

ISSN 2175-151X

Centro de Estudos Judiciários
Tribunal de Justiça de Pernambuco

Ano I – n. 1 – junho de 2009

COMENTÁRIOS ÀS

SÚMULAS DO TJPE

CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS

Recife, junho de 2009.

Ficha Técnica

Título: Comentários do CEJ sobre as Súmulas do TJPE

Editora: Tribunal de Justiça de Pernambuco

Capa: Fernando Gonçalves de Albuquerque Silva

Diagramação e Revisão: Centro de Estudos Judiciários

Ano: I

Nº de edição: 1

Impressão: Gráfica e Editora Real Ltda.

1ª edição: 1.500 exemplares

ISSN: 2175-151X

P452c

Pernambuco. Tribunal de Justiça. Centro de Estudos Judiciários
Comentários às Súmulas do TJPE/ Tribunal de Justiça de
Pernambuco. (Ano I, n. 1, 2009) – Recife: O Tribunal, 2009.
276p.

Anual
ISSN 2175-151X

1. Direito. 2. Súmulas-TJPE. I Título

CDD 341.4197

DIRETORIA DO CEJ
Biênio 2008/2010

Desembargador Ricardo de Oliveira Paes Barreto
Diretor

Juiz Alexandre Freire Pimentel
Vice-Diretor

Juiz José André Machado Barbosa Pinto
Coordenador de Cursos de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento

Juiz Evanildo Coelho de Araújo Filho
Coordenador Adjunto de Cursos de Formação, Treinamento e
Aperfeiçoamento

Juiz Sílvio Romero Beltrão
Coordenador de Eventos Científicos e Culturais

Juiz Lúcio Grassi de Gouveia
Coordenador Adjunto de Eventos Científicos e Culturais

Juiz André Vicente Pires Rosa
Coordenador de Divulgação Científica e Cultural

Juíza Ana Cláudia Brandão de Barros Correia Ferraz
Coordenadora Adjunta de Divulgação Científica e Cultural

Juiz Carlos Damião Pessoa Costa Lessa
Coordenador de Projetos e Pesquisas

Juíza Nalva Cristina Barbosa Campello
Coordenadora Adjunta de Projetos e Pesquisas

Juiz Carlos Frederico Gonçalves de Moraes
Coordenador de Desenvolvimento do Patrimônio Científico e Cultural

Juiz João Maurício Guedes Alcoforado
Coordenador Adjunto de Desenvolvimento do Patrimônio Científico e
Cultural



Comissão Editorial

Presidente

Alexandre Freire Pimentel

Membros

Amaury Rocha Vitorino Gomes
Ana Cláudia Brandão de Barros Correia Ferraz
Cinthia Daniela Rodrigues dos Santos
Clara Maria de Lima Callado
Deise Ebrahim Ribeiro Bomfim
Eduardo de Queiroz Chaves
Flávio de Oliveira Barbosa
José Alberto de Barros Freitas Filho
Lucivânia Sonja Cavalcanti
Maria Auri Alexandre Ribeiro
Maria de Lourdes Rosa Soares Campos
Nalva Cristina Barbosa Campello
Otoniel Ferreira dos Santos
Priscylla Elita de Luna Lima
Rodrigo Fonseca Lins de Oliveira

Equipe técnica:

Maria de Lourdes Rosa Soares Campos – Chefe de Secretaria do CEJ
Elizabeth Cavalcanti Gil Rodrigues
Gerlany Lima da Silva
Maria Emília Regis Cavalcanti Pinto
Mariana Andrade Santos Dias

SUMÁRIO

Apresentação

Des. Ricardo Paes Barreto19

Súmula 001. Compete ao Juízo que fixou os alimentos processar e julgar as respectivas ações de revisão e de exoneração, salvo se ocorrer mudança de domicílio do alimentando para comarca diversa.

Ana Claudia Brandão de Barros Correia Ferraz.....23

Súmula 002. REVOGADA. Compete ao Juízo da Infância e da Juventude processar e julgar os pedidos de guarda e de tutela de criança ou de adolescente em situação de risco.

Ana Claudia Brandão de Barros Correia Ferraz.....26

Súmula 003. É dispensável a certidão de intimação da decisão recorrida, quando evidente a tempestividade do agravo de instrumento.

Amaury Rocha Vitorino Gomes.....27

Súmula 004. O certificado de registro de veículo (CRLV) não constitui documento indispensável à propositura da ação de busca e apreensão aforada com fundamento no Decreto-Lei 911/69.

José Alberto de Barros Freitas Filho.....30

Súmula 005. É possível a concessão do benefício da gratuidade da justiça a pessoa jurídica, desde que comprovada a sua impossibilidade momentânea de arcar com as despesas do processo.

José Alberto de Barros Freitas Filho.....32

Súmula 006. REVOGADA. Compete às Varas da Fazenda Pública processar e julgar não só os inventários e

arrolamentos de herança jacente como também os requeridos pela Fazenda Pública. Maria Auri Alexandre Ribeiro.....	35
Súmula 007. É abusiva a exclusão contratual de assistência médico domiciliar (<i>home care</i>). Nalva Cristina Barbosa Campello.....	37
Súmula 008. É abusiva a negativa de cobertura de doença preexistente, quando o usuário não foi submetido a prévio exame médico, salvo comprovada má-fé. Nalva Cristina Barbosa Campello.....	40
Súmula 009. É abusiva a cláusula que limita o tempo de internação de paciente em unidade de terapia intensiva – UTI. Nalva Cristina Barbosa Campello.....	43
Súmula 010. É abusiva a negativa de cobertura da gastroplastia para tratamento da obesidade mórbida. José Alberto de Barros Freitas Filho.....	46
Súmula 011. É abusiva a negativa de cobertura de <i>stent</i> , ainda que expressamente excluída do contrato de assistência à saúde. José Alberto de Barros Freitas Filho.....	48
Súmula 012. A maioridade do filho, por si só, não enseja a exoneração automática da obrigação de prestar alimentos. Ana Claudia Brandão de Barros Correia Ferraz	50
Súmula 013. É abusiva a suspensão do fornecimento de energia elétrica, quando motivada pelo inadimplemento de débito unilateralmente arbitrado pela concessionária, pelo critério de estimativa de carga, após a constatação de suspeita de fraude. Maria Auri Alexandre Ribeiro.....	53

Súmula 014. É possível a suspensão do fornecimento de energia elétrica a pessoa jurídica de direito público, desde que preservadas as unidades que prestam serviços essenciais à comunidade.

Maria Auri Alexandre Ribeiro.....57

Súmula 015. Nos contratos garantidos por alienação fiduciária, purga-se a mora mediante pagamento das parcelas vencidas no ato do ajuizamento e das que se vencerem no curso da ação de busca e apreensão, mesmo após o advento da Lei n.º 10.931/2004.

José Alberto de Barros Freitas Filho.....62

Súmula 016. É possível a discussão da existência da dívida e do seu valor no âmbito da ação consignatória, mesmo que para isso seja necessário revisar cláusulas contratuais.

José Alberto de Barros Freitas Filho.....64

Súmula 017. A Instituição bancária ainda que na qualidade de simples mandatária do sacador, responde por dano moral quando, tendo ou devendo ter ciência da quitação da dívida, encaminha o título a protesto ou inscreve o nome do sacado em órgãos de proteção ao crédito.

Maria Auri Alexandre Ribeiro.....66

Súmula 018. É dever do Estado-membro fornecer ao cidadão carente, sem ônus para este, medicamento essencial ao tratamento de moléstia grave, ainda que não previsto em lista oficial.

Nalva Cristina Barbosa Campello.....69

Súmula 019. É legítima a utilização da taxa Selic como índice de correção monetária e de juros de mora, na atualização dos débitos tributários estaduais pagos em atraso.

Clara Maria de Lima Callado.....72

Súmula 020. A remuneração dos servidores estaduais e municipais não pode ser inferior ao salário-mínimo.

Clara Maria de Lima Callado.....74

Súmula 021. Em mandado de segurança que vise discutir créditos tributários estaduais, a legitimidade passiva recai sobre o Diretor de Administração Tributária do Estado e não sobre o Secretário da Fazenda.

Clara Maria de Lima Callado.....76

Súmula 022. O acréscimo do percentual de 11,98%, relativo à conversão da URV nos vencimentos ou proventos dos servidores públicos, é devido apenas aos membros e servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário e do Ministério Público.

Ana Cláudia Brandão de Barros Correia Ferraz.....78

Súmula 023. A gratificação de Incentivo instituída pela Lei Complementar Estadual 27/1999 é extensiva aos policiais militares inativos e a seus pensionistas.

Ana Cláudia Brandão de Barros Correia Ferraz80

Súmula 024. O direito à impetração de mandado de segurança, cujo objeto verse sobre relação jurídica de trato sucessivo, não é atingido pela decadência.

Ana Cláudia Brandão de Barros Correia Ferraz.....82

Súmula 025. Não incide o imposto de transmissão *causa mortis* sobre resíduo salarial, nem sobre saldos de FGTS, PIS ou Pasep, não recebidos em vida pelo titular.

Maria Auri Alexandre Ribeiro.....84

Súmula 026. O fato gerador do ICMS incidente sobre mercadoria importada ocorre no desembaraço aduaneiro.

Clara Maria de Lima Callado.....87

Súmula 027. A legitimidade para recorrer em mandado de segurança é da pessoa jurídica e não da autoridade apontada como coatora.

Ana Claudia Brandão de Barros Correia Ferraz90

Súmula 028. É inconstitucional a cobrança do imposto de transmissão *causa mortis* e doação (ICD) de forma progressiva.

Maria Auri Alexandre Ribeiro.....94

Súmula 029. A seguradora não pode recusar o pagamento de indenização do seguro de vida, sob a alegação de doença preexistente, se o segurado não foi submetido a prévio exame médico, salvo comprovada má-fé.

José Alberto de Barros Freitas Filho.....98

Súmula 030. É abusiva a negativa de cobertura da cirurgia plástica reparadora complementar de gastroplastia.

José Alberto de Barros Freitas Filho.....100

Súmula 031. O juiz pode, de ofício, corrigir o valor da causa.

Nalva Cristina Barbosa Campello.....102

Súmula 032. O valor da causa na ação declaratória deve corresponder ao benefício econômico que se pretende auferir com a demanda.

Nalva Cristina Barbosa Campello.....104

Súmula 033. O pedido de reconsideração não interrompe nem suspende o prazo para interposição do competente recurso.

Amaury Rocha Vitorino Gomes.....106

Súmula 034. O pedido de guarda de menor não pode ser deferido para fins exclusivamente previdenciários.

José Alberto de Barros Freitas Filho.....109

Súmula 035. A negativa de cobertura fundada em cláusula abusiva de contrato de assistência à saúde pode dar ensejo à indenização por dano moral. Nalva Cristina Barbosa Campello.....	111
Súmula 036. O estabelecimento bancário responde pela falha dos serviços prestados aos seus clientes. Maria Auri Alexandre Ribeiro.....	113
Súmula 037. Em mandado de segurança, ausentes os requisitos de liquidez e certeza do direito alegado, deve ser indeferida a petição inicial. Clara Maria de Lima Callado.....	116
Súmula 038. A consolidação da posse e da propriedade em favor do credor fiduciário não enseja a quitação do débito. José Alberto de Barros Freitas Filho.....	119
Súmula 039. Compete às Varas Cíveis o processamento de ações de usucapião, inclusive aquelas então em curso, depois da vigência do art. 82 da LCE nº 100/2007. Maria Auri Alexandre Ribeiro.....	122
Súmula 040. Cabe agravo interno de decisão do relator que converter agravo de instrumento em agravo retido. Amaury Rocha Vitorino Gomes.....	124
Súmula 041. Cabe agravo regimental de decisão que nega ou concede efeito suspensivo ou ativo em agravo de instrumento. Amaury Rocha Vitorino Gomes.....	126
Súmula 042. São fungíveis os agravos regimental e legal. Amaury Rocha Vitorino Gomes.....	128

Súmula 043. É dispensável o preparo no recurso de agravo previsto no art. 557, § 1º, do CPC.

Amaury Rocha Vitorino Gomes.....130

Súmula 044. O indeferimento de produção de prova pericial, quando colacionados aos autos outros elementos de convicção suficientes para o julgamento antecipado da lide, não configura cerceamento de defesa, em face do princípio do livre convencimento do Juiz.

Ana Claudia Brandão de Barros Correia Ferraz.....132

Súmula 045. A falta de intimação pessoal da parte autora nas hipóteses de extinção do processo com fundamento no art. 267, incs. II e III, do CPC, constitui cerceamento de defesa.

Priscylla Elita de Luna Lima.....134

Súmula 046. Não incide Imposto de Renda na licença-prêmio não gozada e paga em pecúnia a servidor público.

Flávio de Oliveira Barbosa.....136

Súmula 047. Cabe condenação em honorários advocatícios na decisão proferida em impugnação ao cumprimento de sentença.

Ana Claudia Brandão de Barros Correia Ferraz.....139

Súmula 048. Cabe arbitramento de honorários advocatícios no pedido de cumprimento de sentença não satisfeito oportunamente.

Ana Claudia Brandão de Barros Correia Ferraz.....144

Súmula 049. Não incide Imposto de Renda sobre o abono de permanência pago a servidor público.

Flávio de Oliveira Barbosa.....147

Súmula 050. É descabida prisão civil, decorrente da dívida oriunda de contrato de alienação fiduciária, por não ser equiparável à figura do devedor a do depositário infiel.

Maria de Lourdes Rosa Soares Campos.....150

Súmula 051. O Estado e o Município, com cooperação técnica e financeira da União, têm o dever de garantir serviço de atendimento à saúde da população, inclusive disponibilizando leitos de UTI na rede privada, quando não suprida a demanda em hospitais públicos.

Lucivânia Sonja Cavalcanti.....154

Súmula 052. A competência para cobrança do ISSQN é do Município em cujo território se realizou a prestação do serviço.

Cinthia Daniela Rodrigues dos Santos.....158

Súmula 053. É nula a citação por edital levada a efeito em execução fiscal, sem prévia tentativa de localização do executado por intermédio de oficial de justiça.

Cinthia Daniela Rodrigues dos Santos.....161

Súmula 054. É abusiva a negativa de cobertura de próteses e órteses, vinculadas ou conseqüentes de procedimento cirúrgico, ainda que de cobertura expressamente excluída ou limitada, no contrato de assistência à saúde.

Lucivânia Sonja Cavalcanti.....164

Súmula 055. O percentual de correção monetária dos depósitos em caderneta de poupança com vencimento até o dia 15 de junho de 1987 (Plano Bresser) é o IPC de 26,06% e, na primeira quinzena do mês de janeiro de 1989 (Plano Verão), é devido o IPC de 42,72%.

Deise Ebrahim Ribeiro Bomfim e Rodrigo Fonseca Lins de Oliveira.....166

Súmula 056. Após a vigência da Lei nº 10.150/2000, sub-roga-se o adquirente de imóvel através do denominado “contrato de gaveta” nos direitos e obrigações do contrato de financiamento e de seguro habitacional correspondentes.

Otoniel Ferreira dos Santos.....169

Súmula 057. A seguradora é responsável pelo pagamento de aluguel, pelas prestações do contrato de financiamento ativo e pela guarda do imóvel sinistrado sempre que o segurado tenha que dele sair, até o momento que possa para ele regressar ou que for paga a indenização em pecúnia.

Otoniel Ferreira dos Santos.....173

Súmula 058. A existência de vício de construção não afasta a cobertura securitária decorrente de contrato de seguro habitacional.

Otoniel Ferreira dos Santos.....175

Súmula 059. Nas ações de seguro habitacional em que se pleiteia recuperação de sinistro de danos físicos no imóvel, o beneficiário do seguro pode ser o mutuário, o cessionário, seus sucessores ou dependentes, na forma da lei civil.

Otoniel Ferreira dos Santos.....179

Súmula 060. A TR/TRD não pode ser utilizada como índice de atualização monetária em cobrança tributária.

Cinthia Daniela Rodrigues dos Santos.....182

Súmula 061. O servidor público tem direito adquirido à percepção em pecúnia de licença-prêmio não gozada e não utilizada para contagem em dobro da aposentadoria por tempo de serviço se, quando da vigência da LCE nº 16/96, já havia completado o período aquisitivo do benefício.

Cinthia Daniela Rodrigues dos Santos.....186

Súmula 062. Nas ações que envolvem interesses da Fazenda Pública, seja ela autora ou ré, os honorários advocatícios devem ser fixados nos termos do § 4º do art. 20 do CPC.

Cynthia Daniela Rodrigues dos Santos.....190

Súmula 063. Não obstante ter a Lei Federal nº 9.717/98 vedado a celebração de convênios entre os entes federativos para pagamento de benefícios previdenciários, a autarquia previdenciária estadual continua responsável pelo pagamento dos benefícios integrais aos pensionistas de ex-servidores municipais que, na época da edição do mencionado diploma normativo, tenham adquirido este direito.

Cynthia Daniela Rodrigues dos Santos.....193

Súmula 064. Em execução contra a Fazenda Pública, não está o exequente obrigado a discriminar no seu cálculo de liquidação os valores relativos ao imposto de renda na fonte e à contribuição previdenciária, providência a ser tomada na ocasião de efetivação do pagamento, mediante retenção discriminada.

Eduardo de Queiroz Chaves.....196

Súmula 065. Presume-se verdadeiro o documento em cópia não autenticada acostado aos autos, cabendo à parte interessada argüir sua falsidade.

Lucivânia Sonja Cavalcanti.....198

Súmula 066. Se o pedido é ilíquido e a sentença líquida, é sobre o valor da condenação que incidem os honorários advocatícios.

José Alberto de Barros Freitas Filho.....200

Súmula 067. Para fins de regra de paridade, a PVR, instituída pela Lei Estadual nº 11.333/96, por qualquer de

suas modalidades, é extensível a aposentados e pensionistas, inclusive por decisão liminar.

Eduardo de Queiroz Chaves.....203

Súmula 068. Não incidem juros compensatórios na restituição ou compensação de indébito tributário.

Flávio de Oliveira Barbosa.....205

Súmula 069. Na condenação da Fazenda Pública ao pagamento de verbas remuneratórias devidas a servidores e empregados públicos, incidem juros moratórios, a partir da citação, no percentual de 1% ao mês, nas ações ajuizadas até a entrada em vigor do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela MP nº 2.180/2001, em 24/08/2001, sendo aplicável, dali em diante, o percentual de 6% ao ano.

Eduardo de Queiroz Chaves.....208

Súmula 070. A vantagem denominada Gratificação de Jornada Extra de Segurança, instituída pelo Decreto Estadual nº 21.858/99 e regulamentada pelo Decreto Estadual nº 25.361/2003, possui natureza *propter laborem*.

Eduardo de Queiroz Chaves.....210

Súmula 071. Compete às Câmaras de Direito Público julgar processos nos quais seja parte empresa pública.

Cinthia Daniela Rodrigues dos Santos.....212

Súmula 072. As Varas da Infância não possuem competência para processar adoções de maiores de 18 anos.

Ana Claudia Brandão de Barros Correia Ferraz.....215

Sumula 073. Por interpretação conjunta dos arts. 98 e 148, parágrafo único, do ECA, c/c o art. 83 do COJE, os processos de guarda, tutela, destituição e perda do poder familiar não são de competência das Varas da Infância,

exceto se a criança ou o adolescente estiver sob condição de risco.

Ana Claudia Brandão de Barros Correia Ferraz.....217

Súmula 074. A prévia manifestação do Ministério Público é indispensável à autorização de saídas temporárias aos apenados, nos termos do art. 123, da Lei de Execuções Penais.

Evanildo Coelho de Araújo Filho.....219

Súmula 075. É válido o depoimento de policial como meio de prova.

Evanildo Coelho de Araújo Filho.....221

Súmula. 076. O trancamento da ação penal ou do inquérito policial, pela via do habeas corpus, somente é viável quando, de plano, se evidencie a atipicidade da conduta ou a inexistência de indícios de autoria.

Evanildo Coelho de Araújo Filho.....224

Súmula 077. Na fase da pronúncia, vigora o princípio *in dubio pro societate*.

Evanildo Coelho de Araújo Filho.....228

Súmula 078. Oferecida a denúncia, fica superada a alegação de constrangimento ilegal por excesso de prazo para a conclusão do inquérito policial.

Evanildo Coelho de Araújo Filho.....231

Súmula 079. A extensão da liberdade provisória a co-réu não é direito absoluto, cabendo ao magistrado observar o grau de culpabilidade do acusado e as circunstâncias em que ocorreu o crime.

Blanche Maymone Pontes Matos.....233

Súmula 080. A restrita via do habeas corpus não comporta o revolvimento probatório necessário à aferição da negativa de autoria.

Blanche Maymone Pontes Matos.....236

Súmula 081. A falta do laudo de constatação não invalida a prisão em flagrante por tráfico de drogas.

Blanche Maymone Pontes Matos.....239

Súmula 082. Nos crimes contra a liberdade sexual a palavra da vítima é de relevante valor probatório.

Blanche Maymone Pontes Matos.....241

Súmula 083. Não pode ser considerada como manifestamente contrária à prova dos autos, a decisão do Conselho de Sentença que acolhe uma das teses apresentadas pelas partes, fundadas nos elementos probatórios.

Blanche Maymone Pontes Matos.....244

Súmula 084. Os prazos processuais na instrução criminal não são peremptórios, podendo ser ampliados dentro de parâmetros de razoabilidade e diante das circunstâncias do caso concreto.

Luiz Carlos Vieira de Figueiredo.....248

Súmula 085. Nos crimes de natureza tributária é prematura a propositura de ação penal enquanto não exaurida a esfera administrativa e constituído definitivamente o crédito tributário.

Luiz Carlos Vieira de Figueiredo.....251

Súmula 086. As condições pessoais favoráveis ao acusado, por si sós, não asseguram o direito à liberdade provisória, se presentes os motivos para a prisão preventiva.

Luiz Carlos Vieira de Figueiredo.....254

Súmula 087. Não configura excesso de linguagem o fato de o juiz, na sentença de pronúncia e diante da tese de negativa de autoria, expor as razões do seu convencimento.

Luiz Carlos Vieira de Figueiredo.....257

Súmula 088. Nos crimes de natureza patrimonial, a palavra da vítima, quando ajustada ao contexto probatório, há de prevalecer à negativa do acusado.

Luiz Carlos Vieira de Figueiredo.....259

Súmula 089. A fuga do distrito de culpa constitui motivação idônea para justificar prisão preventiva.

Flávio Augusto Fontes de Lima.....260

Súmula 090. É dispensável a apreensão e o exame de eficiência da arma de fogo, quando o conjunto probatório evidenciar a incidência da qualificadora do art. 157, § 2º, inc. I, do Código Penal.

Flávio Augusto Fontes de Lima.....264

Súmula 091. Eventuais irregularidades no Inquérito Policial não contaminam o processo nem ensejam a sua nulidade.

Flávio Augusto Fontes de Lima.....269

Súmula 092. A superveniência de sentença condenatória torna prejudicada a alegação de excesso de prazo.

Flávio Augusto Fontes de Lima.....273

Apresentação

Esta edição dos Comentários às Súmulas do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco pelo Centro de Estudos Judiciários faz parte de um conjunto de metas traçadas no começo de nossa gestão.

Inicialmente, dezenas de novas súmulas foram aprovadas pela Sessão Cível da Corte Estadual de Justiça, em matéria cível e criminal, dando seguimento aos trabalhos originados na gestão do então Diretor, o Desembargador Frederico Ricardo de Almeida Neves.

Posteriormente, sob minha orientação e com a dedicada coordenação da Chefe de Secretaria do Centro de Estudos, Maria de Lourdes Rosa Soares Campos, juntamente com as servidoras Elisabete Cavalcanti Gil Rodrigues, Gerlany Lima da Silva, Mariana Andrade Santos Dias e Maria Emília Régis Cavalcanti Pinto, foi instituído um grupo de trabalho constituído pelos magistrados: Dra. Ana Cláudia Brandão de Barros Correia Ferraz, Dra. Nalva Cristina Barbosa Campello, Dra. Maria Auri Alexandre Ribeiro, Dr. José Alberto de Barros Freitas Filho, Dra. Clara Maria de Lima Callado, Otoniel Ferreira dos Santos e pelos servidores: Camilla Rosa Soares Campos, Rogério Martins dos Santos, Túlio Gomes Cascardo, Amaury Rocha Vitorino Gomes, Priscylla Elita de Luna Lima, Lucivânia Sonja Cavalcanti, Flávio de Oliveira Barbosa, Cíntia Daniela Rodrigues dos Santos, Renata Gonçalves Araruna do Rego Barros, Mariana Ramos Medeiros, Gercino Gonçalves de Souza Filho, Laís Gonçalves Vasconcelos, José Adolfo V. Paulino, Eduardo de Queiroz Chaves, Deise Ebrahim Ribeiro Bomfim, Fernanda Veras, Vlademir Carvalho de Almeida, Marcos Eliodoro e Pietra Alexandrina Montenegro, em matéria cível, e pelos magistrados: Dr. Evanildo Coelho de Araújo Filho, Dra. Blanche Maymone

Pontes Matos, Dr. Flávio Augusto Fontes de Lima e Dr. Luiz Carlos Vieira de Figueiredo e os servidores: Ana Elisa Fernandes Sobreira, Cláudia Andrade Nunes da Costa, Moisés Cipriano do Nascimento, Sheyla de Albuquerque Lira Knauer, Renata Cortez Vieira Severino, Laís Gonçalves Vasconcelos, Marcos Tavares de Albuquerque, Érico Bruno Galvão de Freitas, Sandro Passos e Gisele Freitas, em matéria criminal.

Depois de muitas pesquisas e reuniões, o texto final foi aprovado, decorrendo mais uma etapa de redação e adequação técnica para publicação, exigindo da equipe do Centro de Estudos dedicação diuturna para que a obra pudesse ser editada em tempo e modo oportunos.

Sobre a obra em si, comentar súmulas é um trabalho envolvente, eis que o tema exige dos magistrados e servidores responsáveis, sobretudo, uma carga efetiva de inteligência.

Sabe-se que as súmulas editadas por nossa Corte de Justiça têm como base o próprio sufrágio do direito vivo, pelo que, comentá-las na linha do que contém o seu cerne, é tarefa que dignifica quem o faz e com tanta sabedoria.

O operador do direito, aquele que tem atividade voltada para a área pesquisada, de modo algum poderá dispensar a obra ora em apresentação, uma vez que a sua linha vai além do próprio teor das súmulas, no curso de argumentações lúcidas e que tornam de fácil compreensão os complexos temas editados no direito material e processual de sua competência.

O volume editado atrai para suas multiplicadas páginas a interpretação de súmula por súmula, vale afirmar que o leitor terá à sua frente os princípios e axiomas que representam a própria somatória do que hoje está solidificado na sede material e processual estadual e sem

condições de se imporem novas ilações e conclusões, ao menos como regra.

As referências legislativas e os precedentes que serviram de base para a edição das súmulas são referenciados, como forma de eventualmente viabilizar prequestionamentos explícitos em casos concretos, viabilizando interposição de recursos especial e extraordinário, os quais podem vir a solidificar os entendimentos unificados da Corte local, ou mesmo alterá-los, caso em que o enunciado específico poderá ser cancelado pelo mesmo órgão que o aprovou.

É outro lançamento de qualidade excepcional do Centro de Estudos Judiciários do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco de leitura obrigatória para todos os operadores da jurisdição comum estadual.

Desembargador Ricardo Paes Barreto

Diretor do CEJ

Súmula 001. Compete ao Juízo que fixou os alimentos processar e julgar as respectivas ações de revisão e de exoneração, salvo se ocorrer mudança de domicílio do alimentando para comarca diversa.

Comentários:

Ana Claudia Brandão de Barros Correia Ferraz¹

As sentenças que decidem sobre alimentos caracterizam-se por contemplarem a cláusula *rebus sic stantibus*, não havendo coisa julgada material, no que diz respeito à possibilidade de sua revisão, a qualquer tempo, em virtude da modificação das condições econômicas das partes. Tanto que estabelece o art. 15 da Lei n. 5478, de 25 de julho de 1968, que a decisão judicial sobre alimentos não transita em julgado e pode a qualquer tempo ser revista.

Portanto, em não havendo a formação da coisa julgada material, o Juízo que fixou os alimentos se torna prevento para apreciar os pedidos de revisão e de exoneração, em face do reconhecimento da existência de conexão entre as ações.

Ademais, por razões de ordem prática como também probatória é recomendável que o mesmo Juízo profira a nova decisão. Isto porque as situações ocorridas nas ações de alimentos, revisionais e de exoneração estão imbricadas, de modo que o fracionamento das decisões importa na possibilidade concreta de decisões conflitantes. Há de se considerar, ainda, que o Juízo que apreciou o pleito alimentar está familiarizado com a contenda e assim tem

¹ Juíza de Direito da Capital. Especialista e Mestre em Direito pela FDR-UFPE. Professora de Direito Civil da FAPE e da ESMape. Coordenadora Adjunta de Divulgação Científica e Cultural do Centro de Estudos Judiciários do TJPE.

melhores condições de apreciar a tutela jurisdicional pleiteada.

Ensina Pontes de Miranda, que se houve, antes, ação de alimentos, e se quer modificar obrigação do alimentante, pela influência de circunstâncias novas, o juízo está preventivo; assim, na ação de majoração, de redução ou de exoneração, o foro competente é o da ação de alimentos².

No entanto, em havendo mudança de domicílio do alimentando para Comarca diversa daquela onde tramitou a ação de alimentos, deve ser aplicada a regra contida no art. 100, inciso II do Código de Processo Civil, tendo em vista se tratar o alimentando de, presumivelmente, parte mais fraca da relação jurídica. Desta forma, neste caso, prepondera o interesse da parte hipossuficiente, de modo que as ações que sucedam a de alimentos e lhes sejam conexas devem ser propostas no domicílio do alimentando.

Neste sentido, a lição de Yussef Cahali:

[...] Em síntese, não há dúvida de que a ação revisional guarda certa autonomia e independência em relação à anterior ação de alimentos ou qualquer ação em que os alimentos tenham sido arbitrados ou ajustados, mas se a afirmação é válida para afastar a competência de for, com o que se atende à regra do art. 100, II, CPC; nada impede, porém, e é de manifesta conveniência na ordem prática, que nos casos de pedido no mesmo foro, sem ofensa ao princípio da relativa autonomia da ação revisional se observe a regra da vinculação com o juízo em que os alimentos foram fixados. Assim, se a competência territorial estabelecida no art. 100, II do CPC for a mesma tanto para ação de alimentos quanto para o pedido de majoração da pensão, torna-se aconselhável que a segunda demanda seja distribuída ao juízo por onde

² MIRANDA, Pontes. *Tratado de direito privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. p. 84.

tramitou o processo da primeira delas; caso contrário, dá-se preponderância ao privilegio de foro, em detrimento da conexão³.

Por conseguinte, a prevenção do Juízo que fixou os alimentos para julgamento das respectivas ações de revisão e de exoneração é medida pertinente, devendo ser afastada apenas para fazer prevalecer a regra protetiva do alimentando, quando não há mais coincidência entre a Comarca do Juízo em que tramitou a primeira ação e o domicílio do alimentando.

³ CAHALI, Yussef. *Dos alimentos*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 667.

Súmula 002. REVOGADA. Compete ao Juízo da Infância e da Juventude processar e julgar os pedidos de guarda e de tutela de criança ou de adolescente em situação de risco.

Comentários:

Ana Claudia Brandão de Barros Correia Ferraz¹

Com o advento da Lei Complementar Estadual n.100, de 21 de novembro de 2007 (Código de Organização Judiciária do Estado de Pernambuco), a competência das varas da infância e da juventude veio regulamentada no art. 83, dispondo expressamente que, nos casos do art. 98 do Estatuto da Criança e do Adolescente, ou seja, quando a criança ou adolescente estiver com os direitos que lhes são garantidos ameaçados ou violados, configurando-se situação de risco, a competência para processar e julgar as ações de guarda e tutela é das Varas da Infância e da Juventude. Portanto, a fim de adequar a matéria à nova legislação estadual foi editada a Súmula 073, em 05 de dezembro de 2008, e, por proposição do Centro de Estudos Judiciários, foi revogada a Súmula 002, pela Seção Cível, em 05 de junho de 2009, publicada no DPJ 110, de 18 de junho de 2009, p. 6.

¹ Juíza de Direito da Capital. Especialista e Mestre em Direito pela FDR-UFPE. Professora de Direito Civil da FAPE e da ESMAPE. Coordenadora Adjunta de Divulgação Científica e Cultural do Centro de Estudos Judiciários do TJPE.

Súmula 003. É dispensável a certidão de intimação da decisão recorrida, quando evidente a tempestividade do agravo de instrumento.

Comentários:

Amaury Rocha Vitorino Gomes¹

Consoante o Código de Processo Civil, o agravo de instrumento será instruído com cópias da decisão agravada, da certidão da respectiva intimação e das procurações outorgadas aos advogados do agravante e do agravado (art. 525, I), sob pena de negativa de seguimento (art. 527, I), por manifesta inadmissibilidade (art. 557, *caput*).

A cópia da certidão de intimação é peça obrigatória à formação do agravo para que se possa aferir a tempestividade. Assim, sendo possível, de forma inequívoca, verificar que o recurso é tempestivo por outros meios, semelhante cópia torna-se dispensável, consoante o princípio da instrumentalidade das formas, segundo o qual o não atendimento das exigências formais do processo somente invalidará o ato, quando forem elas indispensáveis à consecução do mesmo.

O Código de Processo Civil, em seu art. 525, inciso I, com o claro intuito de comprovação da tempestividade da interposição do recurso de agravo de instrumento, alçou a certidão de intimação da decisão atacada como peça indispensável à propositura dessa modalidade recursal. Tal exigência pode e deve, entretanto, ser relevada, se de outros documentos acostados à inicial do

¹ Assessor Jurídico do Vice-Presidente do TJPE, Desembargador Bartolomeu Bueno de Freitas Moraes. Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela ESMAPE/Faculdade Maurício de Nassau.

agravo, possibilitarem a análise segura acerca da obediência ao prazo recursal.

Por isso mesmo, reputa-se dispensável a juntada da certidão de intimação da decisão agravada, quando for patente a tempestividade do agravo. Isso porque, não deve o Magistrado se ater, excessivamente, às formalidades processuais. Assim, a regra é mitigada quando por outro meio legítimo e idôneo for possível averiguar a tempestividade, hipótese em que o recurso deve ser conhecido.

Nos termos do voto da Ministra Denise Arruda do Superior Tribunal de Justiça pacificou-se o entendimento no sentido de que:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ART. 525, I, DO CPC. CERTIDÃO DE INTIMAÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA. PEÇA OBRIGATÓRIA. POSSIBILIDADE DE AFERIÇÃO DA TEMPESTIVIDADE DO RECURSO POR MEIO INEQUÍVOCO. PRECEDENTES DO STJ. DESPROVIMENTO DO AGRAVO REGIMENTAL.

1. É pacífico o entendimento desta Corte Superior no sentido de que o descumprimento do disposto no art. 525, I, do Código de Processo Civil, em relação à ausência da certidão de intimação da decisão agravada, não é razão impeditiva de conhecimento do agravo de instrumento, quando a tempestividade do recurso puder ser aferida por meio diverso contido nos autos.

[...]

4. Desprovimento do agravo regimental.²

² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 656656/DF. Agravante: Francisco Domingos dos Santos e outros. Agravado: Eugeniowg Ltda. Relator: Ministra Denise Arruda. Brasília, 29 de Outubro de 2007. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=3360399&sReg=200400603250&sData=20071029&sTipo=5&formato=PDF> Acesso em: 21 maio 2009.

Com efeito, em que pese seja a referida peça prevista pela Lei Processual Civil como essencial, a falta da mesma não implica necessariamente no não conhecimento do agravo, porquanto sua finalidade é permitir o aferimento da tempestividade do recurso, pelo que, a toda evidência, sendo possível a verificação desse requisito por meios outros, resulta atendido, à saciedade, o intuito da norma de regência.

Súmula 004. O certificado de registro de veículo (CRLV) não constitui documento indispensável à propositura da ação de busca e apreensão aforada com fundamento no Decreto-Lei 911/69.

Comentários:

José Alberto de Barros Freitas Filho¹

O Decreto-Lei n. 911, de 1º de outubro de 1969, disciplina a ação de busca e apreensão de bens móveis em decorrência do descumprimento de contrato garantido por alienação fiduciária.

Através do contrato de alienação fiduciária, o devedor transfere a propriedade de determinado bem móvel ao credor, como garantia de contrato de financiamento mantido com instituição financeira, mas permanece com a posse direta.

Na hipótese de inadimplemento, o credor poderá propor a ação de busca e apreensão para buscar a posse do bem oferecido em garantia para obter o ressarcimento da dívida, ou ao menos de parte dela, com a alienação extrajudicial da coisa.

O bem mais usualmente utilizado nos contratos de alienação fiduciária são os veículos automotores, seja porque é o bem móvel de maior valor que o devedor possui para oferecer em garantia de um financiamento, seja porque a aquisição do automóvel é o motivo pelo qual se buscou o crédito.

Proposta a ação de busca e apreensão para obtenção da posse de veículo alienado fiduciariamente, é comum se exigir a apresentação do Certificado de Registro e

¹ Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Jaboaão dos Guararapes. Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela ESMAPE/Faculdade Maurício de Nassau.

Licenciamento de Veículos – CRLV, como prova da propriedade do bem e da averbação do gravame.

Ocorre que não há qualquer exigência legal de que a inicial das ações de busca e apreensão de veículos, garantidos por alienação fiduciária, seja instruída com a cópia do CRLV. A exibição do contrato de alienação fiduciária com a demonstração da mora do devedor fiduciante já faz prova bastante à busca e apreensão do bem.

Súmula 005. É possível a concessão do benefício da gratuidade da justiça a pessoa jurídica, desde que comprovada a sua impossibilidade momentânea de arcar com as despesas do processo.

Comentários:

José Alberto de Barros Freitas Filho¹

O Código de Processo Civil estabelece que as despesas processuais abrangem as custas e emolumentos devidos pelo exercício da jurisdição, além do custo de certos atos e diligências e honorários periciais. Incluem-se, ainda, nas despesas processuais os custos com indenização de viagem, diária de testemunha e remuneração do assistente técnico.

Justiça gratuita à pessoa jurídica é perfeitamente possível, desde que esta comprove a impossibilidade de arcar com as despesas inerentes à demanda judicial.

A simples afirmação da empresa na própria peça vestibular de que não possui condições de pagar as custas do processo e os honorários advocatícios não é suficiente à concessão da benesse. Neste mesmo diapasão, o Colendo Superior Tribunal de Justiça tem se posicionado da seguinte forma:

PROCESSUAL CIVIL. ACÓRDÃO ESTADUAL. NULIDADE INEXISTENTE. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA. PESSOA JURÍDICA COM FINS LUCRATIVOS. IRRELEVÂNCIA. POSSIBILIDADE, EM TESE, DE SER BENEFICIÁRIA DA GRATUIDADE. LEI N. 1.060/50, ART. 2º, PARÁGRAFO ÚNICO. EXEGESE.

¹ Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Jaboatão dos Guararapes. Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela ESMAPE/Faculdade Maurício de Nassau.

I. [...].

II. A pessoa jurídica, independentemente de ter fins lucrativos, pode ser beneficiária da gratuidade prevista na Lei n. 1.060/50, art. 2º, parágrafo único, desde que comprove, concretamente, achar-se em estado de necessidade impeditivo de arcar com as custas e despesas do processo.

III.[...].

IV. Recurso especial conhecido em parte e parcialmente provido².

E mais recentemente:

PROCESSUAL CIVIL. JUSTIÇA GRATUITA. PESSOA JURÍDICA COM FINS LUCRATIVOS. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DA MISERABILIDADE JURÍDICA. PRECEDENTES.

1.É pacífico o entendimento desta Corte no sentido de que o benefício da justiça gratuita somente é concedido a empresas com fins lucrativos em circunstâncias especialíssimas e quando devidamente demonstrada a situação de miserabilidade jurídica. Precedentes.

[...]

3. Recurso especial não conhecido³.

² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 554840/MG. Recorrente: Construtora Nortebel Ltda. Recorrido: Banco do Progresso S/A. Relator: Ministro Aldir Passarinho Júnior. Brasília, 16 de setembro de 2004. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(Rcl\\$.SCLA.%20E%201905.NUME.\)%20OU%20\(Rcl.ACMS.%20ADJ2%201905.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(Rcl$.SCLA.%20E%201905.NUME.)%20OU%20(Rcl.ACMS.%20ADJ2%201905.ACMS.)&base=baseAcordaos)>. Acesso em: 21 maio 2009.

³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 445.665/RJ. Recorrente: Bar e Merceria Florilha Ltda Recorrido: Antonio Nunes Paredes – Espólio. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Brasília, 23 de agosto de 2005. Disponível em:< <http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200200794230&pv=010000000000&tp=51>> Acesso em: 21 maio 2009.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no mesmo sentido:

ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA - PESSOA JURÍDICA. Ao contrário do que ocorre relativamente às pessoas naturais, não basta a pessoa jurídica asseverar a insuficiência de recursos, devendo comprovar, isto sim, o fato de se encontrar em situação inviabilizadora da assunção dos ônus decorrentes do ingresso em juízo⁴.

Desse modo, a presunção de pobreza não socorre as pessoas jurídicas, as quais somente em situações excepcionais podem ser consideradas pobres, no sentido da lei, a justificar a concessão do benefício da assistência judiciária gratuita.

Por se tratar de situação excepcional, as pessoas jurídicas, ao contrário do que ocorre com as pessoas físicas, somente podem obter gratuidade de justiça se provarem que não estão em condições de arcar com as despesas do processo, sem prejuízo de continuidade de suas atividades.

A comprovação da miserabilidade jurídica pode ser feita por documentos públicos ou particulares, desde que os mesmos retratem a precária saúde financeira da entidade, de maneira contextualizada, sob pena de ser recusado o benefício de gratuidade da justiça.

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação n.1905/SP-EDcl-AgRg .Agravante: Pam Brasil Transportes Rodoviários Ltda. Agravado: 4º Vice-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Marco Aurelio. Brasília, 15 de agosto de 2002. Disponível em:<
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=1905&pagina=2&base=baseAcordao>> Acesso em: 21 maio 2009.

Súmula 006. REVOGADA. Compete às Varas da Fazenda Pública processar e julgar não só os inventários e arrolamentos de herança jacente como também os requeridos pela Fazenda Pública.

Comentários:

Maria Auri Alexandre Ribeiro¹

A Lei Complementar n. 19, de 21 de setembro de 2007, em seu art. 31, inc. I, § 1º, previa expressamente ser atribuição das Varas da Fazenda Estadual o processamento e julgamento dos arrolamentos de herança jacente.

Entretanto, sobreveio o novo COJE (Lei Complementar n. 100, de 21 de novembro de 2007), que, diferentemente do que constava na Lei Complementar n. 19, não traz tal previsão.

Com efeito, o novel COJE no art. 79 determina quais são as ações de competência das Varas da Fazenda Pública:

Art. 79. Compete ao Juízo de Vara da Fazenda Pública:

I- processar, julgar e executar as ações, contenciosas ou não, principais, acessórias e seus incidentes, em que o Estado Federado ou o Município, respectivas autarquias, empresas públicas e fundações instituídas ou mantidas pelo poder público forem interessados na condição de autor, réu, assistente ou oponente, excetuadas as de falências e recuperação de empresas e as de acidentes do trabalho;

II- processar e julgar os mandados de segurança, os habeas data, os mandados de injunção e ações

¹ Juíza Titular da 1ª Vara de Sucessões e Registro Públicos da Capital.

populares contra autoridades estaduais e municipais, respeitada a competência originária do Tribunal de Justiça;

III- conhecer e decidir as justificações destinadas a servir de prova junto ao Estado Federado ou ao Município, respectivas autarquias, empresas públicas e fundações instituídas ou mantidas pelo poder público.

Todavia, a nova Lei de Organização Judiciária trouxe para outras Varas Especializadas, quais sejam: as Varas de Sucessões e Registros Públicos, a competência para o processamento e julgamento de tais ações, consoante a redação do art. 82 da mencionada Lei, que ora transcrevo:

Art. 82. Compete ao Juízo de Vara de Sucessões e Registros Públicos:

I - [...]

e) as declarações de ausência e abertura de sucessão provisória e definitiva, e as ações que envolvam bens vagos ou de ausentes, e a herança jacente e seus acessórios;

Da simples leitura dos artigos acima transcritos, infere-se que as Varas da Fazenda Pública não têm mais competência para processar e julgar os feitos relativos a Arrolamentos de Herança Jacente, inclusive àqueles requeridos pela própria Fazenda, haja vista que não há no COJE ressalva a este respeito. Razão porque, por proposição formulada pelo Centro de Estudos Judiciários, a referida Súmula foi revogada, pela Seção Cível, em 05 de junho de 2009, publicada no DPJ 110, de 18 de junho de 2009, p. 6.

Súmula 007. É abusiva a exclusão contratual de assistência médico domiciliar (*home care*).

Comentários:

Nalva Cristina Barbosa Campello¹

A saúde, como bem intrinsecamente relevante à vida e dignidade humana, foi elevada pela atual Constituição Republicana à condição de direito fundamental do homem. Destarte, não pode tão importante bem jurídico ser caracterizado como simples objeto pecuniário do contrato, nem confundido com outras atividades econômicas, cujas finalidades ficam equidistantes de proteção ao bem da vida.

