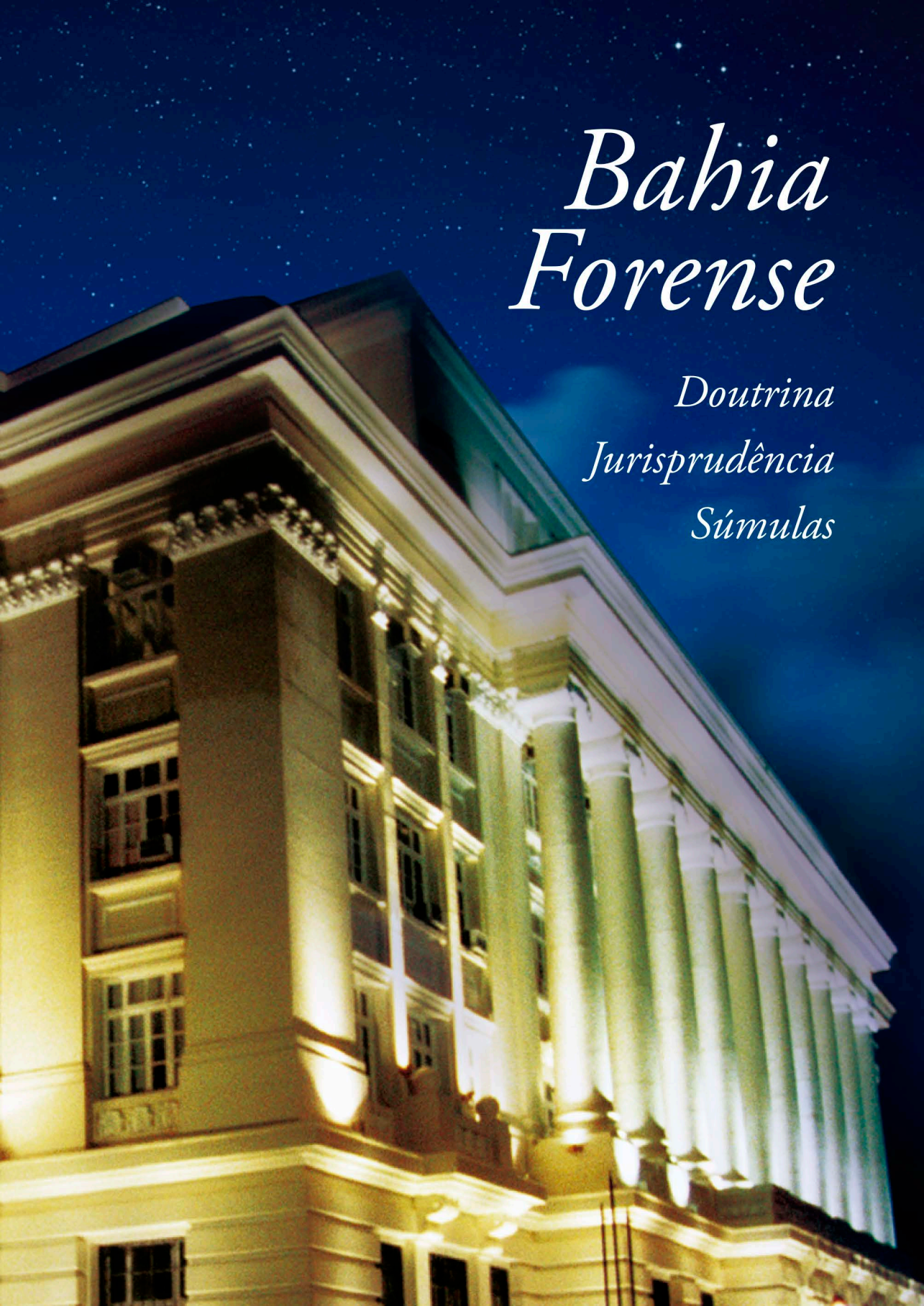




Bahia Forense

*Doutrina
Jurisprudência
Súmulas*

Bahia Forense



Novembro de 2017



Súatório

Bahia Forense: Doutrina, jurisprudência e súmulas / Tribunal de
Justiça do Estado da Bahia – ano.1, n.1, (1961) – Salvador: Comissão
de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, 2017-

Catálogo do volume 49, publicada em novembro de 2017.
ISSN: 0102-3020

De 1961 a 1966, o periódico denominava-se “Revista
Jurídica”. A partir do n.5, publicado em jun./dez de 1967,
a revista passou a chamar-se “Bahia Forense”.

1. Direito – Brasil - Periódicos. 2. Doutrina. 3. Jurisprudência.
4. Súmula. I. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia II. Comissão de
Jurisprudência do TJBA.

CDD: 340.05
CDU: 34

Ficha catalográfica elaborada pela Coordenação de Bibliotecas
Tribunal de Justiça do Estado da Bahia

SUMÁRIO

DOCTRINA

- Violência Doméstica: Enfrentamento nos Âmbitos Cível e Criminal
por Nágila Maria Sales Brito **19**
- A Autocomposição dos Conflitos no Novo Código de Processo Civil
por Moacyr Montenegro Souto **37**
- Breves Considerações Sobre as Tutelas Provisórias no Novo Código de Processo Civil
por Anna Luíza Luna Montenegro **47**
- A Transmissibilidade da Cláusula Arbitral Diante da Cessão de Posição Contratual
por Tércio Spínola Gomes **56**
- A Adoção *Intuitu Personae* à Luz da Jurisprudência do STJ e do TJBA
por Juliana Aguiar Cunha **64**

JURISPRUDÊNCIA PENAL

- Mandado de Segurança contra ato judicial. Garantia à reparação do dano patrimonial causado à vítima e observância à proporcionalidade e razoabilidade
Relator: Des. Pedro Augusto Costa Guerra **75**
- Habeas Corpus. Tráfico de drogas. Conversão da prisão preventiva em prisão domiciliar
Relator: Des. Aliomar Silva Britto **78**
- Habeas Corpus. Calúnia, injúria e difamação. Insurgência contra o recebimento da peça acusatória
Relatora: Des^a. Ivete Caldas Silva Freitas Muniz **80**
- Habeas Corpus. Injúria e ameaça contra a mulher no âmbito doméstico. Alegação de excesso de prazo de internação do réu inimputável e pedido de trancamento da ação penal
Relatora: Des^a. Aracy Lima Borges **83**
- Habeas Corpus. Ato infracional equiparado ao delito de roubo circunstanciado. Pedido de progressão da medida de internação por liberdade assistida.
Relatora: Des^a. Aracy Lima Borges **86**

- Representação Criminal. Calúnia, injúria e difamação. Queixa Crime oferecida contra Deputado Estadual e Vereadora
Relator: Des. João Bosco de Oliveira Seixas **91**
- Recurso em sentido estrito. Homicídio qualificado tentado. Decisão de pronúncia. Excesso de linguagem da decisão e conversão da prisão preventiva em prisão domiciliar
Relator: Des. Pedro Augusto Costa Guerra **104**
- Recurso em sentido estrito. Homicídio qualificado tentado. Decisão de pronúncia. Questionamento sobre a suficiência dos indícios de autoria delitiva, a justificar o exercício da ação penal
Relator: Des. Jefferson Alves de Assis **116**
- Recurso em sentido estrito. Homicídio qualificado tentado. Decisão de pronúncia. Pleito de revogação da prisão preventiva, de desclassificação do crime ou de exclusão da qualificadora
Relator: Des. José Alfredo Cerqueira da Silva **124**
- Recurso em sentido estrito. Crime contra as relações de consumo. Questionamento sobre a rejeição da denúncia com fulcro no princípio da insignificância
Relatora: Des^a. Ivone Bessa Ramos **127**
- Apelação Criminal. Femicídio. Dosimetria da pena
Relatora: Des^a. Aracy Lima Borges **133**
- Apelação Criminal. Estupro de vulnerável. Discussão sobre a materialidade da conduta
Relator: Des. Jefferson Alves de Assis **142**
- Apelação Criminal. Lesão corporal culposa. Análise da vontade do agente
Relator: Des. Luiz Fernando Lima **149**
- Apelação Criminal. Peculato. Pleito de alteração do do fundamento jurídico da absolvição
Relatora: Des^a. Ivete Caldas Silva Freitas Muniz **151**
- Apelação Criminal. Tráfico de drogas e associação para o tráfico. Revisão da dosimetria da pena e alteração do regime inicial de cumprimento
Relatora: Des^a. Nágila Maria Sales Brito **164**

- Apelação Criminal. Furto qualificado. Discussão sobre o afastamento da qualificadora e a desclassificação do crime
Relator: Des. José Alfredo Cerqueira da Silva **178**
- Apelação Criminal. Latrocínio. Discussão sobre a autoria e materialidade da conduta e reforma da sentença absolutória
Relator: Des. Jefferson Alves de Assis **181**
- Apelação Criminal. Roubo majorado pelo concurso de pessoas. Análise da dosimetria da pena
Relatora: Des^a. Nágila Maria Sales Brito **189**
- Apelação Criminal. Roubo majorado e extorsão qualificada. Discussão sobre autoria, materialidade e concurso material de crimes
Relator: Des. Luiz Fernando Lima **199**
- Apelação Criminal. Porte ilegal de arma de fogo de uso permitido e disparo por arma de fogo. Aplicação do princípio da consunção, revisão da dosimetria da pena e alteração do regime inicial de cumprimento
Relatora: Des^a. Ivone Bessa Ramos **203**
- Apelação Criminal. Porte ilegal de arma de fogo de uso permitido. Arguição de irregularidades na fase inquisitorial e requerimento de absolvição por excludente de ilicitude
Relator: Des. João Bosco de Oliveira Seixas **214**
- Apelação Criminal. Vias de fato. Contravenção penal praticada no âmbito doméstico e inaplicabilidade do princípio da bagatela
Relator: Des. Luiz Fernando Lima **220**
- Apelação Criminal. Homicídio. Condenação do Estado da Bahia ao pagamento dos honorários advocatícios ao defensor dativo na decisão de impronúncia do acusado
Relator: Des. Aliomar Silva Britto **222**
- Embargos de Declaração em Apelação Criminal. Arguição de nulidades no julgamento pelo Tribunal do Júri
Relator: Des. Julio Cezar Lemos Travessa **224**
- Agravo em Execução Penal. Inclusão do condenado em regime disciplinar diferenciado e o preenchimento dos requisitos legais
Relatora: Des^a. Ivone Bessa Ramos **236**

- Agravo em Execução Penal. Extinção da pena privativa de liberdade após o período de prova do livramento condicional
Relatora: Des^a. Nágila Maria Sales Brito **241**

JURISPRUDÊNCIA CIVIL

Direito Constitucional

- Ação Direta de Inconstitucionalidade. Provimento de cargos públicos e concessão de estabilidade a servidores públicos por Lei Estadual
Relator: Des. Baltazar Miranda Saraiva **249**
- Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. Ausência de ato regulamentador da progressão e promoção de servidores públicos
Relator: Des. Mário Augusto Albiani Alves Junior **258**
- Apelação Cível. Procedimento de redesignação sexual e responsabilidade solidária dos entes estatais
Relator: Dr. José Jorge Lopes Barreto da Silva **268**
- Mandado de Segurança. Fornecimento gratuito de medicamentos
Relator: Des. Baltazar Miranda Saraiva **275**
- Agravo de Instrumento. Fornecimento gratuito de substância medicinal em estudo
Relatora: Des^a. Heloísa Pinto de Freitas Vieira Graddi **282**
- Agravo de Instrumento. Tratamento de saúde a custodiado
Relator: Des. Moacyr Montenegro Souto **287**
- Agravo Interno. Limitação temporal da perda monetária decorrente da conversão da remuneração em URV
Relatora: Des^a. Lícia de Castro Laranjeira Carvalho **290**
- Mandado de Segurança. Possibilidade de expedição de alvará em nome do advogado para levantamento de quantia paga ao cliente por meio de precatório
Relatora: Des^a. Rosita Falcão de Almeida Maia **294**
- Mandado de Segurança. Recálculo do valor do precatório
Relator: Des. Emilio Salomão Pinto Resedá **303**
- Mandado de Segurança. Cessão de crédito e habilitação à proposta definitiva de acordo para quitação de precatório
Relatora: Des^a. Lígia Maria Ramos Cunha Lima **309**

Direito Administrativo

- Apelação Cível. Improbidade administrativa por desvio de verbas em contratos de prestação de serviços de limpeza urbana
Relatora: Des^a. Maria de Fátima Silva Carvalho **313**
- Agravo de Instrumento. Medida acautelatória de indisponibilidade de bens na Ação Civil Pública para apuração de improbidade administrativa
Relatora: Des^a. Dinalva Gomes Laranjeira Pimentel **320**
- Mandado de Segurança. Incorporação de gratificação aos proventos de aposentadoria do servidor público
Relatora: Des^a. Lígia Maria Ramos Cunha Lima **325**
- Apelação Cível. Proporcionalidade e razoabilidade da penalidade de demissão aplicada ao policial militar
Relator: Des. Edmilson Jatahy Fonseca Júnior **331**
- Apelação Cível. Prescrição da pretensão de rediscussão da penalidade de demissão aplicada ao policial militar e ausência de comunicabilidade entre as instâncias penal e administrativa
Relatora: Des^a. Carmem Lúcia Santos Pinheiro **336**
- Apelação Cível. Prescrição da pretensão de rediscussão da penalidade de demissão aplicada ao policial militar
Relatora: Des^a. Lícia de Castro Laranjeira Carvalho **340**
- Mandado de Segurança. Encerramento do vínculo laboral em contratação de servidores pelo regime especial de direito administrativo
Relatora: Des^a. Dinalva Gomes Laranjeira Pimentel **343**
- Mandado de Segurança. Apreciação da legalidade da convocação de candidato aprovado em concurso público exclusivamente por Diário Oficial
Relator: Des. Baltazar Miranda Saraiva **349**
- Agravo de Instrumento. Apreciação da legalidade da convocação de candidato aprovado em concurso público exclusivamente por Diário Oficial
Relatora: Des^a. Dinalva Gomes Laranjeira Pimentel **355**
- Apelação Cível. Conversão do pedido de reintegração de posse em perdas e danos em razão do interesse público existente na desapropriação da área do litígio
Relator: Des. Moacyr Montenegro Souto **361**

- Apelação Cível. Desapropriação por utilidade pública e fixação dos honorários advocatícios
Relatora: Des^a. Carmem Lucia Santos Pinheiro **368**
- Apelação Cível. Responsabilidade civil do Estado por danos morais e materiais decorrentes de lesão por bala perdida
Relator: Des. Edmilson Jatahy Fonseca Júnior **371**

Direito Tributário

- Remessa Necessária. Inconstitucionalidade do aumento da base de cálculo do IPTU do Município do Salvador
Relator: Des. José Olegário Monção Caldas **378**
- Remessa Necessária. Interpretação da norma de isenção tributária parcial do ICMS
Relatora: Des^a. Heloísa Pinto de Freitas Vieira Graddi **381**
- Apelação Cível. Nulidade do lançamento por arbitramento do crédito tributário de ISS sem a demonstração de irregularidades praticadas pelo contribuinte
Relator: Des. Emílio Salomão Pinto Resedá **386**
- Apelação Cível. Discussão sobre a nulidade da sentença de decretação da prescrição intercorrente do crédito tributário
Relator: Des. Augusto de Lima Bispo **391**
- Apelação Cível. Constitucionalidade da taxa de combate a incêndio
Relatora: Des^a. Lígia Maria Ramos Cunha Lima **396**
- Agravo de Instrumento. Imunidade tributária dos templos religiosos e ônus da comprovação do desvio de finalidade
Relatora: Des^a. Carmem Lúcia Santos Pinheiro **401**
- Agravo de Instrumento. Possibilidade de penhora sobre o faturamento da empresa nos autos da Execução Fiscal
Relatora: Des^a. Rosita Falcão de Almeida Maia **405**

Direito da Criança e do Adolescente

- Apelação Cível. Possibilidade de revogação do contrato de adoção simples firmado antes da Constituição Federal de 1988
Relatora: Des^a. Maria de Lourdes Pinho Medauar **408**

Direito do Consumidor

- Agravo de Instrumento. Análise da configuração de relação de consumo na contratação do serviço de empreitada para ampliação das atividades empresariais
Relatora: Des^a. Heloísa Pinto de Freitas Vieira Graddi **414**
- Apelação Cível. Análise da configuração de relação de consumo na aquisição de bens para fomento da atividade empresarial e responsabilidade civil do fornecedor pela venda de mercadoria vencida
Relator: Des. Gesivaldo Nascimento Britto **417**
- Apelação Cível. Responsabilidade civil da instituição financeira por crime cometido dentro do estabelecimento bancário
Relator: Des. José Olegário Monção Caldas **421**
- Apelação Cível. Possibilidade de cobertura do tratamento de fertilização in vitro pelo plano de saúde
Relator: Des. Gesivaldo Nascimento Britto **427**
- Apelação Cível. Responsabilidade civil da drogaria por venda de medicamento equivocado e os danos decorrentes do seu uso
Relatora: Des^a. Maria de Lourdes Pinho Medauar **430**

Direito do Civil

- Agravo de Instrumento. Reintegração liminar de posse em face do comodatário
Relatora: Des^a. Rosita Falcão de Almeida Maia **436**
- Apelação Cível. Revogação de doação de bens imóveis com fundamento em ato de ingratidão do donatário
Relatora: Des^a. Maria de Fátima Silva Carvalho **442**
- Agravo de Instrumento. Discussão sobre a possibilidade de intervenção judicial para afastamento de síndico de condomínio residencial
Relator: Des. José Cícero Landin Neto **449**
- Apelação Cível. Responsabilidade civil do hospital e do médico por ausência de informação ao paciente sobre os efeitos adversos da simpatectomia torácica bilateral
Relator: Des. Moacyr Montenegro Souto **452**

- Apelação Cível. Responsabilidade civil da empresa de cruzeiros por acidente na cabine do navio e a análise da culpa exclusiva da vítima

Relator: Des. José Olegário Monção Caldas

461

- Apelação Cível. Responsabilidade civil dos contratantes de obra por danos decorrentes da interdição da estrada, que inviabilizou o acesso a propriedade de terceiros

Relator: Des. Edmilson Jatahy Fonseca Júnior

466

- Apelação Cível. Responsabilidade civil por acidente de trânsito com morte e a análise da culpa exclusiva da vítima

Relator: Des. Gesivaldo Nascimento Britto

472

- Apelação Cível. Responsabilidade civil por acidente de trânsito com morte e a análise da culpa exclusiva ou concorrente da vítima

Relator: Des. Emílio Salomão Resedá

475

- Agravo de Instrumento. Alimentos provisórios entre ex-cônjuges

Relatora: Des^a. Maria de Fátima Silva Carvalho

479

Direito do Empresarial

- Agravo de Instrumento. Requisitos para o deferimento da recuperação judicial ao empresário rural

Relator: Des. Mário Augusto Albiani Alves Junior

484

SÚMULAS

- Súmulas do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia

497



RELAÇÃO DE DESEMBARGADORES

Desa. MARIA DO SOCORRO BARRETO SANTIAGO
Presidente

Desa. MARIA DA PURIFICAÇÃO DA SILVA
1ª Vice-Presidente

Desa. LÍCIA DE CASTRO LARANJEIRA CARVALHO
2ª Vice-Presidente

Des. OSVALDO DE ALMEIDA BOMFIM
Corregedor-Geral

Desa. CYNTHIA MARIA PINA RESENDE
Corregedor das Comarcas do Interior

Desa. SÍLVIA CARNEIRO SANTOS ZARIF
Desa. TELMA LAURA SILVA BRITTO
Des. MARIO ALBERTO HIRS
Des. ESERVAL ROCHA

Desa. IVETE CALDAS SILVA FREITAS MUNIZ
Des. JOSÉ OLEGÁRIO MONÇÃO CALDAS
Desa. ROSITA FALCÃO DE ALMEIDA MAIA
Des. LOURIVAL ALMEIDA TRINDADE

Desa. MARIA DA GRAÇA OSÓRIO PIMENTEL LEAL
Des. JOSÉ CÍCERO LANDIN NETO

Des. GESIVALDO NASCIMENTO BRITTO
Des. CARLOS ROBERTO SANTOS ARAÚJO
Des. NILSON SOARES CASTELO BRANCO

Desa. HELOISA PINTO DE FREITAS VIEIRA GRADDI
Des. JEFFERSON ALVES DE ASSIS
Desa. NÁGILA MARIA SALES BRITO
Desa. INEZ MARIA BRITO SANTOS MIRANDA
Desa. GARDÊNIA PEREIRA DUARTE
Des. EMÍLIO SALOMÃO PINTO RESEDÁ

Des. AUGUSTO DE LIMA BISPO

Des. JOSÉ ALFREDO CERQUEIRA DA SILVA

Des. JOSÉ EDIVALDO ROCHA ROTONDANO

Des. PEDRO AUGUSTO COSTA GUERRA

Desa. MÁRCIA BORGES FARIA

Des. ALIOMAR SILVA BRITTO

Des. JOÃO AUGUSTO ALVES DE OLIVEIRA PINTO

Desa. DINALVA GOMES LARANJEIRA PIMENTEL

Desa. LISBETE MARIA TEIXEIRA ALMEIDA CÉZAR SANTOS

Des. LUIZ FERNANDO LIMA

Des. EDMILSON JATAHY FONSECA JÚNIOR

Des. MOACYR MONTENEGRO SOUTO

Desa. IVONE RIBEIRO GONÇALVES BESSA RAMOS

Desa. ILONA MÁRCIA REIS

Des. ROBERTO MAYNARD FRANK

Des. JOÃO BÔSCO DE OLIVEIRA SEIXAS

Desa. RITA DE CÁSSIA MACHADO MAGALHÃES FILGUEIRAS NUNES

Desa. REGINA HELENA RAMOS REIS

Des. MAURÍCIO KERTZMAN SZPÖRER

Des. LIDIVALDO REACHE RAIMUNDO BRITTO

Desa. JOANICE MARIA GUIMARÃES DE JESUS

Desa. CARMEM LÚCIA SANTOS PINHEIRO

Desa. PILAR CÉLIA TOBIO DE CLARO

Desa. MARIA DE LOURDES PINHO MEDAUAR

Des. BALTAZAR MIRANDASARAIVA

Desa. SANDRA INÊS MORAES RUSCIOLELLI AZEVEDO

Desa. LÍGIA MARIA RAMOS CUNHA LIMA

Des. MÁRIO AUGUSTO ALBIANI ALVES JÚNIOR

Des. IVANILTON SANTOS DA SILVA

Des. RAIMUNDO SÉRGIO SALES CAFEZEIRO

Des. JULIO CEZAR LEMOS TRAVESSA

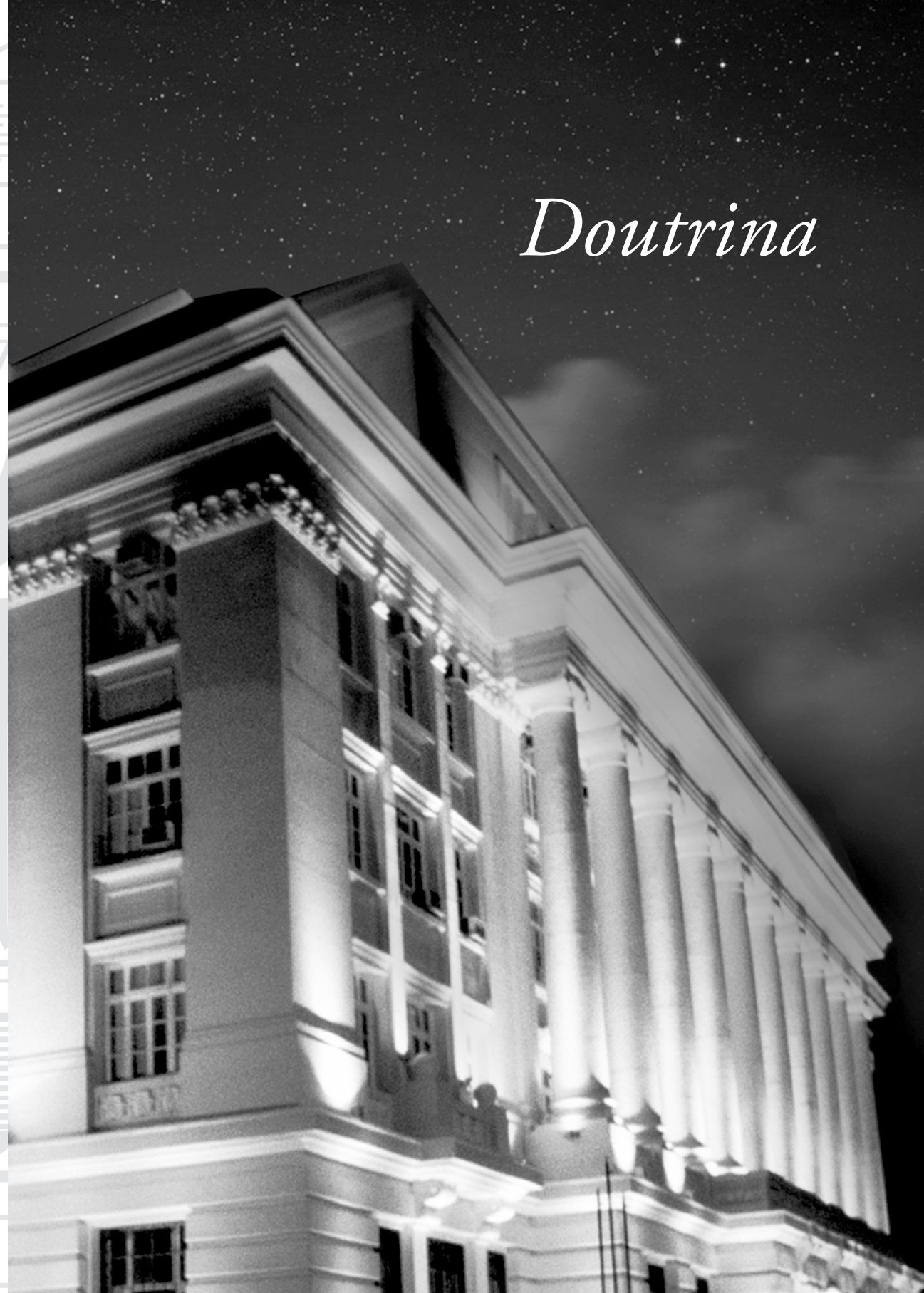
Desa. MARIA DE FÁTIMA SILVA CARVALHO

Des. ABELARDO PAULO DA MATTA NETO

Desa. ARACY LIMA BORGES

Desa. SORAYA MORADILLO PINTO

Doutrina



**VIOLÊNCIA DOMÉSTICA: ENFRENTAMENTO NOS
ÂMBITOS CÍVEL E CRIMINAL**

por Nágila Maria Sales Brito¹

SUMÁRIO

1. Introdução; 2. Dados Estatísticos alarmantes; 3. Sexo e gênero: a diversidade que faz a diferença; 4. Questões destacadas: 4.1 a competência dos Juizados/Varas que cuidam de violência doméstica e familiar contra a mulher: ampla ou restrita?; 4.2 Medidas protetivas de urgência: quem pode conhecer?; 4.3 Alimentos provisórios e provisionais: quem pode conceder e quem pode executar?; 4.4 Justiça restaurativa: um bem ou um mal para o combate à violência doméstica?; 5. Conclusão

1. Introdução

As Varas Especializadas nos julgamentos das causas de Violência Doméstica e Familiar contra a mulher possuem competência híbrida, debruçando-se, pois, em questões dos âmbitos criminal e cível, o que ainda não possui pacificação quanto a sua extensão e tem provocado alguns retardos na prestação jurisdicional com a remessa dos autos para outro juízo, onde muitas vezes são suscitados os conflitos de competência, com evidente prejuízo para as jurisdicionadas, sujeitos de direito que a Lei Maria da Penha elegera para proteção.

Para enfrentar o problema, demonstramos, num primeiro momento, os dados estatísticos alarmantes, mormente porque eles nem sequer espelham a verdade ante as evidentes subnotificações em muitos casos.

Trabalhou-se ainda com as diferenças necessárias entre sexo e gênero, para bem entender a origem do problema, e destacaram-se questões sobre a competência dessas Varas, especificando, no que concerne aos alimentos provisórios e provisionais, a problemática do pedido de reparação de danos de forma genérica e a aplicação de práticas restaurativas como mais um instrumento para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, em obediência ao comando constitucional (§ 8º do art. 226), sem nenhuma pretensão de esgotar o tema aqui tratado.

2. Dados Estatísticos alarmantes

Passados mais de 11 anos da entrada em vigor da Lei 11.340/2006, marco legal significativo para o enfrentamento da violência doméstica contra a mulher, verifica-se ser ainda necessário tratar-se da denominada Lei Maria da Penha e acrescentar-lhe dispositivos, ao contrário do que se pensava e sonhava logo de início, de que seria uma lei temporária, possivelmente vindo a tornar-se letra morta, por inanição da sua imputação, já que se idealizava a diminuição da violência contra a mulher, o que não ocorreu. Na verdade, a violência contra a mulher representa cerca de 30% dos processos na área criminal, tanto nas comarcas do interior como na capital do estado da Bahia.

Não se pode comprovar cientificamente se essa violência aumentou ou se apenas tornou-se mais visível com o reconhecimento pelas próprias mulheres que vivem essa situação nas suas vidas, e o encorajamento decorrente de campanhas e do trabalho de diversos órgãos que as levam a denunciar. As estatísticas assustam. Senão vejamos:

¹ Doutora em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2003). Mestre em Direito Econômico pela Universidade Federal da Bahia (1997). Desembargadora do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia desde 2010.

Registro de ocorrências policiais na Bahia no período de janeiro a agosto de 2017 (vítimas: mulheres com idades identificadas maiores de 18 anos).

REGISTRO	SALVADOR	RMS	INTERIOR
Feminicídio	4	3	16
Homicídio doloso	21	23	106
Tentativa de homicídio	17	11	146
Estupro	50	12	180
Lesões Corporais	2003	603	4976
Ameaça	3290	1250	10730

Verifica-se, pois, que foram cadastrados no estado da Bahia 23 feminicídios, 150 homicídios dolosos de mulheres, 174 tentativas de homicídios, 7.582 lesões corporais dolosas, 242 estupros e 15.270 ameaças².

Esses dados impactam porque, em apenas 6 meses, os números são tão altos que falam por si sós, inclusive não se pode olvidar tratar-se das ocorrências visíveis, não sendo crível afirmar-se os números reais da violência doméstica e familiar contra a mulher em Salvador e no interior.

Valéria Diez Scarance Fernandes, quando cuida do “silêncio” da vítima dentro do ciclo de violência, atribui a tal silêncio o significado de conduta omissiva em responsabilizar o autor da violência, explicitando em que consistem essas omissões: a vítima não registra boletins de ocorrência contra o agressor; a vítima registra boletim de ocorrência contra o agressor, mas renuncia ao direito de representar; após noticiar a violência, a vítima se retrata e inocenta o agressor. Nesses casos, deve o julgador apropriar-se de conceitos metajurídicos para compreender os motivos que levam a vítima a não processar o agressor.³ Atenta a esta circunstância, a Ministra Cármen Lúcia, na 7ª Semana da Justiça pela Paz em Casa, que teve como tema “Transformando para a Paz”, determinou como centro de atenções a “Cabeça de Mulher”, visto que, por vezes, a mulher deve ser protegida dela própria. determinou para

Esse silêncio da vítima pode conduzir à perda de uma vida, resultado, não raro, de presões familiares que reprovam a iniciativa da “sobrevivente”⁴ em denunciar aos órgãos públicos a violência sofrida, a revitimização com inúmeras repetições da narrativa do fato delituoso nos diversos órgãos estatais e, por vezes, a banalização do ocorrido por parte dos servidores que fazem o 1º atendimento, o que, em muitos casos, acarreta a acentuada queda da autoestima da vítima, a depressão, além de outros efeitos maléficos da violência doméstica.

Necessário, portanto, levar-se a sério tal problema e não o relegar ao esquecimento das prateleiras dos fóruns ou dos arquivos do computador, na hipótese dos processos digitais. Urge que se deem respostas imediatas a tais violências contra a mulher, e, para isso o CNJ já tornou permanente o **Programa Justiça pela paz em casa**, em que são realizados esforços concentrados em três semanas no ano⁵, em todas as comarcas do Brasil, para o julgamento de feminicídios, nas Varas do júri, ou de homicídios de mulheres, se o crime foi anterior à lei 13.104/2015, e, em todas as Varas especializadas para o julgamento dos crimes com incidência da lei Maria da Penha, ou nas Criminais que tenham esta competência, quando os juízes, em verdadeiros mutirões,

2 Dados divulgados pela Secretaria de Segurança Pública em 03/08/2017, por meio da Rede Bahia de Televisão

3 (Lei Maria da Penha, o processo penal a caminho da efetividade, p. 124).

4 Nos Estados Unidos, vítima é a mulher que foi assassinada e sobrevivente, aquela que sofreu lesões, ameaças, etc., que não veio a óbito, segundo palestra proferida por Marta Vasconcelos, Miss Universo, ano 1968., e psicóloga nos Estados Unidos, com trabalhos com mulheres vítimas de violência, de língua portuguesa naquele país.

5 e em novembro será entre os dias 20 a 24

movimentam os processos da violência doméstica, concedendo as medidas protetivas, realizando audiências preliminares ou de instrução, enfim, julgando o maior número possível de processos dessa matéria, numa demonstração de que o Judiciário Brasileiro não se conforma com tamanha violência contra a mulher e não medirá esforços para punir os agressores.

O mapa da violência no Brasil 2015, no que concerne aos feminicídios, organizado por Julio Jacob Wailsefisz, coloca o Brasil na 5ª posição dentre 84 países pesquisados, atrás, tão somente, de El Salvador, seguido por Colômbia, Guatemala e Rússia (único país não-latino). No nosso país, cerca de 13 mulheres são mortas por dia (quase metade delas por armas de fogo).

A Bahia é o 10º estado (2013), com 5,8 mortes a cada 100 mil mulheres. A sua capital, Salvador, é a 10ª colocada (2013), com 7,9 mortes a cada 100 mil mulheres, e 16 municípios da Bahia estão entre os mais violentos no Brasil: Mata de São João (7º), Pojuca (9º), Itacaré (10º), Porto Seguro (19º), Alcobaça (21º), Simões Filho (28º), Ubaitaba (40º), Ibirapitanga (52º), Lauro de Freitas (53º), Eunápolis (57º), Nova Viçosa (58º), Santa Cruz Cabrália (60º), Presidente Tancredo Neves (68º), Dias D’Ávila (71º), Medeiros Neto (78º), Encruzilhada (99º).

A Conclusão do Relatório da pesquisa: **elevado nível de tolerância da violência contra as mulheres**, o que se confirma com outro dado: a cada 56 minutos, uma mulher é agredida em Salvador.

Os números impressionam porque se sabe que tudo passa pela educação, tanto a ministrada na escola como na família, desde a mais tenra idade, para se distinguirem conceitos que deveriam ser bem esclarecidos e aceitos, a exemplo de sexo e gênero, que se repassam, neste trabalho, sem a profundidade necessária, apenas com o intuito de chamar a atenção para o problema. Há que se formar as crianças e os jovens para que possam ver as mulheres como semelhantes, e não como seres inferiores, para que as mulheres não enxerguem as agressões como fatos normais, bem como orientá-las a se proteger.

Na verdade, a violência doméstica ocorre em **TODOS** os grupos sociais, **independentemente de renda, cor, etnia, religião, opção sexual ou idade**. E acontece **em todos os países**, em maior ou menor quantidade

3. Sexo e gênero: a diversidade que faz a diferença

Sexo decorre de fatores biológicos e afirma-se, comumente, dividir-se em dois: masculino e feminino, não se podendo olvidar, todavia, da existência dos intersexos⁶.

Costuma-se asseverar como sexo a anatomia do sistema reprodutivo de um indivíduo e suas características sexuais secundárias, ao passo que o gênero pode se referir a papéis sociais com base no sexo do indivíduo (papel de gênero) ou na identificação pessoal do próprio gênero baseado no que psicologicamente se reconhece. Às vezes, o sexo atribuído a um indivíduo e seu gênero não coincidem e o indivíduo pode ser transgênero ou intersexual.

A condição orgânica que distingue o macho da fêmea e que lhes permite reproduzir-se⁷ constitui uma definição de sexo como categoria biológica, enquanto o gênero pode ser visto como uma distinção sociológica. Não é unanimidade essa diferenciação, havendo até quem não distinga os dois termos, como na França, usando-os alternadamente. A definição em uso pela Organização Mundial de Saúde é que “gênero refere-se aos papéis, comportamentos, atividades e atributos socialmente construídos que uma determinada sociedade considera apropriados para homens e mulheres e que masculino e feminino são categorias de gênero”.

Segundo o dicionarista De Plácido e Silva, a palavra sexo origina-se do latim *sexus*, e em sentido técnico, designa a condição orgânica distintiva do macho e da fêmea. Na terminologia médica, os órgãos genitais, distintivos dos sexos, formado de genital, qualificativo de tudo que concerne à geração ou reprodução⁸.

6 termo utilizado para um grupo de variações genéticas de anatomia sexual ou reprodutiva que não se encaixam perfeitamente nas definições tradicionais de “sexo masculino” ou “sexo feminino”

7 Houaiss. Dicionário da Língua Portuguesa (míni), ed. Objetiva, p. 713.

8 Vocabulário Jurídico, 28 ed. São Paulo: Forense e Gen, 2009, p. 1288.

Interessante constatação é trazida pela jurista norte-americana Francis Olsen (1945), citada por Ana Lúcia Sabadell⁹, ao afirmar que o direito tem “sexo” e este sexo é masculino, no texto “O sexo do direito” (Olsen, 1990). Ela observa que, na civilização ocidental, predomina um sistema dualista de pensamento: o racional se opõe ao irracional, o ativo ao passivo, o abstrato ao concreto. O primeiro desses termos é identificado ao masculino, o segundo, ao feminino. Nesse sistema dual, o feminino será sempre o mais fraco, o menos admirado e o mais submisso.

E até o Direito, o maior instrumento para a construção da paz e que deveria ser sinônimo de Justiça, valoriza o masculino, tanto que, por muito tempo, a mulher não teve direito ao voto, logo elegiam-se homens, que elaboravam leis que permitiam a continuidade da desigualdade. E isso refletia-se no Ordenamento jurídico brasileiro, com legislação civil e penal que, até bem pouco tempo, considerava a mulher incapaz, se ela viesse a casar-se, para que ficasse bem claro quem mandava, e, nas próprias tipificações penais, em que era exigido o requisito moral de ser mulher “honesta”, para que pudesse ser considerada sujeito passivo de crimes, antes classificados contra os costumes e hoje como crimes contra a liberdade e a dignidade sexual.

Gênero como produto da cultura, desde a educação infantil, reforçado pelos meios de comunicação e pela própria sociedade, que cria uma ideia do que seja masculino e feminino, dando mais valor a tudo o que é masculino. O objetivo é a distribuição desigual dos espaços de poder, mormente no espaço público, verificando-se que o homem tenta impor a sua suposta superioridade por meio da violência contra a mulher, delineando-se nitidamente a violência de gênero. Isso foi, ao longo do tempo, reforçado pela mídia, em que revistas femininas “aconselhavam” a ficar bonita para o homem não sair de casa e a aprender os afazeres domésticos para poder arranjar marido, e naturalizou-se a prática de as meninas serem chamadas a “ajudar” as mães nas tarefas domésticas enquanto os meninos continuavam a brincar porque isso não era trabalho de homem. Vê-se, assim, na verdade, que a mudança de paradigma deve iniciar-se em casa, afinal quem educa homens e mulheres são as mulheres.

Em tempos hodiernos, em que homens e mulheres igualam-se na divisão de trabalho, não mais se justifica a ideia de haver trabalhos de homem e trabalhos de mulher, sob pena de uma sobrecarga desmesurada para a última, o que tem levado a resultados estatísticos de que as pessoas mais felizes são os homens casados, em segundo lugar os homens solteiros, em terceiro as mulheres solteiras e por último as casadas. As consequências dessa distinção, de a mulher ficar com os encargos de criar os filhos e cuidar da casa, tem levado muitas mulheres a optar por ficarem solteiras, priorizando as suas carreiras profissionais ou retardando o momento da maternidade.¹⁰

A **diferença entre sexo e gênero** faz-se necessária para que se possa entender o ser humano e a sua complexidade, buscando-se a aplicação efetiva do princípio da igualdade, nos seus sentidos formal e material. Observar a diferença permite que se verifique a real visão da sociedade, geradora de violência, que se “normaliza” diuturnamente, nas relações familiares e domésticas, em que se espera a dicotomia tradicional, homem que manda e mulher que obedece, e aquela que ousar discrepar desse modelo arrisca-se a sofrer as consequências, num determinismo inaceitável: quem mandou nascer mulher?

A Lei Maria da Penha adveio para regulamentar o § 8º do art. 226 da CR, que impõe ao Estado a “assistência à família, na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência, no âmbito de suas relações”, na tentativa de reverter a lógica da hierarquia de poder em nossa sociedade que prioriza o homem. Busca atender ao princípio de ação afirmativa, afirmando, na justificativa, para o encaminhamento do projeto de lei que veio a ser denominada de Lei Maria da Penha, que: “É contra as relações desiguais que se impõem os direitos humanos das mulheres. O respeito à igualdade está a exigir, portanto, uma lei específica que dê proteção e dignidade às mulheres vítimas de violência doméstica. Não haverá democracia efetiva e igualdade real enquanto o problema da violência doméstica não for devidamente considerado. Os direitos à vida, à saúde e à integridade física das mulheres são violados quando um membro da família tira

vantagem de sua força física ou posição de autoridade para infligir maus tratos físicos, sexuais, morais e psicológicos”.

E continua a Exposição de Motivos no item 16: “As desigualdades de gênero entre homens e mulheres advêm de uma construção sócio-cultural que não encontra respaldo nas diferenças biológicas dadas pela natureza. Um sistema de dominação passa a considerar natural uma desigualdade socialmente construída, campo fértil para atos de discriminação e violência que se “naturalizam” e se incorporam ao cotidiano de milhares de mulheres. As relações e o espaço intra-familiares foram historicamente interpretados como restritos e privados, proporcionando a complacência e a impunidade”.

A Lei Maria da Penha define, no seu art. 5º, a violência doméstica e familiar contra a mulher como aquela **baseada no gênero**, ou seja, não será toda violência contra a mulher que terá a incidência da lei Maria da Penha, mas aquela que tenha ocorrido por questão de gênero, qual seja lastreada na ideia da supremacia masculina sobre o feminino e no desprezo à condição feminina. Além disso, deverá ter ocorrido em ambiência doméstica e familiar, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas, bem como as que possuem ou possuíam algum laço de afeto, ainda que não tenha havido coabitação. Pela primeira vez, uma lei faz referência às pessoas homoafetivas, colocando-as no âmbito de proteção da lei (parágrafo único do art. 5º).

Assim, independentemente de que conceitos adotemos para sexo e gênero, ou mesmo se não os distinguirmos¹¹, é importante destacar o quanto é positiva a existência de uma lei de proteção à mulher, como ação afirmativa, para enfrentar séculos de história de cultura patriarcal e de violência, já declarada constitucional pelo STF, ao julgar a **ADCnº19 e ADI nº4.224**, tendo principais questões decididas as de que não há violação do princípio da igualdade no fato de a Lei 11.340/2006 ser voltada apenas à proteção das mulheres (somente a mulher recebe proteção diferenciada, o homem recebe a proteção comum, prevista no CP); os dispositivos da Lei 9.099/95 não são aplicáveis, em qualquer hipótese, no que se refere aos crimes da Lei Maria da Penha.

4. Questões Destacadas:

Nesse estudo, abordar-se-á, destacadamente, algumas questões do dia a dia dos operadores do direito na área de violência doméstica que merecem um olhar mais cuidadoso para firmar-se um posicionamento, com o que será possível a almejada celeridade dos processos.

Visa-se com isso, buscar o entrelaçamento das decisões de juízes de competências diversas, das Varas de Família, das Varas Criminais e das Varas onde tramitam os processos de violência doméstica, a fim de que não sejam gerados mais riscos à mulher. Aconselhável, por isso, a criação de uma Rede de proteção à mulher, a ser formada pelos juízes das diversas áreas, visando à consequente compatibilidade das decisões.

Senão vejamos:

4.1. A competência dos Juizados/Varas de Violência Doméstica e Familiar¹² contra a Mulher: ampla ou restrita?

A “Lei Maria da Penha” estabelece que as causas cíveis e criminais relacionadas à violência doméstica serão dirimidas pelo Juizado ou Vara de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher e, na ausência destes, pelas Varas Criminais (arts. 13 e 33). A nova legislação deixa clara a necessidade de criação de varas especializadas, com competência híbrida, ou seja, julgamento de matérias cível e penal, com o objetivo de permitir a unificação da prestação jurisdicional, tornando o processo mais célere e prevenindo decisões incompatíveis. No entanto, enquanto não estruturados os Juizados ou Varas de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher, a competência para o processamento desses feitos cabe ao juiz criminal, como atribuída pela referida Lei, com a finalidade de afastar os feitos que versassem sobre violência doméstica dos Juizados Especiais Criminais, extirpando a associação aos delitos de menor potencial ofensivo.

¹¹ Um levantamento da literatura feminina francesa realizado por Michele Ferrand (1989) explicita que para muitas francesas, o próprio sexo não se inscreve puramente no terreno biológico, mas sofre uma elaboração social, que não se pode negligenciar sob pena de naturalizar processos de caráter histórico.

¹² Na Bahia, por uma decisão do Tribunal Pleno, à unanimidade, foi alterada a denominação para Vara da Justiça pela paz em casa, sem alterar a competência para julgamento dos processos com incidência da Lei Maria da Penha.

⁹ Manual de Sociologia Jurídica, p.228.

¹⁰ A escolha pela profissão tem sido definida em larga escala no Japão, onde as jovens optam por não casar-se ou casar-se quando já estabelecido na profissão.

Os conflitos de competência, porém, pululam na Sessão Criminal, órgão definido regimentalmente para o julgamento dessa matéria, sendo, na sua maioria, geradores de dúvidas as competências das Varas hoje denominadas da Justiça pela paz em casa, com as Varas da Infância e Juventude, além ainda da dos idosos e das primeiras com a dos Juizados Especiais. Sempre salutar afastar-se a competência dos Juizados Especiais, quando presente questão de violência doméstica, baseada no gênero, a fim de não ser tratado o crime como de pequena monta, como se verifica no julgado abaixo.

Quando se trata de violência contra adolescente, tem tentado esta autora determinar a competência da Vara da Infância e Juventude, por entender que, no caso, a condição de vulnerabilidade em razão da idade sobrepõe-se à questão de gênero, tendo a menoridade sido considerada de maior importância, consoante se observa do disposto no art. 227 da Constituição Federal, retromencionado e art. 4º, parágrafo único, alínea 'a', da Lei nº 8.069/1990 (ECA). Logo, de acordo com os princípios constitucionais da proteção integral da criança e do adolescente e da prioridade absoluta, o conceito de gênero, para tal situação, somente deveria verificar-se quando a pessoa do sexo feminino atingisse a maioridade (18 anos de idade), não se podendo priorizar a questão do gênero, nesses casos, mas, sim, a especial proteção de criança e adolescente, consoante se verifica no julgado abaixo:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. LESÃO CORPORAL PRATICADA POR PADRASTO CONTRA ENTEADA CRIANÇA. LEI MARIA DA PENHA. INAPLICABILIDADE. INCIDÊNCIA RESTRITA À MULHER ADULTA. COMPETÊNCIA DO JUÍZO COMUM CRIMINAL. A incidência irrestrita da Lei 11.340/06 para tutelar, além da mulher adulta, a criança do sexo feminino, importa em proteção superlativa, com ofensa direta aos princípios constitucionais da isonomia e da razoabilidade. A vulnerabilidade e a hipossuficiência de tal categoria, justificativa do tratamento legal especial, diferentemente do que ocorre com a mulher adulta, independe do gênero sexual, não servindo, os arts. 2º e 13º daquele diploma, como fundamento adequado para ilações em sentido contrário. CONFLITO NEGATIVO JULGADO IMPROCEDENTE, COMPETENTE O JUÍZO DA 12ª VARA CRIMINAL DE GOIÂNIA. (TJGO, Rel. Márcio de Castro Molinari, julgado em 01.04.2015).

Nessa mesma linha de intelecção, o Enunciado 22 da Comissão Nacional de Enfrentamento à Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (COPEVID 04/2015) assim dispõe:

“O Ministério Público deve zelar para que, existindo Vara Especializada em Crimes contra Crianças e Adolescentes, quando a vítima for do sexo feminino em contexto de violência doméstica e familiar, a competência para conhecimento e julgamento seja das Varas Especializadas e não dos Juízos de Violência Doméstica, **por se tratar de crime contra a vulnerabilidade da infância e juventude**, reafirmando a competência do Juízo da Infância e Juventude quanto às medidas de proteção previstas no ECA.” (Grifos nossos).

Mas esta autora foi voto vencido, tendo o Tribunal da Bahia firmado o entendimento de que, toda vez que envolver relacionamento afetivo, deverá tramitar o feito na Vara da Justiça pela Paz em Casa.

Eis o julgado:

PROCESSUAL PENAL. CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO. DIVERGÊNCIA ENTRE O JUÍZO DA 2ª VARA DOS FEITOS RELATIVOS AOS CRIMES CONTRA A CRIANÇA E O ADOLESCENTE E O JUÍZO DA 1ª VARA DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER, AMBOS DA COMARCA DE SALVADOR. SUPOSTA PRÁTICA DO CRIME DE LESÃO CORPORAL (ART. 129, §9º, DO CP), PRATICADO PELO EX-COMPANHEIRO. VÍTIMA ADOLESCENTE, À ÉPOCA DOS FATOS. IRRELEVÂNCIA. INCIDÊNCIA DOS ARTIGOS 2º e 5º, DA LEI Nº 11.340/2006. COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITADO. CONFLITO DE COMPETÊNCIA CONHECIDO E JULGADO PROCEDENTE. (...)

II - A agressão, embora tenha sido praticada contra uma adolescente, ocorreu no âmbito de uma relação íntima de afeto, em razão de a ofendida ser pessoa do sexo feminino.

III - A Lei nº 11.340/06 estabeleceu um sujeito passivo próprio para as formas de violência nela previstas: a mulher, podendo ela ser adolescente, adulta, idosa. O requisito é tão-somente pertencer ao sexo feminino, quando a violência possua como motivação a opressão à mulher. Portanto, o que importa, para definição do alcance de proteção da Lei Maria da Penha, é a configuração de ser mulher, por seu gênero e condição de hipossuficiência em relação ao agressor, com o qual mantém ou manteve vínculo de relação doméstica, e que venha a sofrer qualquer espécie de violência por parte deste.

(...)

Conhece-se do Conflito, declarando-se competente a 1ª Vara de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher da Comarca de Salvador.

(Classe: Conflito de Jurisdição, Número do Processo: 0158605-17.2009.8.05.0001, Relator(a): Aracy Lima Borges, Seção Criminal, Publicado em: 28/04/2017)

Outro conflito em que fui vencida cuidava do reconhecimento de relacionamento afetivo como gerador da ameaça perpetrada contra a mulher, mas a divergência entendeu ser questão meramente patrimonial.

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AMEAÇA PROFERIDA CONTRA EX-COMPANHEIRA. MOTE PATRIMONIAL. INEXISTÊNCIA DE HIPOSSUFICIÊNCIA OU VULNERABILIDADE EM RAZÃO DO GÊNERO FEMININO NO CASO VERTELENTE. AFASTAMENTO DA REGULAMENTAÇÃO CONFERIDA PELA LEI MARIA DA PENHA. INEXISTÊNCIA DE SUBJUGAÇÃO DA EX-COMPANHEIRA. DIVERGÊNCIA PATRIMONIAL QUANTO A PARTILHA DE BENS. COMPETÊNCIA DO JUÍZO ESPECIAL CRIMINAL PARA PROCESSAR A IMPUTAÇÃO DO CRIME DE AMEAÇA CONSTANTE NO ART. 147 DO CPB. COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITADO. CONFLITO PROVIDO.

(Classe: Conflito de Jurisdição, Número do Processo: 0546547-67.2016.8.05.0001, Relator(a): Soraya Moradillo Pinto, Seção Criminal, Publicado em: 06/04/2017).

Em relação ao idoso, vê-se esta decisão:

PROCESSUAL PENAL. CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO. SUSCITANTE O JUÍZO DE DIREITO DA 3ª VARA CRIMINAL DA COMARCA DE FEIRA DE SANTANA E SUSCITADO O JUÍZO DA VARA DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER DA MESMA COMARCA. CRIME DE AMEAÇA (ART. 147 DO CP, C/C O ART. 41 DA LEI Nº 11.340/2006) PRATICADO CONTRA A GENITORA. CRIME CONTRA MULHER. PRÁTICA NO ÂMBITO DA UNIDADE DOMÉSTICA E DA FAMÍLIA. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR. CONFIGURAÇÃO. IDADE DA VÍTIMA. IRRELEVÂNCIA. O ARTIGO 2º DA LEI 11.340/06 PREVÊ QUE A MULHER DEVE TER OS SEUS DIREITOS ASSEGURADOS INDEPENDENTEMENTE DE CLASSE, RAÇA, ETNIA, ORIENTAÇÃO SEXUAL, RENDA, CULTURA, NÍVEL EDUCACIONAL, IDADE E RELIGIÃO. CONFLITO A QUE SE CONHECE PARA DECLARAR COMPETENTE O JUÍZO DE DIREITO DA VARA DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER DA COMARCA DE FEIRA DE SANTANA.

(Classe: Conflito de Jurisdição, Número do Processo: 0003648-83.2007.8.05.0080, Relator(a): Nágila Maria Sales Brito, Seção Criminal, Publicado em: 11/10/2013).

Preocupante a existência de inúmeros conflitos de competência, por significar atraso nos julgamentos, o que pode redundar em reconhecimento da prescrição, por tratarem, geralmente, de crime de ameaças, cuja pena máxima é de um a seis meses de detenção ou multa, com prescrição em abstrato após três anos da data do fato.

Quanto à abrangência da matéria a ser julgada nas Varas Especializadas da mulher, os que entendem pela ampla competência desta Vara nas ações de natureza civil, fundamentam o seu

posicionamento na possibilidade de conhecimento, pelo mesmo magistrado, da situação de violência doméstica e familiar contra a mulher, permitindo-lhe bem sopesar as repercussões jurídicas nas diversas ações civis e criminais advindas, direta e indiretamente, desse fato, sendo imprescindível que a causa de pedir da correlata ação consista justamente na prática de violência doméstica ou familiar contra a mulher, não se limitando, por conseguinte, apenas às medidas protetivas de urgência previstas nos arts. 22, incisos II, IV e V; 23, incisos III e IV; e 24, que assumem natureza civil. Providência que, a um só tempo, facilita o acesso à Justiça da mulher, vítima de violência doméstica, ao Poder Judiciário, e confere-lhe real proteção.

Neste sentido, é o atual entendimento da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, perflhado no Acórdão proferido no Resp nº 1475006/MT (REsp 1475006/MT, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/10/2014, DJe,30/10/2014), ao estabelecer que a vara especializada em violência doméstica e familiar contra a mulher é competente para julgar execução de alimentos. A mesma turma, em Acórdão proferido no REsp 1496030/MT (REsp 1496030/MT, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/10/2015, DJe 19/10/2015), decidiu que a vara especializada é competente para analisar e julgar também pedido de divórcio.

Ressalta-se que a discussão é recente e possui divergências, já que não há uma completa aceitação pelos Tribunais de Justiça da tese adotada pelo Superior Tribunal de Justiça. Tanto é que o enunciado 03 do FONAVID (Fórum Nacional de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher) assim dispõe:

“A competência cível dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher é restrita às medidas protetivas de urgência previstas na Lei Maria da Penha, devendo as ações cíveis e as de Direito de Família ser processadas e julgadas pelas varas cíveis e de família, respectivamente.”

Na Bahia, foi regulamentada a matéria por meio da Resolução nº 47, de 13 de junho de 2012, do Tribunal Pleno, *in verbis*:

Art. 1º A Vara de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher tem competência para o processo, o julgamento e a execução das causas cíveis e criminais decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, conforme conceitos definidos nos arts. 5º e 7º, da Lei nº 11.340/2006.

Art. 2º Na área criminal, a competência da Vara abrange o processo, o julgamento e a execução das ações penais que configurem crime decorrente da prática de violência física, psicológica, sexual, patrimonial e moral contra a mulher, independentemente de sua iniciativa (ação pública, pública condicionada e privada).

Parágrafo único. Nos crimes dolosos contra a vida praticados contra a mulher, compete às Varas Sumariantes do Júri processar as ações de competência do Tribunal do Júri e seus incidentes, ainda que anteriores à propositura da ação penal, até a pronúncia, inclusive.

Art. 3º Na área cível, a competência da Vara de Violência Doméstica abrange apenas o processo e a execução de Medidas Protetivas de Urgência, definidas nos arts. 22 a 24 da Lei Federal nº 11.340/06 (Lei Maria da Penha).

§ 1º As Medidas Protetivas de Urgência constituem procedimentos acautelatórios de urgência, que não se confundem com ações judiciais cautelares nominadas ou inominadas, e independem do pagamento de custas e de qualquer outra formalidade processual.

§ 2º As Medidas Protetivas de Urgência deverão ser propostas pelo Ministério Público ou pela Ofendida, mediante requerimento, independentemente da intervenção de Advogado ou Defensor, ou do ajuizamento de qualquer ação cível ou penal.

§ 3º As ações judiciais cíveis e de família, fundadas em violência doméstica e familiar contra a Mulher, tramitam na Justiça Comum, sem prejuízo da competência da Vara de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher para processar e executar as Medidas Protetivas de Urgência de que trata o caput deste artigo e para a celebração de acordos sobre direitos disponíveis, na forma do art. 5º, deste Provimento.

Com efeito, ainda que o atual entendimento do Superior Tribunal de Justiça seja pela competência ampliada dos juizados/varas especializados em violência doméstica contra a mulher, é preciso tomar cuidado ao se trazer toda e qualquer demanda cível para tais varas, sob o risco de se encontrarem maiores entraves, em vez de se obter julgamento mais célere e integral em razão da reunião das matérias. Ainda mais tendo em vista que eventual recurso interposto será analisado por câmara criminal do Tribunal de Justiça que poderá entender pela incompetência do juizado especializado para julgar determinada matéria cível.

