. 405, do Código Civil/2002 (“*contam-se os juros de mora desde a citação inicial*”), como assim já decidiu o Superior Tribunal de Justiça – STJ. Vejamos:

CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. ACIDENTE AÉREO. LEGITIMIDADE ATIVA. IRMÃ DA VÍTIMA. ACORDO CELEBRADO COM HERDEIROS NECESSÁRIOS. IRRELEVÂNCIA. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULA 211/STJ. FUNDAMENTAÇÃO. AUSENTE. DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. ALTERAÇÃO DO VALOR FIXADO A TÍTULO DE DANOS MORAIS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. TERMO INICIAL. JUROS MORA. RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. CITAÇÃO. (...) **6. Tratando-se, na hipótese, de responsabilidade contratual, os juros moratórios devem**

ser aplicados a partir da citação. Precedentes. (...). (STJ. 3ª Turma. REsp 1291702/RJ. Relª. Minª. Nancy Andrighi. DJe de 30/11/2011). (grifei)

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE REPARAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. ACIDENTE DE TRABALHO. LESÃO POR MOVIMENTO REPETITIVO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. PENSÃO. LIQUIDAÇÃO POR ARBITRAMENTO. JUROS DE MORA A PARTIR DA CITAÇÃO. (...). **5. Tratando-se de responsabilidade contratual, os juros de mora independem de pedido expreso (Súmula 254/STF) e incidem a partir da citação (arts. 405 e 407 do CC).** (...). (STJ. 3ª Turma. REsp 1147569/ES. Relª. Minª. Nancy Andrighi. DJe de 08/06/2011). (grifei)

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. RELAÇÃO CONTRATUAL. JUROS MORATÓRIOS TERMO INICIAL. CITAÇÃO. (...). **2. Tratando-se de responsabilidade contratual, os juros moratórios incidirão a partir da citação (artigo 219 do CPC e artigo 405 do Código Civil), e a correção monetária pertinente ao valor dos danos morais, a partir de sua fixação.** 3. Agravo regimental provido para, reconsiderando decisão anterior, conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento. (STJ. 4ª Turma. REsp 1229864/MG. Min. Rel. João Otávio de Noronha. DJe de 01/06/2011). (grifei)

Do exposto, por tudo o que aqui fora apresentado, CONHEÇO e DOU PARCIAL PROVIMENTO à apelação movida por LEA DE MORAES REGO NETTO, reformando a sentença *a quo*, apenas, em relação à indenização por danos morais, que passará a ser de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).

É como VOTO.

Sala das sessões da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, aos 19 dias, do mês de junho, do ano de 2012.

Desa. Anildes de Jesus Bernardes Chaves Cruz
Relatora

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL
SESSÃO DO DIA 28 DE FEVEREIRO DE 2012
DENÚNCIA Nº. 028416/2010

Denunciante: Ministério Público Estadual
Procurador de Justiça: Eduardo Jorge Hiluy Nicolau
Denunciado: Juarez Alves Lima – *Prefeito de Icatu/MA*
Relatora: Desa. Cleonice Silva Freire

ACÓRDÃO Nº. 1118282012

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. DENÚNCIA. ART. 1º, VI, DO DECRETO-LEI Nº. 201/67. NÃO PRESTAÇÃO DE CONTAS NO PRAZO LEGAL. ART. 158, IX, DA CE. CRIME OMISSIVO PRÓPRIO. AUSÊNCIA DAS HIPÓTESES PREVISTAS NO ART. 395, DO CPP. DENÚNCIA RECEBIDA.

1. O tipo previsto no art. 1º, VI, do Decreto-Lei n.º 201, por constituir crime omissivo próprio, não exige do gestor público municipal qualquer finalidade específica, bastando, como descreve singelamente o Decreto-Lei 201, que as contas não sejam apresentadas no prazo estabelecido em lei.
2. Assim, demonstrada a materialidade delitiva pelo simples descaso ao prazo estabelecido no art. 158, da CE, e sendo suficientemente demonstrada a autoria delitiva, resta apta a denúncia para iniciar a respectiva Ação Penal, já que também não evidentes quaisquer das hipóteses previstas no art. 395, do CPP.
3. Denúncia recebida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Excelentíssimos Senhores Desembargadores da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, à unanimidade, e de acordo

com o parecer ministerial, em receber a denúncia, nos termos do voto da Desembargadora Relatora.

Participaram do julgamento os Senhores Desembargadores Cleonice Silva Freire, Antonio Fernando Bayma Araujo e José Luís Oliveira de Almeida, convocado.

Funcionou pela Procuradoria-Geral de Justiça a Doutora Maria dos Remédios F. Serra.

São Luís, 28 de fevereiro de 2012.

Desa. Cleonice Silva Freire
Relatora

RELATÓRIO

O Ministério Público Estadual, por sua Sub-Procuradoria Geral de Justiça, denunciou de Juarez Alves Lima, prefeito de Icatu/MA, como incurso na conduta prevista no art. 1º, VI, do Decreto-Lei n.º 201/1967, posto omitir-se na apresentação das contas municipais referentes ao exercício financeiro de 2009, no prazo determinado por Lei.

O Ministério Público narra que o denunciado, na condição de chefe do executivo municipal, gerencia o orçamento do Município, sendo obrigado a prestar contas junto ao Tribunal de Contas do Estado no prazo disposto no art. 158, IX, da Constituição Estadual.

Afirma que o Tribunal de Contas, através da Resolução Administrativa n.º 157/2010 – TCE/MA, declarou a inadimplência do denunciado em relação às contas do exercício de 2009, configurando o crime tipificado no art. 1º, VI, do Decreto-Lei n.º 201/1967.

Em abono, juntou cópia do Ofício n.º 308/2010/PL/TCE/MA, no qual o TCE encaminhou à Procuradoria-Geral de Justiça a Resolução n.º 157/2010, na qual o denunciado, juntamente com outros prefeitos, foi declarado inadimplente – fls. 07/11.

Sob tais fundamentos, e depois de requer diligências Cartorárias para fins da suspensão condicional do processo – art. 89, da Lei 9.099/95, pugna seja recebida a denúncia e processado o réu nos termos legais.

Distribuída a denúncia ao E. Des. Raimundo Nonato Magalhães Melo, as diligências pleiteadas foram deferidas e regularmente cumpridas.

Notificado (fl. 45), o denunciado permaneceu silente. Contudo, o Município de Icatu/MA, em expediente subscrito por Advogado sem procuração nos autos, disse ter apresentado as contas referentes ao exercício financeiro de 2009, acompanhadas do Balanço Geral e Anexos da IN. (fl. 43/44), razão pela qual entendeu ser caso de extinção do processo nos termos do art. 269, I, do CPC.

Em ofícios juntados às fls. 63 e ss., a Câmara Municipal de Icatu/MA, por solicitação do relator originário, informou que a Sessão Legislativa de 2010 teve início em 18 de fevereiro de 2010.

Ouvida, a Procuradoria-Geral de Justiça reiterou os termos da denúncia, colacionando aos autos (fl. 75) o protocolo de prestação de contas em referência, datado de 27 de abril de 2010.

Após determinar a inclusão dos autos em pauta para julgamento, S. Excelência, o Des. Raimundo Nonato Magalhães Melo, por razões de foro íntimo, julgou-se suspeito para atuar no feito.

Depois de redistribuídos, aos 23 dias de janeiro de 2012, os autos vieram conclusos a minha relatoria.

É o relato do essencial.

VOTO

Depois de analisados os termos da acusação subscrita pela Sub-Procuradoria-Geral de Justiça, bem como os documentos que a instruem, verifico que a conduta imputada ao denunciado, em tese, configura o tipo penal previsto no art. 1º, VI, do Decreto-Lei n.º 201/67, cuja redação tem o seguinte teor:

Art. 1º. São crimes de responsabilidade dos prefeitos municipais, sujeitos ao julgamento do Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores:

VI - deixar de prestar contas anuais da administração financeira do Município à Câmara dos Vereadores, ou ao órgão que a Constituição do Estado indicar, nos prazos e condições estabelecidas;

Dado o teor dessa norma, resta perceptível que a conduta típica descrita como crime resume-se em deixar de prestar contas no prazo legal. Trata-se, portanto, de crime omissivo próprio, no qual não se exige do gestor público municipal qualquer finalidade específica, bastando, como descreve singelamente o Decreto-Lei 201, que as contas não sejam apresentadas no prazo estabelecido legalmente.

Aliás, o STJ, em reiteradas decisões, sedimentou que **“O simples atraso na prestação de contas é suficiente para configurar o delito previsto no art. 1º, VI, do Decreto-Lei nº 201/1967 (STJ – Resp. 1107180/RN – 6ª T. – Rel. Min. Paulo Galloti – DJE 25.05.2009)**

Nesse contexto, é de se observar que a Constituição do Estado do Maranhão, em seu art. 158, IX, estabelece competir ao **“Prefeito, nos termos da Constituição Federal, desta Constituição e da Lei Orgânica do Município: prestar, anualmente, ao Tribunal de Contas do Estado, dentro de sessenta dias após a abertura da sessão legislativa municipal, as contas referentes ao exercício anterior.”**

Ora, o Ofício n.º 44/2011/PCMI, subscrito pelo Presidente da Câmara Municipal de Icatu, vereador Ozimar Oliveira de Jesus, informa que a sessão legislativa de 2010, teve início em 18 de fevereiro de 2010 (fl. 64). Mesmo assim, as contas municipais referentes ao ano anterior, 2009, foram protocolizadas somente em 27 de abril de 2010, ou seja, depois de findo o prazo constitucional de 60 (sessenta) dias.

Portanto, a meu sentir, a conduta imputada ao denunciado, se amolda, em tese, à descrição típica formulada no Decreto-Lei n.º 201, art. 1º, VI., restando suficientemente demonstrada não só a materialidade delitiva, mas também a própria autoria da conduta de não prestar contas no prazo legal, ônus inerente à condição de chefe do executivo municipal.

Dado o exposto, por não configuradas quaisquer das hipóteses do art. 395, do CPP., **RECEBO A DENÚNCIA** ajuizada pelo Ministério Público contra Juarez Alves Lima, prefeito municipal de Icatu/MA, para dar início à competente Ação Penal.

Sala das Sessões da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, em São Luís, 28 de fevereiro de 2012.

Desa. Cleonice Silva Freire
Relatora

PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL
SESSÃO DO DIA 19 DE JUNHO DE 2012
AÇÃO PENAL Nº. 7413/2008 - BARRA DO CORDA

Autor: Ministério Público do Estado do Maranhão
Subprocurador Geral: Francisco das Chagas Barros de Sousa
Réu: Manoel Mariano de Sousa – Prefeito de Barra do
Corda
Advogados: José Wilson Lima Martins e outros
Relator: Des. Raimundo Nonato Magalhães Melo

ACÓRDÃO Nº. 1161952012

EMENTA

PENAL. PROCESSO PENAL. AÇÃO PENAL. CRIME DE COMPE-
TÊNCIA ORIGINÁRIA. CRIME DE RESPONSABILIDADE – ART.
1º INCISO II DO DECRETO LEI 201/67. UTILIZAR-SE, INDEVI-
DAMENTE, EM PROVEITO PRÓPRIO OU ALHEIO, DE BENS,
RENDAS OU SERVIÇOS PÚBLICOS. AUTORIA E MATERIALI-
DADE DEVIDAMENTE COMPROVADAS. AÇÃO PENAL PRO-
CEDENTE.

1. A autopromoção é elemento hábil a ensejar condenação criminal pela prática dolosa de desvio ou apropriação indevida de bens, rendas ou serviços públicos, com fins de obtenção de proveito próprio ou alheio.

1. Ação Penal Procedente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Denúncia, acordam os Senhores Excelentíssimos Desembargadores da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, em unanimidade de votos e de acordo com o parecer da Douta Procuradoria Geral de Justiça, DENEGAR o pedido de adiamento formulado pela defesa e no mérito pela condenação de Manoel

Mariano de Sousa, Prefeito Municipal de Barra do Corda, como incurso nas penas do crime de responsabilidade definidos no art. 1, II do Decreto Lei nº. 201/67, nos termos do voto do Desembargador Relator.

Participaram do julgamento os Excelentíssimos Senhores Desembargadores Antonio Fernando Bayma Araujo (Presidente), Raimundo Nonato Magalhães Melo (Relator) e Desembargadora Cleonice Silva Freire (Membro)

Funcionou pela Procuradoria Geral de Justiça, a Procuradora Dra. Domingas de Jesus Froz Gomes.

São Luís, 19 de junho de 2012

Des. Raimundo Nonato Magalhães Melo
Relator

RELATÓRIO

O Ministério Público do Estado do Maranhão, por seu Sub-Procurador de Justiça Francisco das Chagas Barros de Sousa ofereceu denúncia contra Manoel Mariano de Sousa - Prefeito de Barra do Corda, incurstando-o nas sanções do art 1º, II do Decreto Lei 201/67.

A exordial acusatória relata que nos últimos dias do mês de maio de 2005, a Promotora de Justiça Dra. Emmanuelle Souza de Barros Bello Peixoto, tomou conhecimento, através da programação normal de algumas emissoras de radiodifusão de imagem daquele município (TV Mirante e TV Record), que a Prefeitura Municipal de Barra do Corda estava veiculando várias propagandas intituladas “Informativo- Prefeitura Municipal de Barra do Corda- Trabalho. Respeito. Cidadania. É assim que se constrói uma cidade”.

Relata ainda a denuncia que, após assistir e analisar várias daquelas propagandas, a douta Promotora de Justiça pôde constatar que a maioria delas possuía conteúdo voltado ao culto da personalidade do atual prefeito, ora denunciado, ou seja, traziam em seu bojo a divulgação de algumas obras realizadas pela prefeitura, com o denunciado, falando sobre a obra e populares elogiando sua pessoa.

Assevera ainda a acusação que, notificado pelo Ministério Público acerca de seu procedimento ilegal, o denunciado mandou suspender as divulgações, por um certo tempo, retornando com a auto-promoção feita somente por declarações de moradores do Município e do próprio conteúdo das propagandas.

Instruem a presente Denúncia o Ofício nº 083/05-1ª PJBDC, de 02.08.05 e do conteúdo dos DVD's.

O denunciado apresentou defesa preliminar às fls. 29/43.

A Procuradora Geral de Justiça Selene Coelho de Lacerda, manifestou-se pelo recebimento da denuncia, ante o preenchimento dos requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal, seguindo o regular desenvolvimento do feito, nos termos da lei nº 8038/90.

Em sessão colegiada ocorrida em 21 de novembro de 2007, o Tribunal Pleno, em decisão unânime, recebeu, a denúncia, conforme v. acórdão nº 69.667/2007, acostado às fls. 68/74.

Degração dos DVD's da gravação audiovisual do Jornal da Barra do Canal 04 e 11 (Globo e Record), às fls. 88/103.

Interrogatório do denunciado às fls. 265/266.

Defesa Prévia às fls. 295/306.

Oitiva da testemunha arrolada pela Defesa às fls 315

Aberto prazo para requerem diligência, o Advogado de Defesa José Wilson Lima Martins atravessou uma petição solicitando outro interrogatório do Réu, tendo em vista o disposto no art. 400 do CPP.

Indeferimento do pedido de diligencia, às fls. 345/346.

Em suas razões finais, a Procuradoria de Justiça, Dr. Eduardo Jorge Hiluy, reiterou os termos da inicial acusatória e pediu a condenação do réu Manoel Mariano de Sousa, nas penas do art. 1º inciso II do Decreto Lei nº 201/67.

A defesa, em suas Alegações Finais, alegou inexistência de ato ilícito, inexistência de utilização indevida de bens, ausência de provas de utilização de bens públicos para veiculação da propaganda e ausência de dolo. Ao final requereu a absolvição do acusado.

É o relatório.

VOTO

O Ministério Público do Estado do Maranhão, por seu Sub-Procurador de Justiça Francisco das Chagas Barros de Sousa ofereceu de-

núncia contra Manoel Mariano de Sousa - Prefeito de Barra do Corda, incurstando-o nas sanções do art 1º, II do Decreto Lei 201/67.

A exordial acusatória relata que nos últimos dias do mês de maio de 2005, a Promotora de Justiça tomou conhecimento, através da programação normal de algumas emissoras de radiodifusão de imagem daquele município (TV Mirante e TV Record), que a Prefeitura Municipal de Barra do Corda estava veiculando várias propagandas intituladas “Informativo - Prefeitura Municipal de Barra do Corda- Trabalho. Respeito. Cidadania. É assim que se constrói uma cidade”, com conteúdo voltado ao culto da personalidade do atual prefeito, ora acusado, ou seja, traziam em seu bojo a divulgação de algumas obras realizadas pela prefeitura, com o próprio prefeito, falando sobre a obra e populares elogiando sua pessoa.

Tal conduta é claramente vedada pela Constituição Federal em seu art. 37 § 1º, *in verbis*:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

§ 1º - A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos.

E, transgredir tal norma constitucional também faz incidir em ilícito penal intitulado no art. 1º, inciso II do Decreto Lei nº 201/63.

Art. 1º São crimes de responsabilidade dos Prefeitos Municipal, sujeitos ao julgamento do Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores:

II - utilizar-se, indevidamente, em proveito próprio ou alheio, de bens, rendas ou serviços públicos;

§1º Os crimes definidos neste artigo são de ação pública, punidos os dos itens I e II, com a pena de reclusão, de dois a doze anos, e os demais, com a pena de detenção, de três meses a três anos.

A Materialidade e autoria do crime atribuído ao acusado, a meu ver, restou suficientemente comprovada nos autos, pelos trechos de degravação da propaganda realizada em algumas emissoras de radiodifusão de imagem daquele município (TV Mirante e TV Record).

Esta claro na degravação constante nos autos às fls. 88/103, que as várias propagandas veiculadas pela Prefeitura Municipal de Barra do Corda ,intituladas “Informativo - Prefeitura Municipal de Barra do Corda- Trabalho- Respeito. Cidadania- É assim que se constrói uma cidade”, tinha o objetivo a promoção pessoal do prefeito, ora acusado Manoel Mariano de Sousa.

Têm-se alguns trechos da degravação da propaganda de fls. 88/103:

*“**Prefeito Nezin:** Já está aqui as máquinas de asfalto as caçambas. Está aqui os operários trabalhando, vocês estão vendo, esse é o nosso trabalho da cidade que nós somos apaixonados por Barra do Corda. E a cidade que estava abandonada durante quatro anos, todo barra-cordense está dizendo, todas as pessoas viu, mas agora chegou a vez de barra do Corda, novamente, pra nós aui pouco dias chamar a Princesa do sertão. Vai ser recuperado todos os buracos da cidade, onde tem asfalto, vai ser feito todas as ruas com piçarra e vai ser também fora tapa buraco, vai ter várias vias asfaltada aqui na Barra do Corda, como ali da rodoviária, passando pela fé do José Pires pra BR, cruzando mais dois cruzamentos. O Ica vai receber uns dois quilômetros ou três de asfalto, fora o tapa buraco; vai ter pista também. E vocês me ajudem a administrar o nosso patrimônio que é a nossa grande e querida Barra do Corda. Faça isso, quem ta me ajudando e ajudar vocês mesmo a seus filhos e suas famílias. O meu muito obrigado e Deus abençoem a todos. (fl.89)*

*“**Prefeito Nezin:** Em, vão ser implantado o ensino médio em dez povoados de Barra do Corda. Essa festinha de hoje aqui nós vamos fazer em dez povoados de Barra do Corda. Isso é muito bom. Eu estou alegre e muito mais alegre é daqui a três anos quando nós estiver, entregando 84 diplomas a essa turma que vão estudar, que vão se formar com certeza” (fls. 93/94)*

Sra. Maria de Lurdes S. Moraes: Ah! Um serviço muito bem feito. Olha a gente passou quatro anos "na taca", mas graças a Deus, Deus botou Seu Nenzin de novo." (fl.96)

"Sr. Moacir S. Almeida: Tá ótimo o serviço, muito, muito bem feito. Foi uma coisa que caiu do céu, foi Nenzin fazer isso aí. (fl.102)

"Sr. Simão F. Lima -To achando ótimo. Homem trabalhar. Gosto de ver um cara assim trabalhando. Eu dou valor." (fl. 96)

Percebe-se que conteúdo da matéria publicitária vislumbrar a existência de informes que extrapolem os limites permitidos pela Constituição, que provam a existência de promoção pessoal.

A autopromoção é elemento hábil a ensejar condenação criminal pela prática dolosa de desvio ou apropriação indevida de bens, rendas ou serviços públicos, com fins de obtenção de proveito próprio ou alheio.

O uso, por Prefeito, de publicidade feita por serviço público ou pagas com rendas, com intuito de se auto promover, constitui publicidade irregular, e representa emprego indevido de verba pública. Também caracteriza publicidade irregular o uso de símbolos enaltecendo a própria cidade.

In casu, houver afronta aos princípios da moralidade e impessoalidade, norteadores da administração pública, com a realização de delito na vinculação de publicidade destinada à promoção do prefeito, ora acusado.

Dessa forma, e vislumbrando suficientes as provas carreadas aos autos para um decreto condenatório, julgo procedente o pedido constante da denúncia para submeter Manoel Mariano de Sousa às sanções art. 1º, inciso II, do Decreto-Lei nº. 201/67.

Ante o exposto, **JULGO PROCEDENTE A AÇÃO PENAL**, para condenar o Sr.Manoel Mariano de Sousa, pela prática do delito tipificado no art. 1º inciso II do Decreto 201/67.

Passo à fixação da pena.

Quanto às circunstâncias judiciais tem-se que sua culpabilidade resta devidamente comprovada, merecendo reprovação em grau elevado para o tipo de crime, tendo o acusado plena consciência do cometimento de atos reprováveis, ainda mais que deve zelar pelos interesses e bens públicos locais.

Aos antecedentes, mesmo respondendo a inúmeros processos judiciais, os quais não levo em consideração, não há registros de que seja reincidente ou possua maus antecedentes.

Não existem elementos suficientes para se aferir sobre sua conduta social, razão pela qual deixo de valorá-la.

Sobre sua personalidade, mostra sua índole voltada para o cometimento de crimes, a qual considero negativa.

Os motivos são ditados pela publicidade feita com rendas públicas, com intuito de se auto promover, constituindo publicidade irregular, e, emprego indevido de verba pública.