Por esta razão o conteúdo das disposições das cláusulas contratuais de planos de assistência à saúde que excluam cobertura a procedimentos médicos que visem tratamento, recuperação, manutenção e/ou reabilitação da saúde devem ser interpretados de forma mais benéfica ao consumidor valendo-se o julgador do princípio da razoabilidade, uma vez que incidentes na espécie, os princípios e as normas protetivas do Código de Defesa do Consumidor, tais como: a boa-fé objetiva, a vulnerabilidade

¹ Juíza de Direito da Capital. Coordenadora Adjunta de Projetos e Pesquisas do Centro de Estudos Judiciários. Coordenadora do grupo de elaboração das proposições de Súmulas do Tribunal de Justiça de Pernambuco. Especialista em Direito Privado pela Faculdade de Direito de Olinda/PE, Especialista em Direito Público e Privado pela Universidade Federal de Pernambuco e ESMape - Escola da Magistratura do Estado de Pernambuco. Ex-Professora de Direito Civil da Universidade Salgado Filho - UNIVERSO. Professora licenciada da ESMape- Escola da Magistratura do Estado de Pernambuco. Mestra em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

do consumidor, a vedação ao enriquecimento sem causa e a relatividade do *pacta sunt servanda*.

Sendo o contrato de plano de saúde um instrumento tipicamente de adesão, porquanto não é dada ao consumidor a oportunidade de discutir suas cláusulas, cabe ao Poder Judiciário adequá-lo aos interesses das partes e à sua função social, ou, ainda, a interpretá-lo favoravelmente ao consumidor (CDC, arts. 51 e 54), parte hipossuficiente da relação contratual.

As cláusulas contratuais que normatizam a prestação do serviço a ser executado ao atuarem como excludente da responsabilidade da obrigação de dar cobertura a benefício que não se configura em comodidade ou opção do paciente, mas sim, em necessidade indicada à terapia a critério, unicamente, do médico assistente, são abusivas.

A exclusão contratual, somente poderia ser convalidada se fosse a hipótese de opção do paciente - conveniência própria - realizar o tratamento em sua residência. Se não é uma alternativa, mas sim, uma imposição clínica ante a patologia que é acometida ao usuário, deixa de ser razoável a negativa.

O paciente ao ser transferido para sua residência, no sistema *home care*, por expressa recomendação médica, por revelar-se este meio hábil e eficiente ao grau de complexidade do tratamento enfrentado, afigura-se, ser ele um mero desdobramento do atendimento hospitalar.

Infecções em ambientes hospitalares são cada vez mais noticiados na literatura médica, revelando-se em muitos casos motivação da *causa mortis*. O *home care* permite redução desses riscos.

Sua negativa, sem dúvida, restringe direitos fundamentais inerentes à natureza da avença e contrapõe-se aos princípios da função social do contrato, ainda mais

considerando a espécie do serviço prestado – saúde, que é interesse público e de prestação continuada –, da boa-fé e da equidade, além de colocar o consumidor em situação extremamente desvantajosa perante a empresa contratante (CDC, art. 51, IV).

Portanto, a exclusão em questão implica em restrição ao bem da vida, descaracterizando o contrato do fim ao qual se destina, qual seja, resguardar um direito imprescritível, irrenunciável, inalienável, indisponível.

Súmula 008. É abusiva a negativa de cobertura de doença preexistente, quando o usuário não foi submetido a prévio exame médico, salvo comprovada má-fé.

Comentários:

Nalva Cristina Barbosa Campello¹

A abusividade aqui consagrada está intimamente ligada a aferição da responsabilidade das empresas de planos de saúde em haver proporcionado ao usuário/aderente, submeter-se a exame médico prévio à celebração do contrato de plano de assistência médica.

Como é de sabença geral a celebração de qualquer contrato implica responsabilidades para os contratantes em todas as suas fases. Nessa esteira, a responsabilidade contratual modernamente, também alcança as fases pré e pós-contratual.

Desde as tratativas preliminares do negócio os interessados devem agir de modo a emprestar confiabilidade recíproca. É dever dos contratantes informar a verdade, como corolário da consagração do princípio da boa-fé. Aos contratantes se impõem deveres, em razão dos quais se responsabilizam tanto pelos atos que precederam o trato, como por aqueles atinentes à sua execução e conclusão.

¹ Juíza de Direito da Capital. Coordenadora Adjunta de Projetos e Pesquisas do Centro de Estudos Judiciários. Coordenadora do grupo de elaboração das proposições de Súmulas do Tribunal de Justiça de Pernambuco. Especialista em Direito Privado pela Faculdade de Direito de Olinda/PE, Especialista em Direito Público e Privado pela Universidade Federal de Pernambuco e ESMape - Escola da Magistratura do Estado de Pernambuco. Ex-Professora de Direito Civil da Universidade Salgado Filho- UNIVERSO. Professora licenciada da ESMape- Escola da Magistratura do Estado de Pernambuco. Mestra em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

O exercício do direito à informação, previsto na Constituição Federal, nos incisos IV e IX do art. 5º, insere-se na categoria não só de direitos, mas também de deveres - deveres de conduta - em relação ao negócio que celebram. A boa-fé deve ser entendida como regra ou dever geral de conduta dos celebrantes.

O usuário/aderente no momento das declarações preliminares, a respeito da sua saúde, consigna declaração pessoal de seu perfil clínico, portanto deve agir com boa-fé ante a expectativa que gera na parte contrária, pois está dando subsídios ao outro celebrante, para com base naquela informação, aceitar sua proposta, ou, condicioná-la.

O novo Código Civil consagrou esse princípio nos seus arts. 113 e 422. Este último dispõe:

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

Relativamente aos contratos de seguro, o mesmo sentido é mantido e o Código Civil se reporta a esse princípio nos seguintes termos:

Art. 765. O segurado e o segurador são obrigados a guardar na conclusão e na execução do contrato, a mais estrita boa-fé e veracidade, tanto a respeito do objeto como das circunstâncias e declarações a ele concernentes.

Com efeito, se a operadora de plano de saúde coloca à disposição do usuário a possibilidade de submeter-se a exame prévio, por certo tem ela a liberdade de aceitar ou não a adesão contratual, e de negar a cobertura quando intencionalmente ocorrida omissão de informação relevante. Confira-se a legislação:

Art. 766. Se o segurado, por si ou por seu representante, fizer declarações inexatas ou omitir circunstâncias que possam influir na aceitação da

proposta ou na taxa do prêmio, perderá o direito à garantia, além de ficar obrigado ao prêmio vencido.

Se certo é que a pré-existência de doença não declarada atenta ao dever de lealdade na contratação e frustra a expectativa de que o aderente agiu na medida do comportamento esperado; certo também é que, a negativa de cobertura pela alegação de doença preexistente em usuário não submetido a exame clínico é abusiva, ferindo o justo equilíbrio entre direitos e obrigações das partes, na conformidade com o disposto no art. 51, IV do Código de Defesa do Consumidor e a vigente legislação de regência dos planos privados de assistência à saúde Lei 9.656, de 3 de junho 1998, em seu art. 10.

Súmula 009. É abusiva a cláusula que limita o tempo de internação de paciente em unidade de terapia intensiva – UTI.

Comentários:

Nalva Cristina Barbosa Campello¹

A tutela do direito à vida encontra-se constitucionalmente assegurada pela Carta Magna em seu art. 5º, caput combinado com os arts. 196 e 197. Tem-se, portanto, que a mesma é imprescritível, irrenunciável, inalienável, inviolável e universal.

O patrimônio fundamental do direito à vida também tem amparo no Estatuto de Defesa do Consumidor (Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990), diploma que aportou em nosso ordenamento no início da década de 90, com natureza de ordem pública, portanto, cogente, como evolução das idéias protetivas ao consumidor, cumprindo assim a meta de fechar uma senda que ainda se achava aberta no cenário jurídico legislativo nacional.

No caminhar de sua finalidade protetiva, a discussão sobre abusividade de cláusulas contratuais ganhou destaque. Desse modo, contratos de planos de assistência à saúde com cláusulas que disciplinam o direito do consumidor, mas que tenham conteúdo restritivo ou

¹ Juíza de Direito da Capital. Coordenadora Adjunta de Projetos e Pesquisas do Centro de Estudos Judiciários. Coordenadora do grupo de elaboração das proposições de Súmulas do Tribunal de Justiça de Pernambuco. Especialista em Direito Privado pela Faculdade de Direito de Olinda/PE, Especialista em Direito Público e Privado pela Universidade Federal de Pernambuco e ESMape - Escola da Magistratura do Estado de Pernambuco. Ex-Professora de Direito Civil da Universidade Salgado Filho - UNIVERSO. Professora licenciada da ESMape - Escola da Magistratura do Estado de Pernambuco. Mestre em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

limitativo são facilmente identificadas como abusivas, porque ferem a garantia do chamado direito fundamental do cidadão, escopo máximo do Estado de Direito.

E mesmo que seja empresa privada a responsável pela exploração e desenvolvimento dos serviços médicos e de saúde, não é correto eliminar do exame dessa atividade econômica, os mesmos deveres que competem ao Estado ante a sua natureza essencial. A matéria de saúde não perde sua classificação de ordem pública e esse entendimento não se sustenta somente no texto constitucional, mas também no risco da exploração da atividade, pois quanto maior o lucro, maior também o risco, essa é a Lei de Mercado.

Assim, não se mostra compatível com os ditames de segurança à saúde do paciente uma limitação contratual de tempo para seu tratamento destinado a debelar uma patologia e reintegrar sua saúde. A internação em UTI – espaço médico-hospitalar reservado a quadros graves de saúde – não pode ter sua permanência condicionada a um termo contratual.

Por outro lado, não se pode deixar de ressaltar que em se tratando de contrato de adesão (CDC, art. 54) – aquele cujas cláusulas são estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor do serviço, sem possibilitar ao consumidor discutir ou modificar seu conteúdo –, deve merecer exame mais metucioso, pois suas cláusulas, quando abusivas, são consideradas nulas de pleno direito. É o que disciplina o art. 51, inciso IV do referido diploma:

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

[...]

IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em

desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;

Comprovada a necessidade de permanência em UTI, para fins de garantir o pronto restabelecimento do internado e mesmo, dependendo do caso, o direito de permanecer vivo, não se pode admitir cláusula que limite ou restrinja seu uso e permanência. É uma limitação que fere, igualmente, o art. 12, V, alínea C e art. 35, C ambos da Lei 9.656, de 03 de junho de 1998 e por analogia a Súmula n. 302 do Superior Tribunal de Justiça.

Súmula 010. É abusiva a negativa de cobertura da gastroplastia para tratamento da obesidade mórbida.

Comentários:

José Alberto de Barros Freitas Filho¹

Inicialmente, faz-se necessário ressaltar que a relação travada entre segurado e plano de saúde caracteriza-se como uma relação de consumo. Desta forma, é aplicável à espécie o Código de Defesa do Consumidor, norma cogente e de ordem social (Lei 8.078/90, art. 1.º), porquanto presentes todos os elementos necessários à caracterização da relação de consumo nos termos artigos 2º e 3º, do Código de Defesa do Consumidor, devendo o contrato de plano de saúde ser interpretado à luz deste Código.

A obesidade mórbida é considerada pela Organização Mundial de Saúde como doença, possuindo CID próprio, sendo indicado, em boa parte dos casos, aos pacientes portadores de tal patologia a cirurgia bariátrica, também conhecida como gastroplastia.

A limitação de cobertura de doenças graves, tal como a que acomete os portadores da obesidade mórbida, é nula de pleno direito, vez que frustra expectativas legítimas do consumidor de ter a prestação dos serviços contratados, restringindo direitos iminentes à própria natureza e objetivos do contrato (CDC, art. 51, § 1º, II), violando, em última instância, o princípio da boa-fé objetiva.

Quando o plano de saúde deixa de cobrir o tratamento dos portadores de obesidade mórbida, consistente em cirurgia bariátrica (gastroplastia), sob o manto de que existe cláusula excludente da cobertura de

¹ Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Jaboatão dos Guararapes. Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela ESMAPE/Faculdade Maurício de Nassau.

tratamento clínico-cirúrgico ou endocrinológico com finalidade estética e para alterações somáticas, numa interpretação de extensão sem precedentes, demonstra a gravidade de sua conduta que se constitui em evidente descumprimento à obrigação fundamental inerente à natureza do contrato firmado e revela-se injusta a negativa.

Após o reconhecimento da obesidade mórbida pela Associação Brasileira de Medicina, a cirurgia bariátrica não é mais considerada tratamento experimental e nem tampouco possui finalidade meramente estética.

A obesidade mórbida é patologia grave que compromete a saúde e a qualidade de vida dos seus portadores. Provoca complicações cardiovasculares, digestivas, neurológicas e problemas nas articulações da coluna vertebral e dos joelhos.

Logo, a negativa de plano de saúde ao impor causa excludente da realização de cirurgia de gastroplastia é abusiva e nula de pleno direito, nos termos do art. 51, XV, do Código de Defesa do Consumidor, em razão de colocar o consumidor em desvantagem exagerada, em clara ofensa ao princípio da boa-fé que deve estar presente em toda relação de consumo.

Súmula 011. É abusiva a negativa de cobertura de *stent*, ainda que expressamente excluída do contrato de assistência à saúde.

Comentários:

José Alberto de Barros Freitas Filho¹

O *stent* consiste num dispositivo que serve para dar suporte às artérias quando estas estão obstruídas por placas de arteromas (gorduras), o que leva o paciente a sofrer de angina ou fortes dores no peito, acarretando, em casos mais graves, o infarto do miocárdio. A utilização do *stent* permite a dilatação da artéria possibilitando a circulação do sangue anteriormente impedido ou dificultado pelo acúmulo de placas de arteromas, aliviando as dores causadas nos pacientes.

A negativa de utilização do *stent* por parte das operadoras de plano de saúde é abusiva, devendo tal cláusula constante em contrato de plano de saúde ser tida como nula de pleno direito. Sendo o contrato de prestação de saúde celebrado entre os usuários e as empresas prestadoras de planos de saúde contrato de relação de consumo, pela legislação consumerista deverá ser interpretado e medido no seu alcance.

A cobertura das patologias que afetam de sobremodo o coração e todo o sistema circulatório deve ser a mais ampla possível, não sendo plausível, por exemplo, as operadoras de plano de saúde autorizar a realização de procedimentos a interferir no sistema circulatório e não cobrir o uso do *stent*. Seria, caso tal comportamento fosse admitido, realizar um tratamento pela metade, sem alcançar

¹ Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Jaboatão dos Guararapes. Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela ESMAPE/Faculdade Maurício de Nassau.

o seu fim: a cura ou melhora na qualidade de vida do paciente.

Logo, é abusiva e nula de pleno direito, a cláusula de plano de saúde que cobre cirurgia cardíaca, mas não custeia a implantação de *stent*, necessária ao tratamento visado pelo ato cirúrgico, porque estabelece vantagem exagerada à administradora do plano em detrimento do consumidor, além de violar o princípio da boa-fé objetiva.

Em boa parte dos casos, a colocação dos *stents* é parte do ato cirúrgico e não um ato isolado, razão por que a exclusão genérica de cobertura para próteses não alcança a implantação de *stents* quando está estritamente vinculado ao ato cirúrgico, sem o que restaria inócuo em seus efeitos.

Ademais, conforme explicitou o ministro Ari Pargendler, do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial n. 786283/RJ:

[...] é irrelevante saber se *stent* é prótese ou não, porque a previsão contratual para a realização do cateterismo contém em si mesma a autorização para o uso dos meios necessários para a efetividade do procedimento².

² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 786283/RJ. Recorrente: Suely Kopstein Abramovitz. Recorrido: Bradesco Saúde S/A. Relator: Min. Ari Pargendler. Brasília, 06 de novembro de 2007. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=3455946&sReg=200501654064&sData=20071106&sTipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 02 jun. 2009.

Súmula 012. A maioria do filho, por si só, não enseja a exoneração automática da obrigação de prestar alimentos.

Comentários:

Ana Cláudia Brandão de Barros Correia Ferraz¹

A obrigação dos pais de prestar alimentos em relação aos filhos menores decorre do poder familiar, o qual engloba um complexo de normas concernentes aos direitos e deveres dos pais relativamente à pessoa e aos bens dos filhos menores não emancipados².

Dentre os deveres, destaque-se o dever de sustento, consistente em prover os filhos de recursos materiais para sua subsistência e instrução, proporcionando-lhes, com tal escopo, alimentação, vestuário, educação, moradia, lazer, assistência à saúde e medicamentos, nos termos do art. 1.566 do Código Civil. Trata-se de obrigação que deve ser cumprida unilateralmente, sendo, ainda, incondicional.

Uma vez atingida a maioria civil, cessa o poder familiar e, por consequência, o dever de sustentar os filhos ou de prestar-lhes alimentos.

Entretanto, a redução da maioria civil promovida pelo art. 5º do Código Civil de 2002 levou expressiva corrente jurisprudencial a deixar de reconhecê-la como causa automática de exoneração do dever alimentar, no intuito de proteger os filhos, em regra jovens que não tinham condições de prover seu próprio sustento, adotando-se a cautela

¹ Especialista e Mestre em Direito pela FDR-UFPE. Professora de Direito Civil da FAPE e da ESMape. Coordenadora Adjunta de Divulgação Científica e Cultural do Centro de Estudos Judiciários do TJPE.

² RODRIGUES, Silvío. *Direito civil. Direito de família*. São Paulo: Saraiva, 1980, v. 6. p. 361.

de dar oportunidade ao alimentando de exercer o contraditório, provando a persistência do requisito da necessidade.

Neste caso, o fundamento para persistir a obrigação alimentar não mais consiste no poder familiar, que se extinguiu com a maioria, mas sim na relação de parentesco que subsiste entre ascendentes e descendentes, norteadas pelo princípio da solidariedade familiar, já não importando a subsistência do poder familiar, mas sim a necessidade de quem pleiteia a verba alimentar.

Discorrendo sobre o assunto, Viana afirma que:

[...] A solidariedade deveria nortear a vida dos seres humanos. Incompletos por natureza, somente quando agrupados podem alcançar objetivos maiores. A vida em regime de interdependência é um fato. É por isso que se localizam no núcleo familiar os alimentos, sob a forma de obrigação ou dever, onde o vínculo de solidariedade é mais intenso e a comunidade de interesse mais significativa, o que leva os que pertencem ao mesmo grupo ao dever de recíproca assistência³.

Segundo Maria Helena Diniz, há uma tendência moderna de impor ao Estado o dever de socorrer os necessitados, através de sua política assistencial e previdenciária, mas com o objetivo de aliviar-se desse encargo, o Estado o transfere, mediante lei, aos parentes daqueles que precisam de meios materiais para sobreviver, pois os laços que unem membros de uma mesma família impõem esse dever moral e jurídico⁴.

Dessa forma, ao alimentando que atingiu a maioria civil, deve ser assegurada a oportunidade de

³ VIANA, Marco Aurélio S. *Alimentos*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 300.

⁴ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Direito de família. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 05. p. 497-498.

provar que a obrigação alimentar deve permanecer, mediante comprovação dos pressupostos do art. 1.695 do Código Civil, quais sejam a sua necessidade e a possibilidade econômica do alimentante, estabelecendo-se amplo contraditório, vedando-se a exoneração automática da obrigação.

Vale ressaltar que Superior Tribunal de Justiça, em 13 de agosto de 2008, portanto posteriormente à aprovação da Súmula n. 12 pelo Tribunal de Justiça de Pernambuco, firmou entendimento no mesmo sentido, ao editar a Súmula n. 358 com o seguinte teor:

O cancelamento da pensão alimentícia de filho que atingiu a maioridade está sujeito à decisão judicial, mediante contraditório, ainda que nos próprios autos⁵.

⁵BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 358. O cancelamento da pensão alimentícia de filho que atingiu a maioridade está sujeito à decisão judicial, mediante contraditório, ainda que nos próprios autos. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=358&&b=SUMU&p=true&t=&l=10&i=1>>. Acesso em: 02 abr. 2009.

Súmula 013. É abusiva a suspensão do fornecimento de energia elétrica, quando motivada pelo inadimplemento de débito unilateralmente arbitrado pela concessionária, pelo critério de estimativa de carga, após a constatação de suspeita de fraude.

Comentários:

Maria Auri Alexandre Ribeiro¹

O fornecedor de energia elétrica, sem nenhuma prova concreta e de forma unilateral, imputa a responsabilidade de supostas irregularidades nos medidores de energia elétrica aos consumidores, cobrando suposto débito por consumo estimado, estabelecendo uma verdadeira modalidade de responsabilidade objetiva, não contemplada no nosso ordenamento jurídico.

A toda evidência, essa imputação de responsabilidade por suposta irregularidade nos medidores de energia elétrica ao consumidor é abusiva sob vários aspectos, notadamente quando acompanhada de ameaça de interrupção do fornecimento de energia elétrica.

A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça pacificou a questão, nos termos da ementa seguinte:

ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CORTE NO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. IMPOSSIBILIDADE DE SUSPENSÃO. HIPÓTESE DE EXIGÊNCIA DE DÉBITO PRETÉRITO. AUSÊNCIA DE INADIMPLEMENTO. CONSTRANGIMENTO E AMEAÇA AO CONSUMIDOR. CDC, ART. 42.

1. A Primeira Turma, no julgamento do REsp 772.489RS, bem como no AgRg no AG 633.173RS, assentou o entendimento de que não é lícito à concessionária interromper o fornecimento de energia

¹ Juíza Titular da 1ª Vara de Sucessões e Registro Públicos da Capital.

elétrica por diferença de tarifa, a título de recuperação de consumo de meses, em face da essencialidade do serviço, posto bem indispensável à vida.

2. É que resta cediço que a 'suspensão no fornecimento de energia elétrica somente é permitida quando se tratar de inadimplemento de conta regular, relativa ao mês do consumo, restando incabível tal conduta quando for relativa a débitos antigos não-pagos, em que há os meios ordinários de cobrança, sob pena de infringência ao disposto no art. 42 do Código de Defesa do Consumidor. Precedente: AgRg no Ag 633.173RS, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, DJ 02/05/05.' (REsp 772.486RS, Primeira Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ 06.03.2006).

3. Concernente a débitos antigos não-pagos, há à concessionária os meios ordinários de cobrança, sob pena de infringência ao disposto no art. 42, do Código de Defesa do Consumir.

4. In casu, o litígio não gravita em torno de inadimplência do usuário no pagamento da conta de energia elétrica (Lei 8.987/95, art. 6.º, § 3.º, II), em que cabível a interrupção da prestação do serviço, por isso que não há cogitar suspensão do fornecimento de energia elétrica pelo inadimplemento.

5. Recurso especial improvido².

Importante não se perder de vista o fato de que a responsabilidade e a propriedade dos medidores de consumo de energia, como de todo o sistema de transmissão de energia é exclusivamente das concessionárias. Assim, antes de efetuar o desligamento deveriam as concessionárias comprovar a culpa do consumidor na irregularidade

² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 756.591-DF. Recorrente : Companhia Energética de Brasília – CEB. Recorrido: Organizações Alle Ltda. Relator : Ministro Luiz Fux, Brasília, DF, 04 de maio de 2006. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=2404697&sReg=200500918198&sData=20060518&sTipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 12 maio 2009.

apontada e não simplesmente presumir que este tenha cometido alguma.

Nesta senda, e em razão do dever de manutenção, que é da concessionária - como ônus e risco da própria atividade empresarial que explora - a responsabilidade por irregularidades nos equipamentos de prestação de serviço de energia elétrica é da própria concessionária de energia, até prova em contrário.

Por outro lado, presume-se que os consumidores estão sempre de boa-fé até que a concessionária comprove a autoria e a existência de irregularidade no medidor de energia elétrica. Entretanto, o comportamento abusivo das concessionárias desconsidera tal princípio.

O fornecedor tem o dever de informar ao consumidor sobre os aspectos essenciais do serviço, dentre os quais, destaca-se o montante do débito que lhe é cobrado, a sua formação e o seu cálculo, do contrário não há meios de inferir se o valor está correto, se este guarda correlação com a diferença de energia que supostamente não era medida, mas era consumida.

Contudo, apesar dos Tribunais Superiores permitirem a interrupção do fornecimento de energia elétrica quando houver inadimplência, fixaram o entendimento, que a inadimplência deve ser atual, para que se possa autorizar o corte.

Destarte, o desabastecimento de energia elétrica, motivado pelo inadimplemento de débito unilateralmente arbitrado pela concessionária, pelo critério de estimativa de carga após constatação de suspeita de fraude/débito, portanto, não atual - é prática abusiva que deve ser rechaçada pelo Poder Judiciário, porquanto fere diretamente o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, do contraditório, da ampla defesa e do monopólio da

jurisdição, trazendo sérias lesões ao cidadão, comprometendo a saúde, a segurança e o bem-estar.

Por derradeiro, não pode as concessionárias de energia elétrica, abusar do poder que têm, para constranger o consumidor ao pagamento de um débito, cujo montante fora estipulado de forma arbitrária ofendendo o princípio da informação. Deve-se, pois, garantir o monopólio do Judiciário no manejo da jurisdição, fortalecendo o Estado Democrático de Direito.

Súmula 014. É possível a suspensão do fornecimento de energia elétrica a pessoa jurídica de direito público, desde que preservadas as unidades que prestam serviços essenciais à comunidade.

Comentários:

Maria Auri Alexandre Ribeiro¹

Época houve em que a jurisprudência pátria inclinou-se no sentido de não admitir o corte da energia elétrica, sob o argumento da essencialidade do bem em questão, assim como do princípio da continuidade do serviço, com apoio no Código de Defesa do Consumidor, art. 22 da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990, que consagra o princípio da continuidade dos serviços públicos essenciais.

Doutra banda a suspensão do fornecimento de energia elétrica a órgãos públicos, notadamente às prefeituras municipais pelo não adimplemento de suas obrigações contratuais, abre uma discussão polêmica acerca da solução a ser adotada pelo julgador. Deve prevalecer o princípio do *pacta sunt servanda*, no qual os pactos devem ser respeitados, ou deve ser prestigiado o princípio da Continuidade do Serviço Público.

A Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, em seu inc. III, parágrafo 3º, art. 6º, deixa claro que não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após aviso, quando o usuário está inadimplente, devendo ser considerado o interesse público.

Apoiado na assertiva de que a suspensão do fornecimento de energia elétrica é um direito que assiste ao Poder Público ou a suas concessionárias, no caso de

¹ Juíza Titular da 1ª Vara de Sucessões e Registro Públicos da Capital.

inadimplência do usuário, em face dos dispositivos legais existentes (Lei 8.078/90 e Lei 8.987/95), tal expediente de corte de fornecimento de energia elétrica, jamais poderia ser tido como constrangedor ou qualquer tipo de ameaça ou infração a direitos do consumidor.

Hodiernamente é pacífico na doutrina e na jurisprudência do Superior Tribunal Justiça que a suspensão do fornecimento de energia elétrica para as pessoas jurídicas de direito público e para aquelas que prestam serviço público, é possível. É o que se depreende da transcrição dos seguintes julgados:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. CONSUMIDOR INADIMPLENTE. SUSPENSÃO DO SERVIÇO. PREVISÃO LEGAL. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. ART. 6º, § 3º, II, DA LEI N .8.987/95.

1. É lícito à concessionária interromper o fornecimento de energia elétrica se, após aviso prévio, o Município devedor não solve dívida oriunda de contas geradas pelo consumo de energia. Entretanto, para que não seja considerado ilegítimo, o corte não pode ocorrer de maneira indiscriminada, de forma a afetar áreas cuja falta de energia colocaria em demasiado perigo a população, como as, ruas, hospitais e escolas públicas.

2. Não é possível, em sede recursal, apreciar alegação de violação da coisa julgada, tendo em vista que tal análise implicaria reexame do contexto fático-probatório dos autos.

3. Se os fatos expostos na inicial são capazes de conduzir à consequência jurídica deduzida no pedido, em nada importa o rótulo que tenha sido dado à causa pelo autor.

4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, parcialmente provido².

SUSPENSÃO DE LIMINAR. DEFERIMENTO. FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. CORTE POR INADIMPLÊNCIA. MUNICÍPIO. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL.

1. A interrupção do fornecimento de energia elétrica por inadimplemento não configura descontinuidade da prestação do serviço público . Precedentes.

2. O interesse da coletividade não pode ser protegido estimulando-se a mora, até porque esta poderá comprometer, por via reflexa, de forma mais cruel, toda a coletividade, em sobrevida má prestação dos serviços de fornecimento de energia, por falta de investimentos, como resultado do não recebimento, pela concessionária, da contraprestação pecuniária.

3. Legítima a pretensão da Concessionária de suspender a decisão que, apesar do inadimplemento, determinou o restabelecimento do serviço e a abstenção de atos tendentes à interrupção do fornecimento de energia.

4. Agravo Regimental não provido³.

² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 682.378/RS. Recorrente : AES Sul Distribuidora Gaúcha de Energia S/A. Recorrido : Município de Santa Maria. Relator : Ministro João Otávio de Noronha. Brasília, 20 de abril de 2006. Disponível em:<https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=2421563&sReg=200401156191&sData=20060606&sTipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 15 abr. 2009.

³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ag Rg na Suspensão de Liminar e de Sentença nº 216 - RN. Agravante : Município de Antônio Martins. Agravado : COSERN Companhia Energética do Rio Grande do Norte. Relator : Ministro Edson Vidigal. Brasília, 20 de março de 2006. Disponível em:<https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=2233427&sReg=200502061254&sData=20060410&sTipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 15 abr. 2009.

Assim, observa-se de fato ser possível a suspensão do serviço em tela, asseverando-se o julgador em todos os casos de que:

1. O direito da concessionária de suspender tal serviço não é absoluto, estando adstrito ao interesse da coletividade, conforme reza o art. 6º, § 3º, inciso II, da Lei 8987/95, mitigando assim, o princípio da *exceptio non adimpleti contractus*;
2. em face do interesse da coletividade, a suspensão não pode implicar no corte de energia de ruas, hospitais, escolas, repartições públicas e quaisquer outros órgãos de serviço público que não possam ter suas atividades interrompidas, devendo as concessionárias buscarem a satisfação de seus créditos por meio da via executiva normal, ou até por meio de negociação com o usuário;
3. o interesse da coletividade pode ficar configurado mesmo quando seja o destinatário do serviço consumidor privado, desde que existam características peculiares que o tornem distinto da comunidade dos usuários em geral.

Não obstante haja o reconhecimento de relação consumerista no que pertine ao fornecimento de energia elétrica, e como tal devendo ser adotado o Código do Consumidor como fonte orientadora do direito, é mister salientar que deve prevalecer o interesse público, e que mesmo como o advento da Lei 9.427/96 (Lei das Concessões do Setor Elétrico), que em seu art. 17 disciplina:

A suspensão, por falta de pagamento, do fornecimento de energia elétrica a consumidor que presta serviço público ou essencial à população e cuja atividade sofra prejuízo será comunicada com antecedência de quinze dias ao Poder Público local ou ao Poder Executivo Estadual.

Deverá tal dispositivo ser interpretado em coadjuvância com o art. 6º, par. 3º, inc. III, da Lei 8.987/95

(Lei Geral das Concessões), de forma que só se conceba o corte da energia elétrica dos entes prestadores de serviços públicos quando da observância, em todos os casos, do interesse da coletividade em preservar sempre os serviços essenciais.

Súmula 015. Nos contratos garantidos por alienação fiduciária, purga-se a mora mediante pagamento das parcelas vencidas no ato do ajuizamento e das que se vencerem no curso da ação de busca e apreensão, mesmo após o advento da Lei nº 10.931/2004.

Comentários:

José Alberto de Barros Freitas Filho¹

A Lei n. 10.931, de 02 de agosto de 2004, alterou sensivelmente a redação de vários dispositivos do Decreto-Lei n. 911 de 1º de outubro de 1969, que por sua vez cuida do procedimento a ser adotado nas ações de busca e apreensão de bens móveis em face do inadimplemento de contrato de alienação fiduciária em garantia.

De acordo com a nova redação dada ao §2.º do art. 3.º do Decreto Lei n. 911/69 pela Lei n. 10.931/2004, a única forma de o devedor fiduciário em mora evitar a perda do bem é pagar a integralidade da dívida pendente, segundo os valores apresentados pelo credor fiduciário na inicial.

As normas de proteção ao consumidor são de ordem pública e interesse social e a Constituição Federal erigiu, em seu art. 5.º, XXXII, a promoção da defesa do consumidor à categoria de direito fundamental, razão por que o dispositivo legal em comento não tem aplicação nas relações de consumo por estar em desacordo com o sistema de proteção do consumidor, pois a um só tempo impede a volta do contrato a normalidade; retira a escolha do consumidor quanto à resolução ou manutenção do contrato; configura uma iniquidade, incompatível com o princípio normativo da boa-fé objetiva; rompe com o justo equilíbrio

¹ Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Jaboatão dos Guararapes. Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela ESMape/Faculdade Maurício de Nassau.

contratual e, ainda, desconsidera o princípio de que, nos contratos de financiamento, a liquidação antecipada garante a redução proporcional dos juros e demais acréscimos.

Conferir ao devedor fiduciário o direito a purga da mora não causará nenhum prejuízo para o credor que, além do principal, recebe todos os encargos financeiros, sendo ressarcido, ainda, das custas processuais e honorários advocatícios. Por outro lado, para o devedor que já pagou parte do preço, o impedimento à purgação da mora equivale à perda do bem, restando-lhe apenas o direito de receber o saldo que eventualmente existir após a alienação extrajudicial do bem.

O Código Civil também ressalta, em seu art. 421, a necessidade de observância à função social do contrato como limitador da liberdade de contratar. Desse modo, qualquer dispositivo que impeça a possibilidade de o devedor emendar a mora deve ser considerado como não escrito. O Código Civil de 2002, conforme se percebe do parágrafo único o art. 395, veio a consolidar o entendimento doutrinário que já vigorava no sistema anterior, ao estabelecer que o credor apenas poderá recusar a prestação em mora se esta se tornou inútil, fato que não ocorre quando o devedor fiduciário atrasa os pagamentos à instituição financeira, credora fiduciária.

Súmula 016. É possível a discussão da existência da dívida e do seu valor no âmbito da ação consignatória, mesmo que para isso seja necessário revisar cláusulas contratuais.

Comentários:

José Alberto de Barros Freitas Filho¹

O art. 335 do Código Civil enumera as hipóteses em que é cabível a consignação em pagamento, sempre envolvendo a injusta recusa do credor de receber a quantia convencionada contratualmente ou o desconhecimento de quem deva receber o crédito, não prevendo a possibilidade de pedido de revisão de cláusulas contratuais. Em decorrência dessa omissão, a jurisprudência tem vacilado quanto à aceitação de discussão do valor do débito no âmbito da ação consignatória.

Contudo, a jurisprudência tem se posicionado quanto à possibilidade de se discutir o montante da dívida em sede de ação de consignação em pagamento, como se percebe do seguinte aresto do Superior Tribunal de Justiça:

Ação de consignação em pagamento. Cumulação de pedidos. Precedentes da Corte.

1. Já decidiu a Corte ser possível em ação de consignação em pagamento "examinar o critério de reajustamento em contratos de mútuo para a aquisição da casa própria" (REsp nº 257.365/SE, de minha relatoria, DJ de 18/6/01). Há, também, precedente no sentido de que se admite "a cumulação dos pedidos de revisão de cláusulas do contrato e de consignação em pagamento das parcelas tidas como devidas por força do mesmo

¹ Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Jaboatão dos Guararapes. Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela ESMAPE/Faculdade Maurício de Nassau.

negócio jurídico" e de que quando o autor cumula pedidos "que possuem procedimentos judiciais diversos, implicitamente requer o emprego do procedimento ordinário" (REsp nº 464.439/GO, Relatora a Ministra Nancy Andrighi, DJ de 23/6/03).

2. Não viola o art. 292, § 1º, I e II, do Código de Processo Civil a decisão que defere ao autor a possibilidade de opção pelo procedimento ordinário antes do indeferimento da inicial.

3. Recurso especial não conhecido².

De fato, não há restrição de se averiguar na ação de consignação em pagamento a correção dos valores depositados, podendo ser examinadas questões de alta indagação, inclusive quanto à legalidade das cláusulas contratuais.

Apesar de a pretensão deduzida na ação de consignação em pagamento ter natureza meramente liberatória, faz-se necessária a análise incidental de todas as questões que forem importantes para o deslinde da causa, objetivando aferir qual a quantia realmente devida para estabelecer a correspondência com o valor depositado.

Destarte, qualquer questão que influa na aferição do *quantum debeatur*, cuja apreciação seja indispensável ao alcance do correto valor devido, sendo, portanto, pertinente com o objetivo de liberação do devedor, não pode ensejar a inviabilização da ação de consignação em pagamento, por mais complexa que seja a sua análise.

² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 616357/PE. Recorrente: Caixa Econômica Federal-CEF. Recorrido: João Romero Pereira de Santana. Relator: Min. Carlos Alberto Menezes Direito. Brasília, 22 de agosto de 2005. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=1915328&sReg=200302202658&sData=20050822&sTipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 02 jun. 2009.

Súmula 017. A Instituição bancária ainda que na qualidade de simples mandatária do sacador, responde por dano moral quando, tendo ou devendo ter ciência da quitação da dívida, encaminha o título a protesto ou inscreve o nome do sacado em órgãos de proteção ao crédito.

Comentários:

Maria Auri Alexandre Ribeiro¹

Segundo Fábio Ulhoa Coelho², conceitua-se endosso como o ato cambiário que opera a transferência do crédito representado por título à ordem. Continua o autor:

O endosso produz, em regra, dois efeitos:

- a) transfere a titularidade do crédito representado na letra, do endossante para o endossatário;
- b) vincula o endossante ao pagamento do título na qualidade de coobrigado (Lei Uniforme³ - art. 15)

A cláusula à ordem tem o significado de assentimento no endosso. É como se o emitente do título (devedor) dissesse ao credor originário que aquele título lhe será pago no vencimento ou, será pago a quem o credor indicar, a quem ele ordenar que seja pago. Por isso a cláusula “ou à sua ordem”. Entretanto, uma vez efetuado o endosso, aquele que transmitiu a cambial estará para sempre ligado a ela, garantindo-lhe a aceitação e o pagamento.

Dessa forma, o estabelecimento bancário, na qualidade de mero endossatário, ao assumir o compromisso, perante o portador, de cobrar o título do respectivo emitente, assume, também, a responsabilidade de zelar pela coisa,

¹ Juíza Titular da 1ª Vara de Sucessões e Registro Públicos da Capital.

² COELHO, Fábio Ulhoa. Manual de Direito Comercial – Direito de empresa. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 250.

³ Decreto n. 57.663 de 1966 – Lei Uniforme.

devendo, pois, atuar com diligência, respondendo pelos prejuízos que causar (CC, art. 667).

Com efeito, o estabelecimento bancário, na qualidade de mero endossatário, ao assumir o compromisso, perante o portador, de cobrar o título do respectivo emitente assume, também, a responsabilidade pelos prejuízos provenientes do mau desempenho do mandato. Deve, pois, criar mecanismos próprios de controle eficiente de pagamento dos títulos a ela atribuídos para cobrança através de endosso – mandato, sob pena de responder por culpa na modalidade negligência, quando manda indevidamente a protesto o título.

Ainda sobre o assunto, veja-se o seguinte julgado do Superior Tribunal Justiça:

Agravo. Recurso especial. Endosso-mandato. Protesto. Título pago. Responsabilidade civil. Banco endossatário. Culpa.

1. Responde o banco endossatário-mandatário pelo pagamento de indenização decorrente do protesto de título já quitado, caracterizada nas instâncias ordinárias a negligência.

2. Agravo regimental desprovido⁴.

Registre-se que o fato de a instituição financeira ter agido como mandatária, não é o bastante para eximir-se da responsabilidade de reparar o dano, eis que, sendo dela, o ato de encaminhar o título a protesto, não tendo a cautela de verificar a existência ou não do próprio débito, esquecendo-se de que com o protesto estaria criando uma situação

⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 631734/RS. Recorrente: Banco Itaú S/A. Recorrido: Eliana Maria Ramos Soares. Relator: Ministro Ari Pargendler. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/33589/agravo-regimental-no-agravo-de-instrumento-agrg-no-ag-631734-rj-2004-0138103-3-stj>>. Acesso em: 02 jun. 2009.

jurídica gravemente danosa para aquele contra quem dito ato iria atingir.

É prudente dizer, que o risco da atividade de cobrança pertence ao banco endossatário, para o que é remunerado, competindo-lhe, diligenciar no sentido da possibilidade de estar promovendo protesto indevido, ou seja, deve certificar-se por todos os meios possíveis se já houve o cumprimento da obrigação por parte do devedor.

Em suma é irrelevante a questão do mandato, devendo o julgador ficar atento a circunstância de que nos dias atuais o protesto produz efeitos que extravasam a simples consequência cambial que a lei lhe atribui, circunstância que impõe ao mandatário o dever de efetuar todas as diligências na direção de evitar um protesto injusto.

Súmula 018. É dever do Estado-membro fornecer ao cidadão carente, sem ônus para este, medicamento essencial ao tratamento de moléstia grave, ainda que não previsto em lista oficial.

Comentários:

Nalva Cristina Barbosa Campello¹

Segundo o art. 3º da Constituição Federal de 1988, constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: construir uma sociedade livre, justa e solidária, corresponde a formar uma sociedade dotada dos valores supremos dos direitos sociais e individuais. A solidariedade social, portanto está em sintonia com a cidadania e a dignidade da pessoa humana.

A saúde é direito fundamental da pessoa humana a que corresponde o dever do Estado em razão do estabelecimento de políticas sociais que visem erradicar a pobreza, prevendo proteção a pessoas hipossuficientes proporcionando desenvolvimento equilibrado e elevação da qualidade de vida.

O direito à saúde com base nesse dever não se limita apenas a disponibilização de assistência médica, ambulatorial e/ou hospitalar. Vai muito além porque há

¹ Juíza de Direito da Capital. Coordenadora Adjunta de Projetos e Pesquisas do Centro de Estudos Judiciários. Coordenadora do grupo de elaboração das proposições de Súmulas do Tribunal de Justiça de Pernambuco. Especialista em Direito Privado pela Faculdade de Direito de Olinda/PE, Especialista em Direito Público e Privado pela Universidade Federal de Pernambuco e Esmape - Escola da Magistratura do Estado de Pernambuco. Ex-Professora de Direito Civil da Universidade Salgado Filho-UNIVERSO. Professora licenciada da ESMAPE-Escola da Magistratura do Estado de Pernambuco. Mestra em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

fatores determinantes e condicionantes para sua existência envolvendo ações que se constituem essenciais à manutenção ou recuperação da saúde. Nesse contexto, se o cidadão carente é acometido de doença grave e o uso de determinado medicamento tornar-se essencial para tratar a doença então, essa necessidade circunstancial vem com a mesma força de direito fundamental a uma vida humana saudável.

O Estado, para cumprir seu papel deve garantir atendimento a quem necessitar do chamado mínimo social, acudindo a essas pessoas, não por caridade, mas pelo exercício constitucional de prover o direito social de tantos quantos não disponham de meios para satisfação das necessidades básicas, notadamente aquelas vinculadas à saúde, bem maior da vida.

Entendendo esse projeto de enfrentamento da pobreza como ação do Estado em seu mais pleno exercício, José Afonso da Silva² pontua:

As ações de assistência social têm, pois, como fundamento a realização do princípio da igualdade; não da igualdade puramente formal, mas da igualdade material – porque tendem a promover a igualização dos socialmente desiguais. São ações *afirmativas* do Estado destinadas a superar as carências sociais a que estão submetidos enormes bolsões de pobreza, incompatíveis com o Estado Democrático de Direito. Nesse particular, as normas de assistência social inserem-se no contexto dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, previstos no art. 3º da CF.

A proteção àqueles que não dispõem de meios de sobrevivência é encarado como direito do cidadão e

² SILVA, José Afonso da. Comentário contextual à Constituição. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 783.

dever do Estado, responsável que é pelas ações e serviços de saúde, consoante preceitua o art.196 da Constituição Federal.

A ênfase aqui estabelecida no fornecimento de medicamento para cura de moléstia grave, ainda que não inserido em lista oficial, tem por escopo quebrar obstáculo eventualmente alegado, para dentro de um contexto social de carência do sujeito das necessidades, poder o Estado cumprir seu papel.

Esse dever não pode ser visto como mera proclamação discursiva dentro de uma leitura abstrata, mas sim existir sob o influxo de uma principiologia axiológica de índole constitucional centrada na dignidade da pessoa humana.

Súmula 019. É legítima a utilização da taxa Selic como índice de correção monetária e de juros de mora, na atualização dos débitos tributários estaduais pagos em atraso.

Comentários:

Clara Maria de Lima Callado¹

O Sistema Especial de Liquidação e Custódia – SELIC considerado na movimentação e troca de custódia dos títulos públicos federais, é um mecanismo eletrônico, criado para simplificar o controle diário da custódia, liquidação e operação de títulos de dívida pública. Seu índice, definido por circular emitido pelo COPOM (Comitê de Política Monetária do Banco Central), deixa clara sua instrumentalidade político-monetária, cuja variação se dá em função do mercado.

A despeito dos debates jurídicos sobre a aplicação da taxa SELIC no caso de inadimplência para com a Fazenda Pública, que segundo parte da doutrina, deixa de ser observado o princípio da legalidade, que é basilar nos reajustes fiscais, muito se tem escrito sobre a determinação imposta pelo Código Civil que prevê, na hipótese de ocorrência de inadimplência das obrigações pactuadas, aí se incluindo os débitos tributários, a fixação dos juros moratórios segundo a taxa que estiver em vigor para mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Pública.

Outra parte da doutrina, no entanto, tem sustentado que a nova disposição do Código Civil consagra a aplicação da taxa SELIC, uma vez que na remuneração de títulos a taxa SELIC é perfeitamente legal, pois cabe ao

¹ Juíza de Direito Substituta da 3ª Entrância, no exercício auxiliar da 2ª Vara da Execução Fiscal do Município. Mestre e Especialista em Direito Público, pela FDR/UFPE.

Bacen ditar regras sobre a remuneração de títulos públicos, que ora tem conotação de juros moratórios, ora remuneratórios, com o intuito de minimizar os efeitos causados pela inflação, constituindo-se em correção monetária por vias oblíquas.

Assim, sobre os tributos e contribuições federais, relativas a fatos geradores ocorridos a partir de janeiro de 1995, deverão ser cobrados nos percentuais indicados em tabela oficial conforme o mês em que se venceu o prazo legal para pagamento.