Por outro ângulo, na Bahia, conta-se com apenas sete varas especializadas no Estado, três na capital e quatro no interior (Feira de Santana, Camaçari, Juazeiro e Vitória da Conquista). E isso se repete nos demais Estados, à exceção do Distrito Federal, onde existem dezenove Varas Especializadas. Em todo o Brasil, contamos com apenas 115 Varas Especializadas.¹³

Reconhece-se como sentimento comum que os juízes atuantes nessas Varas, bem como os Coordenadores Estaduais, têm dado um tratamento especial às causas que ali tramitam, numa dedicação merecedora de encômios, mas o excesso de trabalho tem trazido muita preocupação. Apenas exemplificando, na comarca de Salvador, as 3 Varas Especializadas recebem mais processos que todas as Varas Criminais juntas (23), situação que pode inviabilizar o bom andamento dessas Varas.

O art. 14 da Lei n. 11.340/2006 atribui à Vara Especializada, em que tramitam os feitos da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, competência cumulativa (criminal e civil) para o julgamento e execução das causas advindas do constrangimento físico ou moral, psicológico, sexual e patrimonial suportado pela mulher no âmbito doméstico e familiar. Embora haja posicionamento no sentido de que a extensão da competência preconizada pela Lei n. 11.340/2006 à Vara Especializada tem por objetivo permitir ao mesmo magistrado não só o conhecimento da situação de violência doméstica e familiar contra a mulher como também ponderar as repercussões jurídicas nas diversas ações civis e criminais decorrentes, direta ou indiretamente, desse fato, entende esta autora que, para que seja estabelecida a competência da Vara Especializada nas ações de natureza civil (notadamente, as relacionadas ao Direito de Família), é essencial que a ação correspondente seja decorrente da prática de violência doméstica ou familiar contra a mulher e seja limitada apenas às medidas protetivas de urgência previstas nos arts. 22, incisos II, IV e V; 23, incisos III e IV; e 24, que assumem natureza civil.

Por oportuno, outra questão enfrentada no cotidiano dos julgamentos diz respeito à alteração do artigo 386, inciso IV do Código de Processo Penal pela Lei nº 11.719/2008, que trouxe a possibilidade de o Juiz, na sentença, fixar valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido. Em virtude desta previsão e da competência cível e criminal dos juizados especializados em violência doméstica e familiar contra a mulher, verifica-se o advento de inúmeras sentenças proferidas pelas varas especializadas, que estabelecem não apenas condenação penal ao agressor mas também o pagamento de indenizações por danos morais e materiais à vítima.

A princípio, numa interpretação literal do dispositivo legal, poder-se-ia entender que a condenação pecuniária seria determinada de forma automática, uma consequência da condenação. O STJ, no entanto, pacificou o entendimento no sentido de que, para ser dado provimento ao pleito indenizatório, não basta o pedido de forma genérica, sendo imprescindível a indicação do quantum, a demonstração dos fundamentos para sua apuração e que o pleito tenha relação com a violência doméstica e familiar sofrida, sob pena de o pedido não ser deferido. Senão vejamos:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. AMEAÇA E VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. OFENSA AO ART. 387, IV, DO CPP. REPARAÇÃO CIVIL. PEDIDO EXPRESSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. CABIMENTO. ACÓRDÃO RECORRIDO DE ACORDO COM O ENTENDIMENTO DOMINANTE DO STJ. SÚMULA 568/STJ. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

13 Segundo dados do CNJ

1. “A jurisprudência desta Corte perfilha no sentido de que, havendo pedido expresso e oportunizada a defesa pelo réu, o juiz deve fixar um valor mínimo para reparação dos danos morais ou materiais causados à vítima, nos termos do art. 387, inciso IV, do Código de Processo penal” (AgRg no AREsp 1027718/MS, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 27/04/2017, DJe 12/05/2017). Súmula 568/STJ.
2. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no REsp 1669716/MS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 08/08/2017, DJe 15/08/2017)

Este também é o entendimento da 3ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal:

“PENAL E PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. AMEAÇA. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. JUÍZO CRIMINAL. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO DESPROVIDO. 1. Inviável a condenação do réu à indenização a título de danos morais se não houve demonstração nos autos da apuração do seu quantum, devendo, por conseguinte, ser postulado no Juízo competente. 2. Apelação conhecida e desprovida.” (APELAÇÃO 20151310009609APR (0000940-20.2015.8.07.0017, Relator: Desembargador JOÃO BATISTA TEIXEIRA, 3ª TURMA CRIMINAL, julgado em 23/02/2017).

Pelo exposto, verifica-se que a Lei Maria da Penha buscou conferir aos Juizados ou Varas Especializadas poderes para analisar os fatos sob diferentes esferas, objetivando, assim, resguardar a vítima e possibilitar a ela tratamento integral e célere. Por sua vez, com relação à possibilidade de as varas especializadas julgarem todos os pedidos cíveis que possuem relação com a violência doméstica sofrida, em que pese o atual entendimento do Superior Tribunal de Justiça, tal posicionamento poderá redundar em prejuízo do acesso à Justiça da mulher em situação de violência doméstica, haja vista o pequeno número de Varas Especializadas existentes no Brasil, que, asseveradas, não conseguiriam julgar o fato criminoso com incidência da Lei Maria da Penha, para o qual foram criadas. Ademais, conclui-se que a propositura de pedidos indenizatórios no âmbito dos juizados e varas especializados em violência doméstica e familiar contra a mulher é uma realidade atual, porém, para que seja dado provimento, não basta mero pedido genérico, mas que o pedido seja devidamente fundamentado, inclusive com a indicação de provas, possibilitando o necessário contraditório.

4.2. Medidas protetivas de urgência: quem pode conhecer?

Medidas protetivas de urgência talvez sejam o mais importante instrumento de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher por coibirem a atuação do agressor, que terá de cumpri-las, sob pena de, com sua violação, ser-lhe decretada a prisão. Instituídas pela Lei Maria da Penha, têm sido uma opção para se buscarem alternativas à prisão, com efeitos verdadeiramente pedagógicos. São elas de duas espécies, num rol não taxativo apresentado pela Lei Maria da Penha: 1- as que obrigam o agressor (art. 22) e 2- medidas protetivas à ofendida (art. 23).

As medidas protetivas de urgência, diz a lei, poderão ser requeridas pelo Ministério Público e pela Ofendida. No nosso Estado, as estatísticas demonstram que tais medidas são requeridas em maior número pela Defensoria Pública. A autoridade judiciária terá um prazo de 48 h para a sua concessão, a partir do recebimento do pedido. Poderão tais medidas ser concedidas inaudita altera parte e independentemente da manifestação do MP, devendo este ser comunicado prontamente.

A autoridade judiciária poderá conceder tantas medidas quantas forem necessárias para garantir a proteção da vítima e de seus dependentes, sendo possível ainda serem substituídas ou revistas, a qualquer tempo, por outra de igual eficácia, ou ainda podendo ser acrescentadas àquelas já concedidas anteriormente, de forma a complementar a proteção.

Essa competência deve ser a mais ampla possível, abarcando todos os Juízes que, no exercício de sua Jurisdição, tomem conhecimento da existência de uma situação de risco para a mulher, devendo eles conceder a medida protetiva que se fizer necessária, como acertadamente o fez a Juíza Titular da 1ª Vara do Júri da Comarca de Salvador, Dra Gelzi Maria Almeida Souza.

Senão vejamos:

(...) “Observando o art. 22 da 11.340/2006, percebe-se que algumas medidas protetivas de urgência e as medidas cautelares do CPP, no momento, à vista dos elementos constantes dos autos, mostram-se capazes de garantir a ordem pública e a conveniência da instrução criminal. Isto posto, SUBSTITUO A PRISÃO PREVENTIVA IMPOSTA A WESLEY SOUSA DE JESUS, nascido em 21/06/1993, filho de Geraldo de Jesus e Maria Elizia de Souza, RG: 12755464-55, PELAS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA previstas nos inciso III, alíneas “a”, “b” e “c” do art. 22 da lei 11.340/2006 e PELAS MEDIDAS CAUTELARES previstas nos artigos 319, I e IV do CPP, concedendo-lhe a Liberdade Provisória:

- 1) Manutenção de uma distância mínima de 200 m (duzentos metros) da ofendida, familiares e testemunhas, relativamente a qualquer local em que estes estiverem ou em qualquer circunstância, bem como e principalmente da residência destes;
 - 2) Proibição de contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação;
 - 3) Proibição de frequentar o local de trabalho e a residência da ofendida, a fim de preservar a integridade física e psicológica desta.
 - 4) Comparecimento bimestral em Juízo para informar e justificar suas atividades;
 - 5) Fica proibido de ausentar-se da Comarca de Salvador por mais de 15 (quinze) dias, sem autorização deste Juízo;
- Fica ciente o liberado que, nos termos do art. 316 do CPP, que a prisão preventiva poderá ser novamente decretada se sobrevierem razões que a justifiquem (...).

É sabido que, no ordenamento jurídico atual, a concessão de medidas protetivas é exclusividade do magistrado. Assim, quando a vítima procura a Delegacia de Polícia, externando a necessidade da aplicação de alguma medida para sua proteção, a Autoridade Policial deve encaminhar o pedido em 48 horas (art. 12, III), e o juiz deve decidir no mesmo prazo (art. 18, I, da Lei Maria da Penha).

Surgiu, no entanto, no ano de 2016, o PLC 07/2016, que, no seu art. 12-B, permitiria que, verificada a existência de risco atual ou iminente à vida ou à integridade física e psicológica da vítima ou à de seus dependentes, a autoridade policial aplicasse, provisoriamente, até deliberação judicial, certas medidas protetivas de urgência, intimando, desde logo, o agressor.

As providências seriam as de proibir o agressor de se aproximar da ofendida, de manter contato com ela ou de frequentar determinados lugares; de encaminhar a ofendida e seus dependentes a programa de proteção ou de atendimento; ou de ainda determinar a recondução da ofendida e de seus dependentes ao respectivo domicílio, após afastamento do agressor.

A Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) e os membros do Fórum Nacional de Juízes da Violência Doméstica (FONAVID) defendem que há ofensa ao princípio da triplicação dos Poderes, tendo em vista que a autoridade policial está condicionada à estrutura do Executivo, além de entenderem ser esta uma função jurisdicional. Do mesmo modo, a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP) manifestou-se contrariamente ao projeto, por meio da Norma Técnica n. 5/2016, em que defende a inconstitucionalidade da restrição de direitos fundamentais pela esfera policial, e não mais judicial.

O projeto de lei é uma das primeiras tentativas de alteração da Lei Maria da Penha, desde sua criação, que completou onze anos recentemente. O processo legislativo ainda está em tramitação. Passou pela aprovação da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ) do Senado Federal, em 29/06/2016, encontrando-se, atualmente, na Secretaria Legislativa do Senado Federal (27/08/17).

Na tentativa de agilizar o processamento das medidas protetivas, existe um projeto, em exame na Comissão de Reforma do TJ/BA, com o fito de criação de um Núcleo de Medidas Protetivas à Mulher Vítima de Violência Doméstica e Familiar – NMPM ou NUMP, com o objetivo de agilizar o deferimento dos requerimentos, das 8 às 18 h, ininterruptamente, de segunda

à sexta, de forma digital, ficando como responsáveis os juízes das Especializadas, que revezariam os plantões. Sendo os pedidos ajuizados em outros horários, a competência será do plantão judiciário de 1º grau, a ser formulado e decidido eletronicamente, com imediata cientificação da vítima da decisão proferida.

Outro projeto de lei apresentado no ano de 2015 tipifica como crime específico o descumprimento de medidas protetivas da Lei nº 11.340/06 – Lei Maria da Penha. Tal necessidade adveio após o entendimento do STJ no sentido de não configurar crime de desobediência o descumprimento das referidas medidas, consoante se verifica nas seguintes decisões transcritas:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIME DE DESOBEDIÊNCIA. DESCUMPRIMENTO DE MEDIDA PROTETIVA DE URGÊNCIA PREVISTA NA LEI MARIA DA PENHA. AFASTAMENTO DA CONFIGURAÇÃO DO DELITO. EXISTÊNCIA DE SANÇÕES ESPECÍFICAS DE NATUREZA PENAL, ADMINISTRATIVA OU CIVIL. PRECEDENTES. RECURSO PROVIDO.

1. A jurisprudência desta Corte firmou entendimento de que para a configuração do “crime de desobediência, não basta apenas o não cumprimento de uma ordem judicial, sendo indispensável que inexistia a previsão de sanção específica em caso de seu descumprimento” (HC nº 115504/SP, Rel. Min. Jane Silva (Desembargadora Convocada), 6.ª Turma, Dje 09/02/2009).

2. Resta evidenciada a atipicidade da conduta, porque a legislação previu alternativas para que ocorra o efetivo cumprimento das medidas protetivas de urgência, previstas na Lei Maria da Penha, prevendo sanções de natureza civil, processual civil, administrativa e processual penal.

3. Recurso provido para, reconhecida a atipicidade da conduta, trancar a ação penal. (RHC 41.970/MG, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 07/08/2014, DJe 22/08/2014).

PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO ESPECIAL. CRIME DE DESOBEDIÊNCIA. DESCUMPRIMENTO DE MEDIDA PROTETIVA DE URGÊNCIA PREVISTA NA LEI MARIA DA PENHA. COMINAÇÃO DE PENA PECUNIÁRIA OU POSSIBILIDADE DE DECRETAÇÃO DE PRISÃO PREVENTIVA. INEXISTÊNCIA DE CRIME.

1. A previsão em lei de penalidade administrativa ou civil para a hipótese de desobediência a ordem legal afasta o crime previsto no art. 330 do Código Penal, salvo a ressalva expressa de cumulação (doutrina e jurisprudência).

2. Tendo sido cominada, com fulcro no art. 22, § 4º, da Lei n.

11.340/2006, sanção pecuniária para o caso de inexecução de medida protetiva de urgência, o descumprimento não enseja a prática do crime de desobediência.

3. Há exclusão do crime do art. 330 do Código Penal também em caso de previsão em lei de sanção de natureza processual penal (doutrina e jurisprudência). Dessa forma, se o caso admitir a decretação da prisão preventiva com base no art. 313, III, do Código de Processo Penal, não há falar na prática do referido crime.

4. Recurso especial provido.

(REsp 1374653/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 11/03/2014, DJe 02/04/2014).

Sobre essa matéria, os diversos Estados têm agido diferentemente, ainda havendo oferecimento de denúncia, seu recebimento e condenação pelo Judiciário, por crime de desobediência, quando há o descumprimento das medidas protetivas de urgência.

4.3. Alimentos provisórios e provisionais: quem pode conceder e quem pode executar?

Outra medida protetiva que deve ser sempre efetivada pelo Juiz versa sobre a necessidade do deferimento de alimentos provisionais ou provisórios, pois esta diz respeito à própria sobrevivência da mulher e de seus filhos

A “Lei Maria da Penha” (Lei 11.340/06) estabelece, em seu artigo 22, inciso V, como uma das medidas protetivas, o direito da mulher em situações de violência doméstica aos alimentos provisionais ou provisórios, a fim de suprir as suas necessidades. Esclareça-se que os alimentos provisórios são aqueles fixados, de plano, pelo Magistrado, ao receber a petição inicial, na ação disciplinada pela Lei de Alimentos; já os alimentos provisionais, estão previstos como medida cautelar no Código de Processo Civil.

Nesse tópico, traz-se a lume a discussão sobre a competência para fixá-los e para executá-los.

No que tange à imposição da prestação de alimentos provisionais ou provisórios, o *caput* do artigo 22 da Lei 11.340/2006 é claro ao mencionar que tal medida protetiva será aplicada privativamente pelo Juiz, incumbindo à Autoridade Policial que registrou a ocorrência requerer a medida, remetendo a solicitação ao Magistrado, em expediente apartado, no prazo de 48 horas. O Magistrado, por sua vez, tem o prazo improrrogável de 48 horas para decidir nos termos do artigo 18, Inciso I, da Lei 11.340/2006.

Repita-se sobre essa questão, ser competente, para conceder a medida, **qualquer Magistrado** que se depare com questões envolvendo a violência doméstica e familiar, não só aquele atuante nas Varas Especializadas da Justiça pela Paz em Casa/Juizados de Violência Doméstica.

Destaque-se que se trata de medida de grande relevância na proteção da vítima de violência, uma vez que, concedidos os alimentos, a mulher, sem condições de sustentar-se, não se sentirá obrigada a retornar ao convívio do agressor, razão por que a medida só não será deferida de plano, se não demonstrados o ilícito, o parentesco ou a obrigação alimentar do devedor (artigo 2º).

Outro ponto em discussão nos Tribunais diz respeito à competência para executar o inadimplemento da prestação de alimentos provisionais ou provisórios, fixada pelas Varas Especializadas.

Apesar dos debates em torno do tema, com as alegações de ser a prestação de alimentos matéria cível e, portanto, o seu inadimplemento deveria ser executado no Juízo Cível, a melhor solução parece-nos ser aquela que reconhece a competência das Varas Especializadas nas quais tramitam os processos de violência doméstica, uma vez que o art. 14 da própria lei afirma que tais unidades judiciárias possuem competência híbrida, ou seja, cível e criminal, *in verbis*:

Art. 14. Os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, órgãos da Justiça Ordinária com competência cível e criminal, poderão ser criados pela União, no Distrito Federal e nos Territórios, e pelos Estados, para o processo, o julgamento e a execução das causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher.

Também a Resolução nº 47/2012 do TJ/BA assim o determina.

Ademais, a transferência da execução da referida medida protetiva para uma Vara de Família vai de encontro à *mens legis*, que prevê mecanismos céleres protetivos, preventivos e assistenciais à mulher e, em razão de tais finalidades, justifica-se ser a própria Vara Especializada a competente para julgar também as querelas cíveis decorrentes de tal violência.

Nesse contexto, ninguém melhor que o Magistrado da Vara Especializada para aferir a extensão da agressão sofrida e fixar as medidas protetivas, entre elas os próprios alimentos, que possuem nítido caráter emergencial. Negar tal direito à celeridade, postergando o recebimento de alimentos com alteração da competência para outra vara, quando a Especializada já os fixou com urgência, seria criar um entrave à efetividade da Lei Maria da Penha, um retrocesso inaceitável perante os Direitos de Terceira Geração.

Sobre o tema, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça assim tem decidido:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. LEI MARIA DA PENHA. MEDIDA PROTETIVA DE URGÊNCIA EM TRÂMITE JUNTO À VARA ESPECIALIZADA DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. ART. 14, DA LEI Nº 11.340/2006. COMPETÊNCIA HÍBRIDA. POSSIBILIDADE DE JULGAMENTO PELO JVD-FM. ACÓRDÃO ESTADUAL MANTIDO. RECURSO IMPROVIDO.

1. Os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, órgãos da justiça ordinária têm competência cumulativa para o julgamento e a execução das causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do art. 14, da Lei nº 11.340/2006.

2. Negar o julgamento pela Vara especializada, postergando o recebimento dos provisionais arbitrados como urgentes, seria não somente afastar o espírito protetivo da lei, mas também submeter

a mulher a nova agressão, ainda que de índole diversa, com o prolongamento de seu sofrimento ao menos no plano psicológico.

3. Recurso especial não provido.

(REsp 1475006/MT, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/10/2014, DJe 30/10/2014).

Também a doutrina, com destaque para Maria Berenice Dias¹⁴, entende nesse sentido:

Onde há JVDFM, deferida ou não a medida protetiva, o procedimento lá permanece. Havendo inadimplemento, a execução fica a cargo do juiz. Este tem competência não só para o processo e julgamento, mas também para execução das medidas protetivas. Além das ações criminais, também as ações cíveis intentadas pela vítima ou pelo Ministério Público, que tenham por fundamento a ocorrência de violência doméstica, são distribuídas ao JVDFM, onde tramita o processo. Lá ocorre o julgamento e procede-se à execução das demandas. (...) Cabe figurar hipótese a partir dos alimentos. Autoriza a lei que o juiz constatando a prática de violência doméstica, imponha ao agressor, como medida protetiva, o pagamento de alimentos provisionais ou provisórios (art. 22, V). Os alimentos provisionais estão regulados no estatuto processual como procedimento cautelar (CPC, arts. 852 a 854), enquanto os alimentos provisórios são conhecidos a título de antecipação de tutela, em sede de ação de alimentos (Lei nº 5.478/68, art. 4º). Deferida qualquer das modalidades de alimentos, em caso de inadimplemento, caberá aos JVDFMs a demanda de cobrança.

Imagina-se o abarrotamento das Sessões Cíveis de Direito Privado com essas questões e o estranhamento de julgarem matéria originária da área criminal.

4.4. Justiça Restaurativa¹⁵: Um bem ou um mal para o combate à violência doméstica?

Alguns operadores do direito relutam em aplicar a Justiça Restaurativa, mormente no âmbito da violência doméstica e familiar contra a mulher, sob o argumento de que traria impunidade para aqueles que cometeram o crime. Relatam que seria um desvio ao devido processo legal e às garantias constitucionais, além de acarretar uma afronta ao Direito Penal codificado.

A Justiça Restaurativa não tem esse propósito.

Segundo a Resolução 225/2016 do CNJ, trata-se de um conjunto ordenado e sistêmico de princípios, métodos, técnicas e atividades próprias que visa à conscientização dos envolvidos sobre os fatores relacionais, institucionais e sociais que motivaram o conflito e a violência.

Em outras palavras, seria um procedimento baseado no consenso, em que a vítima e o infrator (e, muitas vezes, a família e a comunidade) participam ativamente da construção de soluções para o caso, buscando reparar o dano causado pela prática da infração, seja ele material ou moral.

O Conselho Econômico e Social das Nações Unidas, em 2002, adotou a Resolução nº 2002/12, recomendando aos Estados-membros a implementação da justiça restaurativa.

Tramita no Brasil, na Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei (PL 7006/2006) propondo alterações no Código Penal, Código de Processo Penal e Lei dos Juizados Especiais, para se permitir o uso de práticas restaurativas em casos de crimes e contravenções penais.

Como principais práticas restaurativas em geral, citam os autores que se debruçam sobre a matéria a mediação, as reuniões abertas à família e à comunidade e os círculos decisórios.

Na mediação, um terceiro, sem emitir nenhuma opinião, fica responsável por conduzir os envolvidos a um diálogo sobre o problema e sobre as consequências dele, fazendo com que cheguem a um acordo restaurativo capaz de sanar os danos causados às partes. Observa-se, assim, que o resultado é alcançado por meio do diálogo entre o agressor e a vítima, sendo o mediador, ape-

14 DIAS, Maria Berenice. A Lei Maria da Penha na Justiça: a efetividade da Lei nº 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. RT, SP, 2012, pág. 140.

15 Foi determinado pelo CNJ, por meio da sua presidente, a Ministra Cármen Lúcia, que a VIII Semana da Justiça pela Paz em Casa tivesse esse mote.

nas, um facilitador¹⁶. Esse instrumento não é bem aceito quando se cuida de violência doméstica.

Já nas reuniões coletivas e nos círculos decisórios ocorre uma mediação em que o diálogo supramencionado não ocorre no âmbito individual, mas de forma coletiva e perante a comunidade.

Nesse contexto, depreende-se que a Justiça Restaurativa visa ao reconhecimento da conduta por parte do agressor, bem como sua responsabilização, o que será feito por meio do diálogo.

A Juíza Jurema Carolina Gomes, da Comissão de Justiça Restaurativa do Tribunal de Justiça do Paraná, ao falar sobre a Justiça Restaurativa, menciona: “Mais do que ter violado uma lei, queremos que essa pessoa entenda que causou um dano a alguém e que esse dano precisa ser reparado, ainda que simbolicamente”.

Ressalte-se, todavia, que tal intuito não consiste em uma substituição da prestação jurisdicional, muito menos em uma ideia de impunidade.

Quando o facilitador age no diálogo entre os envolvidos, ele não estabelece redução ou extinção da pena. Busca-se, em verdade, uma reparação do dano e uma prevenção para a perpetração de futuros crimes, sem prejuízo do processo e do julgamento do delito.

No que concerne ao agressor, o objetivo é que seja conscientizado da gravidade de sua conduta e que tenha responsabilidade pelos danos e consequências da violência. Ele interagirá com a vítima e com a comunidade e, por meio do diálogo, terá a oportunidade de sensibilizar-se com o trauma vivido pela ofendida e de ser informado das consequências do fato.

Assim, participará ativamente do processo restaurativo, havendo uma conscientização do agressor, que passará a entender o que consiste a violência doméstica e familiar contra a mulher e os problemas que isso pode gerar para a família e para a comunidade.

Já a vítima, participará de programas de assistência psicológica, recebendo orientação e reparação pelos danos sofridos.

Em contrapartida, se deixarmos de lado a Justiça Restaurativa e aplicarmos, unicamente, o Direito Penal com seu propósito punitivo, a ofendida ocupará um lugar periférico e alheio ao processo, sem saber o que se passa, podendo gerar a sensação de frustração com o Sistema de Justiça.

De igual forma, se o infrator não dialoga e não é efetivamente responsabilizado, sendo punido pelo fato, mas sem ser conscientizado de sua conduta delituosa, isso acarretará, então, uma hipotética resolução para aquela agressão que se discute no processo, mas não trará ao agressor a consciência do significado do seu ato violento.

Como preleciona Renato Sócrates Gomes Pinto, no seu artigo “Justiça Restaurativa é possível no Brasil?”, o conceito de Justiça Restaurativa ainda é algo inconcluso, que só pode ser captado em seu movimento ainda emergente. Para compreendê-la é preciso usar outras lentes – aliás, denomina-se Changing Lenses: A New Focus for Crime and Justice a obra de Howard Zehr (1990), uma das mais consagradas referências bibliográficas sobre a Justiça Restaurativa. Segundo Zehr, o crime é uma violação nas relações entre o infrator, a vítima e a comunidade, cumprindo, por isso, à Justiça identificar as necessidades e obrigações oriundas dessa violação e do trauma causado, que deve ser restaurado. Incumbe, assim, à Justiça propiciar e encorajar as pessoas envolvidas a dialogar e chegar a um acordo, como sujeitos centrais do processo, sendo ela, a Justiça, avaliada segundo sua capacidade de fazer com que as responsabilidades pelo cometimento do delito sejam assumidas, as necessidades oriundas da ofensa sejam satisfatoriamente atendidas e a cura, ou seja, um resultado individual e socialmente terapêutico, seja alcançada¹⁷.

A Justiça Restaurativa é, portanto, uma forma de coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, sendo uma tentativa de educar e ressocializar o agressor e, ao mesmo tempo, de fortalecer a mulher, mostrando-lhe que tem o poder de resolver o problema e de participar ativamente do processo.

Evita-se, dessa forma, que a ofendida ou outras mulheres no futuro sejam alvo daquele que já se inseriu no conceito de agressor na Lei 11.340/2006.

16 Esse facilitador obrigatoriamente deverá passar por capacitação para atuar como tal.

17 Justiça Restaurativa. Obra coletiva, p. 21

A título de ilustração dos benefícios da Justiça Restaurativa, a já citada Juíza Jurema Carolina, responsável por aplicar o procedimento no Paraná desde 2015, é enfática ao afirmar: “*Vi mulheres chegarem aqui amarguradas, com muita raiva ou deprimidas e, após as sessões, mudarem: tornarem-se mais confiantes e os homens, mais conscientes*”.

Não se busca reconciliar o agressor e a vítima, muito menos restabelecer aquela família que existia, mas conscientizar o ofensor do problema e retirar a ofendida daquela situação de medo e de raiva.

Dessarte, o que se observa é que a Justiça Restaurativa não corresponde a um método de substituição da prestação jurisdicional, mas de técnicas restaurativas em que os círculos de vítima fazem com que afluam emoções e colaboram para levar a vítima a ter autoestima, segurança e controle da situação, e o agressor a ter responsabilidade e transformar o seu modo de agir doravante.

Frise-se, por fim, para que fique bem claro: participar da Justiça Restaurativa é ato voluntário, dependendo da anuência da mulher em situação de violência doméstica, e o processo deverá, *a latere*, tramitar até final sentença. Recursos, se houver, culminando com o trânsito em julgado.

Preocupa a todos que atuam nos processos com incidência da Lei Maria da Penha, equipes multidisciplinares e associações e movimentos de mulheres, a correta aplicação da Justiça Restaurativa, para que não sejam as mulheres em situação de violência doméstica revitimizadas em razão de encaminhamento das ações restaurativas com um viés machista. Muito cuidado há de ter-se, com capacitação constante dos facilitadores, servidores ou não do Judiciário que são todos convidados a participar desse processo inovador, que intenta ser mais um instrumento de luta, a longo prazo, para uma mudança de concepção de Justiça, em que vítima e sociedade colaborem para a solução definitiva do problema. Talvez não seja um exagero falar-se num modelo especial de Justiça Restaurativa para a Violência Doméstica, o que só o tempo dirá, mas, sem dúvida, não devemos temer o novo, mas vigiá-lo e aperfeiçoá-lo, para que, conseguindo o Direito mudar a sociedade, convivam em paz as próximas gerações.

5. Considerações finais:

Como referido de início, trazem-se à baila diversos problemas do cotidiano das Varas Especializadas em Violência Doméstica e Familiar, observando-se, com o olhar de quem atua na resolução dessas causas, as seguintes considerações:

As Varas Especializadas em Violência Doméstica e Familiar têm competência híbrida para o julgamento das matérias penais e cíveis, na forma preconizada na Lei Maria da Penha, sempre observando-se terem sido os atos delituosos baseados em questão de gênero.

Por perpassarem pela educação as noções de sexo e gênero, forçoso reconhecer que a visão machista/sexista, que coloca o feminino em situação inferior ao masculino, tem gerado inúmeros casos de violência contra a mulher, transformando-se em questão de saúde pública, de segurança pública e claramente violadoras dos direitos humanos das mulheres, merecedora de julgamento célere de todas as questões.

1. A realidade do Judiciário brasileiro, todavia, revela um número insuficiente de Varas Especializadas que não atende à necessidade da demanda que tem enfrentado o Brasil – do crescente número de processos de violência doméstica e familiar contra a mulher – razão por que se entende deva ser limitada a competência das referidas Varas, no âmbito cível, ao deferimento das medidas protetivas de urgência e suas respectivas execuções;

2. As ações de alimentos e sua execução, quando deferidas pelo Juiz das Varas Especializadas em Violência Doméstica, devem por este ser julgadas, com o que se dará maior agilidade ao acesso à justiça das mulheres em situação de violência;

3. A Justiça Restaurativa, determinada a sua aplicação pelo CNJ como um dos instrumentos no combate à violência contra a mulher, reveste-se de natureza voluntária e complementar à solução da lide, sem se olvidar do trâmite célere ao processo até o seu final julgamento, já que não deve ter caráter substitutivo à Justiça Retributiva.

REFERÊNCIAS

Obras impressas

BRASIL. Secretaria de Políticas para as Mulheres. **Pacto Nacional pelo Enfrentamento à Violência contra a Mulher**. Presidência da República, Brasília, 2011.

BEAUVOIR, Simone de. **O Segundo Sexo**. Tradução Sérgio Milliet. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2009.

BORGES, Ângela; CASTRO, Mary Garcia (orgs). **Família, gênero e gerações: desafios para as políticas sociais**. São Paulo: Paulinas, 2007.

CAMPOS, Carmen Hein de (org). **Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. **Violência Psicológica**. 2016. In: BARBOSA, Theresa Carina de Figueiredo Gaudêncio (Org). **A mulher e a justiça – A violência doméstica sob a ótica dos direitos humanos**. Brasília: Amagis DF, 2016.

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça – A efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher**. 3 ed. São Paulo: RT, 2013.

ELUF, Luiza Nagib. **A paixão no banco dos réus**, 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FERNANDES, Valéria Diez Scarance. **Lei Maria da Penha**. O processo penal no caminho da efetividade. São Paulo: Atlas, 2015.

GERHARD, Nádia. Patrulha Maria da Penha. O impacto da ação da polícia militar no enfrentamento da violência doméstica. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2014.

GROSSI, Miriam Pillar. **Identidade de gênero e sexualidade**. Estudos de Gênero: Cadernos de área n. 9. Goiânia: Editora da UCG, 2000.

HIRIGOYEN, Marie-France. A violência no casal: da coação psicológica à agressão física. Rio de Janeiro: Betand, 2006. In: ALMEIDA, Treice. Violência Psicológica praticada contra a mulher: possibilidade de configurar lesão corporal. Artigo apresentado como requisito para graduação no curso de Direito da Universidade Católica do Salvador, sob a orientação da Prof. Doutora Nágila Maria Sals Brito, no ano de 2015.

MADEIRA, Felícia Reicher (org). **Quem mandou nascer mulher? Estudos sobre crianças e adolescentes pobres no Brasil**. Rio de Janeiro: Record/Rosa dos Tempos, 1997.

MONTENEGRO, Marília. **Lei Maria da Penha: uma análise criminológico-crítica**. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 2 ed. São Paulo: RT, 2007.

SABADELL, Ana Lúcia. **Manual de Sociologia Jurídica**. 7 ed. São Paulo: RT, 2017.

RIOS, Roger Raupp. **A homossexualidade no Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

VENTURI, Gustavo; GODINHO, Tatau (orgs). **Mulheres Brasileiras e gênero nos espaços público e privado**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, Edições SESC/SP, 2013.

Vocabulário Jurídico, 28 ed. São Paulo: Forense e Gen, 2009, p. 1288.

Dados Estatísticos e Doutrinários constantes de Documentos Eletrônicos

BRASIL. Defensoria Pública do Estado da Bahia. Cartilha. **Enfrentamento à Violência Doméstica**. Disponível em: <http://www.defensoria.ba.gov.br/porta/arquivos/downloads/_cartilha_enfrentamento_a_violencia_domestica.pdf>. Acesso em: 15 setembro 2017.

BRASIL. **Estatuto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA)**. Dados. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/porta/index.php?searchword=homic%C3%ADdio+contra+mulher&ordering=category&searchphrase=all&Itemid=32&option=com_search&limitstart=20>. Acesso em: 13 setembro 2017.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado da Bahia**. Dados. Disponível em: <<http://esaj.tjba.jus.br/esaj/portal.do?servico=190100>>. Acesso em: 13 setembro 2017.

BRASIL. **Fundação Perseu Abramo**. Disponível. Dados. Disponível em: <<http://novo.fpabramo.org.br/>>. Acesso em: 15 setembro 2017.

BRASIL. PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO. Assessoria de Cidadania e direitos humanos. **Série “Violência de Gênero” - Cartilha 1 – Violência no relacionamento “amoroso”**. Disponível em: <http://www.mulheres.org.br/violencia/documentos/violencia_no_relacionamento_amoroso.pdf>. Acesso em: 15 setembro 2017.

SCHRAIBER, Lília Blima; D’OLIVEIRA, Ana Flávia P. L. (texto). **Cartilha. O que devem saber os profissionais de saúde para promover os direitos e a saúde das mulheres em situação de violência doméstica**. Disponível em: <<http://portal.coren-sp.gov.br/sites/default/files/cartilha.pdf>>. Acesso em: 22 setembro 2015.

SILVA JR, Edison Miguel da. **Lei Maria da Penha: conduta baseada no gênero**. Disponível em: <<file:///C:/Users/camcarvalho/Downloads/Lei-Maria-da-Penha-conduta-baseada-no-genero.pdf>>. Acesso em: 13 setembro 2016.

WASELFISZ, Julio Jacobo. **Mapa da Violência 2015. Atualização: homicídio de mulheres no Brasil**. Disponível em: <<http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2015/mapaViolencia2015.pdf>>. Acesso em: 01 de julho de 2017.

Entrevista Marisa Sanematsu, disponível em: <http://agenciapatriciagalvao.org.br/violencia/noticias-violencia/o-lugar-mais-perigoso-para-mulher-e-dentro-de-casa/>. Acesso em 26 setembro 2017.

Justiça Restaurativa, disponível em : <http://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2014/07/Coletanea-de-Artigos-Livro-Justi%C3%A7a-Restaurativa.pdf> Acesso em 26 de setembro de 2017.

A AUTOCOMPOSIÇÃO DOS CONFLITOS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL



por Moacyr Montenegro Souto

1. INTRODUÇÃO

A extinção dos conflitos, judiciais ou não, pela via conciliatória é considerada o melhor e mais eficiente instrumento no combate da morosidade da justiça, reclamando dos operadores do direito maior atenção no tocante à eficácia e à prioridade de sua utilização, à luz das disposições processuais civis, conscientizando-os da relevância do desenvolvimento e da aplicação de técnicas conciliatórias complementares, cabendo ao legislador a tarefa de implementar reformas capazes de estimular e facilitar a autocomposição do litígio e, até mesmo, de evitar a sua instauração, para que se disponha de importante ferramenta no enfrentamento da crise do Poder Judiciário, diante da crescente demanda por justiça como instrumento de exercício da cidadania.

Como se tem propagado, o Novo Código de Processo Civil traz, como principal objetivo, a busca pela celeridade processual e a tentativa de desafogar o Poder Judiciário, com cerca de 95 milhões de demandas judiciais pendentes de julgamento (Fonte: CNJ, 2016). Juntamente com a adoção de penalidades em casos de recursos meramente protelatórios, dentre outras medidas, o Novo Código trouxe a figura da chamada audiência de conciliação, ou mediação obrigatória, como etapa inicial do procedimento a ser seguido pelas partes da contenda, ressalvados os casos em que a matéria sob litígio não comportar autocomposição, ou aqueles em que ambas as partes manifestem expressamente o desinteresse na composição consensual.

A despeito das múltiplas formas de se evitar o litígio ou mesmo de se o extinguir depois de instaurado, o êxito desse desiderato não dispensa a atuação denodada do magistrado, mais mediadora do que intervencionista quanto ao direito em conflito, sob pena de inocuidade dos mecanismos conciliatórios vigentes. O congestionamento da prestação jurisdicional impõe ao julgador certo esforço na busca incessante de conciliar as partes, saindo da posição conservadora de mero e limitado aplicador da letra fria da lei, para adaptar-se à nova ordem constitucional, com sensibilidade para captar a realidade social e suas transformações, até porque a extinção do conflito pela vontade conjunta das partes é uma solução mais justa do que a resultante da intervenção estatal. Em seu discurso de posse como Presidente do Supremo Tribunal Federal, a Ministra Cármen Lúcia salientou (2016, p. 11):

Cada povo tem o seu ideal de justo. O que todos os povos de todos os tempos têm em comum é a inaceitação do injusto. Nosso tempo é de maior cuidado, prudência para saber ouvir e entender, a coragem para enfrentar o que precisa ser mudado, a despeito de interesses superados ou desconexos com as demandas sociais legítimas.

No entanto, não raro, percebe-se o pouco empenho do juiz na tentativa de conciliar as partes em audiência, omitindo-se ou simplesmente perguntando se há possibilidade de acordo, olvidando que uma conversa informal sobre as causas do conflito, sobre as conveniências da conciliação, sugerindo-lhes as alternativas, na maioria das vezes, resulta em acordo, pondo fim ao conflito e reduzindo substancialmente a quantidade de processos a serem sentenciados. Na verdade, a eficácia plena dos dispositivos legais que cuidam da composição dos litígios depende muito da atuação profissional do mediador ou do magistrado, conforme adiante será demonstrado.

2. VIAS DE AUTOCOMPOSIÇÃO. CONSIDERAÇÕES GERAIS.

A palavra conciliação provém do vocábulo latino *conciliatio*, que, por sua vez, deriva do verbo *conciliare* e denotava a “*operação dos pisoeiros, ou seja, lavadeiros, em submeter, espremer, constrianger os tecidos, cilia, donde se diz em sentido translato, conciliare, esforçar-se para tornar alguém benévolo a si ou aos outros*” (1896 p. 37).

A princípio, vale frisar que o anseio comum de que haja concórdia entre as partes em um processo judicial e de que, pelo acordo, se ponha fim à lide, é tão velho quanto o próprio direito, sendo um dos ideais jurídicos dos gregos de Atenas.

Entre nós, o instituto da conciliação não é novo no cenário jurídico, mas antiquíssimo, pois já era tratado nas Ordenações do Reino. No Império, era contemplado na Lei nº. 2.033, de 1871 e na Constituição de 1824, art.161, prevendo a sua realização prévia, tão logo se pretendesse iniciar a demanda judicial. Por seu turno, o Regulamento 737, de 1850, previa a conciliação nas causas de natureza comercial, enquanto que o Código de 1939 não a considerava, reservando-a às lides trabalhistas e as do direito de família. Por fim, foi introduzida no Código de Processo Civil de 1973 e, de lá para cá, a conciliação foi alçada à condição de instrumento de alta importância na solução dos conflitos sociais, sob diversas formas e procedimentos, inclusive, fora do âmbito da Lei Substantiva.

A autocomposição, judicial ou extrajudicial, via de regra, é a melhor forma de solução de litígios, como manifestação da autonomia privada, sendo meio alternativo legítimo e eficaz para extinção do processo através do acordo entre as partes, buscando o ideal da pacificação social. Não se pode perder de vista que a justiça mais justa é aquela convencionada entre as partes conflitantes, e não a que a elas se impõe pela intervenção estatal do Poder Judiciário e que, por vezes, não agrada a nenhum dos litigantes. O nosso ordenamento jurídico, atento aos anseios de justiça mais rápida e eficaz, vem criando mecanismos que visam conter a litigiosidade e, consequentemente, descongestionar a máquina judiciária, já que as lides crescem na proporção do aumento da população e de suas relações sociais, bem como pelo surgimento da era da informática, que surpreendeu o legislador e os operadores do direito ante a ausência de legislação específica.

Citem-se, como exemplos de vias de autocomposição extrajudicial, as Comissões de Conciliação Prévia para as lides trabalhistas, criadas pela Lei 9.958/2000, e o Juízo Arbitral, criado pela Lei 9.307/96. Vale citar, ainda, a atuação das Defensorias Públicas que, há anos, antes do ajuizamento das ações, tenta a celebração de acordos, contribuindo bastante para a contenção da litigiosidade. Outro recente diploma legislativo é a Lei nº 13.140/2015, que dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública.

No âmbito judicial a busca da conciliação destaca-se com a criação dos Juizados Especiais pelas Leis 9.099/95 e 10.259/01, que contemplam as chamadas pequenas causas, focadas nos interesses de pessoas de baixa renda, iniciando-se o processo com uma audiência de conciliação, dispensando-se, na maioria das vezes, a presença do advogado e com tramitação rápida.

Não se pode, ainda, olvidar a atuação do Conselho Nacional de Justiça ao criar a “Semana Nacional da Conciliação” que, no final de cada ano em todo o país, mobiliza centenas de pessoas especializadas nesse desiderato, alcançando índices consideráveis de sucesso, obtendo-se a extinção de milhares de processos judiciais, em qualquer fase em que se encontrem, ante a celebração de acordos.

Em outra vertente e com o mesmo objetivo, vale registrar a iniciativa do Tribunal de Justiça da Bahia ao criar o NUPEMEC – Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos, órgão centralizador incumbido do planejamento e coordenação das unidades de mediação e conciliação do Poder Judiciário, além do desenvolvimento dos programas destinados à capacitação e ao estímulo à autocomposição, instituído pelo Decreto Judiciário nº 247, de 29 de março de 2011. Também se destacam os CEJUSC – Centros Judiciários de Solução Consensual de Conflitos, unidades destinadas precipuamente à realização de sessões e audiências de mediação e conciliação, criadas pela Resolução nº 24 de 11 de dezembro de 2015, que auxiliam na autocomposição pré-processual e processual nas áreas de direito cível, de família, do consumidor, fazendária e justiça restaurativa, facilitando o acesso à prestação jurisdicional com o deslocamento

de unidades estruturadas aos bairros populosos da Grande Salvador e também do interior. Essa nova estrutura aperfeiçoa o mecanismo do Balcão de Justiça e Cidadania criado no ano de 2003 pelo Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, que agora passará a integrar o NUPEMEC. Segundo dados extraídos do site do Tribunal, os Balcões de Justiça e Cidadania realizaram 898.050 atendimentos nos últimos 10 anos, alcançando a quantidade de 131.240 acordos formalizados, dentre os quais 114.468 na área de família.

No entanto, as propostas de solução da crise de eficiência do Poder Judiciário, tais como as reformas processuais, a modernização da máquina judiciária, o incentivo à nova postura dos magistrados, as mudanças na organização judiciária, apesar de serem importantes e indispensáveis, não alcançam a eficácia necessária e ideal para resolver o problema. A função jurisdicional, pois, não é, e nem poderia ser, o único meio de resolução dos conflitos, voltando-se o direito moderno para as modalidades de soluções não jurisdicionais, sendo tratadas pela doutrina como meios alternativos de pacificação social, sobretudo pelos problemas que o Poder Judiciário vem enfrentando na efetividade da sua função pacificadora, destacando-se a autocomposição extrajudicial, tida como socialmente adequada à solução dos conflitos.

3. A CRISE DO PODER JUDICIÁRIO E A AUTOCOMPOSIÇÃO

O Poder Judiciário não possui condições financeiras para enfrentar a crescente demanda por jurisdição, uma vez que está obrigado, pela Lei de Responsabilidade Administrativa, a respeitar o limite de 6% previsto na Lei Complementar 101/2000 para aplicação em despesas com pessoal, verba esta que, no caso do Estado da Bahia, é insuficiente para custear até mesmo as necessidades básicas da justiça, impedindo a nomeação de novos servidores para preenchimento dos cargos vagos há anos, apesar do esforço heroico e constante da Presidência do Tribunal de Justiça em reduzir custos e despesas. Afinal, é difícil, ou, quiçá, impossível, bem administrar sem recursos financeiros suficientes para suprir as necessidades básicas para o funcionamento da máquina judiciária. O resultado é que a má prestação do serviço gera conflito social e insatisfação pública que é debitada injustamente ao Judiciário. Enquanto isso, os parlamentares dispõem de polpudas verbas de gabinete, dentre outras, utilizadas ao seu alvedrio.

Sobre a crise da justiça muito já se escreveu, contudo, vale a pena citar algumas opiniões abalizadas. Confira-se o que diz o saudoso jurista baiano Calmon de Passos (Forense, RJ, p.108):

...o futuro deu-me ganho de causa, porquanto vivemos, hoje, o clímax da crise de nosso irrealismo constitucional. Não constitui objetivo deste trabalho a avaliação crítica de nosso pacto básico. Nem afirmo que apenas no particular da disciplina da função jurisdicional pecaram gravemente os constituintes de 1988. A crise é do Estado, como um todo, do modo como foi institucionalizado [...]. A meu ver, [...] um amontoado de equívocos nos levou à grave conjuntura com que nos deparamos, contribuindo para o descrédito dos magistrados, agravando a crise da governabilidade existente, tornando ainda a atividade dos operadores do Direito algo decepcionante e desgastante para os que a ela se dedicam com fidelidade ao que realmente deve ser [...].

Por sua vez, a não menos eminente e saudosa jurista Ada Pellegrini Grinover (1988, p.278) aponta os seguintes fatores para a crise do Poder Judiciário:

A sobrecarga dos tribunais, a morosidade dos processos, seu custo, a burocratização da Justiça, certa complicação procedimental; a mentalidade do juiz, que deixa de fazer uso dos poderes que os códigos lhe atribuem, a falta de informação e a orientação para os detentores dos interesses em conflito e as deficiências do patrocínio gratuito, tudo leva à insuperável obstrução das vias de acesso à justiça [mediante a atuação estatal] e ao distanciamento cada vez maior entre o Judiciário e seus usuários. O que não acarreta apenas o descrédito da magistratura e dos demais operadores do direito, mas tem como preocupante consequência a de incentivar a litigiosidade latente, que frequentemente explode em conflitos sociais, ou de buscar vias violentas ou de qualquer modo inadequadas (desde a justiça de mão própria, passando por intermediações arbitrárias e de prepotência, para chegar até os ‘justiceiros).

Há autores que defendem a tese de que a crise resulta da falta de vontade política em resolver as dificuldades de acesso à justiça, pelo alto custo do processo e pela demora no seu andamento, o que fere os direitos fundamentais do cidadão. Não se pode negar, no entanto, que essa situação caótica, aos olhos do leigo, do povo em geral, além de enfraquecer o respeito à instituição judicial, pesa injustamente sobre os ombros dos magistrados, sendo a ponta final e visível de toda a problemática, muitas vezes agravada pelo sensacionalismo da mídia ao noticiar meias-verdades, tornando-se popular, na esfera criminal, o jargão “a polícia prende e a justiça solta”, sem esclarecimento ao público quanto às razões legais para a soltura, transmutando o aplicador da lei em mero bode expiatório de todas as mazelas que afetam a prestação jurisdicional. Não há dúvida que “sem um Judiciário forte, inclusive em relação aos demais poderes, não há processo efetivo. E sem processo efetivo – instrumento de atuação da jurisdição – o sistema judiciário brasileiro continuará em regime de falência.” (MARINONI, 1999, p.32 et seq.).

Vale a pena citar a conclusão de Petrônio Calmon (2007, p. 5), sobre a crise da justiça, que bem reflete o atual panorama do judiciário brasileiro:

Não há consenso ao especificar as causas e muito menos ao indicar as soluções para a crise da justiça, mas é unânime a constatação da desproporcionalidade entre a oferta de serviços e a quantidade de conflitos a resolver, o que tem levado a conclusões precipitadas, que resumem a ‘crise’ a esse simples aspecto, o que é tão desastroso quanto a própria crise que se analisa. Em realidade, outros fatos devem ser considerados, desde a existência de uma massa de conflitos represada pelos obstáculos econômicos, sociais, políticos e jurídicos ao acesso à justiça, até a baixa qualidade do serviço judicial, sobretudo a necessidade de oferecer o serviço da justiça de forma mais ampla possível, com a utilização de diversos mecanismos para essa finalidade.

Outro ponto que não se pode olvidar no tocante à crise do Poder Judiciário é a excessiva participação governamental na demanda da prestação jurisdicional. O Conselho Nacional de Justiça publicou um relatório, referente ao ano de 2006, em que demonstra a cota dessa participação na Justiça Federal, constatando que foram apresentados 560.890 casos novos no primeiro grau, representando uma média de 300,31 casos novos por 100.000 habitantes e, no mesmo ano, foram apuradas 1.376.204 demandas contra o Poder Público, evidenciando que, de fato, há uma participação significativa do Poder Público nas demandas judiciais, o que gera uma situação de excesso de demanda, comprometendo a eficiência do Poder Judiciário, até porque, como é do conhecimento dos que militam no foro, há uma orientação nas procuradorias públicas no sentido de se recorrer sempre das decisões judiciais, até a última instância, ainda que se trate de questão pacífica e unânime nas Cortes Superiores, fazendo com que milhares de processos, questionando a mesma matéria, se eternizem e, por fim julgados, morram nas filas dos precatórios. Tudo isso sem contar com o natural e previsível aumento do número de demandas judiciais sem a mesma proporção quanto ao aumento do número de magistrados (Conselho Nacional de Justiça. “Justiça em Números”, 4ª Ed. disponível no site do órgão).

A jurisdição, como uma das atribuições do Estado, vem sendo exercida como meio exclusivo de solução de conflitos. Porém, essa tutela, em muitos casos, não tem sido um meio eficiente de pacificação social em face de sérios problemas que o Poder Judiciário enfrenta, desembocando na atual “crise da Justiça”.

Há uma visível predominância da jurisdição estatal como meio de solução dos conflitos, fundada na convicção de que os princípios do devido processo legal, da motivação das decisões, do contraditório, da ampla defesa e da garantia de independência e imparcialidade do juiz serão exercidos e respeitados em sua plenitude.

Petrônio Calmon (2007, p. 40) é enfático ao escrever que:

O mito da justiça faz com que não seja pequeno o temor de muitas pessoas, dentre as quais políticos e especialistas, diante da proposta de aplicação generalizada dos demais meios de solução dos conflitos. Há que se proceder, no entanto, ao confronto científico dessas garantias com as novas propostas.

Confira-se, sobre o mesmo tema, o entendimento de José Carlos Barbosa Moreira (2002, p.181):

Tem o sabor do óbvio a afirmação de que a busca da efetividade no processo suscita grande e multiforme problemática [...]. Dos diversos critérios possíveis de aferição, vou concentrar-me em dois, que me parecem sobretudo importantes. De acordo com o primeiro, será socialmente efetivo o processo que se mostre capaz de veicular as aspirações da sociedade como um todo e de permitir-lhes a satisfação por meio da Justiça. Consoante o segundo, merecerá a denominação de efetivo, do ponto de vista social, o processo que consinta aos membros menos aquinhoados da comunidade a persecução judicial de seus interesses em pé de igualdade com os dotados de maiores forças – não só econômicas, senão também políticas e culturais.

Na verdade, em vez de garantir tais princípios, o Estado tem criado outros obstáculos à efetiva tutela jurisdicional e ao acesso à justiça. Urge, portanto, se busquem todos os meios para uma solução de conflitos judiciais efetiva, idônea e capaz de promover, com brevidade, a paz social. Todavia, na impossibilidade de regular em todas as suas minúcias a complexa trama da vida social, é inevitável que o ordenamento jurídico contenha brechas, que podem e devem ser preenchidas pela atuação privada.

Toda essa problemática vem preocupando o meio jurídico, até mesmo o Poder Legislativo, na busca de instrumentos capazes de tornar mais ágil a máquina do judiciário, eliminando recursos ou abreviando sua tramitação, inclusive, oferecendo alternativas de solução sem a demanda judicial em certos casos. Afinal, algo havia de ser feito e com urgência, sob pena de colapso do sistema, com comprometimento da paz social e suas graves consequências, o que, aliás, já vem ocorrendo em vários pontos do país, em que se faz justiça pelas próprias mãos, pois, “**justiça tardia [ou ausente] não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta**” (Ruy Barbosa in “Oração aos Moços”).

O sinal de alerta foi dado por Alfredo Buzaid (2001, p.426), por ocasião da elaboração do Código de Processo Civil de 1973, em sua Exposição de Motivos, demonstrando sua preocupação em criar uma legislação processual civil moderna, com vistas à rapidez na tramitação dos feitos, sustentando que:

...na reforma das leis processuais, cujos projetos se encontram em vias de encaminhamento à consideração do Congresso Nacional, cuida-se, por isso, de modo todo especial, em conferir aos órgãos jurisdicionais os meios de que necessitam para que a prestação da justiça se efetue com a presteza indispensável à eficaz atuação do direito. Cogita-se, pois, racionalizar o procedimento, assim na ordem civil como na penal, simplificando-lhe os termos de tal sorte que os trâmites processuais levem à prestação da sentença com economia de tempo e despesas para os litigantes. Evitar-se-á, assim, o retardamento na decisão das causas ou na execução dos direitos já reconhecidos em juízo.

Daquela época até os tempos atuais, inúmeros mecanismos foram criados para enfrentar as rápidas transformações da sociedade, resultantes, principalmente do advento da era da informática, que, de um lado, no particular da prestação jurisdicional, reduziu a segundos tarefas que antes eram realizadas em muitos dias, mas, de outro, fez multiplicar as relações sociais e jurídicas virtualizadas, desembocando no judiciário a enxurrada de conflitos de interesses. No lado positivo, não resisto à oportunidade de citar o surgimento do processo virtual. Jamais imaginaria que pudesse existir um processo judicial sem papel. Todos os atos do juiz, dos advogados e cartorários são realizados diretamente no sistema informatizado, através de senhas de acesso, em qualquer terminal de computador, de casa ou no escritório de advocacia, até a sentença, publicações, recursos etc, com economia de tempo e de material. Nas Cortes Superiores o sistema também foi implantado, de sorte que o STJ e o STF não mais recebem petições em papel e os recursos só são encaminhados na forma digitalizada. Ainda sobre o discurso de posse da Ministra Cármen Lúcia como Presidente do Supremo Tribunal Federal, destaco (2016, p. 11):

Nosso olhar recai hoje sobre realidades inéditas. E até a capacidade de ver a si e ao outro não é mais tão fácil. Olhos vidrados, virtuais, nem sempre virtuosos em ver o igual em sua diferença piscam sem reter o antes visto.

Os conflitos multiplicam-se e não há soluções fáceis ou conhecidas para serem aproveitadas. Vivemos momentos tormentosos. Há que se fazer a travessia para tempos pacificados. Travessia em águas em revolta e cidadãos em revolta. A busca pela Justiça – como seja o ideal consensualizado – põe-se como bússola a impor que se persista na tentativa de se alcançar alguma calma.

A preocupação com a celeridade do processo tem sido uma constante desde os mais remotos tempos. Não raramente, a demora no curso do procedimento destinado à satisfação do direito violado acaba gerando maiores injustiças do que a cometida por aquele que resiste, injustificadamente, à pretensão.

É óbvio que não bastam apenas reformas processuais e leis limitadoras da litigiosidade crescente para resolver o problema crônico da morosidade do judiciário, já que as causas são muitas e de vários tipos, a exemplo do anacronismo da organização judiciária, da falta de recursos financeiros e humanos, da ausência de uma infraestrutura compatível, além das causas de ordem cultural e até mesmo pelo baixo nível do ensino jurídico e ético de um modo geral, dentre muitos outros fatores que, aliados, diminuem ou anulam a eficácia da legislação que combate o emperramento da máquina. Confira-se, neste particular, o que diz João Batista Lopes (2002, nº 105/129):

Tem-se, pois, que a simples reforma da legislação não tem o condão de alterar o panorama de morosidade da justiça.

Em verdade, o anacronismo de nossa organização judiciária pode explicar, satisfatoriamente, o paradoxo 'processo moderno – justiça morosa.

[...] a infra-estrutura do Poder Judiciário precisa ser modernizada para acompanhar os avanços da tecnologia, notadamente no que concerne à informatização dos serviços cartorários [...]

À sociedade cabe, porém, dizer que modelo de Justiça deseja e, em razão disso, cobrar de seus representantes posição clara a respeito do tema.