As circunstâncias foram nada favoráveis, pois ele utilizou da máquina pública para se auto promover.

As conseqüências do crime causaram prejuízo aos cofres públicos.

O comportamento da vítima em nada contribuiu para o crime.

Levando-se em consideração que há 05 (cinco) circunstâncias judiciais desfavoráveis ao Réu e tomando-se por base que o intervalo entre a pena mínima e máxima do referido delito é de 02 (dois) a 12 (doze) anos de reclusão, tendo-se cada circunstância judicial equivalente a 02 (um) ano e 03(três) de reclusão, aplico a pena-base em 09 (nove) anos de reclusão.

Estabelecida a pena-base, passa-se à análise das circunstâncias atenuantes e agravantes e causas de diminuição e de aumento, as quais não se fazem presentes, razão pela qual a torno definitiva em 09 (nove) anos de reclusão, a ser cumprida, inicialmente, em regime fechado no Complexo Penitenciário de Pedrinhas, neste Estado.

Acontece que o réu atualmente possui mais de 70 anos de idade, e, de acordo com o art. 115º do Código Penal, o prazo prescricional da pretensão punitiva é reduzido à metade quando o autor do crime era, ao tempo da sentença, maior de 70 anos de idade.

Portanto, a sentença aqui aplicada condenou o réu a pena privativa de liberdade de 09 (nove) anos de reclusão, que deverá ser deduzida pela metade, ficando a **pena definitiva em 4 (quatro) anos e 06 meses de reclusão, que a deverá ser cumprida, inicialmente, em regime semi aberto.**

Vê-se, no presente caso, risco de grave lesão à ordem pública, à segurança e à economia públicas, consubstanciadas na manutenção, no cargo, de agente político sob condenação por crime de responsabilidade no crime acima delineado.

O quadro fático descrito demonstra a gravidade da situação e o risco de mais lesão à ordem pública.

O afirmado prejuízo à ordem, à segurança e à economia públicas está suficientemente demonstrado. Com efeito, as circunstâncias aqui apresentadas, e devidamente comprovadas, revelam que a continuação do Prefeito no cargo tem potencial lesivo grave aos valores tutelados na legislação de regência.

Diante disso, **decreto a perda do cargo de Prefeito do Município de Barra do Corda/MA e seu imediato afastamento.**

Determino ainda a inabilitação, pelo prazo de cinco anos, para o exercício de cargo ou função pública, eletivo ou de nomeação, sem prejuízo da reparação civil do dano causado ao patrimônio público ou particular, nos termos do art. 1º, §2º, do Decreto-Lei nº 201/67.

Comunique esta decisão à Câmara de Vereadores daquela cidade, para dar cumprimento imediato a decisão, dando posse ao substituto legal, servindo esta como ofício.

Comunique-se ao Tribunal Regional Eleitoral e ao Juízo monocrático daquela Comarca, para as providências cabíveis.

Oficie-se o Banco do Brasil para que o réu Manoel Mariano de Sousa não possa efetuar nenhuma movimentação na conta bancária da Prefeitura do Município de Barra do Corda/Ma.

Custas processuais a serem pagas pelo Réu.

Após o trânsito em julgado desta decisão, adotem-se as seguintes medidas:

Lance-se o nome do Réu no rol dos culpados;

Expeça-se guia de execução definitiva;

Expeça-se mandato de prisão.

A decisão serve-se como ofício.

É como voto.

Sala das Sessões do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, em São Luís, 19 de junho de 2012.

Des. Raimundo Nonato Magalhães Melo
Relator

SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL
SESSÃO DO DIA 12 DE ABRIL DE 2012
RECURSO EM SENTIDO ESTRITO Nº. 3000/2012 – JOÃO LISBOA

Recorrente: Ministério Público Estadual
Promotor: Tarcisio José Sousa Bonfim
Recorrido: Adão Nascimento de Carvalho
Advogados: Thiago Sobreira e Raquel Andrade Paz
Relator: Des. José Bernardo Silva Rodrigues

ACÓRDÃO Nº. 1136992012

EMENTA

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. PRESIDENTE DA CÂMARA DE VEREADORES. ART. 1º DO DECRETO-LEI 201/67. DELITO DE RESPONSABILIDADE DE PREFEITO. CRIME PRÓPRIO. ERRO DE TIPIFICAÇÃO. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. IMPOSSIBILIDADE. PROVAS DA MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVA. INDÍCIOS DE CONFIGURAÇÃO DO CRIME. RECEBIMENTO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

1. Os delitos tipificados no art. 1º do Decreto-Lei nº 201/67 são crimes próprios que só podem ser cometidos por prefeitos, em razão do exercício do cargo, não podendo o Presidente da Câmara Municipal ou vereador ser sujeito ativo do crime.
2. Eventual erro de tipificação não acarreta a inépcia da denúncia, portanto o magistrado não poderá rejeitar a peça acusatória por erro na capitulação do crime.
3. Havendo provas da ocorrência do delito e atendidos os requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal, bem como inexistentes quaisquer das hipóteses previstas no art. 395 do mesmo diploma legal, resta ao órgão julgador o recebimento da peça acusatória.
4. Recurso provido. Recebimento denúncia.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de RECURSO EM SENTIDO ESTRITO em que figuram como partes os acima enunciados, ACORDAM os Excelentíssimos Senhores Desembargadores da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, **por unanimidade e contra o parecer da Procuradoria Geral de Justiça, em conhecer do recurso e dar-lhe provimento, nos termos do voto proferido pelo Relator.**

Votaram os Senhores Desembargadores José Bernardo Silva Rodrigues – Relator, José Luiz Oliveira de Almeida e Raimundo Nonato de Souza.

Presidência do Desembargador José Luiz Oliveira de Almeida.

Funcionou pela Procuradoria Geral de Justiça a Dra. Regina Maria da Costa Leite.

Sala das Sessões da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, 12 de abril de 2012.

Des. José Bernardo Silva Rodrigues
Relator

RELATÓRIO

Trata-se de *RECURSO EM SENTIDO ESTRITO* interposto pelo **Ministério Público Estadual** contra a decisão (fls. 177-179/verso) que rejeitou a denúncia ministerial com base no art. 395, III, do CPP, por ausência de justa causa, proferida pelo Juiz de Direito da 2ª Vara da Comarca de João Lisboa.

Inconformado, o Ministério Público Estadual interpôs o presente recurso (fls. 184-190) requerendo o recebimento da denúncia e o regular processamento do feito.

O Recorrido Adão Nascimento de Carvalho, em suas contrarrazões de fls. 194-199, requer o improvimento do recurso, a fim de que seja conhecida a atipicidade da conduta do Recorrido, ou que o mesmo agiu sem dolo.

Em decisão de fl. 200, o juiz monocrático manteve a decisão vergastada, determinando a remessa dos autos, para que seja processado e julgado, perante o Tribunal de Justiça.

Encaminhados os autos à Procuradoria Geral de Justiça, esta opinou por meio de parecer (fls. 207-216) da lavra da Procuradora Dra. Regina Maria da Costa Leite, pelo conhecimento e improvimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O recurso é tempestivo e, presente os demais pressupostos recursais deve ser conhecido.

O Ministério Público Estadual interpôs o presente Recurso em Sentido Estrito, contra a decisão de fls. 177-179/verso, que não recebeu a denúncia ministerial com base no art. 395, III, do CPP, por ausência de justa causa.

Extrai-se dos autos que o Ministério Público Estadual denunciou o Recorrido Adão Nascimento de Carvalho, Ex-Presidente da Câmara Municipal de João Lisboa-MA, nas sanções do art. 1º, inc. III, §1º, do Decreto-Lei nº 201/67¹, por supostamente ter descumprido os percentuais de 8% (oito por cento) para o total de despesas do Poder Legislativo e de 70% (setenta por cento) com a folha de pagamento, fixados pelo art. 29-A, inc. I e § 1º, da Constituição Federal², no exercício financeiro de 2006.

1 Art. 1º São crimes de responsabilidade dos Prefeitos Municipal, sujeitos ao julgamento do Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores:

III - desviar, ou aplicar indevidamente, rendas ou verbas públicas;

§1º Os crimes definidos neste artigo são de ação pública, punidos os dos itens I e II, com a pena de reclusão, de dois a doze anos, e os demais, com a pena de detenção, de três meses a três anos.

2 Art. 29-A. O total da despesa do Poder Legislativo Municipal, incluídos os subsídios dos Vereadores e excluídos os gastos com inativos, não poderá ultrapassar os seguintes percentuais, relativos ao somatório da receita tributária e das transferências previstas no § 5o do art. 153 e nos arts. 158 e 159, efetivamente realizado no exercício anterior: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 25, de 2000)

I - oito por cento para Municípios com população de até cem mil habitantes; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 25, de 2000)

§ 1o A Câmara Municipal não gastará mais de setenta por cento de sua receita com folha de pagamento, incluído o gasto com o subsídio de seus Vereadores. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 25, de 2000)

Analisando a decisão vergastada que não recebeu a denúncia por atipicidade da conduta do acusado, vez que, o *caput* do art. 1º, do referido Decreto-Lei dispõe sobre os crimes de responsabilidade dos prefeitos.

Trata-se, portanto, de crime próprio, onde o sujeito ativo é somente o prefeito, em razão do exercício do cargo, ou por quem em virtude de substituição, nomeação ou indicação esteja no exercício do cargo de forma temporária ou definitiva. Assim, vereadores ou Presidente da Câmara Municipal não podem em hipótese alguma ser sujeito ativo do crime, a não ser como partícipe.

Isto posto, resta claro que a conduta do denunciado não se enquadra ao tipo penal previsto no art. 1º do Decreto-Lei nº 201/67, sendo imperioso o reconhecimento da atipicidade, nos moldes do art. 395, III, do CPP.

Entretanto, da análise dos autos, em especial do Relatório de Informação Técnica nº 158/2008-UTCGE/NUPEC 2 (fls. 10-20) e Acórdão PL-TCE Nº 580/2008 (fls. 81-88), conclui-se que o Recorrido Adão Nascimento de Carvalho, Presidente da Câmara Municipal de João Lisboa no exercício financeiro de 2006, praticou diversas irregularidades, quais sejam: a realização de despesas de pessoal em patamar superior àquele fixado na Constituição Federal e o descumprimento do limite constitucional para a remuneração dos vereadores.

O art. 29-A, inc. I e § 1º, da Constituição Federal, à época dos fatos, dispunha que o Poder Legislativo Municipal não poderia realizar gastos superiores a 8% (oito por cento) do total com despesas de pessoal e nem gasto superior a 70% (setenta por cento) com pagamentos de vereadores. Contudo, os documentos supracitados anexados aos autos revelam que tais limites foram ultrapassados, o que configura, segundo o § 3º do referido artigo, crime de responsabilidade do Presidente da Câmara.

Conforme disposição do art. 41 do Código de Processo Penal, para o recebimento da denúncia é suficiente a comprovação da materialidade delitiva e a exposição dos fatos criminosos, devendo ser rejeitada somente quando for manifestamente inepta, faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal, ou faltar justa causa para o exercício da ação penal (art. 395, CPP).

Da análise dos autos percebe-se que a Denúncia descreveu satisfatoriamente as condutas ilegais, de forma a permitir o exercício geral e irrestrito da ampla defesa.

A leitura da peça inicial fornece elementos suficientes para a caracterização do delito supostamente praticado pelo acusado, descrevendo satisfatoriamente a ação delituosa, inclusive com a juntada de documentos que comprovam o descumprimento da norma constitucional, acarretando prejuízos ao erário público.

Conclui-se, portanto, que houve um equívoco de capitulação por parte do Ministério Público, quando do oferecimento da denúncia. A meu ver a conduta praticada pelo Recorrido se enquadra ao tipo penal previsto no art. 359-D do CPB³ (Ordenação de Despesa Não Autorizada) e não ao crime pelo qual foi denunciado pelo Ministério Público Estadual.

Todavia, a classificação do fato é algo feito pelo denunciante, porém o acusado defende-se dos fatos a ele imputados e não da classificação do ilícito que até a sentença poderá ser alterada tanto pelo próprio juiz como pelo Ministério Público.

Dessa forma, eventual erro de tipificação não acarreta a inépcia da denúncia, portanto o magistrado não poderá rejeitar a peça acusatória por erro na capitulação do crime.

No recebimento da denúncia o magistrado deve-se ater somente aos requisitos do art. 41 do CPP, e na prolação da sentença seria o momento adequado para a alteração jurídica dos fatos, pois o processo já devidamente instruído permite ao juízo uma maior certeza para aplicar corretamente os institutos da *emendatio libelli* ou *mutatio libelli*, conforme o caso.

Assim, a denúncia é apta, descreve com clareza o fato delituoso e satisfaz as exigências formais do art. 41 do CPP, inexistindo qualquer fundamento para a sua rejeição.

Diante do exposto, contra o parecer da Procuradoria Geral de Justiça, sou pelo **PROVIMENTO** do recurso e recebimento da denúncia.

3 Ordenação de Despesa Não Autorizada
Art. 359-D. Ordenar despesa não autorizada por lei:
Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

É como voto.

Sala das Sessões da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, 12 de abril de 2012.

Des. José Bernardo Silva Rodrigues
Relator

SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL
SESSÃO DO DIA 12 DE ABRIL DE 2012
APELAÇÃO CRIMINAL Nº. 5196/2010 – MIRADOR

Apelante: Estado do Maranhão
Procurador: Ricardo de Lima Séllos
Apelado: Marcos Fábio Moreira dos Reis
Relator: Des. José Luiz Oliveira de Almeida

ACÓRDÃO Nº. 1136222012

EMENTA. APELAÇÃO. NOMEAÇÃO DE DEFENSOR DATIVO. HONORÁRIOS. AUSÊNCIA DA DEFENSORIA PÚBLICA NA COMARCA. APELO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Ao Estado, incumbe a prestação de assistência jurídica gratuita e integral aos que comprovarem insuficiência de recursos. Inteligência do art. 5º, LXXIV, da Constituição Federal.
2. Nas comarcas em que não há Defensor Público atuando, é de rigor que a Fazenda Pública estadual arque com o ônus da verba honorária devida aos defensores dativos, nomeados pelos juízos para patrocinar a indispensável defesa técnica no processo penal.
3. Não existe, no processo penal, espaço de discricionariedade ao ente público acerca da nomeação e respectiva remuneração de defensor público, diante da indisponibilidade absoluta da defesa técnica na persecução penal.
4. A fixação de honorários advocatícios em salários mínimos encontra óbice na Súmula 201, do STJ.
5. Apelo conhecido e parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, ACORDAM os Senhores Desembargadores da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Jus-

tiça do Maranhão, por unanimidade e de acordo com o parecer da Procuradoria Geral de Justiça, em dar provimento parcial ao recurso, para que seja fixado os honorários do defensor dativo de acordo com a tabela da OAB/MA, nos termos do voto do Desembargador Relator.

Participaram do julgamento Excelentíssimos Senhores Desembargadores José Luiz Oliveira de Almeida (Presidente), Raimundo Nonato de Souza e José Bernardo Silva Rodrigues. Presente pela Procuradoria Geral de Justiça a Dra. Regina Maria da Costa Leite.

São Luís, 12 de abril de 2012.

Des. José Luiz Oliveira de Almeida
Relator/Presidente

RELATÓRIO

Trata-se de apelação criminal interposta pelo Estado do Maranhão, inconformado com a sentença da Juíza de Direito da Comarca de Mirador, proferida nos autos da Ação Penal Pública nº 36/2003, que condenou o apelante ao pagamento de honorários advocatícios.

O Dr. Marcos Fábio Moreira dos Reis funcionou da instrução criminal até sentença final, na ação penal interposta pelo Ministério Público Estadual, na qualidade de defensor dativo do réu, conforme prevê o artigo 22, do Estatuto da OAB.

O juízo de base, ao decidir o feito, condenou o Estado ao pagamento dos honorários advocatícios no valor de 10 (dez) salários mínimos.

O apelante pugna pela reforma da sentença, para que não seja condenado ao pagamento dos honorários advocatícios, assentando:

I - que não houve omissão do ente público em apresentar defensor dativo;

II - que os honorários não podem ser fixados sem observância do § 1º art. 22, da Lei nº 8906/94;

III - que, caso seja outro o entendimento, os honorários não podem ser fixados com base em salários mínimos; e

IV - que, caso mantida a decisão, cabe à Defensoria Pública do Estado, o ônus do pagamento, por ter orçamento autônomo e independente.

Em sede de contrarrazões, apresentadas às fls. 15/16, a defesa requer seja negado provimento ao recurso para manutenção da sentença.

O Ministério Público pleiteia a adoção de algumas preliminares (fls. 19).

Às fls. 22/35, a secretaria judicial da Comarca de Mirador fez junta de certidão e documentos, em resposta às solicitações ministeriais.

Parecer do Ministério Público pela manutenção da sentença (fls. 37).

Autos encaminhados a este Sodalício, após, enviado à Procuradoria Geral de Justiça para emissão de parecer, às fls. 47/57, manifestando-se a Douta Procuradora de Justiça Regina Maria da Costa Leite, pelo conhecimento e **“provimento parcial do recurso ora interposto, apenas para reformar a condenação do Estado do Maranhão ao pagamento dos honorários advocatícios em favor de defensor dativo Dr. Marcos Fábio Moreira dos Reis, os quais devem ser fixados de acordo com os valores estabelecidos na Tabela de Honorários da Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional do Maranhão, consoante determina o art. 22, § 1º, da Lei nº. 8.906/94”** (Estatuto da Advocacia).

É o que merecia relatar.

VOTO

Atendidos os pressupostos de admissibilidade, conheço do presente recurso.

Cinge-se a questão do presente feito ao pagamento de honorários a advogado que funcionou como defensor dativo em comarca que não possui Defensor Público. É sobre essa questão, portanto, que vou expender os meus argumentos.

Pois bem. Conforme consta dos autos, o Dr. Marcos Fábio Moreira dos Reis, foi nomeado defensor dativo, em virtude da falta de defensor público na Comarca de Mirador, para atuar na ação penal pública em que figurou como réu pessoa hipossuficiente, impossibilitada de constituir advogado.

É sabido que, nos termos do art. 5º, LXXIV, da Carta Magna, **“o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”**.

A Defensoria Pública representa, pois, a concretização do preceito constitucional em tela, que ganha expressivo relevo na seara processual penal, vez que a praxe forense nos mostra que significativa parcela dos acusados em processos criminais são pessoas hipossuficientes, desprovidas de recursos para custear a contratação de um advogado e as despesas do processo.

Muito embora a instituição tenha inquestionável importância, inclusive, com assento constitucional¹, é sabido que em muitos estados da Federação, a organização e funcionamento das Defensorias Públicas são, lamentavelmente, precários, sobretudo, em decorrência da vinculação outrora existente ao Poder Executivo, cujas amarras orçamentárias não permitiam à instituição realizar concursos para prover seus quadros, tanto de membros de carreira como de servidores, além da absoluta falta de aparelhamento adequado.

O poder constituinte derivado reformador alterou o texto constitucional através da emenda n. 45/2004, que assegurou às Defensorias Públicas Estaduais “[...] **autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias e subordinação ao disposto no art. 99, § 2º.**”

Muito embora a alteração na Carta Política reflita um significativo avanço, sobretudo no aspecto atinente à autonomia da instituição, passados quase 08 (oito) anos, pouca coisa efetivamente mudou à situação das Defensorias Públicas, em especial, neste Estado.

É notória, mesmo na comarca de São Luís, a insuficiência do número de Defensores Públicos para atender à enorme demanda da população hipossuficiente.

Em consulta ao site da Defensoria Pública do Estado do Maranhão, pude observar que existem Defensorias Públicas instaladas nas seguintes comarcas: Paço do Lumiar, São José de Ribamar, Caxias, Bacabal, Timon, Açailândia, Imperatriz, Raposa, Itapecuru, Carolina e Codó².

1 Art. 134. A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV.

2 Dados obtidos em: <http://www.dpe.ma.gov.br/dpema/LocaisAtendimentoInterior.php?cat=7&subcat=11>

É de se ver, com base em tais informações, capturadas no sítio eletrônico da instituição, que não há Defensor Público atuando na comarca de Mirador, muito embora já existam Defensores Públicos nas principais Comarcas do Estado, o que já é um notável e festejado avanço.

Por conseguinte, diante desta realidade, agiu com acerto o magistrado *a quo*, pois nomeou defensor dativo ao acusado, de modo a assegurar-lhe a indispensável defesa técnica, e, quando prolatou a sentença, fixou a verba honorária, absolutamente devida ao causídico pelos trabalhos efetivamente prestados.

Acerca da matéria, consignei noutra oportunidade, a importância dos defensores dativos no processo penal, em voto proferido no Agravo Regimental nº 030920-2010, cujo excerto trago à colação:

“[...] De fato, é consabido que o defensor dativo exerce um *mister* da mais alta relevância para a prestação da tutela jurisdicional, sobretudo na seara processual penal, na qual a defesa técnica é inafastável, de absoluto rigor, e jamais pode ser negligenciada [...]”.

Os argumentos expostos no apelo do Estado do Maranhão, de que somente o Estado está legitimamente autorizado a designar o profissional para atuar na defesa dos necessitados, são absolutamente desarrazoados, uma vez que, consoante ressabido, é prescindível qualquer intimação prévia do Estado, para que decida sobre a nomeação e remuneração de defensor dativo no processo penal, porque a assistência judiciária gratuita, insisto em dizer, é uma obrigação constitucional do Estado, e a inexistência de Defensoria Pública no local já caracteriza a omissão Estatal, que deve ser suprida sem mais retardo.