Em conclusão em sendo a taxa de juros SELIC aplicável na cobrança, na restituição ou compensação dos títulos é também aplicável às contribuições federais estaduais e municipais.

Em entendimento pacificado o Superior Tribunal de Justiça, a partir da incidência da taxa SELIC, fica excluída a correção monetária, uma vez que representa a taxa de juros reais e a taxa de inflação do período considerado, não podendo ser aplicada cumulativamente com outros índices de reajustamento, devendo-se excluir também os juros moratórios, desde então, não podendo ser capitalizados os índices daquela.

O Código Civil visa corrigir séria defasagem que havia entre o custo do dinheiro captado no mercado financeiro e o valor da condenação judicial, muitas vezes inferior, obstando a justa indenização ou ressarcimento, devendo incidir inclusive sobre os depósitos judiciais, sob pena de locupletamento ilícito do depositário. A partir de 10 de Janeiro 2003, devem incidir os juros moratórios em conformidade com o art. 406 do Código Civil de 2002.

Súmula 020. A remuneração dos servidores estaduais e municipais não pode ser inferior ao salário-mínimo.

Comentários:

Clara Maria de Lima Callado¹

O art. 7º da Constituição Federal de 1988 estabelece que o salário mínimo é fixado em lei, é nacionalmente unificado, e deve ser capaz de atender às necessidades básicas do trabalhador e da sua família.

A Constituição de 1988 ampliou consideravelmente o catálogo dos direitos e garantias fundamentais, aí se incluindo a garantia das relações jurídicas. E os direitos sociais dos trabalhadores.

O salário mínimo, fixado em lei, é extensivo a todo trabalhador, seja na iniciativa privada, seja em função pública, inclusive ao que percebe remuneração variável, foi nacionalmente unificado. E se não pode ser mais fixado conforme as condições de cada região, nem servir de referência para aumento de qualquer prestação, tais como preços ou aluguel, não pode ser diminuído ou restringido sob qualquer argumento ou como forma de salário indireto.

Os servidores estaduais e municipais estão igualmente protegidos pela regra constitucional. O artigo 39 da Constituição Federal, na sua redação original e naquela definida pela Emenda Constitucional n. 19/98 deve ser interpretada de modo a garantir a inclusão dos servidores públicos, ocupantes de cargos efetivos na Administração direta, autárquica ou fundacional no regime jurídico de trabalho de natureza estatutária com direitos e obrigações

¹ Juíza de Direito Substituta da 3ª Entrância, no exercício auxiliar da 2ª Vara da Execução Fiscal do Município. Mestre e Especialista em Direito Público, pela FDR/UFPE.

inerentes, baseadas nas linhas mestras definidas na Carta Magna, especialmente nos artigos 37 a 41.

Não mais se discute a importância do trabalho do indivíduo como garantia de sua sobrevivência e o salário é elemento indispensável à realização desse fim, e corresponde ao objetivo nuclear do contrato individual de emprego.

A relação constitucional dos direitos sociais dos trabalhadores é meramente exemplificativa, pois a enumeração dos direitos constitucionais do art. 7º, por força da própria norma constitucional, poderão ser acrescidos outros que visem à melhoria da sua condição social. O Poder Público não goza de qualquer prerrogativa que autorize o desrespeito a regra constitucional.

Alguns juristas vêm admitindo que os direitos sociais que surgiram com a Constituição de 1988, consistem em Direito Social, diverso do Direito Público e do Direito Privado. Baseiam-se na classe de relações sociais que regula. Dizem que há relação de subordinação - que são as que têm um sujeito com a autoridade; sua expressão está na obediência.

Nada obstante tais assertivas, deve-se entender que todos os direitos são sociais, pois pressupõem sempre relacionamentos interpessoais e o direito regula coercitivamente as relações.

Os incisos V a XII do art. 7º, da Constituição Federal tratam de outras normas referentes ao salário ou remuneração.

Assim, o piso salarial será proporcional à extensão e à complexidade do trabalho, estando constitucionalmente garantido o salário nunca inferior ao mínimo.

Súmula 021. Em mandado de segurança que vise discutir créditos tributários estaduais, a legitimidade passiva recai sobre o Diretor de Administração Tributária do Estado e não sobre o Secretário da Fazenda

Comentários:

Clara Maria de Lima Callado¹

O Mandado de Segurança está previsto na Constituição Federal para proteger direito líquido e certo, não amparado pelo *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. Essa regra é reproduzida no art. 1º, da n. Lei n. 1.533, de 31 de dezembro de 1951.

Considera-se autoridade aquela que tem poderes para instituir ou modificar situações. É, portanto, autoridade aquele sujeito que integra os quadros da administração pública com poder de decisão, sendo competente para praticar o ato questionado ou para desfazê-lo.

A legitimidade passiva para o mandado de segurança é da pessoa que responde pelas consequências jurídicas ou financeiras da demanda, sujeitando-se aos efeitos da coisa julgada material que vier a se operar, tanto que a identificação da autoridade coatora serve também para definir a competência do juízo, além de indicar quem deve, especificamente, sofrer o comando judicial e cumpri-lo.

Há uma discussão doutrinária que defende que se o mandado de segurança é impetrado em face de um ato ilegal ou abusivo de uma autoridade pública, essa autoridade, na condição de pessoa física, indicada como

¹ Juíza de Direito Substituta da 3ª Entrância, no exercício auxiliar da 2ª Vara da Execução Fiscal do Município. Mestre e Especialista em Direito Público, pela FDR/UFPE.

causadora de uma ameaça ou lesão a um direito líquido e certo, é apontada como parte passiva e se confunde com a pessoa jurídica de direito público que representa.

Por outro lado, há outra corrente doutrinária que entende que a legitimidade passiva para o mandado de segurança é da pessoa jurídica a cujo quadro pertença a autoridade de quem emanou o ato impugnado, pelo fato de ser quem irá suportar as consequências financeiras da demanda, uma vez que a coisa julgada alcançará a pessoa jurídica e não a autoridade.

Ao determinar que quando se discutir créditos tributários estaduais a legitimidade passiva recai sobre o Diretor de Administração Tributária do Estado e não sobre o Secretário da Fazenda, reconhece na pessoa do Diretor da Administração a autoridade responsável pelo ato. Conquanto, sejam ambas autoridades públicas, agentes de pessoa jurídica, e integrem o quadro da Secretaria da Fazenda, é o Diretor Administrativo que tem o poder de decisão, e poderes para instituir ou modificar situações referentes a créditos tributários, com atribuições e competência definidas em lei.

O Secretário da Fazenda, na condição de membro do Poder, é detentor de cargo de confiança, temporário, tem sua competência estabelecida no art. 42 da Constituição Estadual, sua atuação se limita a exercer a orientação, coordenação e supervisão do órgão de acordo com o plano do governo.

Compete ao Diretor da Administração Tributária, na condição de servidor público, a fiscalização tributária. É a autoridade administrativa que tem poderes e meios para correção da ilegalidade apontada, investida de competência para corrigir o ato coator.

Súmula 022. O acréscimo do percentual de 11,98%, relativo à conversão da URV nos vencimentos ou proventos dos servidores públicos, é devido apenas aos membros e servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário e do Ministério Público.

Comentários:

Ana Claudia Brandão de Barros Correia Ferraz¹

No processo de instituição do Plano Real, foi editada a Medida Provisória n. 434, de 27 de fevereiro de 1994, a qual fora convertida na Lei n. 8.880, de 27 de maio de 1994 contendo as regras de conversão da moeda Cruzeiro Real para o Real.

O referido diploma legal, no seu art. 22 estabeleceu a regra de conversão de salários de Cruzeiros Reais para Unidade Real de Valor – URV, a partir de 1º de março de 1994, de forma que os vencimentos e proventos passaram a ser expressos em URV, cujo reajuste era diário, sendo que o pagamento era feito em cruzeiros reais, com base no valor da URV do dia do pagamento.

Tal regra, em se tratando de norma de ordem pública, de caráter geral e de aplicação imediata deveria ser aplicada tanto aos servidores federais, quanto aos distritais, estaduais e municipais.

No entanto, a conversão de Cruzeiros Reais para a Unidade Real de Valor – URV no tocante aos vencimentos e proventos dos servidores públicos deveria considerar a data do efetivo pagamento na realização dos cálculos. Assim, apurou-se que, em alguns casos, a conversão

¹ Juíza de Direito da Capital. Especialista e Mestre em Direito pela FDR-UFPE. Professora de Direito Civil da FAPE e da ESMAPE. Coordenadora Adjunta de Divulgação Científica e Cultural do Centro de Estudos Judiciários do TJPE.

acarretou perda salarial no percentual de 11, 98% (onze vírgula noventa e oito por cento).

Tal percentual, no entanto, não é devido indistintamente às diversas carreiras do serviço público, mas tão-somente àquelas cujos servidores recebem seus vencimentos nos moldes do art. 168 da Constituição Federal, que estabelece, *in verbis*:

Art. 168. Os recursos correspondentes às dotações orçamentárias, compreendidos os créditos suplementares e especiais, destinados aos ÓRGÃOS dos Poderes Legislativo e Judiciário e do Ministério Público, ser-lhes-ão entregues até o dia 20 de cada mês, na forma da lei complementar a que se refere o art. 165, § 9º².

Desta feita, apenas aqueles servidores que recebessem seus vencimentos até o dia 20 (vinte) faziam jus ao recebimento do percentual de 11,98% referente à perda pela conversão, tendo em vista que os demais, no período de março a julho de 1994, não sofreram as perdas financeiras e decesso remuneratório decorrentes da implantação do Plano Real, por terem a data de pagamento não coincidente com o dia vinte.

Assim, o acréscimo é devido apenas em relação aos membros e servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário e do Ministério Público, posto que apenas eles se enquadram no disposto no art. 168 do Constituição Federal, excluídos, portanto, por exemplo, os servidores do Poder Executivo, já que em face da data em que recebiam seus vencimentos e proventos, não se constatou qualquer prejuízo quando da conversão.

² BRASIL, Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Código civil, código de processo civil, código comercial legislação civil, processual civil e empresarial, constituição federal. Organização do texto: Yussef Said Cahali. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 109.

Súmula 023. A gratificação de Incentivo instituída pela Lei Complementar Estadual 27/1999 é extensiva aos policiais militares inativos e a seus pensionistas.

Comentários:

Ana Claudia Brandão de Barros Correia Ferraz¹

A Lei Complementar Estadual n. 27, de 14 de dezembro de 1999, instituiu a gratificação de incentivo em favor dos policiais militares do Estado de Pernambuco, entendendo a Administração Pública Estadual que apenas faziam jus à percepção de tal gratificação os policiais militares que estivessem em atividade e preenchessem determinados requisitos, ao argumento principal de que se tratava de benefício de natureza *propter laborem* e, por isto, não poderia ser estendido aos inativos e pensionistas.

Ocorre que a referida Lei Complementar Estadual, ao estabelecer os requisitos exigidos para obtenção de tal gratificação, tais como o exercício da defesa social, a preservação da ordem pública, bem como a dedicação efetiva e integral, previu atividades inerentes à própria razão de ser da Polícia Militar, consoante o art. 105 da Constituição Estadual de 1989 e não o exercício de atividades diferenciadoras de modo a justificar o pagamento da vantagem a apenas policiais militares que estivessem na atividade.

Diante de tais características, percebeu-se que, na realidade, a referida gratificação se tratava de gratificação de caráter geral e não de vantagens pecuniárias concedidas em razão das condições excepcionais em que

¹ Juíza de Direito da Capital. Especialista e Mestre em Direito pela FDR-UFPE. Professora de Direito Civil da FAPE e da ESMAPE. Coordenadora Adjunta de Divulgação Científica e Cultural do Centro de Estudos Judiciários do TJPE.

está sendo prestado um serviço (*propter laborem*) ou em face de situação pessoais (*propter personam*).

Cuida-se, então, no caso, de uma vantagem de caráter geral, concedida a todos os policiais militares em atividade, sem qualquer correlação com o trabalho executado, caracterizando aumento de vencimentos, de modo que a exclusão dos inativos e pensionistas configura ofensa ao art. 40 § 8º da Constituição Federal e ao art. 100 da Constituição Estadual.

Portanto, a instituição de tal gratificação nada mais representou que aumento disfarçado e como tal é parte integrante da remuneração dos policiais com todos os seus reflexos.

Assim, uma vez se tratando de vantagem de caráter genérico, é pacífico o entendimento no Supremo Tribunal Federal no sentido de que tal vantagem é extensível aos inativos e pensionistas, em face do princípio da isonomia, nos termos do artigo 40, §8º da Constituição Federal de 1988, com a redação anterior à Emenda Constitucional n. 41, de 19 de dezembro de 2003.

Ressalte-se, ainda, que o caráter geral da gratificação em comento restou incontestado com a edição da Lei Complementar Estadual n. 59, de 05 de julho de 2004, que incorporou a gratificação de incentivo ao soldo dos policiais militares estaduais, com extensão explícita aos proventos e pensões, nos termos de seu art. 7º, parágrafo único.

Súmula 024. O direito à impetração de mandado de segurança, cujo objeto verse sobre relação jurídica de trato sucessivo, não é atingido pela decadência.

Comentários:

Ana Cláudia Brandão de Barros Correia Ferraz¹

O mandado de segurança, segundo prescreve o inciso LXIX do art. 5º da Constituição Federal de 1988 presta-se a proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus e 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.

A ação mandamental estava prevista nas Constituições Federais de 1934, 1946, 1967 e 1969 e encontra-se regulamentada pela Lei n. 1.533, de 31.12.1951, com suas alterações posteriores.

O art. 18 da referida Lei prevê que o prazo para impetração do mandado de segurança é de 120 (cento e vinte) dias, contados da data em que o interessado tiver conhecimento oficial do ato a ser impugnado.

Não impetrada, portanto, a ação mandamental no prazo estipulado opera-se a decadência do direito à impetração e, com tal, o prazo não se suspende nem se interrompe.

No entanto, há relações jurídicas que não se exaurem com a prática de um único ato, em momento certo, mas que se caracterizam pela sua continuidade, de forma

¹ Juíza de Direito da Capital. Especialista e Mestre em Direito pela FDR-UFPE. Professora de Direito Civil da FAPE e da ESMAPE. Coordenadora Adjunta de Divulgação Científica e Cultural do Centro de Estudos Judiciários do TJPE.

que seus efeitos se protraem no tempo, havendo a prática ou abstenção de atos reiterados.

Nestes casos, impende estabelecer o termo inicial de contagem do prazo decadencial estabelecido na lei que regulamenta a ação mandamental.

Considerando que a relação é renovada mensalmente, o prazo para impetração renova-se a partir de cada ato, na oportunidade de satisfação de cada prestação, posto que há a continuidade da renovação até que cesse o ato apontado como coator, não se operando, assim, a decadência. Logo, mantida a lesão, mantém a incolumidade do prazo para impetração do mandado de segurança, não se configurando a decadência.

Súmula 025. Não incide o imposto de transmissão *causa mortis* sobre resíduo salarial, nem sobre saldos de FGTS, PIS ou Pasep, não recebidos em vida pelo titular.

Comentários:

Maria Auri Alexandre Ribeiro¹

A Lei n. 6.858, de 24 de novembro de 1980, disciplina o levantamento dos valores devidos pelos empregadores aos empregados e os montantes das contas individuais do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e do Fundo de Participação PIS-PASEP, não recebidos em vida pelos respectivos titulares (art. 1º). Refere-se também às restituições relativas a imposto de renda e outros tributos e, não existindo outros bens sujeitos a inventário, aos saldos bancários e de contas de cadernetas de poupança e fundos de investimentos até o valor legal (art. 2º).

Nos termos do artigo primeiro da referida Lei, tal pedido será formulado independentemente de arrolamento ou inventário e será pago aos dependentes habilitados e, na sua falta, aos sucessores previstos na lei civil.

Da simples leitura do texto da lei acima citada, infere-se que sobre os saldos de FGTS, PIS e Pasep, bem como sobre qualquer resíduo salarial, a exemplo daqueles concedidos em razão da Lei n. 8.627, de 19 de fevereiro de 1993, não incide o Imposto de Transmissão *Causa Mortis* e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos (ITCD).

Neste sentido, vejamos Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery², em comentário ao art. 982 do Código de Processo Civil, *in verbis*: Pertence, aos

¹ Juíza Titular da 1ª Vara de Sucessões e Registro Públicos da Capital.

² JÚNIOR, Nelson Nery. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 1198.

dependentes habilitados perante a previdência social o direito de receber o saldo do FGTS, existente em nome do segurado, independentemente da expedição de alvará, já que pela sua natureza e em virtude da lei deve ficar fora do processo de inventário (JTJ 145/191).

De outro lado, o artigo 1037 do CPC, prescreve que independerá de inventário ou arrolamento o pagamento dos valores previstos na Lei n. 6.858, de 24 de novembro de 1980.

Segundo José Jayme de Macedo Oliveira³:

A própria regra constitucional de competência (CF, artigo n.155, inciso I) já adianta o fato gerador do ITCD: *transmissão causa mortis e doação, de quaisquer bens ou direitos*. Significa dizer: a hipótese de incidência do imposto tem de ser a transmissão (mudança de titularidade), ocorrida através dos dois fatos jurídicos mencionados (*causa mortis* ou doação), isso relativamente a bens de qualquer natureza (móveis ou imóveis).

Em alguns Estados a própria lei estadual do ITCD já traz expressamente a isenção do pagamento do referido imposto relativamente a tais verbas. Exemplificadamente, o Estado do Acre, Lei Complementar n. 12/2002 art. 5º inciso VI, letras “c” e “d”⁴. Estado do Rio de Janeiro, Lei n. 1.427/1989, art. 3º, VII. Estado de São Paulo, Lei n. 10.705, art. 6º, I, c⁵.

³ OLIVEIRA, José Jayme de Macedo. *Impostos Estaduais*. São Paulo. Saraiva.2009, p. 328 e 329.

⁴ ACRE. Lei Estadual n. 112, de 30 de dezembro de 2002. Dispõe acerca do Imposto sobre a Transmissão Causa Mortis e Doação de Bens ou Direitos. Disponível em: <www.ac.gov.br/sefaz/leis/LeiC00112-02.html>. Acesso em: 24 abr. 2009.

⁵ FERNANDES, Regina Celi Pedrotti Vespero. *Impostos Sobre Transmissão Causa Mortis e Doação*. ITCMD. 2. ed. Revista dos Tribunais, 2005. p. 203/204 e 230.

Em última *ratio*, não podemos olvidar que o Salário é a forma de sobrevivência ou manutenção, e como tal, não cabe a cobrança de imposto *causa mortis*. A sobra dele, aplicado como bem de reserva patrimonial, sim.

Súmula 026. O fato gerador do ICMS incidente sobre mercadoria importada ocorre no desembaraço aduaneiro.

Comentários:

Clara Maria de Lima Callado¹

O despacho aduaneiro de importação, em uma definição objetiva, é o procedimento fiscal através do qual é verificada a exatidão dos dados declarados pelo importador em relação à mercadoria importada, aos documentos apresentados e à legislação vigente, com o escopo de se dar o seu desembaraço aduaneiro, ou seja, a autorização da entrega da mercadoria ao importador. Entretanto, o início do despacho aduaneiro de importação somente ocorrerá após a mercadoria chegar à Unidade da Receita Federal na qual o importador for submetê-la ao desembaraço (UFR de Despacho), no caso de esta ser diferente da unidade de entrada da mercadoria no território aduaneiro nacional.

Além disso, o início do despacho de importação deve respeitar os prazos estabelecidos no Decreto n. 4.543 de 26 de dezembro de 2002 que variam entre 45, 60 e 90 dias, dependendo da situação descrita na norma, evitando-se assim que a mercadoria importada fique ocupando por muito tempo o espaço físico de recintos alfandegários, podendo ser considerada como mercadoria abandonada.

O desembaraço aduaneiro é, de acordo com o art. 511 do Decreto 4.543/2002, o ato pelo qual é registrada a conclusão da conferência aduaneira.

¹ Juíza de Direito Substituta da 3ª Entrância, no exercício auxiliar da 2ª Vara da Execução Fiscal do Município. Mestre e Especialista em Direito Público, pela FDR/UFPE.

É com o desembaraço aduaneiro que é autorizada a efetiva entrega da mercadoria ao importador, sendo o último ato do procedimento do despacho aduaneiro.

O ato do desembaraço aduaneiro tem por termo inicial a conclusão da conferência aduaneira. Se, no processo de conferência não se constatar nenhuma irregularidade é autorizado o desembaraço. Todavia, antes da entrega da mercadoria ao importador é necessário o registro, pela autoridade aduaneira do desembaraço no SISCOMEX.

Uma vez efetuado tal registro, será expedido e entregue ao importador o comprovante de importação, documento comprobatório da regularidade da mercadoria no país. E finalmente, mediante a apresentação do documento de conhecimento de carga liberada pelo Departamento da Marinha Mercante e da comprovação do pagamento do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS – salvo disposição de lei em contrário, será definitivamente entregue a mercadoria ao importador, finalizando desse modo, o procedimento de despacho aduaneiro.

A Constituição Federal em seu art 155, IX “a”, determina que o ICMS incide também sobre a entrada de mercadoria importada do exterior, ainda quando se tratar de bem destinado ao consumo ou ao ativo fixo do estabelecimento, assim como o serviço prestado no exterior, cabendo o imposto ao Estado onde estiver situado o estabelecimento destinatário da mercadoria ou serviço. E se havia qualquer questionamento ou controvérsia quanto à incidência do imposto estadual em operações de importação, a Emenda Constitucional n. 33 de 11 de dezembro de 2001, que altera a disposição do art 155, § 2º, IX da Constituição Federal, deixa clara a legalidade da cobrança, além do que, não se conhece qualquer divergência jurisprudencial.

Como se vê a Constituição Federal, tampouco a Lei Complementar fazem qualquer distinção quanto ao importador, seja pessoa física ou jurídica, ainda que não seja contribuinte habitual do imposto, qualquer que seja a sua finalidade, assim como sobre o serviço prestado no exterior, cabendo o imposto ao Estado onde estiver situado o domicílio ou o estabelecimento do destinatário da mercadoria, bem ou serviço. A lei deixa claro que é contribuinte tanto a pessoa física como a jurídica. Aqui o fato gerador é a importação da mercadoria do exterior, ainda quando se tratar de bem destinado ao consumo ativo fixo do estabelecimento. O ato tributado é a importação. O sujeito passivo é o adquirente do bem, comerciante ou não. O pagamento do ICMS é feito pelo adquirente da mercadoria quando do desembarço aduaneiro.

Por consequência, não se pode excepcionar aquilo que a Constituição Federal nem a Lei complementar não o fazem. Por isso a cobrança do ICMS, pela importação de bens do exterior se faz passível com base na Lei Estadual n. 10.259 de 27 de janeiro de 1989. Ademais o regramento estadual adquiriu sua eficácia plena com a nova ordem constitucional introduzida pela Emenda Constitucional n. 33, de 11 de dezembro de 2001, pelo fenômeno da constitucionalidade superveniente.

A presente súmula teve alterado o seu enunciado, no sentido de substituir a expressão “é o desembarço aduaneiro”, por “ocorre no desembarço aduaneiro”. A alteração foi proposta por este Centro de Estudos Judiciários à Seção Cível, que a aprovou em 05 de junho de 2009, tendo sido publicada no DPJ 110, de 18 de junho de 2009, p. 6.

Súmula 027. A legitimidade para recorrer em mandado de segurança é da pessoa jurídica e não da autoridade apontada como coatora.

Comentários:

Ana Cláudia Brandão de Barros Correia Ferraz¹

O mandado de segurança, em sendo direito e garantia fundamental, pode ser impetrado por qualquer titular de direitos que tenha capacidade processual para defesa contra lesão ou ameaça a tais direitos subjetivos. Portanto, a parte impetrante é justamente o titular do direito enquanto o impetrado é a autoridade coatora, que não se confunde com a pessoa jurídica ou órgão a que a mesma pertence.

A autoridade apontada como coatora, no mandado de segurança, será notificada para prestar informações, quando então cessa sua intervenção no feito.

Nas lições de Hely Lopes Meirelles:

[...] a autoridade coatora será sempre parte na causa, e como tal, deverá prestar e subscrever pessoalmente as informações no prazo de dez dias, atender às requisições do juízo e cumprir o determinado com caráter mandamental na liminar ou na sentença. A execução específica ou in natura do mandado cabe à autoridade coatora e os efeitos patrimoniais da condenação tocam à entidade a que pertence o coator².

¹ Juíza de Direito da Capital. Especialista e Mestre em Direito pela FDR-UFPE. Professora de Direito Civil da FAPE e da ESMAPE. Coordenadora Adjunta de Divulgação Científica e Cultural do Centro de Estudos Judiciários do TJPE.

² MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança*. Ação popular. Ação civil pública. Mandado de injunção. Habeas data. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 55.

Na realidade, a autoridade coatora participa do processo na qualidade de parte em mero sentido formal. No sentido material, é a pessoa jurídica que suportará os efeitos da decisão proferida.

Outrossim, é cediço em sede clássica doutrinária que:

[...] a parte passiva no mandado de segurança é a pessoa jurídica de direito público a cujos quadros pertence a autoridade apontada como coatora. (...) o ato do funcionário é ato da entidade pública a que ele se subordina. Seus efeitos se operam em relação à pessoa jurídica de direito público. E, por lei, só esta tem 'capacidade de ser parte' do nosso direito processual civil". E continua o referido autor: "A circunstância de a lei, em vez de falar na citação daquela pessoa, haver se referido a 'pedido de informações à autoridade coatora' significa apenas mudança de técnica, em favor da brevidade do processo: o coator é citado em juízo como 'representante' daquela pessoa, como notou Seabra Fagundes, e não como parte ³.

Por seu turno, José Horácio Cintra Gonçalves Pereira, lecionando sobre o tema:

[...] Pois bem, com referência à legitimidade da autoridade coatora (impetrado), não obstante as opiniões do saudoso jurista e de outros não menos brilhantes doutrinadores, a melhor orientação, com a máxima vênua, é aquela que vem sendo traçada pelos Tribunais Superiores. O interesse de recorrer, como preleciona Cândido Dinamarco, com apoio em Barbosa Moreira e Carnelutti, estará presente 'quando o novo provimento jurisdicional pretendido for capaz de proporcionar à parte o bem que fora negado pelo provimento recorrido, isso significa que entre ele e o recorrente há uma

³ BARBI, Celso Agrícola. *Do mandado de segurança*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 125.

relação de complementariedade (entre o sujeito e bem), caracterizando-se, portanto o seu legítimo interesse recursal. Dessa forma, falece a legitimidade à autoridade coatora para interposição de recurso, seja porque não será considerada vencida, seja porque entre ela (autoridade coatora) e o bem não há uma 'relação de complementariedade'. Assim sendo, deve prevalecer a orientação segundo a qual a pessoa jurídica de direito público é a parte legítima para recorrer da sentença concessiva da ordem impetrada. Nessa linha de idéia, o pensamento de Walter Vechiato Júnior: A pessoa jurídica de direito público é quem suporta os encargos da sentença mandamental e não o seu servidor, ora autoridade coatora, razão pela qual o interesse recursal é exclusivo daquela⁴.

Portanto, a pessoa jurídica interessada é que tem legitimidade para recorrer da decisão proferida no mandado de segurança, já que os efeitos se operam em relação a mesma.

Nesse sentido, veja-se Theotônio Negrão, em sua chamada ao art. 12 da Lei n. 1.533, de 31 de dezembro de 1951, *in verbis*:

[...] pessoa jurídica de direito público afetada pela concessão do writ é a parte legítima para recorrer. (RTJ 88/298). Nesse sentido: RTJ 118/388, RTFR 124/11, 128/19, 139/33, RT 521/285.

[...] O coator é notificado para prestar informações. Não tem ele legitimidade para recorrer da decisão deferitória do mandamus. A legitimação cabe ao

⁴ PEREIRA, José Horacio Cintra Gonçalves. In *Aspectos Polêmicos e Atuais do Mandado de Segurança 51 anos depois*. ALVIM, Eduardo Arruda; BUENO, Cássio Scarpinella; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coords). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 655.

representante da pessoa jurídica interessada (RTJ 105/104 e RDA 150/162)⁵.

Por fim, vale ressaltar que a jurisprudência dos Tribunais Superiores não discrepa do entendimento sumulado pelo Tribunal de Justiça de Pernambuco⁶.

Desta feita, a legitimidade para interposição de recurso de decisão proferida em Mandado de Segurança é da pessoa jurídica interessada, esta sim, vencida na lide em que é concedida a segurança e, portanto, legitimada a interpor o recurso, em face do seu interesse.

⁵ NEGRÃO, Theotônio. *Código de Processo Civil e Legislação Processual em vigor*. 22. ed. São Paulo: Malheiros editores, pgs. 1067/68.

⁶ Conferir os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça: REsp n. 619461/RS, Rel. Min. Teori Zavascki, DJ 06.09.2004; ROMS n. 14.176/SE, Rel. Min. Félix Fischer, DJ 12.08.2002; REsp n. 601.251/CE, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ 04.04.2005; Resp n. 646.253/MA; Rel. Min. Castro Meira, DJ 07.03.2005; REsp n. 647.409/MA, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 28.02.2005; EDcl no REsp n. 647.533/MA, Rel. Min. Castro Meira, DJ 27.09.2004. No Supremo Tribunal Federal: RE-AgR 412430 / MS, Relatora Ministra Ellen Gracie.

Súmula 028. É inconstitucional a cobrança do imposto de transmissão *causa mortis* e doação (ICD) de forma progressiva.

Comentários

Maria Auri Alexandre Ribeiro¹

Tema que tem gerado muitas controvérsias em sede doutrinária e jurisprudencial diz respeito a progressividade ou não dos tributos incidente sobre a transmissão de bens. A Constituição Federal não admite a progressão de alíquotas, salvo situações nela expressamente especificadas. Todavia, admite que os impostos sejam graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte (CF 145, § 1º).

Como é atribuída ao Senado Federal competência para fixar o teto máximo, a Resolução n. 9/1992 fixou a alíquota máxima do Imposto de Transmissão *Causa Mortis* e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos (ITCD) em 8% ao tempo que autorizou os Estados a implantarem alíquotas progressivas.

O Estado de Pernambuco, então, ao editar a Lei n. 10.260, de 27 de janeiro de 1989, que instituiu o imposto sobre transmissão *causa mortis* e doação de quaisquer bens ou direitos, além de outras providências, estabeleceu em seu art. 8º que a alíquota do imposto equivalerá ao limite máximo fixado em resolução do Senado Federal.

Todavia, o legislador estadual, ao vincular a alíquota do imposto sempre ao máximo previsto pelo Senado Federal através da Resolução n. 09/92, subtraiu do Legislativo, o poder de verificar, a cada elevação do máximo previsto na dita Resolução, se é conveniente ou não majorar o tributo.

¹ Juíza de Direito titular da 1ª Vara de Sucessões.

A vinculação permanente ao teto fixado pela Resolução senatorial contraria o princípio da reserva legal porque excluiu, indevidamente, a necessidade de lei que alterasse a alíquota, além de que transferiu o exercício de competência estadual exclusiva para o Senado Federal.

Importante anotar que o art.155, § 1º, inciso IV, da Constituição Federal 1988, outorgou ao Senado a competência para a estipulação das alíquotas máximas de ITCMD, que é de competência dos estados e do Distrito Federal. Tal situação difere do que dispõe a mencionada Lei Estadual ao permitir, automaticamente, a elevação do tributo através de Resolução senatorial, sendo, pois, uma delegação de competência tributária da esfera estadual para a federal que não encontra amparo na Constituição Federal e que é vedada pelo art. 7º do Código Tributário Nacional.

Ricardo Alexandre² esclarece que o Supremo Tribunal Federal entende que não pode o Estado ou o Distrito Federal editar lei afirmando genericamente que a alíquota do seu ITCMD é igual à alíquota máxima fixada pelo Senado, de forma que se este alterar a alíquota máxima, imediatamente a alíquota estadual se tenha por alterada. Assim, se o Estado quer manter sua alíquota no limite máximo fixado pelo Senado, deve, a cada alteração levada a cabo por este, editar nova lei estadual fixando especificamente a alíquota.

Acrescenta ainda o mesmo autor, que:

[...] o Senado Federal ultrapassou sua competência constitucional (inconstitucionalidade formal) e, ao autorizar a progressividade de imposto real (inconstitucionalidade material), foi de encontro à jurisprudência consolidada do STF.

² ALEXANDRE, Ricardo. Direito Tributário Esquematizado. São Paulo: Método, 2007. p. 530.

Com efeito, o art. 145, parágrafo 1º da CF/88 estatui que “[...] sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte”. Sobre o assunto veja-se o seguinte julgado do STF³:

ITBI. Progressividade. L. 11.154/91, do Município de São Paulo: inconstitucionalidade. A inconstitucionalidade, reconhecida pelo STF (RE 234.105), do sistema de alíquotas progressivas do ITBI do Município de São Paulo (L. 11.154/91, art. 10, II), atinge esse sistema como um todo, devendo o imposto ser calculado, não pela menor das alíquotas progressivas, mas na forma da legislação anterior, cuja eficácia, em relação às partes, se restabelece com o trânsito em julgado da decisão proferida neste feito.

A toda evidência a cobrança das alíquotas progressivas do ICD, na forma estabelecida na Lei Estadual n. 11.413, de 20 de dezembro de 1996, apresenta-se eivada de inconstitucionalidade, tanto que o Estado de Pernambuco, ao se aperceber de tal inconstitucionalidade, editou a Lei n. 11.920, de 29 de dezembro de 2000, que determinou a partir de 1º de janeiro de 2001 a cobrança do ICD terá alíquota única de 5%.

A questão ainda pende de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, mas os Tribunais, de forma majoritária, têm declarado a inconstitucionalidade de tais aumentos. Ao menos nas transmissões *inter vivos*, o Supremo, já reconheceu a inconstitucionalidade da

³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 259339-SP. Recorrente: José Maurício Bicalho Dias. Recorrido: Município de São Paulo. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, 09 maio 2000. Disponível em: <www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/779895/recurso-extraordinario-re-259339-sp-stf>. Acesso em: 15 maio 2009.

progressão, segundo a súmula n. 656, *in verbis*: É inconstitucional a lei que estabelece alíquotas progressivas para o imposto de transmissão *inter vivos* de bens imóveis – ITBI com base no valor venal do imóvel.

Por fim, e considerando a inconstitucionalidade da Lei Estadual n. 11.413/96, segue-se à orientação de que nas sucessões ocorridas até 31 de dezembro de 2000, aplica-se à transmissão *causa mortis* e doação, em qualquer caso, a alíquota de 4% (quatro por cento), conforme previsto na Lei n. 10.260/89. Falecendo o autor da herança a partir de janeiro de 2001, à transmissão do seu patrimônio, assim como nos casos de doação, será aplicada a alíquota de 5% (cinco por cento), conforme previsto na Lei n. 11.920, de dezembro de 2000.

Súmula 029. A seguradora não pode recusar o pagamento de indenização do seguro de vida, sob a alegação de doença preexistente, se o segurado não foi submetido a prévio exame médico, salvo comprovada má-fé.

Comentários:

José Alberto de Barros Freitas Filho¹

O contrato de adesão caracteriza-se por permitir que apenas um dos contratantes (proponente) determine previamente, de modo geral e abstrato, o conteúdo das condições gerais do contrato, inexistindo a possibilidade de qualquer transigência entre as partes quanto ao conteúdo das cláusulas contratuais. A outra parte apenas adere ao que foi prescrito pelo proponente. É o caso do contrato de seguro. O consentimento do aceitante manifesta-se apenas a título de adesão em bloco ao conteúdo preestabelecido (CDC, art. 54).

Ao aceitar a proposta de adesão, sem submeter o segurado a exame, não pode a seguradora escusar-se do pagamento da sua contraprestação, alegando omissão nas informações do segurado.

Devem ser aplicadas as regras gerais do Código Civil sobre seguros, no pertinente ao esteio da boa-fé nos contratos da mera declaração de não ser portador desta ou daquela doença, ocorrendo a aceitação pela seguradora. É desta o ônus da comprovação da preexistência, uma vez que a boa-fé se presume e daí a veracidade das alegações feitas pelo segurado. Isto se deve ao fato de que o segurado nem sempre é um conhecedor da área de saúde, não podendo

¹ Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Jaboatão dos Guararapes. Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela ESMAPE/Faculdade Maurício de Nassau.

assim exigir exatidão nas suas declarações. Por essa razão, vem se entendendo que é dever da seguradora submeter o contratante a prévio exame de saúde, sob pena de assumir o risco da omissão.

A não cobertura de doenças e lesões preexistentes pressupõe postura desleal do consumidor. Para que haja exclusão dessa cobertura, necessário que o segurado tenha consciência prévia da doença que o acomete no momento da contratação. Enfim, a exclusão de doença preexistente está condicionada uma presumível a má-fé do consumidor.

Portanto, é defeso às Seguradoras, que firmaram o contrato de seguro saúde e receberam do segurado as parcelas do prêmio, escusarem-se do pagamento das indenizações devidas sob o pretexto de omissão de doença preexistente, sem que tenham submetido o contratante a prévio exame médico.

Súmula 030. É abusiva a negativa de cobertura da cirurgia plástica reparadora complementar de gastroplastia.

Comentários:

José Alberto de Barros Freitas Filho¹

A cirurgia bariátrica (gastroplastia) é um procedimento médico utilizado no tratamento de pessoas portadoras de obesidade mórbida e ocasiona a perda de peso, contribuindo para a regularização da pressão arterial e normalização de taxas de glicose e colesterol, dentre outros benefícios; contudo, a rápida e expressiva perda de peso frequentemente acarreta a sobra de pele nos pacientes.

É cediço que após a realização de uma cirurgia bariátrica, o paciente sofre uma grande perda de peso nos meses seguintes, ocasionando deformidades cutâneas aparentes. Não resta dúvida que o aparecimento dessas deformidades cutâneas é consequência direta da cirurgia de redução de estômago, razão por que a cirurgia de correção dessas deformidades é mera complementação do tratamento iniciado com a cirurgia anterior.

A cirurgia plástica para retirada das sobras de pele acumuladas em decorrência da rápida perda de peso sofrida pelo paciente que se submeteu à gastroplastia não deve ser considerada um procedimento cirúrgico de origem isolada; mas, sim, de uma correção decorrente da cirurgia bariátrica da qual se submeteu.

Desse modo, a cirurgia plástica posterior à gastroplastia não possui natureza estética e deve receber a cobertura securitária como complementação da cirurgia de

¹ Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Jaboatão dos Guararapes. Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela ESMAPE/Faculdade Maurício de Nassau.

gastroplastia, sendo nula qualquer disposição contratual que afaste a cobertura. O excesso de pele a ser suportado pelo paciente prejudica os seus afazeres normais, prejudica a sua higiene pessoal, bem como provoca estigma em sua vida social e afetiva, causando-lhes constrangimentos. Logo, as operadoras de planos de saúde devem disponibilizar tal procedimento, ante ao seu caráter reparador, não merecendo guarida a tese de que tais cirurgias tenham caráter meramente embelezador ou confundi-lo com tratamento de emagrecimento.

A cláusula de negativa de cobertura de cirurgia plástica reparadora, complementar à cirurgia bariátrica, aposta em planos de saúde, nos termos do art. 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor, é nula de pleno direito, pois é iníqua, abusiva e coloca o consumidor em desvantagem exagerada, em clara ofensa ao princípio basilar da boa-fé que deve estar presente em toda relação de consumo.

Súmula 031. O juiz pode, de ofício, corrigir o valor da causa.

Comentários:

Nalva Cristina Barbosa Campello¹

A figura do juiz tem em si investida o poder para aplicar o direito. Juridicamente esse poder significa a capacidade de valorar os fatos à luz do ordenamento jurídico vigente, meio encontrado para pacificação dos litigantes. Essa atuação ocorre por meio de um instrumento de trabalho desenvolvido pela ciência processual chamado processo.

Dentre os poderes que tem na direção processual, pode ele, de ofício, corrigir o valor da causa para adequá-lo ao pedido, estabelecendo um valor correto (arts. 259 e 260). Consoante preceitua a norma inserta no art. 258 do Código de Processo Civil, a toda causa, ainda que sem conteúdo econômico imediato, será atribuído um valor certo. Essa regra é aplicada a quaisquer causas, sejam de procedimentos comuns, sumários ou especiais, disciplinada no código de processo civil ou lei especial. Essa atribuição tem duas vertentes: uma processual e outra tributária. Na expressão de José Carlos Barbosa Moreira².

¹ Juíza de Direito da Capital. Coordenadora Adjunta de Projetos e Pesquisas do Centro de Estudos Judiciários. Coordenadora do grupo de elaboração das proposições de Súmulas do Tribunal de Justiça de Pernambuco. Especialista em Direito Privado pela Faculdade de Direito de Olinda/PE, Especialista em Direito Público e Privado pela Universidade Federal de Pernambuco e Esmape - Escola da Magistratura do Estado de Pernambuco. Ex-Professora de Direito Civil da Universidade Salgado Filho- UNIVERSO. Professora licenciada da ESMape- Escola da Magistratura do Estado de Pernambuco. Mestra em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

² MOREIRA, José Carlos Barbosa. O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento. Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro, Forense, 1999. p. 18.

[...] processualmente importa o valor da causa: a) dentre as de procedimento comum, para a discriminação das que (além das arroladas no art. 275, nº II) obedecem ao rito sumário (art. 275, nº I) com ressalva das relativas ao estado e à capacidade das pessoas (art. 275, parágrafo único); b) para determinação da competência no primeiro grau de jurisdição, consoante o que dispuserem as normas de organização judiciária (art. 91); c) nas execuções fiscais, para a verificação do cabimento de apelação ou de embargos infringentes contra sentença (Lei nº 6.830, de 22.9.1980, art.34); d) como base do cálculo de certas prestações impostas pelo órgão judicial, a título de indenização (art. 18, § 2º, na redação da Lei 8.952, de 13.12.1994) ou de multa (arts. 424, parágrafo único; 488, nºII; 538, parágrafo único); e) excepcionalmente, como fator determinante do critério de fixação dos honorários do advogado da parte vencedora (art. 20, § 4º, *princípio*). O valor da causa é relevante por mais de um aspecto no processo perante os Juizados Especiais Cíveis (Lei nº 9.099, de 26.9.1995, art. 3º, nº I, e seu §1º, nº II; art. 9º, *caput*; art. 15, *fine*).

A estimativa do valor da causa, quando não é legal, arts 259 e 260 do Código de Rito é feita livremente pelo demandante, atendente ao benefício que persegue com a inicial. Se os pedidos, no entanto, forem cumulados, havendo na mesma espécie atribuição ao valor da causa de natureza legal e voluntária o valor da causa atenderá, para cada hipótese, o previsto no art. 259, II e III.

O juiz ao proferir, *ex officio*, o valor da causa, age na defesa dos cofres público, exigências de ordem pública sacramentada dentro de um contexto contemporâneo, à luz de princípios e normas cuja finalidade é realizar integral e harmonicamente sua finalidade social.

Súmula 032. O valor da causa na ação declaratória deve corresponder ao benefício econômico que se pretende auferir com a demanda.

Comentários:

Nalva Cristina Barbosa Campello¹

A determinação do valor da causa ser condizente com a importância econômica do pedido, tem o sentido de refletir sua realidade fixando-se desde logo, e antes do decurso da instrução da demanda qual o real valor do proveito econômico pretendido através da tutela jurisdicional, exegese dos artigos 258 259 e 260 do Código de Processo Civil.

A polêmica estabelecida em relação a causas de valor inestimável encontra seu limite na redação do art. 259 do Código de Processo Civil: a toda causa será atribuído um valor certo, ainda que não tenha conteúdo econômico imediato.

Daí se infere, em princípio, não há causa de valor inestimável. Há, no entanto, pedidos genéricos insusceptíveis de apuração imediata do valor, como só acontecer em ações de indenização por ato ilícito, ainda que não se tenha valor certo da possível condenação, o valor da causa pode, de forma estimada, corresponder a um *quantum*

¹ Juíza de Direito da Capital. Coordenadora Adjunta de Projetos e Pesquisas do Centro de Estudos Judiciários. Coordenadora do grupo de elaboração das proposições de Súmulas do Tribunal de Justiça de Pernambuco. Especialista em Direito Privado pela Faculdade de Direito de Olinda/PE, Especialista em Direito Público e Privado pela Universidade Federal de Pernambuco e Esmape - Escola da Magistratura do Estado de Pernambuco. Ex-Professora de Direito Civil da Universidade Salgado Filho-UNIVERSO. Professora licenciada da ESMAPE-Escola da Magistratura do Estado de Pernambuco. Mestre em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

mínimo correspondente a pretensão ajuizada, consoante preceito inserto na Súmula n. 83 do Superior Tribunal de Justiça.

Mesmo que não se vislumbre um proveito econômico imediato na ação, não se pode olvidar a natureza patrimonial que cerca o pedido, estando associado a um benefício que se busca em juízo.

O Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento de que o valor da causa guarda relação com o interesse econômico da lide. Nos casos, contudo, em que a parte não lograr êxito na comprovação de desequilíbrio entre o valor emprestado à causa e o bem jurídico a ser auferido final lide, somente, ai há de prevalecer a estimativa atribuída em a inicial.

Súmula 033. O pedido de reconsideração não interrompe nem suspende o prazo para interposição do competente recurso.

Comentários:

Amaury Rocha Vitorino Gomes¹

Como é sabido, o pedido de reconsideração, que não tem figura nem forma de juízo, embora muito utilizado na praxe jurídica, não reabre a parte a oportunidade de atacar o ato contra o qual não se conforma, não se prestando a interromper e nem suspender prazo para interposição do recurso cabível.

Assim, o prazo para interposição de eventual recurso deve ser contado da data de intimação da primeira decisão proferida e não daquela que apreciou o pedido de reconsideração.