4. A COMPOSIÇÃO DOS CONFLITOS E O NOVO CPC.

No tocante à conciliação perante a nova lei processual civil – tema deste modesto artigo – cabe destacar que restou instituída, obrigatoriamente e *ab initio* a audiência de conciliação ou de mediação. De acordo com o art.334 e seus doze parágrafos, o juiz, ao admitir a petição inicial, designará a aludida audiência, com a participação obrigatória de conciliador ou de mediador, citando o réu para comparecimento, que só não se realizará, se a lide não comportar autocomposição ou se todas as partes envolvidas no feito, inclusive litisconsortes, se for o caso, manifestarem, previamente, nos autos, o desinteresse na composição consensual. Acerca da sutil diferença entre conciliação e mediação, o Conselho Nacional da Justiça, em seu site, esclarece:

A Mediação é uma forma de solução de conflitos na qual uma terceira pessoa, neutra e imparcial, facilita o diálogo entre as partes, para que elas construam, com autonomia e solidariedade, a melhor solução para o problema. Em regra, é utilizada em conflitos multidimensionais, ou complexos. A Mediação é um procedimento estruturado, não tem um prazo definido, e pode terminar ou não em acordo, pois as partes têm autonomia para buscar soluções que compatibilizem seus interesses e necessidades.

A conciliação é um método utilizado em conflitos mais simples, ou restritos, no qual o terceiro facilitador pode adotar uma posição mais ativa, porém neutra com relação ao conflito e imparcial. É um processo consensual breve, que busca uma efetiva harmonização social e a restauração, dentro dos limites possíveis, da relação social das partes. (Fonte: CNJ, 2017)

A nova sistemática, em relação à fase conciliatória, criou uma impositividade inusitada às partes e advogados, no sentido de terem de comparecer à audiência e de tentar a celebração do acordo, ao dispor que o “juiz designará audiência de conciliação ou de mediação”, e que “o não comparecimento injustificado do autor ou do réu à audiência de conciliação é considerado ato atentatório à dignidade da justiça e será sancionado com multa de até dois por cento da vantagem econômica preten-

da ou do valor da causa”. A meu ver, esta obrigatoriedade, em que pese o objetivo de desafogar o judiciário, beira a inconstitucionalidade, ferindo o princípio da razoabilidade, ao compelir a parte a fazer acordo, tanto que a pune se não comparecer acompanhada de advogado àquele ato processual, por considerar essa conduta atentatória à justiça, olvidando o legislador que o Brasil, com suas dimensões continentais, mistura de raças, culturas e níveis sociais e econômicos diversos, nem sempre proporciona ao cidadão o acesso, sequer, à Defensoria Pública, principalmente em relação ao demandado.

Outra novidade é que, segundo o parágrafo 7º do dispositivo legal em exame, a audiência de conciliação ou mediação pode se realizar por **meio eletrônico**, “nos termos da lei”, daí se extraindo que a implementação dessa nova modalidade dependerá de regulamentação através de lei específica de competência federal, se de natureza processual, ou do legislador estadual, se cuidar de procedimento, que definirá qual o meio eletrônico a ser utilizado e quais formalidades básicas para a realização do ato processual.

A priori, entendo que a expressão “meio eletrônico” deve ser interpretada em harmonia com o ato processual a que se destina, a exemplo do que já vem ocorrendo com as audiências de custódia, por videoconferência, instituídas pelo CNJ através da Resolução nº213, levando a crer que não se admitirá o uso de *e-mail* ou de outro meio de troca de mensagens eletrônicas. Todavia, não se pode negar que se trata de um avanço importante na busca de celeridade e ampliação de acesso à justiça, sem agravar o seu congestionamento, mas que dependerá também da disponibilização dos recursos técnicos para esta novel prestação jurisdicional.

Em relação ao momento mais oportuno para realização da audiência de conciliação ou mediação, que no sistema processual civil anterior ocorria, via de regra, no curso do processo, a doutrina se divide entre abraçar este procedimento ou apoiá-lo tal como instituído no novo *codex*. Curiosamente, ambas as correntes sustentam importantes argumentos em apoio às suas posições, que desafiam algumas reflexões, a depender do aplicador do direito. Ao início da lide os ânimos das partes, no calor de suas irredutíveis posições, seriam propícios a um acordo? E se, amainados os ânimos, a tentativa de conciliação ocorresse após a contestação e a réplica, a parte demandada não estaria menos propícia ao acordo, ao ponderar que já havia dispendido tempo e dinheiro e que logo veria o sucesso dos seus pleitos?

Pesa em favor daqueles que entendem mais oportuna a tentativa conciliatória no curso do processo o fato de que muitos litígios são antecedidos de entendimentos entre as partes para solucionar a questão de forma amigável e, frustrada em seus reclamos, uma delas ajuíza a lide com os ânimos aflorados e com pouca probabilidade de recuo em seus pleitos a fim de viabilizar o acordo. Isso porque não se pode olvidar que, na grande maioria dos casos, a conciliação implica em renúncia, de ambas as partes, a algo que entendem ter direito e, para que isso ocorra, é importante, dentre outros fatores, que os contendores estejam desarmados em seus ânimos.

Por outro lado, socorre aqueles que abraçam a disposição da nova lei substantiva, que prevê a fase conciliatória ao alvorecer do processo, o argumento de que o réu não é mais citado para contestar a lide que lhe foi ajuizada, mas apenas para participar de uma audiência de conciliação ou mediação, ou seja, quando da citação, o demandado não precisa se preocupar em se armar de diversos argumentos defensivos e convincentes para sustentar o seu direito, mas simplesmente, comparecer e conversar sobre o assunto com a outra parte na tentativa de encerrar o processo ali mesmo, com a ajuda do mediador ou do conciliador, que exporá as consequências e vantagens da composição.

Outro aspecto a ser levado em conta surge dos dados estatísticos que apontam o claro sucesso dessa nova sistemática, que, por certo, pesou para que o novo Código de Processo Civil implementasse a tentativa de conciliação como fase inicial do processo. Segundo consta do site do Conselho Nacional de Justiça, os índices de sucesso da tentativa de conciliação antes do ajuizamento da ação, na chamada fase pré-processual, vêm beirando 67%. Das 122 mil sessões realizadas com essa finalidade, houve resultado positivo em 82 mil delas. De tais dados pode-se extrair que a iniciativa do Novo *codex* de trazer a conciliação para o início do procedimento pode dar certo, até porque nada impede que a solução consensual seja buscada a qualquer momento, conforme previsto no inciso V, do art. 139 daquele estatuto.

Ao lado de todo esse sistema criado para a extinção dos processos mediante a conciliação entre os litigantes, a prática forense vem demonstrando a importância em se dotar o magistrado de técnicas conciliatórias, exortando-o a que envide esforços, a fim de otimizar os resultados.

No exercício da advocacia, durante cerca de quatorze anos anteriores à magistratura, tive oportunidade de presenciar a postura de Juizes em audiências de conciliação, observando que muitos se limitam a perguntar se há possibilidade de acordo e, sem mais delongas, passam ao despacho saneador, perdendo, desta forma, a chance de fazer a melhor justiça, com a extinção do processo conforme a vontade das partes.

Chiovenda, certa feita, afirmou, com a maestria de sempre, que “tanto maior será a probabilidade de êxito da conciliação quanto maior é a autoridade da pessoa que a tenta” (Apud, CARNEIRO, 1974, p.89).

O sucesso de uma audiência de conciliação depende, ainda, de algumas técnicas a serem seguidas por quem preside o ato, sem olvidar os interesses das partes.

5. TÉCNICAS DE AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO

Sobre esse assunto, vale destacar o estudo realizado por Luis Fernando Tomasi Keppen (Vol. 84, p. 42 a 55), que considera importante a postura do Juiz na audiência, sua linguagem, a serenidade e a urbanidade no trato das partes e advogados. Cita, também, a conveniência do conhecimento prévio do processo por parte do magistrado, antes da audiência, possibilitando-lhe argumentos mais fortes na exortação para o acordo, mostrando as vantagens, inclusive, financeiras, na extinção do processo naquele momento. Diz o articulista, nas citações seguintes, que o Juiz:

Verificando que as partes estão relutantes sobre um determinado ponto, nada impede que traga uma ou duas jurisprudências sobre a questão ou mesmo texto legal, não com o fito de externar sua opinião, quando estaria prejudgando, mas tão somente para que as partes tenham conhecimento sobre como vêm entendendo os areópagos sobre a questão ou que diz a lei a respeito. Se as partes concordarem com a decisão dos Tribunais ou com o texto da lei – arremata – haverão de conciliar. Caso contrário, e é plenamente válido contrariarem tais posições, o processo segue até ulteriores fases do procedimento.

Ainda como técnicas para o sucesso da audiência conciliatória, recomenda o ilustre magistrado que as questões litigiosas postas para julgamento sejam diluídas:

Assim, deve-se partir de uma tentativa de solução geral para a lide; não se conseguindo sucesso, busca-se a conciliação parcial; se nem isto se consegue, tenta-se conciliar sobre pontos controvertidos. Tal técnica colabora sobremaneira para a conciliação e, se esta não ocorrer de modo total, ajuda a reduzir o número de pontos controvertidos.

Aconselha, também, a fixação prévia dos pontos controvertidos a conciliar, evitando a discussão generalizada da lide:

Com a técnica da fixação dos pontos controvertidos o acordo flui muito bem. Cada ponto é tratado e a conciliação vai acontecendo: a primeira questão é ultrapassada, a segunda também, a terceira, porém, na quarta questão um das partes resolve discutir a primeira questão. Deve ser evitado este vaivém, a fim de que todos não percam o preciso tempo.

Citando suas experiências, diz o meritíssimo que:

...nestes casos sempre advirto as partes que em negociação não se volta a pontos e questões já acordadas, sob pena de grave tumulto da audiência. Então, convindo às partes, continuamos a tratar das demais questões, caso contrário, de imediato, passa-se à instrução. Se efetivamente as partes querem acordar, este acontece naturalmente, sem a necessidade de se voltar a pontos já tratados e acordados...

Outra coisa que se deve evitar, segundo a matéria, é a precipitação do Juiz, antes de qualquer manifestação, propor de logo a fórmula que melhor lhe parece adequada à solução do litígio:

Tal fato contraria modernas técnicas conciliatórias que primam pela condução das partes à conciliação e não pela proposição pura e simples, mormente provindo da autoridade que tem. Nestes casos há fumaça de prejudgamento o que é de todo desaconselhável.

Por fim, enfatiza o magistrado que:

citar exemplos de conciliações outras, havidas em processo semelhante, é técnica das mais comuns no foro e alcança excelente resultado. As partes ouvem com muita atenção a história contada, perquirem dúvidas e resultados, demonstram vivo interesse em como outros resolveram situações conflitivas parecidas. Tal técnica ajuda a desarmar os ânimos dos contendores presentes, os quais têm a exata noção de que não são os únicos no mundo a sentirem o que sentem, pensarem o que pensam, sofrerem o que sofrem, tudo com vistas à facilidade de conciliação. Tão bom ouvir que algumas pessoas que padeceram o que padecemos conseguiram conciliar e, melhor ainda, em alguns casos, voltaram a se relacionar amistosa e socialmente.

6. CONCLUSÃO

Para finalizar este modesto artigo, peço *venia* para transcrever, na íntegra, a brilhante conclusão da matéria publicada pelo insigne magistrado Luiz Fernando Tomasi Keppen (vol. 84 p. 55), em sua obstinada exortação à extinção dos conflitos pela via conciliatória, que, a meu sentir, se constitui na justiça mais justa e mais rápida, nos seguintes termos:

Ao cirurgião a sanidade física do paciente é o melhor momento de muitos dias de dedicação; ao engenheiro a entrega da obra acabada lhe causa a melhor satisfação; ao arquiteto o projeto aceito é o seu melhor momento; ao Juiz, porém, não é a sentença que o torna mais feliz, mas a conciliação, mormente quando propiciada pela intervenção direta e imediata desse manipulador do direito, asoberbado com tanto trabalho.

As novas alterações legais valorizam ainda mais o instituto da conciliação, tornando evidente a posição do legislador que prefere a ‘diluição’ do litígio à decisão judicial.

Valerá a pena nos esforçarmos na técnica conciliatória? Fernando Pessoa responde: ‘tudo vale a pena se a alma não é pequena’. Pensamos nós que a conciliação pacifica relações conflituosas, humanizando o direito, devendo ser assimilada como técnica a fim de propiciar melhores resultados, tudo em benefício dos atores do palco judicial e da sociedade que servimos.

Não resta dúvida, portanto, de que cabe ao Poder Judiciário, por intermédio daqueles que atuam no sistema jurisdicional, magistrados, advogados, promotores de justiça e defensores públicos, a responsabilidade de incorporar os valores consagrados na Constituição Federal, atuando de forma a evitar a cultura do litígio, priorizando as soluções compositivas da forma mais simples e menos custosa possível, convictos de que não só as partes saem ganhando, mas também a administração pública e a sociedade como um todo. Aquela, porque passa a gastar menos na manutenção e aprimoramento da máquina judicial, e esta porque adquire maior facilidade de acesso à justiça a que aspira, e não a que lhe é imposta pela sentença, com trânsito em julgado indefinido no tempo, lembrando que “justiça tardia não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta”. Tenho dito!

REFERÊNCIAS

apud CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *in Teoria Geral do Processo*, 7ª ed.

Apud, CARNEIRO, Athos Gusmão, *in “A Conciliação no Novo Código de Processo Civil”*, AJURIS nº 2, 1974.

BARROSO, Carlos Eduardo Ferraz de Mattos: **Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento**, 6ª Ed., 2006.

BORJA, Célio *apud* PAULA, Alexandre de: in “**Código de Processo Civil Anotado**”, p. 353, Ed. RT.

BUZAID Alfredo: **Código de Processo Civil**, 1973.

CALMON, Petrônio: **Fundamentos da Mediação e da Conciliação**, RJ, Forense, 2007.

FORSTER, Nestor José: **Da Tentativa de Conciliação e do Julgamento Antecipado da Lide**, in RT nº 540, out/80.

DINAMARCO, Cândido Rangel; NERY JUNIOR, Nelson; CARNEIRO Athos Gusmão. **A Reforma do Código de Processo Civil**, 2ª ed, 1995.

FORSTER, Nestor José: **Hermenêutica e Aplicação do Direito**, Forense, 9ª Ed 1979.

GRINOVER, Ada Pellegrini: **A Conciliação Extrajudicial no Quadro Participativo**, RT, 1988.

in **Digesto Italiano**, Vol.III, p.37, ed. 1896.

KEPPEN, Luis Fernando Tomasi: **Novos Momentos da Tentativa de Conciliação e Sua Técnica** - in Revista de Processo, Vol. 84.

LACERDA, Galeno, ob. cit. FABRIS, Sérgio Antonio: Editor, 2ª ed.

LOPES, João Batista: **Revista de Processo** - nº 105/129, jan/mar 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme: in “**Novas Linhas de Processo Civil**”, 3ª ed. rev. e atual, SP, Malheiros, 1999.

MIRANDA, Pontes de: **Dez Anos de Pareceres**.

MOREIRA, José Carlos Barbosa: **Por um Processo Socialmente Efetivo** - Revista de Processo, n.105, jan./mar, 2002.

NEGRÃO Theotonio. **Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor**, 35ª ed, 2003.

PEREIRA, Cloves Brasil: **Revista Jus Vigilantibus**, de 26.11.2005.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Discurso de Posse como Presidente do STF**. Revista Justiça e Cidadania, Edição 194, Outubro de 2016.

THEODORO, Humberto. in “**Da Ausência de Nulidade pela Inobservância do Artigo 331 do CPC**”, RJ TAMG.

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE AS TUTELAS PROVISÓRIAS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL



por Anna Luiza Luna Montenegro¹

No sistema processual brasileiro, o instituto da tutela provisória sofreu significativas modificações a partir do CPC/2015, podendo-se afirmar que a mais relevante delas foi a possibilidade de estabilização da tutela antecipada e a ampliação da chamada tutela da evidência, que discretamente já existia no CPC/1973.

Antes de analisarmos as modificações ocorridas, cumpre-nos lembrar como o assunto era tratado no ordenamento revogado. Primeiramente, insta observar que a tutela cautelar e a tutela antecipada eram tratadas em “livros” distintos: a tutela cautelar estava regulamentada no art. 796 e seguintes; enquanto que a tutela antecipada estava prevista no art. 273, I, e o seu inciso II estabelecia hipótese que, no novo CPC, é denominada de tutela da evidência.

A ação cautelar era concebida como um processo que estava necessariamente conectado a outro, que era a lide principal, em que pese em algumas situações pudesse ter caráter satisfativo, como na cautelar para exibição de documentos.

As premissas ideológicas da tutela cautelar e da antecipação de tutela do antigo código se mantiveram no novo ordenamento, quais sejam: a verossimilhança das alegações, associada ao perigo de dano, ambas verificáveis em cognição sumária.

Relembre-se que esses “remédios”, se é que, assim, podemos chama-los, surgiram a partir de demandas sociais que passaram a exigir medidas eficazes de tutela, mas que não podiam aguardar o duradouro processo de conhecimento para serem atendidos, sob a pena de perecimento do direito.

Nesse cenário, a ação cautelar foi introduzida no direito brasileiro como instrumento capaz de garantir ou proteger determinado bem jurídico, de forma urgente e eficaz, não obstante o direito da parte ainda dependesse de uma cognição mais profunda do julgador, o que se daria em um processo “principal”, por meio da sentença.

Assim, o art. 798, do CPC/1973, autorizava o julgador a determinar as medidas cautelares adequadas, quando houvesse “fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação”.

A leitura dos artigos 806 e 808, do código revogado, deixa evidente o caráter instrumental da cautelar, ao impor, à parte, que propusesse a ação principal no prazo de 30 dias da efetivação da tutela, sob pena de cessação da medida. Ainda, o art. 807, daquele diploma, indicava o caráter temporário da cautelar, que podia ser revogada ou modificada pelo julgador a qualquer tempo.

Ou seja, as cautelares eram marcadas pela instrumentalidade e temporariedade. Não poderiam ser um fim em si mesmas e não tinham natureza satisfativa. Essas premissas foram mantidas intactas pelo legislador no novo código.

A evolução das relações jurídicas fez surgir litígios cuja verossimilhança do direito alegado, aliado ao perigo de dano, demandavam provimentos jurisdicionais igualmente urgentes, porém de natureza satisfativa, fato que levou as partes, por muito tempo a se aproveitarem do caráter sumário e célere próprio dos procedimentos cautelares, para postularem a tutela do direito em si.

Na ausência de solução própria para tais situações, passou-se a admitir, em alguns casos, o alcance da tutela satisfativa por meio da ação cautelar, não obstante, nesta situação, o ilustre

¹ Graduada e pós-graduanda em direito pela Universidade Católica de Salvador – UCSAL. Advogada do Banco do Brasil S.A (Assessoria Jurídica Regional da Bahia).

professor Luiz Guilherme Marinoni entendesse que a cautelar passasse a ser uma ação de conhecimento. Destaca-se:

“O procedimento instituído para a viabilidade da obtenção da tutela cautelar, por admitir liminar e a utilização de meios de execução adequados, é que foi utilizado para permitir o alcance da tutela satisfativa. Contudo, como se a sentença do procedimento que seria cautelar, quando era de procedência, prestava a tutela inibitória, e assim satisfazia a pretensão à tutela jurisdicional do direito, o procedimento que, a princípio, deveria ser seguido pelo procedimento de conhecimento, passou a ter configuração autônoma, fazendo surgir a falsa ideia de ‘ação cautelar satisfativa’. Frise-se que a ação deixou de ser cautelar para atender à necessidade de tutela inibitória, passando a ser satisfativa exatamente porque a tutela inibitória, ao contrário da cautelar, não é marcada pela instrumentalidade. Assim, esta ‘ação cautelar satisfativa’ era, na realidade, uma ação de conhecimento.”²⁹

Para referido autor, a utilização das ações cautelares para obtenção de tutelas satisfativas gerou um fenômeno por ele denominado de “sumarização do processo de conhecimento”, reconhecendo, entretanto, que a deformação da técnica cautelar mostrou-se necessária para dar efetividade à tutela dos direitos.

Assim, a “deformação” do processo cautelar para obtenção de tutelas reconhecidamente satisfativas, fez nascer o instituto da antecipação de tutela, a partir da introdução do art. 273, no CPC revogado, o que ocorreu no ano de 1994.

Segundo o citado dispositivo processual, ao magistrado era permitida, caso houvesse requerimento da parte, a antecipação total ou parcial da tutela pretendida ao final do processo, se demonstrada a verossimilhança da alegação e o perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, ou a caracterização do abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu.

Pois bem. O NCPC manteve as três modalidades de tutela que de alguma forma já vinham previstas no CPC revogado (tutela cautelar, antecipada e da evidência), cuidando apenas de estabelecer requisitos claros e objetivos para sua aplicabilidade, com o que se pretende eliminar a possibilidade de utilização desvirtuada de um ou de outro, admitindo, ademais, a fungibilidade.

A tutela cautelar, a tutela antecipada e a tutela da evidência estão disciplinadas, no CPC/2015, em três títulos distintos, dentro do Livro V, “Da Tutela Provisória”, denominação que evidencia se tratar de tutelas dotadas de provisoriedade, ou seja, podem ser revogadas, modificadas ou alteradas a qualquer tempo. Até aqui, nada de novo.

André Luiz Bauml Tesser³, em seus comentários ao art. 300, do NCPC, explica que “tutela cautelar e antecipação de tutela, para o Código de Processo Civil brasileiro de 2015, podem ser definidas como tutelas provisórias de urgência. Ou seja, tutelas jurisdicionais que não têm o condão de serem definitivas e que são concedidas com fundamento (e em razão de) um perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo.”

Repise-se que a tutela antecipada e a tutela da evidência estão relacionadas com a antecipação do provimento jurisdicional final buscado no processo, enquanto que a tutela cautelar objetiva assegurar o direito final a ser tutelado. Trata-se, as duas primeiras, de tutelas satisfativas, e a última, de tutela acautelatória.

A tutela provisória fundamentar-se-á em urgência ou evidência. A de urgência poderá ser cautelar ou antecipada, e podem ser concedidas em caráter antecedente. É o que explica o art. 294 e parágrafo único do NCPC⁴. A tutela da evidência, por sua vez, prescinde de urgência ou risco de dano.

2 Marinoni, Luiz Guilherme. Tutela de urgência e tutela de evidência / Luiz Guilherme Marinoni. – 1. Ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. Pág. 59.

3 Código de Processo Civil anotado / José Rogério Cruz e Tucci ... [et. al.]. – ed. – Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2016, pág. 439

4 Art. 294. A tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência.

Parágrafo único. A tutela provisória de urgência, cautelar ou antecipada, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental.

Fredie Didier Jr diferencia a tutela provisória em caráter antecedente da tutela em caráter incidental, nos seguintes termos:

A tutela provisória incidental é aquela requerida dentro do processo em que se pede ou já se pediu a tutela definitiva, no intuito de adiantar seus efeitos (satisfação ou acautelamento), independentemente do pagamento de custas (art. 295, CPC). É requerimento contemporâneo ou posterior à formulação do pedido de tutela definitiva: o interessado ingressa com um processo pleiteando, desde o início, tutelas provisória e definitiva ou ingressa com um processo pleiteando apenas a tutela definitiva e, no seu curso, pede a tutela provisória. É importante esclarecer que o pedido de tutela provisória incidental não se submete à preclusão temporal, podendo ser formulado a qualquer tempo (enunciado n. 496 do Fórum Permanente de Processualistas Civis).

(...)

A tutela provisória antecedente é aquela que deflagra o processo em que pretende, no futuro, pedir a tutela definitiva. É requerimento anterior à formulação do pedido de tutela definitiva e tem por objetivo adiantar seus efeitos (satisfação ou acautelamento). Primeiro pede-se a tutela provisória; só depois, pede-se a tutela definitiva⁵.

Desde já, ressaltamos que a possibilidade de requerimento da tutela antecipada em caráter antecedente foi uma inovação promovida pelo legislador, sobre o que falaremos mais adiante.

Como já ocorria no ordenamento revogado, as tutelas de urgência estão sempre fundamentadas na coexistência de dois elementos: o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo e; a probabilidade do direito⁶.

A respeito da tutela de urgência antecipada, importante registrar que o legislador criou óbice à sua concessão, quando houver perigo de irreversibilidade da decisão.

O perigo de irreversibilidade, entretanto, não diz respeito aos efeitos da tutela concedida antecipadamente, que, eventualmente, poderão ser irreversíveis, mas, sim, ao perigo de causar vinculação do juízo final a respeito da causa, após a cognição exauriente, conforme explica Luiz Guilherme Marinoni:

“O que o §3º do art. 300 veda quando afirma que a tutela de urgência ‘não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão’ é, além de prejuízo ao juízo final, a criação de determinados efeitos jurídicos incompatíveis com a situação de direito substancial objeto de tutela jurisdicional. Mais claramente, o que se proíbe são determinadas constituições provisórias”.

Para Didier, no entanto, a irreversibilidade está associada à impossibilidade de retorno das partes ao status quo ante, caso haja a alteração da situação fática, a ensejar a revogação da tutela. Veja:

Já que a tutela provisória satisfativa (antecipada) é concedida com base em cognição sumária, em juízo de verossimilhança – sendo passível de revogação ou modificação –, é prudente que seus efeitos sejam reversíveis. Afinal, caso ela não seja confirmada ao final do processo, o ideal é que se retorne ao status quo ante, sem prejuízo para a parte adversária⁸.

5 Didier jr., Fredie. Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 11. Ed. – Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016, pág. 585/586.

6 Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

7 Marinoni, Luiz Guilherme. Tutela de urgência e tutela de evidência / Luiz Guilherme Marinoni. – 1. Ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. Pág. 59.

8 Didier jr., Fredie. Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 11. Ed. – Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016, pág. 613.

Registre-se que, ambos os autores, consideram a possibilidade do perigo de irreversibilidade afetar o direito do demandante, caso a tutela não seja deferida. Haverá, nesse caso, um conflito de interesses, o que deverá ser sopesado pelo magistrado, privilegiando o bem da vida maior.

Como adiantamos, a tutela de urgência (cautelar ou antecipada) poderá ser concedida em caráter antecedente. A possibilidade de requerimento da tutela antecipada em caráter antecedente contempla a principal inovação no instituto trazida pelo novo código, já que permite a concessão de tutela eminentemente satisfativa, em grau de cognição sumária e sem que todos os elementos para julgamento da lide estejam devidamente formulados e apresentados nos autos.

Destaca-se o teor do art. 303:

“Nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação, a petição inicial pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo”.

A hipótese trazida pelo legislador terá aplicabilidade quando a parte não tiver tempo suficiente à elaboração da petição inicial da ação de conhecimento, por força da urgência.

A respeito, vide comentário de André Luiz Bauml Tesser⁹:

O CPC/2015 inova ao permitir que a tutela antecipada (de caráter satisfativo) seja requerida em caráter antecedente, possibilitando que apenas o pedido de tutela de urgência dessa natureza seja deduzido, sem integral exposição de toda argumentação relativa à completa compreensão da lide. A nova sistemática representa verdadeira novidade, pois, no regime do CPC/1973, a tutela antecipada somente poderia ser requerida desde que todos os argumentos e fundamentos da lide, em sua integralidade, estivessem deduzidos, o que se depreende da interpretação dos arts. 273 e 461, § 3º, do citado diploma legal.

Caso seja deferida a tutela antecipada em caráter antecedente, o autor deverá aditar a inicial no prazo de 15 dias ou em outro fixado pelo juiz, quando poderá complementar sua argumentação e apresentar novos documentos.

Os parágrafos do artigo 303, do CPC, estabelecem os procedimentos a ser observados nesse caso, como a citação do réu para comparecimento à audiência de conciliação, seguindo-se, a partir de então, pelo rito normal do processo de conhecimento.

Se for negada, no entanto, a tutela, ao autor caberá emendar a inicial, no prazo de cinco dias, sob pena de seu indeferimento – art. 303, §6º, do CPC.

Outra inovação que merece destaque é a previsão, pelo legislador, no novo código, da possibilidade de estabilização dos efeitos da tutela antecipada deferida em caráter antecedente, se não houver recurso da outra parte. É o que dispõe o seu art. 304:

A tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso.

Atente-se que apenas a tutela antecipada em caráter antecedente poderá ser estabilizada, inexistindo previsão equivalente quando se tratar da tutela cautelar, ainda que concedida na forma antecedente e quando a tutela antecipada for requerida e deferida incidentalmente.

No entanto, vale destaque ao entendimento de Marinoni, segundo o qual, “ao admitir a estabilização da tutela antecipada requerida na forma antecedente, o art. 304 aceitou impli-

9 Código de Processo Civil anotado / José Rogério Cruz e Tucci ... [et. al.]. – ed. – Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2016, pág. 304.

tamente a estabilização da tutela antecipada requerida na petição inicial da ação regularmente proposta”, contanto que seja deferida “inaudita altera parte”.¹⁰

O fato é que, não havendo recurso contra a decisão que defere a tutela antecipada em caráter antecedente, o processo será extinto, tornando estável os seus efeitos, que somente poderão ser afastados por outra ação, a ser ajuizada pela parte no prazo de até dois anos contados da ciência da decisão que extinguiu o processo.

Tanto Marinoni quanto Didier entendem que não ocorrerá a estabilização dos efeitos da tutela, caso o réu, mesmo não recorrendo da decisão, apresente defesa ou pedido de reconsideração, ou qualquer medida processual que indique a sua resistência à pretensão.

Assim, segundo os referidos autores, para que haja a estabilização, deve haver total inércia do réu. Acredita-se que nesse sentido se posicionará a jurisprudência.

O mais interessante é que, apesar de os efeitos da decisão que defere a tutela antecipada em caráter antecedente estarem passíveis de estabilização, o CPC dispõe, expressamente, que essa decisão não faz coisa julgada material, conforme o §6º, do art. 304, do referido Diploma.

Isso quer dizer que a decisão que defere a tutela antecipada poderá ser objeto de outra ação proposta pela parte, não vinculando o julgador, que poderá, mediante cognição exauriente ou até mesmo sumária, decidir em sentido oposto, sem que isso represente violação à coisa julgada.

O que extraímos dessa ressalva no texto legal é que a estabilização dos efeitos da decisão que defere a tutela antecipada em caráter antecedente não foi estabelecida como forma de punir o réu inerte, mas como meio de tornar mais célere a solução de determinadas lides, em que, efetivamente, o réu não tenha interesse em se resistir ou, de alguma forma, concorde com o provimento jurisdicional.

Cite-se o exemplo do professor Didier, em que uma universidade recusa-se a matricular o aluno que não possui diploma de conclusão de ensino médio, por exigência do MEC. Poderá haver decisão de tutela antecipada antecedente que reconheça o direito do aluno à matrícula, nesse caso, situação em que, muito provavelmente, não haverá recurso da parte, uma vez que a recusa da universidade ocorreu tão somente em razão de exigência do MEC.

Há de se considerar, entretanto, a possibilidade de o autor ter interesse em prosseguir com o processo, caso pretenda tutela final mais ampla do que aquela que foi requerida antecipadamente, ou caso queira dar força de coisa julgada material à decisão, o que somente é possível em tutela definitiva após cognição exauriente.

De acordo com Didier, “se o autor tiver intenção de dar prosseguimento ao processo, em busca da tutela definitiva, independentemente do comportamento do réu frente a eventual decisão concessiva de tutela antecipada antecedente, ele precisa dizer isso expressamente já na sua inicial”¹¹.

Sobre a estabilização dos efeitos da decisão que defere a tutela antecipada em caráter antecedente, é importante ressaltar que, não fazendo coisa julgada material, como previu expressamente o legislador, é evidente que não caberá ação rescisória para desconstituí-la, por ausência de requisito essencial para o seu cabimento.

Por conseguinte, inexistindo coisa julgada material, nada obstará que qualquer das partes ajuíze ação autônoma para deduzir pedido oposto ou que, de alguma forma implique a cessação dos efeitos da tutela antecipada estabilizada, mesmo se ultrapassados os dois anos para o ajuizamento da ação disposta no §2º, do art. 304, do CPC.

O prazo de dois anos, portanto, é para ajuizamento de ação com único objetivo de reformar ou modificar a tutela antecipada estabilizada, e não para discutir o direito que lhe deu ensejo.

É evidente que não há jurisprudência sobre o tema, por enquanto, já que menos de dois anos se passaram desde a entrada em vigor do novo código. Entretanto, vale mencionar o entendimento de Luiz Guilherme Marinoni sobre o assunto:

10 Marinoni, Luiz Guilherme. Tutela de urgência e tutela de evidência / Luiz Guilherme Marinoni. – 1. Ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. Pág. 235.

11 Didier jr., Fredie. Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 11. Ed. – Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016, pág. 619.

“Contudo, como a passagem do prazo de dois anos para o exercício do direito de revisão da tutela estabilizada não faz surgir coisa julgada, a questão jurídica decidida enquanto prejudicial à concessão da tutela não só pode voltar a ser analisada enquanto pedido ou mesmo como questão prejudicial à formulação de pedido em ação de cognição exauriente, como também pode permitir decisão inversa ou contrária sem que se possa falar em violação de coisa julgada”¹².

Continuando a análise sobre as tutelas provisórias no novo código, cumpre verificar que a tutela cautelar também pode ser requerida na forma antecedente, assemelhando-se, neste aspecto, com o processo cautelar que era previsto no ordenamento revogado, distinguindo-se apenas que, pelo NCPC, o pedido principal deverá ser formulado nos próprios autos.

A cautelar antecedente, na égide do novo CPC, é a primeira fase do processo em que se discutirá o pedido principal. Note-se que as fases desse processo único possuirão objetos completamente distintos: no primeiro, que é a cautelar antecedente, se discutirá apenas o perigo de dano ao direito que se pretende assegurar e que será objeto da lide principal, bem como a probabilidade desse direito (requisito geral contido no art. 300); na segunda, se discutirá o direito propriamente dito.

Ressalte-se que, por essa razão, o julgamento de um dos procedimentos não deverá vincular ou interferir no julgamento do outro.

Deferida e efetivada a tutela cautelar, o autor deverá apresentar o pedido principal, nos próprios autos, no prazo de 30 dias, sob pena de cessação de seus efeitos (artigos 308 e 309, I, do CPC/2015).

O legislador, ao prever a apresentação do pedido principal nos próprios autos, buscou simplificar a sua forma, em que pese, na prática, possa haver confusão, considerando que se trata de procedimentos naturalmente distintos, com causa de pedir e pedidos completamente diferentes entre si.

O §2º, do art. 308, do CPC, possibilita, ao demandante, o aditamento da causa de pedir da ação quando for apresentado o pedido principal, o que, data vênia, parece-nos estranho, uma vez que a causa de pedir da tutela cautelar não se confunde com a causa de pedir da tutela do direito que se quer acautelar.

Ora, no primeiro procedimento, o autor deve se limitar a demonstrar a existência do perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, bem como a probabilidade do direito que se quer assegurar, enquanto que, no segundo, o risco de dano já não é mais objeto da causa de pedir, que se circunscreverá aos fundamentos que amparam a pretensão final do demandante.

Vale registrar a crítica de Luiz Guilherme Marinoni ao reportado dispositivo:

O §2º do art. 308 diz que “a causa de pedir poderá ser aditada no momento da formulação do pedido principal”. Trata-se obviamente de regra mal redigida, uma vez que, ao contrário do que ocorre na hipótese de tutela antecipada, aqui não há busca de uma mesma tutela de direito nem apenas uma causa de pedir da ação principal¹³.

Verificamos, na obra estudada, que o referido doutrinador continua lecionando que, após a efetivação da cautelar, o demandante deverá propor a “ação principal”, deixando evidente que se trata de pedidos e causa de pedir completamente distintos daqueles apresentados quando formulado o pleito cautelar, em que pese, pelo novo CPC, tudo deva ocorrer nos mesmos autos.

Diante das particularidades especiais das muitas demandas judiciais que existem no nosso sistema, certamente surgirão dúvidas sobre como proceder, caso o pedido principal seja apresentado em ação autônoma à ação cautelar, ou seja, em autos apartados, em detrimento da disposi-

ção legal, conforme estabelece o art. 309, I, do CPC. Nesse caso, cessar-se-á a eficácia da tutela cautelar por inobservância do disposto no art. 308, do CPC?

Pensamos que não. Nesse sentido, destacamos trecho do julgamento proferido pela Quinta Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça da Bahia, em Acórdão da Relatoria do Eminentíssimo Desembargador Baltazar Miranda Saraiva:

“Constata-se que a atuação da Rescisória se deu de forma apartada, quando, nos termos do Art 308 do CPC, deveria se dar nos mesmos autos da Cautelar Antecedente. Contudo, tal equívoco não deve ser atribuído ao Autor. Ora, a tutela cautelar requerida em caráter antecedente foi concedida ao Autor e este, no prazo disposto no art 308 do NCPC, propôs a rescisória com o pedido principal.

Observe-se que a atuação equivocada poderia ser corrigida a qualquer tempo, desentranhando-se a petição de Ação Rescisória e os documentos que lhe seguem, dando baixa nesta distribuição para que os mesmos fossem encartados nos autos da Cautelar. Porém, a norma citada foi prevista pelo legislador como procedimento que visa facilitar o manejo e julgamento do pedido principal na busca por um processo sincrético e não deve ser alegado para dificultar o julgamento da mesma. Destarte, em obediência ao Princípio da Primazia da Decisão de Mérito tão valorizado pelo mesmo Código, não há razão para a relevância à dita formalidade neste momento. Seria formalismo exarcebado.

Resta incontestado que o pedido principal fora realizado e que há, nos autos da Cautelar, todos os documentos essenciais à propositura da presente Rescisória.

Destarte, afasto a preliminar agüida.”

(Classe: Ação Rescisória, Número do Processo: 0017392-79.2016.8.05.0000, Relator(a): Baltazar Miranda Saraiva, Quinta Câmara Cível, Publicado em: 13/05/2017)

Continuando a tratar da tutela cautelar antecedente, note-se que o pedido principal somente deverá ser formulado se a tutela for deferida e efetivada, diferentemente do que ocorre com a tutela antecipada requerida em caráter antecedente, na qual, ainda que haja o indeferimento, o autor precisará aditar (o CPC fala em emendar) a inicial – art. 303, §6º.

Destarte, indeferida ou não efetivada a tutela cautelar, o pleito principal poderá ser novamente proposto em ação autônoma. Se deferida e cessada por qualquer motivo, o autor não poderá renovar o pedido sob o mesmo fundamento.

Por fim, no título III, do livro pertinente às tutelas provisórias, o legislador regulamentou a denominada tutela da evidência.

Como visto, essa modalidade de tutela já existia no CPC/1973, no art. 273, II, que autorizava o julgador a antecipar os efeitos da tutela caso configurado o abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu.

Essa hipótese foi repetida pelo legislador no art. 311, do CPC/2015, que também estabeleceu mais três situações que autorizam a sua concessão. Destaca-se o inteiro teor do mencionado dispositivo:

Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:

- I - ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte;
- II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documental e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;
- III - se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa;
- IV - a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.

12 Marinoni, Luiz Guilherme. Tutela de urgência e tutela de evidência / Luiz Guilherme Marinoni. – 1. Ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. Pág. 246.

13 Marinoni, Luiz Guilherme. Tutela de urgência e tutela de evidência / Luiz Guilherme Marinoni. – 1. Ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. Pág. 263.

Lendo-se o *caput* do artigo legal, percebe-se que a tutela da evidência não se fundamenta em urgência, ou seja, prescinde da demonstração de perigo ou risco ao resultado útil do processo, fato principal que a diferencia das outras duas modalidades de tutelas provisórias.

Esclarecedores são os comentários ao referido dispositivo, feitos por André Luiz Bauml Tesser¹⁴:

Tal forma era cabível sempre que se caracterizasse o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu. Mas a nova lei prevê agora outras circunstâncias nas quais se autoriza a antecipação, consoante os incisos do art. 311 do referido diploma legal. Em síntese, o que a tutela de evidência assegura é a realização desde logo do direito provável ainda que este não esteja em risco. Faz-se assim uma clara e válida opção em relação ao peso do tempo no processo. Os quatro incisos aplicam-se nas situações em que, guardadas suas peculiaridades, tenham em comum a inconsistência da defesa do réu.

De acordo com o artigo 311, acima transcrito, são quatro as hipóteses de concessão da tutela da evidência. A primeira, quando for configurado o manifesto intuito protelatório do réu ou abuso do direito de defesa.

Tal disposição, como visto, não é novidade no nosso ordenamento jurídico. Revela caráter punitivo ao réu, quando a defesa se mostrar inconsistente, quando desenvolver teses manifestamente descabidas, ou quaisquer outros atos que revelem a sua única intenção de postergar a solução final do processo.

Quis o legislador, além de punir o réu por sua conduta desleal, dividir os ônus da duração do processo entre as partes, de forma equilibrada, de modo a não prejudicar o autor que venha a demonstrar a probabilidade do seu direito, diante de uma defesa inconsistente ou requerimentos infundados do réu.

Fredie Didier, no entanto, entende que esse instituto tem pouca utilidade, considerando que o juiz tem, ao seu alcance, outros meios punitivos ao réu que age com manifesto intuito protelatório ou abuso do direito de defesa, sendo que o nosso ordenamento jurídico veda dupla punição pelo mesmo fato. Destaca-se:

Conclui-se que o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu, em muitas situações, pode acabar conduzindo a um julgamento antecipado de mérito e, não, a uma tutela provisória. Assim, a grande utilidade da antecipação provisória dos efeitos da tutela, nesses casos, reside na possibilidade de afastar o efeito suspensivo da apelação, conferindo-se eficácia imediata à sentença.¹⁵

A segunda hipótese de incidência da tutela da evidência, prevista no art. 311, do NCPC, se verificará quando as alegações do autor forem demonstradas por prova documental e já houver tese firmada em sede de recursos repetitivos ou em súmulas vinculantes.

Didier e Marinoni observam que, em que pese o legislador tenha-se referido apenas a teses firmadas em sede de repetitivos e súmulas vinculantes (STF), deve-se estender a sua aplicabilidade quando houver precedentes obrigatórios de outros Tribunais Superiores ou do próprio Tribunal, o que decorre de uma interpretação sistêmica do Código.

A terceira hipótese para concessão da tutela da evidência ocorrerá quando houver pedido de entregar coisa decorrente de contrato de depósito fundado em prova documental. Veja-se que o inciso III, do art. 311, expressamente determina que a tutela, nesse caso, será concedida por ordem de entrega do objeto, sob pena de multa.

14 Código de Processo Civil anotado / José Rogério Cruz e Tucci ... [et. al.], – ed. – Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2016, pág. 311.

15 Didier jr., Fredie. Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 11. Ed. – Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016, pág. 637.

Contrário sensu, não caberá a aplicação da tutela da evidência caso haja pretensão ressarcitória em pecúnia, ou de conversão da obrigação em perdas e danos, para o que necessariamente deverão ser produzidas outras provas que não somente a documental.

Por fim, a última hipótese de concessão da tutela da evidência vem prevista no inciso IV, do art. 311, e se relaciona a situações em que o direito do autor esteja suficientemente demonstrado por prova documental que não seja afastada por contraprova do réu, a ponto de gerar dúvida razoável.

Deve-se observar que, nesses casos, não deve haver necessidade de produção de outras provas, ou de que o réu não requeira a produção de outras provas além da documental já apresentada.

Fredie Didier critica também essa previsão legal, pontuando que a tutela da evidência, nesse caso, se revestirá de tutela definitiva, já que se confundirá com as hipóteses de julgamento antecipado do mérito (art. 355, I, do CPC). Vale a pena destacar:

O problema agrava-se se pensarmos que, assim, sempre que o julgamento antecipado do mérito for pela procedência do pedido do autor, seria possível cogitar uma tutela provisória, que eliminaria o efeito suspensivo da apelação – talvez seja a única utilidade do dispositivo.¹⁶

São essas nossas breves considerações sobre as tutelas provisórias no novo código de processo civil.

Com isto, pode-se extrair que o legislador, ao disciplinar as tutelas provisórias, buscou concretizar os princípios gerais que devem nortear o processo, quais sejam, da sua duração razoável, do dever de cooperação, do direito à decisão efetiva e justa e do tratamento igualitário das partes quanto aos direitos, deveres e ônus processuais, conforme dispõem os artigos 6º e 7º do mencionado diploma legal.

16 Didier jr., Fredie. Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 11. Ed. – Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016, pág. 642.

A TRANSMISSIBILIDADE DA CLÁUSULA ARBITRAL DIANTE DA CESSÃO DE POSIÇÃO CONTRATUAL



por Tício Spínola Gomes¹

Palavras-chave: Arbitragem; Contratos; Cláusula compromissória; Cessão de posição contratual; Autonomia da cláusula arbitral.

Keywords: Arbitration; Contracts; Arbitration clause; Assignment of contract rights; Autonomy of the arbitration agreement.

Resumo: Este artigo analisa a situação da cláusula compromissória diante da ocorrência de uma cessão de posição contratual para alguém estranho ao contrato, com base na lei brasileira de arbitragem. São enfrentadas questões relativas à autonomia e forma da cláusula compromissória, bem como às diversas formas de cessão. Para isso, foi feito um levantamento de bibliografia nacional e estrangeira sobre o tema e consultada a legislação pertinente.

Abstract: This paper analyzes the situation of the arbitration clause in the context of the assignment of contract rights for third parties, based on the Brazilian Arbitration Law. The addressed issues relate to the autonomy and form requirement of the arbitration clause, as well as the various forms of assignment. To achieve this goal, done a survey of domestic and foreign literature on the matter and consulted the relevant legislation.

SUMÁRIO: 1. Introdução à circulação dos contratos; 2. Disciplina jurídica da cessão de posição contratual; 3. A transmissibilidade da cláusula arbitral inserta no contrato que circulou; 4. A questão da autonomia da cláusula compromissória; 5. O problema da forma da cláusula compromissória; 6. A arbitragem diante da cessão sem liberação do cedente; 7. Resolução de conflitos decorrentes de cessão imprópria; 8. Conclusão.

1 - INTRODUÇÃO À CIRCULAÇÃO DOS CONTRATOS

A transferência negocial, por uma das partes contratuais (cedente), com consentimento do outro contraente (cedido), para um terceiro (cessionário), do complexo de posições ativas e passivas criadas por um contrato² é plenamente admissível. Trata-se da figura conhecida popularmente como cessão de contrato.

Em bom rigor técnico, o que ocorre é a *cessão de posição contratual*, uma vez que o cessionário substitui o cedente em todo o bloco de relações jurídicas inerentes ao negócio. Por exemplo, quando um locatário (cedente) resolve transmitir a locação para outra pessoa (cessionário) e obtém a anuência do locador (cedido), esse terceiro passará a ser o locatário. Realizada a operação, em regra, o cedente estará liberado da relação contratual³.

O contrato, sendo valor econômico, pode ser transferido como uma coisa. Podemos falar no fenômeno da circulação do contrato. Essa ideia é que inspira a operação de cessão. Por meio dela, ocorre a total transferência, na sua unidade orgânica, das obrigações e direitos da parte do cedente. Não se confunde com a cessão de débito nem com a cessão de crédito. Na cessão de posição contratual, alguém que não participou do momento de formação entra na relação jurídico-contratual para substituir uma das partes primitivas⁴.

1 Professor de Direito Civil da Universidade Federal da Bahia - UFBA e Assessor de Desembargadora no TJBA. Doutor em Direito Civil pela Universidade de São Paulo - USP. Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia - UFBA. E-mail: teciogomes@gmail.com

2 MOTA PINTO, Carlos Alberto da. Cessão da posição contratual. Coimbra: Atlântida, 1970. P. 71-72.

3 DAUD, Fuad José. Transmissão de contrato. São Paulo: Referência, 2006. P. 57.

4 GOMES, Orlando. Contratos. 26 ed. Edição atualizada por Antônio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescen-

Realiza-se, mediante um simples ato, o mesmo objetivo que teria exigido uma multiplicidade de contratos para a sua consecução. Seriam várias as etapas a serem vencidas para desfazer o contrato original e estabelecer um novo, de conteúdo idêntico, mas com a mudança subjetiva em um dos polos do negócio. A economia que essa figura oferece é evidente. Na praxe jurídica, seu emprego é mais frequente nos contratos de longa duração, de locação, de mútuo e de compra e venda.

A aceitação da figura contribui decisivamente para diminuir os chamados custos de transação de muitos negócios. Confere agilidade e segurança à saída de uma pessoa de uma relação contratual em que não deseja mais permanecer, com a entrada simultânea de outra pessoa em seu lugar, permitindo a continuidade do negócio para a parte primitiva que continuava interessada.

2 - DISCIPLINA JURÍDICA DA CESSÃO DE POSIÇÃO CONTRATUAL

A cessão de posição contratual não é uma figura recente e está presente no Direito de diversos países. Atualmente, dentre as nações que fazem parte da tradição da *civil law*, a grande maioria admite a utilização do instituto, mesmo que a figura não esteja positivada expressamente no ordenamento jurídico. Com base na regulação pertinente, o argentino Mario Carrer dividiu os sistemas jurídicos em três grupos: (I) sistemas de regulação expressa da cessão; (II) sistemas de admissão implícita desse instituto e (III) outros sistemas em que a admissibilidade da figura suscita debates⁵.

Dentre as legislações que consagram a regulação expressa, sobressai o *Codice Civile* italiano de 1942, por seu caráter inovador. Foi o primeiro código a regular expressamente a cessão de posição contratual, o que fez por meio dos arts. 1406 a 1410. As grandes codificações civis anteriores, o *Code* francês e o BGB alemão, nada traziam sobre o tema. Sob nítida influência italiana, duas décadas depois, o Código Civil português de 1966 trouxe um detalhado regramento acerca dessa figura, nos arts. 424 a 427. Mesmo considerando que esses códigos são anteriores ao projeto do atual Código Civil brasileiro, proveniente da década de 1970, o legislador de 2002 optou por não positivar a figura. O Brasil pertence ao grupo de países que admitem, de forma implícita, a cessão como decorrência da liberdade de contratar. A adoção desse instituto pela doutrina e jurisprudência pátria é antiga, como já noticiava Dimas de Oliveira Cesar em 1954⁶.

A positivação da cessão é uma mera opção legislativa e não significa que a figura tenha menor prestígio nos ordenamentos que a admitem implicitamente. Essa opção nem sequer é estanque. Na Argentina, por exemplo, a figura é amplamente aceita há muito tempo e o código civil anterior, conhecido como Código Sarsfield, não trazia nenhuma disposição sobre o tema. Já o recente Código Civil e Comercial argentino de 2014⁷, trata do assunto no capítulo 27 "*Cesión de la posición contractual*" e consagrou minudente disciplina do instituto nos arts. 1636 a 1640.

Seja como for o regramento, implícito ou explícito, a cessão de posição contratual permite a estabilidade dos contratos de longa duração e a manutenção de contratos que poderiam ser extintos por iniciativa da parte que desejava sair, possivelmente gerando conflitos. Para a aplicação da figura, o contrato cedido precisa ser sinalagmático e contar com prestações que não tenham sido satisfeitas, no todo, pelo contratante. Explica-se: nos contratos unilaterais ou nos contratos cujo objeto foi esgotado por alguma das partes, só pode ocorrer a cessão de débito ou crédito. É inerente à cessão de posição contratual a transferência global do conjunto de créditos e débitos de uma parte.

zo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2008. P. 175.

5 CARRER, Mario. *Cesión de posición contractual*. Córdoba: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2000. P. 43-47.

6 CESAR, Dimas de Oliveira. *Estudo sobre a cessão do contrato*. 1954. 107 f. Tese (Livre docência em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. 1954. P. 11.

7 O novo código argentino, elaborado por uma comissão presidida pelo jurista Ricardo Lorenzetti, foi promulgado em 08 de outubro de 2014 e entrou em vigor no dia 1º de agosto de 2015. Sobre o tema específico da cessão de posição contratual, muitas das críticas dirigidas por Mário Carrer ao projeto original de código unificado foram incorporadas ao texto aprovado. Sobre o tema, CARRER, Mario. Op. Cit. 171-176.

É possível verificar duas grandes linhas de compreensão do fenômeno debatido. A construção *atomística* leva em consideração cada elemento da relação contratual individualmente considerado. Para os seguidores dessa linha de raciocínio, que decompõe a posição contratual da parte, o que ocorre é o simples somatório da cessão de todos os créditos com a assunção de todos os débitos de determinada parte do contrato. Essa visão implica na negação da autonomia da cessão de posição contratual. Já para a doutrina *unitária*, que hoje prevalece e é aqui sustentada, a concepção fragmentária é equivocada. Não existe a necessidade dessa acumulação de manifestações de vontades. A operação é única e considera em bloco o feixe de direitos e obrigações contidos na posição contratual. A vontade, nesse caso, é direcionada para a transmissão integral dessas posições jurídicas, o que acarreta na autonomia da figura⁸.

O italiano Enzo Roppo tem uma posição peculiar que sintetiza bem a figura da cessão de posição contratual. Para ele, esse tipo de cessão traduz um contrato sobre outro contrato. Ilustrando a ideia de forma precisa, o civilista sustenta que se trata de um “contrato de segundo grau”⁹.

3 - A TRANSMISSIBILIDADE DA CLÁUSULA ARBITRAL INSERTA NO CONTRATO QUE CIRCULOU

Uma questão extremamente relevante no estudo da circulação dos contratos, mas pouco enfrentada pela doutrina brasileira, é a situação da cláusula compromissória diante da ocorrência de cessão de posição contratual. Com fundamento no *caput* do art. 4º da Lei nº 9.307/96, “a cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato”. Não regula nenhuma posição de direito material. O problema todo é saber se a cessão de posição contratual opera a transferência apenas de posições materiais ou também transmite o meio eleito como mais adequado para a solução de eventuais controvérsias pelas partes originárias do contrato. É importante ter em mente que o relevo da questão é devido ao fato de que a arbitragem é sempre uma opção das partes, que escolhem outorgar jurisdição aos árbitros. Não existe, no Brasil, nenhuma hipótese de arbitragem obrigatória.

Uma cláusula contratual que não regula posições materiais, a princípio, soa estranha. Por isso, é essencial inquirir a sua natureza jurídica. Considerando que a cláusula compromissória firma a vontade das partes de submeter eventuais litígios à arbitragem, ela na verdade atrai todo o regramento da Lei nº 9.307/96 para a solução de eventuais litígios. Por isso, parece que o mais correto é enquadrar a cláusula arbitral como negócio jurídico processual, uma vez que é um fato jurídico voluntário, em cujo suporte fático foi conferido às partes, nos limites da lei de arbitragem, o poder de escolher esse meio de solução de conflitos, que traduz o regramento de uma situação jurídica processual¹⁰. A origem dessa concepção é germânica e há setores da doutrina arbitralista que discordam veementemente da concepção. Não se concorda, por exemplo, com o posicionamento de Elena Zucconi Fonseca, que sustenta que a natureza da cláusula compromissória é simplesmente contratual¹¹.

Diante da construção *unitária* da cessão de posição contratual, que concebe a autonomia da figura com fundamento na ocorrência de uma transmissão integral de posições jurídicas titularizadas pela parte, não faz sentido qualquer discriminação entre as cláusulas materiais e a cláusula arbitral, que traduz um negócio jurídico processual. A menos que haja uma ressalva expressa, a cessão é integral e tudo é transmitido.

A transmissibilidade da cláusula compromissória parece ser um ponto consensual na doutrina que tratou do tema. Pedro Batista Martins afirma que “ao cessionário, também, impõem-se os efeitos do compromisso ou da cláusula arbitral, salvo se excetuado no ato negocial de trans-

missão”¹². Na mesma linha, Luis Guerrero sustenta que, já que a cessão é contratual, não existem razões para afastar a manifestação de vontade para arbitrar, presente no contrato cedido, salvo diante da existência de ressalva que suprima a cláusula compromissória ou altere o seu conteúdo¹³. Nathalia Mazzonetto também vai no mesmo sentido, explicando que o cessionário só é terceiro estranho à cláusula compromissória até ingressar na relação jurídica, afinal ele assume o posto do cedente e vira verdadeira parte¹⁴.

No Direito Italiano, Elena Zucconi Fonseca sustenta que, respeitado o requisito de forma, a cláusula compromissória é transmitida automaticamente na cessão de posição contratual¹⁵. Essa parece ser a lógica do sistema. A menos que sejam apresentadas ressalvas expressas ou esteja presente qualquer contrariedade aos requisitos formais que a lei impõe para a cláusula compromissória, ela será transmitida em conjunto com as outras posições jurídicas de direito material presentes no contrato cedido.

Diante dos requisitos¹⁶ da cláusula compromissória impostos pela Lei nº 9.307/96, é possível vislumbrar diversas questões relativas à transmissibilidade da cláusula arbitral. As questões mais relevantes serão analisadas nos tópicos subseqüentes.

4 - A QUESTÃO DA AUTONOMIA DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA

O *caput* do art. 8º da lei de arbitragem é claro ao dispor que “A cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserta, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória”. No parágrafo único, é disposto que “caberá ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória”. O artigo define e fixa os limites da autonomia da cláusula compromissória.

O termo *autonomia* poderia levar, em análise apressada, à falsa percepção de que a lei tornaria independente a cláusula compromissória do contrato, de forma que a cessão de posição contratual não implicasse a transmissão da opção pela arbitragem. Não é verdade. A lei não impõe, em nenhum artigo, a obrigatoriedade de dupla manifestação da vontade. Dito isso, não é necessária uma cessão do contrato e outra cessão da cláusula compromissória.

O sentido de autonomia empregado no texto normativo é outro. Carlos Alberto Carmona esclarece que a lei permitiu “a autonomia da cláusula, embora não ignore que, em diversas situações, as causas de nulidade (e de anulabilidade) tanto do contrato principal quanto da cláusula possam ser as mesmas, já que ambos os pactos podem ter sido gerados conjuntamente, padecendo dos mesmos vícios, especialmente no que se refere à declaração de vontade (vícios de consentimento) ou capacidade dos contratantes”¹⁷.

A autonomia conferida pela lei visa preservar o instituto da arbitragem de uma indevida ingerência da justiça estatal. Caso não existisse, qualquer um poderia burlar a opção pela arbitragem ajuizando uma ação judicial questionando a existência, a validade ou a eficácia da convenção de arbitragem ou do contrato que contenha a cláusula compromissória. A lei proíbe esta prática, dotando o árbitro de competência para julgar esse tipo de questão, no parágrafo único do art. 8º.

Nesse ponto, é importante lembrar a conhecida lição de Pontes de Miranda sobre a teoria das nulidades, em que utiliza a expressão “separabilidade” como decorrência do brocardo *utile*

12 MARTINS, Pedro Batista. Cláusula compromissória. In: MARTINS, Pedro Batista; LEME, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto (Coords.). Aspectos fundamentais da Lei de Arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 1999. P. 220

13 GUERRERO, Luis Fernando. Convenção de arbitragem e processo arbitral. 201 f. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. 2008. P. 157.