Nesse norte, esta Corte já assentou:

PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL. APELAÇÃO. AÇÃO PENAL. NOMEAÇÃO DE DEFENSOR DATIVO PELO JUÍZO. INEXISTÊNCIA DE DEFENSORIA PÚBLICA NO LOCAL DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. NECESSIDADE DE ASSISTÊNCIA IMEDIATA. DESNECESSIDADE DE INTIMAÇÃO DE DEFENSORIA PÚBLICA INSTALADA NA CAPITAL DE ESTADO FEDERATIVO. OBEDIÊNCIA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA CELERIDADE PROCESSUAL E DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. TABELA

DA OAB. ÔNUS DO ESTADO. REQUISIÇÃO DE PEQUENO VALOR FEITA PELO PRÓPRIO JUIZ DA EXECUÇÃO DIRETAMENTE AO CHEFE DO PODER EXECUTIVO LOCAL. IMPOSSIBILIDADE. DEVER DE OBSERVÂNCIA AO ARTIGO 730 DO CPC. ATO DE COMPETÊNCIA EXCLUSIVA DO PRESIDENTE DO TRIBUNAL A QUE O JUIZ ESTÁ VINCULADO. I - A sentença que fixa a dotação honorária, em processo no qual atuou defensor dativo, faz título executivo judicial certo, líquido e exigível, sendo de responsabilidade do Estado o pagamento dos referidos honorários quando, na comarca, não houver Defensoria Pública. II - Nesse caso, o advogado indicado para patrocinar causa de juridicamente necessitado, dada a impossibilidade da defensoria Pública no local da prestação de serviço, tem direito aos honorários fixados pelo juiz, segundo tabela organizada pelo Conselho Seccional da OAB, e pagos pelo Estado (§1º, do artigo 22, da Lei nº 8.906/94). Precedentes do STJ. III - Embora a Emenda Constitucional nº 45/04 tenha conferido à defensoria Pública autonomia funcional e administrativa, não se alterou o entendimento de que a defensoria Pública é órgão público do Poder Executivo, desprovido de personalidade jurídica própria, pelo que não lhe cabe assumir a obrigação de pagar honorários advocatícios devidos a advogado dativo, designado para assistir causa de juridicamente necessitado em comarca onde não há defensoria pública. IV - Entendimento pacífico deste Tribunal de Justiça: AC 18.659/2008-SÃO JOÃO DOS PATOS, Rel. Des. JORGE RACHID MUBÁRACK MALUF, Primeira Câmara Cível, j. em 16.04.09; AC 3.026/2010-ARAIOSES, Rel. Des. RAIMUNDO FREIRE CUTRIM, Segunda Câmara Cível, j. em 18.05.10; AC 10.052/2006-TIMON, Rel.^a Des.^a NELMA CELESTE SOUZA SILVA SARNEY COSTA, Segunda Câmara Cível, j. em 27.02.07; AC 3.021/2010-ARAIOSES, Rel. Des. CLEONES CARVALHO CUNHA, Terceira Câmara Cível, j. em 11.03.10; AC 5.198/2010-MIRADOR, Rel. Des. PAULO SÉRGIO VELTEN PEREIRA, Quarta Câmara Cível, j. em 29.03.11. V - Na execução por quantia certa contra a Fazenda Pública, deve o juiz da execução reportar-se ao presidente do Tribunal ao qual está vinculado para a expedição da requisição, não podendo fazê-lo diretamente ao chefe do Poder Executivo. O pagamento será realizado mediante precatório ou por requisição de pequeno valor. Precedentes do STJ. VI - Apelação parcialmente provida.

O C. Superior Tribunal de Justiça, em recente julgado:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO NO MANDADO DE SEGURANÇA. CONDENAÇÃO DO ESTADO AO PAGAMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS A DEFENSOR DATIVO. OMISSÃO NA INSTITUIÇÃO DE DEFENSORIA PÚBLICA POR PARTE DO ESTADO. SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA QUE ARBITRA OS HONORÁRIOS. RESPONSABILIDADE DO ESTADO PELO PAGAMENTO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE QUE NÃO OPORTUNIZADO O QUESTIONAMENTO A RESPEITO DA ALEGADA POBREZA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO NÃO DEMONSTRADO.

1. O STJ tem jurisprudência pacífica no sentido de que a sentença que fixa a verba honorária, em processo no qual atuou o defensor dativo, faz título executivo judicial certo, líquido e exigível, **sendo de responsabilidade do Estado o pagamento da referida verba honorária, quando, na comarca, não houver Defensoria Pública**. Precedentes: AgRg no REsp 685.788/MA, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 5/3/2009, DJe 7/4/2009; REsp 871.543/ES, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 5/8/2008, DJe 22/8/2008; AgRg no REsp 1041532/ES, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 5/6/2008, DJe 25/6/2008; REsp 898.337/MT, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 6/3/2008, DJe 4/3/2009; AgRg no REsp 977.257/MG, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 11/12/2007, DJ 07/02/2008 p. 1.

[...]

3. Agravo regimental não provido³. (grifo nosso).

Na mesma alheta, o Supremo Tribunal Federal:

EMENTA:

1. RECURSO. Extraordinário. Inadmissibilidade. Processo criminal. Réu pobre. Defensor dativo. Nomeação. Honorários de Advogado. Verba devida pela Fazenda Estadual. **É devida pela Fazenda Estadual a verba honorária aos defensores dativos nomeados em processos criminais para prestarem serviços de atribuição do Estado**. 2. RECURSO. Agravo. Regimental. **Jurisprudência assentada sobre a matéria**. Caráter meramente abusivo. Litigância de má-fé. Imposição de multa. Aplicação

3 AgRg no RMS 29.797/PE, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06/04/2010, DJe 26/04/2010.

do art. 557, § 2º, cc. arts. 14, II e III, e 17, VII, do CPC. Quando abusiva a interposição de agravo, manifestamente inadmissível ou infundado, deve o Tribunal condenar o agravante a pagar multa ao agravado⁴. (grifo nosso).

Por derradeiro, anoto que a verba honorária, arbitrada em salários mínimos encontra óbice na Súmula 201, do STJ, e que o valor fixado deve se ater aos parâmetros estabelecidos pela Tabela de Honorários Advocatícios da OAB/MA, conforme se extrai do item 15.4, onde o acompanhamento processual até a sentença em 1º grau está fixado em R\$ 6.000,00 (seis mil reais)⁵.

Com as considerações supra, e de acordo com o parecer da Procuradoria Geral de Justiça, dou parcial provimento ao apelo, tão somente para reformar o decisum *a quo*, na parte em que fixou os honorários advocatícios em salários mínimos, diante do teor da Súmula 201, do STJ, mantendo-se, no entanto, a condenação do Estado do Maranhão ao pagamento da importância de R\$ 6.000,00 (seis mil reais), devidamente corrigidos, ao advogado Marcos Fábio Moreira dos Reis, OAB 3627, a título de honorários advocatícios, pela defesa de Jorge Vitorino de Santana, nos autos do processo nº 36/2003, que tramitou na comarca de Mirador/MA.

É como voto.

Sala das Sessões da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, em São Luís, 12 de abril de 2012.

Des. José Luiz Oliveira de Almeida
Relator

4 RE 225651 AgR, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Primeira Turma, julgado em 16/12/2004, DJ 04-03-2005.

5 Informação obtida em: <http://www.oabma.org.br/servicos/tabela-de-honorarios/>

SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL
 SESSÃO DO DIA 14 DE JUNHO DE 2012
 APELAÇÃO CRIMINAL Nº. 24602/2011 – PIO XII

1º Apelante: Raimundo Nonato Jansen Veloso
 Advogados: Daniel de Faria Jerônimo Leite e outros
 2º Apelado: Ministério Público do Maranhão
 Promotor de Justiça: Romero Lucas Rangel Piccoli
 1º Apelado: Ministério Público Estadual
 Promotor de Justiça: Romero Lucas Rangel Piccoli
 2º Apelado: Raimundo Nonato Jansen Veloso
 Advogados: Daniel de Faria Jerônimo Leite e outros
 Relator: Des. Raimundo Nonato de Souza

ACÓRDÃO Nº. 1163242012

EMENTA

APELAÇÃO CRIMINAL. ARTIGO 304 E ARTIGO 359-A, AMBOS DO CÓDIGO PENAL, ARTIGO 89 DA LEI Nº 8.666/93, ARTIGO 1º, INCISO V, E ARTIGO 1º, INCISO I, AMBOS DO DECRETO-LEI Nº 201/67, TODOS C/C O ARTIGO 69 DO CÓDIGO PENAL. 1º APELANTE: PRELIMINAR – PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA DO ESTADO NOS QUATRO PRIMEIROS DELITOS. OCORRÊNCIA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. MÉRITO – AUTORIA E MATERIALIDADE DEVIDAMENTE COMPROVADAS EM RELAÇÃO AO QUINTO DELITO. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 2º APELANTE: IMPOSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DAS PENAS. NOVA SITUAÇÃO PROCESSUAL. CABIMENTO DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA. RECURSO IMPROVIDO.

1. Preliminar. Verificada a prescrição da pretensão punitiva do Estado, na modalidade retroativa, conforme artigo 107, inciso IV; artigo 109, inciso III (Lei nº 7.209/84); artigo 115, parte final (Lei nº 7.209/84); e artigo 117, inciso I, todos do Código Penal, mister se faz, também, a

declaração da extinção da punibilidade do 1º Apelante em relação aos crimes do artigo 304 do Código Penal e artigo 89 da Lei nº 8.666/93.

2. Mérito. Os fatos descritos na Denúncia, ratificados durante a instrução processual, constataam a autoria delitiva e a ocorrência de fato típico, antijurídico e culpável, qual seja, o do artigo 1º, inciso I, do Decreto-Lei nº 201/67, razão pela qual resta impossível a absolvição do Apelante.

3. Constatada a extinção da punibilidade em relação aos crimes do artigo 304 do Código Penal e artigo 89 da Lei nº 8.666/93, resta superado o óbice à substituição da pena do Apelante pelo cometimento do crime do artigo 1º, inciso I, do Decreto-Lei nº 201/67, vez que deixou de existir o concurso material. Substituição aplicada.

4. Recursos conhecidos. Parcial provimento do recurso do 1º Apelante. Improvimento do recurso do 2º Apelante.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de APELAÇÃO CRIMINAL, em que figuram como partes as retro nominadas, ACORDAM os Senhores Desembargadores da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, à unanimidade e de acordo com o parecer da douda Procuradoria Geral de Justiça deste Estado, EM CONHECER DOS RECURSOS, DANDO PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO DO 1º APELANTE E NEGANDO PROVIMENTO AO RECURSO DO 2º APELANTE, nos termos do voto proferido pelo Relator.

RELATÓRIO

Versam os presentes autos sobre os recursos de APELAÇÃO CRIMINAL interpostos por RAIMUNDO NONATO JANSEN VELOSO (1º Apelante), ex-prefeito do Município de Pio XII/MA, e pelo MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL (2º Apelante), por intermédio, respectivamente, de seus Advogados e representante legal, com fulcro

no artigo 593, inciso I, do Código de Processo Penal, em face da decisão de fls. 218/223, que condenou o 1º Apelante nos termos do artigo 304 do Código Penal, 89 da Lei nº 8.666/93, e artigo 1º, inciso I, c/c o §1º, do Decreto-Lei nº 201/67, c/ o artigo 69 do Código Penal, a uma pena de 06 (seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão, 03 (três) anos e (um) mês de detenção e 196 (cento e noventa e seis) dias-multa, tendo sido substituídas as penas por duas restritivas de direitos, e, ainda, a inabilitação do Apelante pelo prazo de 05 (cinco) anos para o exercício de cargo ou função pública, eletivo ou de nomeação (art. 1º, §2º, Dec-Lei nº 201/67).

Narra o Ministério Público Estadual, em sua peça inaugural, às fls. 02/09, que:

“Consta dos autos anexos, que o Egrégio Tribunal de Contas deste Estado, analisando as contas do exercício financeiro de 1998 da Prefeitura Municipal de Pio XII – Maranhão, sob a responsabilidade do denunciado, detectou a existência de várias irregularidade e ilicitudes cometidas pelo gestor da referida municipalidade, o qual teve a oportunidade de saná-la e não o fez.

As ilicitudes praticadas pelo denunciado durante o exercício financeiro de 1998 estão descritas no processo anexo, oriundo da Corte de Contas do Estado, e são as seguintes:

I – DOS FATOS:

1.1 Irregularidades no Procedimento Licitatório

Consta da peça informativa em anexo, que o Tribunal de Contas do Estado, ao analisar a prestação de contas da Prefeitura de Pio XII, / MA, exercício financeiro de 1998, então sob gestão de Raimundo Nonato Jansen Veloso, ora requerido, constatou que as seguintes irregularidades no procedimento licitatório:

a) todos os procedimentos licitatórios apresentados descumpriram as disposições do art. 38, I, II, II da lei 8.666/93 - Relatório de Informações Técnicas – RT, fl 319 - item 2.1.1 e fl 393 - item;

b) anterioridade da ordem de fornecimento em relação à adjudicação, no Procedimento Licitatório na modalidade Convite para com-

para (sic) de material de consumo no valor de R\$ 7.274,00 (sete mil e duzentos e setenta e quatro reais)-RT, fls. 320-item 2.1.4;

c) fracionamento de procedimento licitatório, conforme RT-fls. 320 item 2.1.3;

d) ausência de numeração do processo licitatório na modalidade Convite para obras de raspagens de estradas vicinais no valor de R\$ 10.310,00 (dez mil e trezentos reais)-RT fls 320-item 2.1.5;

e) ausência de processo licitatório para aquisição de caminhões da marca Ford no valor de R\$ 93.047,60 -RT fls. 320-item 2.1.6;

1.2 - Despesas com pessoal

a) ausência de diploma legal do quadro de pessoal do Município, impossibilitando a conclusão quanto a legitimidade e a legalidade da despesa com pessoal, contrariando o art. 137, II, V, VIII e IX da CF/88-RT fls. 321 - item 2.2.1;

1.3 - Despesas com a manutenção e desenvolvimento de ensino

a) diferença a menor na aplicação do FUNDEF, no valor de R\$ 40.466,75, ou seja, foi apurado com crédito bancário a quantia de R\$ 850.720,54, sendo gasto apenas R\$ 810.253,79, sem as devidas justificativas o que está em desconformidade com a Lei 9.424/96-RT fls 321 itens 2.3.2 e 2.2;

b) documentação incompleta enviada ao TCE quanto ao FUNDEF, implicando em ilegitimidade da prova documental - RT fls. 322 item 2.3.2;

c) contabilização indevida de receita do FUNDEF, da ordem de R\$ 28.700,00, no mês de novembro - RT fls. 322 item 2.3.2;

1.4 - Do repasse para a Câmara Municipal

a) repasse ao Poder Legislativo Municipal fora do prazo legal estabelecido no art. 168 da CF/88, com descumprimento do princípio contábil da oportunidade, conforme resolução 750/93 do CFC-RT fls. 322 item 2.4;

1.5 - Dos serviços contábeis

a) remessa intempestiva de documentação contábil, descumprindo o estabelecido no art. 2º da Resolução TCE 013/95

b) ausência de profissional habilitado para realização de serviços contábeis contrariando resolução TCE;

1.6 - Da Receita

a) ausência de Lei que trata das Receitas Próprias e da renúncia (sic) de Receita, ficando prejudicada a análise.

b) irregularidade quanto abertura de crédito (sic) por Antecipação de Receita Orçamentário - ARO, tendo em vista que foi constatado nos balanços financeiros de maio e junho de 98, receitas superiores às despesas, sendo de R\$ 253.311,26 em maio e R\$ 233.241,44 em junho, ou seja, a referida ARO foi da ordem de R\$ 50.000,00, o que não justifica tal procedimento;

1.7 - Do Inventário (sic)

a) não houve declaração de alteração do inventário (sic) embora tenha apresentado diferença não justificável de R\$ 220.000,00 do balanço patrimonial

1.8 - Convênios

a) ausência de convênios com a Caixa Econômica Federal no valor de R\$ 80.000,00-RT fls. 322 item 2.9

1.9 - Contratos

a) ausência de contrato de parcelamento com a Previdência Social CEF e PASEP;

1.10 - Da Despesa

a) despesas irregulares, em que não se atentou para economicidade, senão vejamos:

CREDOR	SERVIÇO	TOTAL
Josenildo de Araújo	Contábeis	R\$ 19.980,00
Hildete Veloso	Medico (sic)	R\$ 18.000,00
Delegacia	Policiais	R\$ 28.140,00
Fórum Des. Enesio (sic) Araújo	Não especificado	R\$ 11.4100,00

1.11 - Fragmentação de despesas

A Corte de Contas também constatou que a requerida realizou as seguintes despesas de modo fragmentado:

Proc.	NE	Data	Despesa	Credor	Vo/fls	Valor (R\$)
2455/99	166	03/02	Pintura do prédio da Sec. Mun. de Saúde	Merinaldo Diniz	2/239	1290,00
2455/99	167	03/02	Reboco Prédio da Pintura do prédio da Sec. Mun. de Saúde	Jose de Sousa	2/242	1920,00
2455/99	168	03/02	Marcenaria prédio da Pintura do prédio da Sec. Mun. de Saúde	Ednilson Silva	2/245	1850,00
2455/99	169	03/02	Reforma do piso do prédio da Pintura do prédio da Sec. Mun. de Saúde	Flavio Santos	2/248	1920,00
2455/99	170	03/02	Retelhamento do prédio da Pintura do prédio da Sec. Mun. de Saúde	Pedro Alves	2/251	1915,00
2455/99	172	03/02	Reboco do prédio da Pintura do prédio da Sec. Mun. de Saúde	Jose Pereira	2/257	1580,00
Total						10475,00

[...]

Posto isso, oferece o Ministério Público a presente Denúncia, requerendo que, após a notificação do art. 4º da Lei 8.038/90, seja a presente recebida, prosseguindo o processo em seus ultteriores termos, até final condenação de Raimundo Nonato Jansen Veloso nas sanções

do 304 e 359-A do CP, art. 89 da Lei 8.666/93 e dos artigos 1º, I e V do Decreto-Lei n. 201/67 cc 69 do Código Penal.”.

Junta os documentos de fls. 10/120.

Defesa preliminar, às fls. 150/157, com documento, às fls. 158.

O Apelante foi ouvido em Juízo, às fls. 266/267.

Foram ouvidas as testemunhas arroladas pela Acusação, às fls. 176/177. A Defesa não apresentou testemunhas.

Alegações finais da Acusação, às fls. 184/189, e do Apelante, às fls. 194/215.

Conclusos os autos, o MM. Juiz de Direito prolatou a decisão atacada, às fls. 218/223, condenando o Apelante, tão somente, nos termos do artigo 304 do Código Penal, 89 da Lei nº 8.666/93, e artigo 1º, inciso I, c/c o §1º, do Decreto-Lei nº 201/67, c/ o artigo 69 do Código Penal, a uma pena de 06 (seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão e 116 (cento e dezesseis) dias-multa e 03 (três) anos e 01 (um) mês de detenção e 80 (oitenta) dias-multa, em regime semiaberto, substituídas as penas por restritivas de direitos, e, ainda, a inabilitação do Apelante pelo prazo de 05 (cinco) anos para o exercício de cargo ou função pública, eletivo ou de nomeação (art. 1º, §2º, Dec-Lei nº. 201/67).

Interposta Apelação Criminal pelo 1º Apelante, nas razões de seu recurso, às fls. 228/308, o mesmo alega, preliminarmente, a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva dos delitos do artigo 304 do Código Penal e do artigo 89 da Lei nº 8.666/93. No mérito, aduz inexistência de provas de autoria e de materialidade, pugnando, ao final, sua absolvição.

O 2º Apelante, às fls. 311/315, pugna, em suas razões recursais, que seja mantida a condenação, mas vedada a substituição das penas por restritivas de direitos, por não atender aos requisitos do artigo 44, inciso I, do Código Penal.

Em contrarrazões ao recurso do 1º Apelante, o Representante do Ministério Público Estadual (1º Apelado), às fls. 317/324, pugna que “... seja **IMPROVIDO** o recurso interposto, com a conseqüente confirmação da r. Sentença nos capítulos atacados pelo réu.”. (Negrito original).

Foram os autos a mim distribuídos no dia 05.09.2011 (fls. 327) e conclusos no dia 13.09.2011 (fls. 329), quando foram os autos encaminhados à douta Procuradoria Geral de Justiça, que se manifestou, às fls.

332/334, pela conversão do julgamento em diligência, para que fosse intimado o 2º Apelado para apresentar as contrarrazões recursais, o que foi de pronto atendido por mim, às fls. 336/337.

Já em contrarrazões ao recurso interposto pelo 2º Apelante, o 2º Apelado (Raimundo Nonato Jansen Veloso) pugna, às fls. 362/368, “... seja **NEGADO PROVIMENTO** ao recurso de **APELAÇÃO** interposto pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL**, mantendo-se a r. sentença recorrida (apenas no que toca a substituição da pena privativa de liberdade pelas penas restritivas de direito), por ser medida de direito e Justiça.”. (Negritos originais).

Foram os autos encaminhados à douta Procuradoria Geral de Justiça, que emitiu parecer circunstanciado, às fls. 373/392, da lavra do Dr. KRISHNAMURTI LOPES MENDES FRANÇA, opinando “... pelo **conhecimento e provimento parcial** do recurso de **Apelação Criminal** interposto por **RAIMUNDO NONATO JANSEN VELOSO**, a fim de que seja reconhecida a prescrição da pretensão punitiva relativa aos crimes previstos no artigo 304, do Código Penal e no artigo 89, da Lei nº 8.666/93. Todavia, caso seja rejeitada a preliminar de prescrição da pretensão punitiva erigida pelo primeiro apelante referente aos crimes sobreditos, manifesta-se pelo **conhecimento e provimento** do recurso de **Apelação Criminal** interposto pelo **Ministério Público Estadual**, a fim de que seja afastada a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, com fulcro nos artigos 44, inciso I e 69, §1º, ambos do Código Penal.”. (Negritos originais).

Vieram novamente os autos conclusos no dia 29.03.2012 (fls. 393).
É o relatório.

VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço dos recursos.

Trata-se, nos termos da Sentença, de crimes de responsabilidade e comum praticados por ex-Prefeito.

PRELIMINARMENTE

Antes de adentrar ao mérito, passo à análise da questão prejudicial alegada pelo 1º Apelante, qual seja, a extinção da punibilidade pela

prescrição da pretensão punitiva do Estado, em relação aos crimes do artigo 304 do Código Penal e do artigo 89 da Lei nº 8.666/93.

No caderno processual, vê-se que a detecção das irregularidades se refere ao exercício financeiro de 1998. E como não há uma data precisa da consumação dos delitos, afigura-se razoável e proporcional, a utilização do marco inicial para a contagem do prazo prescricional o 1º dia subsequente ao término do exercício financeiro de 1998, isto é, 01.01.1999. A Denúncia foi recebida, segundo constata o Ministério Público, em 14.11.2006 (fls. 122). A sentença foi publicada em 30.06.2011 (fls. 224).