Vale acentuar que o pedido de reconsideração não enseja o ressurgimento do ato precluso, não podendo, assim, servir de marco inicial à sua interposição.

Verifica-se que a decisão trazida como fundamento do recurso constitui mero reexame da matéria já decidida em data anterior, não constituindo manifestação jurisdicional de feição nova, operando-se a preclusão temporal em relação à matéria da decisão anteriormente proferida à indicada como objeto do recurso.

Nesse contexto, resta pacificado o entendimento de não ostentar o pedido de reanálise qualquer influência nos prazos legais destinados ao remédio jurídico cabível para atacar decisão judicial.

¹ Assessor Jurídico do Vice-Presidente do TIPE, Desembargador Bartolomeu Bueno de Freitas Moraes. Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela ESMAPE/Faculdade Maurício de Nassau.

Por se tratar de prazo peremptório, não alcançado por quaisquer das exceções insertas nos artigos 179, 180 e 507, do Código de Processo Civil, nenhum efeito produz sobre o mesmo o pedido de reconsideração postulado pela parte a quem prejudica a decisão. Diversamente, o recurso de embargos declaratórios sedimenta a interrupção do prazo para a interposição de outros recursos, ao passo que para o pedido de reconsideração inexistente tal previsão legal.

A reiteração do pedido, ainda que travestido de novo, não tem o condão de reabrir o prazo para a parte impugnar o ato judicial, pois se assim o fosse, a contagem do prazo ficaria sempre à mercê dos atos da parte, que poderia, no momento em que desejasse, reabri-lo simplesmente apresentando pedido de reconsideração.

Assim, não tendo a parte interposto o recurso, no momento adequado permitirá que se opere a preclusão temporal acerca da matéria. Segundo o art. 473, do Código de Processo Civil, "é defeso à parte discutir, no curso do processo, as questões já decididas, a cujo respeito se operou a preclusão".

Extrai-se das lições de Humberto Theodoro Júnior que:

[...] a essência da preclusão vem a ser a perda, extinção ou consumação de uma faculdade processual pelo fato de se haverem alcançado os limites assinalados por lei ao seu exercício. Decorre a preclusão do fato de ser o processo uma sucessão de atos que devem ser ordenados por fases lógicas, a fim de que se obtenha a prestação jurisdicional, com precisão e rapidez. Sem uma ordenação temporal desses atos e sem um limite de tempo para que as partes os pratiquem, o processo se transformaria numa rixa infundável. Justifica-se, pois, a preclusão pela aspiração de certeza e segurança que, em matéria de processo, muitas vezes prevalece sobre o ideal de justiça pura e absoluta².

² Júnior, Humberto Theodoro. *Curso de direito processual civil*. 38. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. vol. 01. p. 478-479.

É o entendimento do Superior Tribunal de
Justiça:

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL
NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PEDIDO DE
RECONSIDERAÇÃO. INTERRUPÇÃO E/OU
SUSPENSÃO DE PRAZO RECURSAL.
IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Consoante entendimento do Superior Tribunal de
Justiça, o pedido de reconsideração não tem condão de
suspender ou interromper os prazos recursais.

2. Agravo regimental a que se nega provimento³.

Admitir o contrário significaria dar a parte a
prerrogativa de recorrer de toda e qualquer decisão no momento
processual que julgar mais oportuno, bastando para tanto reiterar
pedidos anteriores já decididos, violando o instituto da preclusão
temporal.

³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo no Agravo de
Instrumento n. 759.322/DF. Agravante: José Elton de Oliveira Lira.
Agravado: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Relator:
Ministro Arnaldo Esteves Lima. Brasília, 19 de Setembro de 2006.
Disponível em: <
[http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Justica/detalhe.asp?numreg=2006
00646946&pv=010000000000&tp=51](http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200600646946&pv=010000000000&tp=51)> Acesso em: 21 maio 2009.

Súmula 034. O pedido de guarda de menor não pode ser deferido para fins exclusivamente previdenciários.

Comentários:

José Alberto de Barros Freitas Filho¹

A alteração da guarda de menores se encontra prevista pelo art. 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente e se destina a regularizar a posse de fato. O pedido de guarda é de natureza acautelatória e deve ser pleiteado liminarmente ou incidentalmente nos procedimentos de tutela e adoção, exceto adoção por estrangeiros.

A Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990 ainda prevê, em casos excepcionais, a possibilidade de deferimento da guarda de menores em procedimento autônomo, para atender situações peculiares ou suprir a eventual falta dos pais ou responsáveis, podendo a guarda ser limitada a prática de alguns atos.

Não obstante a lei prever que o deferimento da guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários, a condição de dependente para fins previdenciários é efeito e não finalidade do instituto, inexistindo possibilidade de concessão de guarda para fins exclusivamente previdenciários, se o guardião não detiver a posse efetiva da criança ou adolescente.

Segundo o art. 1.631 do Código Civil, o poder familiar compete aos pais, razão por que evidenciado que o menor se encontra sob a égide do poder familiar, e o pedido de guarda se lastreia no fato de que o guardião goza de

¹ Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Jabotão dos Guararapes. Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela ESMape/Faculdade Maurício de Nassau.

situação econômica mais favorável e poderá beneficiar o menor ao inscrevê-lo como seu dependente previdenciário, o pedido deve ser rejeitado por falta de justa causa, uma vez que o art. 23 do Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe que a falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do pátrio poder.

Por outro lado, o sistema previdenciário é regido por cálculos atuariais onde é levado em conta o fato que os segurados que atingem idade avançada receberão seus benefícios por mais tempo, porém não deixarão dependentes, posto que seus filhos já terão atingido a maioridade; enquanto que os segurados que falecerem ainda jovens provavelmente deixarão dependentes, que por sua vez receberão o benefício até a maioridade, mantendo o equilíbrio entre custeio e benefício. Contudo, o salto de gerações na designação de dependentes previdenciários, o qual ocorre quando os avôs habilitam seus netos como dependentes para fins exclusivamente previdenciários, apesar de os pais terem plena possibilidade de permanecer no exercício do poder familiar, causa desequilíbrio nos cálculos atuariais e contribui para o aumento do déficit previdenciário.

Súmula 035. A negativa de cobertura fundada em cláusula abusiva de contrato de assistência à saúde pode dar ensejo à indenização por dano moral.

Comentários:

Nalva Cristina Barbosa Campello¹

A jurisprudência pátria é no sentido de que o mero descumprimento contratual não é causa geradora de danos morais, que por sua vez pressupõe uma ofensa aos direitos da personalidade.

Adotando posicionamento idêntico, Sérgio Cavalieri Filho² ressalva que o descumprimento contratual pode ensejar danos morais se seus efeitos, em razão da natureza do negócio, exorbitarem ao normal:

Outra conclusão que se tira desse novo enfoque constitucional é a de que mero inadimplemento contratual mora ou prejuízo econômico não configuram, por si sós, dano moral, porque não agridem a dignidade humana. Os aborrecimentos deles decorrentes ficam subsumidos pelo dano material, salvo se os efeitos do inadimplemento contratual, por sua natureza ou gravidade,

¹ Juíza de Direito da Capital. Coordenadora Adjunta de Projetos e Pesquisas do Centro de Estudos Judiciários. Coordenadora do grupo de elaboração das proposições de Súmulas do Tribunal de Justiça de Pernambuco. Especialista em Direito Privado pela Faculdade de Direito de Olinda/PE, Especialista em Direito Público e Privado pela Universidade Federal de Pernambuco e Esmape - Escola da Magistratura do Estado de Pernambuco. Ex-Professora de Direito Civil da Universidade Salgado Filho-UNIVERSO. Professora licenciada da ESMAPE-Escola da Magistratura do Estado de Pernambuco. Mestre em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

² Cavalieri Filho, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 105/106.

exorbitarem o aborrecimento normalmente decorrente de uma perda patrimonial e também repercutirem na esfera da dignidade da vítima, quando, então configurarão o dano moral.

A ressalva se aplica aos contratos de assistência à saúde, tendo em vista a situação de fragilidade física e emocional que geralmente se encontra o segurado, que vem a sofrer novo abalo psicológico quando tem que lidar com a recusa injusta de cobertura assistencial, agravando ainda mais a sua saúde debilitada.

É nesse sentido a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

Conquanto geralmente nos contratos o mero inadimplemento não seja causa para ocorrência de danos morais, a jurisprudência desta Corte vem reconhecendo o direito ao ressarcimento dos danos morais advindos da injusta recusa de cobertura de seguro saúde, pois tal fato agrava a situação de aflição psicológica e de angústia no espírito do segurado, uma vez que, ao pedir a autorização da seguradora, já se encontra em condição de dor, de abalo psicológico e com a saúde debilitada.

Recurso especial a que se dá parcial provimento³.

É de ressaltar que a negativa de cobertura fundada em cláusula de assistência à saúde fundada em cláusula contratual que vier a ser declarada abusiva não se trata de mero descumprimento contratual, mas, sim, na recusa ao próprio direito à saúde, que, por sua vez, se constitui em direito social fundamental elencado no *caput* do art. 6º da Constituição Federal.

³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 735.168/RJ. Recorrente: Marcos Piacesi. Recorrido: Bradesco Saúde S/A. Relator: Ministra Nancy Andriahi. Brasília, 06 de maio de 2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200500459803&pv=010000000000&tp=51>> Acesso em: 14 maio 2009.

Súmula 036. O estabelecimento bancário responde pela falha dos serviços prestados aos seus clientes.

Comentários:

Maria Auri Alexandre Ribeiro¹

Na lição do Mestre Arnaldo Rizzardo², compreende-se como atividade bancária o exercício das funções básicas das entidades componentes do Sistema Financeiro Nacional. E estas funções básicas constituem a coleta e a intermediação ou a aplicação dos recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira. Ressalta o trato com a captação de recursos junto a terceiros e com a concessão do crédito. Estas as grandes atividades das instituições financeiras. Dedicam-se à circulação do dinheiro, arrecadando-o junto a quem faz investimentos, e aplicando-o através de várias operações, como o empréstimo, a abertura de crédito, o desconto, e os vários tipos de financiamentos.

Há, porém, outras atividades desempenhadas pelos bancos, ligadas a certos tipos de financiamentos especiais, como o arrendamento mercantil ('leasing'), a cobrança de créditos de terceiros, o repasse de valores, o depósito de bens, etc.

Os vários tipos de atividades denominam-se operações bancárias, e desenvolvem-se através de contratos, celebrados com aqueles que necessitam do crédito ou da prestação de serviços.

Cumprе ressaltar que a atividade bancária se sujeita às normas do Código de Defesa do Consumidor de sorte que respondem objetivamente pelos danos que vierem

¹ Juíza de Direito titular da 1ª Vara de Sucessões.

² RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 1019.

a causar aos consumidores por falhas na prestação de serviço (CDC, artigos. 3º, § 2º e 14).

Significa dizer que o consumidor eventualmente lesado, ao propor ação de reparação do dano, bastará demonstrar a ocorrência do dano e o nexo de causalidade que ligue o dano ao serviço defeituosamente prestado, sem que seja necessário discutir-se a culpa do agente causador do dano.

Para Sérgio Cavalieri Filho:

[...] trata-se de responsabilidade objetiva pelo fato do serviço, fundada na teoria do risco do empreendimento, segundo a qual todo aquele que se dispõe a exercer alguma atividade no campo do fornecimento de bens e serviços tem o dever de responder pelos fatos e vícios resultantes do empreendimento independentemente de culpa. Este dever é imanente ao dever de obediência às normas técnicas e de segurança, decorrendo a responsabilidade do simples fato dispor-se alguém a realizar atividade de executar determinados serviços. Em suma, os riscos do empreendimento correm por conta do fornecedor (de produtos e serviços) e não do consumidor³.

Com efeito, em muitas situações existe a possibilidade de que as instituições bancárias causem danos, tanto material quanto de ordem moral, aos seus clientes em razão de falhas na prestação dos serviços, tais como: devolução indevida de cheque, pagamento de cheques falsos ou adulterados, abertura de conta ou financiamento de crédito com documentos roubados, não creditação dos valores depositados em envelopes de caixa eletrônico, pagamento de cheque com assinatura falsificada, liberação de dinheiro de conta corrente com cartão clonado, etc.

³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p.402

Segundo Cláudia Lima Marques:

[...] a maioria dos contratos bancários é concluída através da utilização de condições gerais dos contratos de adesão. Estes métodos de contratação de massa, como observamos na experiência alemã, servem como *indício* da vulnerabilidade do co-contratante, mesmo sendo um comerciante ou agricultor, a vulnerabilidade fática estará quase sempre presente ⁴.

Neste diapasão, o Superior Tribunal de Justiça tem se posicionado da seguinte forma:

PROCESSUAL CIVIL. CIVIL. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. CONCESSÃO DE CRÉDITO BANCÁRIO. INFORMAÇÕES NÃO CONFERIDAS. NEGLIGÊNCIA. NÃO COMPROVAÇÃO DA EXISTÊNCIA DE EXCLUDENTES DE ILICITUDE (ART. 14, § 3º, II, DO CDC). INSCRIÇÃO INDEVIDA EM ÓRGÃO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. DANOS MORAIS. OCORRÊNCIA. INDENIZAÇÃO. REDUÇÃO DO *QUANTUM*.

Em suma, são vários os critérios para se determinar a responsabilidade civil dos banqueiros: primeiro pelo fato de sua atividade profissional auferir lucros, tirando proveito econômico do seu comércio. Dessa forma, além do bônus, ele deve arcar também com o ônus do exercício profissional, de modo a responder pelos danos causados a clientes e a terceiros decorrentes de sua prática comercial e lucrativa, devendo, pois, assumir o risco.

⁴ MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no código de defesa do consumidor. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 201.

Súmula 037. Em mandado de segurança, ausentes os requisitos de liquidez e certeza do direito alegado, deve ser indeferida a petição inicial.

Comentários:

Clara Maria de Lima Callado¹

Mandado de Segurança, remédio constitucional contra violação de direito líquido e certo por ato de autoridade. Constitui uma ação porque provoca a atividade jurisdicional, subordinando-se à existência das condições da ação e formando um processo, com pedido que será resolvido por uma sentença. Estando portanto sujeita à demonstração, de plano, de pressupostos processuais de existência e de validade.

Para a concessão da segurança, necessária a verificação de alguns pressupostos:

- Imprescindível, por primeiro, que o direito subjetivo, individual, cuja tutela é postulada, seja direito líquido e certo. Isto é, aquele cuja incontestabilidade esteja evidenciada de plano, com demonstração imediata e insuperável. Diz-se que o direito é líquido e certo, quando se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da interpretação. E se sua existência for duvidosa, se sua extensão ainda não estiver delimitada, se o seu exercício depender de situação e fatos ainda não determinados, não dará ensejo a segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais. Daí se entende que não cabe emenda à petição inicial ou produção posterior de prova.

¹ Juíza de Direito Substituta da 3ª Entrância, no exercício auxiliar da 2ª Vara da Execução Fiscal do Município. Mestre e Especialista em Direito Público, pela FDR/UFPE.

- Indispensável que a lesão ou ameaça de lesão a esse direito decorra de uma ilegalidade ou abuso de poder.

- Por último, que a atuação ou a omissão a ser enfrentada no mandato de segurança seja de autoridade pública, ou de agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder público.

O direito líquido e certo é uma condição da ação, é portanto mais que um pressuposto processual do mandato de segurança.

O que se exige no mandato de segurança é que a afirmação da existência do direito seja provada de logo e, de maneira irrefutável, inquestionável, de forma evidente, não permitindo dúvida a respeito.

Tudo deve vir provado na petição inicial já que não há instrução probatória no *writ*.

Ao fixar o direito líquido e certo como requisito, a Constituição Federal exige do impetrante que elida, com a inicial aquela presunção de legalidade dos atos públicos. Na verdade, o que se deve ter como líquido e certo é o fato, ou a afirmação de fato feito pela parte impetrante. Exige-se que o fato alegado esteja comprovado. Devendo, portanto, trazer a juízo seu pedido acompanhado dos documentos indispensáveis a sua comprovação. Daí a exigência de prova pré-constituída.

Alguns doutrinadores, dentre estes Tereza Arruda Alvim, entendem que a liquidez e certeza do direito consistem numa condição específica da ação no mandato de segurança, não se confundindo com as tradicionais condições da ação.

Na verdade, somente se revela adequado o mandato de segurança se o direito se apresentar líquido e certo.

Ausente o direito líquido e certo, será extinta a ação mandamental sem resolução do mérito.

Somente evidenciados esses pressupostos é de ser concedido o *writ* e, se não pode ser concedido o direito, e na petição inicial se constatar ausência desses requisitos,

portanto, os pressupostos essenciais ao direito perseguido é de se impor o indeferimento da inicial, por falta de interesse de agir,confinando-se a situação no âmbito das condições de ação.

Súmula 038. A consolidação da posse e da propriedade em favor do credor fiduciário não enseja a quitação do débito.

Comentários:

José Alberto de Barros Freitas Filho¹

As ações de busca e apreensão de bens móveis em face do descumprimento de contrato garantido por alienação fiduciária são regidas pelo Decreto-Lei n. 911, de 1º de outubro de 1969, a qual prevê em seu art. 3.º, §1.º, que depois de deferida e cumprida a decisão liminar que determinar a apreensão do bem, e não for quitada a integralidade da dívida em aberto no prazo de 05 (cinco) dias, consolidar-se-ão a propriedade e a posse plena e exclusiva do bem no patrimônio do credor fiduciário.

De acordo com o §4.º, do art. 1.º, do Decreto-Lei n. 911/69, após a obtenção da consolidação da posse e propriedade, o credor fiduciário poderá vender a coisa a terceiros e aplicar o preço da venda no pagamento do seu crédito e das despesas decorrentes da cobrança, entregando ao devedor o saldo porventura apurado, se houver.

Caso o preço da venda da coisa não baste para o pagamento do crédito do credor fiduciário, o devedor continuará pessoalmente obrigado a pagar o saldo devedor apurado, conforme estabelece o § 5.º, do art. 1.º, do referido Decreto-Lei.

Desse modo, advém que o credor fiduciário só saberá se há valor a ser devolvido ao devedor, ou saldo devedor remanescente a ser satisfeito, após a venda do bem

¹ Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Jaboatão dos Guararapes. Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela ESMAPE/Faculdade Maurício de Nassau.

em hasta pública, antes disto qualquer negativa de débito é mera conjectura.

É nesse sentido a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

Alienação fiduciária. Cobrança de saldo residual. Garantes.

A venda extrajudicial do bem alienado fiduciariamente não leva, por si, à extinção da responsabilidade dos garantes pelo pagamento do saldo devedor remanescente. Indispensável, entretanto, que o credor dê a eles prévia ciência de que vai alienar o bem, por determinado preço².

AÇÃO MONITÓRIA. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. VENDA EXTRAJUDICIAL DO BEM APREENDIDO. SALDO DEVEDOR. ADMISSIBILIDADE.

- Não podendo o credor valer-se do processo executivo para haver o remanescente do débito decorrente da venda extrajudicial do bem dado em garantia, admissível é a ação monitoria nos termos do art.1.102 a do CPC. Precedente. Recurso especial conhecido e provido³.

Portanto, a consolidação da posse e propriedade do bem em mãos do credor, proporcionada através da ação

² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 178.255/PR. Recorrente: Banco Mercantil de São Paulo S/A - FINASA. Recorrido: Hermínio Fiorini. Relator: Min. Eduardo Ribeiro. Brasília, 28 de agosto de 2000. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/ita/abreDocumento.jsp?num_registro=199800437088&dt_publicacao=28-08-2000&cod_tipo_documento=1. Acesso em 02 jun. 2009.

³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 331.789/MG. Recorrente: BBS Banco Bonsucesso S/A. Recorrido: Jorge Ferreira Assunção e Outro. Relator: Min. Barros Monteiro. Brasília, 04 de março de 2002. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/IMGD?seq=103987&nreg=200100846029&dt=4/3/2002&formato=PDF>. Acesso em: 02 jun. 2009.

de busca e apreensão prevista no Decreto-Lei n. 911/69, não é causa para a declaração de quitação da dívida, posto que eventual saldo remanescente pode ser apurado após a venda extrajudicial do bem dado em garantia.

Súmula 039. Compete às Varas Cíveis o processamento de ações de usucapião, inclusive aquelas então em curso, depois da vigência do art. 82 da LCE nº 100/2007.

Comentários:

Maria Auri Alexandre Ribeiro¹

Com a entrada em vigor do novo COJE (Código de Organização Judiciária do Estado de Pernambuco), Lei complementar n. 100, de 21 de novembro de 2007, publicada em 22 de novembro de 2007, diferentemente do que constava no anterior, em seu artigo 120, § 2º, inciso I, alínea b, o qual previa expressamente ser da competência das Varas de Sucessões e Registros Públicos o processo e julgamento das causas relativas a usucapião, o novo Código não traz tal previsão. A supressão da matéria relativa a usucapião significa, em consequência, que as Varas de Sucessões e Registros Públicos não mais têm competência para processar e julgar os feitos dessa natureza, sendo tal atribuição do juízo cível, em razão de sua competência residual, segundo o art. 78 do atual COJE.

Com efeito, nas ações de usucapião, onde se objetiva meramente a declaração da aquisição da propriedade, não se verifica nenhuma conexão com o deslinde do processo sucessório e muito menos envolve matéria de registro público em si mesmo (COJE, artigo 82, II, alínea a) que justifique a competência das varas especializadas na mencionada matéria. O fato da ação de usucapião necessitar, acaso julgada procedente o seu pedido, de expedição de mandado para registro junto ao Cartório de Registro Imobiliário, não justifica a sua inclusão no rol das ações da competência das Varas de Sucessões e Registros Públicos, porquanto tais atos notariais possuem meramente

¹ Juíza Titular da 1ª Vara de Sucessões e Registro Públicos da Capital.

efeitos mandamentais, ou seja, são apenas consequências dos efeitos da sentença.

Ora, o mandado para registro da sentença é ato inerente a um registro e tem a mesma função do assento ou do registro originário: o de dar publicidade ao ato, que vem por qualquer modo, modificar, alterar, ou ampliar o mesmo assento ou registro, que se cumpriu anteriormente, pela inscrição, pela transcrição, pelo arquivamento ou pelo registro, ao mesmo tempo para que possa valer contra terceiros.

Existe uma gama muito grande de atos que devem ser averbados, tanto quanto são aqueles obrigatórios ao registro para conhecimento de terceiros ou publicidade, tudo conforme àqueles constantes do artigo 167, incisos I e II, da Lei n. 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Assim, teria que ser da competência das Varas de Sucessões e Registros Públicos, todo e qualquer feito judicial que resultasse ou ensejasse a lavratura de ato notarial ou de registro.

A supressão levada a efeito pelo *novel* COJE resultou em alteração de competência *ratione materiae* e como tal tem aplicação imediata, obrigando por essa razão que todas as ações em curso, independentemente da fase em que se encontrem, sejam redistribuídas para as Varas de competência Cível (CPC, art. 87, parte final).

Por fim, não resta dúvida que a normatização trazida com a entrada em vigor do novo Código de Organização, expressa taxativamente qual o conjunto das ações que se inserem na esfera de competência das Varas especializadas em Sucessões e Registros Públicos, bem como as que foram excluídas de sua competência, a exemplo, entre outras, das ações de usucapião.

Súmula 040. Cabe agravo interno de decisão do relator que converter agravo de instrumento em agravo retido.

Comentários:

Amaury Rocha Vitorino Gomes¹

Embora o art. 527, do Código de Processo Civil, com alteração introduzida pela Lei nº 11.187 de 19 de outubro de 2005, não preveja o cabimento de recurso da decisão do relator que converte o Agravo de Instrumento em Agravo Retido, o Tribunal local vem entendendo ser cabível o Agravo Regimental (Interno) com base no art. 252 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de Pernambuco.

Assim, eventual pedido de reconsideração da decisão que converter o Agravo de Instrumento em Retido deve ser formulado mediante a interposição de Agravo Regimental, recurso esse não suprimido pelo legislador federal.

Verifica-se que o Agravo Regimental não possui natureza própria de recurso, vez que não está previsto em Lei Federal, mas tão-somente nos Regimentos Internos dos Tribunais.

A interpretação que se retira das normas insertas nos arts. 252 a 256, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de Pernambuco, é no sentido de levar o Agravo Regimental a julgamento pelo órgão competente, devendo o relator elaborar suscinto relatório e apresentar em mesa, independente de pauta, para julgamento.

Em reforço, lembramos que o Agravo Regimental é modalidade prevista no Regimento Interno dos Tribunais de Justiça, não no Código de Processo Civil e sua

¹ Assessor Jurídico do Vice-Presidente do TIPE, Desembargador Bartolomeu Bueno de Freitas Moraes. Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela ESMAPE/Faculdade Maurício de Nassau.

finalidade é possibilitar o conhecimento e apreciação da decisão unipessoal pelo Órgão Colegiado.

Assim, a decisão singular que converte o Agravo de Instrumento em Agravo Retido é suscetível de ser atacada pelo Agravo Regimental.

Súmula 041. Cabe agravo regimental de decisão que nega ou concede efeito suspensivo ou ativo em agravo de instrumento.

Comentários:

Amaury Rocha Vitorino Gomes¹

O relator ao receber o Agravo de Instrumento cumpre analisar se a questão pode ocasionar dano ou perecimento de direito, norteados tal exame nas hipóteses não exaustivas elencadas no art. 558, do Código de Processo Civil.

Muito embora não exista previsão de recurso em Lei Federal para atacar a decisão unipessoal que nega ou concede efeito suspensivo ou ativo ao Agravo de Instrumento, o Regimento Interno do Tribunal de Pernambuco prevê expressamente no seu art. 252 que da decisão dos relatores caberá agravo nos termos do regimento, dentro do prazo de cinco dias.

Assim, da decisão liminar do relator que indeferir a pretensão da parte agravante, sob o fundamento de inexistência de provimento jurisdicional de urgência e de perigo de lesão grave e de difícil ou incerta reparação, cabe a interposição de Agravo Regimental, conforme dicção do art. 252, do Regimento Interno do Tribunal de Pernambuco.

Ressalta-se ter a parte agravante a garantia constitucional do duplo grau de jurisdição, sendo da essência das decisões do segundo grau a forma colegiada. Excepcionalmente e em razão da urgência, a lei permite que o relator liminarmente, em decisão unipessoal, conceda ou negue efeito suspensivo ao Agravo de Instrumento. Assim,

¹ Assessor Jurídico do Vice-Presidente do TIPE, Desembargador Bartolomeu Bueno de Freitas Moraes. Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela ESMAPE/Faculdade Maurício de Nassau.

por se tratar de uma exceção à regra legal, retirar da parte agravante a possibilidade de o Órgão Colegiado reexamine a matéria decidida de forma isolada pelo relator constitui afronta ao princípio constitucional do duplo grau de jurisdição, vez que detém na sua essência o julgamento colegiado.

Súmula 042. São fungíveis os agravos regimental e legal.

Comentários:

Amaury Rocha Vitorino Gomes¹

Tanto o Recurso de Agravo (CPC, art. 557, §1º) como o Agravo Regimental são hábeis a promover a integração da vontade do Órgão Colegiado dos Tribunais, quando a parte estiver inconformada com a decisão (liminar ou terminativa) unipessoal do relator por lhe parecer que esta não representaria a vontade do Órgão Colegiado.

Assim, não se considera erro grosseiro a interposição do Agravo Regimental no lugar do Recurso de Agravo (CPC, art. 557, §1), ou vice-e-versa, por possuírem ambos os mesmos pressupostos recursais, inclusive quanto ao não recolhimento de custas processuais, matéria esta já pacificada através do enunciado sumular n. 043 do Tribunal de Justiça de Pernambuco.

Há apenas duas distinções, o Recurso de Agravo está previsto em Lei Federal e ataca decisão unipessoal terminativa enquanto que o Agravo Regimental possui previsão no Regimento Interno do Tribunal e ataca decisão unipessoal liminar, o que torna plenamente possível a utilização do princípio da fungibilidade recursal para receber um quando deveria ter sido interposto o outro.

Nos termos do voto do Ministro Luiz Fux do Superior Tribunal de Justiça pacificou-se o entendimento no sentido de que:

[...] o agravo previsto no artigo 557, §1º, do CPC, cabível da decisão que negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com

¹ Assessor Jurídico do Vice-Presidente do TJPE, Desembargador Bartolomeu Bueno de Freitas Moraes. Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela ESMAPE/Faculdade Maurício de Nassau.

jurisprudência dominante do respectivo tribunal, equipara-se ao previsto nos artigos 252 e seguintes no Regimento Interno do TJPE. Ora, é de sabença que a oposição de agravo regimental possui previsão exclusiva para atacar decisão monocrática do Relator, o que possibilita a aplicação do princípio da fungibilidade recursal à presente hipótese[...]².

Deste modo, o princípio da fungibilidade, embora não expresso no ordenamento jurídico, privilegia a instrumentalidade, buscando menos a forma e mais a efetividade do processo, dentro de certos pressupostos ou requisitos.

² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 698179/PE. Agravante: Departamento Estadual de Trânsito do Estado de Pernambuco - Detran/PE. Agravado: A Matias Administradora de Bens Ltda e outro. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 04 de agosto de 2005. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200401518044&pv=010000000000&tp=51>> Acesso em: 21 maio 2009.

Súmula 043. É dispensável o preparo no recurso de agravo previsto no art. 557, § 1º, do CPC.

Comentários:

Amaury Rocha Vitorino Gomes¹

O direito da parte que interpõe o Recurso de Agravo não deve ser tolhido pela mera alegação de ausência de custas recursais, vez que não está em sintonia com a interpretação conferida pelo guardião da legislação infraconstitucional, colendo Superior Tribunal de Justiça, que já fundamentou a sua inexigibilidade, face à natureza imprópria de recurso e também que a exigência do disposto no art. 511, do Código de Processo Civil, não se aplicaria ao Recurso de Agravo.

O Recurso de Agravo tem natureza jurídica de pedido integrativo e não de recurso autônomo, sendo ele classificado como legal, regimental ou inominado, constitui-se, na realidade, tão-somente um meio interno, um instrumento de submissão do recurso ao seu destinatário natural: o Colegiado. E, se imposto este por lei local, não terá o condão de provocar deserção, que é instituto de Direito Processual e, portanto, de competência legislativa da União.

Ademais, sob pena de ofensa ao princípio da estrita legalidade tributária (CF, art. 150, I), não poderia ser exigido o recolhimento de custas recursais, vez que a matéria relativa às custas dos serviços forenses é de competência concorrente, a União cria norma geral (CPC, art. 511) e os Estados-membros norma específica (Lei de Custas Estadual). Na Lei Estadual de Pernambuco nº 11.404, de 19 de dezembro de 1996, a qual consolida as normas relativas às Taxas, Custas e aos Emolumentos, no âmbito do Poder Judiciário do Estado de Pernambuco, não há

¹ Assessor Jurídico do Vice-Presidente do TJPE, Desembargador Bartolomeu Bueno de Freitas Moraes. Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela ESMAPE/Faculdade Maurício de Nassau.

qualquer exigência expressa de custas recursais (hipótese de incidência) para a interposição do Recurso de Agravo, sendo a legislação local completamente omissa.

Neste sentido, sedimentou o Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO PREVISTO NO ARTIGO 557, § 1º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. EXIGÊNCIA DE PREPARO. NATUREZA DO RECURSO. INEXISTÊNCIA DE ÔNUS PARA O TRIBUNAL. O agravo interno, previsto no artigo 557, § 1º, do estatuto processual civil, tem finalidade complementar, não possuindo natureza propriamente de recurso. Endereçado ao próprio órgão a que pertence o autor da decisão impugnada, é simples meio que visa à integração da vontade do colegiado, identificando-se, por suas características, com o vetusto agravo regimental, o qual jamais exigiu qualquer pagamento, até porque não gera custos ao Judiciário. Logo, não justifica preparo, que, se imposto por lei local, não terá o condão de provocar deserção, que é instituto de direito processual e, portanto, de competência legislativa da União².

O não processamento do Recurso de Agravo pela inexistência de custas recursais expressaria a retirada da competência constitucional do Tribunal (órgão colegiado) de exercer jurisdição no caso concreto, pois, cabe ao colegiado proferir a decisão (acórdão) em definitivo. Assim, o cabimento de agravo das decisões monocráticas do relator é uma decorrência do princípio da colegialidade das decisões ou do juiz natural da causa.

² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 435727/PR. Recorrente: Sadia S/A. Recorrido: Rosemeri do Rocio de Paula Amorim e Outros. Relator: Ministro Castro Filho. Brasília, 14 de junho de 2004. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200200585517&pv=010000000000&tp=51>>. Acesso em: 21 maio 2009.

Súmula 044. O indeferimento de produção de prova pericial, quando colacionados aos autos outros elementos de convicção suficientes para o julgamento antecipado da lide, não configura cerceamento de defesa, em face do princípio do livre convencimento do Juiz.

Comentários:

Ana Claudia Brandão de Barros Correia Ferraz¹

No sistema processual brasileiro vigora o princípio do livre convencimento motivado do Juiz, nos termos do art. 131 do Código de Processo Civil, o qual atribui ao magistrado pleno poder na avaliação das provas, no sentido de poder atribuir às provas produzidas no decorrer do processo o valor que entender como o mais lógico e correto, de acordo com a realidade dos autos, devendo buscar nelas os subsídios para a decisão a ser proferida, devidamente fundamentada.

Desta feita, concluindo o Juiz que as provas que existem nos autos são suficientes para embasar sua decisão, não há que se falar em cerceamento de defesa, pelo indeferimento da prova pericial, quando o destinatário da prova dela prescindir para a formação de seu convencimento.

O Juiz tem a faculdade, na condução do processo, sendo ainda o destinatário final e imediato das provas, de deliberar acerca da necessidade ou não da produção de determinada prova, afastando as que entender desnecessárias, inclusive diligências que ele julgue inúteis

¹ Juíza de Direito da Capital. Especialista e Mestre em Direito pela FDR-UFPE. Professora de Direito Civil da FAPE e da ESMAPE. Coordenadora Adjunta de Divulgação Científica e Cultural do Centro de Estudos Judiciários do TJPE.

ou meramente protelatórias, velando pela rápida solução do litígio, consoante estabelecem os artigos 125, II e 130 do Código de Processo Civil.

A prova pericial, por se tratar de prova especial, apenas deve ser admitida quando a apuração do fato sobre o qual recai a controvérsia depender de conhecimento especial de técnico, de forma que não possa ser realizada pelos meios ordinários de convencimento, tanto que o art. 420 do Código de Processo Civil prevê os casos em que ela é necessária. Portanto, a realização da prova pericial só tem pertinência quando são realmente necessários conhecimentos técnicos para elucidar fatos controvertidos.

Se existem nos autos elementos suficientes à formação do convencimento do julgador, nada obsta o julgamento antecipado da lide, após o indeferimento da prova pericial, mormente quando tal prova em nada ajudaria no deslinde do feito, servindo apenas para onerar as partes e retardar a prestação jurisdicional, sem que o indeferimento tenha o condão de acarretar cerceamento de defesa.

Súmula 045. A falta de intimação pessoal da parte autora nas hipóteses de extinção do processo com fundamento no art. 267, incs. II e III, do CPC, constitui cerceamento de defesa.

Comentários:

Priscylla Elita de Luna Lima¹

O art. 267 do Código de Processo Civil elenca as hipóteses em que o processo pode ser extinto sem a resolução do mérito. Os incisos II e III do referido dispositivo dizem, respectivamente, que o processo será extinto quando ficar parado durante mais de 1 (um) ano por negligência das partes, e, quando, por não promover os atos de diligência que lhe competir, o autor abandonar a causa por mais de 30 (trinta) dias. Nesses dois casos, o juiz deve proceder à intimação da parte autora antes de extinguir o processo sob pena de cerceamento de sua defesa.

É que o prazo estabelecido na norma do § 1º do art. 267 é peremptório:

O juiz ordenará, nos casos dos ns. II e III, o arquivamento dos autos, declarando a extinção do processo, se a parte, intimada pessoalmente, não suprir a falta em 48 (quarenta e oito) horas.

Assim, antes de extinguir o processo por abandono da causa ou pela inércia das partes, se faz necessária a prévia intimação pessoal da parte para dar andamento ao feito. Apenas depois de efetivada a intimação e decorrido o prazo de 48 (quarenta e oito) horas é que o juiz pode extinguir o processo sem a extinção do mérito.

¹ Assessor Técnico Judiciário, lotada no Gabinete do Desembargador Fernando Ferreira, pós-graduanda em Direito Público pela Escola de Magistratura de Pernambuco - ESMAPE.

Referido entendimento encontra-se em consonância com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, conforme julgado a seguir:

PROCESSUAL CIVIL. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. ABANDONO. ART. 267, INCISO III E § 1º, DO CPC. INTIMAÇÃO PESSOAL PRÉVIA. AUSÊNCIA. PROSSEGUIMENTO DO FEITO. 1. A extinção do processo por abandono da causa demanda a prévia intimação pessoal do autor para suprir o vício em 48 (quarenta e oito) horas. Precedentes. 2. Independentemente do fato de a autora haver recolhido as custas processuais antes da sentença - fato, segundo o Tribunal de Justiça, não verificado pelo magistrado de primeira instância por erro da serventia -, a ausência de intimação pessoal para suprir a omissão em 48 horas já é suficiente para rechaçar a extinção do processo sem resolução do mérito. 3. Recurso especial não provido².

A inexistência da referida intimação pode causar a nulidade da decisão por cerceamento de defesa, uma vez que o aludido comando possibilita que a parte tenha conhecimento da desídia e possa, se assim desejar, impedir o encerramento precoce do processo. Destarte, a extinção do feito nos casos dos incisos II e III do art. 267 do Código Processo Civil só pode ocorrer se a parte for intimada pessoalmente e deixar de cumprir ato ou diligência de sua responsabilidade.

² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 930170-SE. Recorrente: Estado de Sergipe. Recorrido: Borracharia São Pedro Ltda. Relator: Ministro Castro Meira. Brasília, 14 ago 2007. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=3310359&sReg=200700434082&sData=20070827&sTipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 15 maio 2009.

Súmula 046. Não incide Imposto de Renda na licença-prêmio não gozada e paga em pecúnia a servidor público.

Comentários:

Flávio de Oliveira Barbosa¹

O Imposto de Renda, espécie de tributo com nítida finalidade fiscal, incide sobre renda ou proventos de qualquer natureza (CF, art. 153, III), sendo renda o produto do capital (como o resultado positivo de uma aplicação financeira), do trabalho (o salário ou subsídios), ou da combinação de ambos (como o *pró-labore* pago aos sócios de uma empresa), e proventos, todos os acréscimos patrimoniais que não podem ser enquadrados no conceito legal de renda (por exemplo, o lucro decorrente de atividades ilícitas).

O tributarista Ricardo Alexandre² ensina que inobstante o conceito legal de renda ficar ao prudente arbítrio do legislador, não se pode subverter a ordem natural das coisas e definir em lei, como renda ou provento, algo que de fato não represente acréscimo patrimonial, sob pena de tributar-se o patrimônio, cuja aquisição não corresponde à hipótese de incidência própria do Imposto de Renda.

A seu turno, cuida, a licença-prêmio, de instituto de direito administrativo que como o próprio nome sugere, constitui um prêmio conferido ao servidor público por assiduidade ao trabalho, previsto no seu estatuto (cabendo a cada entidade da administração pública, através de estatuto próprio, conceder ou não licença-prêmio aos seus

¹ Assessor Técnico Judiciário, lotado no Gabinete do Desembargador Ricardo Paes Barreto, pós-graduando em Direito Público, pela Esmape/Faculdade Maurício de Nassau.

² ALEXANDRE, Ricardo. *Direito tributário esquematizado*. 2ª edição atualizada e ampliada. São Paulo: Método, 2008, p. 538.

servidores, não estando obrigada a fazê-lo), que, no âmbito do Estado de Pernambuco, está prevista na Lei n. 6.123 de 20 de julho de 1968 (Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado) e corresponde a seis meses de licença, com os direitos e vantagens do cargo, por cada decênio de efetivo exercício, concedida ao servidor assíduo que, no período, não tenha incorrido nas faltas e casos previstos no art. 113 do aludido estatuto.

Todavia, a Emenda Constitucional n. 16, de 1º de junho de 1999, alterando a redação do art. 128 da Constituição Estadual, passou a dispor no § 7º, inciso I, o seguinte:

§ 7º - É vedado:

I - O pagamento ao servidor público civil e militar e aos empregados das entidades da administração indireta que recebam transferência do tesouro, de qualquer adicional relativo a tempo de serviço e a conversão, em pecúnia, de férias e licença-prêmio não gozadas, salvo, quanto a esta última, por motivo de falecimento do servidor em atividade.

Desse modo, aos servidores que não gozaram licença-prêmio concedida antes do advento da aludida emenda constitucional estadual restam duas alternativas, quais sejam, gozá-la integralmente ou em parcelas não inferiores a trinta dias (Lei n. 6.123/68, art. 112, parágrafo único), ou recebê-la em pecúnia quando da sua aposentadoria, posto que a contagem em dobro da licença para efeito de aposentadoria passou a ser vedada a partir da Emenda Constitucional n. 20, que acrescentou o § 10 ao art. 40 da Constituição Federal de 1988, proibindo a contagem do tempo fictício para esse efeito.

E aos servidores que completaram o período aquisitivo da licença após a vigência da Emenda à Constituição Estadual n. 16/99, resta apenas a opção de gozá-la, observada a conveniência do serviço, posto que,

como visto, a contagem do tempo para efeito de aposentadoria e a conversão da licença em pecúnia, passaram a ser vedadas a partir das referidas emendas constitucionais.

Com efeito, facultada a conversão em pecúnia da licença não gozada, a ser recebida no momento da aposentadoria, sobre esse montante não há de incidir imposto sobre renda, justamente pelo fato de tal indenização não se enquadrar no conceito legal de renda ou provento, posto tratar-se de verba de natureza indenizatória que não configura acréscimo patrimonial tributável, paga como compensação pela não fruição do direito.

Súmula 047. Cabe condenação em honorários advocatícios na decisão proferida em impugnação ao cumprimento de sentença.

Comentários:

Ana Claudia Brandão de Barros Correia Ferraz¹

Com o advento da Lei n. 11.232, de 22 de dezembro de 2005 introduziu-se a figura da impugnação à execução de título judicial, regulamentada nos arts. 475-L e 475-M do Código de Processo Civil, muito se discutindo, em sede doutrinária, sobre a natureza jurídica da impugnação. Tratar-se-ia de uma ação autônoma, de natureza incidental, mero incidente processual ou teria natureza jurídica híbrida, ora se caracterizando como ação ora como mero meio de defesa? Várias são, portanto, as teses defendidas pelos processualistas brasileiros.

Segundo Schenk houve uma alteração profunda, posto que o art. 475-J do Código de Processo Civil fez questão de abandonar a nomenclatura embargos à execução, para chamar a defesa do devedor, doravante, apenas de impugnação. E prossegue o referido autor explicando que a mudança não é apenas terminológica. De uma análise sistemática desse novo instituto de defesa do devedor, na fase de execução para cumprimento de sentença, nota-se a clara intenção do legislador de afastar a natureza de ação, rotineiramente atribuída aos Embargos do Devedor.²

¹ Juíza de Direito da Capital. Especialista e Mestre em Direito pela FDR-UFPE. Professora de Direito Civil da FAPE e da ESMAPE. Coordenadora Adjunta de Divulgação Científica e Cultural do Centro de Estudos Judiciários do TJPE.

² SCHENK, Leonardo Faria. *Considerações sobre a nova roupagem legal da impugnação fundada em título judicial inexigível*. Art. 475-L, § 1º, do Código de Processo Civil. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8637>. Acesso em: 08 dez 2008.

Oliveira também compartilha a mesma concepção:

[...] Da leitura do novo modelo processual a percepção de que a alteração também alcançou o âmbito da defesa do executado que, na hipótese de sentença condenatória, não mais será exercitada por meio de ação incidental autônoma de embargos, mas sim como defesa endoprocessual, a que o legislador reformista intitulou de impugnação, consoante o comandado do §1º do art. 475-J do CPC³.

Segundo Arruda Alvim, a impugnação se trata de um incidente, que se desenvolve no mesmo procedimento em que estão sendo realizados os atos executórios, ou seja, a impugnação não mais se desenvolve, sob a perspectiva procedimental, de forma autônoma. O que se quer dizer é que a impugnação pode assumir a forma de ação, exatamente como ocorria com os embargos do devedor antes da reforma do Código de Processo Civil, mas inexistente esta separação procedimental da forma como era prevista⁴.

Em que pesem as discussões acerca da natureza jurídica da impugnação, os Tribunais de Justiça brasileiros, assim como Egrégio Superior Tribunal de Justiça vêm entendendo ser cabível a condenação em honorários advocatícios, ao vencido na impugnação. A propósito, bastante esclarecedor o voto proferido no julgamento do

³ OLIVEIRA, Josivaldo Félix de. *O cumprimento de sentença à luz da Lei n. 11.232*, de 22 de dezembro de 2005. Disponível em: http://www.correioforense.com.br/revista/coluna_na_integra.jsp?idColuna=75. Acesso em: 05 dez. 2008.

⁴ MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. Sobre a impugnação à execução de título judicial (arts. 475-L e 475-M do CPC).. In: *Aspectos polêmicos da nova execução, 3: de título judiciais – Lei n° 11.232/2005*. WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Coord). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.396-415.

RESP 987388/RS, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, 3ª Turma, j. 24.03.2008, Dje 26.06.2008 sobre o tema.

O Código de Processo Civil, ao tratar da sucumbência, estabelece no art. 20, que a sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios (art. 20) e que o juiz, ao decidir qualquer incidente, condenará nas despesas o vencido (art. 20, §1º).

A interpretação literal de tais dispositivos nos leva a uma primeira conclusão de que apenas poderia haver condenação em honorários advocatícios em sentença, nunca em decisão interlocutória, já que, no caso de incidente, não se inclui entre as despesas, os honorários advocatícios (CPC, art. 20, §2º).