14 MAZZONETTO, Nathalia. Laspro, Oreste Nestor de Souza (orient). Partes e terceiros na arbitragem. 315 f. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. 2012. P. 271.

15 FONSECA, Elena Zucconi Galli. La convenzione arbitrale rituale rispetto ai terzi. Milão: A. Giuffrè, 2004. P. 442.

16 A expressão é utilizada como requisitos de validade, como proposto em JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. Negócio jurídico: existência, validade e eficácia. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. P. 26.

17 CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo: um comentário à Lei n. 9.307/96. 3. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009. P. 174.

8 Para uma explicação detalhada das posições atomísticas e unitárias, que foge ao escopo deste trabalho, ver MOTA PINTO, Carlos Alberto da. Op. Cit. P. 191-206 e 282-314.

9 ROPPO, Enzo. Il contrato. 2 ed. Milão: Giuffrè, 2011. P. 556.

10 Utiliza-se o conceito de negócio jurídico processual presente em DIDIER JR, Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Teoria dos Fatos Jurídicos Processuais. Salvador: Juspodivm, 2011. P. 58.

11 FONSECA, Elena Zucconi Galli. Op. Cit. P. 49.

*per inutile no vitiatur*¹⁸. No caso da cláusula compromissória, com base em expressa autorização legal, é possível destacar a parte válida da parte inválida, mesmo que a regra geral do Direito dos contratos seja pela inseparabilidade.

Nem sempre a cláusula arbitral será invalidada diante da invalidação do resto do contrato. Por exemplo, a cláusula compromissória teria sua validade preservada em um contrato de cessão de herança de pessoa viva, que é inválido por constituir pacta corvina vedado pelo art. 426 do Código Civil. As posições de direito material do contrato ofenderiam a lei, mas o negócio jurídico processual celebrado pelas partes de resolver os seus litígios por via da arbitragem permaneceria válido e eficaz. Ressalte-se que, pela lei brasileira, a cláusula arbitral é espécie do gênero *convenção arbitral* e possibilita a instauração da arbitragem. Não constitui uma simples proposta.

Em suma, percebe-se que a autonomia da cláusula compromissória, se bem entendida, não obstaculiza a sua transmissão por meio de cessão de posição contratual. Na verdade, a autonomia do art. 8º exerce uma função essencial no sistema, preservando a arbitragem.

5 - O PROBLEMA DA FORMA DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA

Outra questão importante para ser inquirida no contexto da circulação dos contratos é a exigência de forma escrita para a cláusula compromissória. O § 1º do art. 4º da Lei nº 9.307/96 fixa a regra geral de que “a cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira.”. Já o § 2º, trata de regra especial sobre os contratos de adesão, afirmando que neles “a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula”.

Por força desse regramento, a forma da cláusula arbitral não é livre. É necessariamente escrita e, no caso dos contratos de adesão, precisa ser revestida das formalidades adicionais previstas no § 2º, sendo possível designá-la como “forma escrita qualificada”. O Código Civil, no art. 166, IV, impõe uma séria consequência para o descumprimento do preceito, uma vez que torna nulo qualquer negócio jurídico que não revestir a forma prescrita em lei.

Para propiciar uma interpretação sistemática, vale mencionar alguns outros casos em que o ordenamento brasileiro prevê a obrigatoriedade de forma escrita: fiança (art. 819 do CC – A fiança dar-se-á por escrito, e não admite interpretação extensiva); concessão comercial (Art. 20, da Lei Ferrari nº 6.729/79 – A concessão comercial entre produtores e distribuidores de veículos automotores será ajustada em contrato que obedecerá forma escrita...) e franquia (art. 6º, da Lei 8.955/94 – O contrato de franquia deve ser sempre escrito...). Em todas essas situações, a solução assente para infração da forma é a nulidade do art. 166, IV do Código Civil. Dito isso, não faz sentido sustentar que o regime jurídico seria diferente para a forma cláusula compromissória, uma vez que a lei de arbitragem, apesar de especial, não faz qualquer menção a uma consequência distinta. Cláusula compromissória que não for revestida de forma escrita é nula.

A questão formal gera especial interesse, pois a parte material do contrato cedido pode ter forma livre, enquanto a forma da cláusula compromissória sempre deve ser escrita. Apesar de não existirem regras expressas sobre a cessão de posição contratual no Brasil, prevalece o entendimento esposado no art. 425 do Código Civil Português de que “a forma da transmissão, a capacidade de dispor e de receber, [...] definem-se em função do tipo de negócio que serve de base à cessão.”. Isso posto, é válido e eficaz ceder um contrato de prestação de serviços por forma oral, já que a forma dele é livre. Se o instrumento original contiver uma cláusula compromissória, esta não será transmitida e não valerá em relação ao cessionário, já que a lei exige que seja por escrito.

O ideal é que toda cessão de posição contratual que envolver uma cláusula arbitral seja feita por escrito, mesmo que a espécie contratual cedida não tenha forma prescrita em lei. Ocorre que, muitas vezes, essa precaução não é observada. Nesses casos, a cláusula compromissória será nula. Francisco Cahali sustenta que “uma vez escrita a cláusula, sua aceitação pode ser verbal, tácita ou

18 “No mesmo negócio jurídico, é de ocorrer que uma parte seja nula, e outra, anulável. Então, se separáveis, cada uma se rege por seus princípios próprios. Se há três partes e uma delas nem é nula, nem anulável, a separabilidade permite que a terceira fique a coberto pela regra *Utile per inutile no vitiatur*” - PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de Direito Privado. Tomo IV. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: RT, 2012. P. 117.

presumida, em situações peculiares”¹⁹. Essa seria uma possível solução para a diferença de forma no regime da cessão de contratos com forma livre que incluem cláusula arbitral. Entretanto, diante do rigor do art. 4º, não existem situações peculiares. A cláusula compromissória deve sempre ser revestida de forma escrita e sua cessão, já que segue o mesmo regime, também deve ser escrita.

A única peculiaridade que se consegue vislumbrar, que não tem a ver com validade da cláusula no momento da cessão, mas, sim, com sua preservação diante de um comportamento posterior, é a questão do *comportamento concludente*. Mesmo que a cessão não seja revestida de forma escrita, cabe ao cessionário alegar a invalidade. Se ele assina o termo de arbitragem, apresenta defesa e dá andamento ao procedimento sem fazer qualquer ressalva à invalidade da cláusula arbitral, não será lícita a pretensão de invalidação do laudo arbitral em momento posterior. Vale lembrar que, por força da autonomia do art. 8º, o árbitro é que tem competência para julgar a nulidade do contrato ou da cláusula de arbitragem.

A ideia foi sintetizada com precisão pelo Ministro Menezes Direito, quando atuava no STJ, por ocasião do julgamento da sentença estrangeira contestada – SEC 856 “Tem-se como satisfeito o requisito da aceitação da convenção de arbitragem quando a parte requerida, de acordo com a prova dos autos, manifestou defesa no juízo arbitral, sem impugnar em nenhum momento a existência da cláusula compromissória.”²⁰

6 - A ARBITRAGEM DIANTE DA CESSÃO SEM LIBERAÇÃO DO CEDENTE

A cessão de posição contratual, em regra, libera o cedente. Ele passa a ser um estranho à relação contratual. Acontece que é possível que a cessão ocorra sem a liberação do cedente, pois o cedido não anuiria, se não fosse assim. Nesses casos, essa situação fica necessariamente consignada no ato da cessão, o que afasta qualquer inquirição relativa ao problema da forma. O cessionário figura como devedor principal e o cedente responde apenas de modo subsidiário, mas ainda permanece como parte no contrato²¹.

A questão que se enfrenta é saber se, diante da cessão sem liberação do cedente, a cláusula compromissória abarca apenas o cessionário, apenas o cedente, os dois ou ninguém. É um problema relativo ao alcance subjetivo da cláusula compromissória.

A solução parece estar no começo do *caput* do art. 4º da Lei nº 9307/96: “A cláusula compromissória é a convenção através da qual *as partes em um contrato* comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios...”. Uma vez que a cessão sem liberação tem o condão de tornar o cessionário parte do contrato e fazer com que o cedente também permaneça nessa condição, mesmo que apenas com responsabilidade subsidiária, ambos estão abrangidos pelo alcance subjetivo da cláusula compromissória. O texto normativo é claro ao dispor que as partes do contrato ficam vinculadas à arbitragem. A menos que tenham apostado ressalvas, cedente e cessionário são partes, logo estão vinculados. A lei não faz qualquer distinção entre devedores principais e subsidiários, por isso qualquer interpretação nesse sentido seria incorreta.

7 - RESOLUÇÃO DE CONFLITOS DECORRENTES DE CESSÃO IMPRÓPRIA

A chamada cessão imprópria apresenta outra questão relevante para o tema em estudo. Nos casos em que a cessão de posição contratual acontece por determinação da lei e não por vontade, o que ocorre com a cláusula compromissória do contrato originário? É o caso, por exemplo, da sucessão de empresa e dos contratos de locação averbados na matrícula do imóvel, com cláusula de vigência em caso de alienação.

A regra geral, enunciada por Orlando Gomes, é que “a forma imprópria não origina a cessão propriamente dita, mas figura jurídica que se lhe equipara em todos os efeitos”²². O raciocínio é aplicável à disciplina da cláusula compromissória, que também será transmitida nas hipóteses de cessão imprópria dos contratos. É certo que o sujeito figurará como sucessor em determinadas relações jurídicas apenas por imposição legal, mas disso sabia de antemão. Mesmo assim, optou

19 CAHALI, Francisco José. Curso de arbitragem. 3 ed. São Paulo: RT, 2013. P. 121.

20 Ponto 1 da ementa da SEC 856/GB, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Corte Especial, julgado em 18/05/2005, DJ 27/06/2005, p. 203.

21 GOMES, Orlando. Op. Cit. P. 177-178.

22 GOMES, Orlando. Op. Cit. P. 178

por realizar o negócio e por isso não cabe a alegação de que a arbitragem seria obrigatória. Foi a sua vontade que o vinculou. A cláusula compromissória era conhecida e fazia parte, inclusive, do conteúdo econômico da operação pretendida.

A depender dos interesses envolvidos, a existência de uma cláusula compromissória pode valorizar ou desvalorizar determinado ativo contratual. Trata-se de um fator relevante na avaliação dos riscos inerentes ao negócio pretendido. Por isso, a menos que a cláusula compromissória do contrato original expressamente preveja e excepcione a situação de cessão, o sujeito ficará vinculado à arbitragem também nos casos de cessão imprópria de posição contratual.

Exemplo pertinente do quanto afirmado ocorre na sub-rogação do adquirente de estabelecimento empresarial nos contratos firmados para a exploração dele, por força do art. 1.148 do Código Civil de 2002. Qualquer possível interessado no trespasse deve verificar a existência de eventual contrato de exploração do estabelecimento que pretende adquirir e o seu conteúdo, incluindo uma possível cláusula compromissória. Compreendendo adequadamente a ideia de autonomia da cláusula arbitral, não há nenhuma razão para sustentar o destacamento da cláusula compromissória. Ressalvada a possibilidade de estipulação em contrário, toda vez que um contrato de exploração de estabelecimento comercial for transmitido ao adquirente por ocasião do trespasse, a cláusula compromissória nele inserta terá a mesma sorte.

Na seara trabalhista, em relação à sucessão de empresa, os art. 10 e 448 da CLT determinam que modificações na propriedade ou na estrutura jurídica da empresa não afetarão os contratos de trabalho dos respectivos empregados e nem os seus direitos adquiridos. Como esclarece Gilberto Gomes, até mesmo as obrigações trabalhistas de empregados despedidos anteriormente à sucessão são de responsabilidade do empregador sucessor, porque esse passivo continua vinculado à empresa legalmente constituída.²³ Se a inclusão do §4º no art. 4º da Lei de Arbitragem pela Lei nº 13.129 de 2015 não tivesse sido vetada, eventuais cláusulas compromissórias insertas nos contratos de trabalho de administradores e diretores estatutários também seriam transmitidas no fenômeno da sucessão de empresa²⁴. Não haveria qualquer razão para fazer uma distinção entre as posições materiais e a cláusula arbitral.

Fora da esfera trabalhista, toda vez que ocorrer uma modificação na propriedade ou na estrutura jurídica da empresa em que for verificada a transmissão de posições contratuais da parte originária, como nos casos de incorporação e fusão, a cláusula compromissória terá a mesma sorte, a menos que, expressamente, preveja o contrário. Nas hipóteses em que os contratos não são transmitidos, como na incorporação de ações, a cláusula compromissória e todas as obrigações insertas nas avenças só terão eficácia em relação às partes originárias.

Na hipótese de alienação de imóveis locados, a regra de transmissão da cláusula compromissória também se impõe. O art. 8º da Lei nº 8.245/91 dispõe que o adquirente deve respeitar o contrato de locação se este for por tempo determinado e contiver cláusula de vigência em caso de alienação. Além disso, a lei também elenca, como requisito, que o contrato deve estar averbado junto à matrícula do imóvel. Diante da publicidade que ostenta o registro público, não é lícito ao adquirente alegar o desconhecimento da existência do contrato ou de seu conteúdo, incluindo eventual cláusula arbitral. Se o adquirente não quiser tolerar a locação ou se submeter à arbitragem, não deve comprar o imóvel.

O fundamento da transmissão da cláusula arbitral é a construção *unitária*. Nos casos de cessão própria, uma vez que o cessionário manifestou a vontade de ter para si a integralidade do contrato, tudo é transmitido para ele, inclusive o negócio jurídico processual consubstanciado na cláusula arbitral. O mesmo raciocínio, de modo adaptado, é aplicável aos casos de cessão imprópria. A construção também se demonstra unitária. Ao praticar o ato pretendido, a exemplo da aquisição de um imóvel, o sujeito sabe que, por força de lei, deverá respeitar integralmente algum outro contrato, como a locação. Não só o conteúdo material do contrato será transmitido, como

23 GOMES, Gilberto. Sucessão de empresa. São Paulo: LTr, 1994. P. 55.

24 Na seara trabalhista, o fenômeno poderá ocorrer a partir do início da vigência do art. 507-A da Consolidação das Leis do Trabalho, introduzido pela Lei 13467/2017, que possibilita a utilização da arbitragem para alguns contratos individuais de trabalho.

também os possíveis negócios jurídicos processuais nele inseridos, como a cláusula de eleição de foro e a cláusula arbitral.

8 - CONCLUSÃO

Como visto, a regra geral é que a cláusula compromissória é transmitida quando ocorre a cessão de posição contratual. Mesmo nas hipóteses de cessão imprópria, a regra se mantém. A autonomia do art. 8º da Lei de Arbitragem não constitui um empecilho nem exige uma manifestação de vontade à parte. A transmissão apenas não ocorrerá nas hipóteses em que houver ressalva expressa ou não for respeitada a forma exigida em lei para a cláusula arbitral.

REFERÊNCIAS

- AYNÈS, Laurent. *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*. Paris: Economica, 1984.
- CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*. 3 ed. São Paulo: RT, 2013.
- CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei n. 9.307/96*. 3. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009.
- CARRER, Mario. *Cesión de posición contractual*. Córdoba: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2000.
- CESAR, Dimas de Oliveira. *Estudo sobre a cessão do contrato*. 1954. 107 f. Tese (Livre docência em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. 1954.
- DAUD, Fuad José. *Transmissão de contrato*. São Paulo: Referência, 2006.
- DIDIER JR, Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Teoria dos Fatos Jurídicos Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2011.
- FONSECA, Elena Zucconi Galli. *La convenzione arbitrale rituale rispetto ai terzi*. Milão: A. Giuffrè, 2004.
- GOMES, Gilberto. *Sucessão de empresa*. São Paulo: LTr, 1994.
- GOMES, Orlando. *Contratos*. 26 ed. Edição atualizada por Antônio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- GUERRERO, Luis Fernando. *Convenção de arbitragem e processo arbitral*. 201 f. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. 2008.
- JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- MARTINS, Pedro Batista. *Cláusula compromissória*. In: MARTINS, Pedro Batista; LEME, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto (Coords.). Aspectos fundamentais da Lei de Arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- MAZZONETTO, Nathalia. Laspro, Oreste Nestor de Souza (orient). *Partes e terceiros na arbitragem*. 315 f. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. 2012.
- MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Cessão da posição contratual*. Coimbra: Atlântida, 1970.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de Direito Privado. Tomo IV. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: RT, 2012.
- ROPPO, Enzo. *Il contratto*. 2 ed. Milão: Giuffrè, 2011.

A ADOÇÃO *INTUITU PERSONAE* À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ E DO TJBA



por Juliana Aguiar Cunha¹

Introdução

Integra a complexa missão da Justiça da Infância e da Juventude a colocação de crianças e adolescentes em famílias substitutas por intermédio da adoção, procedimento irrevogável e irreversível, que requer uma especial atenção do Estado para o acolhimento de todas as demandas e expectativas que são depositadas no Poder Judiciário por adotantes e adotandos.

À margem dos trâmites burocráticos que devem ser observados para impulsionar o processo de adoção, desponta a escolha dos pais adotivos pelos próprios pais biológicos, sem a intervenção estatal – a chamada adoção direta, consentida ou *intuitu personae*, fenômeno que não pode ser ignorado pelos operadores do direito, já que a formação de laços socioafetivos independe da interferência judicial, e o seu desfazimento pode ocasionar danos irreversíveis às crianças, aos adolescentes e às famílias envolvidas.

Diante desse panorama, o presente artigo objetiva abordar o tema da adoção *intuitu personae* sob a ótica do atual entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, apresentando as soluções jurídicas que estão sendo delineadas pelos referidos tribunais para o enfrentamento do problema e a tutela do principal bem jurídico envolvido – o melhor interesse da criança ou do adolescente a ser adotado.

Breves considerações sobre o procedimento da adoção e os dados estatísticos apresentados pelo CNJ

A adoção encontra-se atualmente regulamentada pelos artigos 39 a 52-D, 165 a 170 e 197-A a 197-E, todos do Estatuto da Criança e do Adolescente, com relevantes alterações promovidas pela Lei nº 12.010/2009, a Lei de Adoção, que inclusive revogou grande parte das disposições sobre o tema no Código Civil, mantendo em vigor apenas os artigos 1618 e 1619.

Atribui-se ao adotado a condição de filho, com os mesmos direitos e deveres dos filhos biológicos, inclusive os sucessórios, com a extinção dos vínculos com pais e com parentes consanguíneos, salvo os impedimentos matrimoniais, assegurado sempre o direito de conhecimento da origem biológica.

Dispõe a norma que a adoção depende do consentimento dos pais ou do representante legal do adotando, salvo quando já estiver destituído o poder familiar. Ademais, os pretensos adotantes e as crianças e adolescentes aptos à adoção deverão estar inscritos em um registro próprio para esta finalidade – o Cadastro Nacional de Adoção (CNA).

No modelo de adoção idealizado pela lei, os postulantes formulam o requerimento de habilitação perante a autoridade judiciária e, após a apresentação de documentos, a realização de entrevistas, as avaliações psicossociais e todos os outros procedimentos que se fizerem necessários, serão inscritos no cadastro, aguardando o chamamento para a adoção, que obedecerá à ordem cronológica de habilitação, bem como à disponibilidade de crianças ou adolescentes adotáveis.

A regra geral da adoção, após a habilitação, é a postura passiva dos envolvidos, adotantes e adotandos, que dependerão de uma atuação do Poder Público para o deslinde dos trâmites burocráticos de preparação dos menores para a adoção, gestão dos cadastros de adotantes e adotandos e convocação dos adultos habilitados, sempre que houver uma coincidência entre o perfil do menor esperado, a disponibilidade da criança ou do adolescente e a ordem cronológica do cadastro.

1 Assessora de Desembargador no Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, Mestre em Corrupção e Estado de Direito pela Universidade de Salamanca, Graduada em Direito pela Universidade Federal da Bahia.

Em verdade, é uma equação de difícil configuração na prática, em razão da morosidade da atuação estatal. O processo também é complicado do ponto de vista subjetivo por envolver uma relação de afeto, que requer muito mais do que a disponibilidade jurídica das partes envolvidas e abrange aspectos emocionais como empatia e afinidade, já que a adoção é ato jurídico irrevogável e irreversível de filiação. Renata Di Masi Palheiro pondera a importância e a eficácia do procedimento previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente:

É inegável que o cadastro previsto no art. 50 do ECA é de suma importância, e possibilita um estudo aprofundado acerca de quem são as pessoas que mais adotam, qual o tipo de criança escolhida, o local onde é maior o número de adoções, etc. Permite ainda um acompanhamento psicológico e social dos pais adotivos. Entretanto, o aumento das adoções ilegais no Brasil demonstra a falência do instituto e a necessidade de mudanças.²

Já Maria Berenice Dias faz duras críticas à burocracia que permeia o instituto da adoção no ordenamento jurídico brasileiro:

“A forma como está regulamentada a adoção no Brasil simplesmente faliu. Ou melhor, nunca funcionou. São editadas leis cada vez mais rígidas na tentativa de “organizar” os vínculos parentais. Foram criados cadastros na vã tentativa de agilizar a aproximação entre dois polos desejantes: filhos à espera de pais e pessoas que os querem para filhos. No entanto, instalou-se uma tal burocracia que, durante anos, crianças e adolescentes são mantidos em verdadeiros depósitos, enquanto amargam a rejeição de ser reinseridos na *família biológica* ou de serem acolhidos pela *família extensa*. Somente depois tem início o moroso processo de *destituição do poder* familiar, em que são esgotadas todas as vias recursais. Quando finalmente são disponibilizados para adoção, se tornam invisíveis e inacessíveis. Ninguém tem acesso a eles, nem quem está habilitado a adotá-los. Durante essa eternidade, as crianças crescem e se tornam *inadotáveis* – feia palavra, que retrata uma realidade ainda mais perversa: ninguém as quer. Chegaram aos abrigos bebês e de lá saem quando atingem a maioridade. São jogadas à vida, sem qualquer preparo para viverem em sociedade.”³

Segundo informações extraídas do site do Conselho Nacional de Justiça -CNJ, estão atualmente cadastradas para a adoção no Brasil 7.914 crianças e adolescentes (dentre os quais, 164 residentes no Estado da Bahia). Em contrapartida, existem 40.678 pretendentes cadastrados no território nacional, sendo 1.035 cadastrados no Estado da Bahia⁴. Ainda de acordo com os dados fornecidos pelo Conselho Nacional de Justiça, em 2016 foram adotadas 1.226 crianças e adolescentes em todo o país por meio do Cadastro Nacional de Adoção, coordenado pela Corregedoria do CNJ, tendo ocorrido, no Estado da Bahia, apenas 24 adoções.

O CNJ disponibiliza ainda o Cadastro Nacional de Crianças Acolhidas – o CNCA, que consignou a existência de 47.209 crianças e adolescentes em abrigos e instituições no território nacional, no mês de agosto de 2017, dentre os quais 1.552 crianças e adolescentes em situação de acolhimento no Estado da Bahia.

A situação é crítica, pois os números apresentados demonstram, por si só, a incongruência da equação que a norma cria para a adoção, porque a proporção entre o número de adotantes inscritos é aproximadamente cinco vezes maior que o número de crianças e adolescentes aptos à adoção, e o percentual de adotados, no ano de 2016, nem sequer alcança 16% da quantidade de menores atualmente aptos à adoção, percentual que decaiu para 14,6% em relação ao Estado da Bahia, neste mesmo período.

2 PALHEIRO. Renata Di Masi. Adoção Intuitu Personae. Rio de Janeiro: EMERJ, 2011. Disponível em: <http://www.emerj.rj.gov.br/paginas/biblioteca_videoteca/monografia/Monografia_pdf/2011/RenataDiMasiPalheiro_Monografia.pdf> Acesso em 07/08/2017.

3 DIAS, Maria Berenice. Filhos do Afeto [livro eletrônico]. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

4 Fonte: Cadastro Nacional de Adoção (CNA). Corregedoria Nacional de Justiça. Acesso em 15/08/2017.

As estatísticas apresentadas revelam ainda que, entre os menores acolhidos, apenas 16,76% estão aptos à adoção, percentual que decai para 10,56%, quando observados os dados do Estado da Bahia.

Se comparado o número de crianças e adolescentes adotados em 2016 com o número de menores atualmente acolhidos em instituições, percebe-se resultados ainda mais críticos, porque o percentual de crianças e adolescentes adotados corresponde a apenas 2,6% do número de menores que estão afastados de suas famílias de origem.

A “adoção à brasileira” e a adoção direta, consentida ou *intuitu personae*

À parte desse panorama, não se pode ignorar a prática da chamada “adoção à brasileira”, que é o ato de registrar como seu o filho biológico de outrem, com burla ao procedimento previsto pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, fazendo nascer a filiação socioafetiva e registral sem observância ao devido processo. Trata-se do crime de alteração de direito inerente ao estado civil de recém-nascido, tipificado no artigo 242 do Código Penal.

Um modalidade bastante recorrente de “adoção à brasileira” é a adoção unilateral, pelo cônjuge ou companheiro, dos filhos havidos anteriormente por sua parceira. Nesses casos, a criança ou o adolescente, que inicialmente foi registrado apenas pela mãe biológica, tem o seu registro alterado a pedido de um indivíduo que deseja se tornar o seu pai, mesmo reconhecendo a inexistência do vínculo genético. Em verdade, esse procedimento é simples e não se submete a grandes entraves burocráticos, bastando o comparecimento da genitora e do candidato a genitor perante o Oficial de Registro de Pessoas Naturais para o reconhecimento espontâneo de filhos, procedimento regulamentado pelo Provimento nº 16 do CNJ, que não exige a prova do vínculo genético para autorizar o registro.

A adoção direta, consentida ou *intuitu personae*, por sua vez, não se confunde com a “adoção à brasileira”, porque associa a vontade dos pais socioafetivos à vontade dos pais biológicos. Trata-se de modalidade de adoção na qual a família de destino é eleita pela família de origem, com a observância dos trâmites legais cabíveis. Aqui não há o falso registro de nascimento e a atuação de má-fé tem campo reduzido, ante a busca de regularização da situação do infante. Maria Berenice Dias esclarece:

Não se pode confundir adoção “à brasileira” com a adoção consentida ou *intuitu personae*, que ocorre quando a mãe ou os pais entregam o filho à pessoa que eles elegem. Alguém em quem confiam e acreditam que lhe dará o lar que eles não têm condições de oferecer. Não o entregam à justiça como determina a lei. Isto porque o desejo dos pais é de que o filho seja adotado. Não querem que ele seja institucionalizado e nem entregue para algum familiar. (...) A adoção direta, consentida ou *intuitu personae* decorre da falência dos mecanismos legais em realizar o sonho das pessoas que querem ter filhos. Parece que ninguém percebe a urgência de crianças e adolescentes terem um lar, depois da dor da perda do convívio familiar. Também se deixa de atender o desejo da mãe de entregar o filho à adoção. Ela não quer que ele seja depositado em um abrigo e nem entregue a algum familiar seu. Aliás, se algum deles o quisesse, simplesmente o abrigamento não teria ocorrido. Enquanto o Estado não assumir o compromisso constitucional de garantir a crianças e adolescentes, com prioridade absoluta, o direito à convivência familiar; enquanto juízes e promotores não perceberem que convivência familiar não quer dizer família biológica, e pararem de, durante anos, insistir em encontrar algum parente que os queira, mantendo-os aprisionados em instituições, onde ficam sujeitas a maus tratos e abusos – como reiteradamente a imprensa denuncia –, as adoções diretas vão continuar existindo. (DIAS, Maria Berenice. Filhos do Afeto [livro eletrônico]. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.)

É compreensível a ocorrência deste instituto, porque a entrega de filhos à adoção também pode ser vista como um gesto de amor, e muitas mães que querem dispor da sua prole não desejam que os seus filhos sejam encaminhados a abrigos e cresçam sem uma família. Grande parte dos pais biológicos que abrem mão dos seus filhos o fazem por não possuírem condições para criá-los e por desejarem um futuro melhor para estas crianças, o que pode ser assegurado pela es-

colha da família que assumirá a incumbência de criá-los como se fossem seus, em vez de deixá-los aos cuidados das instituições de acolhimento.

É certo que a escolha da família para adoção pode dar ensejo ao comércio de filhos. Alguns pais podem enxergar as crianças como valiosas mercadorias, pois existem casais ávidos pela paternidade, que não possuem condições biológicas para gerar os próprios filhos. Assim como ocorre com o tráfico de órgãos, a adoção sem a intervenção estatal pode dar azo a um comércio clandestino e lucrativo. No entanto, a mera possibilidade de desenvolvimento de uma atividade lucrativa não pode retirar o valor e a importância dos vínculos que se constituem à margem do procedimento formal de adoção, porque são cruciais para os sujeitos envolvidos, e porque muitas vezes são constituídos de boa-fé, tão somente por amor e generosidade.

Apesar de não haver expressa regulamentação da adoção *intuitu personae* no ordenamento jurídico brasileiro, essa figura é conhecida e, quando realizada de boa-fé, pode ser legalizada com respaldo no princípio do melhor interesse da criança, que tem amparo no texto do artigo 43 do Estatuto da Criança e do Adolescente: “A adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos.”

Outros dispositivos que podem fundamentar o pedido de adoção direta ou consentida são o artigo 50, §13, III, e o artigo 166, todos do ECA, todos com redação dada pela Lei de Adoção nº 12.010/2009:

artigo 50 - A autoridade judiciária manterá, em cada comarca ou foro regional, um registro de crianças e adolescentes em condições de serem adotados e outro de pessoas interessadas na adoção.

(...)

§13 - Somente poderá ser deferida adoção em favor de candidato domiciliado no Brasil não cadastrado previamente nos termos desta Lei quando:

I - se tratar de pedido de adoção unilateral;

II - for formulada por parente com o qual a criança ou adolescente mantenha vínculos de afinidade e afetividade;

III - oriundo o pedido de quem detém a tutela ou guarda legal de criança maior de 3 (três) anos ou adolescente, desde que o lapso de tempo de convivência comprove a fixação de laços de afinidade e afetividade, e não seja constatada a ocorrência de má-fé ou qualquer das situações previstas nos arts. 237 ou 238 desta Lei.

Art. 166. Se os pais forem falecidos, tiverem sido destituídos ou suspensos do poder familiar, ou houverem aderido expressamente ao pedido de colocação em família substituta, este poderá ser formulado diretamente em cartório, em petição assinada pelos próprios requerentes, dispensada a assistência de advogado.

Da leitura dos artigos supracitados, depreende-se, pois, que, a despeito de a lei não atribuir à adoção direta ou *intuitu personae* o status de procedimento alternativo para a adoção, o legislador se preocupou em resguardar a adoção à margem do cadastro nacional como exceção à regra geral, passível de tutela jurídica quando preenchidos os requisitos objetivos e subjetivos ali delineados, tais como a tutela ou guarda legal de criança maior de 3 anos, tempo de convivência suficiente para a fixação de laços de afinidade e afetividade e a inexistência de má-fé.

O posicionamento do STJ e do TJBA sobre a adoção *intuitu personae*

Por reiteradas vezes, o tema da adoção consentida foi levado ao Superior Tribunal de Justiça, que tem se posicionado, desde o ano de 2009⁵, de forma majoritária, no sentido de assegurar o cumprimento do princípio do melhor interesse do menor, mantendo a da guarda da criança ou adolescente em favor da “família adotiva” escolhida pela família biológica, em um lar que entende ser o seu, em detrimento do acolhimento institucional, geralmente requisitado pelo Ministério Público, com o intuito de assegurar a observância à ordem cronológica do cadastro de

5 O primeiro precedente do STJ sobre o tema decorre do julgamento do MC 015097, através de decisão monocrática proferida pelo Ministro MASSAMI UYEDA em 03/02/2009, levada ao Órgão Colegiado (Terceira Turma) em 05/03/2009, que referendou a decisão monocrática proferida pelo Relator. Este julgamento é anterior à vigência da Lei de Adoção nº 12.010/2009

adotantes, flexibilizando inclusive os critérios estabelecidos pelo artigo 50, §13º do ECA, alhures mencionados.

Não se quer dizer que o Poder Judiciário tem refutado a necessidade e a utilidade do cadastro obrigatório. O que se observa é apenas que a inscrição dos adotantes e adotandos no CNA constitui a regra geral, idealizada pela lei para assegurar a idoneidade, impessoalidade, a legalidade e a segurança jurídica do processo de adoção. Tal regra, no entanto, não é absoluta e comporta relativização, que sempre estará atrelada ao caso concreto e atenta aos anseios do sujeito de direito amparado pela norma – o menor em situação de risco, que necessita do acolhimento familiar.

São interessantes as ponderações feitas pela Ministra Nancy Andrighi no julgamento do HC 274.845/SP, em 29/11/2013, ocasião em que salientou, em trecho do seu voto, que “Não se descarta que a higidez do processo de adoção é um dos objetivos primordiais a ser perseguido pelo Estado, no que toca à sua responsabilidade com o bem-estar de menores desamparados, tampouco que, na busca desse desiderato, a adoção deve respeitar rígido procedimento de controle e fiscalização estatal, com a observância, v.g., do Cadastro Único Informatizado de Adoções e Abrigos (CUIDA), o qual, aliás, pelos indícios probatórios disponíveis, teria sido vulnerado na busca de uma adoção intuitu personae. Contudo, o fim legítimo não justifica o meio ilegítimo para sancionar aqueles que burlam as regras relativas à adoção, principalmente quando a decisão judicial implica evidente prejuízo psicológico para o objeto primário da proteção estatal para a hipótese: a própria criança”⁶ e ⁷

No entanto, posicionamento diverso foi adotado pelo STJ quando a “adoção à brasileira” foi questionada pela própria filha em Ação de Investigação de Paternidade e Nulidade do Registro Civil, na qual a parte pretendia o reconhecimento do vínculo com o pai biológico e a desconstituição do vínculo com os avós paternos, pais registrais. Naquela ocasião, segundo aquele Tribunal, deveria prevalecer o vínculo biológico sobre o afetivo:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE E NULIDADE DO REGISTRO CIVIL PROPOSTA PELA FILHA REGISTRAL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICCIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. ADOÇÃO À BRASILEIRA. RECONHECIMENTO DO VÍNCULO BIOLÓGICO QUE DEVE PREVALECER. SÚMULA 83/STJ. REDUÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO DESPROVIDO.

1. Não há que se falar em violação do art. 535 do CPC quando o acórdão recorrido aprecia todos os argumentos suscitados pelo recorrente, sendo certo que o mero descontentamento da parte com o resultado do julgamento não configura negativa de prestação jurisdiccional.

2. A “adoção à brasileira” não tem o condão de romper os vínculos civis entre o filho e os pais biológicos, os quais devem ser restabelecidos sempre que ele manifestar o desejo de desfazer o liame jurídico decorrente do registro ilegal, restabelecendo-se todos os consectários legais resultantes da paternidade biológica.

3. As instâncias ordinárias julgaram procedentes os pedidos da filha registral, pois comprovada a paternidade do investigado, ora insurgente, cujo vínculo biológico deve prevalecer em detrimento da “adoção à brasileira” realizada pelos pais registrais, que, na realidade, são os seus avós paternos biológicos. Aplicação da Súmula 83/STJ.

(...) (STJ - AgRg no REsp 1417597/RS, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 05/11/2015, DJe 17/11/2015) (grifo nosso)

A jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia não destoa do entendimento atualmente perfilhado pelo STJ. O primeiro julgamento que tratou expressamente da adoção *intuitu personae* foi proferido em 17/11/2012, sob a relatoria da Desembargadora Maria do So-

6 STJ - HC 274.845/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 12/11/2013, DJe 29/11/2013

7 Outros precedentes daquele Tribunal também podem ser citados nesta mesma direção: HC 331.121/PR, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/10/2015, DJe 03/11/2015; HC 291.103/SP, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 05/08/2014, DJe 29/08/2014; HC 279.059/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 10/12/2013, DJe 28/02/2014

corro Barreto Santiago, e a Apelação Cível foi provida, naquela ocasião, para anular a sentença que havia promovido a extinção do feito sem resolução do mérito, ante a falta de habilitação dos adotantes no cadastro de adoção. Em seu voto, a Relatora salientou que “*Reconhece-se a importância, utilidade e celeridade que o cadastro de pessoas interessadas em adotar crianças ou adolescentes propicia no procedimento de adoção, pois facilita a constatação dos requisitos legais e permite o exame da compatibilidade entre os interessados. No entanto, excepcionalmente, tal regra pode ser afastada em prol do princípio do melhor interesse do menor, quando observado o vínculo afetivo entre a criança e os pretendentes à adoção, mesmo que estes não se encontrem habilitados no cadastro de adotantes. Precedentes do STJ.*”⁸

Desde então, os Desembargadores têm decidido reiteradamente sobre os pedidos de adoção formulados por adotantes não inscritos no Cadastro Nacional de Adoção à luz do princípio do melhor interesse do menor. É dizer, a preexistência de vínculo socioafetivo entre o adotando e os adotantes é fator primordial para desconsiderar a ausência de anterior habilitação dos candidatos a genitores, não havendo falar-se em exceção à obrigatoriedade do cadastro, se não forem comprovados estes laços de afinidade e afetividade. Nesse sentido, mencionam-se dois precedentes com resultados de julgamento diametralmente opostos, mas atentos à aplicação do mesmo princípio – o melhor interesse do menor:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE ADOÇÃO COM PEDIDO DE LIMINAR DE GUARDA PROVISÓRIA. INDEFERIMENTO PELO JUIZ DE PRIMEIRO GRAU. INEXISTÊNCIA DE DE INSCRIÇÃO DOS AGRAVANTES NO CADASTRO NACIONAL DE ADOÇÃO. REQUISITO OBRIGATÓRIO. EXCEÇÕES. NÃO ENQUADRAMENTO DOS POSTULANTES A GUARDA. VÍNCULO AFETIVO NÃO COMPROVADO. MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. IMPROVIMENTO DO RECURSO. (TJBA - Agravo de Instrumento nº 0020448-23.2016.8.05.0000, Relator: Des. Emílio Salomão Pinto Resedá, Quarta Câmara Cível, Publicado em: 05/04/2017) APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE ADOÇÃO. EXTINÇÃO DO PROCESSO, SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO, POR SUPOSTA INÉPCIA DA PETIÇÃO INICIAL. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA PRÉVIA INSCRIÇÃO DOS AUTORES NO CADASTRO DE ADOTANTES. DESCUMPRIMENTO DE FORMALIDADE QUE, POR SI SÓ, NÃO JUSTIFICA A EXTINÇÃO PREMATURA DO FEITO. PREVALÊNCIA DOS PRINCÍPIOS DA AFETIVIDADE E DA PRIMAZIA DO INTERESSE DO MENOR. CRIANÇA ABANDONADA AOS QUATRO MESES DE VIDA, FILHA DE USUÁRIA DE DROGAS E PAI DESCONHECIDO, E ACOLHIDA, DESDE ENTÃO, PELOS AUTORES COMO PARTE DA FAMÍLIA. VÍNCULO AFETIVO QUE JÁ PERDURA POR MAIS DE CINCO ANOS, NO SOMATÓRIO DO TEMPO ANTERIOR E DURANTE O PROCESSO. ANULAÇÃO DA SENTENÇA QUE SE IMPÕE. RETORNO DOS AUTOS AO JUÍZO DE ORIGEM PARA REGULAR PROSSEGUIMENTO DO FEITO. RECURSO

I - Como já decidiu o STJ, “a observância do cadastro de adotantes, vale dizer, a preferência das pessoas cronologicamente cadastradas para adotar determinada criança não é absoluta. Excepciona-se tal regramento, em observância ao princípio do melhor interesse do menor, basilar e norteador de todo o sistema protecionista do menor, na hipótese de existir vínculo afetivo entre a criança e o pretendente à adoção, ainda que este não se encontre sequer cadastrado no referido registro” (Terceira Turma, REsp 1172067/MG, Relator Massami Uyeda, DJe de 14.04.2010). II - No caso dos autos, observa-se que a criança cuja adoção se pretende foi abandonada com apenas 04 (quatro) meses de vida, filha de usuária de drogas e pai desconhecido, e acolhida, desde então, pelos autores/apelantes como parte da família, isso há mais de 05 (cinco) anos, no somatório do tempo anterior e durante o processo.

III - Nas circunstâncias, não se justifica a extinção do processo, sem resolução do mérito, decretada em primeiro grau, por falta de inscrição prévia do casal no referido cadastro, uma vez que, como visto, o descumprimento de tal formalidade deve ser mitigado ante a prevalência dos princípios da afetividade e da primazia do interesse do menor, flagrantemente ignorados, na espécie, pela Magistrada singular. Sentença anulada, com o consequente retorno dos autos

8 Classe: Apelação, Número do Processo: 0007755-32.2011.8.05.0113, Relator(a): Maria do Socorro Barreto Santiago, Segunda Câmara Cível, Publicado em: 17/11/2012

ao Juízo de origem para regular prosseguimento do feito. (TJBA - Apelação Cível nº 0000537-78.2011.8.05.0039, Relatora: Desª. Marcia Borges Faria, Quinta Câmara Cível, Publicado em: 27/04/2016)

Da leitura dos julgamentos acima mencionados, vê-se que, para ambos os Tribunais, a colocação de crianças e adolescentes em famílias substitutas através da adoção transcende os termos da lei e requer uma análise principiológica, sistemática, à luz dos valores da solidariedade e dignidade da pessoa humana que norteiam a Constituição Federal e exigem especial proteção aos interesses das crianças e adolescentes, sujeitos em formação.

É dever do julgador interpretar o direito da forma mais justa e benéfica aos sujeitos envolvidos, e no caso da adoção, a prioridade absoluta é o melhor interesse do menor, o que implica, muitas vezes, a relativização do procedimento burocrático para que se viabilize o encaminhamento das crianças e adolescentes a famílias substitutas, respeitando-se as soluções encontradas pela própria sociedade para amparar esses sujeitos de direito, evitando-lhes o trauma da institucionalização.

Para Renata Di Masi Palheiro, o posicionamento dos Tribunais ainda precisa ser aperfeiçoado, a ponto de referendar a adoção *intuitu personae*, ainda que não se tenha formado o vínculo de afetividade e afinidade entre os adotantes e adotandos, pois o melhor interesse do menor não se restringe a essa hipótese e o entendimento em questão estimula a permanência dos candidatos a adotantes com as crianças e adolescentes em situação irregular por algum período de tempo, até que se forme o vínculo, ante o receio de busca e apreensão dos menores pelo Poder Judiciário:

Alguns dos acórdãos citados acima, apesar de não deixarem de reconhecer a adoção *intuitu personae*, somente deferem a adoção à pessoas que não estejam no cadastro, se já houver um vínculo afetivo entre adotante e adotado. Essa prática estimula a adoção à brasileira ou a adoção dirigida, as quais são proibidas no Brasil. Os pais biológicos entregam os filhos às pessoas que desejam que criem seus filhos. Essas pessoas, por sua vez, não procuram de imediato o judiciário com medo que o juiz da vara da infância e juventude determine a busca e apreensão da criança por burla do cadastro da comarca. Assim, para legalizar a situação da criança, espera-se cerca de um ano, para que seja criado o vínculo afetivo entre adotante e adotado. (...) Verifica-se, assim, ser absolutamente desnecessário que se crie vínculo entre adotante e adotado para o deferimento da adoção. Basta a manifestação de vontade da mãe biológica e que seja seguido o procedimento legal.⁹

Posicionamo-nos no mesmo sentido da jurisprudência dominante, que exige a formação dos vínculos entre adotante e adotado, já que o melhor interesse do menor, apesar de não depender apenas desses fatores, está intrinsecamente relacionado ao seu bem-estar, a sua adaptação à nova família e seu regular desenvolvimento, sendo imprescindível este prévio período de convivência, que é exigido, inclusive, para as adoções feitas através do Cadastro Nacional da Adoção, nos termos do artigo 46 do ECA.

Ademais, não se pretende que a adoção direta seja a regra no ordenamento jurídico, e a supressão destes requisitos implicaria a facilitação do instituto, que se tornaria atraente inclusive para famílias que pretendem se submeter à habilitação prévia e aguardar a chegada do filho adotivo por meio dos trâmites normais, mas, conhecendo essa possibilidade, passariam a buscar ativamente uma família disposta a entregar os filhos à adoção.

Entendemos que a adoção *intuitu personae* merece a proteção do ordenamento jurídico, principalmente, em razão dos vínculos já estabelecidos, cuja reversão seria prejudicial a todos os envolvidos, e não compactuamos, pois, com a sua concessão como via regular e alternativa ao processo de adoção, sendo mais segura a sua admissão apenas como via excepcional.

Conclusão

Observa-se, pois, que a regra geral no ordenamento brasileiro é a realização da adoção com observância ao trâmite burocrático previsto pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, que prevê

a necessidade de prévia habilitação dos adotantes e regular cadastramento das crianças e adolescentes aptos à adoção, com a atuação estatal no sentido de conciliar as preferências manifestadas pelos adotantes com a ordem cronológica da habilitação e com a disponibilidade e características dos adotantes. Esse procedimento visa assegurar o cumprimento de diversos princípios constitucionais inerentes à função jurisdicional, tais como isonomia, imparcialidade, publicidade, legalidade e segurança jurídica.

No entanto, a primazia desses princípios em um tema tão delicado e especial como a adoção dificulta o alcance do principal objetivo do instituto, que é o de proporcionar a todas as crianças e adolescentes o direito ao convívio familiar, já que, enquanto aguardam a sua habilitação no Cadastro Nacional da Adoção e, posteriormente, a localização de adotantes dispostos a tê-los como filhos, esses menores permanecem em instituições de acolhimento, que muitas vezes não asseguram sequer o direito ao mínimo existencial, em nítida ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Ademais, os recursos públicos e a energia despendida pelos entes e instituições envolvidos não são suficientes para solucionar o problema destes menores em situação de risco, pois, atualmente¹⁰, existem 47.209 crianças e adolescentes em abrigos e instituições no território nacional, estando aptos à adoção 7.914 menores, com 40.678 pretensos adotantes devidamente habilitados, e, ainda assim, poucas adoções são efetivadas anualmente, a ponto de nem sequer alcançar o percentual de 3% sobre o total de crianças acolhidas.

Diante dessa situação dramática, não se pode fechar os olhos às soluções extraleais encontradas pela sociedade para superar a burocracia da entrega de filhos a outras famílias, já que o Estado não está preparado para atender todas as demandas satisfatoriamente e essa falência do aparato institucional não pode desvirtuar o principal objetivo da regulamentação da adoção, que é proteger a infância, a adolescência e a família.

Não se pode perder de vista que o processo de adoção requer um olhar diferenciado do legislador e do Poder Judiciário, de modo a conciliar a função estatal de dizer o direito e o devido processo legal com o princípio do melhor interesse do menor, cuja aplicação demanda a observância de cada história como única, de forma a extrair a solução mais benéfica à criança e ao adolescente no caso concreto. É dizer, há que se conciliar a impessoalidade e a imparcialidade, típicas do processo judicial, com a atenção exclusiva que cada história merece, conferindo sensibilidade ao procedimento interdisciplinar, que, muito mais do que apresentar uma solução jurídica preordenada para o problema, tem por objetivo assegurar o entrosamento entre o adotando e a família adotante.

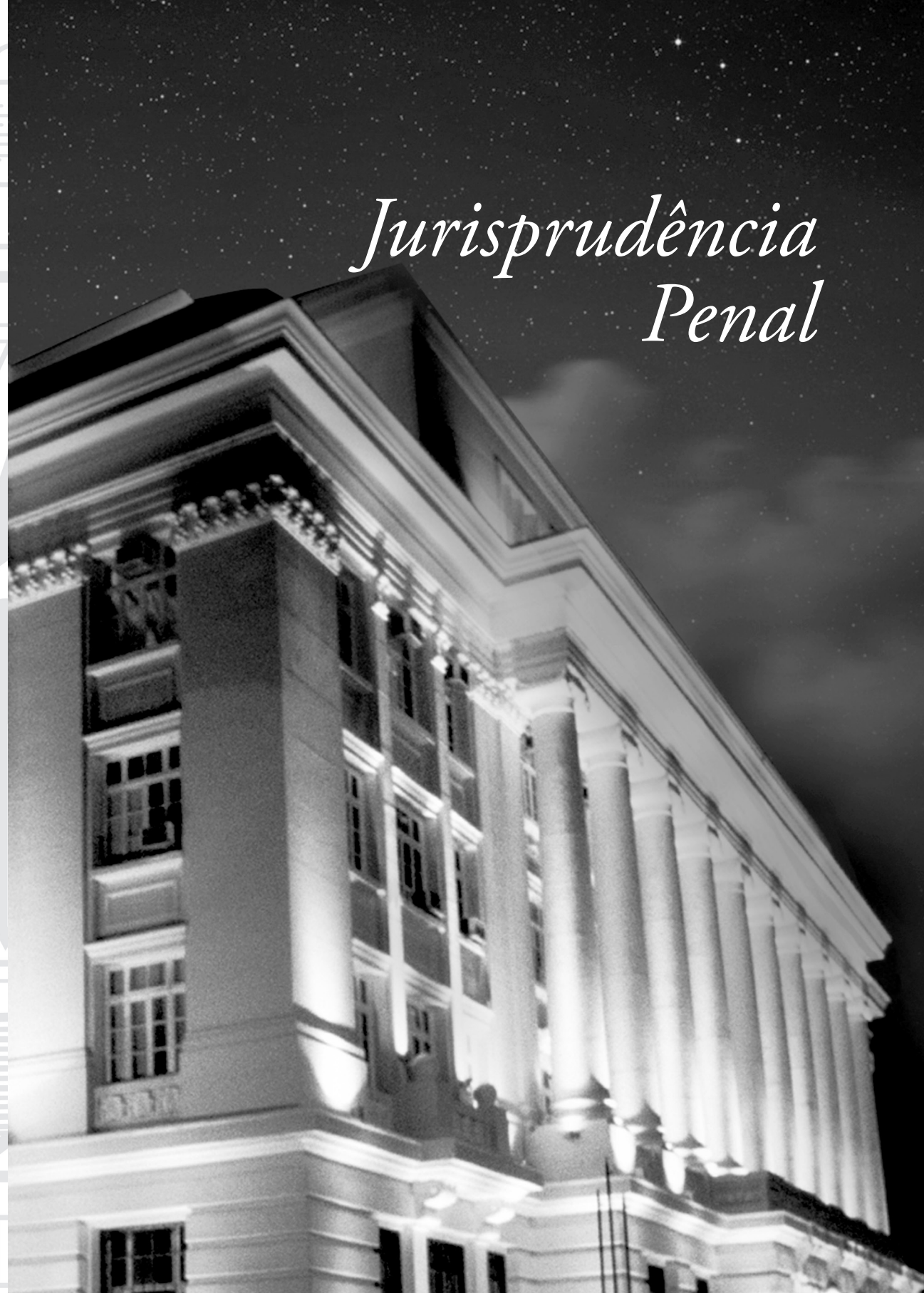
Compreende-se a dificuldade inerente à solução proposta, sobretudo porque a letra da lei é fria e as normas precisam antever a ocorrência dos fatos. Como o direito não está apto a tutelar sentimentos, é a sensibilidade de cada julgador, e de toda a equipe envolvida no processo de adoção, que deve prezar pela interpretação mais adequada das normas, sempre em atenção ao princípio do melhor interesse da criança, que é a pedra de toque na colocação dos menores em famílias substitutas. Este princípio é o substrato jurídico de maior consistência para que a doutrina e a jurisprudência admitam a maleabilidade do procedimento de adoção, principalmente quando se mostra necessário superar a obrigatoriedade do cadastro prévio, em razão do vínculo criado entre adotantes e adotados antes da formalização da adoção, sob pena de cometimento de uma grande injustiça com aqueles que já têm como sua a família substituta, em uma relação socioafetiva que transcende qualquer disposição legal.

Enquanto as leis se mostram insuficientes para a tutela do direito em questão, cumpre aos aplicadores do direito conferir a melhor interpretação à norma, extraindo a máxima eficácia dos princípios constitucionais e infraconstitucionais que visam assegurar a estas crianças e adolescentes o menor impacto negativo possível na colocação em família substituta através da adoção, que para elas significa o tão esperado final feliz.

⁹ PALHEIRO. Renata Di Masi. Op. Cit.

¹⁰ Dados extraídos do site do CNJ em agosto de 2017

*Jurisprudência
Penal*



TJBA – Habeas Corpus nº 0006863-64.2017.8.05.0000, Primeira Câmara Criminal – Segunda Turma, Relator (a): Des. Pedro Augusto Costa Guerra, julgado em 13/06/2017.

EMENTA - HABEAS CORPUS – PACIENTE ABSOLVIDO EM PRIMEIRA INSTÂNCIA, E QUE FOI CONDENADO, POSTERIORMENTE, EM GRAU DE APELAÇÃO - INTIMAÇÃO DO ACÓRDÃO CONDENATÓRIO PELO DIÁRIO DA JUSTIÇA - AUSÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DE RECURSO – CERTIFICAÇÃO DE TRÂNSITO EM JULGADO E BAIXA DOS AUTOS À ORIGEM – PRISÃO DECRETADA PELO JUÍZO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA PARA CUMPRIMENTO DO ACÓRDÃO – ORDEM DE HABEAS CORPUS QUE VISA TORNAR SEM EFEITO A CERTIFICAÇÃO DO TRÂNSITO EM JULGADO COM REABERTURA DO PRAZO PARA OFERECIMENTO DE RECURSO E EXPEDIÇÃO DE ALVARÁ DE SOLTURA - EXAURIMENTO DA COMPETÊNCIA JURISDICIONAL DESTA 2ª TURMA - INVIABILIDADE DE REVISÃO DOS SEUS PRÓPRIOS ATOS - ORDEM DE HABEAS CORPUS DE QUE NÃO SE CONHECE.

I – HABEAS CORPUS impetrado sob o fundamento de que o Paciente está sofrendo “constrangimento ilegal decorrente da expedição de Mandado de Prisão pela MM Juíza da 2ª Vara dos Feitos Relativos aos Crimes Praticados Contra a Criança e Adolescente” desta Comarca da Capital.

II – Aduz que, após ter sido absolvido, em primeira instância, da acusação de “estupro de vulnerável” (CP, art. 217-A, § 1º), o Réu veio a ser condenado através de Acórdão desta 2ª Turma Criminal, que deu provimento à Apelação do MINISTÉRIO PÚBLICO fixando-lhe pena de 8 (oito) anos de reclusão, a serem cumpridos em regime inicial semiaberto, de cujo Acórdão não foi, entretanto, intimado pessoalmente, mas, sim, tão só, pela publicação no Diário da Justiça Eletrônico.

III – Sustenta que, se cuidando de Acórdão que houve por bem reformar sentença absolutória, o Réu deveria ser intimado pessoalmente do **desisum**, tal como ocorreria caso se tratasse de Sentença condenatória, nos termos do art. 392 do CPP, não satisfazendo a mera intimação do advogado constituído.

IV – Assinala que, decorrido o quinquídio legal, a partir da publicação do Acórdão no DJE, a Secretaria da 1ª Câmara Criminal certificou o trânsito em julgado da Decisão condenatória, com a respectiva baixa dos autos ao juízo de origem, havendo a MM Juíza determinado a expedição de mandado de prisão contra o Paciente, que foi cumprido em 4 de abril de 2017.

V – Pretendido “**recolhimento do mandado de prisão**” com “**a imediata soltura do Paciente**”, que implica, como antecedente lógico, deliberação prévia desta Turma Julgadora no sentido de tornar “**sem efeito a referida certificação do trânsito em julgado**” do Acórdão condenatório, com o consequente “**retorno dos autos à Secretaria desta egrégia 1ª Câmara, para devolução do prazo recursal**”, conforme expressamente requerido (cf. fls. 5, *in fine*).

VI – Lavrado o Acórdão, certificado o trânsito em julgado e baixados os autos à origem, inviável o conhecimento do “**writ**” para tornar “**sem efeito a referida certificação do trânsito em julgado**”, posto que já esgotada, por completo, a atividade jurisdicional do Órgão colegiado.

VII – Diferentemente dos atos administrativos em que a autoridade se acha investida do poder de autorutela, - revogando-os por conveniência e oportunidade, ou anulando-os quando dotados de ilegalidade -, a invalidação dos atos jurisdicionais se dá através dos mecanismos impugnativos postos, por lei, de forma hierarquizada, à disposição das partes, observando-se, sempre, as regras de jurisdição e competência estabelecidas no Código de Processo e nas Leis de Organização Judiciária.

VIII – Parecer da Procuradoria de Justiça pelo não conhecimento do “**writ**”.

IX - ORDEM NÃO CONHECIDA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de **Habeas Corpus nº 0006863-64.2017.8.05.0000, da 2ª Vara dos Feitos Relativos aos Crimes Praticados Contra Criança e Adolescente**, sendo Impetrante o Bel. **César de Faria Júnior** e Paciente, **VALDEMIR COSTA**.

ACORDAM os Desembargadores integrantes da 2ª Turma Julgadora da Primeira Câmara Criminal, do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade de votos, **NÃO CONHECER DO HABEAS CORPUS**. E o fazem pelas razões a seguir expendidas.

RELATÓRIO

Cuida-se de **HABEAS CORPUS** impetrado pelo Bel. **CÉSAR DE FARIA JÚNIOR** em favor de **VALDEMIR COSTA**, ao fundamento de que seu constituinte estaria a padecer de “**constrangimento ilegal decorrente da expedição de Mandado de Prisão pela MM Juíza da 2ª Vara dos Feitos Relativos aos Crimes Praticados Contra a Criança e Adolescente**” desta Comarca da Capital.

Alega que o Paciente, após ter sido absolvido, em primeira instância, da acusação de “estupro de vulnerável” (CP, art. 217-A, § 1º), veio a ser condenado, entretanto, através de Acórdão desta 2ª Turma Criminal, que deu provimento à Apelação do MINISTÉRIO PÚBLICO para fixar-lhe pena de 8 (oito) anos de reclusão, a serem cumpridos em regime inicial semiaberto, de cujo Acórdão não foi, entretanto, intimado pessoalmente, mas, sim, tão só, pela publicação no Diário da Justiça Eletrônico.

Sustenta o Impetrante que, em se cuidando de Acórdão que reformou sentença absolutória, dessa primeira decisão desfavorável o Réu deveria ser intimado pessoalmente, como ocorreria caso se tratasse de Sentença condenatória, a teor do art. 392 do CPP, não se satisfazendo apenas com a intimação do advogado constituído.