Levando-se em consideração a data de 01.01.1999, quando do cometimento do delito, regulavam a matéria o inciso VI, do artigo 109, do Código Penal, redação dada pela Lei nº 7.209/84, não podendo ser aplicada, agora, a redação trazida pela Lei nº 12.234/10, pois não retroagirá para prejudicar o réu (princípio da irretroatividade da Lei penal).

Eis o que dizem referidos artigos:

“Art. 109 - A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

[...]

III - em doze anos, se o máximo da pena é superior a quatro anos e não excede a oito;”.

As causas interruptivas do curso da prescrição estão elencadas no artigo 117 do Código Penal, vigente à época do fato, que dizia:

“Art. 117 - O curso da prescrição interrompe-se:

I - pelo recebimento da denúncia ou da queixa;

II - pela pronúncia;

III - pela decisão confirmatória da pronúncia;

IV - pela sentença condenatória recorrível;

V - pelo início ou continuação do cumprimento da pena;

VI - pela reincidência.”. (Grifamos).

Ademais, ao tempo da prolação da sentença, o 1º Apelante conta com mais de 70 (setenta) anos (fls. 158), o que lhe reduz o prazo da prescrição pela metade, *verbis*:

“Art. 115 - São reduzidos de metade os prazos de prescrição quando o criminoso era, ao tempo do crime, menor de 21 (vinte e um) anos, ou, na data da sentença, maior de 70 (setenta) anos. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).”. (Grifamos).

No presente caso, a pena máxima em abstrato para os delitos do artigo 304 do Código Penal e do artigo 89 da Lei nº 8.666/93 são, respectivamente, 06 (seis) anos de reclusão e 05 (cinco) anos de detenção, que, reguladas pelo artigo 109, inciso III, do Código Penal, prescrevem em 12 (doze) anos, cuja metade é 06 (seis) anos, concluindo-se, então, pela prescrição da pretensão punitiva do Estado, em sua forma abstrata.

Conclui-se, assim, que resta extinta a punibilidade do Apelante em relação aos delitos do artigo 304 do Código Penal e do artigo 89 da Lei nº 8.666/93, nos moldes do artigo 107, inciso IV, do mesmo *Codex*.

MÉRITO

Sobre o argumento trazido pelo 1º Apelante, vê-se que razão não lhe cabe. Senão, vejamos.

A conduta descrita no artigo 1º, inciso I, do Decreto-Lei nº 201/67 diz que é crime de responsabilidade apropriar-se de bens ou rendas públicas, ou desviá-las em proveito próprio ou alheio.

Conforme se verifica dos autos, o 1º Apelante desviou rendas públicas em proveito alheio.

A materialidade resta comprovada conforme vasta documentação apresentada no Processo Administrativo nº 3790AD/2006 e Acórdão TCE nº 099/2003, os quais rejeitaram as contas do acusado no exercício de 1998.

A autoria incontestada, pois, à época da prática dos fatos delituosos, era o 1º Apelante o gestor público (Prefeito) do Município de Pio XII/MA.

A peça acusatória do Ministério Público narra, perfeitamente, a conduta praticada pelo 1º Recorrente.

É sabido de todos que o Prefeito é a primeira autoridade municipal, cuja investidura o compromete em ser o titular da representação legal e judicial do Município, governá-lo e administrar seus interesses.

Os crimes são passíveis de ser praticados por qualquer ser humano. Mas alguns, pela natureza do bem violado, pelo modo de execução ou, até mesmo, como no presente caso, pela condição de quem os pratica, tal situação se reveste de especial gravidade, pois aquele que exerce uma função pública fere de forma mais incisiva a sociedade, já que agride a coletividade e não apenas um indivíduo.

O agir dos administradores públicos contra a Lei, ou até mesmo à margem dela, traz péssimo exemplo e estimula a desconfiança social e o medo pelo destino dos bens públicos.

Assim, por se tratar de crime funcional, estão os Prefeitos sujeitos ao julgamento pelo Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento do Poder Legislativo Municipal.

Tratando-se do crime do inciso 1º do citado artigo, este é crime comissivo e de ação múltipla. Assemelha-se à figura do delito de peculato (art. 312, *caput*, CP). É, na verdade, o fato do funcionário público, este Prefeito, tem a posse da coisa móvel pertencente à Administração Pública, ou sob sua guarda, e desvia ou se apropria em proveito próprio ou de outrem.

Nesse tipo de crime, a objetividade jurídica não passa, tão-somente, pelo cofre público, mas, também, pelo dano moral, colocando em risco o dano causado à sociedade, ancorando-se nos padrões éticos, importando mais o interesse coletivo.

Para sua configuração é necessário o dolo em obter proveito próprio ou alheio em razão de sua conduta de apropriar-se ou desviar a *res* pública (bens e rendas públicas) em favor de terceiros.

Esse atuar demonstra, claramente, sem qualquer sombra de dúvida, a vontade do alcaide em desviar verbas públicas em proveito próprio e alheio, quais sejam, várias pessoas, as quais relacionadas às fls. 05, e quando das irregularidades nos procedimentos licitatórios que macularam o artigo 38, incisos I, II e III, da Lei nº 8.666/93, ao ferir de morte o princípio da impessoalidade, mitigando a participação de vários licitantes e favorecendo poucos.

O artigo 3º da Lei nº 8.666/93 é claro ao dizer que “*A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da*

legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da proibidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.”

Para Waldo Fazzio Júnior (*in* Responsabilidade Penal e Político Administrativa de Prefeitos, Ed. Atlas, São Paulo, 2007, p.49), “... Assim, o alcaide que realiza procedimento licitatório utilizando-se de artifício fraudulento para, posteriormente, apropriar-se do numerário que seria destinado ao pagamento da obra pública, objeto do contrato firmado entre o Município e o licitante vencedor.” comete o referido delito. “Também, a irregular dispensa de licitação pode ser crime meio para a execução do delito contemplado no art. 1º, I, do DL 201, sendo portanto absorvida por este.”

Outro ponto a ser rebatido é o que afirma não ter havido dolo para a prática do referido delito. Ora, no momento em que há fraude no processo licitatório, tem-se, de pronto, alguém sendo beneficiado com essa ilegalidade, qual seja, o vencedor dessa licitação fraudulenta.

Ademais, só o fato de autorizar pagamentos contábeis, médicos, policiais e não especificados (fls. 05) importa em recebimento desse pagamento por parte de terceiro. E dessa conduta, com pagamento acima do de mercado, resulta proveito a esse terceiro. Ou não? A resposta é sim, resulta sim!

E novamente digo: o agir dos administradores públicos contra a Lei, ou até mesmo à margem dela, traz péssimo exemplo e estimula a desconfiança social e o medo pelo destino dos bens públicos.

Assim, demonstrada está a materialidade delitiva e, no tocante à autoria, esta se encontra, absolutamente, comprovada. E no caso concreto, existindo provas seguras no sentido de que o acusado praticou o delito aqui analisado, a condenação se impõe, sendo impossível a absolvição.

Quanto ao argumento trazido pelo 2º Apelante, este não merece ser acatado, uma vez que com o reconhecimento da prescrição em relação aos crimes do artigo 304 do Código Penal e do artigo 89 da Lei nº 8.666/93, tem-se a condenação do 1º Apelante pautada, tão somente, nas penas do artigo 1º, inciso I, do Decreto-Lei nº 201/67, o que implica em decote do concurso material que existia à época da sentença.

Dessa forma, se realmente não estivessem prescritas as penas dos aludidos crimes, ter-se-ia uma pena definitiva acima de 04 (quatro)

anos, o que impediria, sem sombra de dúvidas, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Mas como a pena do crime que restou (art. 1º, I, Dec-Lei nº 201/67) ficou estabelecida em 03 (três) anos e 09 (nove) meses de reclusão e 116 (cento e dezesseis) dias-multa, é evidentemente possível a sua substituição por atender aos requisitos do artigo 44 do Código Penal, que ficará a cargo do Juízo das Execuções Penais.

Diante do exposto, e de acordo com o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça, **DOU PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso interposto pelo 1º Apelante (Raimundo Nonato Jansen Veloso), para declarar extinta a punibilidade do Apelante em relação aos crimes do artigo 304 do Código Penal e do artigo 89 da Lei nº 8.666/93, pela prescrição da pretensão punitiva, e substituir a pena do crime do artigo 1º, inciso V, do Decreto-Lei nº 201/67, que ficará a cargo do Juízo das Execuções Penais, e **NEGAR PROVIMENTO** ao recurso interposto pelo 2º Apelante (Ministério Público).

É como voto.

Sala das Sessões da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, em São Luís, 14 de junho de 2012.

Participaram do julgamento os Senhores Desembargadores José Luiz Oliveira de Almeida (Presidente), Raimundo Nonato de Souza (Relator) e José Bernardo Silva Rodrigues (Revisor).

Funcionou pela Procuradoria Geral de Justiça a Drª. Regina Maria da Costa Leite.

Des. Raimundo Nonato de Souza
Relator

TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL
SESSÃO DO DIA 18 DE JUNHO DE 2012
RECURSO EM SENTIDO ESTRITO Nº. 11802/2012
IGARAPÉ GRANDE

Recorrente: Ministério Público do Estado do Maranhão
Promotora: Simone Chrystine Santana Valadares
Recorrido: Antonio Marcos Ribeiro Viana
Advogado: James Albert Magalhães Santos
Relator: Des. José Joaquim Figueiredo dos Anjos

ACÓRDÃO Nº. 1163042012

EMENTA

PENAL. PROCESSO PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. RECURSO INTEMPESTIVO. NULIDADE DA SENTENÇA. QUESTÃO DE ORDEM RECONHECIDA DE OFÍCIO.

1. O recurso é intempestivo porque o Ministério Público foi intimado em 23/02/2011 (fl. 66/7; quarta-feira) e o recurso foi interposto em 02/03/2011 (fl. 74 quarta-feira), fora do prazo do artigo 586 da Lei Adjetiva Penal.

2. De qualquer sorte, como a matéria é de ordem pública (prescrição) e, independentemente da análise do juízo da admissibilidade, deve ser enfrentada. A prescrição aplicada pelo magistrado foi claramente a em perspectiva (virtual). Ora, esse tipo de prescrição não encontra amparo no ordenamento jurídico brasileiro e, de tanto a jurisprudência se manifestar pela sua não aplicação, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 438: “*É inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal.*” (grifo nosso).

3. O delito, em tese, teria sido praticado em 23/02/2008, o recebimento da denúncia ocorreu em **16/07/2008** (fl. 40) e a sentença (fls. 64 **US-QUE** 66) foi prolatada em 29/11/2010, com publicação em **07/12/2010** (fl. 67; certidão). O crime do artigo 129, §9º, tem pena máxima de **03 (três) anos**, com prescrição em **08 (oito) anos** (CP, artigo 109, IV). Nem de longe se pode falar em extinção de punibilidade, razão porque a decisão deve ser cassada sem mais vagar. Recurso intempestivo. De ofício, a Terceira Câmara Criminal anulou a sentença para que outra seja prolatada. (Recurso em Sentido Estrito. Terceira Câmara Criminal. Desembargador José Joaquim Figueiredo dos Anjos. Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão).

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, adequado em banca, em julgar intempestivo o presente Recurso, e, de ofício, anular a sentença do Juiz, para que outra seja prolatada, nos termos do voto do Desembargador Relator.

Votaram neste julgamento os Senhores Desembargadores José Joaquim Figueiredo dos Anjos, Benedito de Jesus Guimarães Belo, José Bernardo Silva Rodrigues.

Presidência do Excelentíssimo Desembargador José Joaquim Figueiredo dos Anjos

Funcionou pela Procuradoria Geral de Justiça o Dr. José Argôlo Ferrão Coêlho.

São Luis, 18 de junho de 2012.

Des. José Joaquim Figueiredo dos Anjos
Presidente e Relator

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso em Sentido Estrito interposto pelo Ministério Público Estadual contra decisão (fls. 64 *USQUE* 66) da lavra da juíza de Direito da Comarca de Igarapé Grande que julgou extinta a punibilidade em favor do acusado **Antônio Marcos Ribeiro Viana**.

O histórico dos autos e a denúncia dão conta de que em **23/02/2008**, o acriminado teria, em tese, praticado o delito do artigo 129, §9º, da Lei Substantiva Penal contra sua ex-companheira **Crislane Cristina Costa de Almeida**, provocando-lhe lesão disposta no exame de corpo de delito (fl. 10).

A vítima, segundo consta, encontrava-se no Clube Ariguapá quando foi surpreendida por seu ex-companheiro, que a puxou pelo braço levando-a para a parte detrás do Clube, onde puxou seu cabelo e bateu sua cabeça contra a parede várias vezes.

Não satisfeito, o acriminado sacou uma faca e a encostou na barrega da vítima, dizendo-lhe que poderia lhe matar, pois ninguém ficaria sabendo e ainda continuou as agressões aplicando quedas e chutes.

A ofendida conseguiu se esquivar dos golpes e restou por fugir do local.

Devidamente denunciado pela conduta do artigo 129, §9º da Lei Substantiva Penal (fl. 02/3), com recebimento da exordial em **16/07/2008** (fl. 40), o acriminado ofereceu defesa via defensor dativo (fl. 42).

Instrução realizada (fls. 47 *USQUE* 50), onde a vítima fora inquirida, colhido depoimento de testemunha e interrogado o réu.

Alegações Finais (fls. 53 *USQUE* 56), pela condenação nos termos da denúncia; e da defesa (fls. 59 *USQUE* 62), pela desclassificação do delito para a conduta do artigo 129, *caput*, da Lei Substantiva Penal.

Sentença prolatada às fls. 64 *USQUE* 66 extinguiu a punibilidade nos termos do artigo 107, IV c/c artigo 109, VI, da Lei Substantiva Penal em 29/11/2010, com publicação em **07/12/2010** (fl. 67; certidão).

Essa decisão foi desafiada por Recurso em Sentido Estrito (CP, artigo 581, VIII), porque a prescrição aplicada pelo magistrado teria sido a “virtual”, em perspectiva, modalidade que não encontra previsão legal no ordenamento jurídico brasileiro.

Acosta entendimentos doutrinários e jurisprudenciais e pede, ao final, provimento do apelo para anular o feito a fim de que outra sentença seja prolatada.

Contrarrazões ministeriais (fls. 84 *USQUE* 86), pelo conhecimento e improvimento do recurso.

Parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça da lavra do **Dr. José Argôlo Ferrão Coêlho** pelo conhecimento e provimento do recurso (fls. 104 *USQUE* 111).

É o que merecia relato.

VOTO

O recurso é próprio, cabível e intempestivo porque o Ministério Público foi intimado em 23/02/2011 (fl. 66/7; quarta-feira) e o recurso foi interposto em 02/03/2011 (fl. 74 quarta-feira), fora do prazo do artigo 586 da Lei Adjetiva Penal.

O prazo teria se expirado no dia 28/02/2010 (segunda-feira).

No processo penal, o Ministério Público não goza da prerrogativa de prazo em dobro, *LITTERIS*:

116053483 - RECURSO ESPECIAL - PENAL - RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO - PRAZO SIMPLES - INTEMPESTIVIDADE - INTERPOSIÇÃO APÓS EXAURIDO O PRAZO LEGAL CONTADO DA INTIMAÇÃO PESSOAL - RECURSO NÃO CONHECIDO - O Ministério Público, em se tratando de matéria criminal, não goza do benefício do prazo em dobro para a interposição de recursos. É intempestivo o recurso manifestado pelo Ministério Público após exaurido o prazo de 15 (quinze) dias, cominado pelo art. 26, da Lei nº 8.038, contados da regular intimação do acórdão. Recurso Especial não conhecido. (STJ - RESP 596512 - MS - 5ª T. - Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca - DJU 22.03.2004 - p. 00361)

116079725 - RECURSO ESPECIAL - MINISTÉRIO PÚBLICO - PRAZO EM DOBRO - MATÉRIA CRIMINAL - INEXISTÊNCIA DE PRERROGATIVA - OMISSÃO - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - ACOLHIMENTO PARA NÃO CONHECER DO RECURSO ESPECIAL - O requisito da tempestividade do recurso é tema obrigatório do acórdão, caso em que existindo omissão quanto a ele é cabível o recurso de embargos de declaração para regular análise. A intimação do

Ministério Público inicia-se pela entrada do processo na secretaria e não pela nota de ciência de seu representante, além do que, quando recorrente de matéria criminal, não tem o benefício do prazo em dobro. Precedentes. Embargos acolhidos para não conhecer do Recurso Especial interposto a destempo pelo órgão ministerial. (STJ - EDRESP 538370 - SP - 5ª T. - Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca - DJU 22.11.2004 - p. 00374)

16155380 - PROCESSUAL PENAL - RECURSO ESPECIAL - INTEMPESTIVIDADE - MINISTÉRIO PÚBLICO - PRAZO EM DOBRO - 1. Não se conhece de Recurso Especial interposto fora do prazo legal. 2. O Ministério Público, em matéria criminal, não dispõe de prazo em dobro para recorrer. 3. Recurso não conhecido. (STJ - RESP. 245292 - SP - 5ª T. - Rel. Min. Edson Vidigal - DJU 08.04.2002)

De qualquer sorte, como a matéria é de ordem pública (prescrição) e, independentemente da análise do juízo da admissibilidade, desço à matéria recursal.

A prescrição aplicada pelo magistrado foi claramente a em perspectiva (virtual), conforme se extrai de sua ponderação, fls. 64/5:

“Em primeiro, deve-se analisar os prazos processuais. Entre a data do recebimento da denúncia (16/07/2008), marco interruptivo da prescrição, até a presente data (29/11/2010) decorreram 02(dois) anos, 04 (quatro) meses e 13 (treze) dias.

O acusado se fosse condenado, provavelmente seria, ao mínimo legal da pena, 03 (três) meses, pelo crime do 129, parágrafo 9º do CP, estando o crime prescrito em 02 (dois) anos, como ensina o art. 109, VI, do CP.

Conclui-se que, o crime denunciado em 26.03.2008 estaria prescrito em 02 (dois) anos, ou seja, em 26/03/2010.

A fim de que, não se movimente a máquina para apurar eventual fato típico que não se poderia determinar a execução de pena, por perda do interesse de agir do Estado, perfazendo inútil trabalho de instrução processual, assim, declaro estar presente a prescrição da ação, pois os lapsos temporais entre os atos processuais excedem o determinado pela lei penal.”.

Ora, esse tipo de prescrição não encontra amparo no ordenamento jurídico brasileiro e, de tanto a jurisprudência se manifestar pela sua

não aplicação, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 438: “*É inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal.*”.

O delito, em tese, teria sido praticado em 23/02/2008, o recebimento da denúncia ocorreu em **16/07/2008** (fl. 40) e a sentença (fls. 64 *USQUE* 66) foi prolatada em 29/11/2010, com publicação em **07/12/2010** (fl. 67; certidão).

O delito do artigo 129, §9º, tem pena máxima de **03 (três) anos**, com prescrição em **08 (oito) anos** (CP, artigo 109, IV).

Nem de longe se pode falar em extinção de punibilidade, razão porque a decisão deve ser cassada sem mais vagar.

Ante o exposto e por tudo mais que nos autos consta, **mesmo sendo hipótese de intempestividade**, de ofício, casso a decisão guerreada para declará-la nula, devendo outra ser prolatada em seu lugar.

É como voto.

São Luís, 18 de junho de 2012.

Des. José Joaquim Figueiredo dos Anjos
Relator

TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL
SESSÃO DO DIA 06 DE FEVEREIRO DE 2012
DENÚNCIA Nº. 5680/2011 – PINDARÉ-MIRIM

Denunciante: Ministério Público Estadual
Subprocuradora-Geral de Justiça: Regina Maria da Costa Leite
Denunciado: Henrique Caldeira Salgado
Advogados: Marcos Eduardo Abreu Costa Ferreira e Paloma Tavares Feitosa Vieira
Relator: Des. José de Ribamar Froz Sobrinho

ACORDÃO Nº. 1114542012

EMENTA

PENAL. PROCESSO PENAL. DENÚNCIA. PREFEITO MUNICIPAL. APRESENTAÇÃO DE CÓPIA DA PRESTAÇÃO DE CONTAS COM ATRASO NA CÂMARA MUNICIPAL. PREVISÃO DO ART. 1º, VI, DO DECRETO-LEI N. 201/67. ATIPICIDADE. FALSIDADE IDEOLÓGICA. AUSÊNCIA DE DOLO E LESÃO JURÍDICA. PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA. DENÚNCIA REJEITADA.

1. Esta Egrégia Corte vem firmando o entendimento que não resta configurada a tipicidade penal quando a prestação de contas for encaminhada em tempo hábil ao Tribunal de Contas e depois à Câmara Municipal respectiva.

2. Para configurar o delito de falsidade ideológica, é necessária a presença do elemento volitivo, no caso o dolo, representado por meio da vontade de falsificar o documento público com o “fim de prejudicar o direito”, “criar obrigação” ou “alterar a verdade”, o que, claramente, não ocorreu *in casu*.

3. À luz do princípio da intervenção mínima, ou *ultima ratio*, não resta caracterizado fato passível de ser punido na esfera criminal, se a conduta comissiva não dispõe de obrigatoriedade, prevista em lei, nem tam-

pouco foi cometida por meio de declaração que prejudique direito, crie obrigação ou altere a verdade sobre fato juridicamente relevante.

4. Rejeição da denúncia. Unanimidade.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Desembargadores da Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, por unanimidade, em desacordo com o parecer da Douta Procuradoria-Geral de Justiça, em rejeitar a denúncia, nos termos do voto do Desembargador Relator.

Participaram do julgamento os Senhores Desembargadores José de Ribamar Froz Sobrinho, José Joaquim Figueiredo dos Anjos e Raimundo Nonato de Souza.

Funcionou pela Procuradoria-Geral de Justiça o Dr. Eduardo Jorge Hiluy Nicolau.

São Luís, 06 de fevereiro de 2012.

Des. José de Ribamar Froz Sobrinho
Relator

RELATÓRIO

Trata-se de Denúncia oferecida pelo Ministério Público Estadual, neste ato representado pela Subprocuradora-Geral de Justiça para Assuntos Jurídicos, Dra. Regina Maria da Costa Leite, em face de Henrique Caldeira Salgado, Prefeito Municipal de Pindaré-Mirim/MA.