No entanto, de acordo com uma interpretação teleológica e coerente com a reforma do processo de execução, não se pode mais se apegar à interpretação literal, desconsiderando que, na verdade, o princípio da sucumbência visa atribuir ao litigante objetivamente vencido, seja por declaração através de sentença, seja através de decisão interlocutória, o ônus de suportar os encargos assumidos pela parte contrária para litigar no processo.

Para Teori Zavascki, justifica-se a imposição de honorários advocatícios ao vencido no incidente de impugnação, em face de sua natureza contenciosa, semelhante a dos Embargos, considerando, ainda, que o art. 20, §4º do Código de Processo Civil prevê honorários advocatícios mesmo em execuções não embargadas, e a

execução não comporta nem sentença condenatória nem a figura do vencido, a que se refere o art. 20, caput⁵.

Athos Gusmão Carneiro se pronuncia sobre a questão nos seguintes termos:

Caso procedente a impugnação, e tendo em vista os honorários provisórios fixados quando do requerimento executivo – que abriu a fase de cumprimento da sentença, inverte-se-ão os ônus da sucumbência e o magistrado arbitrará a verba devida ao impugnante; rejeitada a impugnação, poderá o juiz majorar, em favor do exequente, aquela verba inicialmente fixada⁶.

Desta feita, o oferecimento de impugnação pela parte executada requer nova atuação do advogado, o que não ocorre se houver cumprimento espontâneo da decisão, justificando-se, assim, a incidência de honorários advocatícios, tendo em vista o princípio da causalidade, recaindo sobre aquele que deu causa à instauração de um procedimento e/ou fase do processo a responsabilidade pelas despesas decorrentes. Oportuno destacar que o fato de se considerar a impugnação como mero incidente não exclui a possibilidade de condenação em honorários advocatícios, tanto que o Superior Tribunal de Justiça admite a incidência da verba em caso de exceção de pré-executividade⁷.

⁵ZAVASCKI, Teori Albino. *Defesas do executado*. In: A nova execução de títulos judiciais – comentários a Lei nº 11.232/05. RENAULT, Sergio e BOTTINI, Pierpaolo. (Coords). São Paulo: Saraiva, 2006, p. 144.

⁶ CARNEIRO, Athos Gusmão. *A execução da sentença civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 84.

⁷ Confira-se, neste sentido, os seguintes precedentes: RESP 737.767/AL, 3ª Turma, Rel. Ministro Castro Filho, Rel. p/ acórdão Ministro Humberto Gomes de Barros, DJ 22.05.2006; RESP 751.400/MG, 3ª Turma, Rel. Ministro Ari Pargendler, DJ 19.12.2005; AgRg no RESP 631.471/MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 13.09.2004.

Não se pode olvidar, ainda, a intenção do legislador reformador em facilitar o recebimento do crédito pelo exequente, tanto que impôs multa de 10% (dez por cento) para o caso de não cumprimento espontâneo do comando sentencial, de modo que a condenação em honorários advocatícios ao vencido na impugnação se coaduna com a finalidade da reforma implementada no sentido de promover a celeridade processual, evitando procedimentos protelatórios, contribuindo a concretização do princípio da razoável duração do processo.

Súmula 048. Cabe arbitramento de honorários advocatícios no pedido de cumprimento de sentença não satisfeito oportunamente.

Comentários:

Ana Claudia Brandão de Barros Correia Ferraz¹

Na fase de cumprimento de sentença, é cabível o arbitramento de honorários advocatícios, mesmo sendo realizado nos próprios autos do processo de conhecimento, mediante requerimento da parte credora.

As inovações introduzidas na execução de título judicial, dando a nomenclatura de cumprimento de sentença não retiraram do advogado o direito à percepção de novos honorários, isto porque a sua participação não pode ser vista como meramente acessória, em face do labor a ser realizado na fase de cumprimento de sentença com a elaboração de peças específicas, sem olvidar de sua indispensabilidade constitucionalmente assegurada no art. 133 da Constituição Federal de 1988.

De outro turno, o art. 20 §4º do Código de Processo Civil estabelece que são devidos honorários nas execuções embargadas ou não. Por outro lado, em que pese a nova terminologia, o cumprimento de sentença se realiza por execução (CPC, art. 475- I), ainda que esta seja considerada mero incidente.

Com efeito, a dispensa dos honorários advocatícios só seria cabível se o adimplemento do *quantum* fosse realizado espontaneamente pela executada sem a necessidade de nova intervenção da parte credora, através de

¹ Juíza de Direito da Capital. Especialista e Mestre em Direito pela FDR-UFPE. Professora de Direito Civil da FAPE e da ESMAPE. Coordenadora Adjunta de Divulgação Científica e Cultural do Centro de Estudos Judiciários do TJPE.

advogado. Acrescente-se que a multa de 10% (dez por cento) prevista no art. 475-J, *caput*, do Código de Processo Civil reverte em favor da parte, e não do seu procurador legalmente constituído. Sobre a matéria, registra Araken de Assis que:

[...] harmoniza-se com o espírito da reforma, e, principalmente, com a onerosidade superveniente do processo para o condenado que não solve a dívida no prazo de espera de quinze dias, razão pela qual suportará, a título de pena, a multa de 10% (art. 475-J, *caput*), a fixação de honorários em favor do exequente, senão no ato de deferir a execução no mínimo na oportunidade de levantamento do dinheiro penhorado ou produto da alienação dos bens. Do contrário, embora seja prematuro apontar o beneficiado com a reforma, já se poderia localizar o notório perdedor: o advogado do exequente, às voltas com difícil processo e incidentes, a exemplo da impugnação do art. 475-L, sem a devida contraprestação².

No mesmo sentido, a opinião de Cássio Scarpinella Bueno:

[...] não cumprido o julgado tal qual constante da condenação (o título executivo judicial), o devedor, já executado, pagará o total daquele valor acrescido da multa de 10% e honorários de advogado que serão devidos, sem prejuízo de outros, já arbitrados pelo trabalho desempenhado pelo profissional na fase ou etapa de conhecimento, pelas atividades que serão, a partir daquele instante, necessárias ao cumprimento forçado, ou, simplesmente, execução do julgado³.

² ASSIS, Araken de. *Cumprimento da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.264.

³ BUENO, Cássio Scarpinella. *A nova etapa da reforma do código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 75.

Desta feita, a reforma introduzida no processo de execução deve ser interpretada de acordo com a intenção do legislador de agilizar e simplificar o processo executório, de forma que, se o devedor não efetua o pagamento espontaneamente, dá causa à prática de atos, através do advogado, visando a execução da sentença, postergando, assim, a satisfação do direito do credor e legitimando o arbitramento de novos honorários advocatícios. Destaque-se que o entendimento sumulado pelo Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco encontra-se em sintonia com o esposado pelo Tribunal Superior de Justiça em vários precedentes⁴.

O enunciado desta súmula foi alterado, no sentido de substituir a expressão “cabe a condenação em honorários advocatícios”, por “cabe arbitramento de honorários advocatícios”. A alteração foi proposta por este Centro de Estudos Judiciários à Seção Cível, que a aprovou em 05 de junho de 2009, tendo sido publicada no DPJ 110, de 18 de junho de 2009, p. 6.

⁴ Confira-se os precedentes: RESP 1054561/SP, Rel. Ministro Francisco Falcão, 1ª Turma, j. 03.03.2009, DJ 12.03.2009; RESP 1028855/SC, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Corte Especial, j. 27.11.2008, DJ 05.03.2009; RESP 1050435/SP, Rel. Ministro Sidnei Beneti, 3ª Turma, j. 10.06.2008, DJ 20.06.2008; RESP 1084102-RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, decisão monocrática, j. 03.10.2008, DJ 14.10.2008; AgRg no Ag 1066765/RS, Rel. Ministro João Otavio de Noronha, 4ª Turma, j. 06.11.2008, DJ 24.11.2008.

Súmula 049. Não incide Imposto de Renda sobre abono de permanência pago a servidor público.

Comentários:

Flávio de Oliveira Barbosa¹

O Imposto de Renda incide sobre renda ou proventos de qualquer natureza e tem como fato gerador da exação a aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica (CF, art. 153, III c/c CTN, art. 43).

Segundo Ricardo Alexandre², disponibilidade jurídica é a possibilidade de utilizar renda ou proventos que tenham sido obtidos em consonância com o direito, como ocorre com os vencimentos, subsídios e honorários, e disponibilidade econômica, a possibilidade de utilização de ganhos auferidos de forma juridicamente irrelevante, como se dá com os jogos, ou até contrária ao ordenamento jurídico mas que resultem em acréscimo patrimonial tributável, como ocorre com o tráfico de drogas e a prática da usura.

Com o advento da segunda etapa da reforma previdenciária implementada pelo Governo Federal através da Emenda Constitucional n. 41, de 19 de dezembro de 2003, foi reintroduzido no ordenamento jurídico pátrio o instituto do abono de permanência, que consiste no valor pago ao servidor que tenha preenchido os requisitos para aposentadoria voluntária, e que opte por permanecer em atividade, cujo montante corresponde ao que é descontado desse servidor a título de contribuição previdenciária,

¹ Assessor Técnico Judiciário, lotado no Gabinete do Desembargador Ricardo Paes Barreto, pós-graduando em Direito Público, pela Esmape/Faculdade Maurício de Nassau.

² Alexandre, Ricardo. *Direito Tributário Esquematizado*. 2ª edição atualizada e ampliada. São Paulo: Método, 2008, p. 539.

situação que pode perdurar até que o servidor preencha os requisitos da aposentadoria compulsória (EC n. 41/2003, art. 2º, § 5º).

O instituto foi criado com a finalidade precípua de resguardar o interesse do sistema previdenciário brasileiro, vez que trouxe duplo benefício ao sistema na exata medida em que, na sábia lição de Marcelo Leonardo Tavares³, a lógica do abono reside na economia que a permanência do servidor traz para o orçamento da previdência do regime próprio, posto que quando o servidor atende aos requisitos da aposentação integral voluntária e permanece no trabalho, beneficia duplamente a Administração que, por certo tempo, não terá que pagar quantia sem a contraprestação do serviço (como se dá quando paga proventos), tampouco terá que pagar a remuneração ao servidor investido no cargo público que vagou em decorrência do repouso remunerado do então ocupante do cargo.

A natureza jurídica desse abono pecuniário é que vem a ser o ponto crucial a ser enfrentado previamente à análise da incidência ou não-incidência do Imposto de Renda sobre o seu montante. Ora, resultando da circunstância de que o servidor apto a se aposentar, preferiu permanecer em atividade, não usufruindo do direito ao repouso remunerado, o abono de permanência assume nítida feição de verba compensatória, não podendo ser considerado como remuneração do trabalho ou coisa que o valha, posto que a causa do seu pagamento é a permanência do servidor em atividade quando este já tem direito à aposentadoria.

³ Ibrahim, Fábio Zambitte, TAVARES, Marcelo Leonardo(coord.) e VIEIRA, Marco André Ramos. *Comentários à reforma da previdência*. 3ª edição. Editora : Impetus, 2005.

E tendo o abono de permanência natureza de verba compensatória ou indenizatória, que não representa acréscimo patrimonial gerador da obrigação tributária, sobre o mesmo não deve incidir imposto de renda.

Súmula 050. É descabida prisão civil, decorrente da dívida oriunda de contrato de alienação fiduciária, por não ser equiparável à figura do devedor a do depositário infiel.

Comentários:

Maria de Lourdes Rosa Soares Campos¹

O inadimplemento das parcelas do contrato de financiamento para aquisição de bem garantido por alienação fiduciária dá ensejo à proposição de Ação de Busca e Apreensão pela financeira, para a recuperação da sua posse direta. Quando não encontrado o bem, e o devedor não paga o equivalente em dinheiro no prazo de vinte e quatro horas, a instituição autora pede a conversão da busca e apreensão em depósito, e a consequente decretação de prisão civil.

A jurisprudência dominante não reconhece conexão teórica entre os contratos de depósito e de alienação fiduciária em garantia e, com isso, não se permite a equiparação dos mesmos.

Ademais, deve-se observar que a Constituição Federal de 1988 e a legislação que trata do assunto dispõem sobre casos específicos, não cabendo a interpretação mais abrangente para piorar a situação do réu/devedor.

A questão da admissibilidade da prisão civil do depositário infiel envolve discussões como: se a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) – que restringe a prisão civil por dívida ao descumprimento inescusável de prestação alimentícia – foi recepcionada ou não pela Constituição Federal de 1988, que

¹ Chefe de Secretaria do CEJ, especialista em Direito Processual Civil pela Esmape/Faculdade Maurício de Nassau.

também prevê a possibilidade deste tipo de prisão para o depositário infiel; e se o referido pacto é norma constitucional ou supralegal.

O Pacto de San José da Costa Rica foi consolidado em 1969, na vigência da Constituição de 1967, tendo contado com a assinatura do Brasil, onde foi ratificado em 06 de novembro de 1992, com a promulgação do Decreto n. 678, então sob a tutela da Constituição de 1988.

Cuidando da interpretação dessa norma, o entendimento mais recente do Plenário do Supremo Tribunal de Justiça é no sentido de não mais admitir a possibilidade de prisão civil do depositário infiel, restringindo-a ao inadimplente de pensão alimentícia.

Assim, foram julgados improcedentes os recursos extraordinários nos quais se discutia a constitucionalidade da prisão civil do depositário infiel nos casos de alienação fiduciária em garantia, dando ensejo à revogação da Súmula n. 619/STF, segundo a qual:

A prisão do depositário judicial pode ser decretada no próprio processo em que se constituiu o encargo, independentemente da propositura de ação de depósito².

A Corte Suprema conclui que a introdução desse Pacto no nosso ordenamento jurídico derroga as normas estritamente legais que tratam da prisão do depositário infiel, atribuindo àquele caráter de norma supralegal. Remata que o art. 5º, LXVI, da Constituição Federal não é autoaplicável, devendo o Pacto de San José da Costa Rica

² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 619. A prisão do depositário judicial pode ser decretada no próprio processo em que se constituiu o encargo, independentemente da propositura de ação de depósito. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_601_700>. Acesso em: 02 jun. 2009.

prevalecer sobre a legislação ordinária que trata da matéria, porém, não pode ser considerada como norma do constituinte derivado.

O Ministro Cezar Peluso no julgamento do Recurso Extraordinário n. 46.6343/SP, em 22 de novembro de 2006, entendeu que é desprovida de constitucionalidade a aplicação do dispositivo que prevê que não encontrado o bem gravado de alienação fiduciária, ou se o mesmo não estiver na posse do devedor, pode-se requerer a conversão do pedido de busca e apreensão em ação de depósito, nos mesmos autos. O Ministro ressaltou que:

[...] só é possível equiparar pessoas ao depositário com o fim de lhes autorizar a prisão civil como meio de compeli-las ao adimplemento de obrigação, quando não se deforme nem deturpe, na situação equiparada, o arquétipo do depósito convencional, em que o sujeito contrai obrigação de custodiar e devolver³.

No mesmo sentido, há o julgamento do Habeas Corpus n. 87.585/TO, de relatoria do Ministro Marco Aurélio⁴.

Recente decisão do Supremo Tribunal Federal ratifica este entendimento fazendo referência a informativo que aborda a decisão:

PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. PRISÃO CIVIL. DEPOSITÁRIO INFIEL OU

³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo n. 449/STF. Brasília, Brasília, 20 a 24 de novembro de 2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo449.htm>>. Acesso em: 14 maio 2009.

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo n. 531/STF. Brasília, Brasília, 1º a 5 de dezembro de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo531.htm>>. Acesso em: 14 maio 2009.

DESCUMPRIMENTO DE CONTRATO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. IMPOSSIBILIDADE. ALTERAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO STF (INFORMATIVO/STF 531). CONCESSÃO DA ORDEM.

I - O Plenário desta Corte, na sessão de julgamento de 3 de dezembro do corrente ano, ao julgar os REs 349.703 e 466.343, firmou orientação no sentido de que a prisão civil por dívida no Brasil está restrita à hipótese de inadimplemento voluntário e inescusável de pensão alimentícia.

II - Ordem concedida⁵.

A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, também, não admite a prisão civil decorrente de dívida de contrato de alienação fiduciária, por não considerar equiparáveis o devedor e o depositário infiel. Tal entendimento foi pacificado naquele tribunal.

O Tribunal de Justiça de Pernambuco, comungando com o juízo perfilhado pelas Cortes Suprema e Superior, resolveu sumular a matéria dirimindo eventual conflito local a respeito.

⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 92817-RS. Paciente: Ereceni Müller. Impetrante: Ricardo Cesar Correa Pires Dornelles. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 19 de fevereiro de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=92817&classe=HC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 14 maio 2009.

Súmula 051. O Estado e o Município, com cooperação técnica e financeira da União, têm o dever de garantir serviço de atendimento à saúde da população, inclusive disponibilizando leitos de UTI na rede privada, quando não suprida a demanda em hospitais públicos.

Comentários:

Lucivânia Sonja Cavalcanti¹

A Constituição Federal de 1988 erigiu o direito à saúde a condição de direito fundamental. Este direito constitui desdobramento do próprio direito à vida, garantido no art. 5º da Carta Magna, caracterizado como cláusula pétrea, de modo a impedir que o legislador ou administrador adotem medidas ou obstáculos a sua efetivação ou esvaziamento do seu conteúdo normativo. Além de que, o direito à assistência à saúde guarda relação íntima com o Princípio fundante da República que destina especial proteção a dignidade da pessoa humana, também consagrado constitucionalmente.

Nesse contexto, estabelece o art. 196 da CF a adoção de políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde para a sua promoção, proteção e recuperação. Ainda preceitua em seu artigo 198 que as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado.

A Lei n. 8.080 de 19 de setembro de 1990, ainda prevê, em seu art. 24, a participação complementar entre o

¹ Técnico judiciário, lotada no Gabinete do Desembargador Leopoldo de Arruda Raposo. Especializando-se em Direito Público, pela ATF Cursos Jurídicos/Faculdade Maurício de Nassau.

sistema e os serviços privados contratados de assistência à saúde, *in verbis*:

Art. 24. Quando as suas disponibilidades forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área, o Sistema Único de Saúde (SUS) poderá recorrer aos serviços ofertados pela iniciativa privada.

Portanto, o direito à integralidade da assistência à saúde não pode ser aleatório e ficar sob a mais total independência reivindicatória do cidadão e da liberdade dos profissionais de saúde indicarem procedimentos, exames, tecnologias não incorporadas no sistema, devendo a conduta profissional pautar-se por parâmetros, diretrizes que visem garantir a todos a dignidade humana. A vida, por si só, despida de dignidade, nem sempre é o maior bem e o sofrimento moral, muitas vezes, é pior do que o sofrimento físico².

Desta feita, mostra-se salutar concretizar o Princípio da Supremacia da Constituição, posto que evita que os profissionais de saúde da rede privada escusem-se de prestar seus serviços quando as disponibilidades do sistema público forem insuficientes, alegando que esta opera dentro dos ditames legais e dentro do que reza o contrato, não estando obrigada pela Constituição a substituir o Estado em dar assistência, transformando tal assertiva em algo maior que os próprios preceitos fundamentais, em flagrante contraposição aos mesmos.

² SANTOS, Lenir. *Conceito e as atribuições do sistema único de saúde*. Ministério Público Estado do Rio Grande do Sul. Rio Grande do Sul, jun, 2005. Disponível em: <http://www.mp.rs.gov.br/dirhum/doutrina/id387.htm>. Acesso em: 26 abr. 2009.

Esta tese defendida pela operadoras da rede privada é insuficiente. No caso concreto, deve-se estar atento a direitos absolutos à saúde e à vida do paciente. Não é justo, nem razoável organizar um sistema que possibilita o óbito de pacientes hipossuficientes por falta de UTI, visto que o direito à saúde constitui o direito mais básico e essencial do ser humano, razão de ser da própria criação do Estado, motivo pelo qual merece máxima prioridade. Valem as palavras do jurista Paulo Bonavides:

Só pode sentir-se parte de sociedade quem sabe que essa sociedade se preocupa ativamente com sua sobrevivência, e com uma sobrevivência digna. Assim, verifica-se que a cidadania é uma relação de mão dupla: dirige-se da comunidade para o cidadão, e também do cidadão para a comunidade. Portanto, só se pode exigir de um cidadão que assuma responsabilidades quando a comunidade política tiver demonstrado claramente que o reconhece como membro seu, inclusive através da garantia de seus direitos sociais básicos³.

Por fim, ressalta-se que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não diverge do entendimento sumulado pelo Tribunal de Justiça de Pernambuco, conforme se infere do julgado pelo Ministro Celso de Melo no Agravo Regimental em Recurso Extraordinário.

PACIENTE COM HIV/AIDS - PESSOA
DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS -
DIREITO À VIDA E À SAÚDE -
FORNECIMENTO GRATUITO DE
MEDICAMENTOS - DEVER
CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF,
ARTS. 5º, CAPUT, E 196) - PRECEDENTES
(STF) - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.

³ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA
CONSEQUÊNCIA CONSTITUCIONAL
INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA⁴.

Destarte, deve ser perseguida a aplicação das normas constitucionais, por conseguinte disponibilizar leitos na rede hospitalar privada, quando a pública não supre as demandas, imprescindíveis a proteção da saúde e da vida dos cidadãos hipossuficientes, sob pena de incidir, ainda que pela via da omissão, em grave comportamento inconstitucional, consoante já bem pontuado pelo Supremo Tribunal Federal.

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário n. 273834/RS. Agravante: Município de Porto Alegre. Agravada: Diná Rosa Vieira. Relator: Min. Celso de Melo. Brasília, 12 de set. de 2000. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(273834.NUME.%20OU%20273834.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(273834.NUME.%20OU%20273834.ACMS.)&base=baseAcordaos)>. Acesso em: 03 maio 2009.

Súmula 052. A competência para cobrança do ISSQN é do Município em cujo território se realizou a prestação do serviço.

Comentários:

Cynthia Daniela Rodrigues dos Santos¹

Disciplina o art. 156, III, da Carta Magna que compete aos municípios instituir imposto sobre serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II, definidos em lei complementar. Assim, ressalvados os serviços constitucionalmente alocados no âmbito de incidência do imposto sobre circulação de mercadorias e serviços - ICMS (comunicação e transporte interestadual e intermunicipal), qualquer serviço pode ser tributado pelo município, desde que definido em lei complementar.

A Lei Complementar n. 116, de 31 de julho de 2003, foi editada com a finalidade de regulamentar o imposto sobre prestação de serviços de qualquer natureza – ISSQN, em substituição ao Decreto-Lei n. 406/1968. Novel instrumento normativo trouxe uma série de alterações, sobretudo no que diz respeito ao aspecto espacial de sua hipótese de incidência, tema que gerou grandes controvérsias acerca de qual seria o município competente para cobrança da exação.

O imposto sobre serviços de qualquer natureza, conforme a orientação do art. 1º da Lei Complementar n. 116/2003, tem por fato gerador a prestação de serviços constantes de lista anexa, ainda que esses não se constituam como atividade preponderante do prestador. Mencionada

¹ Assessor técnico judiciário do Gabinete do Desembargador João Bosco Gouveia de Melo, pós-graduando em Direito Público pela Escola Superior da Magistratura de Pernambuco – ESMAPE.

lista arrola os serviços e seus desdobramentos, os quais constituem hipótese de incidência do ISSQN.

Discorre o art. 3º da LC n. 116/2003, que o serviço considera-se prestado e o imposto devido no local do estabelecimento prestador ou, na falta do estabelecimento, no local do domicílio do prestador. Por sua vez, o art. 4º, do mesmo instrumento legal, conceitua como estabelecimento prestador, o local onde o prestador de serviço, desenvolva sua atividade.

Em sendo assim, o local da prestação de serviço, será a localização territorial do estabelecimento, considerado o conjunto de capital, trabalho e organização, do prestador de serviço.

Desta feita, no que concerne a competência impositiva entre os municípios para cobrança do ISSQN, importa o lugar onde efetivamente foi concretizado o fato gerador do imposto, qual seja o município onde o serviço foi positivamente prestado. É nesse lugar que devem ser cumpridos os deveres instrumentais tributários, pelo contribuinte ou terceiros a ele relacionados.

A medida visa evitar que o serviço prestado em um município seja tributado em outro, fato que acarretaria a adoção da extraterritorialidade, vedada pela Constituição Federal, ainda que de forma implícita.

Nessa linha de argumentação, a orientação jurisprudencial do Colendo Superior Tribunal de Justiça, tem se posicionado no sentido de que a municipalidade competente para realizar a cobrança do ISSQN é a do local da prestação de serviço, onde efetivamente ocorreu o fato gerador da tributação².

² Confira os precedentes: REsp 678.655/SP, rel. Min. Castro Meira, DJ 30.03.06; REsp 753360/MS, rel. Min. Eliana Calmon, DJ 03.04.2007; REsp 674072/MG, rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 26.09.2005.

A propósito preleciona Roque Carraza que ³:

O Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS) é sempre devido (e não é só o caso de construção civil) no Município onde o serviço é positivamente prestado. É nesse, Município, também, que devem ser cumpridos, pelo contribuinte, ou por terceiros a ele relacionados, os deveres instrumentais tributários.

Enfim, exceção à prestação de serviços listados nos incisos I a XXII do art. 3º da Lei Complementar n. 116/2003, todos os demais contribuintes prestadores de serviços, sejam pessoas físicas ou jurídicas, estarão obrigados ao recolhimento do ISSQN no estabelecimento prestador, ou seja, no município onde efetivamente foi prestado o serviço, fato gerador da hipótese de incidência do citado imposto.

³ CARRAZA, Roque. “*Breves considerações sobre o art. 12 do Decreto-Lei nº 406/68*”. Revista de direito tributário. São Paulo: Malheiros, nº 6, p.153-158, out./dez. 1978.

Súmula 053. É nula a citação por edital levada a efeito em execução fiscal, sem prévia tentativa de localização do executado por intermédio de oficial de justiça.

Comentários:

Cynthia Daniela Rodrigues dos Santos¹

Conforme leciona Fredie Didier Júnior ², a execução fiscal é modalidade de execução por quantia certa, tomando-se por base título executivo extrajudicial, constituído pela certidão de dívida ativa, regularmente inscrita, que se realiza no interesse da Fazenda Pública. Aplica-se à execução fiscal as normas do Código de Processo Civil, com as alterações e particularidades previstas na Lei n. 6.830 de 22 de setembro de 1980.

A competência para processar e julgar a execução de dívida da Fazenda Pública exclui a de qualquer outro juízo. Inicia-se com a interposição de petição inicial simplificada, indicando o juiz a quem é dirigido o pedido e o requerimento de citação do executado, sendo o valor da causa o da dívida constante da certidão com os acréscimos legais.

Encontrando-se em ordem, o juiz determinará a citação do executado. Este será citado para, no prazo de cinco dias, pagar a dívida com juros de mora e encargos indicados na certidão de dívida ativa, ou para garantir a execução. A citação será realizada preferencialmente pelos correios com aviso de recepção, podendo a Fazenda Pública requerer de outra forma. Se o aviso de recebimento não

¹ Assessor técnico judiciário do Gabinete do Desembargador João Bosco Gouveia de Melo, pós-graduando em Direito Público pela Escola Superior da Magistratura de Pernambuco – ESMAPE.

² JÚNIOR, Fredie Didier *et al.* *Curso processual civil: execução*. Bahia: JusPodivm, 2009. p. 740-741.

retornar para o cartório do juízo em 15 (quinze) dias da entrega da carta à agência postal, a citação será feita por oficial de justiça ou por edital.

Esgotados todos os meios hábeis para localizar o executado, não logrando êxito as diligências do oficial de justiça, deverá ser determinada a citação por edital. Assim, afigura-se esta cabível em sede de execução fiscal, a teor do disposto no art. 8º, I e III, da Lei n. 6.830/80 e do art. 231, II, do Código de Processo Civil, quando frustradas todas as tentativas de localização do executado.

Do contrário, se a citação por edital for procedida não estando exauridas antes todas as tentativas de localização do executado, conforme preconiza a orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça seguido pela Corte de Justiça local, a citação será nula.

Nesse diapasão, precedentes do Superior Tribunal de Justiça corroboram a tese acima esposada³.

Compartilha com essa linha de argumentação a doutrina pátria, a exemplo da afirmação de Leonardo José Carneiro da Cunha⁴:

Apenas é possível realizar a citação por edital na execução fiscal depois do exaurimento de todas as tentativas para encontrar o executado, devendo, antes, haver diligências a cargo do oficial de justiça. Será nula a citação por edital, segundo o entendimento firmado no âmbito do STJ, “quando não se utiliza, primeiramente, da determinação

³ REsp 110305, Primeira Seção, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJe 06/04/2009; AgRg no REsp 1095316, Primeira Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJe 12/03/2009; REsp 720747/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 27/03/2009; REsp 1017588/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 28/11/2008.

⁴ CUNHA, José Carneiro da Cunha. *A fazenda pública em juízo*. 6 ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Dialética/2008. p. 328.

legal para que o Oficial de Justiça proceda às diligências necessárias à localização do réu.

Desta feita, tem-se que a citação é ato processual imprescindível a regular triangularização do processo, necessária ao seu desenvolvimento válido, que em sede de execução fiscal, procede-se, preferencialmente mediante carta com aviso de recebimento, mas que, no entanto, exauridas todas as tentativas de localização do executado pelo oficial de justiça, torna-se válida sua realização mediante edital.

Súmula 054. É abusiva a negativa de cobertura de próteses e órteses, vinculadas ou conseqüentes de procedimento cirúrgico, ainda que de cobertura expressamente excluída ou limitada, no contrato de assistência à saúde.

Comentários:

Lucivânia Sonja Cavalcanti¹

A Carta Magna em seu art. 5º, XXXII, estipula dentre as garantias fundamentais a defesa do consumidor, com o propósito de dar maior segurança às relações comerciais, elemento indispensável para garantir o desenvolvimento nacional.

A Lei n. 9.656 de 3 de junho de 1998, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde, em seu art. 10, estabeleceu o plano referência de assistência à saúde com as respectivas exigências mínimas, excetuando da referida cobertura em seu inciso VII, o fornecimento de próteses, órteses e seus acessórios não ligados ao ato cirúrgico. Ou seja, uma vez ligados ao ato cirúrgico, o plano-referência de assistência à saúde deve obrigatoriamente abranger o fornecimento de próteses e órtese.

Nesse diapasão, acaso se faça necessária, para restabelecer a saúde do consumidor, intervenção cirúrgica e a utilização de próteses/órteses e seus acessórios, o acesso a tais providências deverá ser garantido pela seguradora. Tal mister importa no cumprimento do cerne da relação obrigacional, qual seja, assegurar ao consumidor o acesso a assistência médica com o fito de restabelecer a sua saúde. Assim sendo, a exclusão da cobertura, *a priori*, de

¹ Técnico judiciário, lotada no Gabinete do Desembargador Leopoldo de Arruda Raposo, pós-graduanda em Direito Público, pela ATF Cursos Jurídicos/Faculdade Maurício de Nassau.

determinado procedimento médico, ferirá a finalidade básica do contrato se, no caso concreto, este for justamente o essencial para garantir a saúde e, algumas vezes, a vida do segurado².

Logo, a incidência à espécie das normas do Código de Defesa do Consumidor se apresenta inquestionável, sobrepondo-se as mesmas às cláusulas contratuais restritivas ou excludentes dos riscos, consoante os art. 51, § 1º, inciso II, do Código de Defesa do Consumidor, porque restringe direitos ou obrigações inerentes à natureza do contrato, ao afrontar seu próprio objeto, e por aplicação do art. 51, inciso IV, do Código de Defesa do Consumidor, pois coloca o segurado em desvantagem exagerada em relação à seguradora.

Por conseguinte, inexistente subterfúgio a ser galgado pelas companhias seguradoras para escudar o cumprimento da obrigação de arcar com as despesas geradas por ocasião da utilização de órteses/próteses pelo consumidor, haja vista que o Código Consumerista proíbe a edição de cláusulas abusivas que importem na violação do objeto do contrato. Desta feita, a utilização de produto, que constitui mecanismo integrante do método cirúrgico coberto pelo plano de saúde, indispensável para o sucesso da cirurgia, deve ser da responsabilidade da prestadora de serviços médicos.

² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 319.707/SP. Recorrente: Priscila Cristina de Lima Andrade e outro. Recorrido: Golden Cross Assistência Internacional de Saúde. Relatora: Ministra Nancy Andriahi. Brasília, 07 de nov de 2002. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=319707&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=1>>. Acesso em: 19 abr. 2009

Súmula 055. O percentual de correção monetária dos depósitos em caderneta de poupança com vencimento até o dia 15 de junho de 1987 (Plano Bresser) é o IPC de 26,06% e, na primeira quinzena do mês de janeiro de 1989 (Plano Verão), é devido o IPC de 42,72%.

Comentários:

Deise Ebrahim Ribeiro Bomfim¹
Rodrigo Fonseca Lins de Oliveira²

Em meados de 1987, com a finalidade de regulamentar a aplicação do Plano Bresser, o Banco Central do Brasil emitiu a Resolução de nº 1.338/87, em 15 de junho daquele ano, resolvendo que as instituições financeiras, em julho de 1987, aplicariam aos saldos das cadernetas de poupança de seus clientes a variação produzida pelas Letras do Banco Central (LBC), em junho de 1987, cujo índice foi de 18,0205%.

Todavia, o artigo 12, do Decreto-lei n. 2.284 de 10 de março de 1986, com redação do Decreto-lei n. 2.290 de 21 de novembro de 1986, já consagrava que as cadernetas de poupança deveriam ser corrigidas pelo Índice de Preços ao Consumidor (IPC) ou pelas Letras do Banco Central (LBC), adotando-se o maior índice.

O Índice de Preços ao Consumidor (IPC), em junho de 1987, foi de 26,06%, sendo claramente maior que o índice produzido pelas Letras do Banco Central (LBC). Não obstante, entenderam as Instituições Financeiras em

¹ Assessor técnico judiciário, lotada no Gabinete do Desembargador José Carlos Patriota Malta, Especialista em Direito Privado Civil e Processual Civil, pela ESMape/Faculdade Maurício de Nassau.

² Assessor técnico judiciário, lotado no Gabinete do Desembargador José Carlos Patriota Malta, bacharel em Direito, pela Universidade Católica de Pernambuco.

corrigir as cadernetas de poupança com índice inferior (LBC) ao devido (IPC), evidenciando a perda material de 8,04% na correção das cadernetas de poupança.

Desse modo, as cadernetas que completavam aniversário antes do dia 15 de junho de 1987, isto é, durante a primeira quinzena do mês de junho, já tinham o direito adquirido à correção monetária calculada pelo índice do IPC, sendo responsabilidade dos bancos depositários a correção monetária nessa indexação.

Assim como aconteceu no Plano Bresser, o Plano Verão também proporcionou enormes desajustes às cadernetas de poupança. A Medida Provisória n. 32 de 15 de janeiro de 1989, convertida posteriormente na Lei n. 7.730 de janeiro de 1989, regulamentou a atualização dos saldos das cadernetas de poupança determinando que as instituições financeiras, em fevereiro de 1989, aplicariam aos saldos das cadernetas de poupança a variação produzida pela Letra Financeira do Tesouro Nacional (LFT), em janeiro de 1989, cujo índice foi de 22,35%.

Com respeito ao indexador monetário das cadernetas de poupança, no mês de fevereiro de 1989, as contas abertas ou renovadas até o dia 15 de janeiro de 1989 devem ser corrigidas pelo método então vigente, ou seja, utilizando-se a Obrigações do Tesouro Nacional (OTN) atualizada pelo IPC (Resolução n.1.338/87-BACEN c/c art.16 do Decreto-lei nº 2.335/87). A partir da vigência do denominado Plano Verão, com a publicação da Medida Provisória n. 32/89 (Lei n.7.730/89), em 16 de janeiro de 1989, as contas abertas ou renovadas após tal data atualizam-se pela utilização dos novos padrões, considerando-se, inicialmente, a Letra Financeira do Tesouro (art.17, I, da Lei n. 7.730/89).

Seguindo essa linha, o critério de remuneração estabelecido no art. 17, inciso I, da Lei n. 7.730/89 não têm

aplicação às cadernetas de poupança com períodos aquisitivos já iniciados. Aplicável, portanto, o IPC de janeiro de 1989 para a atualização de saldo de caderneta de poupança cujo período mensal iniciou-se até o dia 15 daquele mês, em respeito ao direito adquirido, não cabendo a alegação de negativa de vigência ao art. 17 da Lei n. 7.730/89.

Súmula 056. Após a vigência da Lei nº 10.150/2000, sub-roga-se o adquirente de imóvel através do denominado “contrato de gaveta” nos direitos e obrigações do contrato de financiamento e de seguro habitacional correspondentes.

Comentários:

Otoniel Ferreira dos Santos¹

Com a edição da Lei 10.150 de 21 de dezembro de 2000, os detentores dos chamados contratos de gaveta - negócios jurídicos imobiliários celebrados entre mutuários e terceiros sem a anuência do órgão financiador - passaram a receber tratamento diferenciado uma vez que foi reconhecida formalmente a existência de cessionários e promitentes compradores irregulares, sendo facultada a regularização dentro do limite temporal fixado por este diploma legal.

Em princípio, o sentimento é de que o legislador captou e assumiu o conteúdo da realidade social estampada nessas relações, denunciadas pela proliferação de tais contratos, atestando-se não só a sua existência como também, e, principalmente, a sua capacidade de gerar efeitos indiscutíveis na vida daqueles que, por razões distintas não puderam ou não escolheram outra via para a aquisição dos bens financiados pelo Sistema Financeiro Habitacional.

A súmula em referência dá uma extensão a esse propósito em atenção a uma situação que já reclamava providência. A lacuna legislativa até então vigente foi suprida pela norma em comento, estabelecendo uma solução mais condizente com a importância social destes negócios,

¹ Juiz de Direito de Paulista. Especialista em Desenvolvimento Econômico pela SEPLAN-PE. e em Direito Público e Privado pela FDR-UFPE.

até então postos à margem do ordenamento jurídico e de qualquer regulamentação.

Nessa esteira é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. FINANCIAMENTO DE IMÓVEL PELO SFH. COBERTURA PELO FCVS. CESSÃO DE DIREITOS CELEBRADA SEM A INTERVENÇÃO DA ENTIDADE FINANCEIRA. "CONTRATO DE GAVETA". LEGITIMIDADE DO CESSIONÁRIO PARA PROPOSITURA DE AÇÃO REVISIONAL.– O adquirente de imóvel através de “contrato de gaveta”, com o advento da Lei 10.150/2000, teve reconhecido o direito à sub-rogação dos direitos e obrigações do contrato primitivo. Por isso, tem o cessionário legitimidade para discutir e demandar em juízo questões pertinentes às obrigações assumidas e aos direitos adquiridos².

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. RECONSIDERAÇÃO EM AGRAVO INTERNO ANTERIOR. SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO. "CONTRATO DE GAVETA". LEGITIMIDADE ATIVA DO CESSIONÁRIO. LEI N. 10.150/2000. AGRAVO IMPROVIDO³.

² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 888572 / RS. Recorrente: Nelson Augusto Diehl. Recorrido: Habitasul Crédito Imobiliário S/A. Relatora: Ministro Francisco Falcão. Brasília, 26 de fevereiro de 2007. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200602091855&pv=010000000000&tp=51> >. Acesso em: 19 abr. 2009.

³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n. 932685 / DF. Recorrente: Geni Moreira Fonseca. Recorrido: Caixa Seguradora S/A. Relatora: Ministro Sidnei Beneti. Brasília, 07 de novembro de 2008. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200700525030&pv=010000000000&tp=51> >. Acesso em: 19 abr. 2009.

ADMINISTRATIVO. SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO. CONTRATO DE GAVETA. CESSIONÁRIO. LEGITIMIDADE ATIVA. 1.A inovação trazida pela Lei 10.150/2000 reconheceu a sub-rogação dos direitos e obrigações do contrato primitivo, habilitando o adquirente do imóvel financiado pelo SFH a pleitear judicialmente as suas conseqüências jurídicas. Precedentes do STJ. 2. Agravo Regimental não provido⁴.

A proibição de cessão do imóvel financiado sem a anuência do agente financeiro, expressa no contrato, no que concerne à legislação consumerista, deve ser considerada abusiva, como bem anota Antonio Carlos Efig⁵:

Com o advento do Código de Defesa do Consumidor, a cláusula constante dos contratos utilizados por alguns agentes do SFH, que impede ou dificulta a venda do imóvel hipotecado sem sua anuência, além de abusiva, é ilícita; por conseqüência, deve ser tida como não escrita. O efeito de considerar-se tal cláusula de inalienabilidade como abusiva é que não pode o Judiciário dar guarida a ato que afronte por via oblíqua a lei e o direito, devendo o magistrado reprimir tais execuções que contrariam a dignidade da Justiça.

⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo n. 1063526 / RS. Agravante: Caixa Econômica Federal. Agravado: Leonardo Groba Mendes e outro. Relatora: Ministro Herman Benjamin. Brasília, 05 de março de 2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200801322853&pv=010000000000&tp=51>> Acesso em: 19 abr. 2009.

⁵ EFING, Antônio Carlos. *Contratos e procedimentos bancários à luz do código de defesa do consumidor*, 1ª edição, 3ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 158.

O que importa para se buscar uma solução mais condizente para uma questão tão importante é que o princípio do *pacta sunt servanda* deve ser superado pelo princípio da função social do contrato e pelos princípios político-sociais que regem o SFH.

Não se pode assumir que a cessão por si só ponha em risco o equilíbrio do contrato, pela suposição de que o gaveteiro não irá cumprir o avençado originariamente. O fato de haver a cessão, ao contrário, já demonstra o desinteresse do mutuário em manter o ajuste original. O que interessa ao agente financeiro é que, a despeito da cessão, a garantia hipotecária permaneça, assim como a figura do cedente como principal responsável pelo adimplemento das obrigações assumidas.

Seja em sede de revisão contratual ou de indenização securitária é legítima a iniciativa processual do cessionário. Qualquer solução para este caso deve ter como ponto inicial a premissa de que se trata de uma questão que foge aos interesses meramente particulares ou privatísticos, pois envolve considerável número de pessoas tomadas pela esperança de ter e manter a moradia própria.

O Judiciário, como poder estatal, há de tratar a questão dentro deste enfoque político-social, dentro de uma perspectiva principiológica, máxime na utilização do princípio consagrado na Constituição Federal, do direito à moradia.

Súmula 057. A seguradora é responsável pelo pagamento de aluguel, pelas prestações do contrato de financiamento ativo e pela guarda do imóvel sinistrado sempre que o segurado tenha que dele sair, até o momento que possa para ele regressar ou que for paga a indenização em pecúnia.

Comentários:

Otoniel Ferreira dos Santos¹

A relação securitária está inserida no sistema consumerista por força do disposto no art. 3º. § 2º, do Código de Defesa do Consumidor, socorrendo-se, portanto, o mutuário-consumidor do princípio geral de prevenção de dano consagrado no art. 6º, VI, do referido diploma legal, pelo qual é direito básico do consumidor a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos.

Essa relação estabelecida em sede do Sistema Financeiro de Habitação vige o princípio do risco integral. A razão de ser do seguro é a segurança. Desta forma, a existência de cláusula que particulariza os riscos cobertos não deve ser considerada exaustiva, mas meramente exemplificativa.

Deve-se considerar ainda, por ser típico contrato de adesão, o seguro habitacional é simplesmente imposto ao mutuário do Sistema Financeiro de Habitação. Sem qualquer discussão sobre suas cláusulas e condições, merece sempre uma interpretação mais favorável à parte que ao pacto adere, atendendo-se à sua finalidade social.

Assim, a proteção securitária deve ser cabal e,

¹ Juiz de Direito de Paulista. Especialista em Desenvolvimento Econômico pela SEPLAN-PE. e em Direito Público e Privado pela FDR-EFPE.

por estar inserida no âmbito das relações de consumo, deve atender a este princípio geral de prevenção e reparação de danos insculpidos na normatização referida.

Ainda, por força do disposto no art. 47 da legislação prefalada, as cláusulas contratuais que impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos (CDC art. 51, I), ao serem interpretadas e receberem declaração mais favorável ao consumidor-mutuário, podem ter como consequência sua nulidade.

O art. 779 do Código Civil complementa esta argumentação ao prescrever que o risco do seguro compreenderá todos os prejuízos resultantes ou consequentes, como sejam, os estragos ocasionados para evitar o sinistro, minorar o dano, ou salvar a coisa.

Nessa esteira havendo ameaça de sinistro tecnicamente comprovado e necessidade de desocupação, é devida pela seguradora os encargos mensais a título de aluguéis e despesas condominiais com moradia.

Súmula 058. A existência de vício de construção não afasta a cobertura securitária decorrente de contrato de seguro habitacional.

Comentários:

Otoniel Ferreira dos Santos¹

O reconhecimento dos vícios de construção como fator preponderante nos sinistros que envolvem as unidades imobiliárias, inseridas no Sistema Financeiro de Habitação, é aquele que se revela próprio do tipo de construção realizada, qual seja a concepção do projeto que foi adotada à edificação dos chamados *prédio caixaão*.

Mesmo sendo reconhecida a existência de vários fatores que podem provocar acidentes construtivos, a experiência forense tem demonstrado que o fator predominante é o endógeno.

Nas palavras de Gomide² fatores endógenos são:

Aqueles relacionados à própria construção, incluindo-se os projetos, serviços e materiais. As falhas dos projetos, as especificações incorretas e os serviços inadequados podem causar acidentes.

A norma brasileira NBR-13752 de 30 de dezembro de 1996 dá a seguinte definição para vício:

Anomalias que afetam o desempenho de produtos ou serviços, ou os tornam inadequados aos fins a que se destinam, causando transtornos ou prejuízos materiais ao consumidor. Podem decorrer de falha

¹ Juiz de Direito de Paulista. Especialista em Desenvolvimento Econômico pela SEPLAN-PE. e em Direito Público e Privado pela FDR-UFPE.