Aduz, ainda, que, assim não procedendo, uma vez decorrido, “**in albis**”, o quinquídio legal contado a partir da publicação do Acórdão no DJE, foi certificado, em 20/01/2016, o trânsito em julgado da Decisão condenatória, com a respectiva baixa dos autos ao juízo de origem, havendo a MM Juíza determinado, em 12/05/2016, a expedição de mandado de prisão contra o Paciente, cuja ordem foi cumprida em 4 de abril de 2017.

Conclui o Impetrante requerendo seja determinada “**a intimação pessoal do Apelado, mediante cópia do r. Acórdão, tornando sem efeito a referida certificação do trânsito em julgado, com o consequente retorno dos autos à Secretaria desta egrégia 1ª Câmara, para devolução do prazo recursal, concedendo a presente Ordem de Habeas Corpus, por consequência, determinando o recolhimento do mandado de prisão decorrente do trânsito em julgado e a imediata soltura do paciente**” (grifos do original).

Instruindo a inicial, o Impetrante anexou cópia do Acórdão desta Segunda Turma da Primeira Câmara Criminal (fls. 06/25) e respectiva Certidão de Trânsito em Julgado com Baixa e Remessa (fls. 31), além de outros documentos pertinentes à espécie em exame.

Em juízo de cognição sumária, a liminar foi indeferida (fls. 111/113).

Prestando as informações solicitadas, a MM Juíza assinalou que o Impetrante se volta “**contra o fato do Acusado não ter sido intimado pessoalmente da decisão condenatória do 2º grau - cuja diligência não compete ao juízo de piso, razão pela qual entende a magistrada subscritora inexistir qualquer ilegalidade nos atos praticados após o retorno dos autos à Vara Especializada e, portanto, não deveria figurar como autoridade coatora**” (fls. 115).

Instada a se manifestar, a Procuradoria de Justiça opinou pelo não conhecimento do “**writ**”.

VOTO

A questão de mérito suscitada neste **Habeas Corpus** resume-se à discussão quanto à necessidade, ou não, de intimar-se pessoalmente o Réu nas hipóteses em que, embora absolvido

na primeira instância, venha a ser condenado em grau de Apelação, com aplicação analógica das disposições contidas no art. 392 do CPP.

Sustenta o Impetrante que, em se cuidando de Acórdão que reformou sentença absolutória, por consubstanciar a primeira decisão desfavorável ao Réu, sua simples intimação pelo Diário Oficial não seria suficiente, devendo ser aplicado, nesses casos, as regras estabelecidas no aludido art. 392, tal como se de sentença monocrática se cuidasse.

Em abono dessa tese, aduz que, por não ter sido pessoalmente intimado, o Paciente foi surpreendido com a expedição de Mandado, pelo Juízo de primeiro grau, que, vulnerando os princípios da confiança, da boa-fé processual e da segurança jurídica, ordenou sua prisão, com prejuízo para a ampla defesa.

Pois bem. Da cuidadosa leitura do “**writ**” resulta evidenciada, a todas as luzes, a circunstância de que, embora tenha, seu subscritor, como objetivo final, “**o recolhimento do mandado de prisão com a imediata soltura do Paciente**” (cf. fls. 05, **in fine**), o atendimento desses pleitos implica, entretanto, como antecedente lógico, deliberação prévia deste Tribunal acerca do pedido também manifestado pelo Impetrante no sentido de que se torne “**sem efeito a referida certificação do trânsito em julgado**” do Acórdão condenatório, **com o consequente retorno dos autos à Secretaria desta egrégia 1ª Câmara**, posto que estes já foram encaminhados, desde 20 de janeiro de 2016, ao juízo de origem (cf. fls. 31).

Essa, sem dúvida, é a pretensão que subjaz neste **Habeas Corpus**, qual seja, - **a declaração de nulidade do processo a partir da intimação do Acórdão pelo Diário da Justiça Eletrônico**, - daí porque a devolução do prazo recursal e o recolhimento do mandado de prisão, com a soltura do Paciente, se constituem mera consequência, conforme, aliás, asseverado, com clareza, pelo ilustre subscritor da peça de ingresso, ao pleitear que este Tribunal:

“[...] **determine a intimação pessoal do Apelado, mediante cópia do r. Acórdão, tornando sem efeito a referida certificação do trânsito em julgado, com o consequente retorno dos autos à secretaria desta egrégia 1ª Câmara Criminal, para devolução do prazo recursal, concedendo a presente Ordem de Habeas Corpus, por consequência, determinando o recolhimento do mandado de prisão decorrente do trânsito em julgado e a imediata soltura do paciente**” (cf. fls. 05, **in fine**).

Como se vê, o próprio Impetrante reconhece que a declaração de ineficácia da certidão do trânsito em julgado do Acórdão se constitui pleito antecedente a respeito de cuja deliberação, “**por consequência**”, dependerá o êxito dos pleitos posteriores.

De fato, na hipótese **sub judice** não se pode adentrar no exame do alegado constrangimento ilegal decorrente da expedição do Mandado de Prisão sem que antes esta Corte delibere a respeito da causa de pedir remota deste **Habeas Corpus**, qual seja, repita-se, a aventada existência de nulidade da intimação realizada através do DJE, bem assim da subsequente certificação do trânsito em julgado do Acórdão condenatório.

É aí que reside o intransponível obstáculo para o conhecimento da impetração.

Deveras, não se pode olvidar que, ao proferir, na Sessão do dia **6 de outubro de 2015**, o Acórdão condenatório, e uma vez certificado, em **20 de janeiro de 2016**, seu **trânsito em julgado**, esta 2ª Turma esgotou, por completo, sua atividade jurisdicional, não podendo, agora, **transcorrido mais de 1 (um) ano e 4 (quatro) meses** daquele julgamento, tornar sem efeito a Certidão de Trânsito em Julgado, da lavra da Diretora da Primeira Câmara Criminal, Órgão auxiliar desta Turma, sob pena de, aí sim, ficar comprometida a normalidade e segurança jurídica dos atos processuais.

Concluído o julgamento, baixados os autos à origem e já deflagrados, com o cumprimento do Mandado de Prisão, os atos iniciais para execução do Acórdão, inviável se torna, a essa altura, o acolhimento do pedido de “**retorno dos autos à Secretaria desta Egrégia 1ª Câmara, para devolução do prazo**”, posto que exaurida a atividade jurisdicional desta 2ª Turma.

Deferimento de pleito dessa natureza, a par de constituir grave tumulto processual representaria verdadeira advocatória, com a teratológica possibilidade deste Órgão, - a despeito de já

iniciados, com a Prisão do Réu, os primeiros atos de execução -, ser chamado a atuar novamente no processo para tornar sem efeito a publicação do multicitado Acórdão.

Definitivamente, com a Certidão do trânsito em julgado e a remessa dos autos à origem (fls. 31), deu-se por **encerrada a atividade jurisdicional da 2ª Turma**, que não pode mais atuar no processo.

Não se desconhece, é certo, que, como ação impugnativa autônoma, de matriz constitucional (CF, art. 5º, inciso LXVIII), o alcance do **Habeas Corpus** não se limita às hipóteses de prisão, podendo ser utilizado, também, para atacar atos judiciais e, em alguns casos extraordinários, até mesmo decisões com trânsito em julgado.

Contudo, mesmo a despeito do excepcional cabimento do “**writ of mandamus**” para fazer cessar ilegalidade e abuso de poder, a competência para julgar o **Habeas Corpus**, entretanto, sempre será do Órgão superior àquele que prolatou a decisão vergastada.

E isso porque, diferentemente dos atos administrativos em cuja seara a autoridade se acha investida do **poder de autotutela**, - revogando-os por conveniência e oportunidade, ou anulando-os quando dotados de ilegalidade -, a invalidação dos atos jurisdicionais somente pode se dar através dos mecanismos impugnativos postos, por lei, de forma hierarquizada, à disposição das partes, observando-se, sempre, as regras de jurisdição e competência estabelecidas no Código de Processo e nas Leis de Organização Judiciária.

Assim, ante a certificação do trânsito em julgado cuja invalidação se pleiteia, e considerando, por outro lado, que a prisão determinada pela Juíza **a quo** não se reveste, em si mesma, de qualquer ilegalidade ou abuso de poder, constituindo, muito ao contrário, mero cumprimento do **Decisum** condenatório proferido por esta 2ª Turma da Primeira Câmara Criminal, daí resulta a impossibilidade deste Órgão fracionário conhecer do “**writ of mandamus**” para tornar nulos seus próprios atos, como se lhe fosse lícito investir-se do poder de autotutela.

Com essas razões, na esteira do opinativo ministerial, voto no sentido de **NÃO CONHECER DO HABEAS CORPUS**, sem prejuízo, por óbvio, do exame da matéria, em sede própria, pelo Órgão jurisdicional competente.

TJBA – Habeas Corpus nº 0025027-14.2016.8.05.0000, Primeira Câmara Criminal – Primeira turma, Relator (a): Des. Aliomar Silva Britto, julgado em 07/03/2017.

EMENTA: PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. DELITOS CAPITULADOS NOS ARTIGOS 33, 35 E 40, INCISO IV, DA LEI Nº 11.343/2006 E ARTIGO 2º, § 2º, DA LEI Nº 12.850/2013. SUBSTITUIÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA POR DOMICILIAR. PACIENTE MÃE DE UMA CRIANÇA DE 5 ANOS, PORTADORA DE TEA (TRANSTORNO DE ESPECTRO AUTISTA). CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS (PACIENTE PRIMÁRIA E COM RESIDÊNCIA FIXA). PARECER MINISTERIAL PELA CONCESSÃO DA ORDEM. ORDEM CONCEDIDA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de **Habeas Corpus** nº **0025027-14.2016.8.05.0000**, tendo como Impetrantes as advogadas Arlinda Rodrigues de Oliveira Neta e Lorena Garcia Barbuda Correia, Paciente **IRENE PEREIRA DA SILVA** e Impetrado o **MM. JUIZ DE DIREITO DA VARA DOS FEITOS RELATIVOS A DELITOS PRATICADOS POR ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS DA COMARCA DE SALVADOR -BA**.

Acordam os Senhores Desembargadores integrantes da 1ª Turma da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade, em **CONCEDER A ORDEM DE HABEAS CORPUS**, nos termos do voto do Relator.

RELATÓRIO

Trata-se de **Habeas Corpus**, com pedido de liminar, impetrado pelas advogadas Arlinda Rodrigues de Oliveira Neta e Lorena Garcia Barbuda Correia, em favor de **IRENE PEREIRA DA SILVA**, apontando, como Autoridade Coatora, o **MM. da Vara dos Feitos Relativos a Delitos praticados por Organizações Criminosas da Comarca de Salvador – BA**.

Aduzem as Impetrantes, que a Paciente foi presa no dia 22 de setembro de 2016, em decorrência de preventiva, tendo sido denunciada, como incurso, nas sanções dos **artigos 33, 35 e 40, inciso IV, da Lei nº 11.343/2006, artigo 2º, § 2º, da Lei nº 12.850/2013, em concurso material**.

Asseveram que formularam pedidos de relaxamento da prisão e substituição da prisão preventiva por domiciliar, “*por possuir a Paciente dois filhos, um de quatorze anos e outro de cinco, sendo este portador de autismo infantil em grau avançado*”, *todavia foram os pleitos indeferidos pelo Juízo a quo, “entendendo que o pedido não se justifica, especialmente porque não restou comprovada a imprescindibilidade dos cuidados da Paciente ao filho menor de seis anos de idade”* (sic – fl. 06).

Explicitam que, atualmente, o menor se encontra sob os cuidados de uma tia, “*senhora de idade, que vive com seus filhos e netos, em um casa desestruturada para receber uma criança autista*”, necessitando diretamente dos cuidados e apoio materno.

Pontuam, ainda, que a Paciente ostenta condições pessoais favoráveis, pois primária, com residência fixa e família constituída, ressaltando que os requisitos elencados no artigo 312 do Código de Processo Penal não se fazem presentes na espécie.

Defendem, além disso, a possibilidade de aplicação das medidas cautelares, diversas da prisão, previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal.

Por derradeiro, pugnam pelo deferimento da liminar, para que seja substituída a prisão preventiva da Paciente por domiciliar e, ao final, seja confirmada a ordem, em definitivo.

Com a inicial foram juntados os documentos de fls. 28/81.

Indeferida a liminar, consoante decisão de fls. 95/98, foram solicitadas informações à Autoridade indicada como Coatora, que as prestou às fls. 109/111, anexando os documentos de fls. 112/125.

A Procuradoria de Justiça, no parecer nº 1474/17 (fls. 127/131), subscrito pela Procuradora Áurea Lúcia Souza Sampaio, opinou pelo conhecimento da ação constitucional de habeas corpus e, no mérito, pela sua concessão.

VOTO

Presentes os requisitos de admissibilidade, conhece-se do *Writ*.

Trata-se de **habeas corpus** liberatório, no qual se alega a ausência dos requisitos ensejadores da prisão preventiva, insertos no artigo 312 do Código de Processo Penal, enfatizando a necessidade da Paciente permanecer custodiada em ambiente familiar, uma vez que possui dois filhos, sendo um deles autista. Destaca, ainda, as condições pessoais favoráveis da Paciente, defendendo a possibilidade de aplicação das medidas cautelares, diversas da prisão.

Dessume-se dos autos que a Paciente foi presa no dia 22 de setembro de 2016, em decorrência de preventiva, acusada de integrar organização criminosa voltada ao tráfico de drogas.

De início, impõe-se destacar o disposto nos incisos III e V do artigo 318 do Código de Processo Penal, prevendo a possibilidade de substituição da prisão preventiva por domiciliar, quando o agente for imprescindível aos cuidados de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou for mulher com filho de até doze anos de idade incompletos.

O inciso em análise foi incluído ao Código de Processo Penal pela Lei nº 13.257/16, que dispõe sobre as políticas públicas para a primeira infância (0 a 6 anos de idade), com o objetivo de efetivar a proteção prevista, constitucionalmente, às crianças, notadamente, com o “*fortalecimento da família no exercício de sua função de cuidado e educação de seus filhos na primeira infância*” (artigo 14, § 1º).

In casu, malgrado a gravidade, em abstrato, dos delitos imputados à Paciente, sobrepõe-se questão atinente à saúde de seu filho menor - autista, condição pessoal e especial, a ser considerada no manejo da prisão preventiva e demais medidas cautelares.

Destarte, consoante Relatório do Conselho Tutelar de Irecê-Ba, às fls. 107/108, as Conselheiras informaram que: “no momento da visita a nossa equipe notou que a criança estava bastante inquieta e agitada o tempo todo e percebemos que a criança de fato necessita de cuidados especiais da mãe” (sic- fl. 108)

Por sem dúvida, o filho da Paciente demanda cuidado minucioso, incompatível com a segregação da Paciente em estabelecimento prisional, em razão da necessidade de sua presença constante e acompanhamento no tratamento, evitando-se, assim, o agravamento da situação da criança, portadora de TEA (transtorno de espectro autista).

Nesse contexto, verifica-se que a substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar se justifica, nos termos do artigo 318 do Código de Processo Penal, haja vista que a Paciente é mãe de uma criança de 5 anos anos, com autismo infantil, amparando-se, destarte, nos princípios constitucionais da dignidade humana, da proteção integral da criança, bem assim nos postulados da necessidade e adequação.

Demais disso, consoante documentação de fls. 28/32, trata-se de Paciente primária e com residência fixa, possibilitando, por conseguinte, a conversão da prisão preventiva em domiciliar.

Diante de tudo, **VOTO** no sentido de **CONHECER** e **CONCEDER** a ordem de **HABEAS CORPUS** a Paciente **IRENE PEREIRA DA SILVA**, substituindo-se a prisão preventiva da Paciente por prisão domiciliar.

TJBA – Habeas Corpus nº 0008047-55.2017.8.05.0000, Segunda Câmara Criminal – Primeira turma, Relator (a): Des^a Ivete Caldas Silva Freitas Muniz, julgado em 13/07/2017.

HABEAS CORPUS. AÇÃO PENAL PRIVADA. CRIMES DE CALÚNIA, DIFAMAÇÃO E INJÚRIA. ALEGAÇÃO DE DESFUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO QUE RECEBEU A QUEIXA-CRIME. RECEBIMENTO DA PEÇA ACUSATÓRIA QUE PRESCINDE DE FUNDAMENTAÇÃO COMPLEXA. PRECEDENTES DOS TRIBUNAIS SUPERIORES. INSURGÊNCIA TARDIA. OFENSA AO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA. ALEGAÇÃO DE QUE AS PRELIMINARES SUSCITADAS NA DEFESA PRÉVIA NÃO FORAM ANALISADAS. TESIS DEFENSIVAS CONSIDERADAS MATÉRIA DE MÉRITO, PELA AUTORIDADE IMPETRADA, A SEREM APRECIADAS EM MOMENTO PRÓPRIO. INEXISTÊNCIA DE NULIDADES. ORDEM DENEGADA, POR MAIORIA DE VOTOS.

A jurisprudência pátria firmou o entendimento de que a decisão de recebimento da denúncia prescinde de fundamentação extensa, uma vez que apresenta natureza interlocutória simples, encerrando mero juízo de admissibilidade, sem aprofundamento meritório.

Na análise da resposta à acusação, a digna Magistrada impetrada constatou que as teses veiculadas pelo Querelado (atipicidade subjetiva, em relação aos três delitos apontados; ausência do propósito de ofender, em relação ao crime de calúnia; ausência de materialidade no crime de difamação; ausência de lastro probatório mínimo, quanto à injúria e ilegitimidade ad causam da querelante Jussara Maria Santos de Souza) são matéria de mérito, a serem enfrentadas em momento oportuno.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 0008047-55.2017.8.05.0000, em que figura como paciente RICARDO MOLINA DE FIGUEIREDO, e como impetrada a Dra. Juíza de Direito da 3ª Vara Criminal da Comarca de Salvador.

ACORDAM os Desembargadores integrantes da Primeira Turma da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, por maioria de votos, em denegar a presente ordem, nos termos do voto da Relatora.

RELATÓRIO

Informam os ilustres Advogados impetrantes, em apertada síntese, que o paciente responde à Ação Penal Privada nº 0519912-20.2014.8.05.0001, em trâmite na 3ª Vara Criminal desta Capital, acusado da prática dos crimes de calúnia, difamação e injúria (artigos 138, 139 e 140 do Código Penal).

Sustentam que o paciente sofre constrangimento ilegal em função da ausência de fundamentação da decisão que recebeu a queixa-crime (fl. 76) e que as teses defensivas expostas na resposta à acusação não foram analisadas pela magistrada, que indeferiu o pedido de rejeição da queixa, sendo tal situação capaz de macular o feito originário e caracterizar prejuízos à efetividade do exercício do amplo direito de defesa do paciente.

Requerem o deferimento de medida liminar para determinar a suspensão do interrogatório do querelado, designado para o dia 05/05/2017 e, no mérito, a concessão definitiva da ordem, para que seja declarada nula a decisão questionada, determinando-se que outra decisão seja proferida, com enfrentamento das teses defensivas deduzidas.

A inicial de fls. 02/22 veio instruída com os documentos de fls. 23/399.

Prejudicado o pedido liminar, fl. 478/479, em razão do exíguo tempo, para sua análise, uma vez que a impetração foi apresentada a esta Magistrada no dia 04/05/2017 e a audiência de instrução e julgamento realizada em 05/05/2017, vieram aos autos à fl. 482 as informações solicitadas à dita autoridade impetrada.

Nesta instância, emitiu parecer a douta Procuradoria de Justiça, manifestando-se pela denegação da ordem (fls. 484 a 487/v).

VOTO

Inicialmente, destaca-se que os *Habeas Corpus* nº 0012288-43.2015.8.05.0000 e nº 0020102-72.2016.8.05.0000, impetrados perante este Egrégio Tribunal de Justiça em favor do paciente Ricardo Molina de Figueiredo, relacionados com a Ação Penal Privada nº 0519912-20.2014.8.05.0001, são constituídos de objetos distintos do veiculado no presente feito, conforme evidenciam os documentos de fls. 411 a 428 e fls. 285 a 291, consistentes em cópias de petição inicial e de acórdão, respectivamente.

O pedido liminar de sobrestamento de audiência de qualificação e interrogatório do paciente restou prejudicado, dada a exiguidade de tempo para decidir em sede liminar, tendo em vista que o presente feito foi distribuído, por prevenção, a esta Magistrada em 03/05/2017, com recebimento no gabinete em 04/05/2017, e assentada efetivamente realizou-se no dia 05/05/2017, conforme cópia da ata, fl. 480 (fls. 478/479).

A impetração deve ser denegada, conforme as seguintes razões:

Extraí-se dos autos que o Paciente figura como Querelado nos autos da Ação Penal Privada nº 0519912-20.2014.8.05.0001, ajuizada pelas Delegadas de Polícia, Dra. Acácia de Oliveira Nunes e Dra. Jussara Maria Santos de Souza, pela suposta prática dos crimes de calúnia, difamação e injúria (artigos 138, 139 e 140, do Código Penal), em função de declarações prestadas durante uma coletiva de imprensa e entrevista à Rádio Metrôpole, ambas no dia 16.12.2013, a respeito da condução dos trabalhos das Querelantes na confecção da perícia oficial do caso “Kátia Vargas”.

Durante audiência realizada em 26/08/2014, uma vez ultrapassada a fase de conciliação, a digna Magistrada impetrada recebeu a queixa-crime, determinando a citação do Querelado para responder os termos da ação (fl. 76). Em petição protocolada em 19/03/2015, a defesa apresentou resposta, pugnando pela rejeição da queixa (fls. 110/136). Em 06.05.2015, o pedido de re-

jeição da queixa foi indeferido (fl. 250) ressaltando a doura autoridade impetrada que as questões suscitadas na resposta do Querelado seriam analisadas na audiência de instrução e julgamento.

Informes judiciais de fl. 482 noticiam o encerramento da instrução criminal, ficando as partes intimadas para apresentar alegações finais por memoriais escritos, no prazo de 10 (dez) dias.

A alegação de que a decisão que recebeu a queixa (fl. 76) está desfundamentada não merece prosperar. A jurisprudência pátria firmou o entendimento de que tal decisão prescinde de fundamentação extensa, uma vez que apresenta natureza interlocutória simples, encerrando mero juízo de admissibilidade, sem aprofundamento meritório.

Nesse sentido, confirmam-se os julgados do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

“[...] Esta Corte entende que o despacho de recebimento da denúncia, por sua natureza interlocutória simples, prescinde de ampla fundamentação, até porque o Juiz, ao deflagrar a Ação Penal, não deve incidir em pré-julgamento da matéria criminal objeto da inicial acusatória (HC 119.226/PR, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe de 08.09.2009 e HC 138.089/SC, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJe 22.02.2010). 3. Parecer ministerial pela denegação da ordem. 4. Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, denegada.” (Ministro Relator Napoleão Nunes Maia Filho, T5 - QUINTA TURMA DJe 25/10/2010 – 25/10/2010 HABEAS CORPUS HC 160035 MG 2010).

“[...] Consoante entendimento desta Corte, o recebimento da denúncia prescinde de fundamentação complexa, em decorrência de sua natureza interlocutória. [...]” (Habeas Corpus nº 172.925-SC 2010/0089203-3, Rel. Min. Nefi Cordeiro, T6 SEXTA TURMA, julgado em 17/12/2015, DJe 05/02/2016).

“AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. CRIME DE RESPONSABILIDADE DE FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS. AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO PRELIMINAR PARA RESPOSTA. NULIDADE RELATIVA. SÚMULA 330/STJ. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. DESNECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO. PRECEDENTES. (...) 3. À luz da jurisprudência dominante, é dispensável a fundamentação no despacho que recebe a denúncia, visto que tal procedimento não possui caráter decisório. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal. (...)” (AgRg no REsp 1194459/RS, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 14/05/2013, DJe 21/05/2013).

Ainda a respeito do tema, confira-se a doutrina de Renato Brasileiro de Lima:

“[...] prevalece na jurisprudência o entendimento de que o magistrado não está obrigado a fundamentar a decisão de recebimento da peça acusatória, até mesmo para se evitar que eventual excesso na fundamentação acarrete indevida antecipação da análise do mérito. Na dicção do Supremo, o ato judicial que formaliza o recebimento da denúncia pelo Ministério Público não se qualifica, nem se equipara, para os fins a que se refere o inciso IX do art. 93 da Constituição Federal, a ato de caráter decisório, daí porque não se exige que seja fundamentado. Aliás, há precedentes admitindo inclusive a possibilidade de recebimento tácito da inicial acusatória, quando o juiz, sem se referir ao recebimento, determina de imediato a citação do acusado. [...]” (Manual de Processo Penal, 2ª edição, Ed. Podivm, 2014, p. 1235).

Impende salientar que apesar da referida decisão – que recebeu a queixa (fl. 76) - ter sido proferida em 26/08/2014, somente no mês de maio do corrente ano, a defesa do querelado/paciente apresentou insurgência, por meio do presente pedido de *Habeas Corpus*, situação que delineia a ocorrência de inércia da defesa e como bem destacou a Douta Procuradora de Justiça em seu respeitável parecer de fls. 482 a 487:

“[...] Por outro lado, ainda que se pudesse cogitar de nulidade – o que não ocorre nos presentes autos –, nota-se que a defesa teve a oportunidade de se insurgir contra a decisão objurgada, na própria audiência em que foi proferida (fl. 76 - em 26/08/2014), ou em sua defesa prévia (protocolada no dia 09/03/2015 – fls. 110/136). Contudo, a insurgência somente veio a ser formada quase três anos após, por esta via heroica. Tal conduta representa, nitidamente, uma violação ao princípio da

boa-fé objetiva, aplicável também no processo penal, que impõe às partes atuar de forma leal, visando ao saudável andamento do feito e à correção de eventuais irregularidades havidas no seu trâmite. [...]”.

Neste particular, o parecer da Procuradoria de Justiça colacionou julgados que destacam o entendimento dos Tribunais Superiores, no sentido de inadmitir alegações de nulidade no processo penal, quando evidenciado que a parte aguardou um momento futuro para suscitá-la, quando já percebida anteriormente, em repúdio à chamada “*nulidade de bolso*”, tal como ocorreu no HC 277.978/BA, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, STJ, julgado em 14/10/2014, DJe 29/10/2014; HC 94.570/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Sexta Turma, STJ, julgado em 23/02/2010, DJe em 22/03/2010; HC 105041/SP, STF, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 21.08.2013 e HC 210.196/MA, Rel. Min. Gilson Dipp, Quinta Turma, DJe 24/05/2012).

Ademais, para que seja declarada a nulidade de ato processual, faz-se necessária a demonstração do prejuízo sofrido, de acordo com o princípio, positivado no art. 563 do Código de Processo Penal, nos termos seguintes: “*Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa*”, o que efetivamente não ocorreu no caso em tela. Não havendo comprovação de qualquer prejuízo sofrido pela defesa do Querelado, não há que se falar em nulidade.

Quanto à alegação de que as preliminares aduzidas na defesa prévia (atipicidade subjetiva, em relação aos três delitos; ausência do propósito de ofender, em relação ao crime de calúnia; ausência de materialidade no crime de difamação; ausência de lastro probatório mínimo, quanto ao crime de injúria, além de alegar a ilegitimidade *ad causam* da querelante Jussara Maria Santos de Souza) não foram analisadas, tem-se que as teses ali encartadas foram constatadas pela doura autoridade impetrada, como matéria de mérito, conforme trecho da decisão de fl. 250, a seguir destacado:

“Analisando a resposta do querelado de fls.88 à 114, verifico que não foram arguidas questões preliminares, mas apenas questões relativas ao mérito, assim, indefiro o pedido de rejeição da queixa, ressaltando que as suscitadas questões serão reanalisadas na audiência de instrução e julgamento. [...]”.

Deste modo, não há nenhuma nulidade a ser declarada.

Pelo exposto, denega-se, por maioria de votos, a presente impetração

TJBA – Habeas Corpus nº 0012606-55.2017.8.05.0000, Primeira Câmara Criminal – Primeira turma, Relator (a): Desª Aracy Lima Borges, julgado em 10/08/2017.

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. CRIMES DE INJÚRIA E AMEAÇA PRATICADA CONTRA A MULHER NO ÂMBITO DOMÉSTICO (ARTS. 140 E 147, DO CP C/C ART. 7º, II E V, DA LEI 11.340/2006). PACIENTE PORTADOR DE ESQUIZOFRENIA PARANÓIDE (CID F20.0) – INIMPUTABILIDADE RECONHECIDA - INTERNAÇÃO PROVISÓRIA NO HOSPITAL DE CUSTÓDIA E TRATAMENTO. EXCESSO DE PRAZO DA INTERNAÇÃO - NÃO CONFIGURADO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL – IMPOSSIBILIDADE - AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DENEGADA.

1. Paciente diagnosticado com esquizofrenia paranóide, internado provisoriamente no Hospital de Custódia e Tratamento (HCT), em 03.03.2016, por ter, supostamente, praticado contra a sua genitora as condutas descritas nos arts. 140 e 147, do CP, c/c o art. 7º, II e V, da Lei nº 11.340/2006.

2. A decisão que determinou a internação provisória do Paciente, além de levar em consideração que os delitos foram cometidos no âmbito de violência

doméstica e familiar contra a mulher, destacou o temor da vítima, genitora do Paciente, em voltar a conviver com o mesmo, bem como salientou o histórico de violência na sua vida pregressa.

3. *In casu*, não há que se falar em excesso de prazo, primeiro porque a instauração do incidente de insanidade mental ocasiona natural retardamento do feito; segundo, porque a internação serve para cuidar do Paciente que sofre de distúrbio mental, bem como para zelar pela proteção da sociedade, não existindo prazo estipulado para a desinternação (art. 97, §1º, do CP). Ademais, em consulta aos autos de nº 0516238-63.8.05.0001, através do Sistema SAJ, constata-se que findo o incidente de sanidade mental, o processo principal retomou seu curso com a intimação do Ministério Público, em 02/03/2017, tendo, em seguida, sido oferecida a Denúncia, a qual foi recebida em 15/05/2017, quando foi determinada a citação.

4. Malgrado a existência de laudo pericial homologado pelo Juízo *a quo*, atestando a inimputabilidade do Paciente, este implicará apenas a medida de segurança a ser imposta na sentença absolutória imprópria, que não pode ser reconhecida sumariamente, antes da comprovação definitiva, no âmbito do devido processo legal, da autoria e materialidade do fato típico.

ORDEM CONHECIDA E DENEGADA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus n.º 0012606-55.2017.8.05.0000, da Comarca de Salvador, em que figura como **Impetrante Matheus Pinheiro de Carvalho, como Paciente Francismar Amâncio dos Santos Sousa, e como Impetrado o Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal de Violência Doméstica Familiar contra a Mulher.**

ACORDAM os senhores Desembargadores, componentes da Primeira Turma Julgadora da Primeira Câmara Criminal, à **unanimidade**, em conhecer do *Habeas Corpus* e **DENEGAR A ORDEM**, nos termos do voto da Desembargadora relatora.

RELATÓRIO

Cuida-se de Habeas Corpus, com pedido de liminar, impetrado por Matheus Pinheiro de Carvalho em favor de **FRANCISMAR AMÂNCIO DOS SANTOS SOUZA**, contra ato do MM. Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal de Violência Doméstica Familiar contra a Mulher.

Alega o Impetrante que o Paciente foi preso em flagrante no dia 3 de março de 2016, pela prática, em tese, do crime previsto no art. 140, do Código Penal (Ameaça), tendo sido, em seguida, encaminhado ao Hospital de Custódia e Tratamento (HCT), em virtude de indícios de possuir insanidade mental.

Relata, que em 15/04/2016, foi concedida a liberdade condicional do Paciente, por não estarem preenchidos os requisitos da segregação preventiva. Entretanto, em razão da dificuldade da família em recebê-lo, foi determinada a internação provisória, para que fosse possível a realização de exame de sanidade mental.

Aduz ainda, que o laudo médico do incidente de insanidade mental, atestando a sua incapacidade, foi homologado, pelo Juízo *a quo*, em agosto de 2016. Alega, entretanto, que o Paciente está submetido a constrangimento ilegal, decorrente do excesso de prazo na internação provisória, a qual já ultrapassa 1 (um) ano e 3 (três) meses, considerando que o suposto crime tem pena máxima de 6 (seis) meses.

Argumenta que, apesar do reconhecimento judicial da inimputabilidade do Acusado, o Juízo recebeu a denúncia, dando início a Ação Penal nº 0516238-63.2016.8.05.0001, em frontal violação ao art. 395, do CPP, devendo ser trancada.

Por tais razões, pugna pela concessão, em caráter liminar, do *mandamus* e consequente expedição do alvará de soltura, requerendo que a ordem seja confirmada no julgamento do mérito, bem como seja trancada a respectiva Ação Penal irregularmente instaurada.

A inicial veio instruída com os documentos de fls. 11/30.

O pedido de urgência foi indeferido, conforme decisão de fls. 33/34v.

A autoridade impetrada prestou informações à fl. 36/36v, acompanhado dos documentos de fls. 37/43.

A douta Procuradoria de Justiça emitiu parecer manifestando-se pela denegação da ordem (fls. 46/48).

É o relatório.

VOTO

Cuida-se de Habeas Corpus impetrado em favor de **FRANCISMAR AMÂNCIO DOS SANTOS SOUZA**, que visa a colocação imediata do Paciente em liberdade, ao argumento de que há excesso de prazo da internação provisória, e, por fazer jus ao trancamento da ação penal, ante a ausência de justa causa para seu prosseguimento.

Extraí-se dos autos que o Paciente foi preso em flagrante em 03/03/2016, por ter supostamente xingado e ameaçado sua genitora, Ângela Amâncio dos Santos Sousa, condutas descritas nos arts. 140 e 147, do CP, c/c o art. 7º, II e V, da Lei nº 11.340/2006. Além disso, há relatos de que o Paciente desferiu um golpe com um pedaço de madeira contra um dos membros da guarnição policial, que entrou na residência onde se deu o fato em apuração.

Verifica-se ainda, que na audiência de custódia realizada em 04/03/2016, o Juiz *a quo* percebendo que o Autuado é portador de transtorno mental, o encaminhou para o Hospital de Custódia e Tratamento (fl. 12). Ato contínuo, realizada a avaliação psiquiátrica, a equipe médica do nosocômico concluiu que o Paciente padece de “esquizofrenia paranoide (CID 10 F60.1)”, com indicação de “pronta desinternação e seguimento ambulatorial externo”, motivando a decisão judicial de fls. 13/15, que concedeu a Liberdade ao Paciente, mas com imposição da medida cautelar de internação provisória. Para melhor entendimento, transcrevo trechos da referida decisão:

(...) Malgrado a indicação médica de tratamento ambulatorial, cabe observar que uma equipe interdisciplinar deste NPF entrou em contato com os familiares do conduzido, tendo o genitor afirmado que não reside nesta Capital e não tem condições de acompanhar o filho. Já a sua genitora, bastante atemorizada, disse ter medo de Francismar, com quem convive na mesma casa e que a elegeu como alvo de xingamentos, agressões físicas e até ameaças de morte. Há um relato histórico de violência na vida pregressa do flagrado, que não pode ser desprezado na possibilidade de reiteração delituosa, afigurando-se prudente, como providência emergencial, a sua internação provisória, até que em audiência específica, junto ao Juízo Competente, sejam definidas a melhor alternativa de tratamento psiquiátrico e a sua situação no contexto familiar.”

Segundo estabelece o art. 97 do CP, se o agente for inimputável, o juiz determinará sua internação, todavia, se o fato previsto como crime for punível com detenção, **poderá** o juiz submetê-lo a tratamento ambulatorial.

No caso em tela, o Paciente está sendo acusado dos crimes de injúria e ameaça, ambos apenados com detenção. Todavia, observa-se que o Magistrado de origem, ao determinar a internação provisória, levou em consideração que os delitos foram cometidos no âmbito de violência doméstica e familiar contra a mulher, salientando o temor da genitora em voltar a conviver com o Paciente. Além disso, destacou o histórico de violência na vida pregressa do Paciente.

Vê-se ainda, que, instaurado o incidente de insanidade mental do Paciente pela autoridade impetrada a pedido do Ministério Público, em 24/05/2016, o processo principal, consistente apenas no inquérito, ficou suspenso, em observância ao art. 149, §2º, do CPP.

Ademais, em consulta aos autos de nº 0516238-63.8.05.0001, através do Sistema SAJ, constata-se que, findo o incidente em tela, o processo principal retomou seu curso com a intimação do Ministério Público, em 02/03/2017, tendo, em seguida, sido oferecida a Denúncia, a qual foi recebida em 15/05/2017, quando foi determinada a citação.

Assim, não há que se falar em excesso de prazo, primeiro porque a instauração do incidente de insanidade mental ocasiona natural retardamento do feito; segundo, porque a internação serve para cuidar do Paciente que sofre de distúrbio mental, bem como para zelar pela proteção da sociedade, não existindo prazo estipulado para a desinternação (art. 97, §1º, do CP).

Também não merece prosperar o pleito de trancamento da ação penal, pois é através desta que deverá ser verificada a responsabilidade do Paciente pelos delitos que lhe estão sendo imputados.

Sabe-se que o trancamento da ação penal por meio do *habeas corpus* é medida excepcionalíssima, somente cabível quando houver comprovação inequívoca, de plano, da atipicidade da conduta, da incidência de causa de extinção da punibilidade, da ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a falta de materialidade do delito. Hipóteses estas que não se verificam no caso em tela.

O reconhecimento da inimputabilidade do Paciente implicará apenas na medida de segurança a ser imposta na sentença absolutória imprópria, que não pode ser reconhecida sumariamente, antes da comprovação definitiva, no âmbito do devido processo legal, da autoria e materialidade do fato típico, e, por conseguinte, não permite o trancamento da ação penal. Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIME DE FURTO TENTADO (ART. 155, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL). TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. INSANIDADE DA PACIENTE. (...) INVIABILIDADE EM SEDE DE HABEAS CORPUS. PEDIDO IMPROCEDENTE. a) Eventual doença mental da paciente não acarreta a atipicidade da conduta e não permite o trancamento da ação penal. Enseja, se comprovada a inimputabilidade ou a semi-inimputabilidade, a aplicação de medida de segurança ou redução da reprimenda, respectivamente. (...) Precedentes das Turmas componentes da Terceira Seção" (STJ - HC 238.786/RJ, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 15/05/2014, DJe 30/05/2014). c) "O trancamento da Ação Penal por meio de habeas corpus é medida excepcional somente admissível quando transparecer dos autos, de forma inequívoca, a inocência do acusado, a atipicidade da conduta ou a extinção da punibilidade (HC 101754/PE, rel. Min. Ellen Gracie, 2ª Turma, DJ de 24/6/2010; HC 92959/SP, rel. Min. Carlos Britto, 1ª Turma, DJ de 11/2/2010, e HC 97.725, 1ª Turma, Rel. Ministra CARMEN LÚCIA, DJe de 26/03/2011)" (STF. HC 112465, Relator: Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 18/12/2012). (TJPR - 3ª C.Criminal - HCC - 1420198-0 - Jaguariáiva - Rel.: Rogério Kanayama - Unânime - - J. 03.09.2015)." (TJ-PR - HC: 14201980 PR 1420198-0 (Acórdão), Relator: Rogério Kanayama, Data de Julgamento: 03/09/2015, 3ª Câmara Criminal, Data de Publicação: DJ: 1651 18/09/2015)

Ante o exposto, não demonstrado o constrangimento ilegal apontado pela Impetrante, conheço do Habeas Corpus e **DENEGO A ORDEM**.

TJBA – Habeas Corpus nº 0006885-25.2017.8.05.0000, Primeira Câmara Criminal – Primeira turma, Relator (a): Desª Aracy Lima Borges, julgado em 04/07/2017.

EMENTA: HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO – NÃO CABIMENTO – ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO DELITO DE ROUBO CIRCUNSTANCIADO (ART. 157, §2º, I e II, DO CP). PLEITO DE PROGRESSÃO DA MEDIDA DE INTERNAÇÃO PARA LIBERDADE ASSISTIDA – PARECER FAVORÁVEL DA EQUIPE TÉCNICA - DECISÃO DENEGATÓRIA -FUNDAMENTAÇÃO GENÉRICA E ABSTRATA -EVIDENTE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. *Habeas corpus* impetrado contra decisão proferida nos autos da Execução de Medidas Socioeducativas tombada sob o nº 0325073-24.2016.8.05.0001,

que indeferiu o pedido de progressão da medida de internação do Paciente, contrariando parecer favorável da equipe técnica do CASE/SSA.

2. A orientação dos Tribunais Superiores é no sentido de não mais admitir *habeas corpus* que tenha por objetivo substituir o recurso próprio, em que há previsão do agravo de instrumento, exceto quando há flagrante ilegalidade, como é a hipótese desses autos.

3- Decisão denegatória da progressão da medida, baseada na necessidade de o educando completar o seu ciclo evolutivo e nas dificuldades de se cumprir uma medida socioeducativa em meio semiaberto ou aberto. Fundamentação inidônea para manutenção do Adolescente na medida mais gravosa, restando configurado o constrangimento ilegal. Precedente desta Corte (Agravo de Instrumento nº 0014860-35.2016.8.05.0000, Relator Des. Eserval Rocha, julgado em 29/11/2016. DJe 23/01/2017)

HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO, PARA COLOCAR O PACIENTE NA MSE DE LIBERDADE ASSISTIDA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus nº 0006885-25.2017.8.05.0000, da Comarca de Salvador, em que figura como **Impetrante a Defensoria Pública do Estado da Bahia, como Paciente o ADOLESCENTE, e como Impetrado o Juiz de Direito da 5ª Vara da Infância e Juventude da Comarca de Salvador.**

ACORDAM os senhores Desembargadores, componentes da Primeira Turma Julgadora da Primeira Câmara Criminal, **à unanimidade**, em não conhecer do *Habeas Corpus*, contudo, de ofício, **CONCEDER A ORDEM**, nos termos do voto da Desembargadora relatora.

RELATÓRIO

Cuida-se de Habeas Corpus, com pedido de liminar, impetrado pela Defensoria Pública do Estado da Bahia em favor de M. M. dos S, contra ato do MM. Juiz de Direito da 5ª Vara da Infância e Juventude da Comarca de Salvador.

Relata o Impetrante, que o *"Paciente encontra-se custodiado desde 06/10/2015, ou seja, há cerca de 1 (um) ano e 6 (seis) meses, pela prática de ato infracional equiparado ao roubo majorado, sendo que se encontra na Unidade de Internação CASE/SSA, na Comarca de Salvador."*

Alega que, embora a equipe técnica da CASE/SSA, por duas vezes, tenha concluído pela necessidade de progressão da medida aplicada ao jovem, a Autoridade apontada coatora, em oposição, decidiu pelo não acolhimento da sugestão e manteve a internação, com fundamento na suposta necessidade de escolarização e profissionalização do Paciente, restando ferido os princípios da brevidade e excepcionalidade, que norteiam a medida socioeducativa.

Assevera que o Paciente já alcançou as metas estabelecidas no Plano Individual de Atendimento (PIA), inexistindo razões para permanecer privado de sua liberdade.

Aduz que a decisão atacada está fundamentada na gravidade abstrata do ato infracional praticado, para justificar a manutenção da internação, o que caracteriza constrangimento ilegal. Saliencia que a gravidade do ato infracional já foi analisada na sentença que decretou a internação, não podendo influenciar na execução da medida socioeducativa, em que o que deve prevalecer é o peculiar avanço do jovem no curso da medida, independentemente do ato infracional praticado e das circunstâncias que o levaram a tal prática.

Por fim, informa que o Ministério Público do Estado da Bahia propôs a Ação Civil Pública nº 0540192-12.2014.8.05.0001, requerendo a interdição da unidade de internação CASE/SSA, decorrente da superlotação.

Com tais argumentos, pugna, inclusive liminarmente, pela concessão da ordem, para que seja extinta a medida socioeducativa de internação ao Paciente.

A inicial veio instruída com os documentos de fls. 21/127.

O pedido de urgência foi indeferido pelo eminente Des. José Alfredo Cerqueira da Silva, conforme decisão de fls. 131/134.

A autoridade impetrada prestou informações às fls. 137/139.

A douta Procuradoria de Justiça emitiu parecer manifestando-se pela denegação da ordem (fls. 146/148).

Os autos foram-me redistribuídos, em cumprimento ao despacho de fl. 149.

É o relatório.

VOTO

Cuida-se de Habeas Corpus impetrado em favor do Adolescente M. M. dos S, inserido em medida socioeducativa de internação, pela prática do ato infracional equiparado ao delito previsto no art. 157, §2º, I e II, do CP.

Infer-se dos autos, que o presente *mandamus* visa atacar decisão proferida nos autos da Execução de Medidas Socioeducativas tombada sob o nº 0325073-24.2016.8.05.0001, em trâmite no Juízo da 5ª Vara da Infância e Juventude da Comarca de Salvador, que indeferiu o pedido de progressão da medida de internação do Paciente, contrariando parecer favorável da equipe técnica do CASE/SSA.

De início, impende registrar que a orientação dos Tribunais Superiores é no sentido de não mais admitir *habeas corpus* que tenha por objetivo substituir o recurso próprio, como no caso em tela, em que há previsão do agravo de instrumento, exceto quando há flagrante ilegalidade.

Nesse sentido:

“HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. NÃO CONHECIMENTO.

1. A via eleita revela-se inadequada para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, circunstância que impede o seu formal conhecimento. Precedentes.

2. O alegado constrangimento ilegal será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação ex officio, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal. (...)

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida para restabelecer a decisão do Juízo de origem e extinguir a medida socioeducativa de internação imposta ao paciente.”

(HC 351.942/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 14/02/2017, DJe 21/02/2017)

Entretanto, apesar do impetrante não ter utilizado o recurso cabível à espécie, em homenagem à garantia constitucional constante no art. 5º, LXVIII, da CF, passo à análise das questões suscitadas na inicial, a fim de verificar a existência de flagrante constrangimento ilegal a ser sanado por *habeas corpus* de ofício.

Compulsando os autos, nota-se que o relatório avaliativo do Adolescente acostado às fls. 102/112, datado de 20/01/2017, sugere a progressão da medida aplicada para liberdade assistida, nos seguintes termos:

“Compreende-se que o socioeducando cumpre de forma exitosa a MSEI, assim a equipe de referência reafirma a sugestão de progressão enviada no relatório anterior (junho/2016) acerca da evolução e aspectos desenvolvidos por Mateus que demonstram o trabalho interdisciplinar realizado com o mesmo. Entende-se, portanto, que o socioeducando pode e deseja cumprir Liberdade Assistida na cidade de Salvador/BA, ao avaliar que a medida encaixa-se melhor em sua dinâmica subjetiva e por desejar manter um acompanhamento psicossocial que possa orientá-lo a efetivar seus planos de mudança; de maneira que uma extinção da medida não proporcionaria esse acompanhamento. A equipe respalda sua sugestão no progresso dele ao longo do cumprimento da MSEI (...).

Aliado a isso, a equipe faz menção ainda, aos princípios da “brevidade” e “excepcionalidade” presentes no ECA, pois Mateus está privado de liberdade há aproximadamente 01 ano e 03 meses, um período extremo quando observado que o mesmo encontra-se em desenvolvimento e está sendo

avaliado como um adolescente que pode dar continuidade ao ciclo socioeducativo no cumprimento da medida de Liberdade Assistida, a ser cumprida na Comarca de Salvador através do CRAS. (...) A equipe estabeleceu contato telefônico (...) com a Coordenadora Manuela Alves, a qual explicou sobre o funcionamento da referida medida e das parcerias existentes. Ressalte-se que o grupo familiar já realiza acompanhamento junto à rede socioassistencial através do CRAS (Centro de Referência Especializado em Assistência Social). Do bairro de Tancredo Neves/Beiru – Salvador/BA. Igualmente, no caso a progressão da medida para Liberdade Assistida se afigura uma melhor opção para o término de assimilação da medida, uma vez que possibilitaria ao socioeducando a frequência escolar na própria escola do bairro onde reside, bem como sua inserção no mercado de trabalho, fato que restaria prejudicado no caso de uma medida socioeducativa de internação.”

Por outro lado, analisando a decisão denegatória do pleito de progressão da medida socioeducativa, colacionada às fls. 123/125, merece transcrição os seguintes trechos:

“Com efeito, diante da não impugnação do PLA, a sua homologação é automática, com fulcro no art. 41, §5º, da Lei 12.594/2012.

Analisando o relatório apresentado, constata-se que o socioeducando vem apresentando bom comportamento e uma gradual absorção dos princípios sociopedagógicos doutrinados pelo programa.

No que tange a escolarização, Mateus foi avaliado pela unidade com conceito ‘bom’, estando matriculado no Colégio Estadual Governador Roberto Santos, sendo aluno assíduo, demonstrando interesse e se comportando bem em classe, conquanto a equipe técnica não tenha juntado relatório de sua frequência escolar.

Quanto a sua iniciação profissional, apresenta conceito ‘bom’, pois foi inserido em oficina de informática, cuja previsão de conclusão ocorrerá em 26.12.2016, ou seja, antes de a equipe técnica já começar a sugerir a progressão da medida.

No tocante as suas relações sociais e familiares, vem apresentando boa adaptação ao grupo e aos socioeducadores, apesar de a equipe avaliar seu comportamento como ‘instável’, já no que diz respeito ao aspecto familiar, o socioeducando apresenta vínculos familiares ‘positivos’, realizando, a família, visitas semanais, às quartas-feiras e sábados, ocasião em que sempre buscam informações sobre o seu desenvolvimento.

A equipe técnica multidisciplinar, neste caso sugere a progressão da medida para liberdade assistida, por acreditar que o socioeducando já atingiu os objetivos pedagógicos propostos para uma medida de internação e pelo bom comportamento do socioeducando durante a maior parte do cumprimento da medida.

(...)

Diante do exposto no relatório, entendo ser mais pertinente a manutenção da medida, amparado no princípio da proteção integral e do melhor interesse da criança e do adolescente (art. 100, p. Único, II, ECA e art. 227, CF/88), tendo em vista que ao socioeducando devem ser oferecidos meios de construir uma nova vida, com uma consciência cidadã e apropriação de novos valores, consentâneos com a convivência em sociedade, objetivando uma resposta diferenciada e adequada para as futuras situações de conflito interpessoal que porventura ocorram ao longo de sua vida. O que julgo não ter ocorrido ainda. A unidade deve se esforçar em oferecer cursos profissionalizantes e estimular a educação junto aos seus socioeducandos, não acreditando que pelo simples fato de eles possuírem bom comportamento sua finalidade estará cumprida.

A inserção em atividades profissionalizantes, como vem sendo feito, é um requisito importante para que o educando possa ser reinserido na sociedade. Assim, entendo que melhor será completar o seu ciclo evolutivo de cumprimento da medida com a sua completa preparação para voltar livre para a sociedade, sem ter que cumprir qualquer outra medida, notadamente, porque se sabe das dificuldades que tem os educandos que passam por um regime de internação em cumprir medida em meio semi aberto ou aberto. (...)” Grifou-se

Sabe-se que, embora o julgador não esteja vinculado ao relatório elaborado pela equipe técnica, deve justificar sua decisão em outros elementos constantes dos autos, respeitado o princípio constitucional do livre convencimento motivado, em face das circunstâncias do caso concreto.

No caso em tela, extrai-se do parecer técnico, que o jovem infrator demonstrou postura satisfatória no cumprimento da medida de internação, demonstrando estar consciente sobre as

consequências de suas ações, revelando-se razoável autorizar que a sua reinserção social ocorra de forma gradativa, no sentido de migrar do internamento para liberdade assistida.

Percebe-se entretanto, que os fundamentos utilizados pelo Juiz *a quo* para indeferir o pleito de progressão da medida, reside na necessidade de o educando completar o seu ciclo evolutivo e nas dificuldades de se cumprir uma medida socioeducativa em meio semiaberto ou aberto.

Acerca desses fundamentos, transcrevo brilhante exposição do voto proferido pelo ilustre Des. Eserval Rocha, no julgamento do Agravo de Instrumento nº 0014860-35.2016.8.05.0000:

“Sonegar o benefício da progressão apenas para contornar as dificuldades de manter o socioeducando em liberdade é um argumento que desautoriza a manutenção da sua segregação. Definitivamente, não cabe ao julgador privar o adolescente de uma medida que lhe parece mais benéfica porque, supostamente, o Estado não estaria suficientemente aparelhado para o acompanhamento de um programa de semiliberdade ou liberdade.”

Perfilhando desse mesmo entendimento, considero que a decisão invectivada não está revestida de fundamentação idônea a justificar a manutenção do Adolescente na medida mais gravosa.

Ademais, convém salientar que a finalidade precípua do Estatuto da Criança e do Adolescente é conferir às medidas socioeducativas um caráter pedagógico - protetivo, visando reintegrar o menor à sociedade, de modo que a medida de internação, por constituir verdadeira restrição ao status liberdade do adolescente, deve sujeitar-se aos princípios da brevidade e excepcionalidade (art. 121, do ECA), só sendo recomendável em casos de comprovada necessidade, hipótese não verificada nestes autos.

Assim, considerando inidônea a fundamentação utilizada para a manutenção da medida socioeducativa extrema, e por entender que deve ser prestigiado o trabalho que vem sendo desenvolvido há aproximadamente 1 (um) ano e 8 (oito) meses pela equipe técnica da CASE/SSA, para reinserção social do Jovem M. M. dos S, a progressão da medida para outra menos gravosa faz-se necessária.

Acerca da matéria, colhe-se julgado do Superior Tribunal de Justiça:

“HABEAS CORPUS. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. INTERNAÇÃO. ELEMENTOS FAVORÁVEIS À PROGRESSÃO PARA MEDIDA MAIS BRANDA. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA.

1. Em razão do princípio do livre convencimento motivado, o Magistrado não está adstrito aos laudos elaborados pelas equipes de avaliação psicossocial, notadamente os que sugerem a extinção da medida ou a progressão do adolescente para medida socioeducativa mais branda, haja vista que os aludidos relatórios consubstanciam apenas um dos elementos de convicção, sem caráter vinculante.

2. O laudo de avaliação psicossocial, ao sugerir a extinção da medida socioeducativa, apontou, com riqueza de detalhes, que a adolescente, embora haja sido conivente com a prática do ato infracional, tem obtido respostas positivas durante a internação, sendo “respeitosa com todos os funcionários e membros da equipe” e não possuindo “histórico de indisciplina, nem de participação em situações de desordem ou violência”.

3. Uma vez que o parecer técnico foi favorável à progressão da adolescente para medida mais branda e que a decisão que indeferiu o pedido de liberdade assistida ou de extinção da medida de internação foi genérica, não há como manter a paciente submetida à medida mais gravosa. (Grifou-se)

4. Habeas corpus concedido, para, confirmada a liminar, determinar que a paciente seja colocada em medida socioeducativa de liberdade assistida.”

(HC 325.441/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 17/11/2015, DJe 02/12/2015)

Com essas considerações, não conheço do *habeas corpus*. Contudo, **CONCEDO A ORDEM** de ofício, para que o Paciente seja colocado em medida socioeducativa de liberdade assistida.

TJBA – Representação Criminal/Notícia de Crime nº 0026846-20.2015.8.05.0000, Segunda Câmara Criminal – Primeira turma, Relator (a): Des. João Bosco De Oliveira Seixas, julgado em 08/03/2017.

AÇÃO PENAL PRIVADA ORIGINÁRIA. CRIMES CONTRA A HONRA. ARTIGOS 139 E 140 C/C O ART. 141, INCISO III, TODOS DO CÓDIGO PENAL. DEPUTADO ESTADUAL E VEREADORA ACUSADOS DE COMETEREM CRIMES CONTRA A HONRA OBEJTIVA E SUBJETIVA DE RADIALISTA BAIANO. NARRATIVA DA QUEIXA CRIME NO SENTIDO DE QUE O QUERELANTE, APÓS COMENTÁRIO, REALIZADO EM 21/07/2015, NO PROGRAMA DE RÁDIO QUE APRESENTA, FOI OFENDIDO PELO QUERELADO DEPUTADO MARCELL MORAES, O QUAL TERIA EDITADO AS PASSAGENS DO REFERIDO PROGRAMA E POSTADO UM VÍDEO NO FACEBOOK, INTITULANDO AQUELE DE “INIMIGO DOS ANIMAIS” E DE “EX-VEREADOR FRUSTADO”. EM SEGUIDA, NO DIA 22/07/2016, A VEREADORA ANA RITA TAVARES TERIA POSTADO O MESMO ÁUDIO, QUE ACABOU SENDO REPLICADO POR DIVERSAS OUTRAS PESSOAS, AS QUAIS TERIAM PASSADO A AGREDIR A HONRA DO QUERELANTE, PROFERINDO DIVERSAS AGRESSÕES E AMEAÇAS A ESTE E SUA FAMÍLIA.

PRETENSÕES DEFENSIVAS:

I- PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA PARA PROCESSAR E JULGAR A QUERELADA ANA RITA TAVARES. ACOLHIDA. QUERELADA QUE NÃO POSSUI PRERROGATIVA DE FORO. NÃO CONSTATADA QUALQUER EXCEPCIONALIDADE QUE POSSA JUSTIFICAR A INCIDÊNCIA DA CONEXÃO. NÃO COMPROVADO QUE, NO CASO *SUB JUDICE*, OS MENCIONADOS QUERELADOS TENHAM AGIDO CONJUNTAMENTE E AO MESMO TEMPO, OU AINDA, EM COAUTORIA. FATO PÚBLICO E NOTÓRIO QUE OS QUERELADOS, EMBORA LUTEM PELA MESMA CAUSA POLÍTICA, SÃO DESAFETOS, NÃO HAVENDO, PORTANTO, COMO DELINEAR EVENTUAL CONEXÃO ENTRE A ATITUDE DOS MESMOS. VÍDEO EDITADO, QUE AO SER POSTADO POR OUTRA PESSOA, GANHA CONTORNOS PRÓPRIOS, PRINCIPALMENTE DIANTE DA DESCRIÇÃO REALIZADA POR AQUELE DETERMINADA PESSOA NA REFERIDA POSTAGEM. INTELIGÊNCIA DA REGRA DE SEPARAÇÃO DOS PROCESSOS DAQUELES QUE NÃO POSSUEM PRERROGATIVA DE FORO. PRECEDENTES DO STF E STJ. PROCESSO QUE DEVE SER DESMEMBRADO EM RELAÇÃO À QUERELADA ANA RITA TAVARES.