Consta na denúncia oferecida pelo Ministério Público que a presente ação penal foi instaurada contra o Denunciado tendo em vista a sua omissão no dever de apresentar prestação de contas referente ao exercício financeiro do ano de 2009, dentro do prazo previsto em lei, à Câmara Municipal de Pindaré-Mirim.

Alegou que o processo administrativo foi instaurado a partir do Ofício n. 167/2010-PJPM, subscrito pelo Promotor de Justiça Marco Antônio Santos Amorim.

Relatou também que o Tribunal de Contas informou que o denunciado declarou que uma via da prestação de contas do exercício financeiro de 2009 estava disponível na Câmara de Vereadores do Município de Pindaré-Mirim, bem como o atual Presidente da Câmara de Vereadores aduziu que a prestação de contas da Prefeitura do exercício financeiro de 2007, 2008 e 2009 estão disponibilizadas no local.

No entanto, em 26/08/2010, o Promotor de Justiça visitou a Câmara Municipal e verificou que o Denunciado não havia apresentado a prestação de contas referente ao exercício financeiro de 2009. Posteriormente, descobriu que a apresentação da prestação de contas se deu fora do prazo permitido, sendo apresentada no dia 30/09/2010.

Por fim, afirmou que o Denunciado praticou o delito previsto no art. 1º, inciso VI do Decreto-lei n. 201/67 e art. 299 do Código Penal. Na oportunidade, propôs a suspensão condicional do processo, com base no art. 89 da Lei 9.099/95 (fls. 03/08).

Depois de notificado, o Denunciado apresentou defesa preliminar, negando a ocorrência dos fatos imputados contra si, sob a alegação de que repassou à Câmara Municipal todos os documentos referentes à prestação de contas do exercício financeiro de 2009 em tempo hábil, mas, em virtude da reforma que estava ocorrendo no prédio da sede legislativa na época, os documentos não foram localizados durante a visita do Promotor de Justiça.

Afirmou que, em visita à Câmara Municipal, o Promotor de Justiça se absteve de analisar as pastas dos arquivos que continham a documentação, nem sequer levou um técnico ministerial para auxiliar nas buscas.

Asseverou ainda que os atos que violem os princípios da administração dependem de efetiva constatação de dano ao patrimônio público e exige a presença de dolo do agente, o que não ocorreu *in casu*.

Em pedido, requereu a rejeição da denúncia (fls. 58/66).

Inicialmente, a Procuradoria Geral de Justiça requereu a conversão do julgamento em diligência, para requisitar ao Juiz de Direito da Comarca de Pindaré-Mirim a juntada da Carta de Ordem (fls. 90).

Entretanto, tal pedido de diligência foi considerado desnecessário, sendo devolvido o processo para apreciação do Ministério Público (fls. 92).

A Procuradoria Geral de Justiça, representada pelo Subprocurador-Geral de Justiça para Assuntos Jurídicos, Dr. Eduardo Jorge Hiluy Nicolau, manifestou-se pela rejeição parcial da denúncia, apenas no que

diz respeito à prática do crime de responsabilidade previsto no art. 1º, VI do Decreto-lei 201/67, reiterando o pedido de recebimento da exordial pelo enquadramento da conduta no crime de falsidade ideológica, previsto no art. 299 do CP e, uma vez não aceita a proposta de suspensão condicional do processo pelo denunciado, pugna pelo prosseguimento da ação em seus ulteriores termos, até a final condenação (fls. 95/99).

É o relatório.

VOTO

Inicialmente, o Ministério Público ofereceu denúncia contra o Prefeito Municipal de Pindaré-Mirim, Henrique Caldeira Salgado, pela prática dos crimes previsto no art. 1º, inciso VI do Decreto-lei 201/67 e art. 299, CP, *in verbis*:

LEI DE CRIMES DE RESPONSABILIDADE

Art. 1º São crimes de responsabilidade dos Prefeitos Municipal, sujeitos ao julgamento do Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores:

[...]

VI - deixar de prestar contas anuais da administração financeira do Município à Câmara de Vereadores, ou ao órgão que a Constituição do Estado indicar, nos prazos e condições estabelecidos;

CÓDIGO PENAL – FALSIDADE IDEOLÓGICA.

Art. 299 - Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante.

Em suma, alegou que o Denunciado se omitiu em apresentar à Câmara Municipal de Pindaré-Mirim a prestação de contas referentes ao exercício financeiro de 2009, embora tenha declarado que apresentou tal documento, por meio da Mensagem nº 001/2009, apresentada ao Tribunal de Contas (fls. 25).

O Ministério Público, na 2ª instância, retificou os termos da inicial, requerendo tão somente o recebimento na peça acusatória quanto ao crime de falsidade ideológica, pois as contas referentes ao exercício financeiro

de 2009 do Município de Pindaré-Mirim foram apresentadas à Câmara Municipal, de modo intempestivo, diferente do alegado pelo Prefeito na Mensagem nº 001/2009, datado em 31.03.2010 (fls. 25), *in verbis*:

[...] Em face do art. 49 da Lei Complementar n.º 101, de 4 de maio de 2000, uma via da prestação de contas está disponível no órgão responsável pela sua elaboração, e outra destinada à Câmara de Vereadores.

Quanto ao crime de responsabilidade, previsto no art. 1º, inciso VI, do Decreto-lei 201/67, há muito esta Egrégia Corte vem firmando o entendimento que não resta configurada a tipicidade penal quando a prestação de contas for encaminhada em tempo hábil ao Tribunal de Contas e depois à Câmara Municipal respectiva.

Segundo o Ministério Público, o Denunciado violou o disposto no art.4º, da Instrução Normativa nº 09/2005, editada pelo TCE, quando deixou de encaminhar à Casa Legislativa de Pindaré-Mirim uma cópia da prestação de contas encaminhada ao Tribunal de Contas.

Todavia, o descumprimento literal de uma conduta prevista na Instrução Normativa, que versa sobre procedimento administrativo adotado pelo TCE, não pode ser considerada conduta típica, pois estaria violando o princípio da reserva legal, previsto no art. 5º, II, da Constituição Federal, que dispõe “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Desse modo, a conduta do Denunciado não caracteriza o crime de responsabilidade previsto no art. 1º, VI do Decreto-lei 201/67.

Nesse sentido já se manifestou este Tribunal:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. DENÚNCIA. PREFEITO. IMPUTAÇÃO DE CRIME DE RESPONSABILIDADE, PREVISTO NO ART. 1º, VI, DO DEC.-LEI Nº 201/67, E CRIME DE FALSIDADE IDEOLÓGICA. PRESTAÇÃO DE CONTAS À CÂMARA MUNICIPAL. PRAZO. AUSÊNCIA DE LIMITES LEGALMENTE DEFINIDOS. ATIPICIDADE. CRIME DE FALSIDADE CARACTERIZADO EM TESE. DENÚNCIA RECEBIDA EM PARTE. 1. A taxatividade da norma penal, como decorrência do princípio da legalidade estrita, impõe ao legislador a clara e precisa definição das balizas da lei penal incriminadora, de forma a legitimar a atuação do direito penal, porque representa a resposta estatal mais violenta.

2. A norma penal em branco cujo complemento não estabeleça, com exatidão, os contornos previstos nas elementares do tipo, ofende o princípio da legalidade estrita. 3. A tardia apresentação da prestação de contas do Executivo Municipal à respectiva Câmara de Vereadores, muito embora reprovável sob o enfoque da moralidade administrativa, não caracteriza o crime de responsabilidade previsto no art. 1º, VI, do Dec.-Lei nº 201/67, uma vez que o complemento desta lei penal, previsto na Instrução Normativa do TCE/MA nº 09/2005, não fixa o prazo final para esta apresentação da prestação de contas, especificamente, para a Câmara de Vereadores. 4. A informação inserida em documento público, com o propósito de, *a priori*, modificar a verdade sobre fato juridicamente relevante, relacionado à prestação de contas do Executivo Municipal, caracteriza, em tese, o crime tipificado no art. 299, do CPB. 5. Comprovados pelo *Parquet*, a existência de indícios de autoria e provas da existência material do crime, é ônus do denunciado infirmar a imputação delitiva. 4. Denúncia parcialmente recebida. (TJMA. Denúncia n. 4793/2011 (1082-33.2011.8.10.0000) Acórdão n. 106.626/2011. Relator Desembargador José Luiz Oliveira de Almeida. DJ 27.09.2011). (grifo nosso)

Sobre o crime de falsidade ideológica, previsto no art. 299 do CP, o Presidente da Câmara Municipal de Pindaré-Mirim, Vereador Aldemir Lopes Fonseca, informou ao Promotor de Justiça, por meio do Ofício nº. 148/2010 expedido em 27/10/2010, que “*já encontram-se nesta casa, à disposição para consulta popular, as Prestações de contas da municipalidade referente aos anos: 2007, 2008 e 2009.*” (fls. 27).

Também esclareceu que a prestação de contas da Prefeitura Municipal de Pindaré-Mirim, referentes ao exercício financeiro de 2009, foi enviada para a Câmara Municipal na data constante no Ofício n. 210/2010/SECGOV, ou seja, em 30/09/2010 (fls. 42/45).

No entanto, verifica-se nos autos que o Gestor Municipal entregou a prestação de contas ao Tribunal de Contas do Maranhão e, na oportunidade, declarou que a cópia do documento estava à disposição da população na Casa Legislativa Municipal, em 31/03/2010 (fls. 25).

Apesar de a denúncia conter elementos suficientes para imputar ao réu a prática de crime de falsidade ideológica, para configurar o delito, é necessária a presença do elemento volitivo, no caso o dolo, representado por meio da vontade de falsificar o documento público com o “fim

de prejudicar o direito”, “criar obrigação” ou “alterar a verdade”, o que, claramente, não ocorreu *in casu*.

O Prefeito Municipal cumpriu tempestivamente a obrigação legal de apresentar as contas ao TCE, órgão responsável pela fiscalização contábil inicial da Prefeitura. Mesmo que tenha afirmado que apresentou as contas à Câmara Municipal no mesmo momento, não se pode dizer que sua declaração prejudique direito, crie obrigação ou altere a verdade sobre fato juridicamente relevante, elemento subjetivo específico para a configuração do tipo penal. Para a doutrina, a falsificação que não conduza a qualquer desses três resultados deve ser considerada penalmente indiferente¹, o que afasta a justa causa para o processamento da ação penal em tela.

Não obstante se tratar de crime de natureza formal, cujo resultado naturalístico da conduta não é exigível para a conclusão do delito, o crime de falsidade requer a ocorrência de lesividade ao ordenamento para justificar a intervenção do Estado, que, vale dizer, *a priori* deve ser *ultima ratio*.

No entanto, o que se observa no caso em apreço é que a conduta ora analisada, além de não preencher os requisitos subjetivos previstos no próprio tipo, também não gerou qualquer lesão a bem jurídico relevante, mesmo que em tese, não sendo necessário recorrer ao *jus puniendi* estatal para garantir a repressão da conduta.

Há precedentes jurisprudenciais nesse sentido:

DENÚNCIA CONTRA PREFEITO CRIMES PREVISTOS NO ART. 299 DO CÓDIGO PENAL E ART. 1º, VI, DO DECRETO-LEI Nº 201/67. NÃO RECEBIMENTO. ART. 299 CÓDIGO PENAL. ART. 1º, VI, DECRETO-LEI 201 - Não há necessidade de ser realizada duas prestações de contas ao mesmo tempo, uma para a Câmara e outra para o TCE, mas sim uma para o TCE, que depois envia o processo com parecer prévio à Câmara para julgamento, sendo que antes do julgamento a Câmara deve deixar à disposição do público as contas recebidas. - Se não há obrigatoriedade legal de ser encaminhada prestação de contas à Câmara pelo Prefeito e sim ao TCE, não se pode dizer que sua afirmação prejudique direito, crie obrigação ou altere a verdade sobre fato juridicamente relevante,

1 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 10. ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 1073.

finalidade precípua para a configuração do delito de falsidade ideológica, sem o qual o crime não se configura, tornando o fato atípico.- Denúncia rejeitada. (147412007 MA , Relator: MARIA MADALENA ALVES SEREJO, Data de Julgamento: 21/08/2008, PIO XII).

PENAL E PROCESSO PENAL. DENÚNCIA. PREFEITO MUNICIPAL. ART. 1º, VI, DO DEC-LEI Nº 201/67. PRESTAÇÃO DE CONTAS AO TCE. AUSÊNCIA DE TÍPICIDADE. FALSIDADE IDEOLÓGICA. DOLO NÃO CONFIGURADO. REJEIÇÃO. I - O crime de responsabilidade constante do art. 1º, IV, do Decreto-Lei nº 201/67 não se configura quando a prestação de contas é apresentada ao Tribunal de Contas do Estado, órgão indicado pela Constituição Estadual, para apreciação das contas dos gestores municipais. II - O crime de falsidade ideológica descrito no art. 299 do Código Penal pressupõe a existência do dolo, sem o qual o fato torna-se atípico. III - Denúncia rejeitada. (TJ/MA – Denúncia nº 24774-2006 – Des. JOSÉ STÉLIO NUNES MUNIZ, julgado em 17.04.2008. Ac. 0703752007).

Ademais, não existe obrigação legal do Prefeito Municipal de apresentar a prestação de contas para a Câmara Municipal, devendo tal ato ser realizado pelo próprio Tribunal de Contas, depois de elaborado o parecer prévio, conforme dispõe o art. 10, §1º da Lei Orgânica do TCE, *in verbis*:

Art. 10 - O Tribunal, ao apreciar a prestação de contas anual apresentada pelo Prefeito, na data e forma previstas no regimento interno:

I - emitirá parecer prévio sobre as contas de governo do Prefeito, no prazo de sessenta dias, a ser contado da data de seu recebimento, ou até o último mês do exercício financeiro, com fundamento no art. 172, inciso I, § 3º, da Constituição.

[...]

§ 1º - O Tribunal encaminhará, após o trânsito em julgado, à Câmara Municipal, as contas de governo do Prefeito, acompanhadas do respectivo parecer prévio.

Por essa razão, não há que se imputar o crime de falsidade ideológica ao denunciado por um ato que sequer era da sua alçada, ainda mais quando não causou qualquer prejuízo ao erário.

A jurisprudência adota o mesmo entendimento:

DENÚNCIA. PREFEITO MUNICIPAL. PRESTAÇÃO DE CONTAS AO TCE. ART. 299 DO CÓDIGO PENAL E ART. 1º, VI, DO DECRETO-LEI Nº201/67. AUSÊNCIA DE TÍPICIDADE. REJEIÇÃO. I – O crime de responsabilidade constante do art. 1º, IV, do Decreto-Lei nº 201/67 não se configura quando a prestação de contas é apresentada ao Tribunal de Contas do Estado, órgão indicado pela Constituição Estadual, para apreciação das contas dos gestores municipais. II – Não caracteriza o crime de falsidade ideológica inserir em documento declaração de realização de ato estranho à alçada do prefeito. III – Denúncia improcedente. **(TJMA. Denúncia nº 028923/2010 (0017071-16.2010.8.10.0000). Acórdão nº. 98.860/2011 - IMPERATRIZ/MA. Relator Desembargador José Bernardo Silva Rodrigues. DJ 03.02.2011).**

PENAL. PROCESSUAL PENAL. NOTIFICAÇÃO. CONTAGEM DOS PRAZOS. PREFEITO MUNICIPAL. DENÚNCIA. APRESENTAÇÃO DAS CONTAS DE GOVERNO. FALSIDADE IDEOLÓGICA. CONDUTAS ATÍPICAS. 1. No processo penal, os prazos contam-se da efetiva intimação e não da juntada aos autos da carta de ordem. 2. As contas de governo do Município devem ser apresentadas ao TCE, órgão técnico de colaboração do Poder Legislativo com capacidade para apreciá-las quando prestadas anualmente pelos prefeitos. 3. Não caracteriza o crime de falsidade ideológica inserir em documento declaração de realização de ato estranho à alçada do prefeito. 4. Rejeição da denúncia. Maioria **(TJMA. DENÚNCIA nº 11.727/2008. Acórdão n. 76.267/2008. Relator Desembargador Paulo Sergio Velten Pereira. DJ 29.09.2008).**

Portanto, à luz do princípio da intervenção mínima, ou *ultima ratio*, não resta caracterizado fato passível de ser punível na esfera criminal, se a conduta comissiva não dispõe de obrigatoriedade, prevista em lei, nem tampouco foi cometida por meio de declaração prejudique direito, crie obrigação ou altere a verdade sobre fato juridicamente relevante.

Do exposto, em desacordo com o parecer ministerial, por entender que não há justa causa para a instauração do processo criminal, REJEITO a denúncia, nos termos do art. 395, inciso III do CPP e art. 6º, da Lei 8.038/90.

É como voto.

Sala das Sessões da Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, em São Luís, 06 de fevereiro de 2012.

Des. José Ribamar Froz Sobrinho
Relator

EMENTÁRIO
DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO DE MENOR. MEDIDA PROTETIVA DE URGÊNCIA EM VIGOR. IMPOSSIBILIDADE DE BUSCA E APREENSÃO DA CRIANÇA. PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. DECISÃO REFORMADA.

1. Havendo medida protetiva de urgência, que determina o afastamento do pai de sua filha menor, por encontrar-se na condição de suspeito de ter cometido atentado violento ao pudor contra a criança, não há como ser deferida cautelar de busca e apreensão da menor para entregá-la aos cuidados do pai.
2. Estando ainda em vigor a decisão que determina o afastamento do pai, não há como, em mesmo grau de jurisdição e em processo de busca e apreensão, determinar a entrega da criança ao seu pai, sujeito aos efeitos de medida protetiva de urgência. Princípio do melhor interesse da criança.
3. Recurso conhecido e provido.

Acórdão n.º 0984442011 – 3ª Câmara Cível

Agravo de Instrumento n.º 0287052010

Relator: Lourival de Jesus Serejo Sousa

Agravante: T.C.C.L., representada por sua genitora Ramilla Costa Correa Lima

Agravado: Sérgio Correa Lima

Sessão do dia 27.1.2011

Decisão: Recurso conhecido e provido.

APELAÇÃO CÍVEL. INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA. VARA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. AUSÊNCIA DE ADVOGADO HABILITADO. DILAÇÃO PROBATÓRIA INCOMPLETA. CERCEAMENTO DE DEFESA. CONFIGURAÇÃO. PROVA DA MENORIDADE. INEXISTÊNCIA. PROVIMENTO. 1. Contestação assinada pela parte não produz efeitos. É indispensável a presença de advogado regularmente

habilitado para patrocinar a defesa. Inteligência do art. 206 do ECA. 2. Há cerceamento de defesa quando não se oportuniza à parte a produção de prova sobre questão de fato imprescindível ao esclarecimento da demanda, sobretudo quando houve requerimento nesse sentido. 3. Apelação conhecida e provida.

Acórdão n.º 0979942010

Apelação Cível n.º 0225942009 – 3ª Câmara Cível

Relator: Lourival de Jesus Serejo Sousa

Apelante: Ministério Público Estadual

Apelado: Bar da Mizinha – representado por Maria Luiza Pereira Oliveira

Sessão do dia 16.12.2010

Decisão: Apelação conhecida e provida.

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO QUE ESTABELECE ALIMENTOS PROVISÓRIOS. PRESTAÇÃO IN NATURA. PEDIDO DE MODIFICAÇÃO QUANTO À FORMA DE CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO. EVIDENTE ESTADO DE ANIMOSIDADE ENTRE AS PARTES. POSSIBILIDADE DE ACIRRAMENTO. PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. PRESTAÇÃO EM PECÚNIA. PROVIMENTO PARCIAL.

1. Se evidente o estado de animosidade entre as partes, não se afigura recomendável a prestação de alimentos provisórios in natura, pela possibilidade de acirramento da discórdia, mas sim o pagamento em dinheiro, mediante depósito em conta bancária.
2. Medida que atende, de igual modo, ao princípio do melhor interesse da criança e a eventualidade de futura execução.
3. Adequação da decisão que deferiu tutela antecipada recursal para evitar supressão de instância.
4. Agravo de instrumento parcialmente provido.

Acórdão n.º 1056422011

Agravo de Instrumento n.º 0144852011 – 3ª Câmara Cível

Relator: Des. Lourival de Jesus Serejo Sousa

Agravante: M.F.N.B representado por sua genitora Ingrid da Silva Novochado

Agravado: Alexandre Mendes Bertrand

Sessão do dia 25.8.2011

Decisão: Agravo parcialmente provido.

RESPONSABILIDADE CIVIL E PROCESSO CIVIL. APELAÇÃO. AÇÃO DE COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS E ESTÉTICOS. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. ART. 405 DO CPC. INFORMANTE. CORTE EM FACE DE CRIANÇA EM CIRURGIA CESÁREA ENSEJANDO-LHE PARALISIA FACIAL PARCIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DE MÉDICO. RECONHECIMENTO DOS FATOS. SATISFAÇÃO DOS PRESSUPOSTOS DA OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR. QUANTUM COMPENSATÓRIO PROPORCIONAL AOS DANOS CAUSADOS. MANUTENÇÃO DO DECISUM MONOCRÁTICO. IMPROVIMENTO.

1. Não há falar-se em aplicação da prescrição de que trata o art. 27 do Código de Defesa do Consumidor em ação não lastreada nos ditames da legislação consumerista, mas nos do Código Civil (de 1916, vigente à época dos fatos). Ademais, explicitando claramente o Código de Defesa do Consumidor a vigência das normas do direito positivo que não o contrariam, é no diploma legal civil que contém regulação normativa acerca da prescrição das pretensões que visem ao ressarcimento de danos causados por atos ilícitos.
2. Embora se impeça o depoimento de ascendente de parte como testemunha (CPC, art. 405), não lhe podem as declarações ser simplesmente desprezadas, se em harmonia com as demais provas produzidas nos autos, mas consideradas pelo juiz, que lhes atribuirá o valor e a credibilidade que merecerem, nos termos do art. 405, §4º, do CPC.
3. “Hoje em dia ninguém mais contesta, em tese, a responsabilidade do médico pelos danos que, por ato culposo seu, resultem para o seu cliente. Assim, se age com culpa, se por imprudência ou negligência manifesta resulta um prejuízo para o seu cliente, tem este contra ele ação para exigir perdas e danos” (SANTOS, João Manoel de Carvalho, CCB Interpretado, vol. XXI/258).
4. Afigura-se-me indubitavelmente imperito e negligente o profissional médico que, procedendo à incisão no abdome da gestante em cirurgia cesárea, fere gravemente a criança, mormente porque, podendo

fazê-lo, deixa de empregar os cuidados necessários no trato da paciente e age com falta de habilidade ou experiência reputada necessária à realização do procedimento cirúrgico, reputado de grande porte. Afinal, quem infringe dever pessoal de cuidado, podendo prevenir a ocorrência do resultado, e não toma as medidas para evitá-lo, age indiscutivelmente com culpa.