² GOMIDE, Tito Lívio Ferreira. *Engenharia legal: estudos*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p.4.

de projeto ou de execução, ou ainda da informação defeituosa sobre sua utilização ou manutenção.

No entanto, curiosamente, as apólices que disciplinam o seguro habitacional excluem justamente estes fatores endógenos da respectiva cobertura, só admitindo aqueles de natureza exógena.

Consoante o disposto no art. 8º, caput, da Lei n. 4.380 de 21 de agosto de 1964, o Sistema Financeiro de Habitação tem a sua criação e funcionamento justificado no momento em que facilita e promove a construção e a aquisição de casa própria ou moradia, especialmente pelas classes de menor renda da população, razão da sua forte conotação político-social.

Facilmente se constata que a exclusão da cobertura de sinistro causado por fatores relacionados à concepção do projeto de engenharia revela uma profunda violação aos princípios que regem a política habitacional como um todo, burlando o princípio da boa-fé que deve prevalecer em qualquer relação jurídica.

Soa absurdo, diante da essência de uma relação securitária, não se incluir entre os riscos cobertos algo perfeitamente previsível em termos de construção civil a possibilidade de não utilização de regras técnicas ou de materiais apropriados, por dolo ou por imperícia, ou mesmo de avaliação equivocada da geografia onde foi o imóvel construído. Restringir a cobertura a eventos provocados por causa externa é deixar o segurado mutilado em seu direito indenizatório.

Oportuna é a lição de Hely Lopes Meirelles³ a esse respeito:

A responsabilidade pela perfeição da obra é o primeiro dever legal de todo profissional ou firma

³ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito de construir*. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 223.

de Engenharia, Arquitetura ou Agronomia, sendo de se presumir em qualquer contrato de construção, particular ou público, mesmo que não conste de nenhuma cláusula do ajuste.

A responsabilidade pela perfeição da obra remete ao dever de segurança imposto ao fornecedor pelos artigos 6º, inciso I, 8º e 12 do Código de Defesa do Consumidor. Compartilhando do mesmo entendimento Cavalieri Filho⁴ informa:

A lei, vale ressaltar, criou para o fornecedor um dever de segurança – o dever de não lançar no mercado produto com defeito –, de sorte que se o lançar, e ocorrer o acidente de consumo, por ele responderá independentemente de culpa. Trata-se, em última instância, de uma *garantia de idoneidade*, um dever especial de segurança do produto, legitimamente esperada.

Nos termos do art. 757 do Código Civil, esta responsabilidade seria repassada para a seguradora em virtude da própria definição e do conteúdo do contrato de seguro.

O Superior Tribunal de Justiça encampou este entendimento:

SEGURO HABITACIONAL.
RESPONSABILIDADE DA SEGURADORA.
MULTA DECENDIAL. 1. A seguradora é responsável quando presentes vícios decorrentes da construção, não havendo como se sustentar o entendimento de que assim examinada a questão haveria negativa de vigência do art. 1.460 do antigo Código Civil. 2. O pagamento da multa decendial deve ser feito ao mutuário. Vencido,

⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de direito do consumidor*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 227.

nessa parte, o Relator. 3. Recurso especial conhecido e provido, em parte⁵.

Destarte a seguradora é obrigada a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados ou não, em combinação com os artigos 6º, incisos I e VI, 8º, 12 e 51, inciso IV e § 1º, inciso II, do Código de Defesa do Consumidor, decorrendo daí, a sua obrigação de fiscalizar a obra segurada sendo abusiva, portanto, a cláusula excludente da cobertura securitária de sinistros causados por fatores endógenos.

⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 813898 / SP. Recorrente: Geni Moreira Fonseca. Recorrido: Caixa Seguradora S/A. Relatora: Ministro Sidnei Beneti. Brasília, 28 de maio de 2007. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200600192087&pv=010000000000&tp=51>>. Acesso em: 19 abr. 2009.

Súmula 059. Nas ações de seguro habitacional em que se pleiteia recuperação de sinistro de danos físicos no imóvel, o beneficiário do seguro pode ser o mutuário, o cessionário, seus sucessores ou dependentes, na forma da lei civil.

Comentários:

Otoniel Ferreira dos Santos¹

Para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade, é o que prescreve o art. 3º do Código de Processo Civil. Nesse sentido é o escólio de Silvio Venosa²:

Destarte, o sujeito ativo, o credor, tem uma pretensão com relação ao devedor. Na obrigação, não existe um poder imediato sobre a coisa. Preliminarmente, o interesse do credor é que o devedor, sujeito passivo, satisfaça, voluntária ou coativamente, a prestação.

Na hipótese vertente está em evidência uma pretensão à reparação de dano vinculado a um imóvel financiado pelo Sistema Financeiro de Habitação. Assim, o mutuário aparece como o primeiro e naturalmente legitimado em função de sua condição de partícipe original do financiamento e da relação securitária, não havendo muito que se questionar a esse respeito. Todavia, sendo uma relação contratual de trato sucessivo, há sempre a possibilidade de ocorrerem modificações no seu elemento

¹ Juiz de Direito de Paulista. Especialista em Desenvolvimento Econômico pela SEPLAN-PE. e em Direito Público e Privado pela FDR-UFPE.

² VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. São Paulo: Atlas, 2003. v. II. p. 35.

pessoal ou subjetivo, mormente no seu polo ativo, alterando a titularidade da pretensão reparatória.

Uma das modificações subjetivas mais comuns ocorre em razão da cessão da posição contratual realizada pelo mutuário original em favor de terceiro, que garante a sua legitimação através de instrumento de cessão ou de alienação em conformidade com o art. 785 do Código Civil ou, ainda, na forma conhecida como “contrato de gaveta”, fartamente reconhecida em sede jurisprudencial, já sendo, inclusive, consagrada em face da edição da Súmula 56 deste Tribunal.

Também há de ser considerada a alteração subjetiva na relação securitária em função da morte do mutuário ou do cessionário, que concede a condição de beneficiário aos seus herdeiros, sucessores ou dependentes, por força do que dispõe o art. 943 do Código Civil, assegurando que se transmite com a herança o direito de exigir reparação.

Neste sentido posiciona-se Arnaldo Rizzardo³:

Produzida a morte, ou outro evento prejudicial, determinadas pessoas estão legitimadas para, atuando *iure proprio*, obter o ressarcimento do dano que têm sofrido. Nem só a vítima tem direito à indenização, como igualmente seus herdeiros, se falecida aquela. O art. 943 da lei civil, mantendo em parte o conteúdo do art. 1.526 do CC revogado, vem ao encontro desta afirmação: ‘o direito de exigir a reparação e a obrigação de prestá-la transmitem-se com a herança.

Não discrepa deste entendimento Cavalieri Filho⁴:

³ RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 921.

A companheira, desde que comprovadas a vida em comum e a efetiva dependência econômica, também tem legitimidade para pleitear a indenização, consoante o melhor entendimento doutrinário e jurisprudencial, mormente após a Constituição de 1988, que passou a considerar a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar (art. 226, § 3º; v. também Lei 9.278, de 10 de maio de 1996).

Por fim, beneficiário será quem tenha legitimidade na forma prescrita em lei.

⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 114.

Súmula 060. A TR/TRD não pode ser utilizada como índice de atualização monetária em cobrança tributária.

Comentários:

Cinthia Daniela Rodrigues dos Santos¹

A Lei n. 8.117, de 01 de março de 1991, que estabeleceu regras para a desindexação da economia, instituiu em seu artigo 1º, a TR (taxa referencial), a ser divulgada pelo Banco Central do Brasil, e calculada a partir da remuneração líquida mensal dos impostos, dos depósitos a prazo fixo captados nos bancos comerciais, bancos de investimentos, bancos múltiplos com carteira comercial ou de investimentos, caixas econômicas, ou dos títulos públicos federais, estaduais e municipais, de acordo com a metodologia aprovada pelo Conselho Monetário Nacional.

Ao regulamentar a metodologia de cálculo da TR o Conselho Monetário optou, através da Resolução n. 1.805, de 27 de março de 1991, pela utilização da remuneração mensal líquida dos depósitos fixos captados pelos bancos privados, tomando por base os títulos emitidos pelas trinta instituições financeiras de maior volume de depósito a prazo fixo, com base nos balanços a serem realizados semestralmente.

Nesse contexto, foi discutido no Supremo Tribunal Federal, através da ADIn n. 493-0/DF, cuja relatoria coube ao Ministro Moreira Alves, se a TR seria índice de correção monetária, e, portanto, índice de desvalorização da moeda.

Na mencionada ação de inconstitucionalidade, foi demonstrado que a taxa referencial não constitui

¹ Assessor técnico judiciário do Gabinete do Desembargador João Bosco Gouveia de Melo, especializando em Direito Público pela Escola Superior da Magistratura de Pernambuco - ESMAPE

índice neutro de atualização da moeda, estando sujeito a outros índices, pelo que reflete a dinâmica do mercado financeiro de títulos e valores mobiliários, sujeito a variações do custo primário da captação dos depósitos a prazo fixo, não constituindo, dessa forma, índice que reflita a variação do poder aquisitivo da moeda.

Neste sentido concluiu o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a retromencionada ADIn n. 493-0/DF, que, in verbis:

Ação direta de inconstitucionalidade.

[...]

Ocorrência, no caso, de violação de direito adquirido. A taxa referencial (TR) não é índice de correção monetária, pois, refletindo as variações do custo primário da captação dos depósitos a prazo fixo, não constitui índice que reflita a variação do poder aquisitivo da moeda. Por isso, não há necessidade de se examinar a questão de saber se as normas que alteram índice de correção monetária se aplicam imediatamente, alcançando, pois, as prestações futuras de contratos celebrados no passado, sem violarem o disposto no artigo 5, XXXVI, da Carta Magna.

[...]

Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente, para declarar a inconstitucionalidade dos artigos 18, "caput" e parágrafos 1 e 4; 20; 21 e parágrafo único; 23 e parágrafos; e 24 e parágrafos, todos da Lei n. 8.177, de 1 de maio de 1991².

² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 493-0/DF; Requerente: Procurador-Geral da República. Recorrido: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator.:Ministro Moreira Alves. Brasília, 25 de junho de 1992; Disponível em: [http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(493.N UME.%20OU%20493.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(493.N UME.%20OU%20493.ACMS.)&base=baseAcordaos). Acesso em: 11 maio 2009.

Acompanhando o posicionamento da Suprema Corte, apresenta-se assentada a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Precedentes:

PROCESSUAL CIVIL - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL - DÉBITO FISCAL - CORREÇÃO MONETÁRIA - APLICAÇÃO DA TR - IMPOSSIBILIDADE - ADIn 493-0-STF - INPC E UFIR - APLICAÇÃO – LEIS 8.177/91, ART. 4º E 8.383/91 - PRECEDENTES STF E STJ.

- Conforme orientação assentada pelo STF na ADIn 493-0, a TR – Taxa Referencial, não é índice de atualização da expressão monetária de valores defasados pela inflação passada.

- [...]

- Embargos de declaração acolhidos apenas para explicitar os índices a serem aplicados³.

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. ICMS. IMPORTAÇÃO. VIOLAÇÃO DO ART. 535, II, DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA. LEI N. 6.537/73. RECLASSIFICAÇÃO DE MULTA. SÚMULA N. 280/STF. REDUÇÃO DA MULTA. LEI MAIS BENÉFICA. APLICAÇÃO. CORREÇÃO MONETÁRIA. ADOÇÃO DA TR/TRD. IMPOSSIBILIDADE. ADIN N. 493/STF. INPC E UFIR. APLICABILIDADE.

1. [...]

4. Não se aplica a TR/TRD na correção monetária dos créditos/débitos tributários, devendo incidir, na vigência da Lei n. 8.177/91, o INPC, e, a partir de janeiro/92, a Ufir. Precedentes.

³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de declaração no Recurso Especial 198330 / MG. Relator: Ministro Francisco Peçanha Martins. Embargante: Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais. Embargado: A Porcelana Corrêa e filhos Comércio de Presente Ltda. Brasília, 19 de agosto de 2003. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=198330&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=2> Acesso: 11 maio 2009.

5. Recurso especial conhecido em parte e provido parcialmente⁴.

Desta feita, como decorrência lógica do acima exposto, tem-se que a Taxa Referencial (TR) e da Taxa Referencial Diária (TRD), instituídas pela Lei n. 8.117, de 01 de março de 1991, como não expressam apenas a variação do poder aquisitivo da moeda, não podem ser utilizadas como índice de correção monetária de crédito tributário, visto que, constituem taxa nominal de juros, pelo que configuram coeficiente de remuneração do capital no mercado financeiro de títulos e valores mobiliários.

⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 604133 / RS. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. Recorrente: Aleze Indústria de Viés e Atacadores Ltda. Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul. Brasília, 17 de abril de 2007. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=TR+e+corre% E7% E3o+monet% E1ria+e+cr% E9dito+e+tribut% E1rio&&b=ACOR &p=true&t=&l=10&i=7>>. Acesso em: 11 maio 2009.

Súmula 061. O servidor público tem direito adquirido à percepção em pecúnia de licença-prêmio não gozada e não utilizada para contagem em dobro da aposentadoria por tempo de serviço se, quando da vigência da LCE nº 16/96, já havia completado o período aquisitivo do benefício.

Comentários:

Cynthia Daniela Rodrigues dos Santos¹

Proclama a Constituição Federal em seu art. 5º, inciso XXXVI, que a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

Contudo, é sabido que no ordenamento jurídico pátrio inexistente definição constitucional de direito adquirido. Leciona Alexandre de Moraes² que, o conceito de direito adquirido ajusta-se à concepção que lhe dá o legislador ordinário, ao qual cabe definir normativamente, o conteúdo evidenciador da idéia de situação jurídica definitivamente consolidada. Assim, conclui que, sendo de difícil conceituação, o direito será denominado adquirido quando consolidada a sua integração ao patrimônio do respectivo titular, em virtude da consubstanciação do fator aquisitivo (requisitos legais e de fato).

Analisando a celeuma sobre a aquisição de direito adquirido por servidores públicos, José dos Santos Carvalho Filho³, sugere que o tema seja debatido sobre duas

¹ Assessor técnico judiciário do Gabinete do Desembargador João Bosco Gouveia de Melo, pós-graduando em Direito Público pela Escola Superior da Magistratura de Pernambuco - ESMape

² MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p.105.

³ FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de direito administrativo*. 17ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: *Lumen Júris*, 2007. p. 427.

vertentes. A primeira no que concerne ao estatuto funcional, pelo que quando o servidor ingressa no serviço público sob o regime estatutário, recebe o influxo das normas que compõe o respectivo estatuto.

Todavia, as normas estatutárias são contempladas por lei, as quais têm caráter abstrato e genérico, podendo sofrer alterações, desse modo, o servidor não terá direito adquirido à imutabilidade do estatuto, porque se assim fosse estaria impedindo a mutação legislativa.

De outra banda, a lei estatutária contempla vários direitos individuais para o servidor. Porém, para aquisição desses direitos sempre se faz necessário a ocorrência do fato gerador que a lei expressamente estabelece.

Dessa forma, aduz o referido autor, “Se se consuma o suporte fático previsto na lei e se são preenchidos os requisitos para o seu exercício, o servidor passa a ter direito adquirido ao benefício ou vantagem que favorece”. Nessa hipótese, tem-se o direito por adquirido pelo servidor, o qual se afigura intangível mesmo se a norma legal vier a ser alterada.

Disciplina a Lei n. 6.123, de 21 de julho de 1968, Estatuto dos Funcionários Públicos do Estado de Pernambuco, em seu art. 112, que será concedido ao funcionário, após cada decênio de serviço, efetivamente prestado ao Estado, seis meses de licença-prêmio. Logo após, em seu art. 114, assegura a percepção da importância correspondente ao tempo de duração da licença-prêmio deixada de gozar pelo funcionário, em caso de falecimento, ou quando o aludido tempo não se torne necessário para efeito de aposentadoria.

A Lei Complementar Estadual n. 03, de 22 de agosto de 1990, ao instituir o regime jurídico único de que

trata o art. 98 da Constituição do Estado de Pernambuco, prescreveu em seu artigo 1º, §2º, incisos IV e V, que é direito dos servidores públicos civis a licença-prêmio de seis meses por decênio de serviço prestado, e o recebimento do valor de referidas licenças não gozadas, correspondente cada uma a seis meses da remuneração integral do servidor à época do pagamento, desde que a contagem do aludido tempo não se torne necessária para efeito de aposentadoria.

Posteriormente, com a edição da Lei Complementar Estadual n. 16, de 08 de janeiro de 1996 ficou determinado em seu artigo 1º, §2º, inciso IV, o direito dos servidores a licença-prêmio não gozada, correspondente a seis meses por cada decênio de efetivo exercício. No entanto, diferentemente do disposto na LCE n. 03/1990, o recebimento da licença-prêmio não gozada, corresponderia a seis meses da remuneração integral do servidor, restrita ao valor da última licença prêmio não gozada.

Todavia, em que pese a modificação introduzida pela LCE n. 16/1996, no inciso V, do art. 1º, §2º da LCE n. 03/1990, aquele instrumento normativo cuidou de resguardar, em seu art. 8º, os direitos adquiridos dos servidores que completaram o devido tempo aquisitivo à percepção de todas as licenças-prêmio não gozadas, até 30 de dezembro de 1996, mantida a ressalva da desnecessidade da contagem do tempo para efeito de aposentadoria.

Com a edição da Emenda à Constituição Federal n. 20, de 15 de dezembro de 1998, restou expressamente vedado se estabelecer qualquer forma de contagem de tempo de contribuição fictício. Adequando o ordenamento jurídico estadual ao federal, foi editada a Emenda à Constituição Estadual n. 16, de 01 de junho de 1999, a qual alterando a redação do artigo 128 da Constituição Estadual, vedou expressamente o pagamento ao servidor público e militar, de qualquer adicional por tempo de serviço, bem como a

conversão em pecúnia de licenças-prêmio não gozadas, salvo por motivo de falecimento do servidor em atividade.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça segue unanimemente o entendimento segundo o qual existe direito adquirido à percepção em pecúnia de todas as licenças-prêmio não gozadas e não utilizadas para contagem em dobro para a aposentadoria por tempo de serviço se, quando editada a Lei Complementar Estadual n. 16/1996, o servidor já havia completado o período aquisitivo do benefício.

Corroborando o acima esposado, têm-se, por exemplo, os seguintes precedentes do Superior Tribunal de Justiça⁴.

Desta feita, quando se configurar por completo o suporte fático previsto em lei, ou seja, quando completado o período de tempo necessário à aquisição da licença-prêmio, e desde que esse período não necessite ser computado para fins de aposentadoria, terá o servidor direito adquirido ao recebimento em pecúnia do aludido benefício. Assim, se ao tempo da edição da Lei Complementar Estadual n. 16/1996, o servidor tenha preenchido os requisitos, terá o direito a contar em dobro o tempo de serviço, bem como de receber em pecúnia, por cada licença-prêmio, o equivalente a seis meses de remuneração integral.

Após a vigência da LCE n. 16/1996 e antes da edição da Emenda à Constituição Estadual n. 16/99, que introduziu a alteração imposta no âmbito federal pela EC n. 20/1998, o *quantum* a ser recebido, ficou limitado apenas a última licença-prêmio, correspondente a seis meses de remuneração. Restando, ao final, expressamente vedado o pagamento das licenças não gozadas a partir de 01 de julho de 1999, salvo por motivo de falecimento do servidor em atividade.

⁴ Conferir os seguintes julgados: AgRg no REsp 1063313/DF; AgRg no REsp 736220/SP; AgRg no Ag 1006331/DF.

Súmula 062. Nas ações que envolvem interesses da Fazenda Pública, seja ela autora ou ré, os honorários advocatícios devem ser fixados nos termos do § 4º do art. 20 do CPC.

Comentários:

Cinthia Daniela Rodrigues dos Santos¹

O comando normativo expresso no *caput* do art. 20 do Código de Processo Civil consubstancia o princípio da sucumbência, segundo o qual o pagamento das despesas e dos honorários cabe a quem é vencido na causa, como resultado de responsabilidade objetiva, ou seja, independentemente da aferição sobre eventual dolo ou culpa. Portanto, quem perde paga.

Extrai-se ainda desse dispositivo legal que a condenação nos ônus da sucumbência ocorre, apenas, quando se julga a causa, pelo que, a resolução de um incidente processual ou recurso não tem o condão de gerar a condenação em honorários de sucumbência. Nesse caso, a sucumbência refere-se apenas as despesas realizadas pelo vencedor (CPC, art. 20, §1º).

O valor dos honorários advocatícios, conforme a disciplina do §3º, do aludido artigo, deve ser fixado entre o mínimo de 10% (dez por cento) e o máximo de 20% (vinte por cento) sobre o total da condenação, devendo o juiz, ao estimá-los, o fazer levando em consideração o grau de zelo do advogado, o lugar da prestação do serviço, a natureza e a importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço (CPC, art. 20, §3º,

¹ Assessor técnico judiciário do Gabinete do Desembargador João Bosco Gouveia de Melo, pós-graduando em Direito Público pela Escola Superior da Magistratura de Pernambuco – ESMAPE.

alíneas *a*, *b* e *c*). Cumpre salientar que este critério alcança apenas as sentenças condenatórias.

Nas causas em que não houver condenação ou, especificamente naquelas em que for vencida a Fazenda Pública, a teor do disposto no §4º, do art. 20, do Código de processo Civil, os honorários serão arbitrados em valor fixo ou em percentual sobre a condenação, devendo o juiz, em sua apreciação equitativa, levar em consideração os critérios elencados nas letras *a*, *b*, e *c* do parágrafo 3º do art. 20 do Código de Processo Civil, a fim de bem remunerar o profissional e não onerar em demasia os cofres públicos.

Em face da utilização da expressão *apreciação equitativa disposta* no mencionado §4º do art. 20 do Código de Processo Civil, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça vem se consolidando no sentido de ser possível a fixação de honorários advocatícios contra a Fazenda Pública em valor inferior aos 10% (dez por cento) previstos no parágrafo 3º do citado art. 20 do Código de Processo Civil. Nesse sentido é a opinião de Leonardo José Carneiro da Cunha²:

O que se pretende deixar assente é que, ante a exigência legal de que haja *apreciação equitativa*, não há necessidade de serem fixados os honorários sucumbenciais em percentual inferior a 10% do valor da condenação. Levando em conta os elementos concretos da causa, e fundado num juízo de *proporcionalidade* que gere uma *apreciação equitativa*, o juiz deverá estabelecer os honorários contra a Fazenda Pública, podendo estimá-los em valor equivalente a menos de 10% da condenação, ou em importe que se insira entre os 10% e 20% do montante da condenação, ou, ainda, arbitrá-los num valor fixo, sendo, de um lado, suficiente para bem

² CUNHA, José Carneiro da. *A fazenda pública em juízo*. 6 ed., rev., ampl., e atual. São Paulo: Dialética, 2008. p.127.

remunerar o trabalho desenvolvido pelo advogado e, de outro lado, apto a não gerar um impacto significativo no Erário.

Portanto, os honorários fixados quando vencida a Fazenda Pública devem ser estimados por equidade em observância ao regramento disposto no § 4º do art. 20 do Código de Processo Civil. Podendo, entretanto, ser arbitrado em valores inferiores ao mínimo legal de 10% (dez por cento) previsto no § 3º do mesmo instrumento normativo, desde que os elementos do caso concreto, possibilitem ao julgador aferir a proporcionalidade dos critérios já referidos.

Súmula 063. Não obstante ter a Lei Federal nº 9.717/98 vedado a celebração de convênios entre os entes federativos para pagamento de benefícios previdenciários, a autarquia previdenciária estadual continua responsável pelo pagamento dos benefícios integrais aos pensionistas de ex-servidores municipais que, na época da edição do mencionado diploma normativo, tenham adquirido este direito.

Comentários:

Cinthia Daniela Rodrigues dos Santos¹

Antes da vigência da Lei Federal n. 9.717 de Novembro de 1998, em face da inexistência de instituto de previdência próprio dos municípios, a responsabilidade pelo pagamento das aposentadorias e pensões municipais recaía sobre o IPSEP – Instituto de Previdência dos Servidores do Estado de Pernambuco, por força de um convênio assinado entre o Estado de Pernambuco e os seus Municípios, através do qual a municipalidade se obrigava a repassar os valores das contribuições prestadas por seus servidores, e, em contraprestação, o IPSEP, sucedido pelo IRH – Instituto de Recursos Humanos, a partir de setembro de 2000, até a completa implantação da FUNAPE – Fundação de Aposentadorias e Pensões dos Servidores do Estado de Pernambuco, nos termos do Decreto Estadual n. 24.444 de 21 de junho de 2002, efetuava o pagamento dos aposentados e pensionistas.

Com a edição da Lei Federal n. 9.717, de 27 de novembro de 1998, restou estabelecido, em seu inciso V, do art. 1º, que os regimes próprios de previdência social dos

¹ Assessor técnico judiciário do Gabinete do Desembargador João Bosco Gouveia de Melo, especializando em Direito Público pela Escola Superior da Magistratura de Pernambuco - ESMAPE

servidores públicos dariam cobertura exclusiva a servidores públicos titulares de cargos efetivos e a militares, e a seus dependentes, sendo vedado o pagamento de benefícios mediante convênios ou consórcios entre estados, entre estados e municípios e entre municípios.

Em que pese a Lei Federal n. 9.717/1998, obstar a celebração de convênios e consórcios entre os entes federativos para fins de pagamento de benefícios previdenciários, o próprio instrumento normativo federal, em seu art. 10, excepciona referida vedação ao determinar a permanência da responsabilidade do ente instituidor do sistema previdenciário pelos pagamentos dos benefícios já concedidos durante a sua vigência, bem como daqueles benefícios cujos requisitos necessários à sua concessão já houvessem sido implantados.

Para além disso, o §1º do art. 11 da Portaria n. 4.922, de 05 de fevereiro de 1999, do Ministro de Estado da Previdência e da Assistência Social (MPAS), determinou que os convênios e consórcios ou outra forma de associação existente antes da vigência da lei n. 9.717/98 deveriam garantir integralmente o pagamento dos benefícios já concedidos, bem como daqueles que já haviam cumprido os requisitos necessários à sua concessão até o dia anterior ao da vigência da Lei, ou seja, 27 de novembro de 1998.

Contudo, em que pese serem os entes federativos pessoas jurídicas de direito público interno, com capacidade política, e autônomos administrativa e financeiramente, consoante dispõe os arts. 1º, 18 e 25 todos da Carta Magna, a obrigação de pagar do ente federativo nada tem de ofensiva ao equilíbrio federativo, por ser característica própria do sistema previdenciário, no regime antecedente a vinculação, por efeito reflexo, das obrigações do ente pagador em relação à política remuneratória da

entidade empregadora, independente de ser esta municipal ou estadual.

Em assim procedendo, não há que se falar, também, em violação ao art. 169, §1º da Constituição Federal, posto que na vigência dos aludidos convênios os municípios realizavam o repasse, ao ente previdenciário do estado, dos descontos efetuados nos vencimentos e proventos de seus servidores.

Desta feita, tendo a autarquia previdenciária estadual percebido as contribuições dos servidores públicos municipais por longos anos, e de acordo com os preceitos legais esposados, nada mais coerente do que arcar com o ônus decorrente dos pagamentos dos benefícios dos seus ex-servidores e/ou pensionistas.

Súmula 064. Em execução contra a Fazenda Pública, não está o exeqüente obrigado a discriminar no seu cálculo de liquidação os valores relativos ao imposto de renda na fonte e à contribuição previdenciária, providência a ser tomada na ocasião de efetivação do pagamento, mediante retenção discriminada.

Comentários:

Eduardo de Queiroz Chaves ¹

Em se tratando de ação que tenha por objeto obrigação de pagar, a execução contra a Fazenda Pública se dá por quantia certa, nos moldes do art. 730 e seguintes, do Código de Processo Civil.

Por sua vez, nos casos em que a sentença judicial condenatória não determina o valor devido, incumbe à parte vencedora promover a sua liquidação, com vistas a apurar o quantum para fins de execução, nos moldes do art. 475-A e seguintes, do Código de Ritos, em se tratando de liquidação por cálculo aritmético do credor.

Com efeito, tal espécie de liquidação se dá, nos termos do art. 475-B, do Código de Ritos, quando a determinação do valor da condenação depender apenas de cálculo aritmético, sendo-lhe deferido, assim, mediante a apresentação de simples memória discriminada e atualizada do cálculo, proceder de plano com a liquidação da sentença judicial.

Nesse sentido, está desobrigado, o exequente, de discriminar naquele seu cálculo de liquidação as importâncias correspondentes ao imposto de renda na fonte e à contribuição previdenciária, visto que, em se tratando a

¹ Secretário do Desembargador Cláudio Jean Nogueira Virgínio. Graduado em Ciências Econômicas pela Universidade Federal de Pernambuco - UFPE.

cobrança de tributo uma atividade plenamente vinculada, afigura-se irrelevante a manifestação do exequente acerca dos valores devidos sobre esses títulos, posto que ditos valores deverão ser retidos, pela Fazenda Pública, por ocasião do pagamento da quantia contra si cobrada pela via executiva.

Desse entendimento, deduz-se, naturalmente, que não constitui excesso de execução a ausência da referência de tais valores nos cálculos aritméticos de liquidação de sentença apresentados pelo credor/exequente, visto que tal mister não recai sobre si, mas sim sobre a Fazenda Pública executada, responsável que é pela retenção desses valores no ato de pagamento da quantia exequenda.

Súmula 065. Presume-se verdadeiro o documento em cópia não autenticada acostado aos autos, cabendo à parte interessada argüir sua falsidade.

Comentários:

Lucivânia Sonja Cavalcanti¹

O processo civil contemporâneo procura caminhos que levem à celeridade e à efetividade do processo. Tanto é assim, que a Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004, inseriu o inciso LXXVIII ao art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, de modo a proclamar o direito fundamental à celeridade na concessão da resposta judicial, ao mencionar que "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação".

Portanto, o Executivo, o Legislativo e, em especial, o Judiciário devem estar pautados pela observância dos preceitos constitucionais garantidores dos direitos fundamentais. Nesse sentido, o jurista Marinoni afirma:

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais, asseverando que portanto, as normas de direito fundamental influenciam na relação entre o Estado e os particulares, e ainda entre estes, de forma a garantir maior efetivação do núcleo fundamental da Constituição, sobre o qual deve-se pautar todo o ordenamento jurídico².

¹ Assessor Técnico judiciário, lotada no Gabinete do Desembargador Leopoldo de Arruda Raposo. Especializando-se em Direito Público, pela ATF Cursos Jurídicos/Faculdade Maurício de Nassau.

² MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 168.

Assim, configura mais uma etapa para a consecução da celeridade processual a norma que estabelece que a declaração do advogado certificando a autenticidade dos documentos colacionados é procedimento bastante, não havendo por que falar em necessidade de autenticação, consoante estabelece o art. 544, § 1º, do Código de Processo Civil.

Ademais, a orientação firmada pela Corte Especial do Superior Tribunal Justiça no julgamento dos Embargos em Recurso Especial n. 450.810/RS, da relatoria do Ministro Barros Monteiro e recentemente adotada pela Segunda Seção desta Corte no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Especial n. 963.283/RS, cujo relator é o Ministro Fernando Gonçalves é no sentido de ser desnecessária a autenticação de cópia de procuração e de substabelecimento, porquanto se presumem verdadeiros os documentos juntados aos autos pelo autor, cabendo a parte contrária arguir a falsidade, o que afasta a aplicação da Súmula n. 115/STJ.

Desta feita, se a parte contrária não arguir a falsidade do *documento* juntado por cópia, há presunção firme de veracidade. Na hipótese da parte não suscitar a falsidade do documento, aplica-se, então, o disposto no art. 225 do Código Civil de 2002. Essa orientação deve valer para qualquer documento, inclusive procuração e substabelecimento.

A falsidade não é presumível. Assim, se não impugnada oportunamente a exatidão dos documentos acostados, não é adequado fazê-lo depois de conferido à causa resultado desfavorável à parte, até porque, ainda que se afaste o tema relativo à preclusão, vale destacar que a exigência de o escrivão portar por fé a conformidade da reprodução do documento com o original reclama que o arguente impugne a sua veracidade e suscite, de pronto, o incidente de falsidade.

Súmula 066. Se o pedido é ilíquido e a sentença líquida, é sobre o valor da condenação que incidem os honorários advocatícios.

Comentários:

José Alberto de Barros Freitas Filho¹

A regra geral é no sentido de que não é permitido ao magistrado proferir sentença líquida quando o pedido formulado na inicial é ilíquido, isto se deve ao fato de que o art. 460 do Código de Processo Civil dispõe que é defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida. A proibição tem como objetivo evitar a prolação de sentença *ultra* ou *extra petita* (CPC, art. 128).

Ocorre que por vezes é possível proferir sentença líquida apesar da natureza ilíquida do pedido, quando houver nos autos elementos suficientes para a conclusão.

Frequentemente os elementos necessários para a liquidação do pedido são obtidos na instrução do feito, como é o caso das provas documentais ou periciais, as quais o autor não dispunha por ocasião da propositura da demanda, como corolário dos princípios da celeridade e efetividade, é de conveniência que já se fixe na sentença o valor da condenação.

O Superior Tribunal de Justiça já decidiu que:

PEDIDO ILÍQUIDO. Sentença líquida. O juiz pode desde logo arbitrar o valor da indenização se houver nos autos elementos suficientes para essa conclusão, ainda que o pedido tenha sido ilíquido.

¹ Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Jaboatão dos Guararapes. Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela ESMAPE/Faculdade Maurício de Nassau.

Recurso conhecido pela divergência, mas desprovido².

Em outra decisão, afirmou o Superior Tribunal de Justiça que mesmo se tratando de pedido genérico, o Juiz que dispõe de elementos para desde logo arbitrar o valor da condenação poderá fazê-lo sem ofensa aos artigos 128 e 460 do Código de Processo Civil, pois nada recomenda sejam as partes enviadas à longa e custosa fase do arbitramento.

SENTENÇA. *Ultra petita*. Pedido de indenização. Arbitramento.

- [...]

- De qualquer forma, ainda que o pedido seja genérico, o Juiz que dispõe de elementos para desde logo arbitrar o valor da condenação poderá fazê-lo sem ofensa aos dispositivos legais acima citados, pois nada recomenda sejam as partes enviadas à longa e custosa fase do arbitramento. Recurso não conhecido³.

Os honorários advocatícios devem ser calculados sobre o valor da condenação, a teor do disposto n. §3º no art. 20, do Código de Processo Civil, e não mais

² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 423.120/RS. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Recorrente: Multiforja Metalúrgica Ltda. Recorrido: Marco Antonio Pinheiro. Brasília, 21 de outubro de 2002. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200200353541&pv=010000000000&tp=51>> Acesso em: 03 junho 2009.

³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 285.630/SP. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Recorrente: Sindicato dos Despachantes no Estado de São Paulo e outro. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Brasília, 04 de outubro de 2002. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200001123149&pv=010000000000&tp=51>> Acesso em: 03 junho 2009.

arbitrados pelo Juízo com base no § 4º do mesmo dispositivo legal, posto que a causa deixou de ter valor inestimável a partir do momento em que a sentença foi capaz de estimar o valor da condenação, com base nos elementos probatórios colhidos no transcorrer da lide.

Súmula 067. Para fins de regra de paridade, a PVR, instituída pela Lei Estadual nº 11.333/96, por qualquer de suas modalidades, é extensível a aposentados e pensionistas, inclusive por decisão liminar.

Comentários:

Eduardo de Queiroz Chaves ¹

Dentre outras disposições, cuidou, a Lei Estadual n. 11.333, de 03 de abril de 1996, da reestruturação do Plano de Cargos, Carreira e Vencimento do Grupo Operacional Auditoria do Tesouro Estadual (GOATE).

Nesse sentido, instituiu a pré-falada lei, nos termos do seu art. 7º, a Parcela Variável de Remuneração relativa à Produtividade Fiscal – PVR em prol dos Auditores do Tesouro Estadual, gratificação essa composta de duas parcelas, a saber: (i) PVR pelo desempenho de tarefas (PVR – Tarefas) e (ii) PVR pelo incremento da receita (PVR – IR) - essa última posteriormente denominada, nos termos da Lei Complementar Estadual n. 37, de 05 de dezembro de 2001, de Função Fazendária (PVR-FF).

A gratificação de produtividade, independente de qual seja sua modalidade, não possui caráter pessoal (*propter laborem*), e sim geral, razão pela qual em se tratando de vantagem genérica que integra a remuneração do servidor em atividade, deve ser estendida aos inativos e pensionistas. Na espécie não incide a vedação da Lei Federal n. 9.494, de setembro de 1997 e demais normas impeditivas de tutelas liminares em face da Fazenda Pública, posto se tratar de matéria previdenciária cuja natureza de sua verba é, inequivocamente, alimentar. Sobre

¹ Secretário do Desembargador Cláudio Jean Nogueira Virgínio. Graduado em Ciências Econômicas pela Universidade Federal de Pernambuco - UFPE.

o tema, válida a citação da Súmula n. 729, editada pelo Pretório Excelso: A decisão na ADC-4 não se aplica à antecipação de tutela em causa de natureza previdenciária.

Dessa interpretação acerca da natureza genérica na percepção das Parcelas Variáveis de Remuneração (PVR-Tarefas e PVR-Incremento de Receita) pelos servidores da ativa, se alcança a possibilidade de sua incorporação pelos inativos e pensionistas, a fim de prestigiar a regra de paridade constitucional disposta na Lei Maior (cuja aplicação deve respeitar a data em que se iniciou a percepção do benefício previdenciário no caso concreto), matéria essa que, igualmente, detém firme respaldo jurisprudencial no seio desta Corte Estadual de Justiça.

Súmula 068. Não incidem juros compensatórios na restituição ou compensação de indébito tributário.

Comentários:

Flávio de Oliveira Barbosa¹

Discorrendo sobre juros, Sílvio Rodrigues² diz que:

Juro é o preço do capital. Vale dizer, é o fruto produzido pelo dinheiro, pois é como fruto civil que a doutrina o define. Ele há um tempo remunera o credor por ficar privado do seu capital e paga-lhe o risco em que incorre de o não receber de volta.

Os juros constituem um mecanismo essencial à vida da economia monetária, manifesto no valor pago ou auferido pelo uso do dinheiro.

São espécies de juros os compensatórios (ou remuneratórios) e os moratórios. Compensatórios ou remuneratórios são os que decorrem do uso temporário e consentido do dinheiro alheio como atividade lícita, cuja finalidade é remunerar (compensar) o mutuante pelo empréstimo do capital. A seu turno, os juros de mora ou moratórios constitui uma indenização paga ao credor por quem toma dinheiro e não paga pontualmente a sua dívida. Os primeiros representam ganhos ou lucros dos que emprestam; os segundos são infligidos pela mora dos devedores.

Indébito tributário, segundo Luciano Amaro³, é o valor pago indevidamente pelo contribuinte a título de

¹ Assessor Técnico Judiciário, lotado no Gabinete do Desembargador Ricardo Paes Barreto, pós-graduando em Direito Público, pela Esmape/Faculdade Maurício de Nassau.

² RODRIGUES, Sílvio. *Curso de direito civil*, vol. 2. São Paulo. Saraiva. 2007 p. 258.

tributo e que rende ensejo à repetição (restituição) ou compensação do valor pago e que pode ser parcial, quando se paga tributo em valor maior do que o efetivamente devido, quando se restitui ou se permite compensação apenas relativa ao montante correspondente ao excedente, ou total, quando se paga quantia a título de tributo cuja obrigação tributária é totalmente inexistente, e que enseje repetição ou compensação do valor total pago.

O Código Tributário Nacional não prevê aplicação de juros compensatórios em sede de indébito tributário, da mesma forma que, por sua vez, também não autoriza ao Fisco em assim proceder, nos créditos tributários que lhes são pagos em atraso pelos contribuintes, razão por que, em homenagem ao princípio da isonomia, não se afigura legítimo falar em sua incidência tanto na restituição, quanto na compensação do indébito tributário. Trata-se de entendimento solidificado nos mais diversos Tribunais do país, sobre o qual não remanesce controvérsia jurisprudencial.

Nesse sentido, o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça, no qual se mencionam precedentes:

TRIBUTÁRIO. FINSOCIAL. AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO. COMPENSAÇÃO COM OUTROS TRIBUTOS ARRECADADOS PELA SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL. LEI Nº 9.430/96. POSSIBILIDADE MEDIANTE REQUERIMENTO À SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL. INCIDÊNCIA DA TAXA SELIC COMO JUROS COMPENSATÓRIOS. IMPOSSIBILIDADE.

I - A questão acerca da existência ou não do requerimento do contribuinte à Secretaria da Receita Federal, aludido no artigo 74 da Lei nº

³ AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 12. edição revista e atualizada. São Paulo. Saraiva. 2006, p. 419/421.

9.430/96, não interfere na aplicação do direito à compensação apreciada no presente feito, aplicação esta definida com esteio em jurisprudência pacífica deste Superior Tribunal de Justiça, de acordo com o princípio *tempus regit actum*. A existência ou não de tal requerimento somente terá valia quando o contribuinte, utilizando os parâmetros do julgado, realizar a pretendida compensação ou pleitear a restituição dos tributos pagos indevidamente, ocasião em que deverá demonstrar o procedimento.
II – [...]
III - Agravos regimentais improvidos⁴.

Com efeito, por inexistir previsão expressa no Código Tributário Nacional e haver vários julgados do Superior Tribunal de Justiça no mesmo sentido, firmou-se o entendimento na Corte local de que na restituição ou compensação do indébito tributário não devem incidir juros compensatórios.

Súmula 069. Na condenação da Fazenda Pública ao pagamento de verbas remuneratórias devidas a servidores e empregados públicos, incidem juros

⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo no Recurso Especial n. 1057800 / PE. Relator: Ministro Francisco Falcão. Agravante: Companhia Agropecuária do Arame. Agravado: Fazenda Nacional. Brasília, 19 de agosto de 2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200801051074&pv=010000000000&tp=51>> Acesso em: 03 junho 2009.

moratórios, a partir da citação, no percentual de 1% ao mês, nas ações ajuizadas até a entrada em vigor do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela MP nº 2.180/2001, em 24/08/2001, sendo aplicável, dali em diante, o percentual de 6% ao ano.

Comentários:

Eduardo de Queiroz Chaves ¹

Com a edição da Medida Provisória n. 2.180-35 datada de 24 de agosto de 2001, acresceu-se, dentre outros, o art. 1º-F na Lei Federal n. 9.494, de 10 de setembro de 1997, cujo teor dispõe que os juros de mora, nas condenações impostas à Fazenda Pública para pagamento de verbas remuneratórias devidas a servidores e empregados públicos, não poderão ultrapassar o patamar de 6% (seis por cento) ao ano.

Da interpretação do pré-falado dispositivo legal, consolidou a Corte Superior de Justiça o entendimento de que, em hipóteses desse jaez, as normas instrumentais materiais, enquanto integram o estatuto legal do processo, são as vigentes ao tempo do ato processual, no caso dos juros moratórios, a data do ajuizamento da ação, não o alcançando a lei nova subsequente, na hipótese, o art. 1º-F, da Lei Federal n. 9.494/97, acrescido que foi pela Medida Provisória n. 2.180-35/01. Dessa inteligência resultou que o novo percentual dos juros de mora ali previsto (seis por cento ao ano) somente poderia incidir a partir das ações judiciais cujo ajuizamento se deu após a vigência da referida MP, excetuando-se, em contrapartida, os processos judiciais que dela fossem antecedentes, aos quais se deveria aplicar o

¹ Secretário do Desembargador Cláudio Jean Nogueira Virgínio. Graduado em Ciências Econômicas pela Universidade Federal de Pernambuco - UFPE.

antigo (e até então vigente) patamar de 12% (doze por cento) ao ano, a título de juros de mora.

Nesse sentido, a superveniência do art. 406, do Código Civil de 2002, por se tratar de norma de natureza geral, em nada alterou a regra disposta no art. 1º-F, da Lei n. 9.494/97, como cediço, de natureza especial.

Sobre o tema, a presente Súmula ratifica a orientação jurisprudencial pacificada no Superior Tribunal de Justiça, no que a regra do art. 1º-F, da Lei Federal n. 9.494/97, para efeitos de sua aplicação sobre o novo percentual de juros de mora em condenações impostas à Fazenda Pública para pagamento de verbas remuneratórias devidas a servidores e empregados públicos, somente detém aplicabilidade a partir da vigência da Medida Provisória n. 2.180-35/01, datada de 24 de agosto de 2001, não se admitindo, pois, sua eficácia retroativa.

Súmula 070. A vantagem denominada Gratificação de Jornada Extra de Segurança, instituída pelo Decreto Estadual nº 21.858/99 e regulamentada pelo Decreto

Estadual nº 25.361/2003, possui natureza *propter laborem*.

Comentários:

Eduardo de Queiroz Chaves ¹

Com a edição do Decreto Estadual n. 21.858, de 25 de novembro de 1999, houve instituído o Programa de Jornada Extra de Segurança - JES, cujos objetivos, segundo preceitua o seu art. 2º, são: a) diminuir a demanda reprimida de ações de defesa social; b) otimizar as atividades de defesa social executadas pela Polícia Civil, Polícia Militar e Corpo de Bombeiros Militar; c) incrementar o policiamento ostensivo-preventivo, e de polícia judiciária; d) possibilitar a realização de ações conjuntas e integradas envolvendo todos os órgãos operativos; e) reativar postos policiais nas comunidades periféricas do Grande Recife; e f) ampliar a prestação de serviços na área de proteção à incolumidade dos cidadãos.