II - PRELIMINAR DE INÉPCIA DA QUEIXA CRIME. REJEITADA. DEVIDAMENTE OBSERVADOS OS REQUISITOS DO ART. 41 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. SUFICIENTEMENTE DESCRITA A EXPOSIÇÃO DO FATO CRIMINOSO, COM TODAS AS SUAS CIRCUNSTÂNCIAS, QUALIFICAÇÃO DO QUERELADO, ASSIM COMO CLASSIFICAÇÃO DOS CRIMES. EXERCÍCIO DA AMPLA DEFESA QUE SE MOSTRA GARANTIDO.

III – AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA DA AÇÃO PENAL PRIVADA. ACOLHIMENTO. IMPUTAÇÃO DOS CRIMES DE DIFAMAÇÃO E DE INJÚRIA. OBSERVÂNCIA DA IMUNIDADE PARLAMENTAR MATERIAL, PREVISTA NO ART. 53 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E NO ART. 84 DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL DA BAHIA. LIAME ENTRE AS SUPOSTAS CONDUTAS PRATICADAS PELO QUERELADO COM O EXERCÍCIO DE MANDATO PARLAMENTAR. POSTAGEM REALIZADA NA MÍDIA SOCIAL QUE DEVE SER CONTEXTUALIZADA NO CENÁRIO DE MANIFESTAÇÃO DE OPI-

NÃO POLÍTICA, OCORRIDO GERALMENTE NO “CALOR DAS EMOÇÕES”. DECLARAÇÕES DO QUERELADO NÃO SE PRESTAM A DIFAMAR OU INJURIAR O QUERELANTE, MAS APENAS CENSURAR O EXERCÍCIO DO *ANIMUS CRITICANDI* DESTE. EXPRESSÕES “INIMIGO DOS ANIMAIS” E “EX-VEREADOR FRUSTADO” QUE, EMBORA NÃO DESCARTEM EVENTUAL FALTA DE CORTESIA DO QUERELADO, NÃO ULTRAPASSARAM OS LIMITES DE TRATAMENTO ACEITÁVEL NO MEIO POLÍTICO, BEM COMO NÃO DEMONSTRARAM RELEVÂNCIA NO ÂMBITO PENAL. ATIPICIDADE DAS MENCIONADAS CONDUTAS. INCIDÊNCIA DO ART. 43, INCISO I, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. QUEIXA CRIME QUE DEVE SER REJEITADA.

PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA DESTA CORTE DE JUSTIÇA PARA PROCESSAR E JULGAR A QUERELADA ANA RITA TAVARES ACOLHIDA. QUEIXA CRIME OFERECIDA CONTRA O QUERELADO MARCELL MORAES REJEITADA. DIANTE DO DESMEMBRAMENTO DO FEITO EM RELAÇÃO À QUERELADA ANA RITA TAVARES, DETERMINADA A REMESSA DE CÓPIA INTEGRAL DOS AUTOS À SEÇÃO DE CONTROLE, DISTRIBUIÇÃO E INFORMAÇÃO-SECODI, PARA QUE DISTRIBUA O FEITO A UMA DAS VARAS CRIMES.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Queixa Crime nº 0026846-20.2015.8.05.0000, tendo como Querelante **EMERSON JOSÉ DA SILVA** e Querelados **MARCELL CARVALHO DE MORAES, DEPUTADO ESTADUAL DA BAHIA**, e **ANA RITA TAVARES, VEREADORA DA CÂMARA MUNICIPAL DE SALVADOR**.

ACORDAM os Desembargadores integrantes do Tribunal Pleno deste Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade, em ACOLHER A PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA DESTA CORTE DE JUSTIÇA PARA PROCESSAR E JULGAR A QUERELADA ANA RITA TAVARES, ASSIM COMO REJEITAR A QUEIXA CRIME OFERECIDA CONTRA O QUERELADO MARCELL MORAES, de acordo com o voto do Relator, que foi vertido nos seguintes termos:

RELATÓRIO

EMERSON JOSÉ DA SILVA, por intermédio dos causídicos Leandro Gesteira e Giovanna Barletta, ofereceu Queixa Crime contra **MARCELL CARVALHO DE MORAES, Deputado Estadual da Bahia**, e **ANA RITA TAVARES, Vereadora de Salvador**, sob a acusação de estes teriam cometido crimes contra a honra do mesmo.

Narrou o Querelante que é radialista e apresenta um programa na Rádio Bahia FM, intitulado “Fala Bahia”, e, que, no dia 21/07/2015, fez um comentário contra ao Projeto de Lei nº 141/2013, apresentado pelo Deputado Marcell Moraes, o qual pretende, através de recursos públicos, criar, em benefício dos animais, uma SAMU e uma Delegacia Especializada.

Prosseguiu discorrendo que, após tal comentário, o Deputado Marcell Moraes, com a intenção inequívoca de ofender a honra do Querelante, editou as passagens do programa de rádio, selecionando partes das falas e as postando no Facebook, intitulando de “Inimigo dos Animais”. Da mesma forma, afirmou que, no dia 22/07/2016, a Vereadora Ana Rita Tavares postou o mesmo áudio, o que acabou sendo replicado por diversas outras pessoas, as quais passaram a agredir a honra do Querelante, proferindo diversas agressões e ameaças a ele e sua família, conforme observado nos documentos acostados aos Autos.

Precisamente quanto ao Primeiro Querelado, alegou que este, ao afirmar que o Querelante era “inimigo dos animais” e “ex-vereador frustrado”, incidiu, respectivamente, nas condutas

delitivas do art. 139 e 140 c/c o art. 141, inciso III, todos do Código Penal. Quanto à Segunda Querelada, aduziu que, além de publicar o áudio editado chamando o Querelante de “inimigo dos animais”, também gravou um vídeo, acusando-o de ser “fomentador de violência contra os animais”, fatos que configurariam os crimes do art. 138 e art. 286, ambos do Código Penal. Por fim, sustentou que ambos os Querelados curtiram os comentários de outros usuários feitos à postagem no Facebook, o que endossaria as palavras e frases criminosas proferidas contra a honra do Querelante, replicando as postagens e aumentando o dano sofrido por este.

Por fim, ressaltou o Querelante que a situação se tornou tão insustentável que teve que excluir seu perfil da página do Facebook, utilizada como uma rede social importante para divulgação de opiniões e seus textos, e que, também, contava com mais de 5 (cinco) mil seguidores.

Registrou a competência desta Corte de Justiça para processar e julgar os Querelados, com fulcro no art. 123, alínea “a”, da Constituição Estadual c/c o art. 76 do Código de Processo Penal.

Lastreado no teor da Lei nº 12.965/2014, destacou a necessidade de determinação judicial para que o Facebook fornecesse a identificação das pessoas responsáveis pelas postagens referentes às ofensas, precisamente no período entre 22 a 29 de julho de 2015.

Pugnou pelo recebimento da presente Queixa Crime e, ainda, para: a) intimar o representante do Ministério Público para atuar no feito; b) requisitar ao Facebook a identificação dos perfis citados para verificar a autenticidade e possibilidade de processamentos dos mesmos; c) oitiva do Querelante e dos Querelados; d) admitir todos os meios de prova em direito admitidos; e) o processamento do presente feito com a consequente condenação dos envolvidos nas penas dos crimes citados; f) determinada a retirada dos “posts” ofensivos à reputação do Querelante das redes sociais; g) determinando o valor mínimo à título de indenização pelos crimes. Carreou documentos de fls. 14/41.

Distribuídos por sorteio, vieram-me conclusos (fls. 42), quando, então, determinei que a Secretaria providenciasse a notificação pessoal dos Querelados para oferecer resposta à Queixa Crime, no prazo de 15 (quinze) dias, na forma do quanto disposto no art. 287, § 1º, do Regimento Interno deste Tribunal de Justiça (fls. 43).

Às fls. 45/46 e 50/52, juntado substabelecimento dos causídicos do Querelado Marcell Carvalho de Moraes, sendo devidamente incluído o nome dos mesmos no sistema e nos autos (fls. 47 e 53).

Cumpridas as diligências, foi carreada aos presentes autos certidão de notificação pessoal dos Querelados (fls. 54/55 e 57/57-v).

Às fls. 59/72, apresentada **resposta à acusação em favor de Ana Rita Tavares**, arguindo as seguintes preliminares: **I)** A incompetência de foro privilegiado, uma vez que a Querelada é vereadora e, logo, não se encontra inserida no rol das pessoas que possuem foro por prerrogativa de função, bem como não trabalha junto com Marcell Moraes, sendo, inclusive, desafetos conhecidos publicamente; **II)** A inépcia da inicial, uma vez que a exposição do fato e as circunstâncias deste não se encontram corretamente dispostos, bem como no sentido de que não houve pedido de condenação da Querelada com tipificação individualizada e, ainda, quanto a impossibilidade deste Juízo para processar a persecução criminal; **III)** Atipicidade da conduta, tendo em vista que ambas as partes envolvidas estavam discutindo questões de “proteção animal”, emitindo suas opiniões divergentes, dentro do que considera liberdade de expressão. No mérito, sustentou a Querelada que é vereadora pelo PMB, na Câmara Municipal de Salvador, eleita pela legislação de 2013/2016, sendo ativista na causa de proteção animal. Diante disso, afirmou que não há como conceber os fatos alegados, até mesmo porque não houve descrição das condutas praticadas que ensejaram a pretensa imputação, e, logo, não podem prevalecer meras suposições ou presunções acerca daquelas. Requeru o acolhimento das preliminares arguidas e, subsidiariamente, o não recebimento da Queixa Crime.

Certificado que transcorreu o prazo *in albis* para a manifestação do Querelado Marcell Carvalho de Moraes (fls. 75), abri vista dos Autos à douta Procuradoria de Justiça (fls. 76), sendo emitido pronunciamento às fls. 79/82, no sentido de fosse designada audiência preliminar para tentativa de composição civil e transação penal.

Em despacho de fls. 84/84-v, considerando que se trava de ação penal privada, determinei a intimação do Querelante para se manifestar acerca da possibilidade aplicação dos referidos institutos despenalizadores.

Diante da manifestação do Querelante às fls. 86/88, informando o desinteresse em apresentar proposta de composição civil e transação penal, abri nova vista dos Autos à d. Procuradoria de Justiça (fls. 90), que se pronunciou às fls. 93/101, opinando pela rejeição da Queixa Crime diante da atipicidade das condutas imputadas aos Querelados.

Retornando-me conclusos, e, embora constatando a devida notificação pessoal do Querelado Marcell Moraes e deste ter constituído advogados nos presentes Autos, mas diante do enunciado na Súmula 523 do Supremo Tribunal Federal, determinei nova intimação pessoal daquele, a fim de que constituísse novo advogado para oferecer resposta à Queixa Crime, sob pena de ser nomeado advogado dativo (fls. 103).

Às fls. 111/125, o Querelado Marcell Carvalho de Moraes apresentou Defesa através dos mesmos advogados, anteriormente constituídos nos Autos, desenvolvendo as seguintes teses defensivas: **I)** Preliminar de inépcia da inicial diante da ausência de descrição de todas as circunstâncias fáticas, e, também, quanto à requisição de informações ao Facebook; **II)** Ausência de justa causa pela atipicidade das condutas imputadas (ausência do elemento subjetivo do tipo) e, também, pela imunidade material parlamentar. Requeru, portanto, o acolhimento da preliminar de inépcia da inicial e, subsidiariamente, pela rejeição da Queixa Crime.

Em observância às regras insertas nos artigos 153, inciso VI e 154, ambos do Regimento Interno desta Corte de Justiça, converti o julgamento do feito em diligência para determinar que o Querelante fosse intimado, através dos causídicos, para providenciar o adiantamento do valor das despesas processuais da presente Queixa Crime, sob pena de extinção do processo sem julgamento do mérito (fls. 127).

Devidamente cumprido (fls. 130/132) e, diante da apresentação de Resposta por Marcell Moraes, abri nova vista dos Autos à d. Procuradoria de Justiça (fls. 134), que, entendendo inexistir qualquer dado novo, reiterou o pronunciamento ministerial anterior (fls. 138/139).

Encontrando-se o processo na fase prevista no art. 6º da Lei 8.038/90, compete ao colegiado a decisão de recebimento ou rejeição da Queixa Crime, motivo pelo qual pedi inclusão em pauta para julgamento.

VOTO

I) PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA DESTA CORTE DE JUSTIÇA PARA PROCESSAR E JULGAR A QUERELADA ANA RITA TAVARES

Inicialmente, arguiu a Defesa de Ana Rita Tavares a preliminar de incompetência desta Corte de Justiça, alegando que a Querelada é vereadora e, logo, não se encontra inserida no rol das pessoas que possuem foro por prerrogativa de função, bem como que não trabalha junto com Marcell Moraes, sendo, inclusive, desafetos conhecidos publicamente.

In casu, consoante narrativa da Queixa Crime, registrou-se que, após comentário, realizado em 21/07/2015, pelo Querelante, no programa de rádio que apresenta, o Querelado Deputado Marcell Moraes, com a intenção inequívoca de ofender a honra daquele, teria editado as passagens do referido programa, selecionando partes das falas e as postando através de um vídeo no Facebook, intitulando-o de “Inimigo dos Animais”. Em seguida, no dia 22/07/2016, a Vereadora Ana Rita Tavares teria postado o mesmo áudio, que acabou sendo replicado por diversas outras pessoas, as quais teriam passado a agredir a honra do Querelante, proferindo diversas agressões e ameaças a este e sua família.

Analisando acuradamente a questão, entende este relator que, embora o fato delitivo imputado à Querelada Ana Rita possua estreita relação com o supostamente praticado pelo Querelado Marcell Moraes, deve-se avaliar, com a máxima cautela, a incidência da regra da conexão e, logo, da reunião dos processos para julgamento perante um mesmo órgão, pois, de fato, a segunda

Querelada não possui prerrogativa de foro nesta Corte de Justiça, conforme se observa do previsto no art. 123, inciso I, alínea “a”, da Constituição Estadual da Bahia¹.

Inicialmente, atesta-se que não incide quaisquer das hipóteses da regra da conexão, insertas nos artigos 69, inciso V e 76, ambos do Código de Processo Penal², não se verificando qualquer liame de natureza subjetiva ou objetiva, ou mesmo de conexão material, intersubjetiva ou instrumental.

Sobre o assunto, com maestria, leciona Eugênio Pacelli, destacando que:

“(...) A realidade dos fenômenos da vida nos mostra que pode haver entre dois ou mais fatos de relevância penal, alguma espécie de liame, de ligação, seja de natureza subjetiva, no campo das intenções, motivações e do dolo, seja ainda de natureza objetiva, em referência às circunstâncias de fato, como o lugar, o tempo e o modo de execução da conduta delituosa, sem falar na eventual relação entre os autores dos fatos. Em outras palavras, pode haver entre eles conexão, hipóteses concretas de aproximação entre um e outro evento, estabelecendo um ponto de afinidade, de contato ou de influência na respectiva apuração.

A doutrina processual penal costuma se referir a várias classificações das espécies de conexão, aludindo à conexão intersubjetiva (art. 76, I, CPP) à conexão material ou teleológica (art. 76, II) e, por fim, à conexão instrumental ou probatória (art. 76, III) (...) (in “Curso de Processo Penal”. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2014, pp.282/283).

No caso em tela, não existe qualquer comprovação de que os mencionados Querelados tenham agido conjuntamente e no mesmo tempo, ou ainda, em coautoria. É fato público e notório que os Querelados, embora lutem pela mesma causa política (defesa dos animais), são desafetos, não havendo, portanto, como delinear eventual conexão entre a atitude dos mesmos.

Outrossim, embora a defesa alegue que a Querelada Ana Rita tenha postado no Facebook o mesmo vídeo editado pelo Querelado Marcell Moraes, tal fato não é suficiente para atrair a regra da conexão, pois, se assim o fosse, todas as outras pessoas que o fizessem teriam que ser julgadas neste Tribunal de Justiça. Ademais, o suposto vídeo editado, no momento em que passa a ser postado por outra pessoa, ganha contornos próprios, devendo ser avaliado caso a caso, inclusive, de acordo com a descrição realizada por aquela determinada pessoa na referida postagem.

Finalizando a questão, uma vez não constatada qualquer excepcionalidade que possa justificar a incidência da conexão, a regra deve ser o desmembramento de processos daqueles que não possuem prerrogativa de foro. Esse é o entendimento que vem sendo perfilhando os Tribunais Superiores, conforme se infere dos recentes julgados, *in verbis*:

1 Art. 123 - Compete ao Tribunal de Justiça, além das atribuições previstas nesta Constituição:

I - processar e julgar, originariamente:

a) nos crimes comuns, o Vice-Governador, Secretários de Estado, Deputados Estaduais, membros do Conselho da Justiça Militar, Auditor Militar, inclusive os inativos, Procurador Geral do Estado, Juizes de Direito, membros do Ministério Público, membros da Defensoria Pública e Prefeitos

2 “Art. 69. Determinará a competência jurisdicional:

I - o lugar da infração;

II - o domicílio ou residência do réu;

III - a natureza da infração;

IV - a distribuição;

V - a conexão ou continência;

VI - a prevenção;

VII - a prerrogativa de função”

“Art. 76. A competência será determinada pela conexão:

I - se, ocorrendo duas ou mais infrações, houverem sido praticadas, ao mesmo tempo, por várias pessoas reunidas, ou por várias pessoas em concurso, embora diverso o tempo e o lugar, ou por várias pessoas, umas contra as outras;

II - se, no mesmo caso, houverem sido umas praticadas para facilitar ou ocultar as outras, ou para conseguir impunidade ou vantagem em relação a qualquer delas;

III - quando a prova de uma infração ou de qualquer de suas circunstâncias elementares influir na prova de outra infração” - grifos nossos.

“EMENTA Embargos de declaração. Recurso oposto contra decisão monocrática. Não cabimento. Conversão em agravo regimental. Possibilidade. Preenchimento dos pressupostos necessários para a análise dos declaratórios como agravo regimental. Impugnação, nas razões dos embargos, dos fundamentos da decisão que se pretende infirmar. Precedentes. Ação penal. Desmembramento em relação a não detentores de prerrogativa de foro. Regra assentada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Desnecessidade de fundamentação adicional. Motivação específica exigível apenas para a permanência do feito, em caráter excepcional, no Supremo Tribunal Federal. Aplicação do princípio do juiz natural (art. 5º, LIII, CF). Recurso não provido. 1. Os embargos de declaração opostos contra decisão monocrática, embora inadmissíveis, conforme uníssona jurisprudência da Suprema Corte, podem ser convertidos em agravo regimental, tendo em vista o princípio da fungibilidade recursal. 2. As razões dos embargos apresentados preenchem o pressuposto necessário à análise do agravo regimental, qual seja, a impugnação dos fundamentos da decisão que se pretende infirmar, de modo a possibilitar sua conversão. 3. **O Supremo Tribunal Federal assentou que o desmembramento do feito em relação a imputados que não possuam prerrogativa de foro deve ser a regra, diante da manifesta excepcionalidade do foro por prerrogativa de função. Precedentes. 4. Apenas em situações excepcionais, é admissível a instauração do simultaneus processus perante o Supremo Tribunal Federal, por força de conexão ou continência. 5. A aplicação da regra do desmembramento, fixada por iterativa jurisprudência da Corte, prescinde de fundamentação adicional.** 6. Somente a permanência do feito, em caráter excepcional, no STF exige motivação específica. 7. Trata-se de escorreita aplicação do princípio do juiz natural (art. 5º, LIII, CF), não cabendo ao réu eleger o foro em que será julgado. 8. Agravo regimental não provido.” (STF, AP 956 ED, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 19/04/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-108 DIVULG 25-05-2016 PUBLIC 27-05-2016) -grifos nossos.

“PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. COMPETÊNCIA. FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. PREFEITO MUNICIPAL. CONEXÃO E CONTINÊNCIA. INOCORRÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE DENÚNCIA CONTRA O PREFEITO. DESMEMBRAMENTO. REGRA PROCESSUAL. REUNIÃO DE PROCESSOS QUE SE DÁ A CRITÉRIO DO ÓRGÃO JULGADOR. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

(...) III - Pretende o impetrante seja reconhecida a incompetência do d. Juízo da Vara Criminal da Comarca de Rio Branco do Sul/PR para julgar a ação penal a que responde o paciente, em virtude de conexão instrumental com procedimento de investigação criminal que apura os mesmos fatos em tese praticados pelo Prefeito de Itaperuçu/PR, detentor de foro por prerrogativa de função na Corte estadual.

IV - “**O Supremo Tribunal Federal assentou que o desmembramento do feito em relação a imputados que não possuam prerrogativa de foro deve ser a regra, diante da manifesta excepcionalidade do foro por prerrogativa de função. Precedentes. Apenas em situações excepcionais, é admissível a instauração do simultaneus processus perante o Supremo Tribunal Federal, por força de conexão ou continência**” (STF, AP n. 956 ED, Segunda Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 27/5/2016).

V - *In casu*, tendo sido o paciente denunciado, respondendo, portanto, a ação penal, e figurando o Prefeito de Itaperuçu/PR como mero investigado em procedimento de investigação criminal o qual, segundo afirma o impetrante, delinea fatos semelhantes aos que são objeto da denúncia do paciente, não há se falar, por ora, em reunião de feitos, sob pena de indesejável tumulto processual.

Habeas corpus não conhecido”(STJ, HC 351.188/PR, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 14/06/2016, DJe 23/06/2016) - grifos nossos.

Diante de tais considerações, entendo que a preliminar em discussão deve ser acolhida para, assim, reconhecer a incompetência desta Corte de Justiça para processar e julgar a Querelada Ana Rita Tavares.

II) PRELIMINAR DE INÉPCIA DE INICIAL

Como cediço, considera-se como inepta a Denúncia ou Queixa Crime que, em nítida inobservância aos requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal³, não traz de forma suficiente o acontecimento dos fatos, deixando de delimitar a conduta criminosa e de mencionar elementos que possibilitem o pleno exercício do direito de defesa.

Nesse contexto, leciona Aury Lopes Júnior que:

“(…) entre os elementos descritos nos art. 41 nem todos conduzem rejeição da acusação. Assim, por exemplo, se faltar o rol de testemunhas do acusador e, relação a um delito, cuja autoria e materialidade estão demonstradas por vasta prova documental, deverá a acusação ser recebida. (...) Assim, entendemos que a denúncia ou queixa não deve ser recebida quando não contiver a classificação do crime ou, ainda, quando o contexto fático destoar completamente da tipificação feita pelo acusador”⁴.

Sobre o assunto, destacam Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar, como também preconizam o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça:

“Lembre-se que o réu se defende dos fatos que lhe são imputados e não da tipificação jurídica que lhes é dada. Portanto, a narrativa deve abranger os fatos que enquadrem o tipo básico, ou seja, a essência da tipificação do delito, além do tipo derivado, que implica na descrição das qualificadoras e causas de aumento. Inicial acusatória com descrição fática deficitária ou ausente é petição inepta, merecendo ser rejeitada (art. 395, I, CPP), e caso seja recebida, acarreta nulidade do processo” (in “Curso de Direito Processual Penal”. 7ed. Salvador: JusPodivm, 2012, p.194).

“EMENTA DENÚNCIA. CRIME CONTRA A HONRA. DECADÊNCIA DO DIREITO À REPRESENTAÇÃO. PRAZO. SEIS MESES A CONTAR DA DATA EM QUE A VÍTIMA TOMOU CIÊNCIA DOS FATOS OU DE QUEM É SEU AUTOR. ALEGAÇÃO DE INÉPCIA IMPROCEDENTE. PARLAMENTAR. OFENSAS IRROGADAS QUE NÃO GUARDAM NEXO COM O EXERCÍCIO DO MANDATO. CONSEQUENTE INAPLICABILIDADE DA REGRA DO ART. 53 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. DOLO. ANÁLISE QUE, EM PRINCÍPIO, DEMANDA INSTRUÇÃO PROBATÓRIA 1. Nos crimes de ação penal pública condicionada, a decadência do direito à representação conta-se da data em que a vítima tomou conhecimento dos fatos ou de quem é o autor do crime. Hipótese em que, à míngua de elementos probatórios que a infirme, deve ser tida por verídica a afirmação da vítima de que somente tomou conhecimento dos fatos decorridos alguns meses. 2. **Não é inepta a denúncia que descreve fatos típicos ainda que de forma sucinta, cumprindo os requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal.** 3. A inviolabilidade dos Deputados Federais e Senadores por opiniões palavras e votos, consagrada no art. 53 da Constituição da República, é inaplicável a crimes contra a honra cometidos em situação que não guarde liame com o exercício do mandato. 4. Não impede o recebimento da denúncia a alegação de ausência de dolo, a qual demanda instrução probatória para maior esclarecimento 5. Denúncia recebida” (STF, Inq 3672, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 14/10/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-229 DIVULG 20-11-2014 PUBLIC 21-11-2014) – grifos nossos.

“PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CALÚNIA E DIFAMAÇÃO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. FALTA DE JUSTA CAUSA. EXAME DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. DECADÊNCIA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE NÃO ANALISADA NO WRIT ORIGINÁRIO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. EXAME EM SEDE DE REMÉDIO HEROICO. POSSIBILIDADE.

(...)2. **Hipótese em que a queixa-crime apresenta uma narrativa congruente dos fatos, de modo a permitir o pleno exercício da ampla defesa, descrevendo condutas que, ao menos**

3 Art. 41. A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas.

4 In “Direito Processual Penal”. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, pp. 236

em tese, configuram os crimes previstos nos arts. 138 e 139 do CP, ou seja, não é inepta a exordial acusatória que, atentando aos ditames do art. 41 do CPP, qualifica a acusada, descreve o fato criminoso e suas circunstâncias.

(...) 6. Recurso desprovido. Ordem concedida, de ofício, para determinar que o Tribunal a quo examine o mérito quanto à decadência da propositura da ação, como entender de direito” (STJ, RHC 57.498/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 15/09/2015, DJe 01/10/2015) - *grifos nossos*.

No caso em tela, observa-se que a narrativa da preambular acusatória descreve, ainda que sucintamente, as supostas condutas delitivas imputadas aos Querelados, precisamente aquelas previstas nos artigos 139 e 140 c/c o art. 141, inciso III, todos do Código Penal, permitindo, assim, o exercício da ampla defesa. Senão vejamos dos seguintes trechos:

“(…) O querelante é Radialista e apresenta um programa na Rádio Bahia FM intitulado FALA BAHIA há mais de oito anos. No dia 21.07.2015 o mesmo fez um comentário ao projeto de lei 141/2013, apresentado pelo Sr. Deputado Estadual, apresentado pelo Sr. Deputado Estadual Marcell Moraes, que pretende a criação de uma Samu para atender animais e uma Delegacia ESpecializada também com essa finalidade.

(…) Entretanto, com a intenção inequívoca de ofender a honra deste Querelante simplesmente por não ter concordado com o projeto de lei apresentado, o Sr. Marcell Moraes, Deputado Estadual, editou as passagens do programa de rádio, selecionando partes das falas e postou em seu perfil da rede social Facebook, intitulando o Querelante de “Inimigo dos Animais”.

(…) Quando o primeiro Querelado (Deputado Estadual Marcell Moraes) editou e postou o áudio na internet afirmando ser o querelante “Inimigo dos animais” praticou o crime previsto no art. 139 do nosso Código Penal (...) Em verdade, não concordar e criticar o projeto de lei não faz do Querelante “Inimigo dos animais”, como afirma o Primeiro Querelado e ele sabe disso. Apenas afirmou isso com a intenção de achacar a sua honra e insuflar outras pessoas a fazerem o mesmo.

Demais disso, quando o mesmo afirma que o Querelante é “ex-vereador frustrado”, também pratica conduta tipificada no nosso Código no art. 140 do Código Penal (...) Lembrando que o Querelante foi vereador de Salvador por três mandatos, sendo quatro anos presidente da Câmara de Salvador, deixando a política por iniciativa própria, sem ter perdido uma eleição sequer. Deixou a carreira na política para voltar à Comunicação. Algo raro hoje no Brasil.

Nas duas hipóteses, incide a causa de aumento de pena prevista no art. 141, III do Código Penal que impõe a majoração da pena em um terço sendo, como nesse caso, “na presença de várias pessoas, ou por meio que facilite a divulgação da calúnia, da difamação ou da injúria” (...)” (fls. 09/10)

Atesta-se, portanto, que, quanto às supostas imputações referentes ao Querelado Marcell Moraes, inexistem a alegada inépcia da Queixa Crime, pois, devidamente observados na referida exordial acusatória de fls. 02/12, a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do Querelado, assim como a classificação dos crimes.

Pontua-se que, especificamente quanto ao rol de testemunhas, observa-se ser este dispensável no caso em tela, pois as supostas acusações realizadas pelo Querelado contra o Querelante teriam ocorrido por meio da rede social, identificada como Facebook, e as quais estariam registradas nos links, mídias e nos documentos carreados aos Autos.

Resta, assim, afastada a referida preliminar de inépcia da Queixa Crime.

III) JUSTA CAUSA DA QUEIXA CRIME

Como brevemente relatado, alega a Defesa do Querelado Marcell Moraes a ausência de justa causa pela atipicidade das condutas imputadas (ausência do elemento subjetivo do tipo) e, também, pela imunidade material parlamentar deste.

Sabe-se que, para o exercício da ação penal pública ou privada, é necessário que haja a “justa causa”, ou seja, que a conduta imputada seja típica, que não incida qualquer causa de extinção da punibilidade, e, ainda, que exista lastro probatório mínimo necessário a subsidiar a persecução penal.

Nesse sentido, inclusive, trago à baila lições de Afrânio Jardim, tratando justa causa como sendo o “(...) *suporte probatório mínimo que deve ter a ação penal relacionando-se com indícios da autoria, existência material de uma conduta típica e alguma prova de sua antijuridicidade e culpabilidade*” (in “*Direito Processual Penal*”. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 97).

Diante de tais considerações, imprescindível, portanto, avaliar o cenário trazido aos Autos para aferir se existe a justa causa exigida para o processamento da Queixa Crime. Vejamos:

Consta do caderno processual, que, no dia 21/07/2015, o Querelante Emerson José, identificado como radialista e apresentador da “Programa Fala Bahia”, proferiu comentários ao Projeto de Lei 141/2013, que visa a criação de uma Samu e uma Delegacia Especializada para animais, apresentado pelo Deputado Marcell Moraes.

Em que pese este relator não ter conseguido atestar qual foi o inteiro teor dos referidos comentários (pois, uma das mídias acostadas às fls. 41, além de apresentar problemas para executar o arquivo, também não fez constar o áudio do dia 21/07/2015), registro que o que está sendo submetido à análise é a resposta dada pelo Querelado Marcell Moraes aos mencionados comentários, o qual teria postado um vídeo, editado com alguns trechos dos mesmos e, acerca destes, declarado o seu repúdio, em rede social, através da página do Facebook. Sobre a mencionada resposta, verifica-se que se insurgiu o Querelante apenas em dois aspectos, precisamente quando foi chamado de “**Inimigo dos Animais**” e de “ex-vereador frustrado”.

Eis o contexto das declarações apresentadas pelo Querelado, consoante transcrição das mesmas proferidas na rede social apontada às fls. 17:

“Venho mostrar a minha total INDIGNAÇÃO contra um tal radialista chamado EMMERSON JOSÉ, que anda falando absurdos, em uma emissora de rádio desmerecendo a minha luta e a de todos os protetores e simpatizantes da causa animal, chamando-nos todos de “turminha patrulheira” para “procurarmos o que fazer”, fazendo CHACOTA, DEBOCHE E IRONIZANDO o projeto que protocolei nº 20.994/2015 que propõe a criação de uma Delegacia de Proteção Animal do Estado da Bahia, uma luta não só minha mas de toda a causa protecionista que clama por mais direitos e punições mais severas contra aqueles que vão de encontro à falta de respeito com os animais, que assim como nós seres humanos, são vidas que merecem dignidade e políticas públicas que os protejam. Recentemente, temos acompanhado inúmeros casos absurdos e cruéis de maus-tratos contra os animais, onde infelizmente, aqueles que tentam abrir um boletim de ocorrência contra um caso desse, podem sentir ou já sentiu na pele a dificuldade que encontramos, graças a alguns agentes públicos, que assim como este radialista, não leva, nossas denúncias e a causa protecionista a sério. Já foi comprovado por estudos científicos que quem maltrata um ser indefeso como um cão ou gato, também é capaz de maltratar uma criança ou um idoso. Cuidar dos anjos de 4 patas é tratar dos seres humanos, principalmente no que diz respeito à saúde pública e não podemos, em hipótese alguma, deixar que pessoas formadoras de opinião ou não, venham desmerecer nosso trabalho em defesa dos anjos, trabalho esse sério e importante para nossa sociedade. Este ex-vereador frustrado e atual radialista, que usa até de personagens de desenhos infantis para desqualificar projetos fundamentais e relevantes para nosso Estado, ainda diz que não tem nada contra animais! Será mesmo? Sua opinião é VERGONHOSA, mostra seu total DESPREPAREO como radialista, deixando claro que ele é INIMIGO DOS ANIMAIS. Já tenho 16 anos de militância na causa protecionista e jamais permitirei que venham desmerecer a nossa luta, amigos! Irei apresentar uma moção de repúdio na Assembleia contra este radialista e continuarei a defender o que acredito, doa a quem doer e custe o que custar!

Saudações Ecológicas,
Marcell Moraes

Deputado e Protetor dos Animais” (grifos nossos)

Ora, como cediço, a imputação de crimes contra a honra, supostamente praticados por aqueles que ocupam cargos eletivos, deve considerar se, no caso concreto, o parlamentar se encontra sob a proteção da **imunidade parlamentar**, constitucionalmente prevista no seu art. 53, que expressamente estabelece “*Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos*”. Ressalta-se, inclusive, que tendo em vista o princípio

da simetria constitucional, tal norma foi repetida no art. 84 da Constituição do Estado da Bahia, no sentido de que *“O Deputado é inviolável por suas opiniões, palavras e votos, não podendo, desde a expedição do diploma, ser preso, salvo em flagrante de crime inafiançável, nem processado criminalmente, sem prévia licença da Assembleia Legislativa”*.

Acerca desse aspecto, e visando, sobretudo, assegurar ao parlamentar o direito à liberdade de expressão, considerado essencial ao exercício de tal atividade, verifica-se que o caminho traçado pela doutrina e remansosa jurisprudência tem sido no sentido de avaliar se as supostas ofensas à honra, proferidas pelo detentor do cargo eletivo, ocorreram em situação de estreita relação com a atividade parlamentar por este exercida, bem como transcorreu dentro dos limites da atuação legislativa, inclusive, atualmente, mesmo se veiculadas por meios sociais (como o facebook, twitter, etc.), para, somente assim, concluir pela incidência ou não da referida regra imunizante.

Na verdade, tal previsão constitucional, identificada como imunidade parlamentar de natureza material, traduz nada mais do que uma verdadeira segurança para que a atividade parlamentar possa ser exercida com destemor e independência. É o que se infere do escólio de Uadi Lammêgo Bulos e dos recentes julgados do Egrégio Supremo Tribunal Federal:

“(…)A imunidade material, substancial ou de conteúdo, também chamada de inviolabilidade, visa garantir a liberdade de opinião, palavras e votos dos membros do Poder Legislativo.

Trata-se de instituto de Direito Constitucional, que proporciona a exclusão de cometimento de ilícitos por parte dos parlamentares.

Por seu intermédio, deputados federais e senadores da República podem exercer o mandato livremente, sem pressões ou constrangimentos (...) A imunidade material exclui a responsabilidade penal, civil, política e administrativa (disciplinar) do congressista, ou ex-congressista, por suas opiniões, palavras e votos. O que era crime deixa de sê-lo, porque a norma constitucional exclui a antijuridicidade da conduta delituosa, afastando a incidência do preceito incriminador. Nos crimes contra a honra objetiva, isto é, calúnia e difamação, ou contra a honra subjetiva, caso de injúria, cometidos no exercício do mandato parlamentar ou em razão dele, por exemplo, tais comportamentos não são punidos (STF, Inq. 2282/ DF, Rel. P/ acórdão Min. Sepúlveda Pertence, j.30-6-2006).

Decerto, os parlamentares federais devem atuar com ampla independência no desempenho de suas atribuições. Por isso, são invioláveis civil e penalmente por seus atos, praticados no exercício de suas funções, cujo desempenho não se restringe ao âmbito do Congresso Nacional. Em qualquer lugar do território brasileiro, inclusive fora do Congresso, os Deputados e Senadores estão isentos de serem enquadrados nos crimes de opinião, palavras ou votos (STF, Inquérito 1.710/DF, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ de 19-12-2002) (...) (BULOS, Uadi Lammêgo. Direito Constitucional ao alcance de todos. 2ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.503) - grifos nossos.

“EMENTA QUEIXA. CRIME CONTRA A HONRA. CALÚNIA, DIFAMAÇÃO E INJÚRIA. IMUNIDADE PARLAMENTAR. ART 53, CAPUT, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. INCIDÊNCIA DA REGRA IMUNIZANTE MESMO QUANDO AS PALAVRAS FOREM PROFERIDAS FORA DO RECINTO DO PARLAMENTO. APLICABILIDADE AO CASO CONCRETO POIS AS SUPOSTAS OFENSAS PROFERIDAS GUARDAM PERTINÊNCIA COM O EXERCÍCIO DA ATIVIDADE PARLAMENTAR.

1. A regra do art. 53, caput, da Constituição da República contempla as hipóteses em que supostas ofensas proferidas por parlamentares guardem pertinência com suas atividades, ainda que as palavras sejam proferidas fora do recinto do Congresso Nacional. Essa imunidade material tem por finalidade dotar os membros do Congresso Nacional da liberdade necessária ao pleno exercício da atividade parlamentar. 2. A atividade parlamentar, para além da típica função legislativa, engloba o controle da administração pública (art. 49, X, da CR), razão pela qual os congressistas, ao alardearem práticas contrárias aos princípios reitores da probidade e moralidade administrativas, encontram-se realizando atividade que se insere no âmbito de suas atribuições constitucionais. 3. A regra do art. 53, caput, da CR confere ao parlamentar uma proteção adicional ao direito fundamental, de todos, à liberdade de expressão, previsto no art. 5º, IV e IX, da CR. Mesmo quando evidentemente enquadrá-

veis em hipóteses de abuso do direito de livre expressão, as palavras dos parlamentares, desde que guardem pertinência com a atividade parlamentar, estarão infensas à persecução penal. 4. Queixa rejeitada” (STF, Inq 4088, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Primeira Turma, julgado em 01/12/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-058 DIVULG 30-03-2016 PUBLIC 31-03-2016) – grifos nossos.

“E M E N T A: INTERPELAÇÃO JUDICIAL – PROCEDIMENTO DE NATUREZA CAUTELAR – MEDIDA PREPARATÓRIA DE AÇÃO PENAL REFERENTE A DELITOS CONTRA A HONRA (CP, ART. 144) – PEDIDO DE EXPLICAÇÕES AJUIZADO CONTRA DEPUTADA FEDERAL – COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, POR DISPOR A PARLAMENTAR FEDERAL DE PRERROGATIVA DE FORO, “RATIONE MUNERIS”, PERANTE ESTA SUPREMA CORTE, NAS INFRAÇÕES PENAS COMUNS – IMPUTAÇÃO ALEGADAMENTE OFENSIVA AO PATRIMÔNIO MORAL DO INTERPELANTE, ORA AGRAVANTE – AUSÊNCIA, NO ENTANTO, EM TAL CONTEXTO, DE DUBIEDADE, EQUIVOCIDADE OU AMBIGUIDADE DAS AFIRMAÇÕES REPUTADAS CONTUMELIOSAS – CONSEQUENTE INEXISTÊNCIA DE DÚVIDA QUANTO AO DESTINATÁRIO DE TAIS AFIRMAÇÕES – INVIABILIDADE JURÍDICA DO AJUIZAMENTO DA INTERPELAÇÃO JUDICIAL – ALEGAÇÕES ATRIBUÍDAS À INTERPELANDA, ORA AGRAVADA, QUE SE ACHAM AMPARADAS PELA GARANTIA DA IMUNIDADE PARLAMENTAR EM SENTIDO MATERIAL – A INVIABILIDADE COMO OBSTÁCULO CONSTITUCIONAL À RESPONSABILIZAÇÃO PENAL E/OU CIVIL DE QUALQUER CONGRESSISTA – MANIFESTAÇÃO DE PARLAMENTAR VEICULADA, NO CASO, EM MEIO DE COMUNICAÇÃO SOCIAL (“TWITTER”) – HIPÓTESE DE INVIABILIDADE CONSTITUCIONAL DO CONGRESSISTA (CF, ART. 53, “CAPUT”) – PEDIDO DE EXPLICAÇÕES A QUE SE NEGOU SEGUIMENTO – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. PEDIDO DE EXPLICAÇÕES (INTERPELAÇÃO JUDICIAL) FORMULADO CONTRA CONGRESSISTA: COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL –

(...)IMUNIDADE PARLAMENTAR MATERIAL: PRERROGATIVA CONSTITUCIONAL QUE ASSEGURA INVIABILIDADE AOS CONGRESSISTAS “ratione officii” OU “propter officium” – A garantia constitucional da imunidade parlamentar em sentido material (CF, art. 53, “caput”) – que representa um instrumento vital destinado a viabilizar o exercício independente do mandato representativo – exclui, na hipótese nela referida, a própria natureza delituosa do fato. Doutrina. – A cláusula de inviolabilidade constitucional que impede a responsabilização penal e/ou civil do membro do Congresso Nacional por suas palavras, opiniões e votos também abrange, sob seu manto protetor, (1) as entrevistas jornalísticas, (2) a transmissão, para a imprensa, do conteúdo de pronunciamentos ou de relatórios produzidos nas Casas Legislativas e (3) as declarações veiculadas por intermédio dos “mass media” ou dos “social media”, eis que tais manifestações – desde que associadas ao desempenho do mandato – qualificam-se como natural projeção do legítimo exercício das atividades parlamentares. Doutrina. Precedentes. ACESSORIEDADE DA INTERPELAÇÃO JUDICIAL E INVIABILIDADE DA AÇÃO PENAL CONDENATÓRIA (CAUSA PRINCIPAL) – A incidência da imunidade parlamentar material – por tornar inviável o ajuizamento da ação penal de conhecimento e da ação de indenização civil, ambas de índole principal – afeta a possibilidade jurídica de formulação e, até mesmo, de processamento do próprio pedido de explicações, em face da natureza meramente acessória de que se reveste tal providência de ordem cautelar. Doutrina. Precedentes. Onde não couber a responsabilização penal e/ou civil do congressista por delitos contra a honra, porque amparado pela garantia constitucional da imunidade parlamentar material, aí também não se viabilizará a utilização, contra ele, da medida cautelar da interpeção judicial. Doutrina. Precedentes” (STF, AC 3883 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 10/11/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-018 DIVULG 29-01-2016 PUBLIC 01-02-2016) – grifos nossos.

Precisamente, no que se refere à configuração dos crimes contra a honra, algumas considerações merecem ser feitas.

Consoante o disposto no art. 139 do Código Penal, entende-se como **crime de difamação** a conduta de “*Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação*”. Verifica-se que a tutela específica neste caso circunscreve-se à honra objetiva, ou seja, no que os outros pensam a respeito dos atributos de alguém, exigindo, portanto, que esteja evidenciada, em quem propaga o fato, a vontade de abalar a reputação da outra pessoa.

Por sua vez, para que haja o **crime de injúria**, mostra-se necessária a intenção em atingir a honra subjetiva da pessoa, conforme estabelece o art. 140 do Código Penal: “*Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro*”. Em outras palavras, seria a ofensa a atributos pessoais de estimado valor por aquele que é o alvo das supostas acusações.

Sobre o assunto, leciona Guilherme de Souza Nucci⁵, acrescentando que:

“Difamação

(...) difamar significa desacreditar publicamente uma pessoa, maculando-lhe a reputação (...) Difamar já significa imputar algo desairoso a outrem, embora a descrição abstrata feita pelo legislador tenha deixado claro que, no contexto do crime do art. 139, não se trata de qualquer fato inconveniente ou negativo, mas sim de fato ofensivo à sua reputação. (...) Assim, difamar uma pessoa implica em divulgar fatos infamantes à sua honra objetiva, sejam eles verdadeiros ou falsos (...).

Injúria

(...) injuriar significa ofender ou insultar (vulgarmente, xingar). No caso presente, isso não basta. É preciso que a ofensa atinja a dignidade (respeitabilidade ou amor-próprio) ou o decoro (correção moral ou compostura) de alguém. Portanto, é um insulto que macula a honra subjetiva, arranhando o conceito que a vítima faz de si mesma (...).

Acerca de tais crimes, tem interpretado a remansosa jurisprudência no sentido de que não subsistem senão quando presente o dolo específico, revelado pela conduta induvidosa de querer causar dano à honra da outra pessoa.

In casu, perquirindo a situação representada pelo cenário trazido aos Autos, e, inicialmente, mostra-se seguro afirmar que o fato declinado na Queixa Crime, e, logo, a resposta do Querelado guarda estreito liame com o exercício do mandato e foi proferida dentro dos limites legislativos, principalmente considerando que estava defendendo um projeto de lei, protocolado pelo mesmo, em defesa dos animais.

Contextualizando a postagem realizada na mídia social pelo Querelado, num cenário de manifestação de opinião política, que geralmente ocorre no “calor das emoções”, parece-nos mais razoável considerar que as declarações do Querelado não se prestam a difamar ou mesmo injuriar o Querelante, mas apenas censurar o exercício do *animus criticandi* deste. Tal conclusão, deve-se, principalmente, ao fato de que, além do Querelante ter criticado veementemente o projeto de lei do Querelado - que visa a criação de Samu e Delegacia Especializada para causas animais, o fez em programa radiofônico de certo alcance e sendo capaz, por isso, de influenciar na formação de opiniões.

Em sendo assim, vislumbra-se que as expressões utilizadas pelo Querelado, relacionando o Querelante como “inimigo dos animais” e “ex-vereador frustrado”, embora não descartem eventual falta de cortesia daquele, não ultrapassaram os limites de tratamento aceitável no meio político, não demonstrando, portanto, relevância no âmbito penal.

Ressalta-se que, ao ser instada a se manifestar, e em que pese não ter se referido à imunidade parlamentar, a douta Procuradoria de Justiça entendeu pela atipicidade das condutas irrogadas ao Querelado, pontuando que:

“(...) O crime de difamação, pois, consiste em atribuir fato desenroso a uma pessoa, sendo, para tal, irrelevante a veracidade dessa imputação, sendo necessário que haja a imputação de fato preciso, determinado, embora não se exija que o agente descreva com minúcias. Com efeito, o Querelante alega que o primeiro Querelado publicou ofensas em uma rede de internet, chamando-o de “Inimigo dos Animais”, caracterizando, portanto, o referido ilícito penal. Ocorre

que “inimigo” não é um fato, uma conduta do Querelante, mas, poderia configurar uma característica, um adjetivo, fugindo da alçada do delito penal em questão.

Ademais, não há nenhuma comprovação de ofensa à honra subjetiva do Querelante, elemento subjetivo do crime (*animus diffamandi*) (...) Com efeito, diante da ausência dos elementos configuradores do crime contra a honra supra mencionado, constata-se a atipicidade do fato sob análise, não subsistindo justa causa para o exercício da ação penal.

(...) O Querelante imputa ao Deputado Estadual, ora primeiro Querelado, o crime de injúria, em razão do uso da expressão “ex-vereador frustrado”. No caso em tela, considerando todo o contexto fático delineado, não vislumbramos o indispensável *animus injuriandi* na conduta do Querelado ao utilizar-se da multicitada expressão. É certo que o adjetivo utilizado (“frustrado”) não deveria ser utilizado (porque deselegante e inapropriado) pelo Deputado Estadual, porém sua utilização não tem o condão de irradiar efeitos de natureza penal (aqui não se adentrará no mérito porque impertinente) por não se tratar de xingamento, impróprio.

Nesse diapasão, analisando detidamente o conteúdo da queixa-crime, mormente no que diz respeito à expressão utilizada pelo Querelado, não se vislumbra o elemento subjetivo do tipo (dolo específico de injuriar o Querelado, atingindo-lhe a dignidade e/ou o decoro), razão pela qual não se pode admitir como ocorrido o crime tipificado no art. 140 do Código Penal.

Outrossim, a injúria consiste em uma ofensa à honra subjetiva, sendo esta o sentimento próprio a respeito dos atributos físicos, morais, intelectuais de cada pessoa. Com efeito, não há nos autos demonstração de violação à honra do Querelante, requisito essencial para a configuração do crime (...)

Repita-se. O adjetivo utilizado pelo Querelado, apesar de inapropriado, não contém qualquer viés de matiz delitiva. Em outras palavras, não chega a caracterizar, ainda que em tese, o crime de injúria ou qualquer outra infração penal, uma vez ausentes os elementos objetivos (ofensa à honra subjetiva) e subjetivo (*animus injuriandi*) do tipo. Inexistente tal elemento, não se pode falar em tipicidade. Sendo, pois, o fato atípico (sob ótica penal), não há, por via de consequência, justa causa para o exercício da ação penal, em relação ao crime de injúria em face do Deputado Estadual Marcell Carvalho de Moraes (...)” (fls. 95/97).

Diante de tais explanações, não se evidencia, portanto, a presença dos elementos dos tipos penais *sub examine*, e, logo, não há como se vislumbrar a configuração dos crimes de difamação e o de injúria. Frisa-se que, analisando o conjunto das proposições ofertadas pelo Querelado, apenas se verifica uma atuação deste no sentido de censurar os comentários do Querelante - considerados por aquele como reprováveis, bem como de esclarecer a sua luta e o projeto de lei em favor dos animais, não se atestando, com tal atitude e expressões utilizadas, algo que pudesse extrapolar os limites da imunidade parlamentar material e permitir indicações delituosas.

Em sentido semelhante, colhem-se alguns julgados dos Tribunais pátrios:

“Queixa-crime. Entrevistas concedidas por deputado a emissora de rádio que os querelantes reputaram ofensivas. Pretendida responsabilização do parlamentar por crimes contra a honra. Prescrição. Ocorrência quanto aos crimes de difamação e injúria. **Imunidade parlamentar reconhecida quanto ao delito de calúnia. Existência, no caso, de nexo de causalidade entre tais manifestações e a atividade de parlamentar.** Artigos 14 da Constituição Estadual e 53 da Constituição Federal. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. Extinção da punibilidade pela ocorrência da prescrição quanto à difamação e injúria. Improcedência com absolvição do querelado fundada no art. 386, III, do Código de Processo Penal, no que concerne à calúnia” (TJSP, Relator(a): Ferreira Rodrigues; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: Órgão Especial; Data do julgamento: 24/07/2013; Data de registro: 30/07/2013; Outros números: 994080023422) - grifos nossos.

“QUEIXA-CRIME. DECLARAÇÕES INJURIOSAS. DEPUTADA DISTRITAL. EXERCÍCIO DO MANDATO. IMUNIDADE PARLAMENTAR CONFIGURADA. REJEIÇÃO.

1. As imunidades parlamentares constituem verdadeiros instrumentos de garantia da função exercida pelo parlamentar, absolutamente imprescindíveis à consecução da democracia, conferindo ao Legislativo independência e autonomia necessárias à representação dos interesses do povo e do país.

5 in “Código Penal Comentado”. Rio de Janeiro: Forense, 2014. pp. 750/751

2. Não há que se falar em conduta criminosa a ensejar a persecução criminal se o querelado, por ocasião dos fatos, encontrando-se no exercício do mandato de deputado distrital, faz uso de expressões de pensamento acobertadas pela inviolabilidade conferida pelo art. 53 da Constituição Federal e art. 61, §§ 1º e 2º, da LODF, guardando estreita implicação entre a manifestação de sua opinião e o exercício de seu mandato legislativo.

3. Rejeitada a queixa-crime, nos termos do art. 395. inc. II do Código de Processo Penal” (TJ-DFT, Acórdão n.847050, 20130020249428PET, Relator: MARIO-ZAM BELMIRO CONSELHO ESPECIAL, Data de Julgamento: 27/01/2015, Publicado no DJE: 09/02/2015. Pág.: 21) – grifos nossos.

Destarte, impõe-se reconhecer a atipicidade das referidas condutas em discussão, e, por via de consequência, porque incidente na hipótese previstas no inciso I do art. 43 do Código de Processo Penal⁶, rejeitar a peça exordial acusatória.

Por tais razões, tendo em vista a não configuração dos crimes imputados ao Querelado, voto no sentido de **ACOLHER A PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA DESTA CORTE DE JUSTIÇA PARA PROCESSAR E JULGAR A QUERELADA ANA RITA TAVARES, ASSIM COMO REJEITAR A QUEIXA-CRIME OFERECIDA CONTRA O QUERELADO MARCELL MORAES**, nos termos do art. 6º da Lei nº. 8.038/90⁷.

Na oportunidade, tendo em vista o desmembramento do feito em relação à Querelada Ana Rita Tavares, determino que seja remetida cópia integral dos Autos à Seção de Controle, Distribuição e Informação - SECODI, para que distribua o feito a uma das Varas Crimes, para que, se for o caso, dê prosseguimento à queixa crime contra esta.

Por fim, condeno o Querelante ao pagamento de custas processuais, com fulcro no art. 804 do Código de Processo Penal”.

Ex positis, acolhe este Tribunal Pleno desta Corte de Justiça da Bahia o voto através do qual se **ACOLHE A PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA DESTA CORTE DE JUSTIÇA PARA PROCESSAR E JULGAR A QUERELADA ANA RITA TAVARES, ASSIM COMO REJEITA A QUEIXA-CRIME OFERECIDA CONTRA O QUERELADO MARCELL MORAES**, nos termos ora proferidos.

TJBA – Recurso em Sentido Estrito nº 0000109-62.2016.8.05.0123, Primeira Câmara Criminal – Segunda Turma, Relator(a): Des. Pedro Augusto Costa Guerra, julgado em 15/08/2017.

PENAL – PROCESSUAL PENAL – TRIBUNAL DO JÚRI – RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - HOMICÍDIO TENTADO, DUPLAMENTE QUALIFICADO – DECISÃO DE PRONÚNCIA – EXCESSO DE LINGUAGEM - OCORRÊNCIA - LIMITES A QUE JUÍZES E TRIBUNAIS ESTÃO SUJEITOS – NULIDADE ABSOLUTA – PRECEDENTES DO STF, DO STJ E DESTA TURMA JULGADORA – DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE NÃO CONHECIDO, POR SE TRATAR DE REITERAÇÃO DE PEDIDO JÁ ANALISADO E DENEGADO EM HABEAS CORPUS ANTERIOR – CONVERSÃO DA PRISÃO PREVENTIVA EM DOMICILIAR – POSSIBILIDADE - RECURSO A QUE SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO, PARA ACOLHER, DE OFÍCIO, TÃO SOMENTE, A PRELIMINAR DE EXCESSO DE

6 Art. 43. A denúncia ou queixa será rejeitada quando:

I - o fato narrado evidentemente não constituir crime;

II - já estiver extinta a punibilidade, pela prescrição ou outra causa;

III - for manifesta a ilegitimidade da parte ou faltar condição exigida pela lei para o exercício da ação penal.

7 Art. 6º A seguir, o relator pedirá dia para que o Tribunal delibere sobre o recebimento, a rejeição da denúncia ou da queixa, ou a improcedência da acusação, se a decisão não depender de outras provas.

LINGUAGEM E ANULAR A DECISÃO DE PRONÚNCIA, DETERMINANDO QUE OUTRA SEJA PROLATADA.

I – É manifesto o excesso de linguagem constante da Decisão de Pronúncia. Com efeito, ao exercer o juízo de admissibilidade da acusação, é lícito ao magistrado desenvolver, se necessário, raciocínio lógico em torno da cronologia dos fatos e da conduta atribuída ao réu, de modo a demonstrar que esse encadeamento consubstancia, ou não, a seu ver - em juízo meramente superficial -, indícios suficientes de autoria ou de participação em desfavor do acusado. O que lhe é defeso, portanto, é apenas manifestar conclusões de ordem pessoal capazes de influenciar o julgamento da causa pelo corpo de jurados.

II - Definitivamente, embora a linguagem se expresse através de signos e palavras, em se tratando de decisão de Pronúncia a constatação de “excesso de linguagem” nem sempre dimana da prolixidade do “decisum”, devendo ser cotejada, caso a caso, a ocorrência de eventuais vícios ou impropriedades.

III - Há de se reconhecer, entretanto, que a exuberância argumentativa não raras vezes conduz a que o julgador monocrático transponha, inadvertidamente, as balizas estabelecidas pelo art. 413, § único, do CPP (materialidade do fato e indícios suficientes de autoria e de participação), tisnando, com isso, de nulidade, sua Decisão acerca do “iudicium accusationis”.

IV - No caso destes autos, após meticulosa análise da Decisão de Pronúncia, tenho que o zeloso julgador monocrático desbordou, sim, dos limites que a lei lhe confere.

V – “Os Juízes e Tribunais devem submeter-se, quando praticam o ato culminante do “iudicium accusationis” (pronúncia), à dupla exigência de sobriedade e de comedimento no uso da linguagem, sob pena de ilegítima influência sobre o ânimo e a vontade dos membros integrantes do Conselho de Sentença. Age *ultra vires* e excede os limites de sua competência legal o órgão judiciário que, descaracterizando a natureza da pronúncia, converte-a, de um mero juízo fundado de suspeita, em um inadmissível juízo de certeza” (Ministro Celso de Mello, RT 523/486).

VI – “A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que o defeito de fundamentação na sentença de pronúncia gera nulidade absoluta, passível de anulação, sob pena de afronta ao princípio da soberania dos veredictos. Precedentes.” (Ministra Carmem Lúcia, Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 122.909/SE, 04/11/2014).

VII – Parecer da Procuradoria de Justiça pelo desprovimento do Recurso.

VIII – Direito de recorrer em liberdade não conhecido, por se tratar de pedido reiterativo denegado por esta Turma Julgadora em Habeas Corpus anterior, da Relatoria da Desembargadora Rita de Cássia Nunes Filgueira Nunes.

IX – Pedido de conversão da prisão preventiva em Prisão Domiciliar que se concede, com estabelecimento de medidas cautelares.