5. Fixado valor de indenização por danos morais nos padrões de razoabilidade, desnecessária a intervenção do órgão ad quem, devendo prevalecer os critérios adotados na instância de origem.
6. Apelação não provida.

Acórdão n.º. 1009192011

Apelação Cível n.º. 0023392011 – 3ª Câmara Cível

Relator: Cleones Carvalho Cunha

Apelante: Juarez Alves Lima

Apelado: Mirla Mendonça da Silva

Sessão do dia 7.4.2011

Decisão: Apelação não provida.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CAUTELAR SATISFATIVA. CRIANÇA E ADOLESCENTE. PRIORIDADE ABSOLUTA. SUPPOSTO ABUSO. MEDIDA PROTETIVA. VISITA AO MENOR PELOS AVÓS NA RESIDÊNCIA DA MÃE.

1. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, direito à vida, à dignidade e à convivência familiar.
2. Nos casos que envolvem menor, deve o magistrado proceder com extrema cautela, assegurando o bem estar da criança, a proteção de seus direitos e a garantia de seu desenvolvimento integral.
3. Não sendo a residência dos avós, por hora, o lugar adequado para que ocorram as visitas do menor, até que seja o caso investigado e se tenha provas robustas acerca do suposto abuso sofrido pela criança, não deve o menor ser privado de um convívio salutar com seus avós paternos, podendo estes visitarem o neto na residência da mãe dele.
4. A ação cautelar pode ter nítido caráter satisfativo, sendo prescindível o ajuizamento da ação principal, como nos casos de pedido de afastamento de suposto abusador de criança da moradia comum.

5. Agravo de instrumento conhecido e parcialmente provido.

Acórdão n.º 1091682011

Agravo de Instrumento n.º 0024092011 – 4ª Câmara Cível

Relator: Jaime Ferreira de Araújo

Agravantes: Laudelina dos Santos Reis e Elpídio Silva Reis

Agravado: Ministério Público Estadual

Sessão do dia 6.12.2011

Decisão: Recurso conhecido e parcialmente provido.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE. SUSPENSÃO LIMINAR DO PODER FAMILIAR. POSSIBILIDADE. MENORES EXPOSTOS À SITUAÇÃO DE RISCO. NEGLIGÊNCIA DOS GENITORES QUANTO AOS CUIDADOS BÁSICOS DOS FILHOS. COMPROVAÇÃO. LIMINAR QUE ATENDE AOS REQUISITOS LEGAIS.

1. A finalidade da suspensão do poder familiar repousa na sublime atitude do magistrado, agindo cautelosamente, de proteger os interesses primários de crianças e adolescentes que se encontrem em situação de risco ou em sua iminência.
2. Ocorrendo uma das causas legais que a justifique, compete ao juiz, a requerimento de algum parente do menor ou do Ministério Público, adotar a medida da suspensão do poder familiar, mantendo-a até quando julgar conveniente à segurança do infante e à preservação de seus bens.
3. Agravo de instrumento conhecido e desprovido.

Acórdão n.º 0906312010

Agravo de Instrumento n.º 0360582009 – 4ª Câmara Cível

Relator: Jaime Ferreira de Araújo

Agravantes: Antônio Paula Rocha Correa e Nelcianir de Assunção

Agravado: Ministério Público Estadual

Sessão do dia 20.4.2010

Decisão: Recurso conhecido e não provido.

PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CONDENAÇÃO POR CRIME DE CORRUPÇÃO DE MENORES. CON-

DUTA DO APELANTE QUE NÃO SE ENQUADRA NA NOVA REDAÇÃO DO ART. 218 DO CÓDIGO PENAL, INTRODUZIDA PELA LEI N. 12.015/2009. APLICAÇÃO DA RETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS BENÉFICA. ABSOLVIÇÃO. CONDENAÇÃO PELA PRÁTICA DO CRIME PREVISTO NO ART. 243 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. DESCLASSIFICAÇÃO PARA A INFRAÇÃO DESCRITA NO ART. 63, I, DA LEI DAS CONTRAVENÇÕES PENAIS. DESMEMBRAMENTO DO FEITO E REMESSA PARA PROCESSAMENTO PERANTE O JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL COMPETENTE.

1. A prática de relação sexual consentida com menores de 18 (dezoito) anos e maiores de 14 (catorze) anos não se enquadra na nova redação do crime de corrupção de menores previsto no art. 218 do Código Penal, segundo a alteração introduzida pela Lei n. 12.015/2009.
2. A conduta de fornecer bebida alcoólica a menores de 18 (dezoito) anos não se encaixa no tipo definido pelo art. 243 da Lei n. 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA), mas no que prevê o art. 63, I, da Lei n. 3.688/1941 (Lei das Contravenções Penais - LCP).
3. Apelação parcialmente provida para absolver o Apelante da acusação de prática do delito previsto no art. 218 do CP. Desclassificação, de ofício, da conduta tipificada no art. 243 do ECA para a contravenção penal de que trata o art. 63, I, da LCP.

Acórdão n.º. 0886632010

Apelação Criminal n.º. 0285282009 – 2ª Câmara Criminal

Relator: José Bernardo Silva Rodrigues

Apelante: Wagner da Silva Borges

Apelado: Ministério Público Estadual

Sessão do dia 21.1.2010

Decisão: Apelação parcialmente provida.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE DAR. FORNECIMENTO DE ALIMENTOS E MEDICAMENTOS. OBRIGAÇÃO DO MUNICÍPIO. SISTEMA PÚBLICO DE SAÚDE. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Criança atendida pelo sistema público de saúde tem direito ao recebimento de frascos de alimentos, próprios da dieta de prescrição

- médica, e da medicação, quando a regulamentação do SUS e seu estado de saúde apontam nesse sentido.
2. A decisão que deferiu tutela antecipada para garantir o fornecimento gratuito da medicação deve ser mantida, por estar de acordo com a norma do SUS, bem como com as provas dos autos que demonstram a necessidade da paciente.
 3. Agravo improvido.

Acórdão n.º 0961832010

Agravo de Instrumento n.º 0221212010 – 3ª Câmara Cível

Relator: Lourival de Jesus Serejo Sousa

Agravante: Município de São Luís

Agravado: V.R.A, representada por Ana Cristina Rodrigues Araújo
Sessão do dia 18.10.10

Decisão: Agravo não provido.

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA RECURSAL CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. POSSIBILIDADE. ABERTURA DE VAGAS PARA ESTUDANTES NA REDE MUNICIPAL DE ENSINO. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. DEVER DO ESTADO. MULTA DIÁRIA. CABIMENTO. REDUÇÃO. NECESSIDADE. AGRAVO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. A jurisprudência do STJ tem mitigado, em hipóteses excepcionais, a regra que exige a oitiva prévia da pessoa jurídica de direito público nos casos em que presentes os requisitos legais para a concessão de medida liminar em ação civil pública (art. 2º da Lei 8.437/92). Precedentes do STJ. (REsp 1018614/PR, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 17.06.2008, DJe 06/08/2008).
2. Compete à Administração Pública propiciar às crianças e adolescentes o acesso ao atendimento público educacional de forma que, estando jungida ao princípio da legalidade (Estatuto da Criança e do Adolescente), é seu dever assegurar que tais serviços sejam prestados mediante rede própria.
3. É legítima a determinação da obrigação de fazer pelo Judiciário para tutelar o direito subjetivo do menor a tal assistência educacional,

não havendo falar em discricionariedade da Administração Pública, que tem o dever legal de assegurá-lo. Precedentes do STJ (REsp 511.645/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/08/2009, DJe 27/08/2009).

4. A fixação de multa diária por descumprimento de determinação judicial não pode ser irrisória, ao ponto de perder-se no caminho, muito menos exagerada. Tal equilíbrio deve ser uma preocupação constante do julgador, uma vez que o objetivo da multa é somente forçar o cumprimento da medida, sendo cabível sua redução quando dissociada do princípio da razoabilidade.
5. Agravo parcialmente provido.
Acórdão n.º. 1033502011
Agravo de Instrumento n.º. 0082142011 – 2ª Câmara Cível
Relator: Marcelo Carvalho Silva
Agravante: Município de São Luís
Agravado: Ministério Público Estadual
Sessão do dia 28.6.2011
Decisão: Agravo parcialmente provido.

ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. INEXISTÊNCIA DE ÓBICE À SUA CONCESSÃO. LIMINAR SATISFATIVA. REQUISITOS AUTORIZADORES DA MEDIDA DEMONSTRADOS. DIREITO DE ACESSO À EDUCAÇÃO. GARANTIA CONSTITUCIONAL. PREENCHIMENTO DE VAGAS NA REDE PÚBLICA DE ENSINO. DEVER DO ESTADO. TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL. INAPLICABILIDADE. MÍNIMO EXISTENCIAL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. REDUÇÃO DE MULTA. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE.

1. Já se encontra superado, de há muito, o entendimento de não ser cabível a concessão de antecipação de tutela contra a Fazenda Pública, hipóteses restritas aos casos de reclassificação, equiparação, aumento ou extensão de vantagens pecuniárias de servidor público ou concessão de pagamento de vencimentos.
2. A proibição de concessão de liminar que esgote, no todo ou em par-

te, o objeto da ação (Lei 8.437/92, art. 1º, § 3º) deve ser interpretada conforme a Constituição, admitindo-se, em consonância com os princípios da razoabilidade, do devido processo legal substantivo, e da efetividade da jurisdição, seja deferida liminar satisfativa, ou antecipação de tutela parcialmente irreversível (CPC, art. 273, § 2º), quando tal providência seja imprescindível para evitar perecimento de direito.

3. O direito à educação é essencial ao desenvolvimento do menor, se afigurando um direito subjetivo dele, competindo ao Poder Público garantir sua efetivação, mediante a adoção de políticas públicas capazes de atender a população menos favorecida de modo a assegurar a disponibilização das vagas necessárias para atender a população. Precedentes.
4. Compete ao Estado assegurar atendimento a crianças e adolescentes de 04 (quatro) a 17 (dezesete) anos em escolas públicas, próximas à residência do aluno, consoante os arts. 205 e 208, I, da CF; art 4, I e V, da Lei nº 9.394/96 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional) e arts. 7º, 53, I e V e 54, I e VII, da Lei n.º 8.069/90 (ECA).
5. A cláusula da reserva do possível invocada pelo agravante não pode estar dissociada da idéia do mínimo existencial ou do núcleo da dignidade da pessoa humana efetivamente exigível do Estado. Precedente do STF.
6. É cabível a fixação de multa diária para os casos de descumprimento, pelo Estado, de decisão judicial, sendo que o valor fixado pelo juiz deve ser suficiente e razoável para atender ao objetivo maior das astreintes, qual seja, compelir o devedor renitente a cumprir com a sua obrigação.
7. Agravo de instrumento conhecido e parcialmente provido tão apenas para reduzir o valor das astreintes para R\$ 2.000,00 (dois mil reais) diários.

Acórdão nº. 1055752011

Agravo de Instrumento nº. 0082172011 – 4ª Câmara Cível

Relator: Jaime Ferreira de Araújo

Agravante: Município de São Luís

Agravado: Ministério Público Estadual

Sessão do dia 23.8.2011

Decisão: Agravo conhecido e parcialmente provido

ECA. PRELIMINAR. REJEIÇÃO. DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR MANTERNO. MÃE BIOLÓGICA. REINVIDICAÇÃO DO FILHO DADO ANTERIORMENTE À ADOÇÃO. CONDIÇÕES PSICOSSOCIAIS DE REAVER O PODER FAMILIAR NÃO COMPROVADAS. IMPROVIMENTO DO RECURSO.

1. Constatado, através do relatório da Equipe de Apoio Social, que a mãe biológica não tem condições de dar proteção integração ao filho, em razão de ter outro e estar grávida de um terceiro, bem como deseja reaver o poder familiar perdido em razão da entrega da referida criança aos 10 (dez) dias de vida para adoção, deve ser mantida a sentença que determinou a destituição do poder familiar e determinou a nova adoção.
2. Deve ser privilegiado o princípio de melhor interesse da criança, evitando-se novas situações de entrega da criança à família substituta.
3. Apelo não provido.

Acórdão n.º. 0932422010

Apelação Cível n.º. 0317872009 – 1ª Câmara Cível

Relator: Maria das Graças de Castro Duarte Mendes

Apelante: Maria Iranildes Mendonça

Apelado: Ministério Público Estadual

Sessão do dia 8.7.2010

Decisão: Apelo não provido

PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA. ACORDO EXTRAJUDICIAL QUE DEFINIU A GUARDA DE MENOR. BUSCA E APREENSÃO PROPOSTA PERANTE A 3ª VARA DE FAMÍLIA DA CAPITAL. AJUIZAMENTO ANTERIOR DE AÇÃO PERANTE A 3ª VARA DE BALSAS. COMPETÊNCIA QUE DEVE SER FIXADA DE ACORDO COM O MELHOR INTERESSE DO MENOR, O QUAL JÁ CONVIVIA EM BALSAS.

1. Provado que o menor já vivia na cidade de Balsas/MA, inclusive os pais celebraram acordo sobre a sua guarda, é imperioso que a competência para processar e julgar o feito seja da comarca de Balsas onde o menor já convivia harmonicamente com os seus familiares.

2. O ajuizamento de ação cautelar de busca e apreensão de menor na Comarca de São Luís não atende ao requisito da proteção integral, na medida em que a genitora mudou ilegitimamente o domicílio da criança, sem as cautelas do Estatuto da Criança e do Adolescente que, neste caso, reclamava o consentimento do genitor.
3. Conflito de competência julgado procedente para declarar competente a 3ª Vara da Comarca de Balsas para o processamento de ações de busca e apreensão do menor em evidência.

Acórdão n.º. 1133322012

Conflito de Competência n.º. 0251212010 – 1ª Câmara Cível

Relator: Maria das Graças de Castro Duarte Mendes

Suscitante: Juíza de Direito da 3ª Vara da Comarca de Balsas

Suscitado: Juiz de Direito da 3ª Vara da Família da Comarca de São Luís

Sessão do dia 29.3.2012

Decisão: Recurso procedente.

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 237 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO DE PRISÃO PREVENTIVA. CONCESSÃO DA ORDEM. NEGATIVA DE AUTORIA. NÃO COHECIMENTO.

1. O remédio heróico fora impetrado sob a alegação de constrangimento ilegal ao *jus libertatis* do paciente, em razão da inexistência dos requisitos autorizadores da custódia preventiva, estabelecidos no art. 312 da Lei Instrumental Penal bem como sob alegação de negativa de autoria.
2. Sabe-se que a fundamentação das decisões do Poder Judiciário, tal como exigido pelo inciso IX do artigo 93 da Constituição da República, é condição absoluta de sua validade. Ademais, o art. 315, do Código de Processo Penal dispõe que: “O despacho que decretar ou denegar a prisão preventiva será sempre fundamentado”.
3. Observa-se, no caso em tela, a inexistência de fundamentação idônea para a decretação da decisão constritiva, vez que a Juíza não fez a demonstração do *periculum libertatis*, pautou-se apenas em descrever que a prisão preventiva do paciente se faz necessária para

- a garantia da ordem pública, sem demonstrar a necessidade e os motivos justificadores da medida.
4. No que tange à negativa de autoria, mister se faz ressaltar que o exame aprofundado das provas, importaria, sem sombra de dúvidas, em revolvimento de toda a moldura fático-probatória delineada no curso da Ação Penal que ora se inicia, sendo tal providência inaceitável na via estreita de remédio heróico.
 5. Ordem parcialmente conhecida e Concedida. Unanimemente.
Acórdão n.º. 1035622011
Habeas Corpus n.º. 0108372011 – 3ª Câmara Criminal
Relator: José De Ribamar Froz Sobrinho
Paciente: Jefferson Maycon Lobato Leite
Impetrante: Rosilene de Jesus Araújo Moreira
Impetrado: Juíza de Direito da 11ª Vara Criminal de São Luís
Sessão do dia 13.6.2011
Decisão: Ordem parcialmente conhecida e concedida.

APELAÇÃO CÍVEL. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO CRIME DE LATROCÍNIO (art. 157, § 3º, DO CPB). AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. MEDIDA SÓCIO-EDUCATIVA DE INTERNAÇÃO ADEQUADA. ART. 122, I, DA LEI N.º 8.069/1990.

1. Provadas a autoria e a materialidade de ato infracional grave, equiparado ao roubo seguido de morte (latrocínio), conforme previsto no art. 157, § 3º, do CPB, imperiosa a procedência da representação e a imposição de medida sócio-educativa.
2. A prática de ato infracional análogo ao crime de roubo seguido de morte autoriza a aplicação da medida sócio-educativa de internação, posto que importa em violência ou grave ameaça à pessoa, de sorte que tal conduta subsume-se à hipótese prevista no artigo 122, I do Estatuto da Criança e do adolescente, tendo em vista que a reprimenda deve ter a mesma finalidade da pena do direito penal, que é a socialização do apenado.
3. Apelação conhecida e não provida.

Acórdão n.º. 1008092011

Apelação Cível n.º. 0337352010 – 1ª Câmara Cível

Relator: Maria das Graças de Castro Duarte Mendes

Apelante: Guterres Passos de Sousa, assistido por Antunilde Passos de Sousa

Apelado: Ministério Público Estadual

Sessão do dia 7.4.2011

Decisão: Apelação conhecida e não provida.

HABEAS CORPUS. ECA. SENTENÇA. ANULAÇÃO DA APLICAÇÃO DA MEDIDA SÓCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO. ATO INFRACIONAL EQUIVALENTE A RECEPÇÃO. AUSÊNCIA DE VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA. REITERAÇÃO NO COMETIMENTO DE INFRAÇÕES GRAVES NÃO DEMONSTRADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO.

1. A internação, medida socioeducativa extrema, está autorizada nas hipóteses taxativamente elencadas no art. 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente, afigurando-se ilegal a constrição determinada em desfavor de menor de idade, cujo ato infracional, equivalente à recepção, deu-se sem uso de violência ou grave ameaça à pessoa. Precedentes.
2. A reiteração no cometimento de infrações, capaz de ensejar a incidência da medida socioeducativa de internação, a teor do art. 122, inciso II, do ECA, ocorre quando praticados, no mínimo, 3 (três) atos infracionais graves. Precedentes.
3. Ordem concedida para anular a sentença de primeiro grau tão-somente no tocante à medida de internação para que outra seja proferida, permitindo-se que o paciente aguarde em liberdade assistida a prolação da nova sentença, se por outro motivo não estiver internado.

Acórdão n.º 0983062011

Agravo de Instrumento n.º 0307922010 – 4ª Câmara Cível

Relator: Jaime Ferreira de Araújo

Paciente: J.C.M

Impetrante: Defensoria Pública do Estado do Maranhão

Sessão do dia 25.1.2011

Decisão: Ordem concedida em definitivo.

CÍVEL. FAMÍLIA. APELAÇÃO. REVERSÃO DE GUARDA DE MENOR. CONEXÃO COM DESTITUIÇÃO DE PODER FAMILIAR. LIMINAR DEFERIDA EM PRIMEIRO GRAU. REAFIRMAÇÃO EM SENTENÇA. MENOR HÁ MAIS DE 2 ANOS COM A MÃE. CONDIÇÕES FAVORÁVEIS. MANUTENÇÃO DA SITUAÇÃO.

1. A guarda deve ser atribuída a quem revelar melhor condições de exercê-la, levando-se em consideração o atendimento aos interesses do menor.
2. Comprovada a ausência de cuidados quanto à higiene da criança, bem como constatadas as condições negativas relativas ao seu desenvolvimento físico e emocional, não é recomendável manter a guarda do filho em poder do pai.
3. A suposta melhor condição financeira do pai não é motivo suficiente para retirar a criança do convívio com a genitora, com quem já se encontra por mais de 2 (dois) anos. Indubitáveis os efeitos negativos que uma mudança de lar poderia ocasionar ao menor, em idade de apenas 4 (quatro) anos, com alteração de sua rotina e das pessoas de seu convívio cotidiano.
4. Estando a criança adaptada e bem cuidada junto à mãe, que esboça comprometimento com seu desenvolvimento cultural e social com outras crianças, entende-se ser mais favorável que junto a ela permaneça.
5. Deve-se indeferir o pedido de destituição do poder familiar formulado, quando não se comprovam quaisquer das alegações contra a mãe do menor que pudesse dar ensejo a tão grave medida.
6. Apelo improvido.

Acórdão n.º. 0987312011

Apelação Cível n.º. 0150722009 – 3ª Câmara Cível

Relator: Lourival de Jesus Serejo Sousa

Apelante: João Alves Tavera Filho

Apelado: Maria Derlândia Sá da Silva

Sessão do dia 3.2.2011

Decisão: Apelo não provido.

REMESSA. FLIPERAMAS. EMPREGO ASSOCIADO A CAÇA-NÍQUEIS. DIREITO DE PROPRIEDADE. FUNÇÃO SOCIAL DESCA-

RACTERIZADA. RESTITUIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. ART. 118 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL C/C ART. 226 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E ADOLESCENTE.

1. Frustra a função social da propriedade o emprego de fliperamas associado a caça-níqueis em um mesmo estabelecimento.
2. A restituição de bens apreendidos em operação de efetivação de medida de proteção à criança e adolescente é condicionada ao interesse processual, nos termos do art. 118, do Código de Processo Penal, c/c/ com o art. 226 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Acórdão n.º 1112182012

Apelação Cível n.º 0132362011 – 3ª Câmara Cível

Relator: José Stélio Nunes Muniz

Remetente: Juízo de Direito da 5ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de São Luís

Requerente: Tempo Diversões Ltda.

Requerido: Delegada de Polícia da Delegacia de Costumes de São Luís

Sessão do dia 26.1.2012

Decisão: Remessa provida.