Da instituição desse programa, nasceu a Gratificação de Jornada Extra de Segurança, regulamentada pelo Decreto Estadual n. 25.361, de 04 de abril de 2003, cujo disciplinamento, para fins de sua concessão, previu que somente aqueles servidores civis e militares da ativa e que integrassem o referido programa é que poderiam fazer jus à sua percepção, razão pelo que dita vantagem pecuniária se constitui em uma gratificação de caráter pessoal (*propter laborem*), não se afigurando extensível sequer à totalidade dos servidores da ativa, quanto mais aos inativos e pensionistas.

¹ Secretário do Desembargador Cláudio Jean Nogueira Virgínio. Graduado em Ciências Econômicas pela Universidade Federal de Pernambuco - UFPE.

Com efeito, somente aqueles servidores da ativa que atendam aos critérios estabelecidos para participação naquele programa estadual de segurança, de acordo com os requisitos contidos na espécie normativa em tela (Decreto Estadual n. 25.361/03), é que poderão alcançar a percepção dessa vantagem remuneratória, justamente porque ela se presta à contraprestação pela realização de trabalhos específicos, não se afigurando possível atribuir um caráter genérico.

Dessa forma, à sua natureza, a Gratificação de Jornada Extra de Segurança, somente é devida enquanto o servidor estiver exercendo a atividade que a enseja, sendo impossível falar em sua extensão aos inativos e pensionistas, visto que, ordinariamente, tal gratificação não se incorpora aos vencimentos do servidor e, sobre isso, a espécie normativa em comento não excepcionou.

Súmula 071. Compete às Câmaras de Direito Público julgar processos nos quais seja parte empresa pública.

Comentários:

Cinthia Daniela Rodrigues dos Santos¹

Empresa Pública, na doutrina de José dos Santos Carvalho Filho², é conceituada como:

[...] pessoas jurídicas de direito privado, integrantes da Administração Indireta do Estado, criadas por autorização legal, sob qualquer forma jurídica adequada a sua natureza, para que o Governo exerça atividades gerais de caráter econômico ou, em certas situações, execute a prestação de serviços.

Destaca Marcelo Alexandrino³ que tanto o Decreto Lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967 como a Constituição Federal de 1988, em sua redação original e na que lhe deu a Emenda Constitucional n. 19/1988, somente mencionam a criação dessas entidades para exploração de atividade econômica.

Em que pese tais ponderações tem-se que tanto a doutrina como a jurisprudência majoritária defende que tais entidades podem dedicar-se à exploração de atividades econômicas em sentido estrito ou à prestação de serviços públicos. Nesse contexto, quando as empresas públicas tiverem por objeto a prestação de serviços, terá sua atividade regida predominantemente pelo direito público nos termos do prescrito no art. 175 da Carta Magna.

¹ Assessor técnico judiciário do Gabinete do Desembargador João Bosco Gouveia de Melo, pós-graduando em Direito Público pela Escola Superior da Magistratura de Pernambuco – ESMAPE.

² FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de direito administrativo*. 17ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007. p. 427.

³ ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito administrativo descomplicado*. 17 ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009. p. 75.

As empresas públicas possuem natureza jurídica híbrida, consistindo formalmente em pessoas jurídicas de direito privado, que quando atuam na exploração de atividade econômica, submete-se apenas aos preceitos de direito público expressos implícita ou explicitamente no texto constitucional.

No entanto, quando prestadoras de serviços públicos, embora se constituam pessoas jurídicas de direito privado, encontram-se sujeitas ao regime jurídico de direito público a teor do já mencionado art. 175 do pergaminho constitucional.

De outra banda, tomando por base os ensinamentos de Leonardo Cunha⁴, tem-se que a expressão Fazenda Pública representa a personificação do Estado, abrangendo as pessoas jurídicas de direito público. Assim, quando o Estado ingressa em juízo por qualquer de suas entidades estatais, porquanto seja o erário que suporte os encargos patrimoniais da demanda, poderá esta ser designada genericamente de Fazenda Pública.

Não obstante posições doutrinárias em sentido contrário, este Tribunal de Justiça acompanha a jurisprudência e doutrina predominantes para abranger no conceito de Fazenda Pública, as empresas públicas, que embora sejam pessoas jurídicas de direito privado, ao desempenharem a prestação de serviços estatais, estarão submetidas ao regime jurídico eminentemente público. Assim, devem gozar da prerrogativa da competência das varas especializadas para processar, julgar e executar os feitos nos quais sejam partes como autora, ré, assistente ou oponente.

⁴ CUNHA, Leonardo José Carneiro. *A fazenda pública em juízo*. 6 ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Dialética: 2008.

Seguindo essa linha de entendimento, o Código de Organização Judiciária do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco – COJE, Lei Complementar Estadual n. 100, de 21 de novembro de 2007, disciplina, em seu art. 79, I, que é da competência do juízo da Vara da Fazenda Pública, julgar as ações nas quais seja parte a empresa pública, visto que, embora pessoa jurídica de direito privado, equipara-se ao conceito de Fazenda Pública, para fins de competência.

Nesse sentido, a Resolução n. 176, de 09 de julho de 2005, que alterou o Regimento Interno desta Corte de Justiça, para lhe acrescentar o art. 25-A, atribuiu as 7ª e 8ª Câmaras Cíveis deste Tribunal competência privativa fazendária e de previdência pública, razão pela qual as ações judiciais em que a empresa pública figure como parte, devem obrigatoriamente ser submetidas em grau de recurso, a tais Câmaras especializadas em matéria de direito público.

Desta feita, tomando por base o conceito de empresa pública, o qual lhe atribui formalmente a personalidade de direito privado, mas que no desempenho de prestação de serviços públicos encontra-se submetida ao regime jurídico eminentemente público, enquadrando-se, portanto, no conceito de Fazenda Pública, a teor do disposto no COJE desta Corte, quando em juízo terá suas ações distribuídas às Varas da Fazenda Pública, competindo, em grau de recurso, sua apreciação, conforme a Resolução n. 176/2005, as 7ª e 8ª Câmaras Cíveis, as quais possuem isoladamente competência privativa fazendária.

Súmula 072. As Varas da Infância não possuem competência para processar adoções de maiores de 18 anos.

Comentários:

Ana Cláudia Brandão de Barros Correia Ferraz¹

Sob a égide do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069, de 13.07.1990) e ainda sob a vigência do Código Civil de 1916 a adoção distinguia-se entre adoção estatutária ou plena e adoção civil ou simples. Na primeira, regulada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e dirigida aos menores de 18 anos, havia uma completa ruptura do menor com seus parentes naturais, integrando-o completamente à família do adotante, como se filho biológico fosse, a fim de garantir o direito à convivência familiar, criando-se o parentesco baseado, primordialmente, na afetividade. Já na segunda, regulada pelo Código Civil de 1916, o adotado permanecia ligado aos seus parentes consanguíneos, não se extinguindo os direitos e deveres decorrentes do parentesco natural, havendo a possibilidade de revogação pela vontade das partes.

A partir do Código Civil de 2002, a adoção passou a ser sempre plena e irrestrita, independentemente da idade do adotando, abolindo-se de vez as duas espécies de adoção.

Entretanto, importante destacar que o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA - Lei n. 8.069/90) presta-se à proteção exclusiva da criança e do adolescente, em cujo conceito, de acordo com seu artigo 2º, enquadram-se as

¹ Juíza de Direito da Capital. Especialista e Mestre em Direito pela FDR-UFPE. Professora de Direito Civil da FAPE e da ESMAPE. Coordenadora Adjunta de Divulgação Científica e Cultural do Centro de Estudos Judiciários do TJPE.

pessoas até doze anos de idade incompletos e aquelas entre doze e dezoito anos de idade.

Desta feita, a adoção de maiores de dezoito anos não é regida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, mas sim pelas normas contidas nos arts. 1.618 a 1.629 do Código Civil em vigor.

Em consequência, as Varas da Infância e da Juventude, por serem especializadas, não detêm competência para processar a adoção de pessoas maiores de 18 (dezoito) anos de idade, visto que não abarcadas pelas regras protetivas daquele Estatuto, consoante inteligência do seu artigo 39.

Com efeito, a partir do advento do Código Civil de 2002, apenas se admite a adoção de maiores mediante processo judicial, não mais se aplicando, atualmente, para fins de competência, a regra de exceção prevista no artigo 40, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Ademais, preceitua o Código de Organização Judiciária do Estado de Pernambuco (Lei Complementar n. 100/07), em seu art. 81, I, “i”, de forma expressa que compete às Varas de Família e Registro Civil processar e julgar as ações de adoção de maiores de dezoito anos.

Portanto, resta afeta às Varas de Família e Registro Civil a matéria relativa à adoção de maiores de 18 anos.

Sumula 073. Por interpretação conjunta dos arts. 98 e 148, parágrafo único, do ECA, c/c o art. 83 do COJE, os processos de guarda, tutela, destituição e perda do poder familiar não são de competência das Varas da Infância, exceto se a criança ou o adolescente estiver sob condição de risco.

Comentários:

Ana Claudia Brandão de Barros Correia Ferraz¹

O Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA (Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990), em seu art. 98, prevê a aplicação de medidas de proteção a criança e adolescentes que estejam com seus direitos reconhecidos ameaçados ou violados, configurando-se situação irregular e de risco. Outrossim, o art. 148, parágrafo único, do referido diploma legal estabelece, expressamente que também será competente a Justiça da Infância e da Juventude para o fim de conhecer pedidos de guarda, tutela, ações de destituição do pátrio poder, perda ou modificação de tutela ou guarda, nos casos em que a criança ou o adolescente se encontrar nas situações do art. 98 do Estatuto da Criança e do Adolescente, ou seja, em situação irregular ou de risco.

Desta feita, infere-se que a lei estabeleceu hipóteses em que, além daquelas já elencadas, excepcionalmente, as Varas da Infância e da Juventude seriam competentes para apreciar e julgar tais feitos.

Por conseguinte, a conceituação de ameaça aos direitos contemplados e da configuração da situação de risco deve ser entendida de forma restrita na medida em que, em

¹ Juíza de Direito da Capital. Especialista e Mestre em Direito pela FDR-UFPE. Professora de Direito Civil da FAPE e da ESMAPE. Coordenadora Adjunta de Divulgação Científica e Cultural do Centro de Estudos Judiciários do TJPE.

regra, tais ações são resolvidas no Juízo de família e, apenas excepcionalmente, perante o Juízo especializado da infância e da juventude.

Logo, é notório saber que somente situações excepcionais são reservadas à Vara da Infância e da Juventude, devendo a situação fática revelar a efetiva ocorrência de ameaça ou violação a direitos da criança de modo a justificar o processamento do feito no Juízo especializado.

Nesta senda, para se decidir acerca da competência para apreciar as ações de guarda, tutela, destituição ou perda do poder familiar será necessário examinar se o caso concreto subsume-se às hipóteses do art. 98 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Consoante já ressaltado, o julgador deve ter uma interpretação restritiva da situação fática de modo a não banalizar o conceito dado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, pois embora em várias situações existam conflitos, como por exemplo, disputas judiciais entre pais pela guarda dos filhos e ou entre outros parentes não necessariamente está configurada, por si só, a situação de risco.

Desta forma, não demonstrada tal situação, a competência para processar e julgar tais feitos recai sobre as Varas de Família, o que é corroborado pelo disposto no art. 83, §1º do Código de Organização Judiciária de Pernambuco – COJE (Lei Complementar Estadual n. 100, de 21 de novembro de 2007), que ao disciplinar a competência das Varas da Infância e da Juventude do Estado de Pernambuco, reafirma o disposto no art. 98 do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA.

Súmula 074. A prévia manifestação do Ministério Público é indispensável à autorização de saídas temporárias aos apenados, nos termos do art. 123, da Lei de Execuções Penais.

Comentários:

Evanildo Coelho de Araújo Filho¹

Em conformidade com a Constituição Federal, o Ministério Público é uma instituição permanente e tem como funções a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (CF, art. 127).

Para o exercício de tais funções, ao Ministério Público, foram reservados os princípios (CF, art. 127, § 1º) da unidade, pois os seus membros integram um só órgão; da indivisibilidade, significando que os seus integrantes não se vinculam à sua área de atuação; e da independência funcional, traduzido na autonomia do exercício de sua função estatal.

Além dos princípios institucionais, foi conferida autonomia funcional e administrativa (CF, art. 127, § 2º), significando que o Ministério Público não pode ser extinto nem ter as suas atribuições repassadas à outra instituição.

Sob a orientação dos referidos preceitos constitucionais, o legislador infraconstitucional contemplou o Ministério Público com diversas atribuições na execução penal, tais como a fiscalização da execução da pena, com ofício no processo executivo (Lei n. 7.210/84, art. 67).

¹ Juiz de Direito Titular da 2ª Vara dos Feitos Relativos a entorpecentes. Pós graduado em Direito Público pela FDR/UFPE. Coordenador adjunto de Cursos de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento do Centro de Estudos Judiciários do TJPE.

A citada fiscalização, como se sabe, impõe ao Ministério Público a obrigação de officiar em todos os procedimentos afetos à execução penal, sob pena de nulidade.

Sobre o referido tema, Flávio Augusto Fontes comenta que:

[...] a intervenção do órgão ministerial é obrigatória, por ser órgão da execução penal responsável pela fiscalização, invocação da prestação jurisdicional, devendo ser ouvido em qualquer decisão que envolva a execução penal, podendo, inclusive, interpor recursos e impetrar ações de impugnação. Pela ausência de intervenção do *Parquet* haverá nulidade [...] ².

As concessões de saídas temporárias de apenados sem a prévia manifestação do Ministério Público, mesmo que condicionadas ao bom comportamento e avaliação pela administração do estabelecimento prisional, contrariam a regra do art. 123 da LEP, afrontando, em consequência, o devido processo legal, por suprimir o poder-dever de fiscalização por parte do *Parquet*.

Em consonância com a norma do art. 123 da LEP, o Tribunal de Justiça de Pernambuco sumulou a matéria.

² FONTES, Flávio Augusto. *Nulidades na Execução Penal*. São Paulo: Quatier Latin, 2006. p. 81.

Súmula 075. É válido o depoimento de policial como meio de prova.

Comentários:

Evanildo Coelho de Araújo Filho¹

Na visão de Plácido e Silva, entende-se por prova, no sentido jurídico:

[...] a demonstração, que se faz, pelos meios legais, da existência ou veracidade de um ato material ou de um ato jurídico, em virtude da qual se conclui por sua existência ou se firma a certeza a respeito da existência do fato ou do ato demonstrado².

Guilherme de Souza Nucci, por sua vez, afirma que:

[...] a finalidade da prova é convencer o juiz a respeito da verdade de um fato litigioso e seu objeto, via de regra, são os fatos que as partes pretendem demonstrar³.

Entre outras espécies de provas, destaca-se a testemunhal. O valor da prova testemunhal, com efeito, tem sido muito questionado no correr dos tempos, contudo, com o cuidado que deve merecer qualquer prova, pode-se dizer que é na prova testemunhal que se assenta a decisão criminal na maioria dos casos.

¹ Juiz de Direito Titular da 2ª Vara dos Feitos Relativos a entorpecentes. Pós graduado em Direito Público pela FDR/UFPE. Coordenador adjunto de Cursos de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento do Centro de Estudos Judiciários do TJPE.

² SILVA, Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Forense, 1987. p. 491.

³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*, 2. ed. São Paulo:Revista dos Tribunais, 2003. p. 293.

A testemunha, com efeito, depõe sobre fatos pretéritos, prestando compromisso de dizer a verdade. Entretanto, nem todas as pessoas estão obrigadas a prestar o compromisso de dizer a verdade, a exemplo do ofendido, parentes do acusado (CPP, art. 206), parentes do ofendido, menores, os doentes e deficientes mentais e as pessoas que, contraditadas pelas partes, forem reconhecidas como suspeitas ou indignas de fé.

Há pessoas, por outro lado, que estão proibidas de depor, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo.

Servidor público é obrigado a testemunhar nos termos do art. 218 do Código de Processo Penal.

A Lei Adjetiva penal não exclui o depoimento do policial, que é, na realidade, um servidor público.

A validade do depoimento de policial encontra justificativa, essencialmente, na busca da verdade real, objetivo maior do Processo Penal.

O julgador não deve desacreditar o testemunho de policial, principalmente quando coerente com a realidade fática constante dos autos, posto que:

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. TESE DE FRAGILIDADE DA PROVA PARA SUSTENTAR A ACUSAÇÃO. VIA IMPRÓPRIA. NECESSIDADE DE EXAME APROFUNDADO DO CONJUNTO PROBATÓRIO. DEPOIMENTO DE POLICIAIS. VALIDADE PROBATÓRIA.

1. O exame da tese de fragilidade da prova para sustentar a condenação, por demandar, inevitavelmente, profundo reexame do material cognitivo produzido nos autos, não se coaduna com a via estreita do *writ*. Precedentes.

2. Os policiais não se encontram legalmente impedidos de depor sobre atos de ofício nos processos de cuja fase investigatória tenham

participado, no exercício de suas funções, revestindo-se tais depoimentos de inquestionável eficácia probatória, sobretudo quando prestados em juízo, sob a garantia do contraditório. Precedentes⁴.

A edição desta súmula se justifica pela necessidade de se unificar o entendimento de que as alegações de invalidade do depoimento policial, como meio de prova, não serão apreciadas quando não trazidos aos autos outros elementos que demonstrem ter havido irregularidade, omissão ou ilegalidade do testemunho.

O simples fato de ter sido o depoimento prestado por policiais não será suficiente a ensejar a sua nulidade e conseqüente absolvição do réu, sendo, portanto, válido o depoimento policial.

⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Hábeas Corpus n. 115.516/SP. Impetrante: Caio Marcelo Dias da Silva – Promotor Público. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco. Relator: Min. Laurita Vaz. Brasília, 09 de março de 2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200802024553&pv=010000000000&tp=51>>. Acesso em: 04 jun. 2009.

Súmula 076. O trancamento da ação penal ou do inquérito policial, pela via do habeas corpus, somente é viável quando, de plano, se evidencie a atipicidade da conduta ou a inexistência de indícios de autoria.

Comentários:

Evanildo Coelho de Araújo Filho¹

O *habeas corpus*, de forma geral, é uma ação constitucional que garante o direito individual de locomoção contra ameaça, efetiva violência ou coação exercida de forma ilegal ou com abuso de poder.

Na visão de Eugênio Pacelli de Oliveira, o *habeas corpus* é,

[...] uma ação autônoma, cuja tramitação pode ocorrer antes mesmo do início da ação penal propriamente dita (a condenatória). E o só fato de se tratar de ação e não de recurso já nos permite uma conclusão de extrema relevância: o *habeas corpus* pode ser impetrado tanto antes quanto depois do trânsito em julgado da decisão restritiva de direitos. E, mais. Pode ser usado como substitutivo do recurso cabível, ou mesmo ser impetrado cumulativamente a ele².

¹ Juiz de Direito Titular da 2ª Vara dos Feitos Relativos a entorpecentes. Pós graduado em Direito Público pela FDR/UFPE. Coordenador adjunto de Cursos de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento do Centro de Estudos Judiciários do TJPE.

² OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de, *Curso de Processo Penal*, Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 731.

O art. 648 do Código de Processo Penal apresenta o rol de situações (coação ilegal) nas quais há cabimento ao *habeas corpus*, a saber:

- I - quando não houver justa causa;
- II - quando alguém estiver preso por mais tempo do que determina a lei;
- III - quando quem ordenar a coação não tiver competência para fazê-lo;
- IV - quando houver cessado o motivo que autorizou a coação;
- V - quando não for alguém admitido a prestar fiança, nos casos em que a lei a autoriza;
- VI - quando o processo for manifestamente nulo;
- VII - quando extinta a punibilidade.

A abrangência do *habeas corpus*, em realidade, estende-se a qualquer ato que interfira no direito de locomoção, seja através de ameaça real ou em face de ameaça potencial, aqui entendida como qualquer atividade persecutória à pessoa individualizada.

De salientar que em situações de exceção à regra supramencionada é cabível a utilização do *writ*, para sanar atos defeituosos que clamem por interferência imediata, tais como a simples instauração de inquérito policial ou procedimento investigatório, trancamento de ação penal despida de justa causa, e ainda em casos contra ato de particular, a exemplo do constrangimento ilegal ou cárcere privado.

Com referência ao trancamento de ação penal, a admissão do *habeas corpus* somente ocorrerá nos casos de absoluta evidência de que, nem mesmo em tese, o fato imputado ao paciente constitua crime.

Dita medida é pertinente porque a estreita via do *habeas corpus* não se presta como instrumento processual para exame da procedência ou improcedência da acusação, com incursões em aspectos que demandam dilação

probatória e valoração do conjunto de provas produzidas, o que só poderá ser feito após o encerramento da instrução criminal, sob pena de violação ao princípio do devido processo legal.

Sobre o tema, veja-se:

Recurso em habeas corpus. Trancamento da ação penal. Discussão sobre fatos e prova. Impossibilidade. 1. Presentes os pressupostos configuradores da materialidade do delito e os indícios de sua autoria, resta caracterizada a justa causa para o prosseguimento da ação penal. 2. O trancamento de ação penal, em se cuidando de fatos típicos, não cabe, em princípio, na via do habeas corpus em que é interdita a discussão sobre prova e fatos³.

O Tribunal de Justiça de Pernambuco, ao editar a Súmula 75, seguiu o entendimento de que:

[...] a possibilidade de trancamento da ação penal na via estreita do habeas corpus só é possível em situações de evidente falta de justa causa, consubstanciada na ausência de suporte probatório mínimo de autoria de materialidade, extinção da punibilidade ou atipicidade manifesta do fato, de modo que não se tranca a ação penal quando a conduta narrada na denúncia configura, em tese, crime⁴.

³ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. RHC n.66. Recorrente: Aldemir Lopes de Mesquita Flanklin. Relator Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 30 de junho de 2005. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/sadJudSjur/pesquisa/actionBRSSearch.do?toc=true&docIndex=0&httpSessionName=brsstateSJUT2455043§ionServer=TSE>>. Acesso em: 05 junho 2009.

⁴ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. HC n.527. Impetrante: Leonardo Antonio de Sanches e outro. Paciente: Francisco Carvalho da Silva e outro. Coator: Tribunal Regional de Roraima. Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha. Brasília, 28 de março de 2006. Disponível em: <

Tal medida se justifica porque a imputação criminal não pode ser resultado da mera vontade do Órgão acusador.

A acusação, em realidade, para formular validamente a ação penal, deve ter por suporte uma necessária base empírica, a fim de que o exercício desse grave dever-poder não se transforme em instrumento de injusta perseguição estatal.

O ajuizamento da ação penal necessita da existência de justa causa, a qual se tem por inócua quando o comportamento atribuído ao demandado nem mesmo em tese constitui crime.

Desnecessário anotar que a justa causa se constitui medida essencial ao Estado Democrático de Direito, que preserva as garantias fundamentais do seu cidadão. Faltando a justa causa não há motivo para que o Poder Público continue a perseguição criminal.

Súmula 077. Na fase da pronúncia, vigora o princípio *in dubio pro societate*.

Comentários:

Evanildo Coelho de Araújo Filho¹

Nos termos do art. 413 do Código de Processo Penal, “o Juiz, fundamentadamente, pronunciará o acusado, se convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação”.

Consoante a regra inserta no § 1º do referido artigo, caberá ao Juiz na decisão de pronúncia declarar o dispositivo legal em que julgar incurso o acusado, bem como especificar as circunstâncias qualificadoras e as causas de aumento de pena.

Basicamente, a fundamentação da pronúncia se limita à indicação da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação.

Conforme o magistério de Eugênio Pacelli de Oliveira,

Na decisão de pronúncia, o que o Juiz afirma, com efeito, é a existência de provas no sentido da materialidade e da autoria. Em relação à materialidade, a prova há de ser segura quanto ao fato. Já em relação à autoria, bastará a presença de elementos indicativos, devendo o Juiz, tanto quanto possível, abster-se de revelar um convencimento absoluto quanto a ela. É preciso revelar um juízo de probabilidade, e não o de certeza².

A pronúncia, portanto, é uma decisão judicial de conteúdo declaratório cujo objetivo nada mais é, em mero

¹ Juiz de Direito Titular da 2ª Vara dos Feitos Relativos a entorpecentes. Pós graduado em Direito Público pela FDR/UFPE.

² OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de, *Curso de Processo Penal*, Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 563/564.

juízo de admissibilidade, do que submeter o acusado ao julgamento perante o Tribunal de Júri, sem entrar o mérito da acusação.

As Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça de Pernambuco reconhecem que na fase da pronúncia vigora o princípio *in dubio pro societate*.

Tal princípio, como se sabe, significa que, diante da dúvida quanto à existência do fato e da respectiva autoria, impõe-se ao Juiz a remessa dos autos ao Júri Popular, através da pronúncia.

Embora haja entendimento distinto, diante da existência de dúvida se torna mais prudente remeter a apreciação defensiva para o corpo de jurados do Tribunal do Júri, ante a sua competência exclusiva prevista no art. 5º, XXXVIII, da Constituição Federal.

Sobre o tema, Fernando Capez ensina que:

Na fase da pronúncia vigora o princípio *in dubio pro societate*, uma vez que há mero juízo de suspeita, não de certeza. O Juiz verifica apenas se a acusação é viável, deixando o exame mais acurado para os jurados. Somente não serão admitidas acusações manifestamente infundadas, pois há juízo de mera prelibação³.

Adriano Marrey, Alberto Silva Franco e Ruy Stoco comentam que:

[...] é aconselhável, por outro lado, que dê a entender, sempre que surja controvérsia a propósito de elementos do crime, que sua decisão, acolhendo circunstâncias contrárias ao réu ou repelindo as que lhe sejam favoráveis, foi

³ CAPEZ, Fernando, *Curso de Processo Penal*, São Paulo: Saraiva, 1997. p. 511

inspirada no desejo de deixar aos jurados o veredicto definitivo sobre a questão, a fim de não subtrair do Júri o julgamento do litígio e todos os seus aspectos⁴.

Na visão de Júlio Fabbrini Mirabete,

A sentença de pronúncia, portanto, como decisão sobre a admissibilidade da acusação, constitui juízo fundado de suspeita, não o juízo de certeza que se exige para a condenação. Daí a incompatibilidade do provérbio *in dubio pro reo* com ela. É a favor da sociedade que nela se resolvem as eventuais incertezas propiciadas pela prova. Há inversão da regra *in dubio pro reo* para *in dubio pro societate*. Por isso, não há necessidade, absolutamente de convencimento exigido para a condenação, como a de confissão do acusado, depoimentos de testemunhas presenciais etc. Entretanto, os indícios de autoria não se confundem com meras conjecturas, porque aqueles são sensíveis, reais, ao passo que estas, muitas vezes fundam-se em criação da imaginação, não provada, e, portanto, insuficiente para a pronúncia. Indícios extremamente frágeis, vagos, imprecisos, não legitimam essa decisão⁵.

Através da Súmula n. 78 do Tribunal de Justiça de Pernambuco, firmou-se o entendimento de que nos crimes dolosos contra a vida, decide-se a dúvida em favor da sociedade, pronunciando-se o acusado.

⁴ MARREY Adriano; FRANCO, Alberto Silva; STOCO Ruy. *Teoria e Prática do Júri*. 6. ed. São Paulo: RT. 1997. p. 222.

⁵ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo Penal*. 7. ed. São Paulo: Atlas. 1997. p. 480/481.

Súmula 078. Oferecida a denúncia, fica superada a alegação de constrangimento ilegal por excesso de prazo para a conclusão do inquérito policial.

Comentários:

Evanildo Coelho de Araújo Filho¹

Praticado um fato definido como crime, surge para o Estado o *jus puniendi*, que será concretizado mediante o devido processo legal.

É através da ação penal que se materializa a pretensão punitiva do Estado, a fim de ser aplicada a sanção penal adequada.

Para propor a ação penal, entretanto, é necessário que o Estado disponha de elementos probatórios mínimos a justificá-la, elementos estes que indiquem a ocorrência de uma infração penal e sua suposta autoria.

Em regra, os elementos probatórios acerca da ocorrência de um delito são conseguidos através do inquérito policial, o qual, na visão de Fernando da Costa Tourinho Filho, constitui-se no conjunto de diligências realizadas pela polícia visando a investigar o fato típico e a apurar a respectiva autoria.

Guilherme de Souza Nucci sustenta que:

[...] O inquérito policial consiste em todas as diligências necessárias para o descobrimento dos fatos criminosos, de suas circunstâncias e de seus autores e cúmplices, devendo ser reduzido a instrumento escrito².

¹ Juiz de Direito Titular da 2ª Vara dos Feitos Relativos a entorpecentes. Pós-graduado em Direito Público pela FDR/UFPE.

² NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*, 2. ed. São Paulo:Revista dos Tribunais, 2003.

Júlio Fabbrini Mirabete, por sua vez, comenta que:

[...] o inquérito policial tem valor informativo para a instauração da competente ação penal, logo não é indispensável ao oferecimento da denúncia ou da queixa, as quais podem ser oferecidas mesmo sem se fundarem nos autos da investigação oficial (administrativa)³.

Como regra, o inquérito policial será concluído em 10 (dez) dias se o indiciado estiver preso, ou em 30 (trinta) dias se estiver solto ou afiançado (art. 10 do Código de Processo Penal). Todavia, há exceções, a exemplo da legislação especial.

O que se observa, por vezes, é conclusão do inquérito policial além do prazo legalmente estipulado, o que, em tese, ensejaria excesso.

Porém, cabe registrar que eventual atraso na conclusão do inquérito policial, que tem natureza administrativa, não afetará a ação penal (ajuizada) a que serviu de base.

A Súmula n. 52 do Superior Tribunal de Justiça, com efeito, preconiza que: Encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento ilegal por excesso de prazo.

A demora entre a conclusão do inquérito e o oferecimento da denúncia fica superada quando a peça acusatória é oferecida, não se acolhendo a alegação de constrangimento ilegal.

³ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo Penal*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 1996.p.81.

Súmula 079. A extensão da liberdade provisória a co-réu não é direito absoluto, cabendo ao magistrado observar o grau de culpabilidade do acusado e as circunstâncias em que ocorreu o crime.

Comentários:

Blanche Maymone Pontes Matos¹

Apesar de estar disposto no art. 580 do Código de Processo Penal, na parte final do capítulo que trata das disposições gerais dos recursos, o chamado efeito extensivo não é exclusivo dos recursos, podendo, como na hipótese, ser aplicado por analogia *in bona parte*, aos Habeas Corpus, ao Mandado de Segurança e à Revisão Criminal².

O chamado efeito extensivo, disposto no art. 580 do Código de Processo Penal³, prevê que o resultado do recurso interposto aproveite ao corréu, em iguais condições, ainda que não tenha este recorrido e somente pode ser aplicado quando restar evidente a absoluta identidade de situações entre os acusados num mesmo processo.

Ausente a isonomia, quando a decisão concessiva da liberdade provisória ao corréu beneficiado fundou-se em questões de caráter exclusivamente pessoal, as quais não se comunicam, descabe a aplicação da extensão

¹ Juíza de Direito Titular da 2ª Vara Criminal de Paulista. Especialista em Direito Processual Civil. Professora de técnicas de elaboração de sentença da ESMAPE.

² CHOUKR, Fauzi Hassan. *Código de processo penal*. Comentários consolidados e crítica jurisprudencial. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris. 2007, p. 826-827.

³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 5ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2006, p. 924.

do benefício. Isto é o que se depreende da exegese do próprio dispositivo analisado.

Como tal, não se trata de direito absoluto, devendo o julgador analisar se há ou não identidade objetiva fática das situações dos denunciados no processo. Circunstâncias que se referem a condições ou qualidades pessoais do corréu beneficiado, tais como primariedade, residência fixa, ocupação lícita, entre outras, de cunho subjetivo, não existentes no outro corréu, a este não se comunicam, não podendo, pois, a ele serem estendidos os efeitos da decisão.

Esta é a posição do Egrégio Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: Extensão no Habeas Corpus. 1. Crimes previstos nos arts. 288, 317, § 1º, c/c os arts. 29 e 71, todos do Código Penal. 2. Pedido de extensão amparado no argumento de que as situações pessoais e processuais do paciente e do ora requerente seriam idênticas. 3. A extensão da decisão em habeas corpus para co-réu somente pode abranger aquele que esteja em situação objetiva e subjetivamente idêntica à do beneficiado. Na espécie, o requerente [...] não se encontra em situação objetivamente idêntica à dos beneficiados pela ordem [...]. 4. Pedido de extensão indeferido⁴.

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 87577/MT. Paciente: Ilson Oliveira do Nascimento. Coator: Relator do HC n. 50864 do Superior Tribunal. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 14 de novembro de 2006. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(HC%2087577.NUME.%20OU%20HC%2087577.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(HC%2087577.NUME.%20OU%20HC%2087577.ACMS.)&base=baseAcordaos)> Acesso em: 19 abril 2009.

De outra parte, constatando, o magistrado, que a situação dos corréus são idênticas objetivamente, não se fundando, a decisão o que concedeu liberdade provisória a um ou alguns deles em razões de caráter estritamente pessoal, o reconhecimento da extensão dos seus efeitos a todos os corréu se impõe, não se tratando, neste caso, de mera faculdade, podendo, inclusive, neste caso, ser ordenada de ofício.

Nesta esteira, a jurisprudência do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL PENAL. LIBERDADE PROVISÓRIA. PEDIDO DE EXTENSÃO. HABEAS CORPUS CONCEDIDO. AUSÊNCIA DE ADEQUADA FUNDAMENTAÇÃO PARA A MANUTENÇÃO DA CONSTRICÇÃO CAUTELAR. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 580 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. ORDEM CONCEDIDA. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO. 1. Havendo identidade de situações fático-processuais e não tendo sido a ordem, cujos efeitos se pretende ver estendidos, concedida com base em circunstâncias de caráter exclusivamente pessoal, uma vez que a não-concessão da liberdade provisória ampara-se apenas na gravidade em abstrato do delito, deve ser a decisão aproveitada aos demais co-réus, nos termos do art. 580 do Código de Processo Penal⁵.

⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 116049/SP. Impetrante: Adriano Damião da Silva Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Paciente: Daniel Evangelista dos Santos Junior. Relator: Ministro Arnaldo Esteves. Brasília, 04 de dezembro de 2008. Disponível em: <
<http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200802083903&pv=010000000000&tp=51>> Acesso em: 19 abril 2009.

Súmula 080. A restrita via do habeas corpus não comporta o revolvimento probatório necessário à aferição da negativa de autoria.

Comentário:

Blanche Maymone Pontes Matos¹

O *Habeas Corpus* é considerado pela doutrina como um exercício de ação autônoma impugnativa, de cognição sumária, que visa a tutela da liberdade, estando este seu objeto bem delimitado nos arts. 647 e 648 do Código de Processo Penal, os quais preveem as hipóteses de mérito que podem ser analisadas no *writ*. Da análise dos referidos artigos, conclui-se que, também pela natureza célere do remédio jurídico-constitucional, não se admite discussão de matéria relativa ao mérito do processo de conhecimento, o que se observa da dicção do artigo 651 do Diploma Instrumental Penal, o qual dispõe que a concessão da ordem não obstará e nem porá termo ao processo, quando este último não esteja em conflito com os fundamentos daquela decisão.

Não cabendo a análise de fatos e provas controvertidas, a inicial, por sua vez, deve vir instruída com documentos aptos a formar prova pré-constituída e livre de controvérsia. Por isso é que a arguição de negativa de autoria, atipicidade de conduta e, por conseguinte, inexistência de justa causa para a ação penal só pode ser reconhecida excepcionalmente, quando perceptível de plano e de forma absoluta, não cabendo exame intenso e extenso do painel probatório produzido no processo de

¹ Juíza de Direito Titular da 2ª Vara Criminal de Paulista. Especialista em Direito Processual Civil. Professora de técnicas de elaboração de sentença da ESMAPE.

conhecimento, sob pena de supressão de instância. Nesta direção:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. AÇÃO PENAL. FALTA DE JUSTA CAUSA. TRANCAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. IMPROCEDÊNCIA. PRESENÇA DE INDÍCIOS MÍNIMOS DE AUTORIA PARA A PROPOSITURA E RECEBIMENTO DA AÇÃO PENAL, ART. 41 DO CPP. ORDEM DENEGADA. I – A análise da suficiência ou não de provas para a propositura da ação penal, por depender de exame minucioso do contexto fático, não pode, como regra, ser levada a efeito pela via do Habeas Corpus [...].²

De fato, o que não se permite no *Habeas Corpus* é a realização de fase de instrução, caso contrário ter-se-ia a promoção de novo processo cognitivo, mas no julgamento da ação constitucional devem ser apreciadas as provas anexadas à petição inicial, para a formação do juízo de convicção.

Assim, o ponto crucial debatido na doutrina e na jurisprudência diz respeito, exatamente, ao limite existente entre o mérito do *Habeas Corpus* e o mérito da ação penal. Fauzi Hassan Choukr² afirma que:

² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 93628/ SP. Impetrante: Antonio Bambozzi e outro. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Paciente: Antonio Bambozzi e outros. Relator: Ministro. Ricardo Lewandowski. Brasília, 31 de março de 2009. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=depend+er%20de%20exame%20minucioso%20do%20contexto&base=baseAcordaos> > Acesso em: 21 abril 2009.

² CHOUKR, Fauzi Hassan. *Código de processo penal. Comentários consolidados e crítica jurisprudencial*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris. 2007, p. 914-924.

[...] a jurisprudência constrói uma barreira entre esses dois espaços de cognição, escorada na impossibilidade de produção probatória dilatada no instrumento constitucional, procurando com isto evitar que a atividade decisória no *writ* possa ser tout court projetada na tutela com a qual ele está de alguma forma vinculado [...].

A análise do material probatório apresentado pelo impetrante não se confunde com a análise das provas colhidas no processo de conhecimento da ação penal vinculada ao *habeas corpus*, não havendo, nesta, amplo debate de provas controvertidas, porquanto se tratar do exame de prova pré-constituída que deve acompanhar a petição inicial. Segundo o Ministro Nilson Naves:

Habeas corpus (cabimento). Matéria de prova (distinção).

1. [...]

2. [...]

3. O que se veda em habeas corpus, tal como ocorre no recurso especial, é a operação mental de conta, peso e medida dos elementos de convicção.[...] ³.

³ BRASIL. Supremo Tribunal Justiça. Habeas Corpus n. 46.714 / SP. Impetrante: Cíntia Byczkowski. Impetrado: Tribunal de do estado de São Paulo. Paciente: Natanael Pires de Oliveira Relator: Ministro Nilson Naves. Brasília, 30 de maio de 2006. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=%22habeas+corpus%22+e+%22opera%E7%E3o+mental%22&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=5>> Acesso em: 20 abril 2009.

Súmula 081. A falta do laudo de constatação não invalida a prisão em flagrante por tráfico de drogas.

Comentários:

Blanche Maymone Pontes Matos¹

O laudo de constatação, disposto no art. 50, § 1º, da Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006, é um exame pericial prévio, rápido e precário, posto poder ser firmado, na falta de perito oficial, por pessoa idônea.

Pela dicção do referido dispositivo legal, o qual dispõe ser o laudo de constatação suficiente para a lavratura do auto de prisão em flagrante delito, cuida-se, a toda evidência, de mera peça informativa, não sendo prova definitiva de materialidade. Suficiente significa o que basta ou satisfaz², ou seja, não necessita de mais nenhuma outra prova (confissão, testemunhas), não podendo ser interpretada como condição de procedibilidade para a lavratura do auto de prisão em flagrante.

Quando inexistente dúvida acerca da natureza entorpecente da substância apreendida e sua quantidade, quer pela sua aparência ou outros elementos que apontam para tal, quer pela confissão e depoimentos testemunhais, a finalidade do laudo de constatação é a confirmar materialidade, não sendo, pois imprescindível a ponto de invalidar a situação de flagrância e o respectivo auto.

O Egrégio Superior Tribunal de Justiça consolidou o posicionamento de que é prescindível o laudo de constatação provisório da natureza e quantidade da droga apreendida para a

¹ Juíza de Direito Titular da 2ª Vara Criminal de Paulista. Especialista em Direito Processual Civil. Professora de técnicas de elaboração de sentença da ESMape

² HOUAISS, Antônio. VILLAR, Mauro de Salles. *Minidicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2003, p. 492.

validade da prisão em flagrante, quando inquestionável tal natureza, tratando-se, sua ausência, de mera irregularidade. Vejamos:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. FALTA DO LAUDO DE CONSTATAÇÃO NO AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE. PEÇA INFORMATIVA. 2. Havendo confissão pelo paciente, em sede policial, de que transportava droga, não há falar em nulidade do auto de prisão em flagrante ante a ausência do laudo de constatação da natureza da substância apreendida. 3. Juntado aos autos o laudo pericial definitivo, atestando a ilicitude da substância, resta suprida eventual irregularidade na fase inquisitorial. [...]³.

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTE. PRISÃO EM FLAGRANTE. LAUDO PROVISÓRIO DE CONSTATAÇÃO VÁLIDO. [...]. 1. O laudo de constatação do entorpecente é dispensável para se julgar a validade do auto de prisão em flagrante, desde que haja, como no caso ocorre, outros elementos que demonstrem a ilicitude da substância apreendida, tais como a própria confissão da Paciente, que levava substância para dentro de unidade prisional. [...]⁴.

³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 87.114/BA. Impetrante: Jose Alberto Daltro Coelho. Impetrado: Tribunal de Justiça do estado da Bahia. Paciente: Lucivaldo Dones do Amaral. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. Brasília, 08 de novembro de 2007. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200701656300&pv=010000000000&tp=51>> . Acesso em 21 abril. 2009 .

⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 88.746/MG. Impetrante: Fernando da Cunha Menezes. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Paciente: Joice da Silva Nascimento Relatora: Ministra Laurita Vaz. Brasília, 16 de outubro de 2007. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200701889208&pv=010000000000&tp=51>> . Acesso em 21 abril.2009 .

Súmula 082. Nos crimes contra a liberdade sexual a palavra da vítima é de relevante valor probatório.

Comentários:

Blanche Maymone Pontes Matos¹

O papel da vítima no processo penal, mormente no que pertine à prova, sempre foi alvo de debates, pois, fazendo parte da lide, tem, por óbvio, interesses, na maioria das vezes legítimos e lícitos, mas outras vezes escusos (como vingança, por exemplo), este último beneficiado pelo fato de não prestar o compromisso legal de dizer a verdade, não podendo, assim, ser responsabilizada por crime de falso testemunho.

Assim é que a regra sempre foi a de que as declarações da vítima tenham menor valor dentro do contexto probatório colhido nos autos, em virtude de sua parcialidade, não servindo para justificar uma sentença condenatória. Entretanto, a doutrina e jurisprudência pátrias têm assentido que em crimes contra a liberdade sexual (tal como ocorre nos crimes contra o patrimônio) a palavra da vítima representa um suporte mestre no painel probatório, sendo que suas declarações firmes, coerentes, seguras e convergentes com os demais elementos probatórios (ainda que frágeis), ausentes motivos indicadores de existência de falsa imputação, autorizam a condenação².

Trata-se de presunção relativa de veracidade da palavra da vítima, nos crimes sexuais, embora não haja

¹ Juíza de Direito Titular da 2ª Vara Criminal de Paulista. Especialista em Direito Processual Civil. Professora de técnicas de elaboração de sentença da Esmape.

² LOPES JR., Aury. Direito processual penal e sua conformidade constitucional. V. 1. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2008, p. 599-602.

prova material (posto que na grande maioria das vezes tais delitos não deixam vestígios) e nem testemunha presencial, como sói ocorrer nos crimes deste jaez, sempre cometidos na clandestinidade, podendo tal presunção ser desconstituída apenas por prova robusta em sentido contrário.

Assim, levando-se em consideração tais circunstâncias próprias do delito, a credibilidade das declarações da vítima e sua elevação ao grau de prova mais consistente, constituindo-se em forte elemento de convicção para a condenação se dá, sem dúvida, pelo fato de que a vítima que enfrentou atentado contra sua liberdade sexual e que recorreu ao poder público deseja, de fato, punir seu ofensor, não tendo qualquer interesse em apontar inocentes como culpados e que, ao contrário, só resta, normalmente, à defesa, destituir tal credibilidade das declarações da ofendida.

Choukr sintetizou o entendimento doutrinário da importância da palavra da vítima:

Ainda que se queira deixar a vítima num papel absolutamente secundário no que tange ao compromisso com a verdade, não raras vezes apresenta-se de crucial importância no acervo probatório, sobretudo em delitos de especial gravidade ou clamor público, sendo reiteradas as manifestações jurisprudenciais a este respeito. [...]. A importância da palavra da vítima é sumamente sentida quando da ocorrência de crimes contra os costumes, sendo fonte inequívoca do convencimento do julgador e, em grande parte dos casos, a sustentação do decreto condenatório, mormente em casos de crimes sexuais³.

Na mesma esteira, a jurisprudência:

³CHOUKR, Fauzi Hassan. *Código de processo penal. Comentários consolidados e crítica jurisprudencial*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris. 2007, p. 386-387

HABEAS CORPUS LIBERATÓRIO. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR [...]. CONDENAÇÃO FUNDADA NOS DEPOIMENTOS DAS VÍTIMAS. CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL. ADMISSIBILIDADE. PRECEDENTES DESTE SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. [...]. 2. De outra parte, entende esta Corte Superior que, nos crimes contra a liberdade sexual, a palavra da vítima é importante elemento de convicção, na medida em que esses crimes são cometidos, freqüentemente, em lugares ermos, sem testemunhas e, por muitas vezes, não deixando quaisquer vestígios. [...] ⁴.

⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 87.819/SP. Impetrante: Eduardo Nunes de Araujo. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Paciente: Jozair Guedes de Sousa. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília, 08 de junho de 2008. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200701751520&pv=010000000000&tp=51>. Acesso em 21 abril 2009.

Súmula 083. Não pode ser considerada como manifestamente contrária à prova dos autos, a decisão do Conselho de Sentença que acolhe uma das teses apresentadas pelas partes, fundadas nos elementos probatórios.