X – Recurso a que se dá parcial provimento, para acolher, de ofício, tão só, a preliminar de excesso de linguagem e anular a Decisão de Pronúncia, determinando que outra seja prolatada sem os vícios apontados.

XI – Prejudicados o exame do mérito recursal e o Habeas Corpus de nº 0014619-27.2017.8.05.0000.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Desembargadores da Primeira Câmara Criminal, Segunda Turma, do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, em dar parcial provimento ao recurso, para acolher, **de ofício**, tão somente, **a preliminar de excesso de linguagem**, para o fim de **anular a Decisão de Pronúncia**, determinando que outra seja proferida sem os vícios apontados. Prejudicado o exame do mérito recursal e o **Habeas Corpus de nº 0014619-27.2017.8.05.0000**. Não conhecimento do pleito de recorrer em liberdade, por envolver questão já decidida, à unanimidade, por esta Turma Julgadora em HC anterior. Pedido de conversão

da prisão preventiva em Prisão Domiciliar que se concede, com estabelecimento de medidas cautelares.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso em Sentido Estrito, interposto, tempestivamente, por **Roberth Caíres Ribeiro**, contra a Decisão de fls. 206/214, proferida nos autos da **Ação Penal nº 0000109-62.2016.8.05.0123**, pela qual foi pronunciado para submeter-se a julgamento perante o Tribunal do Júri, por suposta prática de delito tipificado no **art. 121, §2º, incisos I (motivo torpe) e IV (recurso que dificultou a defesa do ofendido), c/c os art. 14, II**, ambos do Código Penal.

Em suas razões recursais o Recorrente pleiteia sua impronúncia afirmando que **“não correu para a prática do delito que lhe é imputado, isto porque, em todos os depoimentos prestados pelas testemunhas indicam que o mesmo não se encontrava no local onde ocorra a tentativa do homicídio.”** (fls. 224).

Aponta que o “Recorrente NÃO TERIA NENHUM MOTIVO PARA DETERMINAR A MORTE DA VÍTIMA, tia da sua ex-namorada, com quem, o mesmo sequer teve qualquer contato ou relação. Frise-se ademais, que a sra. FERNANDA OLIVEIRA já teria investido por duas vezes contra a integridade da esposa do Recorrente, conforme se comprova do TCO nº.0000332-49.2015.805.0123 e Boletim de Ocorrência nº782/2014, prestados perante a Delegacia Territorial de Itanhém-BA.” (fls. 226).

Destaca que “tais episódios demonstram de forma categórica que tanto a sra. FERNANDA quanto seus familiares têm motivos concretos para tentar prejudicar o sr. ROBERTH CAIRES imputando uma acusação falsa, ou, ao menos, razões (equivocadas) para compreenderem que o referido atentado teria sido praticado pelo mesmo. Entretanto, tal entendimento em hipótese alguma gera um juízo de certeza, capaz de fundamentar uma decisão de pronúncia. A temeridade da acusação é tamanha, Excelência, que se utiliza como elemento de prova uma conversa no aplicativo “Whats app”, supostamente envolvendo o Recorrente e um terceiro denominado “Matheus Santos”, quando sequer se cuidou de promover qualquer perícia em aparelhos celulares para constatar a veracidade da alegada troca de mensagens, ou tampouco descobrir quem é o interlocutor “Matheus Santos”, haja vista que ninguém sabe informar.” (fls. 227).

Complementa, ainda, que “o próprio *Parquet* imputa a autoria intelectual ao Acusado, sem, todavia, sequer tratar da autoria direta do fato *sub examine*. Não se faz ideia de quem seria este ou estes autores, e, bem verdade, não há qualquer investigação para tanto. Ou seja, não há qualquer indícios do autor dos disparos desferidos contra a vítima, quiçá a demonstração do nexo causal entre este e um suposto mandante do crime. NÃO EXISTEM EXECUTORES! LOGO, NÃO PODE HAVER MANDANTE!!! No caso em tela, em que pese a materialidade do crime ser incontestado, a autoria é TOTALMENTE duvidosa, posto que não pode ser imputada ao Recorrente, sem que haja INDÍCIOS MÍNIMOS que o incriminem. Assim, dos autos não emerge qualquer elemento fático/lógico/racional suficiente de autoria em desfavor do mesmo”. (fls. 227).

Continua no Recurso argumentando a não incidência das qualificadoras do artigo 121, §2º, I e IV⁸, uma vez que **“...dos autos não há prova alguma neste sentido, nada foi produzido ou esclarecido a ponto de indicar que a vítima sofreu uma emboscada, ou os autores do crime utilizaram de recursos que impossibilitou a defesa da vítima...”** (fls. 232), com a consequente desclassificação da conduta para homicídio simples tentado.

Por fim, pugna o Recorrente pelo provimento do presente recurso, com a reforma da Decisão para Impronunciar o Recorrente, bem como a revogação da prisão cautelar, ante a falta de motivos para sua manutenção.

Oferecidas contrarrazões (fls. 234/237) e mantida a decisão hostilizada (fls. 297/299), foram os autos com vista à Procuradoria de Justiça, que opinou pelo conhecimento e desprovimento do recurso (fls. 307/313).

8 Art. 121. Matar alguém: Homicídio qualificado - § 2º Se o homicídio é cometido: § 2º Se o homicídio é cometido: I - mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe; IV - à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido.

Às fls. 314/316 o Recorrente juntou documento novo consistente na Declaração Pública da testemunha Daniel Costa Santos, prestada em Cartório Extrajudicial.

Conforme Despacho de fls. 317 (datado de 26/06/2017), a então Relatora declarou-se suspeita por motivo de foro íntimo, cabendo-me, por sorteio, a relatoria deste Recurso.

Determinado novo envio dos autos à Procuradoria de Justiça, para tomar conhecimento do documento novo, retornou com a manifestação de fls. 322/323, através da qual ratifica o Parecer anterior de fls. 307/313.

VOTO

Verificados requisitos de admissibilidade, observa-se que este Recurso em Sentido Estrito comporta conhecimento, vejamos:

Insurge-se o Recorrente contra a Decisão de Pronúncia que determinou que o Recorrente fosse submetido ao Tribunal Popular para julgamento do crime de tentativa de homicídio (art. 121), com as qualificadoras do motivo torpe (inciso I) e que dificultou a defesa do ofendido (inciso IV).

No entender do Recorrente, inexistente lastro probatório mínimo que indique a ocorrência do crime de tentativa de homicídio, rogando pela desclassificação para o crime de homicídio simples tentado e exclusão das qualificadoras.

Para análise das razões recursais impõe-se observar o inteiro teor da Denúncia e da Decisão de Pronúncia:

A DENÚNCIA:

“O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA SABIA, por intermédio do Promotor de Justiça que esta subscreve, no uso de uma de suas atribuições legais, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, legitimado pelo art.129, I, da Constituição Federal, e com base no Inquérito Policial, registrado sob nº 0000109-62.2010.805.0123, provindo da Delegacia Circunscrição de Itanhém/BA, oferecer DENÚNCIA em face de ROBERTH CAIRES RIBEIRO, vulgo “Robinho”, brasileiro, solteiro, comerciante, natural desta cidade, nascido em 08 de março de 1968, filho de Jurandir Caíres Ribeiro e Eupídia Gomes Caíres, residente na Rua Emiliano Fernandes, nº 116, ‘Centro, Itanhém/BA, pela prática do fato” punível a seguir narrado de acordo com os requisitos do art.41 do Código de Processo Penal:

Consta do incluso inquérito policial que no dia 21 de abril de 2016, por volta das 8h00, na Fazenda Guarani, nesta cidade -e comarca de Itanhém/BA, ROBERTH CAIRES RIBEIRO, vulgo “Robinho”, agindo com intenção homicida, em conluio com terceiros pessoas ainda não identificadas e com emprego de uma arma de fogo, causou as lesões corporais de fls.30 em Adelina de Oliveira Costa, não se consumando o homicídio por circunstâncias alheias à ‘sua vontade.

Segundo se apurou, o denunciado namorou Fernanda Sousa de Oliveira. Com o fim do relacionamento, Fernanda vendeu os seus pertences e, de forma repentina, foi residir fora do País. O Denunciado, que não aceitou o ‘fim do namoro, começou a trocar mensagens instantâneas com Maria Zenita Carlos de Oliveira, genitora de Fernanda.

De acordo com as mensagens de fls.13/15, Maria Zenita mencionou que Fernanda estava com outra pessoa e Roberth escreveu que a vida dela “vira de. cabeça pra baixo” e que ia “pagar um preço alto” e se ela “suporta a dor”.

Ao pedir para o denunciado arrumar outra mulher, este escreveu que “é mais fácil eu matar ela” e também “mato a mãe e ela vem embora” e, por fim, “se não for no amor vai ser na dor”.

O denunciado então locou a motocicleta CG Titan, cor .preta e branca, placa RJR 1781, de Ivanor Pinto de Oliveira. De posse da citada moto duas- pessoas passaram diversas vezes na residência do irmão de Fernanda, José Tiago de Souza Oliveira, e até marcaram o local com uma pet cheia d’água.

Na segunda-feira, 18 de abril de 2016, o denunciado estava na direção de um veículo, marca saveiro cross, cor branca, que ficou parado próximo da casa da vítima por cerca de dez minutos. No banco do carona estava um homem moreno, de cor clara, feições finas, sem barba.

Nesse mesmo dia 18, a noite, uma pessoa tentou entrar na casa da vítima. Arivaldo, marido de Adelina, estava deitado no chão da sala, assistindo televisão, e foi atingido pela porta que foi aberta violentamente.

Arivaldo gritou “que desgraça é essa”: ocasião em que fechou a porta e apagou a luz. Do lado de fora da casa foram efetuados três disparos de arma de fogo e foi ouvido o barulho de uma motocicleta indo embora.

Já no dia dos fatos, a vítima colocava o leite para ferver quando sentiu um queimor nas costas. Ao se virar foi alvejada por diversos disparos de arma de fogo.

O marido da vítima, que tirava leite na fazenda, ouviu os disparos e foi socorrer sua esposa. Ao se aproximar da casa viu um homem moreno, de cabelos curtos, estatura mediana, sair correndo pelos fundos do imóvel.

Ataide, filho da vítima, também viu o atirador sair da casa e, posteriormente, entrar em um veículo Gol ou Palio, cor prata, que já tinha outro ocupante, e fugir.

Comprovadas as ameaças do denunciado à genitora de sua ex-namorada, a locação da motocicleta cujos ocupantes rondaram a residência do irmão de Fernanda e a presença de Roberth com outras pessoas nas proximidades da casa da vítima resta claro que o denunciado é o mandante e autor intelectual do delito praticado contra Adelina, tia de sua ex-namorada.

Assim agindo, o denunciado atuou mediante motivo torpe, pois queria vingar o fim de um relacionamento amoroso com a sobrinha da vítima, e mediante recurso que tornou impossível a defesa da vítima, que foi atingida inesperadamente por vários disparos de arma de fogo quando realizava seus afazeres domésticos.

Diante do exposto, denuncio a Vossa Excelência, **ROBERTH CAIRES RIBEIRO, vulgo “Robinho”,** como incurso nas penas do art.121, §2º, incs.I (motivo torpe) e IV (recurso que tornou impossível a defesa da vítima), c.c. o art.14, inc.II, do Código Penal, requerendo que recebida e autuada esta, seja o réu notificado para responder à acusação, prosseguindo-se. nos termos do art.406 e ss. do Código de Processo Penal, ouvindo-se oportunamente a vítima e as testemunhas abaixo arroladas, até a sentença de pronúncia, quando então deverá o réu ser submetido a julgamento e condenado pelo Egrégio Tribunal de Júri.” (fls. 02/04).

A DECISÃO DE PRONÚNCIA:

“O Ministério Público do Estado da Bahia, através do Promotor de Justiça Substituto, apresentou ação penal pública, mediante denúncia, contra ROBERTH CAIRES RIBEIRO, vulgo “Robinho”, qualificado na fl. 02, como incurso nas disposições do art. 121, § 2º, inciso I (motivo torpe) e inciso IV (recurso que tornou impossível a defesa da vítima), c.c. art. 14, inciso II, ambos do Código Penal.

O *Parquet* aduziu, em síntese, que Robinho, no dia 21/04/2016, por volta das 8h, na Fazenda Guarani, nesta cidade, agindo com intenção homicida, em colúio com terceiras pessoas, e com emprego de arma de fogo, causou as lesões corporais de fl. 30 em Adelina Oliveira da Costa, não se consumando o homicídio por circunstâncias alheias à sua vontade.

Ainda de acordo com a inicial acusatória, o réu não havia aceitado o fim do relacionamento amoroso que mantinha com Fernanda, sobrinha da vítima, e, por esta razão, o acusado teria dito em mensagens que a vida desta viraria de cabeça para baixo, “é mais fácil matar ela”, “mato a mãe e ela vem embora” e “se não for no amor vai ser na dor”.

Outrossim, segundo a peça do Ministério Público, o acusado locou uma moto, que foi utilizada para rondar a casa de José Tiago de Souza Oliveira, irmão de Fernanda.

Art. 14 - Diz-se o crime:

II — tentado, quando iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente.

A nova sistemática processual penal, introduzida pela Lei nº 11.689, de 09 de junho de 2008, estabelece que, se convencendo da materialidade do delito e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, o juiz, fundamentadamente, pronunciará o acusado (art. 413, do CPP).

Restringe a fundamentação, todavia, à indicação da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou participação, devendo indicar o dispositivo legal em que se julgar incurso o acusado e especificar as circunstâncias qualificadoras e as causas de aumento de pena (art. 413, do mesmo dispositivo legal).

No caso dos autos, em se tratando de crime tentado, a materialidade do delito restou provada pelo laudo de lesões corporais de fl. 35 e laudo pericial de fls. 36/42.

Ademais, a vítima foi atingida por diversos disparos de arma de fogo, alguns no rosto, o que demonstra o animus necandi, e a inocorrência do resultado morte por circunstância alheia à vontade do réu (os executores atiraram e fugiram).

Os referidos documentos atestam que a vítima apresentou perfurações por “bala” em diversas partes do corpo, sendo uma arma de fogo o instrumento utilizado para produzir a ofensa, além de comprovar a efetuação de disparos no local do crime.

Os indícios de autoria podem ser inferidos a partir dos depoimentos prestados na fase policial e neste juízo.

Adelon de Oliveira Costa, filho da ofendida, informou à autoridade policial que o réu - juntamente com uma mulher e dois homens - foi à Fazenda Guarani (onde a vítima mora), no dia 18/04/2016, por volta das 8h, em um veículo Saveiro Cross branco, em atitude suspeita, vez que, ao que parece, simulou um problema no carro, além de ter ficado no carro por volta de quatro minutos, parado a 40 (quarenta) metros da casa do declarante, sem descer do automóvel. O Sr. Adelon também afirmou que houve uma tentativa de arrombamento da porta da casa dos pais do mesmo às 19h da data supracitada, tendo sido ouvido disparos de quatro tiros nas proximidades da residência. A testemunha ainda declarou que dois homens alvejaram sua mãe, D. Avelina, com nove disparos de arma de fogo no dia 21/04/2016. Por fim, asseverou que sua prima Fernanda terminou um relacionamento com Robinho, que a ameaçou de morte por não aceitar o fim do namoro.

Em Juízo, o Sr. Adelon confirmou que viu o réu no veículo VVV Saveiro Cross no dia 18/04/2016, tendo um ocupante do referido automóvel perguntado onde era a Fazenda de Jonga, além de ter visto o citado carro parado no caminho entre a referida propriedade rural e a casa da vítima.

Arivaldo de Oliveira Costa, marido da vítima, que também afirmou na DEPOL ter visto o representado parado no local do crime, no dia 18/04/2016, em um veículo Saveiro Cross branco, na companhia de uma mulher e de um homem.

Outrossim, confirmou a tentativa de arrombamento da casa e barulho de disparos de arma de fogo na aludida data, além de ter descrito o que viu no dia em que sua esposa foi alvejada por tiros. O Sr. Arivaldo disse também que o carro em que o atirador fugiu parou no mesmo lugar onde a moto do indivíduo que forçou a porta da sua residência em 18/04/2016 (rastros). No final de seu depoimento, o declarante disse que “Tiago”, irmão de Fernanda, lhe disse que estava sendo ameaçado de morte por Robinho em represália ao fato de sua irmã ter acabado com o namoro que mantinha com o representado, e que a Saveiro branca passou por ele no dia 17/04/2016.

Na audiência de instrução, Arivaldo confirmou que viu o acusado no carro parado perto de sua casa no dia 18/04/2016, e que tentaram invadir sua residência na referida data, tendo a testemunha ouvido tiros do lado de fora.

Outrossim, afirmou que estava tirando leite no momento da consumação do delito, tendo ido à sua casa quando ouviu os tiros, local onde encontrou a vítima ensanguentada e pedindo socorro.

Maria Zenita Carlos de Oliveira, mãe de Fernanda, disse na DEPOL que a filha namorou com “Robinho”, e que, de repente, quis sair do Brasil, vendendo bens e pegando dinheiro emprestado. Afirmou também que mesmo estando fora do país, sua filha não havia lhe dito qual seria o motivo da fuga antes da irmã da declarante ter sido atingida por disparos de arma de fogo em 21/04/2016.

A referida testemunha não soube dizer em Juízo o motivo da separação de sua filha e do réu. Contudo, confirmou que recebeu as mensagens de whatsapp de forma anônima, e que as entregou na Delegacia deste município.

José Tiago de Souza Oliveira, irmão de Fernanda e sobrinho da vítima, afirmou à autoridade policial que veículos estranhos estavam passando pelo declarante e pelas proximidades de sua casa a partir do dia 16/04/2016, dentre eles uma moto em que, segundo os moradores de Santa Rita, era guiada por uma pessoa, que levava um “carona”, e que ambos “não tiravam o capacete pra nada”.

Declarou também que uma pick up Saveiro Cross branca passou por ele, tendo o mesmo notícia de que um carro com as mesmas características parou próximo à casa da vítima, sua tia. “Tiago” afirmou ainda que, ciente de que D. Adelina havia sido alvejada por disparos de arma de fogo,

fugiu, pois temia pela sua segurança, vez que acreditava que estavam à sua procura para matá-lo a mando de Robinho Caires, que não aceitava o fim do namoro com sua irmã Fernanda. Ao final, afirmou que o representado disse que sua irmã “ia rindo e voltava chorando” e que está com medo que Robinho tente contra sua vida.

José Tiago não foi intimado para ser ouvido em Juízo, vez que, conforme certidão de fl. 148v, o mesmo mudou-se de endereço em razão das ameaças que sofreu, estando com medo de depor.

A vítima Adelina de Oliveira Costa confirmou as versões apresentadas pelos depoimentos supra transcritos nesta decisão, acrescentando que Robinho vinha perseguindo Tiago, irmão de Fernanda, e que que acredita que foi alvejada, pois era uma vítima mais fácil.

Outrossim, afirmou que foi vítima de disparos de arma de fogo quando estava colocando o leite para ferver (o primeiro a atingiu quando estava de costas para o autor dos tiros).

A ofendida ainda declarou que o réu foi visto nas proximidades de sua residência no dia 18/04/2016, parado com um carro branco, motivo pelo qual se escondeu, vez que estava com medo do acusado estar à sua procura em razão da mesma ser tia de Fernanda. Ademais, a vítima teria alertado seu marido de que o réu iria voltar à noite, pois estava atrás dela e de Tiago.

Ressalto que a vítima afirmou, como as outras testemunhas, que houve uma tentativa de invasão em sua casa na noite daquele dia, além de ter ouvido disparos de arma de fogo no local.

Arnaldo Pereira Nascimento afirmou que Tiago havia lhe informado que estava sendo perseguido por indivíduos em uma moto preta, com para-lama branco, automóvel este que descobriu ser de “Nó’ Sapateiro” (Ivanor).

Ivanor Pinto de Oliveira disse que o acusado alugou uma moto da testemunha por volta das 15h e a entregou no dia seguinte às 9h, afirmando o representado foi a única pessoa que alugou o automóvel em 2016, e que foi a primeira vez que o representado alugou a moto para “Robinho”. Alberth Santos de Sousa disse à autoridade policial que cedeu uma Saveiro Cross branca ao réu em 16/04/2016 e em 17/04/16, tendo Robinho devolvido o veículo no dia 18/04/16, por volta das 9hs.

Somam-se às provas já explanadas e que constam nos autos o teor do: a) interrogatório de Vinícius Ribeiro dos Santos (acusado confesso de ser “matador” de uma facção criminosa), no APFD 0000170-20.2016.805.0123, que aduziu “QUE ROBINHO CAIRES já ofereceu R\$ 7.000,00 para o interrogado e ERIQUINHO matar a tia da ex namorada dele, mas o interrogado não aceitou pois achou que era laranjada” (fl. 95); b) termo de declaração de DANIEL COSTA SANTOS, vulgo SAPIM, que afirmou ao Delegado de Polícia “QUE foi quem apresentou BOLA a Robinho Caires, pois Robinho queria manter contato com uma pessoa que fizesse um serviço para ele. QUE o declarante apresentou Robinho Caires a BOLA. QUE Robinho foi quem mandou BOLA matar a tia da ex namorada dele, d. ADELINA, no dia 21/04/2016, QUE o declarante tem certeza disso, pois Robinho por volta das 18 horas levou o declarante na fazenda onde residia d. Adelina e ao chegar lá o declarante bateu o na porta e o homem gritou “que desgraça é essa”; (...) QUE Robinho contratou BOLA para matar d. Adelina. QUE Robinho comentou com a declarante ter encomendado o serviço, ou seja, matar d. Adelina, a outro cara, mas o homem não teve coragem, posteriormente o declarante descobriu que esse cara era VINÍCIUS, traficante que se encontra no Conjunto Penitenciário de Teixeira de Freitas (fls. 116/117)”.

Apesar de Daniel e Vinícius estarem supostamente ligados a facção criminosa que teria sido hipoteticamente traída pelo réu, não vislumbro que os dois indivíduos mentiram no tocante à participação do réu na tentativa de homicídio da vítima. Isso porque, eles contaram detalhes do delito que só quem sabia do mesmo antes e/ou durante sua consumação teria condição de dizer, uma vez que a presente ação penal corre em segredo de Justiça.

Por fim, verifico que as conversas de fls.13/15, apesar de não constituírem provas robustas, com bem pontuado pela Defesa, vez que passíveis de fácil montagem, estão em consonância com as outras provas dos autos, servindo também, nesta fase do procedimento, como elemento de convencimento quanto aos indícios de autoria. Isso poque, evidenciam a motivação do crime, que seria a vingança do réu contra sua ex-namorada.

As testemunhas da defesa não acrescentaram sobre o fato criminosos em julgamento, e o teor do interrogatório do réu vai de encontro às prova contidas nos autos.

Diante das provas acostadas aos autos de ameaças à família de Fernanda (especialmente a Tiago) pelo acusado, presença do réu, sem motivo, nas proximidades da casa da ofendida em data próxima à consumação do crime, relatos de pessoas que afirmaram que o réu ofereceu dinheiro para a assassinação de d. Adelina, posse do réu da Saveiro branca e da

moto preta e branca usadas para rondar a casa da vítima e de Tiago, verifico que há indícios suficientes para demonstrar que o réu é o autor intelectual da tentativa de homicídio perpetrado contra a vítima.

Quanto às circunstâncias qualificadoras indicadas pelo Ministério Público, vejamos:

a) motivo torpe (art. 121, § 2º, II, do Código Penal) — **as provas contidas nos autos, notadamente nos depoimentos colhidos na audiência de instrução, indicam que o motivo do delito é torpe, vez que o agente teria tentado matar a vítima como vingança ao fim do seu relacionamento amoroso com a sobrinha desta.**

b) recurso que dificultou a defesa da vítima (art. 121, §2º, IV, do Código Penal) — **os depoimentos prestados, nas fases policial e instrutória, além do laudo de lesões corporais, demonstram que a vítima foi alvejada, inesperadamente, por diversos disparos de arma de fogo, enquanto estava em casa, sozinha, fervendo o leite, não tendo condições de reagir a qualquer tipo de agressão.**

Assim, com relação às qualificadoras imputadas, registro que existem, preliminarmente, indícios capazes de sustentar a capitulação descrita nesse sentido, posto que, segundo as provas até então colhidas, o acusado teria agido por motivo torpe e por meio que dificultou a defesa da vítima, na forma indicada pelo laudo pericial e depoimentos colhidos em juízo.

Ante o exposto, em razão da presença nos autos de prova da materialidade e de indícios da autoria, com fundamento no art. 413, do CPP, **PRONUNCIO** o réu, já qualificado, como incurso na pena do delito previsto no **art. 121, § 2º, incisos I (motivo torpe) e IV (recurso que dificultou a defesa do ofendido) c.c. art. 14, II, ambos do Código Penal Brasileiro**, pelos fatos narrados na denúncia.

Por fim, mantenho a prisão preventiva do acusado, tendo em vista que não houve mudança na situação fática do réu desde a prolação da decisão de fl. 168/173, o que torna imperiosa a manutenção da custódia cautelar do mesmo para garantia da ordem pública e conveniência da instrução criminal. Isso porque, o réu é reincidente, o *modus operandi* do delito demonstra a periculosidade do acusado e as testemunhas José Tiago e Daniel estão com medo de depor (certificado pelo oficial de Justiça), em razão de terem recebido ameaças.

Preclusa a decisão de pronúncia, venham os autos conclusos. P.R.I.C.” (fls. 206/214).

Pois bem.

Do exame detido do Caderno Processual, há de se acolher, de ofício, a preliminar de excesso de linguagem na Decisão de Pronúncia.

Evidentemente, o deslinde dessa matéria passa pela exata compreensão a ser dada ao quanto estabelecido pelo legislador no art. 413 do CPP e seu parágrafo primeiro, que assim dispõem:

“Art. 413 - O Juiz, fundamentadamente, pronunciará o acusado, se convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação”.

“§ 1º - A fundamentação da pronúncia limitar-se-á à indicação da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria e de participação, devendo o Juiz declarar o dispositivo legal em que incurso o acusado e especificar as circunstâncias qualificadoras e as causas de aumento de pena”.

Ora. É do conhecimento de todos que a Decisão de Pronúncia tem natureza de mero juízo de admissibilidade da acusação nos crimes dolosos contra a vida, daí por que o julgador deve exarar-la sempre com prudência e cautela sob pena de avançar, indevidamente, o *meritum causae*, de exclusiva competência do Conselho de Jurados.

Trata-se, sem dúvida, de tema por demais tormentoso, objeto de larga reflexão por parte da doutrina e da jurisprudência, ambas destacando a delicada tarefa reservada ao juízo sumariante, sobretudo quando da demonstração dos indícios suficientes de autoria, cabendo-lhe apreciar a prova de modo sóbrio e comedido, sem descuidar, entretanto, do dever de apresentar fundamentação idônea (CF, art. 93, inciso IX).

É é nessa linha tênue que o magistrado há de se equilibrar para não influir no ânimo dos jurados quando do julgamento a ser realizado pelo tribunal popular.

Por isso mesmo, recomenda-se que, de regra, a Decisão de Pronúncia seja proferida, tanto quanto possível, em termos sumáticos, limitando-se à indicação da materialidade do fato e os indícios suficientes de autoria, uma vez que se trata de simples **judicium accusationis** (art. 413, § 1º, do Código de Processo Penal).

Nesse sentido, a doutrina já vinha ensinando, de há muito, como se colhe da vetusta e sempre atual advertência de **JOSÉ FREDERICO MARQUES**, em sua obra “A Instituição do Júri”:

“O magistrado que prolata a sentença de pronúncia, deve exarar a sua decisão em termos sóbrios e comedidos, a fim de não exercer qualquer influência no ânimo dos jurados. É aconselhável, por outro lado, que dê a entender, sempre que surja controvérsia a propósito de elementares do crime, que sua decisão, acolhendo circunstância contrária ao réu ou repelindo as que lhe sejam favoráveis, foi inspirada no desejo de deixar aos jurados o veredicto definitivo sobre a questão, a fim de não subtrair do Júri o julgamento do litígio em todos os seus aspectos”. (ob. cit. vol. I, págs. 232/233, item 7, 1963, Ed. Saraiva-232).

Com o autor antes citado, **FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO** comunga do mesmo entendimento:

“A pronúncia deve ser fundamentada, diz a lei. Contudo a fundamentação deverá ficar adstrita tão só aos seus requisitos: indicar as provas que demonstram materialidade, eventual qualificadora e os indícios capazes de convencer o magistrado de ter sido o réu o autor do crime. Infelizmente jizes há que, na pronúncia, pensando tratar-se de decisão de mérito, analisam o feito como se fossem, em seguida, proferir sentença condenatória... E, aí, não faltam as adjetivações ... Lamentavelmente, laboram em erro inominável. Na pronúncia, o juiz cinge-se e restringe-se a demonstrar a materialidade e autoria. A linguagem deve ser sóbria. Fala-se até em “eloquência acusatória” em certas decisões de pronúncia. Decisões desse naipe são nulas”. (Manual de Processo Penal, Saraiva, 15ª Edição, p. 763).

Especificamente na hipótese destes autos, essa tarefa ganha contornos ainda mais delicados, posto que a imputação versa a respeito da suposta prática, por parte dos Réu, de crime de homicídio tentado, duplamente qualificado (art. 121, § 2º, incisos I e IV, c/c art. 14, do CP), perpetrados, - ao que diz a Denúncia -, em concurso de pessoas e mediante divisão de tarefas entre os diversos Acusados, apontando o Réu como autor intelectual ou mandante, e para outros como executores diretos e simples partícipes.

E é justamente em virtude da complexidade da situação fática descrita na peça acusatória que se não pode censurar, de plano, o laborioso esforço desenvolvido pelo julgador de primeira instância, quando, afastando-se da recomendada frugalidade que deve caracterizar decisões dessa natureza, procedeu a um exame analítico das provas arrecadadas.

Deveras, ao exercer o juízo de admissibilidade da acusação, é lícito ao magistrado desenvolver, se necessário, raciocínio lógico em torno da cronologia dos fatos e da conduta atribuída ao réu, de modo a demonstrar que esse encadeamento consubstancia, ou não, a seu ver, - em juízo meramente superficial - indícios suficientes de autoria em desfavor do acusado. O que lhe é defeso, portanto, é apenas manifestar conclusões de ordem pessoal capazes de influenciar o julgamento da causa pelo corpo de jurados.

Na hipótese **sub judice**, portanto, a excepcionalidade do exame minucioso do conjunto probatório está absolutamente justificada, não se podendo acoimar de nula a Decisão de Pronúncia tão só pela exaustividade da argumentação deduzida pelo seu subscritor.

Definitivamente, embora, a linguagem se expresse através de signos e palavras, em se tratando de decisão de Pronúncia a constatação de **“excesso de linguagem”** nem sempre dimana da proximidade do **“decisum”**, devendo ser cotejada, caso a caso, a ocorrência de eventuais vícios ou impropriedades.

Há de se reconhecer, entretanto, que a exuberância argumentativa não raras vezes conduz a que o julgador monocrático transponha, inadvertidamente, as balizas estabelecidas pelo art.

413, § único, do CPP (materialidade do fato e indícios suficientes de autoria e de participação), tisanando, com isso, de nulidade, sua Decisão acerca do **“judicium accusationis”**.

No caso destes autos, após meticulosa análise da Decisão de Pronúncia, tenho que o zeloso julgador monocrático desbordou, sim, dos limites que a lei lhe confere, tal como se pode perceber dos trechos a seguir transcritos, aqui sublinhados:

Diante das provas acostadas aos autos de ameaças à família de Fernanda (especialmente a Tiago) pelo acusado, presença do réu, sem motivo, nas proximidades da casa da ofendida em data próxima à consumação do crime, relatos de pessoas que afirmaram que o réu ofereceu dinheiro para a assassinação de d. Adelina, posse do réu da Saveiro branca e da moto preto e branca usadas para rondar a casa da vítima e de Tiago, **verifico que há indícios suficientes para demonstrar que o réu é o autor intelectual da tentativa de homicídio perpetrado contra a vítima.**

Com efeito, ao fazer, de forma incisiva, tais afirmativas, o MM Juiz extrapolou os limites da fundamentação da Pronúncia, externando, de forma incontestável, juízo de valor acerca do conjunto probatório e da consequente responsabilidade penal do Acusado, rechaçando, inclusive, a possibilidade de reconhecimento de qualquer outra versão da apresentada pela Promotoria de Justiça.

Ao tecer essas considerações, repita-se, o Magistrado manifestou inequívoco juízo de valor a respeito do panorama probatório, externando sua convicção pessoal quanto à impossibilidade de acolhimento da tese defensiva, qual seja, a negativa de autoria, circunstância capaz de influenciar, sem dúvida, a decisão dos juízes leigos.

Mas não é só. Também por ocasião da análise das qualificadoras o **decisum** vergastado incidiu em manifesta impropriedade técnica, havendo o julgador singular utilizado adjetivação inadequada à natureza daquele ato processual, fazendo-o nos seguintes termos:

“Quanto às circunstâncias qualificadoras indicadas pelo Ministério Público, vejamos”:
a) motivo torpe (art. 121, § 2º, II, do Código Penal) — as provas contidas nos autos, notadamente nos depoimentos colhidos na audiência de instrução, **indicam que o motivo do delito é torpe, vez que o agente teria tentado matar a vítima como vingança ao fim do seu relacionamento amoroso com a sobrinha desta.**
b) recurso que dificultou a defesa da vítima (art. 121, §2º, IV, do Código Penal) — **os depoimentos prestados, nas fases policial e instrutória, além do laudo de lesões corporais, demonstram que a vítima foi alvejada, inesperadamente, por diversos disparos de arma de fogo, enquanto estava em casa, sozinha, fervendo o leite, não tendo condições de reagir a qualquer tipo de agressão.**
Assim, com relação às qualificadoras imputadas, registro que existem, preliminarmente, indícios capazes de sustentar a capitulação descrita nesse sentido, posto que, segundo as provas até então colhidas, o acusado teria agido por motivo torpe e por meio que dificultou a defesa da vítima, na forma indicada pelo laudo pericial e depoimentos colhidos em juízo.”

Pois bem. No caso dos autos, o Juiz da Pronúncia, em vez de cingir-se a apontar para a eventual existência de indícios suficientes de autoria e das qualificadoras, avançou no exame do mérito quanto à responsabilidade do Acusado, além de haver antecipado, também, juízo de valor quanto às qualificadoras, tarefa do Tribunal do Júri.

Manifesto, portanto, é o vício de que padece o **decisum**, cuja nulidade ganha ainda maior dimensão quando se verifica que a principal tese defensiva consiste justamente na negativa de autoria.

Nesse sentido é a jurisprudência, inclusive do Supremo Tribunal Federal – STF, cabendo reproduzir, apenas a título ilustrativo, os seguintes Acórdãos:

“PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 408 DO CPP. PRONÚNCIA. ELOQUÊNCIA ACUSATÓRIA. AFIRMATIVA DE AUTORIA. PRONUNCIAMENTO SOBRE OS ASPECTOS SUBJETIVOS DA CONDUTA DO ACUSADO. AFASTAMENTO

DE POSSÍVEL TESE DEFENSIVA. PEÇA QUE PODE INFLUIR INDEVIDAMENTE NO CONVENCIMENTO DOS JURADOS. PRINCÍPIO DA SOBERANIA DOS VEREDICTOS DO JÚRI. OFENSA CARACTERIZADA. ORDEM CONCEDIDA”.

I – Fere o princípio da soberania dos veredictos a afirmação peremptória do magistrado, na sentença de pronúncia, que se diz convencido da autoria do delito.

II – A decisão de pronúncia deve guardar correlação, moderação e comedimento com a fase de mera admissibilidade e encaminhamento da ação penal ao Tribunal do Júri.

III – Ordem concedida.

(HC 93299, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe de 24.10.2008).

“EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL. TRIBUNAL DO JÚRI. HOMICÍDIO SIMPLES. MAGISTRADO APOSENTADO. SENTENÇA DE PRONÚNCIA. EXCESSO DE LINGUAGEM. NULIDADE ABSOLUTA. VOTO MÉDIO PROFERIDO PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DESENTRANHAMENTO DA SENTENÇA DE PRONÚNCIA: INVIABILIDADE. AFRONTA À SOBERANIA DO JÚRI. ORDEM CONCEDIDA.

1. O Tribunal do Júri tem competência para julgar magistrado aposentado que anteriormente já teria praticado o crime doloso contra a vida objeto do processo a ser julgado. Precedentes.

2. A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que o defeito de fundamentação na sentença de pronúncia gera nulidade absoluta, passível de anulação, sob pena de afronta ao princípio da soberania dos veredictos. Precedentes.

3. Depois de formado o Conselho de Sentença e realizada a exortação própria da solene liturgia do Tribunal do Júri, os jurados deverão receber cópias da pronúncia e do relatório do processo; permitindo-se a eles, inclusive, o manuseio dos autos do processo-crime e o pedido ao orador para que indique a folha dos autos onde se encontra a peça por ele lida ou citada.

4. Nos termos do que assentado pelo Supremo Tribunal Federal, os Juízes e Tribunais devem submeter-se, quando pronunciam os réus, à dupla exigência de sobriedade e de comedimento no uso da linguagem, sob pena de ilegítima influência sobre o ânimo e a vontade dos membros integrantes do Conselho de Sentença; excede os limites de sua competência legal, o órgão judiciário que, descaracterizando a natureza da sentença de pronúncia, converte-a, de um mero juízo fundado de suspeita, em um inadmissível juízo de certeza. Precedente.

5. A solução apresentada pelo voto médio do Superior Tribunal de Justiça representa não só um constrangimento ilegal imposto ao Paciente, mas também uma dupla afronta à soberania dos veredictos assegurada à instituição do júri, tanto por ofensa ao Código de Processo Penal, conforme se extrai do art. 472, alterado pela Lei n. 11.689/2008, quanto por contrariedade ao art. 5º, inc. XXXVIII, alínea “c”, Constituição da República.

6. Ordem concedida para anular a sentença de pronúncia e os consecutivos atos processuais que ocorreram no processo principal.

(HC 103037, Relatora: Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 22/03/2011, DJe-103 DIVULG 30-05-2011 PUBLIC 31-05-2011 EMENT VOL-02533-01 PP-00086).

No mesmo sentido tem se manifestado o Superior Tribunal de Justiça – STJ.

HABEAS CORPUS – TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO – PRONÚNCIA – EXCESSO DE LINGUAGEM – JUÍZO DE CERTEZA DA PRÁTICA DE CRIME DOLOSO CONTRA A VIDA E AFASTAMENTO PEREMPTÓRIO DE TESE DEFENSIVA (DECLASSIFICAÇÃO PARA LESÕES CORPORAIS) – INDEVIDA INVASÃO NA COMPETÊNCIA DOS JURADOS – CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

Configura-se excesso de linguagem quando o Magistrado, ao proferir sentença de pronúncia, avança indevidamente na matéria de competência constitucional do Tribunal do Júri.

No caso, o Magistrado afirmou categoricamente tratar-se de crime de tentativa de homicídio qualificado, afastando qualquer possibilidade de acolhimento da tese defensiva de desclassificação para lesões corporais.

Ordem concedida para, ratificada a liminar, anular a sentença de pronúncia, determinando seu desentranhamento dos autos, bem como assegurar-se que outra seja proferida, em observância aos princípios legais.

(HC 104.837/MG, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 15.09.2011, DJe 28.09.2011).

AGRAVO REGIMENTAL – AGRAVO DE INSTRUMENTO – PENAL E PROCESSO PENAL – TENTATIVA DE HOMICÍDIO – PRONÚNCIA – EXCESSO DE LINGUAGEM – OCORRÊNCIA – INDEVIDA INVASÃO DA COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI – NULIDADE – PRECEDENTES.

Deve ser reconhecida a nulidade, por excesso de linguagem, da sentença de pronúncia que, ao invés de registrar a existência de indícios suficientes de autoria, declara que a autoria dos acusados seria indene de dúvidas, afasta categoricamente a ocorrência de desistência voluntária e ressalta que a qualificadora imputada aos acusados estaria devidamente comprovada. Precedentes.

Aggrav. Regimental improvido.

(Ag.Rg. no Agravo de Instrumento nº 1.278.612-GO, publicado no DJe de 02.05.2013).

Esta Turma Julgadora, por igual, assim entendeu no julgamento do RESE nº 0001146-53.2016.805.0082, Relator o Desembargador Nilson Soares Castelo Branco, em decisão unânime, na Sessão do dia 11/07/2017.

De fato, mesmo após a Lei nº 11.689/08 subsiste, ainda, o interesse de agir na alegação de nulidade por excesso de linguagem diante da possibilidade de os jurados lerem a Pronúncia, se assim o desejarem, até porque, conforme estabelece o parágrafo único, do art. 472, do CPP, formado o Conselho de Sentença e prestado o respectivo juramento, seus membros receberão cópias da pronúncia ou, se for o caso, das decisões posteriores que julgaram admissível a acusação e do relatório do processo.

Ademais, o art. 480, § 3º, do CPP, assegura o acesso aos autos por parte dos jurados, restando, assim, a possibilidade de indevida influência na íntima convicção dos juízes leigos.

Configurado, portanto, na Decisão vergastada, “excesso de linguagem”, incompatível com o juízo de mera delibação insito à natureza meramente processual do ato praticado, encaminho a votação no sentido de acolher, de ofício, tão só a preliminar de **excesso de linguagem** e **anular a Decisão de Pronúncia**, para que outra seja prolatada tão logo o feito retorne à origem, sem os vícios ora apontados.

Não se conhece do pedido de recorrer em liberdade, por envolver questão já examinada e decidida por esta turma Julgadora, da Relatoria da Desembargadora Rita de Cássia Filgueiras Nunes, salientando, ainda, que o “documento novo”, juntado pelo Impetrante, além de ser posterior à Decisão de Pronúncia, ora anulada, não foi submetido ao crivo do contraditório.

Finalmente, considerando a nulidade ora constatada na Decisão de Pronúncia, para a qual não concorreu o Recorrente ou a sua Defesa, e o tempo pelo qual está segregado, ou seja, há mais de um ano, justifica-se, por ora, suficiente e compatível o bastante com a cautela que se precisa, a **conversão da prisão preventiva em prisão domiciliar, somada a outras medidas cautelares diversas da segregação** – sem prejuízo, por óbvio, de outras que o Juiz a quo entender convenientes –, tais como:

- a) **Prisão domiciliar no endereço residencial que indicar;**
- b) **Obrigatoriedade de acompanhar e comparecer a todos os atos processuais, mantendo seu endereço atualizado nos autos;**
- c) **Proibição de manter contato, por qualquer meio de comunicação, com os demais indiciados e testemunhas, com a vítima, ex-companheira e seus familiares;**
- d) **Manter distância de, no mínimo, 500 metros da vítima, da ex-companheira e dos familiares desta, diretamente envolvidos nos fatos narrados na Denúncia;**
- e) **Não se ausentar da Comarca, inclusive para tratamento médico, sem comunicação e autorização da autoridade judicial.**
- f) **Monitoramento eletrônico, tão logo seja disponibilizado no Estado da Bahia.**

Fica, desde logo, ciente o Advogado e advertido o Recorrente de que a prisão pode vir a ser novamente decretada, em caso de descumprimento de qualquer das cautelares ora fixadas, ou se surgirem fatos supervenientes que a justifiquem.

Com o acolhimento, de ofício, da Decisão de Pronúncia, **ficam prejudicados o exame das questões de mérito e o Habeas Corpus de nº 0014619-27.2017.805.0000**, julgado, como tal, nesta Sessão.

Dê-se ciência deste Acórdão à ofendida, nos termos do artigo 201, §2º, do Código de Processo Penal.

TJBA – Recurso em Sentido Estrito nº 0085888-12.2006.8.05.0001, Segunda Câmara Criminal – Primeira Turma, Relator(a): Des. Jefferson Alves de Assis, julgado em 30/11/2015.

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. RECORRENTE PRONUNCIADO PELA PRÁTICA DO CRIME DE HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO (ART. 121, §2º, I e IV E ART. 14, II, AMBOS DO CÓDIGO PENAL). DECISÃO DE PRONÚNCIA BASEADA EM INDÍCIOS DE MATERIALIDADE. SUPOSTA VÍTIMA QUE SE FURTOU AO COMPARECIMENTO EM JUÍZO E AO COMPARECIMENTO NO INSTITUTO MÉDICO LEGAL PARA A REALIZAÇÃO DE EXAMES. AUSÊNCIA DE LAUDO PERICIAL NOS AUTOS. DECISÃO BASEADA APENAS NOS DEPOIMENTOS PRESTADOS PELA GENITORA E PELA IRMÃ DA VÍTIMA, TOMADOS SEM COMPROMISSO, CONFORME INTELI GÊNCIA DO ART. 208 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. ÓRGÃO ACUSATÓRIO QUE DEIXOU DE REALIZAR DILIGÊNCIAS PARA ENCONTRAR A VÍTIMA E COLHER OUTRAS PROVAS DURANTE A INSTRUÇÃO. RECORRENTE DESPRONUNCIADO

I. Trata-se de Recurso em Sentido Estrito interposto pelo Recorrente, arguin do que não há justa causa ao exercício da ação penal pelo Estado, vez que não se encontram nos autos elementos probatórios da conduta delitiva, tendo em vista que a vítima não se apresentou para proceder com o Exame de Corpo de Delito e sequer para prestar declarações em Juízo, assim como o Laudo Pericial de Pólvora Combusta atestou que não havia resíduos de pólvora em suas mãos.

II. Como cediço, deve o Magistrado pronunciar o acusado apenas se conven cido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria, bem como, de modo também fundamentado, impronunciará o Réu caso não existam, nos autos, indícios bastantes de autoria, absolvendo o acusado ou desclassificando o suposto delito para outro tipificado em lei, conforme inte ligência dos artigos 413 e 414 do Código de Processo Penal.

III. No caso em apreço, a vítima furtou-se a comparecer em Juízo, não ha vendo qualquer declaração sua tomada sob a égide da ampla defesa e do con traditório. De igual modo, mesmo sendo expedida a guia para exame per icial, deixou a suposta vítima de comparecer ao Instituto Médico Legal para proceder com todos os exames que deveriam ser realizados pelos médicos competentes, assim como a acusação deixou de realizar diligências no sentido de obter documentação médica da suposta vítima, posto que sua irmã e sua genitora informaram que passou por um procedimento cirúrgico em razão de suposto disparo de arma de fogo.

IV. É cediço que a prova da alegação incumbirá a quem a fizer, ou seja, é ônus do Ministério Público comprovar a existência da materialidade e demonstrar os suficientes indícios de autoria delitiva aptos a ensejar a decisão de pronún cia, nos termos do art. 156 do Código de Processo Penal.

V. Afere-se que deixou o Estado de realizar todas as diligências necessárias para localizar a vítima, tendo apenas o Ministério Público entrado em con tato telefônico com um primo dela, que não soube informar o seu paradei ro, conforme documento de fl. 161. Deste modo, revela-se que há vestígios que não foram investigados corretamente, sendo imprescindível, nesse caso,

a realização do exame pericial, afastando a possibilidade de comprovação da materialidade por meio indireto. Precedentes.

VI. Em juízo de retratação (fl. 307), afirmou o Magistrado de piso que man teve a decisão interlocutória, vez que presentes “indícios de materialidade”. Entrementes, o Julgador apenas pronunciará o acusado se restar comprovada a materialidade e indícios bastantes de autoria, conforme regra inserta no art. 413 do Código de Processo Penal, ou seja, a existência de fato típico deve ser comprovada, de modo claro, nos autos.

VII. Deste modo, não sendo demonstrada a existência de fato típico, necessá ria a despronúncia do acusado, com fulcro no art. 414 do Código de Processo Penal. Por fim, necessário destacar que nova ação penal poderá ser proposta pelo Ministério Público, desde que não extinta a punibilidade, caso sejam levantadas novas provas pelo Estado, que deixaram de ser produzidas nestes cadernos processuais.

VIII. Parecer do Ministério Público opinando pelo conhecimento do recurso e, no mérito, pelo seu PROVIMENTO.

IX. Recurso CONHECIDO e PROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos relatados e discutidos estes autos de Recurso em Sentido Estrito nº **0085888-12.2006.8.05.0001**, Salvador/BA, em que figura, como Apelante **MOISÉS LÁZARO LOPES SOUZA** e recorrido o **ESTADO DA BAHIA**.

Acordam os Desembargadores integrantes da Primeira Turma da Segunda Câmara Crimi nal do Tribunal de Justiça da Bahia, por maioria, em **CONHECER DO RECURSO** interposto e **CONCEDER-LHE PROVIMENTO, determinando a despronúncia do Recorrente, nos termos do voto do Relator.**

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso em Sentido Estrito interposto por Moisés Lazaro Lopes Souza, em razão da decisão de pronúncia (fls. 249/260) proferida pelo MM. Juiz de Direito da 2ª Vara do Tribunal do Júri da Comarca de Salvador/BA, determinando o seu julgamento pelo Tribunal do Júri.

Narra a denúncia (fls. 02/03) que, no dia 18 de junho de 2006, por volta das 18:30h, no bairro Jardim Cruzeiro, nesta Capital, o acusado Moisés Lazaro Lopes Souza, no bar “Tempero da Nita”, sua ex sogra, tentou matar a sua então namorada, Sra. Cíntia de Cássia Souza Diaman tino, que não veio a óbito por situações alheias à vontade do denunciado.

Relata o Ministério Público que o Denunciado e a vítima estavam no referido bar acompa nhando um jogo de futebol da Seleção Brasileira quando aquele informou que iria embora, tendo esquecido o seu aparelho celular em poder de sua ex namorada.

Quando retornou para buscar o telefone móvel, observou que a vítima estaria utilizando o aparelho, passando “a agredi-la moralmente, tomando o aparelho de sua mão e atirando-o ao chão. Essa atitude causou um entrevero entre ambos, que foi contido por terceiros que ali estavam”.

Então, “*transtornado com a interferência desses terceiros, sacou sua arma, porém foi acalmado e convencido a deixar o local a fim de evitar maiores transtornos. Quando encaminhava-se para seu automóvel, deu meia-volta em direção ao bar, e deflagrou um tiro de arma de fogo contra a vítima, atingindo-a nos quadris*”.

Foi denunciado então pela prática prevista no art. 121, §2º, I e IV, combinado com o art. 14, II, ambos do Código Penal e pela prática prevista no art. 331 do Código Penal (desacato).

Cópia do Inquérito Policial às fls. 06/34.

Auto de Prisão em Flagrante às fls. 06/10, com oitiva dos Policiais responsáveis pela prisão em flagrante e interrogatório do Recorrente (fls. 09/10).

Depoimento da testemunha Iranita da Silva Souza, genitora da vítima, na fase administrativa, às fls. 16/17.

Termo de Declarações da vítima às fls. 19/20.

Depoimento prestado pela testemunha Lilian Souza de Jesus, irmã da vítima, às fls. 21/22. A testemunha Ivo de Lima Lordelo prestou depoimento, também na fase administrativa, às fls. 23/24.

Guias para Exames Periciais expedidas às fls. 26/28-verso.

Laudo Pericial nº 2006 016627 01 (fl. 89), atestando que não foram encontradas partículas de chumbo nas amostras examinadas, estas coletadas nas mãos do Recorrente.

Laudo de Exame de Lesões Corporais (fls. 90/91) e Laudo de Exame de Embriaguez (fls. 94/95) realizados no Recorrente Moisés Lazaro Lopes Souza.

Interrogatório do Recorrente, em Juízo, às fls. 100/101, colhido em audiência realizada no dia 12 de março de 2007, conforme Termo de fl. 102.

Defesa Prévia apresentada pelo Recorrente às fls. 105/106, arguindo que apresentará as teses defensivas durante a instrução processual e arrolando testemunhas.

Ofício nº 0200/2007/IML (fl. 107), fornecido pelo Instituto Médico Legal Nina Rodrigues, informando que não constavam em seus arquivos registros referentes à Exame de Lesões Corporais realizado pela vítima.

Audiência realizada no dia 12 de março de 2008 (fls. 120/122), com oitiva da testemunha Wellington Costa de Melo, arrolada na denúncia, que ratificou o depoimento prestado no Auto de Prisão em Flagrante (fls. 07/08).

Nova audiência realizada no dia 11 de maio de 2009 (fls. 136/137, com oitiva da testemunha Rosely Paixão Vidal, arrolada pela denúncia.

Terceira audiência realizada no dia 10 de março de 2010, conforme documentos de fls. 154/156, com oitiva da irmã da vítima, Sra. Lilian Souza de Jesus.

A genitora da vítima, Sra. Iranita da Silva Souza de Queiroz, prestou depoimento no dia 14 de setembro de 2010, conforme documentos de fls. 171/172.

Quinta audiência realizada no dia 10 de dezembro de 2010 (fls. 178/179), com oitiva da testemunha Raimundo Nonato Júnior, arrolada pelo Ministério Público.

A testemunha Carlos Bonfim Cardoso Teixeira, arrolada pela defesa, prestou depoimento no dia 11 de outubro de 2011, conforme documentos de fls. 188/189. Por sua vez, a testemunha Roque Luiz Brito Bittencourt, também arrolada pela defesa, prestou depoimento às fls. 200/201.

Por fim, fora realizada a última audiência no dia 01 de agosto de 2013 (fl. 230), tendo a defesa desistido da oitiva da última testemunha arrolada, com anuência do Ministério Público.

Alegações finais apresentadas pelo *Parquet* às fls. 232/233, sustentando que restou demonstrada, nos autos, a materialidade e a autoria através dos depoimentos prestados pelas testemunhas, requerendo a pronúncia do Acusado, ora Recorrente.

Ato contínuo, às fls. 237/247, o Recorrente, em suas alegações finais, requereu a sua absolvição por insuficiência de provas e atipicidade da conduta, com fulcro no art. 386, V, combinado com os artigos 414 e 415, incisos I e II, todos do Código de Processo Penal.

Então, fora prolatada a decisão de pronúncia (fls. 249/260), nos seguintes termos:

“Ante o exposto, admito a denúncia e PRONUNCIO o acusado MOISÉS LAZARO LOPES SOUZA como incurso nas sanções previstas no artigo 121, §2º, incisos I e IV, combinado com o artigo 14, II, todos do Código Penal.

Quanto ao crime de desacato foi alcançado pela prescrição. Com efeito, o artigo 331 estipula a pena máxima, de detenção, em dois anos. Da data do recebimento da denúncia para o dia de hoje já se passaram mais de 7 (sete) anos. Consequentemente, consoante a regra insculpida no artigo 109, V, do CP, a prescrição do jus puniendi do Estado Juiz, face ao aludido crime de desacato, ocorreu em 4 (quatro) anos, ou seja, em 2010.”.

Irresignado, interpôs o presente Recurso em Sentido Estrito (fls. 280/297), o Recorrente, arguindo que não há justa causa ao exercício da ação penal pelo Estado, vez que não se encon-

tram nos autos elementos probatórios da conduta delitiva, tendo em vista que a vítima não se apresentou para proceder com o Exame de Corpo de Delito e sequer para prestar declarações em Juízo, assim como o Laudo Pericial de Pólvora Combusta atestou que não havia resíduos de pólvora em suas mãos.

Ainda, sustentou que as testemunhas arroladas pela acusação não demonstraram cabalmente a materialidade e sequer indícios suficientes de autoria, restando demonstrada a atipicidade da conduta e necessidade de reforma da decisão de pronúncia.

Por sua vez, o Douto Promotor de Justiça apresentou contrarrazões às fls. 299/306, aduzindo que restou demonstrado indícios suficientes de autoria aptos a ensejar a decisão de pronúncia, assim como as provas dos autos demonstram claramente a incidência das qualificadoras dos incisos I e IV do §2º do art. 121 do Código Penal, devendo ser mantida integralmente a decisão de fls. 249/260 dos autos.

Despacho de fl. 307 ratificando a decisão de pronúncia e determinando a remessa dos autos a este Egrégio Tribunal de Justiça.

Após requerimento de diligência formulado pelo *Parquet* (fls. 315/321), foi informado pelo Instituto Médico Legal Nina Rodrigues, através do Ofício nº 1505/2015/IML (fl. 323), que não foi encontrado qualquer registro de realização de Exame de Lesões Corporais em nome da vítima.

O parecer ministerial de fls. 325/330, subscrito pelo Douto Procurador de Justiça Rômulo de Andrade Moreira, opinou pelo conhecimento do recurso e, no mérito, pelo seu provimento, despronunciando o Recorrente.

VOTO

Encontrando-se presentes os pressupostos de admissibilidade necessários ao conhecimento do Recurso de Apelação, passo à análise do mérito.

Trata-se de Recurso em Sentido Estrito interposto por Moisés Lázaro Lopes Souza, em razão da decisão de pronúncia proferida pelo MM. Juízo da 1ª Vara do Tribunal do Júri da Comarca de Salvador/BA.

Arguiu que não há justa causa ao exercício da ação penal pelo Estado, vez que não se encontram nos autos elementos probatórios da conduta delitiva, tendo em vista que a vítima não se apresentou para proceder com o Exame de Corpo de Delito e sequer para prestar declarações em Juízo, assim como o Laudo Pericial de Pólvora Combusta atestou que não havia resíduos de pólvora em suas mãos.

Verifico que assiste razão o Recorrente.

Insta salientar que o Juiz deve, de modo fundamentado, pronunciar o acusado apenas se convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria, bem como, de modo também fundamentado, impronunciará o Réu caso não existam, nos autos, indícios bastantes de autoria, absolvendo o acusado ou desclassificando o suposto delito para outro tipificado em lei, conforme inteligência dos artigos 413 e 414 do Código de Processo Penal:

“Art. 413. O juiz, fundamentadamente, pronunciará o acusado, se convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação.”.

“Art. 414. Não se convencendo da materialidade do fato ou da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, o juiz, fundamentadamente, impronunciará o acusado.”.

Ainda, de acordo com o art. 415 do Código de Ritos, o Juiz absolverá, desde logo, quando for *i)* provada a inexistência do fato, *ii)* provado que o acusado não é o autor ou partícipe do fato, *iii)* o fato não constituir infração penal e *iv)* quando for demonstrada causa de isenção de pena ou exclusão do crime.

Pois bem, no caso em apreço, **a vítima furtou-se a comparecer em Juízo, não havendo qualquer declaração sua tomada sob a égide da ampla defesa e do contraditório. De igual modo, mesmo sendo expedida a guia para exame pericial, deixou a suposta vítima de com-**

parecer ao Instituto Médico Legal para proceder com todos os exames que deveriam ser realizados pelos médicos competentes.