REMESSA. AÇÃO PREVIDENCIÁRIA. PENSÃO POR MORTE. MENOR DEPENDENTE ECONOMICAMENTE. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.

1. É desnecessária a existência de prévio requerimento administrativo para efeito de ingresso na via judicial para se pleitear pensão de natureza previdenciária.
2. Os filhos menores possuem direito ao recebimento da pensão por morte do servidor estável, em especial quando comprovado que este contribuía para o regime previdenciário do Município.

Acórdão n.º 1048822011

Apelação Cível n.º 0010812011 -1ª Câmara Cível

Relator: Jorge Rachid Mubárack Maluf

Remetente: Juízo de Direito da 1ª Vara da Comarca de Caxias

Requerente: F.D.C.J e W.C.J, representados por sua genitora Maria Antônia Ferreira Costa

Requerido: Instituto de Previdência dos Servidores Públicos Municipais de Caxias - CAXIASPREV

Sessão do dia 4.8.2011

Decisão: Remessa não provida.

REMESSA. MANDADO DE SEGURANÇA. PENSÃO POR MORTE. MENOR DEPENDENTE ECONOMICAMENTE. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.

1. Em se tratando de menor que vivia sob a dependência econômica da avó é possível a sua inclusão no rol de dependentes da segurada.
2. As disposições de lei previdenciária municipal não tem o condão de excluir, do menor sob guarda, o direito à percepção de pensão por morte do segurado, posto que a questão deve ser analisada à luz das legislações de proteção à criança, quais sejam, a Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente, que conferem ao menor a condição de dependente para todos os efeitos, inclusive os previdenciários.
3. Havendo um dos netos atingido a maioridade antes da impetração do writ não há como se reconhecer seu direito ao recebimento da pensão por morte da segurada.

Acórdão n.º. 1009852011

Remessa n.º. 0359772010 – 3ª Câmara Cível

Relator: Lourival de Jesus Serejo Sousa

Remetente: Juízo de Direito da 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de São Luís

Requerentes: Luiz Fernando Rocha Veiga e Ana Paula Rocha Veiga

Requerido: Instituto de Previdência e Assistência do Município

Sessão do dia 7.4.2011

Decisão: Remessa parcialmente provida.

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. HABEAS CORPUS. ADOLESCENTE PRESO POR ATO INFRACIONAL E ENCAMINHADO PARA CARCERAGEM DESTINADA A ADULTOS. ILEGALIDADE. POSTERIOR ENCAMINHAMENTO A DELEGACIA DA CRIANÇA E ADOLESCENTE. CONCESSÃO DA LIMINAR PELO DESEMBARGADOR PLANTONISTA. MANUTENÇÃO DOS EFEITOS PRODUZIDOS. ORDEM CONCEDIDA

CONTRA O PARECER MINISTERIAL QUE ENTENDE QUE O MANDAMUS RESTOU PREJUDICADO.

1. Em primeiro lugar urge mencionar que a detenção de menor em estabelecimento prisional destinado a adultos gera imensa perplexidade e demonstra um total desrespeito às regras jurídicas pátrias, principalmente o Estatuto da Criança e do Adolescente e a Constituição da República, além de ser uma enorme violência perpetrada contra um ser humano em intenso processo de formação física e intelectual.
2. Verifica-se que a liminar concedida pelo eminente Desembargador Plantonista, surtiu efeito para que a supracitada ilegalidade fosse sanada, pois consta na certidão de fl. 38, que o adolescente encontra-se em liberdade assistida.
3. Para o julgamento de mérito do habeas corpus onde foi concedida a liminar e já foi produzido o resultado jurídico esperado, resta ao Órgão Colegiado apenas confirmar a liminar deferida monocraticamente no exercício do juízo de cognição sumária, para preservar os efeitos por ela já produzidos e evitar, agora, a ocorrência de eventual constrangimento ilegal.
4. Ante o exposto, e de acordo com o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça modificado em banca, concedo a ordem impetrada.

Acórdão n.º. 1002092011

Habeas Corpus n.º. 0010312011 – 2ª Câmara Cível

Relator: Nelma Sarney Costa

Paciente: A. de S. M, representada por sua genitora Ângela Maria de Souza

Impetrante: Geana Ribeiro Fernandes

Sessão do dia 22.3.2011

Decisão: Concessão da ordem.

PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. GUARDA DE MENOR. AVÓ MATERNA. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. PRESENÇA DOS REQUISITOS EXIGIDOS NO ART. 273 DO CPC. SUSPEITAS DE ABUSO SEXUAL PELO PADRASTO. NEGLIGÊNCIA DA MÃE EM PERMITIR O CONTATO DA CRIANÇA COM O SUPOSTO ABUSADOR. PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR. INEXISTÊNCIA DE QUALQUER INDÍCIO

DE RISCO EM RELAÇÃO À FILHA BIOLÓGICA DO CASAL. DESCABIMENTO DA GUARDA LIMINAR QUANTO À FILHA CAÇULA. CONCESSÃO PARCIAL DA MEDIDA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Verificado, face aos 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 05 (cinco) 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.
2. Ante a absoluta ausência nos autos de qualquer notícia ou indício de risco de violência física ou psicológica em relação à filha caçula, biológica do casal, não há que se falar em concessão da guarda liminar a avó materna.
3. Agravo parcialmente provido.

Acórdão n.º 0969402010

Agravo de Instrumento n.º 0272022010 – 3ª Câmara Cível

Relator: Cleones Carvalho Cunha

Agravante: V.L.B.C.N

1º Agravado: C.B.C.N, representado por I.B.C

2º Agravado: R.A.C. de M, representado por A.L.C de M

Sessão do dia 7.4.2011

Decisão: Agravo parcialmente provido.

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. HABEAS CORPUS. ADOLESCENTE PRESO POR ATO INFRACIONAL EM FLAGRANTE E ENCAMINHADO PARA O CENTRO DE DETENÇÃO PROVISÓRIA. ILEGALIDADE. POSTERIOR ENCAMINHAMENTO A DELEGACIA DA CRIANÇA E ADOLESCENTE. MAGISTRADO DA VARA DA INFANCIA E DA JUVENTUDE QUE NÃO OBSERVOU AS REGRAS COGENTES PREVISTAS NOS ARTIGOS 106 E 107 DO ECA. CONCESSÃO DA ORDEM IMPETRADA. SALVO-CONDUTO EXPEDIDO.

1. Em primeiro lugar urge mencionar que a detenção de menor em estabelecimento prisional destinado a adultos gera imensa perplexidade e demonstra um total desrespeito às regras jurídicas pátrias, principalmente o Estatuto da Criança e do Adolescente e a Constituição da República, além de ser uma enorme violência perpetrada contra um ser humano em intenso processo de formação física e intelectual.
2. Verifica-se que a liminar concedida pelo eminente Desembargador Plantonista, surtiu efeito para que a supracitada ilegalidade fosse sanada, pois consta na certidão de fl. 57, que o adolescente fora transferido do Centro de Detenção Provisória para a Delegacia do Menor Infrator. Todavia, apesar de devidamente intimado, a Juiz de Direito da Segunda Vara da Infância e da Juventude da Capital, não prestou informações. Assim, a prisão em flagrante se tornou ilegal, seja porque o Juiz da Vara de Entorpecentes não tinha competência para a sua apreciação, seja porque não se verifica que o Juiz da 2ª Vara da Infância e da Juventude providenciou as medidas cogentes previstas na Lei nº 8.069/1990, quando da prática do ato infracional.
3. Ante o exposto, e de acordo com o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça, concedo a ordem impetrada, determinando que o paciente seja posto imediatamente em liberdade, se por outro ato infracional não se encontre preso.

Acórdão n.º. 0914692010

Habeas Corpus n.º. 0049092010 – 2ª Câmara Cível

Relator: Nelma Sarney Costa

Pacientes: L.C.C do N – representado por Maria das Graças Maciel Carvalho e outros

Impetrante: Everaldo Chaves Bentivi

*Impetrados: Juiz de Direito da Vara de Entorpecentes da Comarca de São Luís e Juiz de Direito da 2ª Vara da Infância e Juventude
Sessão do dia 11.5.2010*

Decisão: Ordem concedida.

PENAL E PROCESSUAL PENAL. LATROCÍNIO E CORRUPÇÃO DE MENORES. PLEITO ABSOLUTÓRIO. INVIABILIDADE. LEI Nº 12.015/09. MUDANÇA TOPOLOGICA LEGISLATIVA DO CRIME DE CORRUPÇÃO DE MENORES, ANTES PREVISTO NA LEI

Nº 2.252/54, AGORA TIPIFICADO NO ECA. INOCORRÊNCIA DE ABOLITIO CRIMINIS. PENA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS VALORADAS SEM FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. APELO PARCIALMENTE PROVIDO. PENA REDIMENSIONADA.

1. Se o conjunto probatório evidencia que o réu ceifou a vida da vítima, para garantir o proveito da subtração patrimonial, deve ser mantida a condenação por latrocínio, mormente quando confirmada a autoria do crime através do depoimento do adolescente, partícipe do crime.
2. Com o advento da Lei nº 12.015/09, o crime de corrupção de menores sofreu alteração topológica legislativa, passando a figurar no art. 244-B, do Estatuto da Criança e do Adolescente, não configurando hipótese de *abolitio criminis*, sobretudo, porque a estruturação típica da conduta permaneceu a mesma, com abrandamento da resposta penal, decotada a pena de multa antes prevista.
3. As circunstâncias judiciais exigem valoração idônea, com base em elementos concretos assomados dos autos, em observância aos postulados constitucionais da motivação das decisões judiciais, e individualização da pena.
4. Apelo parcialmente provido. Pena redimensionada.

Acórdão nº. 1120282012

Apelação Criminal nº. 0301342009 – 2ª Câmara Criminal

Relator: José Luiz Oliveira de Almeida

Apelante: Rosenilson Silva Bispo – representado por Maria Celeste Bispo dos Santos

Apelado: Ministério Público Estadual

Sessão do dia 1.3.2012

Decisão: Apelo parcialmente provido.

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. INDÍCIOS DE ABUSO SEXUAL CONTRA A ENTEADA MENOR. AFASTAMENTO DE AGRESSOR DO LAR COMUM. CONCESSÃO DA LIMINAR. ART. 130, ECA. FUMUS BONI IURIS E PERICULUM IN MORA. PRESENTES.

1. Sendo noticiado sobre a ocorrência de abuso sexual contra criança, é dever do Estado promover as medidas cabíveis a fim de impedir a

continuidade da prática do referido ato.

2. É perfeitamente possível a concessão do afastamento *in limine* do agressor do lar comum, caso verificada a hipótese de abuso sexual, com fundamento no artigo 130 do Estatuto da Criança e do Adolescente.
3. Presentes os requisitos autorizadores da medida, quais sejam: *fumus boni iuris e periculum in mora*, concluo pelo acerto da decisão hostilizada, que determinou o afastamento do agressor do convívio da vítima menor.
4. Agravo improvido.

Acórdão n.º 0996512011

Agravo de Instrumento n.º 0298142010 – 1ª Câmara Cível

Relatora: Raimunda Santos Bezerra

Agravante: Maria Alzenira Sousa Lima e Rômulo Martins Vidal

Agravado: Ministério Público Estadual

Sessão do dia 24.2.2011

Decisão: Agravo não provido.

CONSTITUCIONAL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - INTERNAÇÃO HOSPITALAR - DIREITO RECONHECIDO POR FORÇA DOS ARTS. 6º, CAPUT, E 196 DA CARTA MAGNA E DOS ARTS. 4º E 7º, DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (ECA) - INDEVIDO O BLOQUEIO DE VERBAS PROVENIENTES DO MINISTÉRIO DA SAÚDE - ASTREINTES - FIXAÇÃO POR HORA - CRITÉRIO EXCESSIVO - ALTERADO PARA R\$ 1.000,00 POR DIA DE ATRASO.

1. A saúde enquanto direito universal e, particularmente, da criança e do adolescente, deve ser promovida pelo Estado, em todas suas esferas, de forma a obrigá-lo a providenciar a internação do menor 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\$ 7.000,00 (sete 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 polí-

ticas públicas voltadas à saúde dos munícipes de Imperatriz. Ademais, a previsão de multa no valor de R\$ 1.000,00 (um mil reais) por hora de atraso na efetivação da internação, já se mostra suficiente a impor o cumprimento da medida. Devendo, portanto, ser reformado o decisum nesse ponto.

3. A multa por descumprimento (astreintes) não possui natureza de pena, nem de ressarcimento dos danos, é meio de coação, de simples ameaça, que tem por objetivo constranger o devedor a cumprir a ordem judicial, com finalidade de obter o resultado ideal, desse modo, sua fixação deve levar em conta critérios de efetividade e coerência, assim, in casu, vejo como excessiva a fixação da sobredita multa em com incidência por hora de atraso no cumprimento da medida, devendo, portanto, ser alterada sua para R\$ 1.000,00 (um mil reais) por dia de descumprimento, a teor do art. 461, § 6º, do CPC.
4. Recurso conhecido e parcialmente provido. Maioria.

Acórdão n.º 0968142010

Agravo de Instrumento n.º 0157802010 – 4ª Câmara Cível

Relator: Anildes de Jesus Bernardes Chaves Cruz

Agravante: Município de Imperatriz e Estado do Maranhão

Agravado: Ministério Público Estadual e outro

Sessão do dia 26.10.2010

Decisão: Agravo parcialmente provido.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA INFÂNCIA E JUVENTUDE. AMEAÇA DE LESÃO À INTEGRIDADE DAS CRIANÇAS. SITUAÇÃO DE RISCO CONFIGURADA. ARTS. 98 E 148 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. INOCORRÊNCIA. AGRAVO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. A competência para dirimir litígio entre pais só será exclusiva do Juízo da Infância e da Juventude quando verificada a ocorrência de ameaça ou violação de direito do menor, resultante de omissão ou abuso dos genitores, à luz do disposto nos arts. 98, inciso II e 148 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.º 8.069/90).
2. O reconhecimento da litigância de má-fé condiciona-se à evidenciação de elementos subjetivos a acentuarem o intuito desleal e ma-

licioso da parte. Entretanto, quando a demanda limita-se, dentro de um direito que lhe é conferido, a interpor resistência à decisão que lhe foi desfavorável, respaldada em argumentos verossímeis e que, ainda que não aceitos, não caracterizam qualquer abuso.

3. Agravo parcialmente provido. Unanimidade.

Acórdão n.º 0931542010

Agravo de Instrumento n.º 0152492010 - 2ª Câmara Cível

Relator: Raimundo Freire Cutrim

Agravante: Luciana Gonçalves Ferreira

Agravados: A.A.G.L.A e A.G.G.L.A representados por seu genitor

Antônio Leite Andrade

Sessão do dia 6.7.2010

Decisão: Agravo parcialmente provido.

APELAÇÃO CÍVEL. CAUTELAR. BUSCA E APREENSÃO. PERÍCIA DE OBJETOS APREENDIDOS. VEDAÇÃO DE EXPOSIÇÃO DE IMAGEM DE ADOLESCENTE SEMINUA NA INTERNETE. EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS. ESTATUTO DA CRIANÇA E ADOLESCENTE. PRESSUPOSTOS PARA CONCESSÃO CAUTELAR DE REALIZAÇÃO DE PERÍCIA. SATISFATIVIDADE DAS MEDIDAS EFETIVADAS. TRINTÍDIO PARA INTERPOSIÇÃO DE AÇÃO PRINCIPAL. MÉRITO CAUTELAR LIMITADO.

1. Não merece respaldo a preliminar de ilegitimidade passiva desprovida de elementos fáticos-probatórios que sejam insuficientes ou que não tenham sido alvo do respectivo contraditório.
2. Medida de busca e apreensão de objetos para apurar infração civil e criminal contra aos direitos a dignidade, intimidade e sexualidade de adolescente, reveste-se em caráter satisfativo, mormente quando os bens apreendidos ficam à guarda da autoridade policial para fins de apuração e investigação de crime ou ato infracional, nos termos do artigo 218, do Código de Processo Penal.
3. A liminar de apresentação ou exibição de documentos mostra-se exauriente, uma vez que demonstra caráter definitivo, cabendo ao requerente a faculdade de ajuizar ou não a ação principal. Em sede de processo cautelar, revela-se, a princípio, inviável a confecção de prova pericial sobre objetos apreendidos quando eles não são perecíveis.

4. Além disso, a perícia pressupõe processo próprio de conhecimento, no qual estão previstas medidas garantidoras do contraditório e ampla defesa. Caracterizadas as liminares cautelares pela satisfatividade, é despeciendo a interposição da ação principal dentro do trintídio.
5. O mérito cautelar, no caso de exibição de documentos e busca e apreensão, é limitado na homologação ou não das diligências executadas no âmbito do processo.

Acórdão n.º. 1030232011

Apelação Cível n.º. 0371022009 – 3ª Câmara Cível

Relator: José Stélio Nunes Muniz

Apelante: Ministério Público Estadual

1º Apelado: L.G.G

2º Apelado: Google Brasil Internet Ltda.

Sessão do dia 2.6.2011

Decisão: Apelo parcialmente provido.

CRIANÇA E ADOLESCENTE - MEDIDA PROTETIVA - INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO E ILEGITIMIDADE ATIVA DO PROMOTOR DA INFÂNCIA E JUVENTUDE - IMPERTINÊNCIA - AFASTAMENTO DA CRIANÇA DE SUA GENITORA - IMPOSSIBILIDADE - AUSÊNCIA DE PROVA DO ABUSO ALEGADO.

1. Versando a ação proposta sobre suposto abuso perpetrado contra menor, é certo que sua apuração é de competência da 1ª Vara da Infância e Juventude, e, conseqüentemente, a legitimidade ativa para a propositura da demanda é da 1ª Promotoria da Infância e Juventude.
2. Não deve subsistir a decisão que determina a retirada da filha da guarda materna, com lastro, unicamente, na declaração verbal do pai, sem que haja nos autos qualquer prova contundente e imparcial do alegado abuso, tal qual estudo social do caso.
3. Agravo provido. Unanimidade.

Acórdão n.º. 0898472010

Agravo de Instrumento n.º 0298922009.– 4ª Câmara Cível

Relator: Anildes de Jesus Bernardes Chaves Cruz

Agravante: Nelle Rodrigues de Oliveira

Agravado: Ministério Público Estadual

Sessão do dia 16.3.2010
Decisão: Agravo 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. 4º E 7º, DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (ECA) - INDEVIDO O BLOQUEIO DE VERBAS PROVENIENTES DO MINISTÉRIO DA SAÚDE.

1. A saúde enquanto direito universal e, particularmente, da criança e do adolescente, 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. 4º e 7º, do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), de forma a obrigá-lo a providenciar a internação do menor 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 no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) por dia de 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 parcialmente provido. Maioria.

Acórdão n.º 0925802010

Agravo de Instrumento n.º 0039672010 – 4ª Câmara Cível

Relator: Jaime Ferreira de Araújo

Agravante: Município de Imperatriz

Agravado: M.P.E e T.N. da Silva

Sessão do dia 1.6.2010

Decisão: Apelo conhecido e parcialmente provido.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE LEITE ESPECIAL. CONDICIONAMENTO DA ENTREGA À APRESENTAÇÃO DO MENOR PERNANTE A JUNTA MÉDICA.

1. Havendo nos autos atestado médico recente informando ser o composto protéico, indicado para crianças maiores de 1 (um) ano, e que esta é a única fonte protéica permitida ao paciente, que já foi submetido a outras formas de alimentação, sem êxito, bem como a quantidade por ele necessitada, não há que se submeter a criança a novos exames e apresentação à junta médica, apenas porque o atestado apresentado é de outra unidade da federação.
2. É dever dos entes públicos promover, solidariamente, o atendimento à saúde de crianças e adolescentes, nos termos do art. 196 da Constituição Federal e art. 11, § 2º, do ECA.

Acórdão n.º 1162662012

Agravo de Instrumento n.º 0068632012 – 1ª Câmara Cível

Relator: Jorge Rachid Mubárack Maluf

Agravante: M.G.L.C – menor representado por seu genitor Marcelo Paiva Coelho

Agravado: Estado do Maranhão

Sessão do dia 14.6.2012

Decisão: Agravo provido.

DIREITO DE FAMÍLIA - AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO DE MENOR - DECISÃO QUE DEFERIU A GUARDA DA CRIANÇA À MÃE - PREPONDERÂNCIA DO BEM-ESTAR DO INFANTE.

1. O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), em conformidade com a Constituição Federal, ressalta o bem estar da menor, com a incidência de proteção integral e prevê que na sua interpretação “levar-se-ão em conta a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoa em desenvolvimento (arts. 1º, 3º e 6º)”. Logo, quando a ação de busca e apreensão, tiver por objeto criança, há de se levar em conta a preponderância do bem-estar desta sobre eventual lesão ao direito de qualquer uma das partes, atendendo-se precipuamente ao interesse do infante.

2. Destarte, a presente decisão, deve pautar-se pelo princípio do melhor interesse da menor, que, na presente situação refere-se a oferecer-lhe a possibilidade de convivência com a mãe biológica, irmãos e demais familiares, bem assim, evitar uma situação de instabilidade ocasionada por nova modificação na sua guarda.
3. Recurso improvido. Unânime.

Acórdão n.º 1092332011

Agravo de Instrumento n.º 0037222010 – 4ª Câmara Cível

Relator: Anildes de Jesus Bernardes Chaves Cruz

Agravante: Rosa Betânia Silva Ramos

Agravado: Maria das Dores Alves Pessoa

Sessão do dia 6.12.2011

Decisão: Agravo não provido.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. CRIME SEXUAL PRATICADO CONTRA MENOR DO SEXO FEMININO DENTRO DE SUA RESIDÊNCIA. INCIDÊNCIA DA LEI N.º 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. VIOLÊNCIA RELACIONADA À CONDIÇÃO DE MENOR DA OFENDIDA. APLICAÇÃO DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.

1. A Lei Maria da Penha se destina exclusivamente às mulheres, em grande parte submissas aos homens no âmbito familiar.
2. Dessa forma, ficam excluídas de seu alcance as crianças e adolescentes do sexo feminino, já protegidas pela legislação específica.
3. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo de Direito da 4ª Vara Criminal da Comarca de Imperatriz.