Blanche Maymone Pontes Matos¹

Comentários:

O art. 5º, inciso XXXVIII, da Constituição da República de 1988 assegura, à instituição do Júri, a soberania dos seus veredictos. Embora consagrado pela Carta Magna o princípio da soberania das decisões do Tribunal Popular, estas podem ser questionadas, diante dos princípios do devido processo legal e do duplo grau de jurisdição, mas apenas em hipóteses excepcionais, previstas no art. 593, inciso III, do Código de Processo Penal, constituindo verdadeira exceção à regra esculpida naquele princípio. Tal dispositivo afasta qualquer sinonímia entre soberania e inquestionabilidade da decisão, significando que “embora soberano, o veredicto encontra-se sujeito a um sistema revisional que busque zelar pela sua efetiva legalidade”².

No tocante à alínea d do supramencionado dispositivo legal, apenas quando forem extravagantes e tragam perplexidade. A locução manifestamente, proveniente de manifesto, que significa explícito, evidente³,

¹ Juíza de Direito Titular da 2ª Vara Criminal de Paulista. Especialista em Direito Processual Civil. Professora de técnicas de elaboração de sentença da ESMape.

² CHOUKR, Fauzi Hassan. *Código de processo penal. Comentários consolidados e crítica jurisprudencial*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris. 2007, p. 849-852.

³ HOUAISS, Antônio. VILLAR, Mauro de Salles. *Minidicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2003, p. 339.

traduz exatamente que a decisão proferida pelo Conselho de Sentença, para levar à sua anulação, deve ter sido proferida arbitrariamente, totalmente divorciada do conjunto probatório dos autos. A *contrario sensu*, o referido dispositivo legal autoriza os jurados a apoiarem sua decisão em qualquer prova dos autos, não cabendo nenhum questionamento sobre qual prova é a melhor ou se eles fizeram um correto juízo de valor.

A doutrina e a jurisprudência consagram a opção dos jurados entre provas lícitas contidas no painel probatório. Neste sentido,

Válido será, certamente, no cotejo de provas lícitas, a adoção valorada de uma das correntes, nisto consistindo um dos significados da soberania constitucionalmente estabelecida⁴.

Na realidade, ao que parece, o aludido dispositivo deve ser interpretado como regra excepcionalíssima, cabível somente quando não houver, ao senso comum, material probatório suficiente para sustentar a decisão dos jurados⁵.

E, ainda:

Deve haver uma contradição entre a verdade processual comprovada nos autos e a decisão exteriorizada pelos jurados, a fim de autorizar a apelação com base neste dispositivo legal. O mesmo não se pode dizer se houver prova contra e a favor das teses defensiva e de acusação⁶.

⁴ CHOUKR, Fauzi Hassan. Código de processo penal. Comentários consolidados e crítica jurisprudencial. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris. 2007, p. 850

⁵ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. Curso de processo penal. 10^a ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora. 2008, p. 717.

⁶ RANGEL, Paulo. Direito processual penal. 11^a ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora. 2006, p. 743.

Veja-se, igualmente, a jurisprudência:

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. ANULAÇÃO DE DECISÃO ABSOLUTÓRIA DO TRIBUNAL DO JÚRI, PELO TRIBUNAL A *QUO*, POR SER MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. 1. Veredicto do Tribunal que adota uma das versões dos autos. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal consagra a soberania das decisões do Tribunal do Júri, as quais devem estar apoiadas numa das versões razoáveis dos fatos; entretanto, a versão adotada pelos jurados não pode ser inverossímil ou arbitrária. Precedente. [...] ⁷.

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRIBUNAL DO JÚRI. ABSOLVIÇÃO PELO TRIBUNAL DO JÚRI. ANULAÇÃO DO JULGAMENTO POR TER SIDO PROFERIDO CONTRÁRIO À PROVA DOS AUTOS. ART. 593, III, "D", DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. [...]. 1. Consoante orientação pacífica das Cortes Superiores, a submissão do réu a novo julgamento, na forma do disposto no art. 593, § 3º, do CPP, não ofende o art. 5º, XXXVIII, da Constituição Federal. 2. É certo que, existindo duas teses contrárias e havendo plausibilidade na escolha de uma delas pelo tribunal do júri, não pode a Corte Estadual cassar a decisão do

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 77.809/RJ. Impetrante : Gláucia Maria Alves Albino. Coator: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Paciente: Reinaldo Medeiros Ignácio. Relator: Marco Aurélio. Relator para acórdão: Maurício Corrêa. Brasília, 01 de dezembro de 1998. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(77809_NUME.%20OU%2077809.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(77809_NUME.%20OU%2077809.ACMS.)&base=baseAcordaos)>. Acesso em 21 abril.2009.

Conselho de Sentença para dizer que esta ou aquela é a melhor solução⁸ [...].

Assim, não cabe a anulação da decisão do júri quando seus componentes encampam uma das proposições propostas pelas partes, desde que em consonância com alguma prova lícita constante nos autos. Nesta opção é que consiste, inclusive, um dos sentidos da soberania dos veredictos, a interpretação da prova pelos jurados, baseada na sua íntima convicção.

⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 35562/MS. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul. Impetrado: Seção Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul. Paciente: Eurides Divino de Souza Relator: Og Fernandes. Brasília, 02 de dezembro de 2008. Disponível em:<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=35562&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=1>> . Acesso em 21 abril 2009.

Súmula 084. Os prazos processuais na instrução criminal não são peremptórios, podendo ser ampliados dentro de parâmetros de razoabilidade e diante das circunstâncias do caso concreto.

Comentários:

Luiz Carlos Vieira de Figueiredo¹

A idéia de prazo processual está intimamente ligada à existência de um devido procedimento legal, ou seja, a necessária previsão de normas processuais que cuidem do desenvolvimento lógico e concatenado dos atos processuais destinados à obtenção da tutela jurisdicional.

Assim a previsão de prazos processuais pela lei estabelece o limite de tempo que deve se respeitado entre o início e o fim de ato ou de uma fase do procedimento.

A Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004 acrescentou o inciso LXXVIII ao rol de direitos e deveres individuais e coletivos previstos no artigo 5º da Constituição Republicana, assegurando, com isso, a todos, no âmbito judicial e administrativo a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação

Na esteira do referido comando constitucional, o Código de Processo Penal (Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941) sofreu recentes alterações, notadamente quanto às tipologias e estruturas do procedimento.

As Leis n. 11.689 de 9 junho de 2008 e n.11.719 de 20 de junho de 2008 promoveram alterações nos procedimentos do Tribunal de Júri e no procedimento

¹ Juiz de Direito titular da comarca de Pombos. Mestre em Ciências da Religião pela UNICAP. Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade Maurício de Nassau. Professor da ESMAPE, da parceria IDAJ/UCAM e Instituto dos Magistrados de Pernambuco.

comum, este último atualmente classificado como ordinário, sumário e sumaríssimo. Sem dúvida, o objetivo da reforma foi a busca de um processo penal mais célere e efetivo, sem deixar de lado as garantias do acusado. Citemos, por exemplo, o teor do novel art. 412 do Código de Processo Penal, que estabelece que se relaciona ao sumário da culpa nos feitos do Tribunal de Júri: “O procedimento será concluído no prazo máximo de 90 (noventa) dias”.

À primeira vista, a leitura do art. 412 do Código de Processo Penal, sobretudo quando conjugada ao texto do art. 798 do mesmo Diploma (que estabelece que todos os prazos são contínuos e peremptórios), poderia nos levar à conclusão de que sempre os prazos serão fatais e improrrogáveis.

Acontece que algumas situações, no curso da instrução processual, podem afetar o cumprimento dos prazos estabelecidos em lei, admitindo-se, desta forma, dilações, desde que justificadas, quando assim exigirem as peculiaridades do caso concreto.

Exemplo disso ocorre quando da necessidade de expedição de cartas precatórias para a colheita de prova testemunhal. Outra situação que serve bem para ilustrar uma justificada dilação é, por exemplo, a complexidade da ação penal, que conta com vários acusados, visando a elucidar o suposto tráfico de droga por eles praticado de forma estruturada e organizada.

Várias outras situações podem retardar a marcha processual, como por exemplo, na hipótese de inércia na apresentação da resposta escrita por parte do denunciado, não obstante intimação regular da Defensoria Pública ou até mesmo um pedido de realização de exame de dependência toxicológica.

A razoabilidade, consistente num juízo de necessidade, a adequação e proporcionalidade em sentido

estrito, permitirá o alargamento dos prazos legais para a prática dos atos processuais, sempre que a as circunstâncias do caso reclamarem.

Portanto, temos que os prazos para a conclusão da instrução criminal não são peremptórios, admitindo dilação em face das peculiaridades do caso, desde que observados os limites da razoabilidade, principalmente quando o Juízo processante busca imprimir regular andamento ao feito.

Súmula 085. Nos crimes de natureza tributária é prematura a propositura de ação penal enquanto não exaurida a esfera administrativa e constituído definitivamente o crédito tributário.

Comentários:

Luiz Carlos Vieira de Figueiredo¹

Predomina na jurisprudência pátria o entendimento de que eventual crime contra a ordem tributária depende, para sua caracterização, do lançamento definitivo do tributo devido pela autoridade administrativa.

Crimes desta natureza reclamam a constituição do crédito tributário de forma definitiva, procedimento de competência privativa da autoridade administrativa que, nos termos do art. 142 do Código Tributário Nacional, opera-se pelo lançamento tributário.

Só a decisão definitiva do procedimento tributário-administrativo faz líquido o crédito tributário.

Assim, nos delitos tributários, crimes classificados como materiais, faz-se necessária à comprovação do efetivo dano ao bem jurídico tutelado. A existência do crédito tributário é pressuposto para a caracterização do crime contra a ordem tributária, não se podendo admitir denúncia penal enquanto pendente o efeito preclusivo da decisão definitiva em processo.

Na apreciação do HC 81.611/DF², o pleno do Supremo Tribunal Federal passou a entender que a conduta definida no art. 1º da Lei 8.137, de 27 de dezembro de 1990,

¹ Juiz de Direito titular da comarca de Pombos. Mestre em Ciências da Religião pela UNICAP. Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade Maurício de Nassau. Professor da ESMape, da parceria IDAJ/UCAM e Instituto dos Magistrados de Pernambuco.

por ser crime material, reclama o prévio lançamento definitivo do tributo devido, por considerar esse fato uma condição objetiva de punibilidade ou um elemento normativo do tipo. Vejamos:

CRIME MATERIAL CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA (L. 8137/90, ART. 1º): LANÇAMENTO DO TRIBUTO PENDENTE DE DECISÃO DEFINITIVA DO PROCESSO ADMINISTRATIVO: FALTA DE JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL, SUSPENSO, PORÉM, O CURSO DA PRESCRIÇÃO ENQUANTO OBSTADA A SUA PROPOSITURA PELA FALTA DO LANÇAMENTO DEFINITIVO. 1. Embora não condicionada a denúncia à representação da autoridade fiscal (ADInMC 1571), falta justa causa para a ação penal pela prática do crime tipificado no art. 1º da L. 8137/90 - que é material ou de resultado -, enquanto não haja decisão definitiva do processo administrativo de lançamento, quer se considere o lançamento definitivo uma condição objetiva de punibilidade ou um elemento normativo de tipo. 2. Por outro lado, admitida por lei a extinção da punibilidade do crime pela satisfação do tributo devido, antes do recebimento da denúncia (L.9249/95, art. 34), princípios e garantias constitucionais eminentes não permitem que, pela antecipada propositura da ação penal, se subtraia do cidadão os meios que a lei mesma lhe propicia para questionar, perante o Fisco, a exatidão do lançamento provisório, ao qual se devesse submeter para fugir ao estigma e às agruras de toda sorte do processo criminal. 3. No entanto, enquanto dure, por iniciativa do contribuinte, o processo administrativo suspende o curso da prescrição da ação penal por crime contra

a ordem tributária que dependa do lançamento definitivo².

Ademais, a legislação pertinente ao tema é clara ao enunciar que somente após proferida a decisão administrativa final é que a autoridade fazendária deverá remeter a representação fiscal para fins penais ao Ministério Público. Assim dispõe o art. 83 da Lei nº 9.430, de 27 de Dezembro de 1996:

A representação fiscal para fins penais, relativa aos crimes contra a ordem tributária, definidos nos Arts. 1º e 2º da Lei 8.137/90, será encaminhada ao Ministério Público após proferida a decisão final, na esfera administrativa, sobre a existência fiscal do crédito tributário correspondente.

Conclui-se, destarte, que será carente de justa causa eventual denúncia, caso não haja investigação fiscal administrativa definitiva a apurar crime de natureza tributária, haja vista que o lançamento peremptório do crédito tributário é condição objetiva de punibilidade dos crimes definidos no artigo 1º, da Lei 8.137 de 27 de dezembro de 1990.

² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 81.611-DF. Impetrante: José Eduardo Rangel de Alckmin e outro. Impetrado: Superior Tribunal De Justiça. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, 10 de dezembro de 2003. Diário Oficial República Federativa do Brasil, Poder Judiciário, Plenário, n.91, p.66, 13 maio 2005.

Súmula 086. As condições pessoais favoráveis ao acusado, por si sós, não asseguram o direito à liberdade provisória, se presentes os motivos para a prisão preventiva.

Comentários:

Luiz Carlos Vieira de Figueiredo¹

A prisão cautelar é medida excepcional e deve ser decretada apenas quando devidamente amparada pelos requisitos legais previstos em lei, em observância ao princípio constitucional da presunção de inocência ou da não culpabilidade, sob pena de antecipar a reprimenda a ser cumprida quando da condenação.

Como uma das espécies de prisão cautelar (provisória ou processual), deve a manutenção da prisão preventiva cingir-se, fundamentadamente, sob pena de nulidade e conseqüente constrangimento ilegal, à órbita do art. 312 do Código de Processo Penal, sendo mister, na ausência das hipóteses descritas nesse dispositivo, a concessão da liberdade provisória.

Não podemos nos olvidar do comando constitucional insculpido no art. 5º, inciso LXVI que enuncia: “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”.

Com efeito, a liberdade provisória, a teor do parágrafo único do art. 310 do Código de Processo Penal, deverá ser concedida sempre que ausentes às hipóteses autorizadas da prisão preventiva.

¹ Juiz de Direito titular da Comarca de Pombos. Mestre em Ciências da Religião pela UNICAP. Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade Maurício de Nassau. Professor da ESMAPE, da parceria IDAJ/UCAM e Instituto dos Magistrados de Pernambuco.

Frequentemente, pedidos de liberdade provisória são apresentados sob o argumento de que o preso possui bons antecedentes, residência fixa, trabalho lícito e é primário.

Tais condições subjetivas favoráveis, por si sós, não obstam a segregação cautelar, se há nos autos elementos hábeis a recomendar a sua manutenção.

Assim, a primariedade, a constituição de família, trabalho lícito e residência fixa não são garantidoras de eventual direito de liberdade quando outros elementos constantes nos autos recomendam a sua custódia cautelar.

Elementos concretos constantes dos autos que apontem para a necessidade de garantia da ordem pública, da ordem econômica, para a conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal são bastantes para a manutenção da segregação.

Não é por demais lembrar que o enunciado esposado na súmula em comento está em conformidade com entendimento predominante na Superior Tribunal de Justiça. À guisa de ilustração, destacamos acórdão da referida Corte, dentre vários, que tratam do tema:

HABEAS CORPUS. TENTATIVA DE HOMICÍDIO. RACISMO. PRISÃO PREVENTIVA. REVOGAÇÃO. NEGATIVA FUNDADA NA PERICULOSIDADE DO AGENTE E NA GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO. RISCO À ORDEM PÚBLICA. IMPRESCINDIBILIDADE DA PRISÃO CAUTELAR DEMONSTRADA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. 1. Verificando-se que a decisão que indeferiu a liberdade provisória está fundada na necessidade concreta de manter-se a prisão cautelar a bem da ordem pública, diante da periculosidade do agente e da gravidade concreta do delito,

evidenciada pela prática do crime com extrema violência e, aparentemente, por motivo torpe (racismo), não merece reparos o acórdão proferido pelo Tribunal *a quo*. 2. A apreensão, na casa do agente, de DVD's e panfletos nazistas, artefatos para confeccionar bombas caseiras, canivete, um bastão de beisebol em madeira, um bastão de uso da Brigada Militar e uma soqueira de metal pontiagudo, revelam a periculosidade efetiva do paciente e a potencialidade do risco à ordem pública com a sua soltura. 3. Condições pessoais, mesmo que realmente favoráveis, em princípio não têm o condão de, por si sós, garantirem a revogação da preventiva, se há nos autos elementos suficientes a demonstrar a necessidade da sua continuação. 4. Ordem denegada².

Em suma, condições pessoais, mesmo que realmente favoráveis, em princípio não têm o condão de, por si sós, garantirem a concessão da liberdade provisória, se há nos autos elementos suficientes a demonstrar a necessidade da continuação da custódia antecipada.

² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n.102.955-RS. Impetrante: Adriano Marcos Santos Pereira. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Jorge Mussi. Brasília, 05 de fevereiro de 2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200800659528&pv=010000000000&tp=51>>. Acesso em: 14 maio 2009.

Súmula 087. Não configura excesso de linguagem o fato de o juiz, na sentença de pronúncia e diante da tese de negativa de autoria, expor as razões do seu convencimento.

Comentários:

Luiz Carlos Vieira de Figueiredo¹

Todas as decisões judiciais devem ser obrigatoriamente fundamentadas sob pena de nulidade, conforme dispõe o art. 93, inciso IX, da Constituição da República.

Evidentemente, o princípio da motivação das decisões judiciais se aplica à pronúncia, decisão cuja natureza jurídica é a de *interlocutória mista* e tem o condão de encerrar a fase do sumário da culpa (*judicium accusationis*).

A decisão de pronúncia consiste em verdadeiro juízo prelibação, de forma que, presentes os requisitos previstos no art. 413 do Código de Processo Penal, será o acusado submetido ao julgamento do Tribunal Popular.

Exatamente por ser um mero juízo de admissibilidade, não cabe ao juízo, por ocasião de sua prolação, enfrentar as questões meritórias, tarefa que caberá ao conselho de sentença quando da sessão de julgamento.

Por isso, a fundamentação da pronúncia limitar-se-á à indicação da materialidade e da existência de indícios de participação da autoria. Extrapolar à análise destes

¹ Juiz de Direito titular da Comarca de Pombos. Mestre em Ciências da Religião pela UNICAP. Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade Maurício de Nassau. Professor da ESMAPE, da parceria IDAJ/UCAM e Instituto dos Magistrados de Pernambuco.

elementos, fazendo incursões sobre o mérito é, sem dúvida, subtrair a competência constitucional do Júri Popular.

Conclui-se, destarte, que o excesso de linguagem do magistrado na sentença de pronúncia é absolutamente incompatível com a sua natureza jurídica, que, repisamos, é a apenas de admissibilidade. Deve o juiz procurar a posição de equilíbrio e comedimento, de modo a evitar influências sobre a vontade do conselho de sentença.

Acontece que, durante a fase da formação da culpa, uma das teses defensivas que podem ser ventiladas é exatamente a de negativa de autoria.

Ora, se para pronunciar o acusado, o juiz precisa demonstrar onde estão nos autos os indícios de autoria ou de participação, é evidente que terá que rechaçar, com argumentos, a referida tese defensiva.

Se de um lado é certo que não haverá uma valoração aprofundada da prova, de outro, faz-se mister que o juiz revele os motivos de seu convencimento, dizendo o porquê de pronunciar o acusado, por enxergar os indícios de autoria ou de participação.

Fazendo isto, o magistrado não estará excedendo na linguagem, haja vista que terá que motivar sua decisão para rechaçar a alegação de negativa de autoria ou de participação.

Nesta situação, portanto, não haverá influência no julgamento futuro dos jurados, até porque não haverá excesso analítico da prova, mas apenas a demonstração dos requisitos exigidos pela lei.

Súmula 088. Nos crimes de natureza patrimonial, a palavra da vítima, quando ajustada ao contexto probatório, há de prevalecer à negativa do acusado.

Comentários:

Luiz Carlos Vieira de Figueiredo¹

Delitos cometidos na clandestinidade raramente têm testemunhas presenciais. Assim, a palavra da vítima assume grande importância.

No crime de roubo, a palavra da vítima é uma dos mais valiosos elementos de convicção, haja vista que esta esteve em contato frontal com o agente da conduta. Esta foi quem sofreu a violência ou a grave ameaças e exatamente por isso é a pessoa mais apta a esclarecer as circunstâncias do crime.

É vítima quem pode dizer como e de que maneira aconteceu o crime de natureza patrimonial.

Suas declarações só podem ser descartadas se houve prova contundente de que ela mentiu quando da *notitia criminis*. Do contrário, esta prova terá maior relevância sobre as declarações do acusado.

Assim, as declarações da vítima, apoiadas nos demais elementos dos autos, em se tratando de crimes cometidos sem a presença de outras pessoas, é prova válida para a condenação, mesmo ante a palavra divergente do réu.

Vale ainda o registro que as declarações da vítima terão a mesma força para comprovação de eventuais majorantes, como, por exemplo, o emprego de arma de fogo.

¹ Juiz de Direito titular da Comarca de Pombos. Mestre em Ciências da Religião pela UNICAP. Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade Maurício de Nassau. Professor da ESMape, da parceria IDAJ/UCAM e Instituto dos Magistrados de Pernambuco.

Súmula 089. A fuga do distrito de culpa constitui motivação idônea para justificar prisão preventiva.

Comentários:

Flávio Augusto Fontes de Lima¹

A fuga do distrito da culpa, conforme entendimento pacificado do Superior Tribunal de Justiça, configura causa eficiente que lidima a decretação da prisão preventiva do incriminado, como forma de assegurar a aplicação da Lei Penal.

Ou, nas palavras de NUCCI²:

[...] havendo fundamentos razoáveis de que o indiciado ou réu praticou fato grave e evadiu-se , torna-se viável a custódia cautelar, por estar nitidamente preenchido o requisito do assecuramento da aplicação da lei penal.

O que constitui uma das hipóteses para decretação da ordem, que pode ainda ser decretada para garantir a ordem pública ou econômica, para viabilizar a

¹ Juiz de direito titular da Vara de Execução de Penas Alternativas de Recife e Desembargador- Substituto do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco. Pós-graduado em Direito pela Escola Superior da Magistratura de Pernambuco. Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco. Doutor em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professor Doutor da Faculdade de Direito Damas de Recife, Professor Doutor da Faculdade Facipe de Direito de Recife, Professor Convidado da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco, Professor convidado do Centro de Estudos Jurídicos de Roraima/Faculdade Atual da Amazônia. Membro do Corpo Editorial da Revista da Faculdade de Ciências Humanas de Pernambuco - SOPECE.

² NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 5 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. Pág. 613.

instrução criminal³. Acrescente-se a este fundamento para decretação da prisão preventiva, a conveniência da instrução criminal, já que transcorrerá adequadamente com a garantia da presença do acusado.

Portanto, a prisão preventiva, excepcional em nosso ordenamento, posto que anterior à condenação, tem aparo quando identificado pelo julgador o *periculum libertatis* em relação ao acusado. Ou seja, se seu estado de liberdade implica em perigo à instrução criminal ou à possível aplicação da pena.

Luiz Flávio Gomes⁴, em artigo publicado sobre o assunto, alerta para a necessidade da análise das características da fuga implementada pelo acusado, no caso em estudo. Segundo o autor, a fuga que alicerce a decretação da prisão cautelar deve ser necessariamente ilegítima, e real (o estado de fuga deve ser comprovado).

Identificados os elementos e configurada esta hipótese, há de ser utilizado o instituto da prisão preventiva, que como bem elucida Mirabete⁵:

[...]sentido restrito, é uma medida cautelar, constituída da privação de liberdade do indigitado autor do crime e decretada pelo juiz durante o inquérito ou a instrução criminal em face da

³ BRASIL. Decreto Lei n.3698, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, em 3 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 02 jun. 2009. Art. 312: “A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.”

⁴ GOMES, Luiz Flávio. *Fuga do agente e prisão preventiva*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 942, 31 jan. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7877>>. Acesso em: 26 abr. 2009

⁵ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo Penal*. 18 ed. ver. E atual. São Paulo: Atlas, 2006. Pág. 389.

existência de pressupostos legais, para resguardar os interesses sociais de segurança.

Isto porque, como já se pronunciou o Superior Tribunal de Justiça, “o réu que empreende fuga após o crime dá mostras concretas de que pretende furtar-se à aplicação da lei penal”⁶.

O assunto já foi sumulado pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais:

Súmula n. 30: A fuga do réu do distrito da culpa justifica a decretação da prisão preventiva para assegurar a aplicação da lei penal. (unanimidade)⁷.

No Superior Tribunal de Justiça, este entendimento já foi pacificado⁸.

O Supremo Tribunal Federal também entende que fuga do réu do distrito da culpa, por si só, justifica o decreto de preventiva. Há decisões recentes neste sentido, das quais:

EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL. RÉU REVEL E FORAGIDO. ORDEM DENEGADA. I - Conforme remansosa

⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n.115657/ PE. Impetrante: José Rawlinson Ferraz. Impetrado: Tribunal Regional. Federal da 5ª Região. Relator: Min. Jane Silva. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200802039195&pv=010000000000&tp=51>> Acesso em 03 jun 2009.

⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Súmula n.30. A fuga do réu do distrito da culpa justifica a decretação da prisão preventiva para assegurar a aplicação da lei penal. Disponível em http://www.tjmg.gov.br/juridico/jt_/sumulas/#tjmg. Acesso em: 02 jun. 2009.

⁸ Conforme disposto nos seguintes julgados: HC 103.334/BA, HC 108.534/SP9, HC 115657/PE10, HC 92438 / MG11, HC 92303/PR, HC 95414/SP, HC 92991/SP.

jurisprudência desta Suprema Corte, a fuga do réu do distrito da culpa justifica o decreto ou a manutenção da prisão preventiva. II - Ordem denegada⁹.

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n.95098/SP. Paciente: Alcenor de Jesus. Impetrante: Edcarlos Oliveira Santos. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília 17 abr 2009. Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=95098&classe=HC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>> Acesso em: 03 jun 2009.

Súmula 090. É dispensável a apreensão e o exame de eficiência da arma de fogo, quando o conjunto probatório evidenciar a incidência da qualificadora do art. 157, § 2º, inc. I, do Código Penal.

Comentários:

Flávio Augusto Fontes de Lima¹

A não apreensão da arma utilizada, não impede a configuração do crime de roubo qualificado (Art.157, § 2º, I do CP), quando há nos autos prova suficiente para sedimentar o *decisum* condenatório, o que descarta a invocação do princípio *in dúbio pro reo*. Inclusive, este é o entendimento pacificado de diversos Tribunais de Justiça do País.

Este assunto já foi sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça, mais especificamente sobre o roubo cometido com arma de brinquedo, entretanto, a súmula 174, que possuía o seguinte teor: “no crime de roubo, a intimidação feita com arma de brinquedo autoriza o aumento da pena” foi cancelada. O cancelamento da súmula veio após a inserção do assunto na legislação nacional, através da Lei 9.437 de 20 de fevereiro de 1997, que surgiu um ano após a sua edição, tipificando o porte da arma de

¹ Juiz de direito titular da Vara de Execução de Penas Alternativas de Recife e Desembargador- Substituto do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco. Pós-graduado em Direito pela Escola Superior da Magistratura de Pernambuco. Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco. Doutor em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professor Doutor da Faculdade de Direito Damas de Recife, Professor Doutor da Faculdade Facipe de Direito de Recife, Professor Convidado da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco, Professor convidado do Centro de Estudos Jurídicos de Roraima/Faculdade Atual da Amazônia. Membro do Corpo Editorial da Revista da Faculdade de Ciências Humanas de Pernambuco - SOPECE.

brinquedo como crime autônomo. Os Ministros da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, em 2001, acharam por bem cancelar a súmula para evitar o julgamento *bis in idem*. Não há que se falar na hipótese de crime impossível² por uma arma não ter sido periciada, pois este configura-se, segundo Delmanto³, quando há inidoneidade e ineficácia absolutas do meio para atingir o fim delituoso. E, no roubo com emprego de arma, ainda que incapaz funcionar a contento, como ressalta a Ministra Ellen Gracie⁴:

[...] deve ser compreendida na sua acepção ampla, englobando não só arma própria, instrumento destinado ao ataque ou à defesa, mas também a arma imprópria, ou seja, qualquer instrumento capaz de lesar a integridade física.

Além disso, o artigo 157, do Código de Processo Penal, instaura no Brasil o sistema de livre convencimento do juiz, onde, nas palavras de Mirabete⁵, não fica adstrito a critérios valorativos e apriorísticos e é livre na sua escolha, aceitação e valoração. Assim, como não há hierarquia na valoração das provas, o entendimento jurisprudencial mostra que, havendo outras provas idôneas à formação do convencimento do magistrado, a apreensão e o exame na arma de fogo são prescindíveis, para a aplicação da majorante do artigo 157, § 2º, I, do Código Penal.

² BRASIL. Decreto Lei n.2848, de 3 de outubro de 1941. *Código Penal*. Rio de Janeiro, em 3 de dezembro de 1940. Art. 17: Não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumir-se o crime. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 02 jun. 2009.

³ DELMANTO, Cleso/ et al. *Código Penal Comentado*. 5 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. Pág. 28.

⁴ GOMES, Luiz Flávio. *Eti Ali*. Op. Cit.

⁵ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo Penal*. 18 ed. ver. E atual. São Paulo: Atlas, 2006. Pág. 260.

Diante disso, a corrente que considera a dispensabilidade da apreensão e perícia na arma está cada vez mais ganhando espaço nos tribunais superiores. É entendimento majoritário no Supremo Tribunal Federal, tendo como principais representantes deste posicionamento o Ministro Joaquim Barbosa e a Ministra Ellen Gracie⁶, e novos julgados apontam também o Ministro Ricardo Lewandowski. Recentemente o assunto foi levado a plenário, e confirmou o entendimento, quando:

EMENTA: ROUBO QUALIFICADO PELO EMPREGO DE ARMA DE FOGO. APREENSÃO E PERÍCIA PARA A COMPROVAÇÃO DE SEU POTENCIAL OFENSIVO. DESNECESSIDADE. CIRCUNSTÂNCIA QUE PODE SER EVIDENCIADA POR OUTROS MEIOS DE PROVA. ORDEM DENEGADA. I - Não se mostra necessária a apreensão e perícia da arma de fogo empregada no roubo para comprovar o seu potencial lesivo, visto que tal qualidade integra a própria natureza do artefato. II - Lesividade do instrumento que se encontra in re ipsa. III - A qualificadora do art. 157, § 2º, I, do Código Penal, pode ser evidenciada por qualquer meio de prova, em especial pela palavra da vítima - reduzida à impossibilidade de resistência pelo agente - ou pelo depoimento de testemunha presencial. IV - Se o acusado alegar o contrário ou sustentar a ausência de potencial lesivo da arma empregada para intimidar a vítima, será dele o

⁶ GOMES, Luiz Flávio; DAMÁSIO Bárbara; DONATI, Patrícia. *Roubo: imprescindibilidade da apreensão e perícia da arma de fogo para o aumento da pena*. Disponível em: <http://www.lfg.com.br>. Acesso em: 07 de abril de 2009.

ônus de produzir tal prova, nos termos do art. 156 do Código de Processo Penal. V - A arma de fogo, mesmo que não tenha o poder de disparar projéteis, pode ser empregada como instrumento contundente, apto a produzir lesões graves. VI - Hipótese que não guarda correspondência com o roubo praticado com arma de brinquedo. VII - Precedente do STF. VIII - Ordem indeferida⁷.

EMENTA: HABEAS CORPUS. RECONHECIMENTO DA REINCIDÊNCIA COMO AGRAVANTE. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. NÃO CONHECIMENTO. CAUSA DE AUMENTO DE PENA PREVISTA NO ART. 157, § 2º, I, DO CÓDIGO PENAL. PRESCINDIBILIDADE DA REALIZAÇÃO DE PERÍCIA NA ARMA UTILIZADA NO ROUBO. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESTA PARTE, DENEGADA⁸.

Hoje a tendência do Superior Tribunal de Justiça também é seguir o posicionamento já assumido pelo

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal Habeas Corpus n. 94237/ RS. Paciente: Luciano Ferreira Ferraz Impetrante: Defensoria Pública da União. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Ricardo Lewandoswki. Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=94237&classe=HC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>
Acesso em: 02 jun 2009.

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 94448/RS. Paciente: Nelson Garcia da Fonseca. Impetrante: Defensoria Pública da União. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Brasília 19 dez 2008. Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=94448&classe=HC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>
Acesso em: 02 jun 2009.

Supremo Tribunal Federal, como se vê em recentes julgamentos:

HABEAS CORPUS. DOSIMETRIA. **ROUBO** CIRCUNSTANCIADO. **ARMA** DE FOGO. POTENCIALIDADE LESIVA. AUSÊNCIA DE **APREENSÃO** E DE **EXAME** PERICIAL. DESNECESSIDADE. EXISTÊNCIA DE OUTROS MEIOS DE PROVA A ATESTAR O EFETIVO EMPREGO DO REVÓLVER. LESIVIDADE DO INSTRUMENTO QUE INTEGRA A SUA PRÓPRIA NATUREZA. PROVA EM SENTIDO CONTRÁRIO. ÔNUS DA DEFESA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL AFASTADO. MANUTENÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DO INCISO I DO § 2º DO ART. 157 DO CP⁹.

⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça.Habeas Corpus n.113017/SP. Impetrante: André Ricardo de Lima. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Min. Jorge Mussi.Disponível em:< <http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200801746351&pv=010000000000&tp=51>> Acesso em 02 jun 2009.

Súmula 091. Eventuais irregularidades no Inquérito Policial não contaminam o processo nem ensejam a sua nulidade.

Comentários:

Flávio Augusto Fontes de Lima¹

O Inquérito Policial é mera peça informativa, destinada à formação da *opinio delicti* do *Parquet*, é simples investigação de natureza inquisitiva, não possui natureza de processo penal.

Segundo NUCCI², Inquérito policial é:

[...] procedimento preparatório da ação penal, de caráter administrativo, conduzido pela polícia judiciária e voltado à colheita preliminar de provas para apurar a prática de uma infração penal e sua autoria.

Assim, identifica-se nesta definição a natureza instrumental do instituto, que é, inclusive, dispensável

¹ Juiz de direito titular da Vara de Execução de Penas Alternativas de Recife e Desembargador- Substituto do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco. Pós-graduado em Direito pela Escola Superior da Magistratura de Pernambuco. Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco. Doutor em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professor Doutor da Faculdade de Direito Damas de Recife, Professor Doutor da Faculdade Facipe de Direito de Recife, Professor Convidado da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco, Professor convidado do Centro de Estudos Jurídicos de Roraima/Faculdade Atual da Amazônia. Membro do Corpo Editorial da Revista da Faculdade de Ciências Humanas de Pernambuco - SOPECE.

² NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 5 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. Pág. 75.

(artigos 39, §5º e 46, § 1º do Código de Processo Penal), desde que, como bem alerta o autor³, a peça seja substituída por prova idônea pré-constituída, para que não sejam interpostas ações penais temerárias e sem justa causa.

Assim, as possíveis irregularidades na peça inquisitorial acarretam no comprometimento da validade do ato em si, podendo diminuir o valor do procedimento, o que deverá ser pontuado no exame do mérito. Entretanto, as conseqüências não alcançam a ação penal. Isto porque, enquanto o procedimento adotado no inquérito policial processa-se em caráter inquisitório, sem a garantia do contraditório e da ampla defesa⁴, por não se tratar de processo (fase pré-processual) e por não haver nele litigantes⁵, tendo utilidade meramente informativa, a ação penal é o “direito de pedir a o Estado-Juiz uma decisão sobre um fato penalmente relevante”⁶, e como tal reveste-se de todo um aparato constitucional e processual, sendo independente em relação à peça policial, diferindo dela, pois “o processo só pode fazer-se dentro de uma escrupulosa regra moral, que rege a atividade do juiz e das partes”⁷.

Seguindo este raciocínio, conclui-se que caso haja possíveis irregularidades na peça preliminar, estas não alcançam a respectiva ação penal. Ou, nas palavras de MIRABETE⁸:

³ Idem. Páginas 150, 173/174.

⁴ Artigo 5º, LV, da Constituição Federal de 1988.

⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2001. Pág. 49.

⁶ Idem. Pág. 78.

⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 7ª ed., São Paulo: RT, 2001, p. 130.

⁸ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo Penal*. 18 ed. ver. E atual. São Paulo: Atlas, 2006. Pág. 63.

[...] sendo o inquérito policial mero instrumento informativo e não ato de jurisdição, os vícios nele acaso existentes não afetam a ação penal a que deu origem”. Embasa sua afirmação no posicionamento do Supremo Tribunal Federal⁹ e em outros tribunais¹⁰.

Vale citar posicionamento do Ministro Carlos Velloso¹¹, que só reforça esta tese:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. INQUÉRITO POLICIAL: ALEGAÇÃO DE IRREGULARIDADES. LEI 8.072/90, ART. 2º, § 1º. CONSTITUCIONALIDADE. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR: CRIMES HEDIONDOS. I. - Por se tratar de peça meramente informativa da denúncia ou da queixa, eventual irregularidade no inquérito policial não contamina o processo, nem enseja a sua anulação.

Também entende assim o Superior Tribunal de Justiça, como se depreende do voto do Relator Ministro Hamilton Carvalhido¹²:

⁹ Conferir os seguintes julgados: STF RTJ 89/57, 90/89, 125/177; RT 550/407, 562/427-B, 578/448, 597/412

¹⁰ Conferir os seguintes julgados: JSTJ 9/1985, RSTJ 92/376, RT 532/382, 535/293, 538/332, 566/341, 572/376, 612/379-80, 729/494-5, JTJ 185/287, RJDTACRIM 3/75, 29/149, 34/69

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 80902/SP. Paciente: Eugenio Canedo de Oliveira Neto. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Ministro Carlos Velloso. Brasília, 18 de dezembro de 2001. Disponível em:<

[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(HC\\$.S.CLA.%20E%2080902.NUME.\)%20OU%20\(HC.ACMS.%20ADJ%2080902.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(HC$.S.CLA.%20E%2080902.NUME.)%20OU%20(HC.ACMS.%20ADJ%2080902.ACMS.)&base=baseAcordaos)> Acesso em: 8 junho 2009.

¹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus n. 15.528/ PE. Recorrente: João Luiz Ferreira Filho. Recorrido: Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco. Ministro Hamilton Carvalho.

[...] De qualquer modo, a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é firme na compreensão de que eventual irregularidade ocorrida na fase inquisitorial não tem o condão de tornar nula a ação penal.

No mesmo sentido, HC n. 38.176/RS, HC 39.934/RS, RHC n.13.974/SP. E em recentes julgamentos, HC n.106216/MG e HC n. 116375/PB.

Brasília, 9 de maio de 2006. Disponível em:<
<http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200302372490&pv=010000000000&tp=51>> Acesso em: 8 junho 2009.

Súmula 092. A superveniência de sentença condenatória torna prejudicada a alegação de excesso de prazo.

Comentários:

Flávio Augusto Fontes de Lima¹

Sobre assunto há súmula do Superior Tribunal de Justiça, nos seguintes termos: Súmula n. 52: "Encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento ilegal por excesso de prazo".

Existe um ponto nevrálgico sobre o tempo exato para o encerramento da instrução criminal, isto porque não há um prazo geral expresso em lei, o que permite interpretações jurisprudências diversas, como bem elucida Thiago Lauria², podendo variar em posicionamentos que utilizam o prazo de 81 dias – tendo como fundamentação a Lei n. 9.034, de 3 de maio de 1995 (repressão e a prevenção dos crimes cometidos por organizações criminosas), que deve ser aplicada como analogia, por falta de legislação específica, para os demais delitos, prevalecendo o uso deste

¹ Juiz de direito titular da Vara de Execução de Penas Alternativas de Recife e Desembargador- Substituto do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco. Pós-graduado em Direito pela Escola Superior da Magistratura de Pernambuco. Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco. Doutor em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professor Doutor da Faculdade de Direito Damas de Recife, Professor Doutor da Faculdade Facipe de Direito de Recife, Professor Convidado da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco, Professor convidado do Centro de Estudos Jurídicos de Roraima/Faculdade Atual da Amazônia. Membro do Corpo Editorial da Revista da Faculdade de Ciências Humanas de Pernambuco - SOPECE.

² O prazo para formação da culpa. *In* www.jurisway.org.br. Consultado em 06 de abril de 2009, às 14:30.

entendimento no TJRS³. Há ainda correntes, como ressalta o autor, que defendem o prazo de 102 dias, quando o réu estiver preso, levando-se em consideração o somatório de vários prazos legais isoladamente, do Código de Processo Penal, este posicionamento é identificado o TJMG⁴. O entendimento majoritário, porém, vem dos tribunais superiores⁵, no sentido de que diante da ausência de expressa determinação legal, deve-se utilizar casuisticamente o princípio da razoabilidade para análise do prazo da formação da culpa.

Seja qual for a corrente utilizada, desde que haja uma sentença condenatória superveniente, não há que alegar-se excesso de prazo na formação da culpa, por falta de objeto, afastando-se, por conseguinte a hipótese de

³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Habeas Corpus n. 70015357353. Paciente: Leandro de Miranda Celestino. Coator: Juiz de Direito da 2ª vara criminal da Comarca de Caxias do Sul. Relator: Marco Antonio Ribeiro de Oliveira. Rio Grande do Sul, 28 de junho de 2006. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=tribunal+de+justi%e7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&intervalo_movimentacao=0&n1_var2=1&id_comarca1=700&num_processo_mask=70015357353&num_processo=70015357353&id_comarca2=700&uf_oab=rs&num_oab=&n1_var2_1=1&n1_var=&id_comarca3=700&nome_parte=&tipo_pesq=f&n1_var2_2=1>. Acesso em :20 abril 2009.

⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Relator: José Antonino Baía Borges. Data do acórdão : 05/02/2004.

⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n.12383/MA. Impetrante: Luis Gomes Lima. Impetrado: Segunda Câmara Criminal de Justiça do Estado Maranhão. Paciente: Vilton Martis Pessoa. Relator: Ministro. Gilson Dipp. Brasília, 04 de maio de 2000. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&num_registro=20000191671&dt_publicacao=29/05/2000> . Acesso em: 05 junho 2009.

constrangimento ilegal. Assim já decidiram os tribunais superiores⁶.

Merecendo destaque o recente julgamento sobre o assunto:

PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO E USO DE DOCUMENTO FALSO. **EXCESSO DE PRAZO NA FORMAÇÃO DA CULPA. SENTENÇA SUPERVENIENTE. NULIDADE PELA AUSÊNCIA DE DEFENSOR DATIVO NA OITIVA DE TESTEMUNHAS POR CARTA PRECATÓRIA. QUESTÃO NÃO-ANALISADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ORDEM NÃO-CONHECIDA.** 1. Sobrevindo **sentença condenatória**, encontra-se prejudicada a análise do suposto **excesso de prazo** para o término da instrução criminal⁷.

Também o Supremo Tribunal Federal vem decidindo neste sentido, merecendo destaque:

⁶ Confira-se os precedentes: STJ – 6ª Turma – V.U. – RHC nº 8.264 de São Paulo – Rel. Min. Vicente Leal – D.J.U. de 07.06.99 – pág. 131-132; STJ – 5ª Turma – V.U. – RHC nº 8631 de São Paulo – Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca – j. em 02.09/99 – D.J.U. de 04.10.99 – pág. 63;

⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 76110/BA. Impetrante: Rita de Cássia Levi Machado. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Paciente: Jocildo Nilton Vieira. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. Brasília, 02 de fevereiro de 2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200700201717&pv=010000000000&tp=51>> Acesso em: 05 junho 2009. No mesmo sentido: HC 110365 / DF. Habeas Corpus 2008/0148600-0. Quinta turma. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho (1133). DJe 19/12/2008; HC 110580 / SP Habeas Corpus 2008/0150990-0. Quinta turma. Ministro Felix Fischer (1109). DJe 09/03/2009; HC 97204 / RO Habeas Corpus 2007/0303201-4. Quinta turma. Ministro Felix Fischer (1109). DJe 02/02/2009; HC 85899 / MS Habeas Corpus 2007/0149817-3. Quinta turma. Ministro Felix Fischer (1109). DJe 09/02/2009.

DIREITO PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA E REEXAME DE PROVA. EXCESSO DE PRAZO NA PRISÃO. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA. NÃO CONHECIMENTO. 1. As questões de direito tratadas nos autos deste habeas corpus dizem respeito ao alegado excesso de prazo de prisão processual dos pacientes, à falta de fundamentação no decreto de prisão e à ausência de prova de autoria. 2. Esta Corte tem entendido que "a superveniência de sentença penal condenatória que agrega nova fundamentação jurídica à constrição cautelar dos pacientes prejudica o exame do alegado excesso de prazo na formação da culpa" (HC 90.407/MG, rel. Min. Carlos Britto, 1ª Turma, DJ 11.04.2008). No mesmo sentido: HC 84.077/BA, rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 03.09.2004; HC 69.448/MS, rel. Min. Celso de Mello, DJ 17.11.2006. 3. Os pacientes permaneceram presos durante toda a instrução, eis que presentes os requisitos do art. 312, do Código de Processo Penal, quadro que se mostrou inalterado com a prolação da sentença condenatória. 4. As alegações relacionadas à ausência de prova de autoria dos fatos nas pessoas dos pacientes, da mesma forma, não têm como ser conhecidas em sede de habeas corpus, eis que envolveriam o exame do conjunto fático-probatório, incabível na via estreita do writ. Como já decidiu esta Corte, a alegação de ausência de indícios suficientes de autoria envolvem reexame de prova, o que é inviável em habeas corpus (HC 88.533/SP, rel. Min. Eros Grau, DJ 08.09.2006). 5. Habeas corpus não **conhecido**⁸.

⁸ HC 90025-SP. No mesmo sentido, HC 92888 - ES HC9288-ES; HC 90407-MG ; HC 76206 - SC ; HC 65709- PE .