Acórdão n.º 1172482012

Conflito de competência n.º 0134812012 – 2ª Câmara Criminal

Relator: José Bernardo Silva Rodrigues

Suscitante: Juízo de Direito da 4ª Vara Criminal da Comarca de Imperatriz

Suscitado: Vara Especial de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher de Imperatriz

Sessão do dia 12.7.2012

Decisão: Conflito conhecido.

DISCURSOS

**DISCURSO DE POSSE DO DESEMBARGADOR
VICENTE DE PAULA GOMES DE CASTRO, NO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO MARANHÃO,
EM 25 DE MAIO DE 2012**

Quero inicialmente expressar meus agradecimentos aos colegas magistrados de segundo grau, por haverem me escolhido, observando o critério de antiguidade, para ocupar uma vaga nesta Egrégia Corte de Justiça. Mais uma vez ressalto o meu dever de tudo fazer ao meu alcance para honrar esta distinção que a mim foi deferida.

E embora sendo eu mais antigo na magistratura do Estado do que boa parte das senhoras e dos senhores Desembargadores desta Casa, tenho plena consciência de que muito terei que aprender com Vossas Excelências, principalmente em relação à árdua e difícil missão que cada magistrado tem sob sua responsabilidade, que é a de trabalhar por uma Justiça mais célere, plenamente aberta à população em geral, mais respeitada e com mais decisões efetivamente concretizadas.

Vejam que em uma avaliação das instituições públicas feita há menos de dois anos pelo Sistema de Indicadores de Percepção Social (SIPS) do Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas (IPEA), a justiça brasileira obteve a nota baixa de 4,55.

Essa situação não decorre apenas do fato de no Brasil termos em média 8 (oito) juízes para cada grupo de 100 mil habitantes, enquanto que nos chamados países desenvolvidos essa média chega a 18 juízes para o mesmo quantitativo populacional.

Tem relação, sim, com uma realidade bastante preocupante: de cada 100 decisões judiciais, menos de 50 % são efetivamente cumpridas em tempo razoavelmente aceitável.

Pois bem. Estou chegando a esta Corte de Justiça no momento em que acaba de entrar em vigor a Lei 12.527, de 18/11/2011 – a chamada lei de acesso a informações públicas.

E o ideal de Justiça nos leva a querer vê-la como instituição que esteja sempre na vanguarda de proteção efetiva dos direitos do homem, individual e coletivamente considerados, sendo isso autêntico serviço público, que submetido ao princípio da transparência, permita ao cidadão o controle de seu funcionamento.

Daí ser alvissareira e sobranceiramente inovadora a consagração, por essa lei, do direito do cidadão ao conhecimento de informações de interesse público, até agora mantidas fechadas aos olhares da população.

E o Poder Executivo da União, já nesta semana, editou decreto determinando que os órgãos federais ponham na *internet*, de forma individualizada e para exame de todos, a remuneração e outros subsídios dos servidores, como ajuda de custo, vantagens, jetons, etc.

O Congresso Nacional anunciou recentemente haver tomado idêntica providência.

No âmbito do Judiciário, o Supremo Tribunal Federal não ficou atrás nesse grande avanço e decidiu, também nesta semana, submeter-se à mencionada lei, ao determinar seja dada publicidade aos salários bem como gratificações que eventualmente seus ministros e demais servidores estão a receber.

Imensuráveis são as vantagens decorrentes da mais ampla e mais clara exposição dos gastos executados com dinheiro público.

E um desses benefícios é o fato de que a transparência de uma gestão pública produz certa blindagem contra atos de improbidade administrativa e proporciona ao contribuinte conhecer melhor o destino dos impostos que paga.

“A transparência é absolutamente necessária neste século” – disse a Ministra ELIANA CALMON em fala a presidentes de Tribunais de Justiça do país, em abril último. E ela completa: “Precisamos mostrar a cara do Judiciário, mostrar tudo o que temos feito e também assumir o que ainda não fizemos”.

Nesse passo, Senhoras e Senhores, cito aqui o jornal Folha de São Paulo, edição de 22 deste mês, para dizer que o princípio da publicidade administrativa deve prevalecer sobre a intimidade e a privacidade de quem quer que esteja exercendo cargo ou função pública, sendo esse o preço que se paga pela opção por uma carreira pública no seio de um Estado republicano.

No gancho desta observação, destaco que a conduta do magistrado fora do âmbito jurisdicional também contribui para a confiança dos cidadãos no Judiciário.

E nesta direção, façamo-nos, pois, também destinatários de advertência que o jurista, político, diplomata, escritor, filólogo e tradutor

Rui Barbosa fizera em discurso proferido perante a Suprema Corte de Justiça, há cerca de cem anos:

“Recordai-vos, juízes, que se sois elevados acima do povo que vos circunda, não é senão para ficardes mais expostos aos olhares de todos. Vós julgais a sua causa, mas ele julga a vossa justiça. E tal é a fortuna ou desventura de vossa condição, que não lhe podeis esconder nem a vossa virtude, nem os vossos defeitos”.

Portanto, neste dia tão importante para mim, registro desde já meu entendimento voltado para a democratização e transparência do Judiciário nacional, e por uma justiça a serviço dos cidadãos e do desenvolvimento social.

Na solenidade de sua posse como presidente do Tribunal de Justiça da Bahia, em 08/02/2008, a Desembargadora Silvia Zarif proferiu estas palavras, dignas de registro em qualquer ocasião:

“Já não basta mais culpar os operadores do Direito para a falta de celeridade, já não basta imputar responsabilidade às leis. É indispensável que todos reflitam, aceitem sua parcela de responsabilidade e cerrem fileiras em um pacto para a melhoria desses serviços destinados à comunidade e à cidadania, fazendo com que, de verdade, se possa romper com um passado de elitização da Justiça e esta seja acessível a todos. Por isso, é necessário conclamar os magistrados, servidores, advogados, Ministério Público, Defensoria Pública para, cada qual no exercício de suas funções, juntos, possamos caminhar mais rapidamente na busca desse ideal. Assegurar aos cidadãos o acesso à Justiça, com independência, ética e eficiência, visando à paz social que seja verdadeiramente a visão do Poder Judiciário”.

Amparado ainda no que dizem pessoas da mais alta envergadura moral e intelectual, cito o Dr. Fábio Konder Comparato, de todos nós conhecido, sendo ele jurista cuja reputação internacional muito nos orgulha como brasileiros que somos. Ouso aqui também registrar o que o prestigioso mestre disse sobre a justiça em 17/04/2007, em artigo que ele fez publicar na mídia:

“Em um país que se pretende democrático não cabe uma justiça de classe: atenta e prestativa às camadas ricas da população;

míope para ver o direito dos pobres; e surda para os seus clamores” (Fonte: Folha de São Paulo de 17/04/2007).

Muito difícil e espinhosa, porém, é a função de julgar, principalmente neste nosso Brasil, em que há mais de um milhão de textos legais (aí abrangendo os editados pela União, Estados e Municípios), sendo, porém, milhares deles contraditórios, situação que constitui uma das causas da existência de mais de dois milhões de processos tramitando nos tribunais do país.

Por isso que o exercício da jurisdição pode abranger a proteção dos jurisdicionados contra a própria lei, quando se evidenciar que ela é mera expressão do poder e do arbítrio dos mais fortes.

Contudo, essa proteção há de se efetivar com redobrada cautela, pois a recusa do cumprimento das leis injustas pode ser corajosa e bela, mas pode ter um subproduto perigoso - admoesta o jurista Walter Ceneviva, ao dizer que “o homem bom que não respeita a lei injusta acaba abrindo ensejo para que o homem mau desrespeite as leis justas.”

Na verdade, se a justiça da lei é duvidosa, o juiz pode, em regra, decidir segundo a lei; se, ao contrário, a injustiça da lei é manifesta, não pode cooperar em sua execução. A ordem jurídica natural constitui o limite intransponível da ordem positiva. Esta observação de Miguel Reale está no seu livro *Filosofia do Direito*, 11ª edição, p. 484.

Diante desse quadro, conclui-se que a afirmação de que a certeza jurídica não existe torna-se compreensível quando admitimos que o Direito não é uma ciência exata, que pode haver duas ou mais soluções para uma única questão jurídica e essas soluções diferentes não implicam que necessariamente uma delas esteja errada.

O imortal Vicente Rao, em sua obra *O Direito e a Vida dos Direitos*, assinala que é nobre, entre as mais nobres, a arte de julgar; mas é arte de tremendas responsabilidades, que joga com a alma, com os bens, com a liberdade, com a própria vida dos que batem às portas da justiça, ou perante a justiça são arrastados.

Com estas considerações, a mim cumpre confessar que sem o apoio e a compreensão de Rozilda, minha mulher, dos filhos Alexsandro, Nonato e Vicente Filho, todos eles os grandes amores de minha vida, não teria eu chegado até aqui.

Bom, senhoras e senhores. Comprometi-me com o preclaro desembargador Kleber Carvalho que eu seria breve em minha fala. E por isso finalizo dizendo que a Deus todo poderoso e grande arquiteto do universo, estarei sempre a rogar para que eu seja digno de cumprir a nova missão que ora me é destinada; que não me seduza a vaidade do cargo, não me invada o orgulho, não me atraia a tentação do mal, não me fascinem as honrarias, não me exaltem as glórias vãs. Que o Senhor meu Deus faça de minha toga um manto incorruptível, e da minha pena não um estilete que fere, mas a seta que assinala a trajetória da lei, no caminho da Justiça.

Muito obrigado.

DISCURSO DE POSSE DO DESEMBARGADOR KLEBER COSTA CARVALHO, NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO MARANHÃO, EM 25 DE MAIO DE 2012

Excelentíssimo Senhor Desembargador Antônio Guerreiro, Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, na pessoa de quem saúdo todas as demais autoridades aqui presentes, civis, militares e eclesiásticas.

Senhoras e Senhores,

Trinta e um anos após ter ingressado na magistratura estadual maranhense, eis-me chegado ao posto mais alto da carreira. Vontade e desígnios de Deus, apoio incondicional de minha família em todos os momentos de minha vida, amizade fiel e irrestrita dos amigos que tive a sorte de conquistar e conservar nessa trajetória, além de minha dedicação total e integral à opção de vida que escolhi - a da aplicação e administração da justiça - me trouxeram até aqui.

No começo, quando entrei na carreira de juiz, já era promotor havia cinco anos. Passei pelas comarcas de Penalva, Dom Pedro e Caxias. Em Penalva, tive a satisfação de trabalhar com os juízes, posteriormente desembargadores, Benedito Belo e Lyciano de Carvalho. Em Dom Pedro, as presenças da magistrada, hoje aposentada, Dulce de Luna Freire Martins, e da juíza, depois desembargadora, Raimunda Bezerra, foram marcantes em minha vida.

No final da década de 1970, eu, e dois colegas promotores fazíamos em Fortaleza um curso de especialização em direito público, com o saudoso mestre Fávila Ribeiro, quando decidimos prestar concurso para a magistratura estadual. Aprovados no concurso de 1980, dois de nós já ocupam assentos neste Tribunal - Raimundo Nonato de Souza e Lourival de Jesus Serejo - e agora eu, o terceiro, que acabo de chegar.

Uma vez juiz, fui sucessivamente designado para várias comarcas do interior - Dom Pedro, Balsas, Itapecuru Mirim e Timon. Eram tempos difíceis aqueles - estradas ruins, vencimentos baixos e não condizentes com o trabalho que fazíamos, inexistência da *internet*, dificuldades de toda ordem para aqueles que, como eu, optavam por morar e residir efetivamente nas comarcas de que eram titulares. Sempre pro-

curei fazer o que as leis e regras me mandavam, e minha consciência me impunha. Assim foi que residi no interior por doze anos, fazendo o meu trabalho e cumprindo com os deveres da profissão que escolhera.

Em São Luís, já estou há dezenove anos. Quando cheguei à capital, em 1993, fui o primeiro juiz designado para o então Juizado Especial de Pequenas Causas. Passei depois por várias varas cíveis e da fazenda pública, até a minha titularização na 4ª Vara da Família. A seguir, mercê do meu passado, fui juiz auxiliar da Corregedoria, a convite dos desembargadores Augusto Galba Maranhão, Stélio Muniz, Jamil Gedeon e Antônio Guerreiro. Sei que pesou na escolha desses desembargadores, além da amizade que me tinham a certeza de minha absoluta dedicação à causa da administração da justiça.

Como juiz auxiliar da Corregedoria, optei sempre por orientar, por tentar aconselhar, consertar, corrigir, mais do que descobrir falhas, culpas e sugerir a aplicação de punições. Embora muitas vezes alguns erros cometidos sejam irreparáveis, em outras os desvios existentes decorrem da inexperiência e ou de omissões por parte de quem os praticou.

Continuo a crer no Judiciário da mesma forma que quando comecei. Como instituição humana, ele também tem suas falhas, mas qual instituição criada pelo homem não as tem? O Estado, a Igreja, as Forças Armadas, qual dessas instituições também não apresenta possibilidades de melhorias e correções de rumo?

No entanto, o Judiciário continua a ser aquele Poder imprescindível à equânime administração e aplicação da justiça, e à busca continuada da adequada interpretação das leis. Fossem essas absolutamente claras, cristalinas, autoaplicáveis e completamente despidas de quaisquer dificuldades de entendimento, quer quanto à vontade e intenção do legislador, quer quanto à sua expressão.

Será que ainda haveria necessidade do Poder Judiciário? No meu entender, sim, pois em uma democracia representativa existirá sempre a necessidade de uma instância capaz de dirimir as dúvidas decorrentes da aplicação das leis, e, mais que isso, fazer efetivamente justiça, independentemente de raça, cor, credo, deficiências, religião ou poder econômico.

Para isso, os jovens que adentrem a carreira da magistratura devem ter sobretudo em mente que o fizeram por uma questão de sacerdo-

cio, e não pelos valores remuneratórios da profissão, pela estabilidade, pelo *status* social e profissional ou pelas férias de maior duração. Para ingressar no Judiciário e nele permanecer, é necessário que os jovens de hoje saibam posicionar a causa da justiça acima dos seus próprios interesses, e dos de seus parentes e amigos; é necessário que se mantenham infensos a qualquer forma de corrupção, desde a econômica até aquela que se faz pela troca de favores e de outras facilidades e benesses.

Continuo acreditando no Judiciário, sim. Como instituição, ele tem demonstrado que é capaz de cortar a própria carne, onde quer que ela se apresente necrosada. O Judiciário não teme perder partes de seu corpo, quando isto significar limpá-lo de impurezas e imperfeições. As ações dos últimos anos, decorrentes da autocorreção do Tribunal de Justiça do Maranhão, e aquelas promovidas pelo Superior Tribunal de Justiça, estão aí para referendar essa afirmativa.

Não que sejamos todos perfeitos, ou, menos ainda, que sejamos unânimes. A diversidade de comportamentos e opiniões é parte da natureza humana e elemento essencial de nosso trabalho, e é por isso que nos constituímos em câmaras e colegiados, e é por essa razão que sempre existe a possibilidade do recurso a instâncias judicantes e revisorais superiores. O que é necessário é que cada um de nós proceda no mais estreito compromisso com sua consciência e seu senso do dever, lembrando que, ao final, é somente isso que levaremos conosco para outras vidas.

Se nosso trabalho é julgar, se essa foi a nossa opção de vida e de trabalho, não nos esqueçamos de julgar primeiro a nós mesmos, para que possamos ser absolutamente imparciais e honestos no julgamento de terceiros.

Pautei toda a minha carreira por um compromisso extremo com a imparcialidade nos meus julgamentos. Tanto que sempre me sentia, a princípio, desconfortável e incomodado quando alguém, amigo ou não, me procurava para que eu visse com “carinho” um processo ou causa de seu interesse. O meu impulso, que tive que frear muitas vezes, era de dar razão ao oponente de quem me procurou. O meu subconsciente me empurrava para a idéia de que “quem tem direito a alguma coisa não precisa pedir que se lho reconheçam”. Conseguindo segurar esse meu primeiro impulso, vi, muitas vezes, que as pessoas procuram pedir não

porque não confiam inteiramente na administração da justiça, mas sim em face da relevância que atribuem às suas causas e de sua inquietação com a suposta morosidade e lentidão com que o Judiciário as julga.

Também fui me acostumando, aos poucos, com a idéia que o dia a dia da profissão de um juiz passa pela necessidade de atender a quantos o procuram para tentar convencê-lo de seus argumentos em favor de suas causas, e isso tudo ocorre ou pode vir a ocorrer independentemente de qualquer favor obscuro.

Conforta-me perceber que essa tão criticada morosidade do Judiciário está mudando, pelo menos no Maranhão. Como fruto de algumas gestões modernizadoras o Judiciário maranhense informatizou-se, e adotou normas e procedimentos que visam à garantia dos direitos dos cidadãos, inclusive pela celeridade das decisões tomadas. Com a atual gestão, do Desembargador Antônio Guerreiro, de quem tive a honra de ser assessor, espera-se mais um grande salto de modernização, que eleve o Judiciário a um novo patamar de qualidade e de eficácia.

Vou sentir-me bem, entre meus novos pares desembargadores, a partir desta data. Alguns são meus amigos pessoais há muitotempo. Outros, que eventualmente têm opiniões circunstancialmente diferentes das minhas, me respeitam como eu a eles e mantemos uma convivência saudável porque baseada no pressuposto de que todos estamos aqui pelo mesmo motivo - sermos bons e aplicados servidores da justiça.

Sim, é assim mesmo que me sinto. O mais humilde de todos os servidores da justiça. Não estou aqui para servir-me da justiça e sim para servir a ela.

Vestirei a toga de desembargador com orgulho, e assim a deixarei daqui a alguns anos, como no dia de hoje.

Sei que teremos todos muito trabalho pela frente, nos próximos anos. Há uma grande expectativa da sociedade de que as decisões judiciais e seus recursos e revisões se dêem em prazos compatíveis com as exigências e os direitos dos cidadãos.

Muitos novos arcabouços jurídicos estão sendo gestados, alguns já em fase adiantada. Assim, por exemplo, em breve haveremos de ter toda uma legislação e jurisprudência versando sobre os crimes ditos informáticos ou cibernéticos; sobre os direitos humanos, especialmente os das pessoas com deficiências, na esteira da adesão do Brasil à Con-

venção Internacional da ONU sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e sua posterior ratificação com status de emenda constitucional; sobre as novas formas de regulação das parcerias entre Estado e Sociedade Civil, para contemplar toda a gama de parcerias entre o Estado e as organizações não-governamentais; sobre a questão das células-tronco, do trabalho com embriões, do aborto de fetos anencéfalos; sobre quotas raciais e outros direitos das minorias, enfim, sobre a evolução da tecnologia e seu impacto na sociedade.

O Direito, que se mantém estável em seus princípios e fundamentos, há que evoluir em sua aplicabilidade com a velocidade com que mudam a tecnologia e as ciências, e o surgimento e a existência de novas formas de relacionamento social e comportamento individual.

Se para a espécie humana os princípios do Direito são atemporais e universais, para a regulação das formas de viver em sociedade ele há que ser temporal e espacialmente situado, para que possa dar respostas efetivas às novas demandas dos cidadãos e das sociedades.

Temos que nos manter em permanente alerta a respeito desses novos temas, se não quisermos perder o chamado “bonde da história”, e permanecermos como peças de museu, ultrapassados e anacrônicos.

Estou certo de que somente o estudo e a renovação continuada dos nossos conhecimentos, inclusive e principalmente os do campo jurídico, nos farão agir melhor, assim entendido como agir com conhecimento de causa e percepção acurada do espaço-tempo em que estamos inseridos.

Quero agradecer a Deus por esse momento único. Ele, que me ajudou a vencer muitas provações, me proporcionou esta compensação de hoje, em que me sinto tão feliz quanto no dia em que tomei posse como juiz e fui servir em Dom Pedro.

Há uma benção que diz: “O impossível é campo preferencial da ação de Deus. Onde o homem cessa, Deus começa”. Filho e servo de Deus, confiante em sua bondade infinita e ação certa, sempre e em qualquer lugar, creio firmemente em que Ele há de guiar-me nessa nova fase de minha vida profissional.

Que eu possa continuar a ser um humilde instrumento de distribuição de sua Bondade e Caridade, por meio de uma incansável e sempre melhor distribuição da justiça dos homens.

Em segundo lugar, quero agradecer à minha família. Foi ela quem me apoiou e amparou nos momentos mais difíceis de minha vida. Na verdade, foi a minha família que me ajudou a manter-me vivo até hoje. Sem ela eu teria provavelmente sucumbido aos infortúnios que me acometeram.

Em terceiro, quero agradecer aos meus amigos. Eles também são a fonte de minha alegria e entusiasmo pela vida. Sempre me deram muita força, muito apoio e sempre souberam que nossa amizade jamais servirá de pretexto para a colocação da justiça em plano inferior ao de nossos interesses pessoais.

Também quero agradecer a todos quantos me deram o seu voto. Eles me enviaram um recado claro de que colocam o reconhecimento do mérito acima de outros valores menos nobres. Podiam até ter outros amigos mais próximos na lista de inscritos, mas, ao me consagrarem o seu voto, me mandaram uma mensagem implícita sobre o que esperavam do meu trabalho e do meu comportamento futuro dentro do Tribunal. Não me esquecerei disto e sempre os tratarei amigável e respeitosamente como colegas, como companheiros de trabalho e servidores da justiça, como eu.

Devo também agradecer a todos os serventuários deste Tribunal, concursados e comissionados. São eles que, anonimamente, fazem, dia após dia, andar a máquina da justiça.

Quero agradecer finalmente ao Desembargador Antônio Guerreiro, Presidente desta Colenda Corte, na pessoa de quem agradeço a todos os Desembargadores com quem já trabalhei. O Desembargador Guerreiro chamou-me para trabalhar com ele quando foi Corregedor, e depois me fez Assessor da Presidência, uma vez eleito Presidente deste Poder. Agora, continuaremos a trabalhar juntos, em prol do aperfeiçoamento do nosso Poder, do nosso Estado, e visando a uma mais justa, célere e equitativa distribuição da justiça.

Que Deus nos abençoe a todos!

Este livro foi composto na tipografia *Times New Roman* em corpo 11/16, impresso em papel Offset 90g/m², capa em papel cartão supremo 250g, pela Divisão de Editoração da 360° – Gráfica e Editora Ltda. - Av. Ferreira Gullar, 40 - São Francisco. São Luís - Maranhão - Brasil • Fone: (0-xx-98) 3235-2082.