Com efeito, em depoimentos prestados pela mãe da vítima e sua irmã, informaram que essa foi encaminhada à hospital da cidade – sem informar o nome do estabelecimento –, assim tendo condições da acusação proceder com diligências para buscar documentação junto ao estabelecimento médico para juntar aos autos.

É cediço que a prova da alegação incumbirá a quem a fizer, ou seja, é ônus do Ministério Público comprovar à existência da materialidade e demonstrar os suficientes indícios de autoria delitiva aptos a ensejar à decisão de pronúncia, nos termos do art. 156 do Código de Processo Penal:

“Art. 156. **A prova da alegação incumbirá a quem a fizer**, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício.”.

Insta salientar que a prova da existência de fato típico cabe à acusação e a prova da excludente de ilicitude cabe à defesa, conforme se verifica da lição do festejado jurista Damásio de Jesus ao comentar o referido dispositivo legal:

“Em processo penal, a prova da alegação incumbirá a quem a fizer. É a regra contida na primeira parte da disposição. Assim, a prova deve ser feita por quem alega o fato, a causa ou a circunstância. Se o Ministério Público oferece denúncia contra o réu por crime de homicídio, incumbe ao órgão da acusação demonstrar a prática do fato e sua autoria. No tocante ao fato concreto cometido pelo sujeito, incumbe à acusação a prova dos elementos do tipo, sejam objetivos, normativos ou subjetivos. Em relação aos delitos materiais, a prova acusatória deve estender-se à demonstração da realização da conduta, da produção do resultado e do nexo de causalidade entre uma e outro. À prova do dolo e da culpa, elementos do tipo, incumbe também à acusação (...). Agora, se o réu, na resposta escrita (art. 396 e 396-A), alega ter agido em legítima defesa, a ele compete a prova da excludente da ilicitude. O acusador deve provar a realização do fato; o acusado, eventual causa excludente da tipicidade, da antijuridicidade, da culpabilidade ou extintiva da punibilidade.”. (Jesus, Damásio de. Código de Processo Penal anotado. 25ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 186).

Em sua decisão de pronúncia, o **Magistrado de piso afirmou que a materialidade foi comprovada por meio indireto**, com base no art. 167 do Código de Processo Penal.

Todavia, o referido dispositivo legal dispõe que a prova testemunhal poderá substituir o exame de corpo de delito, desde que os vestígios tenham desaparecido, senão vejamos:

“Art. 167. Não sendo possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta.”.

Como visto nos autos, **a vítima está viva, furtando-se ao comparecimento em Juízo para prestar as suas declarações e furtando-se ao comparecimento junto ao Instituto Médico Legal para a realização do exame de corpo de delito**, inclusive tendo a sua genitora informado que não tem contato com a filha e não sabe o seu paradeiro:

“que é mãe da vítima e não sabe onde a mesma se encontra, não tendo contato com a mesma, estando ela em lugar incerto e ignorado.” (Depoimento de Iranita da Silva Souza de Queiroz, mãe da vítima – fl. 171).

Insta salientar que a genitora e a irmã da vítima não prestam depoimento sob compromisso, conforme redação do art. 208 do Código de Processo Penal:

“Art. 208. Não se deferirá o compromisso a que alude o art. 203 aos doentes e deficientes mentais e aos menores de 14 (quatorze) anos, nem às pessoas a que se refere o art. 206.”.

Então, não há como se conferir real valor ao depoimento prestado pela genitora da suposta vítima, vez que não prestou compromisso em Juízo, podendo discorrer livremente sobre os fatos.

O que se revela, no caso concreto, é que **a localização da vítima, que está viva, é de responsabilidade do Estado, devendo realizar todas as diligências necessárias a localizá-la, tendo somente o Ministério Público feito uma única ligação telefônica ao Sr. Nilton, primo da vítima, que disse não saber seu paradeiro, conforme leitura do Ofício nº NIC/MPBA/173/10 (fl. 161):**

“Em atenção ao Ofício nº 003/10-PJ, informo a Vossa Excelência que IRANITA DA SILVA SOUZA QUEIROZ reside na (omissis), Salvador/BA, ao lado da Igreja (omissis).

Nas fontes e bases de dados pesquisadas por esse Núcleo, não foram obtidas informações acerca da atual residência de CÍNTIA DE CÁSSIA SOUZA DIAMANTINO, filha de IRANITA.

Vale noticiar que não foram efetivados trabalhos de campo e o endereço acima foi obtido por intermédio de contato telefônico com o Sr. NILTON, terminal (omissis), sobrinho da primeira, que afirmou desconhecer o endereço atual da sua prima.”. (Dados particulares suprimidos. Grifos nossos).

Afere-se, portanto, que **há vestígios que não foram investigados corretamente**, não tendo a acusação sequer realizado diligências pessoalmente, apenas realizando uma ligação para o primo da vítima. Nesse diapasão, entende o Superior Tribunal de Justiça que a realização do exame pericial é imprescindível quando há vestígios da prova:

“PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. FURTO. ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO À SUBTRAÇÃO DA COISA. INCIDÊNCIA DE QUALIFICADORA. NECESSIDADE DE LAUDO PERICIAL. PENA AQUÉM DO MÍNIMO. ATENUANTE. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 231-STJ. **I - O exame de corpo de delito direto, por expressa determinação legal, é indispensável nas infrações que deixam vestígios, podendo apenas supletivamente ser suprido pela prova testemunhal quando os vestígios tenham desaparecido. Portanto, se era possível sua realização, e esta não ocorreu de acordo com as normas pertinentes (art.159 do CPP), a prova testemunhal não supre sua ausência.** II - A pena privativa de liberdade não pode ser fixada abaixo do mínimo legal com supedâneo em meras atenuantes (Precedentes e Súmula n.º 231 – STJ). Recurso especial parcialmente provido.”. (REsp 901.856/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 26/06/2007, DJ 20/08/2007, p. 305). ”.

AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. QUALIFICADORAS DA ESCALADA E ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. AUSÊNCIA DE PERÍCIA. NÃO INCIDÊNCIA. PENA-BASE EXASPERADA COM FUNDAMENTO EM CINCO CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS CONSIDERADAS DESEFAVORÁVEIS, SEM FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA PARA TANTO. REGIME INICIAL. REPRIMENDA DEFINITIVA INFERIOR A 4 ANOS. ACUSADO REINCIDENTE. REGIME SEMIABERTO, QUE SE MOSTRA ADEQUADO (ART. 33, § 2º, B, DO CP). CONTRAN- GIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. DECISÃO MONOCRÁTICA QUE DEVE SER MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. 1. O Superior Tribunal de Justiça entende que, para incidir a qualificadora prevista no art. 155, § 4º, II, do Código Penal, faz-se indispensável a realização de perícia, a fim de se constatar a realização da escalada ou o rompimento de obstáculo. **A substituição do laudo pericial por outros meios de prova apenas pode ocorrer se o delito não deixar vestígios, se estes tiverem desaparecido ou, ainda, se as circunstâncias do crime não permitirem a confecção do laudo.** No caso, nenhuma dessas hipóteses foi sequer mencionada pela Corte a quo. 2. Evidenciado que as instâncias ordinárias valoraram negativamente as circunstâncias judiciais da culpabilidade, conduta social, motivos, consequências e comportamento da vítima, sem fundamentação idônea para tanto, deve ser reduzida a reprimenda-base ao mínimo legal. 3. Ao dosar a pena, o magistrado singular considerou desfavorável a culpabilidade, sob o argumento de que se encontra caracterizada pela vontade livre e consciente de se apoderar de bens alheios tendo plena consciência da ilicitude de sua conduta, entretanto, tal fundamento não é suficiente para exasperação da reprimenda, uma vez que se limita apenas a descrever o próprio conceito de culpabilidade, já integrante do tipo

penal. 4. No tocante à conduta social, aos motivos e às consequências do crime, observa-se que o magistrado, além de não ter tecido nenhuma fundamentação, ainda levou em consideração circunstância inerente ao próprio tipo penal, ao referir-se ao fato de que a vítima sofreu danos em seu patrimônio. 5. Ao se referir ao comportamento da vítima, o Juízo de primeiro grau afirmou que esta não contribuiu para a “eclosão do delito”, mas esta Corte tem reiteradamente decidido que, quando o comportamento da vítima não contribui para o cometimento do crime, ou é considerado “neutro” ou “normal à espécie”, não há falar em consideração desfavorável ao acusado. Precedentes. 6. Reprimenda definitiva imposta (inferior a 4 anos) que, aliada à reincidência do paciente, autoriza a fixação do regime inicial semiaberto de cumprimento da pena, nos termos do art. 33, § 2º, b, do Código Penal. 7. Agravamento regimental improvido.” (AgRg no HC 300.808/TO, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 17/03/2015, DJe 26/03/2015)

RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E HOMICÍDIO CULPOSO. ABSOLVIÇÃO POR CARÊNCIA DE PROVAS QUANTO À AUTORIA. NÃO CONHECIMENTO. VERBETE SUMULAR N.º 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

TRÁFICO. ELABORAÇÃO DO LAUDO DE EXAME TOXICOLÓGICO POR PERITOS NÃO OFICIAIS. MATERIALIDADE COMPROVADA. FALTA DE COMPROMISSO (ART. 159, § 2.º, DO CPP). MERA IRREGULARIDADE. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESTA PARTE, DESPROVIDO. HOMICÍDIO CULPOSO. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA SUPERVENIENTE. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME INTEGRALMENTE FECHADO. INADMISSIBILIDADE. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO. 1. Atender ao propósito de absolvição do Réu por carência de provas quanto à autoria, implicaria, necessariamente, o reexame de todo o conjunto fático-probatório, o que não se coaduna com a via eleita, em face do óbice da Súmula n.º 7 do Superior Tribunal de Justiça. **2. Pela interpretação dos arts. 158 e 167 do Código de Processo Penal, conclui-se que, relativamente às infrações que deixam vestígio, a realização de exame pericial se mostra indispensável, podendo a prova testemunhal supri-la apenas na hipótese em que os vestígios do crime tiverem desaparecido.** 3. *In casu*, não há notícia de apreensão de substância entorpecente no local dos fatos, o que impossibilitou o corpo de delito direto. Para comprovar a materialidade do crime de tráfico foi feito o exame cadavérico, que atestou a asfixia como causa mortis da vítima, que se verificou, em exame complementar, ter sido decorrente de overdose de cocaína. 4. Das insurgências do Recorrente contra o corpo de delito indireto, somente restou comprovada a ausência de prestação de compromisso por parte dos peritos não oficiais, na forma do art. 159, § 2.º, do Código de Processo Penal, o que configura mera irregularidade, insuficiente para ensejar a anulação da condenação imposta ao Réu, mesmo porque a condenação está embasada tanto no referido laudo como nas demais provas produzidas na instrução criminal (Precedentes). 5. Além disso, para reconhecer nulidade relativa, a parte deve argui-la na primeira oportunidade em que lhe couber manifestação nos autos, bem como deve demonstrar o prejuízo eventualmente suportado, o que não ocorreu na hipótese. 6. Quanto ao pedido de desclassificar a imputação de homicídio culposo para o crime de omissão de socorro, previsto no art. 135, caput, do Código Penal, cumpre verificar a extinção da punibilidade estatal pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, com base na pena aplicada no acórdão recorrido, por se tratar de matéria prejudicial ao seu mérito. 7. Com relação ao crime de tráfico, a sentença de primeiro grau e o acórdão determinaram o cumprimento da pena no regime integralmente fechado, a teor do disposto no art. 2.º, § 1.º, da Lei n.º 8.072/90. Ocorre que, com a publicação da Lei n.º 11.464/07, restou afastado do ordenamento jurídico o regime integralmente fechado antes imposto aos condenados por crimes hediondos, assegurando-lhes a progressividade do regime prisional de cumprimento de pena. Além disso, este Superior Tribunal de Justiça já firmou entendimento no sentido da incidência dos critérios estabelecidos pelo art. 33, § 2.º, do Código Penal nos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes praticados na vigência da Lei n.º 6.368/76. 8. Recurso parcialmente conhecido e, nessa extensão, desprovido. Habeas corpus concedido, de ofício, para extinguir a punibilidade estatal quanto ao crime de homicídio culposo e para fixar o regime aberto quanto ao crime de tráfico ilícito de entorpecentes, ficando as condições do regime prisional a cargo do Juízo das Execuções Penais.” (REsp 805.377/SC, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 13/08/2009, DJe 08/09/2009)

Não obstante, **o Laudo Pericial de fl. 89 atestou que não foram encontradas partículas de chumbo nas mãos do Recorrente:**

“RESULTADOS – Negativo para partículas de CHUMBO (Pb) nas amostras examinadas.”

Cumprir destacar, também, que **não é possível a formação do corpo de delito indireto quando a responsabilidade da ausência de vestígios pertence ao Estado**, como bem demonstrado pela lição do festejado jurista Guilherme de Souza Nucci:

“Acrescente-se, ainda, não ser válida a formação do corpo de delito indireto (por testemunhas), quando a responsabilidade pelo sumiço dos rastros deve-se, exclusivamente, à desídia (ou outra causa similar) dos agentes do Estado.” (Nucci, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. 12ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 404 e 405).

De mais a mais, após a interposição do presente Recurso em Sentido Estrito, pelo acusado, **o Magistrado de piso proferiu despacho versando sobre o juízo de retratação, mantendo a decisão interlocutória, fundamentando sua decisão em “indícios de materialidade”**, conforme leitura do documento de fl. 307:

“(…) A conclusão foi pela pronúncia do mencionado denunciado pelo fato do conjunto probatório ter reunido ambos os elementos indispensáveis a uma decisão interlocutória de pronúncia, qual seja: os indícios de materialidade e autoria.” (Despacho de fl. 307).

Imperioso destacar que **o Magistrado pronunciará o acusado se for comprovada a materialidade e houver indícios bastantes de autoria, conforme redação do art. 413 do CPP, ou seja, não é possível a existência de dúvidas quanto à existência de materialidade. Logo, deve restar comprovada a existência de fato tipificado em lei para ser pronunciada a parte Ré.**

Nesse esteio, cumpre colacionar, mais uma vez, a lição de Guilherme de Souza Nucci:

“é a prova da existência do fato, que serve de base à tipificação, necessitando ser certa e precisa. A existência do delito depende da demonstração precisa da conduta do agente e do resultado produzido. Julgará o Conselho de Sentença a autoria – esta sim, admitindo um juízo indiciário – e as circunstâncias que envolveram a infração penal, porém com a certeza, dada pelo juiz, da existência do fato-base. É lógico que os jurados podem negar a materialidade, em que pese tê-la afirmado o magistrado togado, pois são soberanos para decidir. Entretanto, se a própria existência for questionável, já na fase de admissibilidade da acusação, o melhor caminho é impronunciar o réu, ao invés de remeter o processo a julgamento pelo júri.” (Nucci, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. 12ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 820 e 821).

Deste modo, não sendo demonstrada a existência de fato típico, necessária a despronúncia do acusado, com fulcro no art. 414 do Código de Processo Penal.

Por fim, necessário destacar que nova ação penal poderá ser proposta pelo Ministério Público, desde que não extinta a punibilidade, caso sejam levantadas novas provas pelo Estado, que deixaram de ser produzidas nestes cadernos processuais.

Ante o exposto, **CONHEÇO DO RECURSO** interposto e **CONCEDO-LHE PROVIMENTO**, determinando a despronúncia do Recorrente, nos termos do voto do Relator.

TJBA – Recurso em Sentido Estrito nº 0000293-60.2016.8.05.0206, Segunda Câmara Criminal – Segunda Turma, Relator(a): Des. José Alfredo Cerqueira da Silva, julgado em 03/08/2017.

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. TENTATIVA DE HOMICÍDIO. PRELIMINAR ARGUÍDA REJEITADA. A DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA FOI DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA, SENDO DESCRITOS, CONCRETAMENTE, OS ELEMENTOS QUE AUTORIZARAM A ADOÇÃO DA MEDIDA EXTREMA. A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DE RECORRER EM LIBERDADE ENCONTRA ÓBICE NO FATO DE QUE OS REQUISITOS ENSEJADORES DA CUSTÓDIA CAUTELAR AINDA CONTINUAM PRESENTES. INCABÍVEL O DEFERIMENTO DO PLEITO QUE OBJETIVA A IMPRONÚNCIA E/OU ABSOLVIÇÃO DO ACUSADO, EIS QUE COMPROVADAS A MATERIALIDADE DO FATO E A PRESENÇA DE INDÍCIOS FORTES DA AUTORIA DELITIVA. A EXISTÊNCIA DE INDÍCIOS ACERCA DO *ANIMUS NECANDI* NA CONDUTA DO RÉU IMPOSSIBILITA A DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME PRETENDIDA. NÃO SE MOSTRA POSSÍVEL A EXCLUSÃO DA QUALIFICADORA DO MOTIVO TORPE, UMA VEZ QUE A EXCLUSÃO DE QUALIFICADORAS NOS CRIMES DA COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI SÓ É PERMITIDA QUANDO MANIFESTAMENTE IMPROCEDENTES OU COMPLETAMENTE DISSOCIADAS DAS PROVAS DOS AUTOS. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO CONHECIDO PARA, REJEITAR A PRELIMINAR SUSCITADA, NO MÉRITO, NEGAR-LHE PROVIMENTO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso em Sentido Estrito nº 0000293-60.2016.8.05.0206, da Comarca de Queimadas, em que figuram, como Recorrente, JORGE PIMENTEL DE FRANÇA, e, como Recorrido, o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA.

Acordam os Desembargadores integrantes da Segunda Turma Julgadora, da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade de votos, em, rejeitar a preliminar suscitada, no mérito, NEGAR PROVIMENTO ao Recurso em Sentido Estrito interposto, e o fazem pelas razões a seguir enunciadas.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso em Sentido Estrito interposto por JORGE PIMENTEL DE FRANÇA em face da decisão de pronúncia proferida pela MM. Juíza de Direito da Vara Criminal da Comarca de Queimadas, que o pronunciou nas disposições do art. 121, parágrafo único, inciso I, c/c o art. 14, inciso II, e art. 29, todos do Código Penal, submetendo-o a julgamento perante o Tribunal do Júri.

Foi o Réu denunciado pelo Ministério Público Estadual por ter, no dia 18 de junho de 2014, por volta das 22:30 h, na Travessa Alcebíades Góes, Ponte Nova, na cidade de Queimadas, tentado matar, juntamente com Ulisses Ferreira da Silva e Thie Barbosa dos Santos, as vítimas Fabiano Silva de Jesus e José Orlando Santos de Jesus

Consta da peça acusatória que o Acusado Jorge Pimentel de França *“efetuiu pelo menos 6 disparos contra as vítimas, enquanto ULISSES conduzia o auto, onde também se encontrava THIE, que também efetuou disparos com outra arma de fogo contra os ofendidos; outro indivíduo ainda não identificado também participou dos fatos, mas conseguiu se evadir sem que se obtivesse sua qualificação.*

As vítimas não foram atingidas por circunstâncias alheias às vontades dos atiradores, sobretudo por terem corrido ao verificarem a forma brusca como o veículo, que vinha com faróis acesos, parou no local e começaram os disparos (...).” (Fl. 602).

Em suas razões recursais, pleiteia o Recorrente, em sede de preliminar, que lhe seja concedido o direito de recorrer em liberdade, bem assim que seja revogada a prisão preventiva em seu desfavor decretada, uma vez que desprovida da fundamentação exigida no art. 5º, inciso IX, da Constituição Federal, e no art. 315, do Código de Processo Penal. No mérito, requer a impronúncia, pela ausência de provas da materialidade delitiva e de indícios suficientes de autoria, ou a sua absolvição, por ausência de justa causa para o ajuizamento da ação penal. Subsidiariamente, pugna pela desclassificação do crime para o previsto no art. 15, da Lei nº 10.826/2003; na hipótese de ser mantida a decisão de pronúncia, pela exclusão da qualificadora do motivo torpe, descrita no art. 121, § 2º, inciso I, do Código Penal.

Às fls. 754/758, o Ministério Público, ao apresentar contrarrazões, defendeu o improviamento do recurso manejado.

Ante o disposto no art. 589, do Código de Processo Penal, a MM. Julgadora de origem manteve a decisão impugnada.

Ouvida, a douta Procuradoria de Justiça opinou pelo conhecimento e improviamento do Recurso em Sentido Estrito interposto.

VOTO

Conheço do Recurso em Sentido Estrito interposto, porquanto presentes os pressupostos do juízo de admissibilidade a ele inerentes.

DA PRELIMINAR

Como pleitos iniciais, postulou o Recorrente a concessão do direito de recorrer em liberdade, bem assim que fosse revogada a prisão preventiva em seu desfavor decretada, por considerá-la desprovida de fundamentação.

Não merecem acolhimento, contudo, os mencionados pedidos.

Observou o decreto preventivo todos os requisitos exigidos, para essa finalidade, no art. 312, do Código de Processo Penal, nele tendo tido o MM. Juiz *a quo* o cuidado de apresentar os elementos concretos que justificavam a imposição da medida cautelar extrema, visando à garantia da ordem pública e para assegurar a aplicação da lei penal.

De fato, restou consignado na ordem em comento que: *“(...) Do mesmo modo, mantidos os requisitos autorizadores da prisão preventiva, como aplicação da Lei Penal e garantia da ordem pública, evidenciados pelo fato do réu ter ficado foragido de junho de 2014 até abril de 2016, só sendo preso por circunstâncias alheias à vontade do acusado, em Comarca diversa. De mais a mais, as testemunhas de acusação ouvidas na primeira assentada solicitaram ser o réu retirado da sala de audiência quando do depoimento, e a testemunha Rosilene da Silva afirmou ter recebido ameaças para não prestar depoimento em desfavor do acusado. Assim, necessária a prisão do acusado para a integridade das testemunhas que possivelmente serão arroladas para a segunda fase do Júri (...).”* (fls. 688/689).

Demonstrado, portanto, contrariamente ao afirmado pelo Recorrente, que a decretação da prisão preventiva foi devidamente fundamentada, nela tendo sido descritos os motivos que autorizavam a adoção da medida extrema. Por outro lado, a concessão do benefício de recorrer em liberdade encontra óbice no fato de que os pressupostos ensejadores da custódia cautelar ainda persistem, em face da constatação de que o Réu, ao insistir na conduta de atemorizar as testemunhas arroladas, representa uma séria ameaça à ordem pública e à aplicação da lei penal.

Rejeitada, por essas razões, a preliminar suscitada.

No mérito, igualmente não merecem prosperar os pleitos formulados pela impronúncia ou pela absolvição.

Como cediço, para que seja o réu pronunciado, exige a lei, tão somente, que esteja comprovada a materialidade do fato e que haja indícios suficientes da autoria delitiva. Presentes estes dois requisitos, deve ser ele pronunciado, cabendo ao Conselho de Sentença, por previsão constitucional, o proferimento do juízo de certeza.

Assim, a fim de que seja proferida a decisão de pronúncia, nos termos do art. 413 do Código de Processo Penal, basta que o Juiz se convença da existência do crime e de indícios de autoria, prevalecendo sempre, nesta fase, o princípio do *in dubio pro societate*, isto é, havendo dúvida, mínima que seja, a questão deve ser remetida ao Tribunal do Júri.

Após detida análise dos autos, verifica-se que a controvérsia levada a julgamento e que deu origem à decisão de pronúncia ora combatida se amolda às exigências legais acima especificadas.

Segundo se extrai do caderno processual, o Ministério Público Estadual deflagrou ação penal pública em desfavor do Réu Jorge Pimentel de França, por ter ele, no dia 18 de junho de 2014, tentado matar, juntamente com os indivíduos Ulisses Ferreira da Silva e Thie Barbosa dos Santos, as vítimas Fabiano Silva de Jesus e José Orlando Santos de Jesus.

Vale ressaltar que o processo foi desmembrado em relação aos demais acusados, em função de ter o Recorrente permanecido foragido entre os dias 31 de junho de 2014 e 18 de abril de 2016, data em que foi preso preventivamente.

A materialidade do fato resta evidenciada através do laudo de exame pericial da viatura policial atingida (fls. 450/451), do laudo relativo ao veículo apreendido (fls. 452/453), do laudo da arma de fogo e munições utilizadas na ação criminosa (fls. 359/360), dos depoimentos colhidos nas fases inquisitiva e judicial, principalmente da vítima José Orlando Silva de Jesus e das testemunhas Rosilene da Silva, Maria das Dores Santos de Jesus, Marcelo Gomes da Silva e Edmilson Bispo da Silva, e das cópias de interrogatórios dos outros denunciados (fls. 371/374).

Por outro lado, no tocante aos indícios suficientes de autoria, se revelam eles nas declarações das vítimas e nos depoimentos das testemunhas arroladas, prestados perante a autoridade judicial, os quais apontam para a pessoa do Recorrente como tendo sido ele quem teria atirado nas vítimas, com evidente *animus necandi*, só não conseguindo consumir o seu intuito por circunstâncias alheias à sua vontade. Pelos indícios existentes, seria ele, portanto, um dos possíveis autores do crime de homicídio tentado.

Senão, vejamos:

“(...) que estava em frente a sua casa, acompanhado do Fabiano; que estava conversando com o Fabiano; que nesse momento apareceu um veículo Siena preto, que baixaram o vidro do carro; que viu que quem deu os disparos foi o Jorge; (...) que o Jorge atirou na direção de Fabiano e do declarante; que já conhecia o acusado Jorge; que Jorge e Fabiano já tinha tido discussões anteriores; que os dois inclusive já haviam brigado fisicamente; Que Jorge ameaçava Fabiano; (...) que acredita que Jorge não acertou os disparos porque não conseguiu; que ouviu cerca de cinco a seis disparos.(...)” (Declarações, em juízo, de José Orlando Santos de Jesus, à fl. 385).

“(...) que José era seu enteado e o fato aconteceu em frente a casa da depoente; que chegou a ver quando os disparos foram efetuados; que se lembra que o carro era preto; que viu o acusado Jorge dentro do carro (...) que viu que era Jorge quem estava disparando; que não sabe dizer se os demais atiraram, mas sabe dizer que Jorge estava com uma arma na mão; que sabe que Fabiano teve problemas com o Jorge; que Jorge brigou com Fabiano em razão de uma tia deste, tendo havido inclusive agressões físicas; que isso aconteceu de oito a quinze dias antes dos disparos; (...)” (Declarações da testemunha Rosilene da Silva, em Juízo, à fl. 369).

“(...) que no momento do fato narrado na denúncia estava em sua residência, quando ouviu alguns disparos e logo em seguida seu filho Lucas chegou correndo em casa e foi dizendo que tinha gente dando tiros; que a declarante perguntou quem era que estava atirando e o mesmo falou que era Jorge; que Jorge é tio do seu filho Lucas (...) que Lucas disse que além de Jorge havia mais gente no carro, sendo os dois réus aqui presentes; que Lucas afirmou que foi Jorge que atirou(...)” (Declaração da testemunha Maria das Dores Santos de Jesus, em Juízo, à fl. 370).

“(...) que foi informado que no Bairro Ponte Nova havia ocorrido disparos de arma de fogo (...) que havia duas pessoas no local; que foi informado que um veículo Siena, de cor preta, havia entrado na rua e ficou observando o pessoal na rua, próximo a residência; que a vítima disse que o veículo se dirigiu em direção as vítimas; (...) que colheu as características do carro e dos ocupantes do mesmo, os quais segundo as vítimas eram em torno de três a quatro; que no momento foi salientado o nome de uma pessoa chamada Jorge (...) que o acusado Thie afirmou que quem efetuou os disparos foi o Jorge (...) que ficou sabendo através das vítimas que a pessoa de Jorge é de alta periculosidade, envolvido

inclusive em quadrilhas em outras cidades (...)”. (Depoimento da testemunha Marcelo Gomes Silva, em Juízo, à fl. 366).

Os indícios de autoria existentes nos autos são, pois, aptos a ensejar a pronúncia do Réu, pela suposta prática do delito de homicídio tentado (art. 121, § 2º. inciso I, c/c o art. 14, II, ambos do CP), submetendo-o a julgamento perante o Tribunal do Júri, órgão constitucionalmente competente para proferir um juízo de certeza, decidindo a matéria.

Por tais razões, incabível a impronúncia e/ou a absolvição do Recorrente.

No que tange ao pedido de desclassificação do crime formulado, mostra-se impossível o seu deferimento, haja vista os fortes indícios presentes nos autos acerca da existência do *animus necandi* na conduta do Réu:

“(...) que Jorge parou o carro em frente a casa de Rosilene e deu os disparos no próprio parente dele; (...) que depois que foi preso é que ficou sabendo que Jorge tinha desentendimento com a vítima; (...)”. (Interrogatório do réu Thie Barbosa dos Santos, à fl. 371).

“(...) que quando chegou na cidade Jorge se dirigiu para frente de sua residência; que então Jorge puxou uma arma quando viu dois rapazes saindo da residência, o Fabiano e José Orlando; que Jorge então disparou seis vezes contra eles; (...)”. (Interrogatório do réu Ulisses Ferreira da Silva, à fl. 373).

“(...) é primo de Fabiano e que apareceu um Siena perto dele, abaixou o vidro e começaram os disparos; dentro do carro estava Jorge, que foi quem disparou contra eles e que não viu direito os demais; (...) que dois dias antes dos fatos Jorge chegou a ameaçar (...); que ele tentou matá-los por isso e também por conta da rixa que tinha com Fabiano; (...)”. (Depoimento de José Orlando Santos de Jesus, vítima, à fl. 479).

Assim, uma vez que não foi demonstrada, de plano, no caso em comento, a ausência do *animus necandi*, a tese defendida pelo Insurgente deve ser apreciada pelo Conselho de Sentença.

Quanto ao pleito de exclusão da qualificadora do motivo torpe, não se mostra possível o seu atendimento, tendo em vista que, como reiteradamente decidido pelos Tribunais pátrios, “ (...) A exclusão de qualificadora nos crimes de competência do Tribunal do Júri só é permitida quando manifestamente improcedentes ou completamente dissociados das provas dos autos. Do contrário, devem ser submetidas à apreciação pelo Conselho de Sentença. (...)” (TJ/DF 20040710008539, Relatora Des. Sandra de Santis, 1ª Turma Criminal; DJe 20/09/2016).

Em face do exposto, e em harmonia com o parecer da douta Procuradoria de Justiça, voto no sentido de, rejeitar a preliminar suscitada, no mérito, NEGAR PROVIMENTO ao Recurso em Sentido Estrito interposto, mantendo incólume a decisão de pronúncia impugnada.

TJBA – Recurso em Sentido Estrito nº 0523431-32.2016.8.05.0001, Primeira Câmara Criminal – Primeira Turma, Relator(a): Desª. Ivone Bessa Ramos, julgado em 07/02/2017.

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. REJEIÇÃO DE DENÚNCIA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA INVOCADO PELO A QUO. CRIME CONTRA AS RELAÇÕES DE CONSUMO. ART. 7º, INCISO IX, C/C O ART. 12, INCISO III, AMBOS DA LEI N.º 8.137/1990. IR-RESIGNAÇÃO MINISTERIAL. TIPICIDADE FORMAL REVELADA ATRAVÉS DOS ELEMENTOS COLHIDOS NO INQUÉRITO POLICIAL. CONDUTA DE TER EM DEPÓSITO PARA VENDER MERCADORIAS EM CONDIÇÕES IMPRÓPRIAS AO CONSUMO. PRODUTOS COM PRAZO DE VALIDADE VENCIDO E EM DESACORDO COM AS NORMAS REGULAMENTARES DE FABRICAÇÃO, DISTRIBUIÇÃO OU APRESENTAÇÃO. VALIDADE EXTRAPOLADA EM QUASE TRÊS ANOS. MERCADORIAS DE GÊNERO ALIMENTÍCIO. DELITO DE MERA

CONDUTA E DE PERIGO ABSTRATO. EXPRESSIVA A OFENSA AO BEM JURÍDICO PROTEGIDO PELA NORMA. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS PERTINENTES AO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE DA ACUSAÇÃO. PRIVILÉGIO AO PRINCÍPIO DO *IN DUBIO PRO SOCIETATE*. FORÇOSO O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA.

1. O Princípio da insignificância, ponderado em sintonia com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado, atua como instrumento de interpretação restrita do tipo penal justamente para retirar a necessidade de intercessão do Direito Penal em hipóteses cuja a significação social seja irrisória. Assim, quando uma conduta típica der causa a uma lesão jurídica inexpressiva, a ele socorrer-se-á para afastar a tipicidade material do delito.

2. O Supremo Tribunal Federal traz requisitos de ordem objetiva para fins de aplicação do Princípio da insignificância: “(a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada” (HC 98.152/MG, Rel. Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, DJE 05/06/2009).

3. A insignificância, como causa supralegal de excludente da tipicidade material penal, deve ser medida em relação ao objeto jurídico tutelado, sendo in casu notável a relevância jurídica do dano, à vista da colocação em risco da saúde de eventuais consumidores das mercadorias, seja por sua natureza alimentícia ou mesmo considerando quão extrapolado encontrava-se o prazo de validade de determinados produtos.

4. Asseverada a tipicidade da conduta em tese perpetrada pelo Recorrido, verifica-se a presença da justa causa para o exercício da Ação Penal, não se observando, ainda, a incidência de quaisquer das hipóteses previstas no art. 395 do Código de Processo Penal para a rejeição da Denúncia no caso concreto.

RECURSO CONHECIDO E PROVIDO PARA RECEBER A DENÚNCIA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos do **Recurso em Sentido Estrito nº 0523431-32.2016.8.05.0001**, da 2ª Vara Crime da Comarca de Salvador/BA, em que figura como **Recorrente MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL** e **Recorrido EVILÁSIO COSTA**.

Acordam os Desembargadores integrantes da Primeira Turma Julgadora da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia em **CONHECER** e **DAR PROVIMENTO** ao Recurso interposto para **RECEBER A DENÚNCIA**, com determinação de baixa dos autos ao Juízo de Origem para o prosseguimento da Ação Penal n.º 0523431-32.2016.8.05.0001, nos termos do voto da Relatora.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso em Sentido Estrito interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL, em irresignação aos termos da Decisão proferida pelo MM. Juízo de Direito da 2ª Vara Crime da Comarca de Salvador/BA, que rejeitou, por ausência de justa causa, a Denúncia então oferecida pelo Órgão Ministerial em desfavor de Evilásio Costa, pela suposta prática do delito previsto no art. 7º, inciso IX, c/c o art. 12, inciso III, ambos da Lei n.º 8.137/1990.

Consoante narrou a Exordial Acusatória, em breve síntese, no dia 19.06.2015, por volta das 8:00 horas, Policiais da Delegacia de Defesa do Consumidor (DECON) realizaram diligência na residência de Evilásio Costa, situada à Rua Antônio Francisco Brandão, n.º 38, bairro de Roma, nesta Capital, quando constataram a comercialização de produtos alimentícios com prazo de validade expirado e ao arripio dos padrões de armazenamento. No local, foram apreendidos

– e posteriormente descartados – diversos produtos impróprios para consumo, como biscoitos, carnes, iogurtes, queijos, dentre outros.

Na Decisão objurgada, datada de 20.04.2016, o MM. Juiz de primeiro grau ressalta a incidência dos Princípios da insignificância e da intervenção mínima no caso concreto, notadamente em razão de “não se tratar de comerciante regularmente constituído, não se trata de cadeia produtiva de comercialização de gêneros alimentícios, ao revés, é pessoa humilde que labora em sua própria residência, no mais das vezes desejando uma renda capaz de sustentar e alimentar seus familiares” (fls. 65/72).

Irresignado, o Ministério Público Estadual interpôs Recurso em Sentido Estrito, aduzindo, nas respectivas razões, o não cabimento do Princípio da insignificância, e afirmando a existência de prova da materialidade de indícios de autoria, ao que pugna pela reforma da Decisão e o consequente recebimento da Denúncia e prosseguimento da instrução criminal (fls. 83/90).

Em sede de contrarrazões, o Denunciado pugna pelo improvimento do Recurso e manutenção da Decisão vergastada (fls. 94/108).

A Decisão hostilizada foi mantida na oportunidade do juízo de retratação (fl. 113).

Nesta Instância, a Douta Procuradora de Justiça Elza Maria de Souza opinou pelo conhecimento e provimento do Recurso (fls. 11/16-v dos autos físicos).

VOTO

Preenchidos os pressupostos de admissibilidade exigidos na hipótese, conhece-se do Recurso interposto pelo Ministério Público Estadual.

O reclamo ora trazido ao acerto jurisdicional visa o prosseguimento da Ação Penal proposta com o escopo de apurar a suposta prática de crime contra as relações de consumo, em tese praticado por Evilásio Costa, capitulado no art. 7º, inciso IX, c/c o art. 12, inciso III, ambos da Lei n.º 8.137/1990. Os referidos dispositivos legais preceituam, *in verbis*:

Art. 7º Constitui crime contra as relações de consumo:

[...]

IX - vender, ter em depósito para vender ou expor à venda ou, de qualquer forma, entregar matéria-prima ou mercadoria, em condições impróprias ao consumo;

Art. 12. São circunstâncias que podem agravar de 1/3 (um terço) até a metade as penas previstas nos arts. 1º, 2º e 4º a 7º:

[...]

III - ser o crime praticado em relação à prestação de serviços ou ao comércio de bens essenciais à vida ou à saúde.

É que, diante do permissivo legal conferido pelo art. 395 do Código de Processo Penal, o MM. Juízo de Direito da 2ª Vara Crime da Comarca de Salvador/BA rejeitou a respectiva Denúncia, notadamente com suporte no Princípio da insignificância, ao fundamentar que “não se trata [Evilásio Costa] de comerciante regularmente constituído, não se trata de cadeia produtiva de comercialização de gêneros alimentícios, ao revés, é pessoa humilde que labora em sua própria residência, no mais das vezes desejando uma renda capaz de sustentar e alimentar seus familiares” (fls. 65/72).

Pois bem, no caso concreto, Policiais da Delegacia de Defesa do Consumidor (DECON) efetuaram a apreensão de vários produtos comestíveis, ou que possuíam prazo de validade vencido, ou armazenados fora das condições padrões, encontrados na residência do Recorrido, que, consoante propriamente declarou, era distribuidor de alimentos.

Outrossim, compulsando os autos do Inquérito Policial n.º 009/2016, verifica-se que a diligência policial originou-se de denúncia anônima que relatou o funcionamento de uma distribuidora clandestina de alimentos na casa de Evilásio, e cujos produtos estariam inadequadamente armazenados.

Na Delegacia, Evilásio Costa afirmou ser revendedor de iogurtes e queijos, da marca “Vigor”, além de ser cadastrado junto à Distribuidora “Massa Leve”, para efetuar a revenda de massas, de modo que comercializava os produtos em feiras livres, para clientes fixos, inclusive no interior da Bahia, sem a emissão de nota fiscal. Alegou que as carnes, lasanha e queijos com prazo de validade vencidos, encontrados no freezer da varanda de sua casa, eram destinados para consumo próprio, assim como as diversas caixas de iogurte e queijo e a caixa de biscoito, localizadas na mesa da cozinha. Asseverou que não comercializava carne ou linguiça apenas laticínios, além de negar a revenda de produtos vencidos. Esclareceu efetuar o comércio de alimentos com seu veículo, que era refrigerado, mas que não existia um ponto fixo para tanto (fls. 14/17).

Quanto aos produtos encontrados na casa do Recorrido no dia 19.06.2015, há nos autos o Auto de Exibição e Apreensão de fls. 12/13, que descreve a retenção, para fins de exame pericial, de uma variedade de alimentos: biscoito, chocolate, sucos em pó, gomas de mascar, carne bovina, carne suína, peixe, linguiça defumada, pastel e lasanha congelados, queijo gorgonzola, margarina e pão de queijo.

O Laudo Pericial n.º 2015 016595 01 (fls. 42/58), então, registrou que, dentre os produtos avaliados, 14 (quatorze) apresentavam prazo de validade já vencidos – alguns, inclusive, há quase três anos –, 3 (três) não possuíam informações imprescindíveis acerca da fabricação, lote e validade, e 1 (um) sequer exibia identificação mínima. Apenas 02 (dois) produtos ostentavam prazo de validade regular, malgrado um destes exibisse como data o dia anterior à apreensão (18.06.2015).

Ademais, considerando o teor do Auto de Entrega fls. 32/33 e do Termo de Interrogatório complementar de fls. 38/39, se infere que as mercadorias periciadas representam apenas amostras do quanto apreendido no imóvel de Evilásio, devendo ser observado que o total de produtos alimentícios encontrados armazenados verdadeiramente se revelaram em grande quantidade, a saber: 06 (seis) pacotes de biscoito; 02 (dois) pacotes de bombom, com 11 (onze) unidades cada; 01 (uma) caixa, com 11 (onze) unidades de chocolate ao leite; 01 (uma) caixa, com 10 (dez) unidades de chocolate branco; 07 (sete) *displays*, com 08 (oito) pacotes de suco pó, cada; 07 (sete) *displays*, com 15 (quinze) pacotes de suco pó, cada; 06 (caixas) com 60 (sessenta) unidade de goma de mascar; 08 (oito) ovos de páscoa; 15 (quinze) *displays*, com 21 (vinte e uma) unidades de goma de mascar, cada; 01 (um) pacote de carne bovina; 02 (dois) pacotes de picanha; 04 (quatro) pacotes de contra-filé; 01 (um) pacote de carne de lagarto; 01 (um) pacote de peixe; 13 (treze) pacotes de linguiça defumada; 03 (três) pacotes de linguiça calabresa; 03 (três) pacotes de linguiça toscana; 01 (um) pacote de camarão congelado; 01 (um) pacote de batata palito; 23 (vinte e três) *displays* de pastel aperitivo; 11 (onze) unidades de lasanha congelada; 10 (dez) pacotes de queijo gorgonzola; 22 (vinte e duas) margarinas; e 03 (três) pacotes de pão de queijo congelado.

Frise-se, ainda, que as mercadorias que não foram periciadas foram devolvidas ao Recorrido diante do comprometimento deste em realizar o descarte dos produtos, porquanto impróprios para o consumo, situação efetivada consoante comprovante emitido pela LIMPURB (fl. 40).

A materialidade do delito imputado pelo Órgão Ministerial, portanto, restou devidamente comprovada, considerando que, pelas características atestadas através de exame pericial, a indiscutível maioria dos alimentos supramencionados achava-se *imprópria para consumo*, exatamente nos termos definidos pelo art. 18, § 6.º, incisos I e II, do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 18. [omissis]

[...]

§ 6º São impróprios ao uso e consumo:

I - os produtos cujos prazos de validade estejam vencidos;

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

Conclui-se, assim, que a circunstância de a abordagem policial ter sido motivada por denúncia anônima dando conta da existência do armazenamento de mercadorias destinadas a venda e impróprias para o consumo na residência do Recorrido, aliada ao fato de terem sido encontrados

no carro e na casa produtos de diversos gêneros, alguns em considerável quantidade, ostentando prazo de validade extrapolado, tudo somado à confissão extrajudicial de que Evilásio realizava a revenda informal de alimentos, configuram elementos suficientes, primo *ictu oculi*, à caracterização do crime descrito na Denúncia. Isto é, os fatos como até então delineados – apenas *ad argumentandum*, sem qualquer juízo de valor – adequam-se à norma abstrata (tipicidade formal).

Em contrapartida, as ponderações lançadas pelo Magistrado de piso, *data maxima venia*, não se revelam capazes de afastar, de plano, a tipicidade material da conduta em tese perpetrada pelo Recorrido, em razão de não refletirem quaisquer dos vetores necessários à incidência do invocado Princípio da insignificância.

Como bem salientou o Juiz primevo, de certo que o Princípio da insignificância, ponderado em sintonia com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado, atua como instrumento de interpretação restrita do tipo penal justamente para retirar a necessidade de intercessão do Direito Penal em hipóteses cuja a significação social seja irrisória. Assim, quando uma conduta típica der causa a uma lesão jurídica inexpressiva, socorrer-se-á ao Princípio da insignificância para afastar a tipicidade material do delito.

A adoção desse preceito exige, todavia, cautela, sob pena de o Estado condescender com a prática do que se pode denominar “pequenos ilícitos”, e, desta forma, acabar por incentivar o cometimento de atos que efetivamente atentam contra a ordem social.

Por tais razões o Supremo Tribunal Federal traz requisitos de ordem objetiva para fins de aplicação do aludido Princípio: “(a) a *mínima* ofensividade da conduta do agente, (b) a *nenhuma* periculosidade social da ação, (c) o *reduzidíssimo* grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a *inexpressividade* da lesão jurídica provocada” (HC 98.152/MG, Rel. Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, DJE 05/06/2009).

Ora, se a existência de indícios de que Evilásio Costa matinha em depósito, para venda, mercadorias com prazo de validade vencido e/ou em desacordo com as normas regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação já configura, em tese, o crime previsto no art. 7º, inciso IX, da Lei n.º 8.137/1990; se o delito contra as relações de consumo sob enfoque é classificado como de mera conduta (não exige resultado naturalístico) e de perigo abstrato (potencialidade de dano ao consumidor presumida no tipo); à luz dos supramencionados requisitos, efetivamente, deve ser afastada a incidência do Princípio da insignificância no caso em tela, porquanto expressiva a ofensa ao bem jurídico protegido pela norma, qual seja, as relações de consumo.

Em situações análogas, os Tribunais Superiores já manifestaram idêntica linha intelectual:

EMENTA: AÇÃO PENAL. CRIME CONTRA A SAÚDE PÚBLICA. COLOCAÇÃO, NO MERCADO, DE DUAS GARRAFAS DE REFRIGERANTE IMPRÓPRIO PARA CONSUMO. ART. 7º, INC. IX E § ÚNICO, CC. ART. 11, CAPUT, DA LEI Nº 8.137/90. FATO TÍPICO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO EM HABEAS CORPUS. DELITO QUE ATENTA DE IMEDIATO CONTRA AS RELAÇÕES DE CONSUMO. HC DENEGADO. CONSTITUI, EM TESE, DELITO CONTRA AS RELAÇÕES DE CONSUMO, POR NO MERCADO REFRIGERANTES EM CONDIÇÕES IMPRÓPRIAS PARA CONSUMO.

(STF - HC 88077, Relator: Ministro Cezar Peluso. Órgão Julgador: Segunda Turma. Julgado em: 31/10/2006. Publicação: DJ 16-02-2007)

RECURSO EM HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA AS RELAÇÕES DE CONSUMO. DIREITO PENAL. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. INOCORRÊNCIA. [...] RECURSO IMPROVIDO.

1. O trancamento da ação penal por ausência de justa causa, medida de exceção que é, somente pode ter lugar, quando o motivo legal invocado mostrar-se na luz da evidência, primus ictus oculi.

2. O mero depósito ou exposição à venda de “matéria-prima ou mercadoria” imprópria para o consumo, com prazo de validade vencido (cf. artigo 18, parágrafo 6º, da Lei nº 8.078/90), configura, em tese, o delito tipificado no artigo 7º, inciso IX, da Lei nº 8.137/90, que é de perigo abstrato ou presumido. Precedentes do STJ.

3. Não restando afastadas, de plano, a tipicidade e a materialidade delitivas, deve a questão, por indubitado, ser decidida em momento próprio, qual seja, o da sentença penal, e à luz de todos

os elementos de convicção a serem colhidos no desenrolar de toda a instrução criminal, sendo, pois, de todo incabível o abortamento precipitado do feito, à moda de absolvição sumária do denunciado.

[...]

7. Recurso improvido.

(STJ - RHC 15.087/SP. Relator: Ministro Hamilton Carvalhido. Órgão Julgador: Sexta Turma. Julgado em: 21/02/2006. Publicação: DJ 05/02/2007, p. 379)

Mister sublinhar, outrossim, excerto da Decisão proferida pelo Eminentíssimo Ministro do STJ Rogério Schietti Cruz, que deu provimento ao Recurso Especial n.º 1.469.071/GO⁹ para afastar a incidência do Princípio da insignificância em caso semelhante ao *sub judice*:

[...] Aliás, tenho externado, em diversos votos e decisões monocráticas, minha posição favorável à possibilidade de, a despeito da subsunção formal de determinada conduta humana a um tipo penal, concluir-se pela atipicidade material da conduta, por diversos motivos, entre os quais, a ausência de ofensividade penal do comportamento verificado.

Isso porque, além da adequação típica formal, deve haver uma atuação seletiva, subsidiária e fragmentária do Direito Penal, conferindo-se, desse modo, maior relevância à proteção de valores tidos como indispensáveis à ordem social, a exemplo da vida, da liberdade, da propriedade, do patrimônio etc., quando efetivamente ofendidos.

No caso vertente, há componentes significativos que revelam a reprovabilidade do comportamento do réu, a indicar a necessidade da atividade punitiva estatal.

O delito tipificado no art. 7º, IX, da Lei n. 8.137/90 visa a tutelar as relações de consumo contra atos abusivos praticados pelos fornecedores de produtos.

Assim, a norma estabelece que configura crime contra as relações de consumo “vender, ter em depósito para vender ou expor à venda ou, de qualquer forma, entregar matéria-prima ou mercadoria, em condições impróprias ao consumo”.

E para definir “condições impróprias ao consumo”, devemos nos socorrer do Código de Defesa do Consumidor, onde consta que são impróprios ao consumo produtos “cujos prazos de validade estejam vencidos” (art. 18, § 6º, I).

[...]

Dentre os produtos postos à venda com o prazo de validade vencido, verifico a existência de produtos de gênero alimentar. A venda de produtos alimentícios fora do prazo de validade ofende normas que tutelam a saúde pública, o que, por certo, afasta a mínima ofensividade da conduta, pois expõe a um significativo risco de lesão a saúde do consumidor.

[...]

À vista do exposto, com fundamento no artigo 557, § 1º, do Código de Processo Civil c/c o artigo 3º do Código de Processo Penal, dou provimento ao recurso especial para afastar a incidência do princípio da insignificância e determinar o prosseguimento do feito.

Assim, os aspectos relacionados pelo Magistrado *a quo* atinentes ao porte e rentabilidade da atividade comercial exercida por Evilásio Costa e as condições de vida do Recorrido, além de demandarem instrução probatória a fim de serem acuradamente aferidos, são argumentos inábeis para afastar a tipicidade delitiva, ainda mais considerando que esta fase processual encerra mero juízo de admissibilidade da acusação, na qual se privilegia o Princípio do *in dubio pro societate*.

Em suma, a insignificância, como causa suprallegal de excludente da tipicidade material penal, deve ser medida em relação ao objeto jurídico tutelado, sendo *in casu* notável a relevância jurídica do dano, à vista da colocação em risco da saúde de eventuais consumidores das mercadorias, seja por sua natureza alimentícia ou mesmo considerando quão extrapolado encontrava-se o prazo de validade de determinados produtos.

Diante do contexto alinhavado alhures, asseverada a tipicidade da conduta em tese perpetrada pelo Recorrido, verifica-se a presença da justa causa para o exercício da Ação Penal, não se observando, ainda, a incidência de quaisquer das hipóteses previstas no art. 395 do Código de Processo Penal para a rejeição da Denúncia no caso concreto.

⁹ REsp nº 1469071/GO (2014/0177520-3), DJe de 06/05/2015.

Ante todo o exposto, **DÁ-SE CONHECIMENTO e PROVIMENTO** ao Recurso em Sentido Estrito manejado pelo Ministério Público Estadual, REFORMANDO-SE integralmente a Decisão *a quo* para RECEBER A DENÚNCIA OFERECIDA EM DESFAVOR DE EVILÁSIO COSTA.

Após o trânsito em julgado, ENCAMINHEM-SE imediatamente os autos ao MM. Juízo de Origem para o regular prosseguimento da Ação Penal n.º 0523431-32.2016.8.05.0001.

TJBA – Apelação Criminal nº 0000676-77.2015.8.05.0172, Primeira Câmara Criminal – Primeira Turma, Relator(a): Des^a. Aracy Lima Borges, julgado em 11/04/2017.

APELAÇÃO CRIMINAL DA DEFSA. HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO. MOTIVO FÚTIL E PRATICADO CONTRA MULHER (FEMINICÍDIO). ALEGAÇÃO DE JULGAMENTO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIO À PROVA DOS AUTOS - INOCORRÊNCIA. DECISÃO FUNDAMENTADA NA PROVA DOS AUTOS. SOBERANIA DOS VEREDICTOS (ART. 5º, XXXVIII, “C”, DA CF/88). RECONHECIMENTO DE UMA QUALIFICADORA COMO AGRAVANTE GENÉRICA - POSSIBILIDADE. DOSIMETRIA DA PENA. AFASTAMENTO DA VALORAÇÃO NEGATIVA DAS CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. PENA BASE REDUZIDA. ATENUANTE DA CONFISSÃO RECONHECIDA E COMPENSADA COM A AGRAVANTE GENÉRICA DO MOTIVO FÚTIL. PENA REDIMENSIONADA DE OFÍCIO. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

1. Recurso conhecido, visto que atendidos os pressupostos para sua admissibilidade.

2. A decisão do Conselho de Sentença escora-se em elementos do processo a amparar a condenação do Réu pela prática do crime de homicídio qualificado. Vítima esfaqueada pelo seu companheiro, em via pública. Feminicídio configurado, uma vez que resta evidenciado o contexto de violência doméstica em que fora praticado o delito. Decisão do Conselho de Sentença mantida.

3. Reconhecidas duas qualificadoras (motivo fútil e feminicídio), somente uma delas enseja o tipo qualificado, enquanto a outra será considerada como circunstâncias agravante genérica.

4. Existência de três circunstâncias judiciais valoradas negativamente (culpabilidade, antecedentes e circunstâncias do crime). Afastada a valoração negativa das consequências do crime, tendo em vista que as tristezas advindas da perda do ente querido para a família e para a sociedade são sequelas que integram a própria definição do tipo penal. Pena base minorada para 18 (dezoito) anos e 9 (nove) meses.

5. Atenuante da confissão reconhecida e compensada com a agravante do motivo fútil. Inexistência de causas de aumento e diminuição a ser consideradas. Pena definitiva fixada em 18 (dezoito) anos e 9 (nove) meses de reclusão, a ser cumprida no regime inicial fechado, forma do art. 33, §2º, alínea “a”, do CP. Pena redimensionada, de ofício.

RECURSO DESPROVIDO. PENA REDIMENSIONADA, DE OFÍCIO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000676-77.2015.8.05.0172 da Comarca de Mucuri, no qual figuram como Apelante **Iranildo Ferreira Fontoura** e, como Apelado, o **Ministério Público do Estado da Bahia**.

ACORDAM os Desembargadores integrantes da Primeira Turma da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, por unanimidade, em **CONHECER e NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO** e, **de ofício, redimensionar a pena**, nos termos do voto da Relatora.

RELATÓRIO

O MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL ofereceu denúncia contra **IRANILDO FERREIRA FONTOURA**, como incurso nas penas do crime descrito no art. 121, §2º, incisos II e VI, do Código Penal.

Narra a peça acusatória que (fls. 01A/01/D):

“(…) No dia 14 (quatorze) de março de 2015, por volta das 03h 40 min., nas proximidades do Bar Altas Horas, nesta cidade, o denunciado **IRANILDO FERREIRA FONTOURA**, vulgo “Branco”, desferiu golpes de faca contra a vítima **LÚCIA DE OLIVEIRA SOUZA**, provocando-lhe os ferimentos que deram causa eficiente à sua morte, conforme laudo de exame cadavérico de fls. 24 e 25. Ressalta-se que o denunciado fugiu do local logo após a prática do crime (…).”

A Denúncia foi instruída com o Inquérito Policial de fls. 02/31, e na mesma oportunidade o *parquet* representou pela prisão preventiva do denunciado.

Denúncia recebida em 23.09.2015 (fl. 34).

Às fls. 39/43, prolatou-se decisão interlocutória, decretando a prisão preventiva do Apelante.

Defesa preliminar apresentada, na qual foi requerida a revogação da custódia cautelar (fls. 57/58).

Em pronunciamento de fls. 64/65, o Ministério Público pugnou pelo indeferimento do pedido de revogação.

Decisão de fls. 66/67 indeferindo a revogação da custódia.

Seguiu-se a instrução processual com a oitiva de testemunhas, qualificação e interrogatório do Réu (vide mídia anexa).

Na sequência, foram apresentadas Alegações Finais pelo Ministério Público Estadual (fls. 93/96), e pela Defesa (fls. 97/99), e posteriormente o Magistrado *a quo* pronunciou o Réu como incurso no art. 121, §2º, inciso II e VI, do Código Penal (fls. 100/111).

Submetido a julgamento perante o Tribunal do Júri, em sessão realizada no dia 10/11/2016, o Conselho de Sentença condenou o Acusado como incurso no art. 121, 2º, II e VI, do CP (Homicídio Qualificado). O Juiz Presidente do Júri, na sentença de fls. 199/205, considerando desfavoráveis as circunstâncias judiciais da culpabilidade, antecedentes, circunstâncias e consequências do crime fixou a pena base em 21 (vinte e um) anos de reclusão. A pena foi mantida, definitivamente, em virtude da compensação da atenuante da confissão com a agravante do motivo fútil, assim como diante da ausência de causas de aumento e diminuição da pena. Na oportunidade, manteve-se a prisão preventiva do Réu, por entender que persistiam os requisitos para a segregação cautelar.

Irresignado, **IRANILDO FERREIRA FONTOURA** interpôs Recurso de Apelação (fl. 217), fulcrado no art. 593, III, do CPP, aduzindo em suas razões (fls. 220/223) que o *decisum* dos jurados contraria manifestamente a prova dos autos, na medida em que desconsiderou que o Recorrente agiu sob o domínio de violenta emoção, restando imperioso o reconhecimento do privilégio legal.

Sustentou que a qualificadora do motivo fútil não se sustenta, uma vez que praticou o delito impelido por ciúmes, citando entendimento da jurisprudência neste sentido, bem como o feminicídio, que se caracteriza quando o homicídio é praticado por questões de gênero, o que não ocorreu, no caso *sub oculi*.

Por fim, postulou o conhecimento e provimento do inconformismo, a fim de que seja anulado o julgamento hostilizado, determinando-se a realização de um novo Júri, nos termos do art. 593, III, “d”, do CPP.

O recurso foi contra-arrazoado (fls. 224/240), pugnando o Recorrido pelo seu improviemento, com a manutenção incólume do veredicto do Conselho de Sentença.

Instada, a douta Procuradoria de Justiça exarou pronunciamento pelo conhecimento e improviemento do inconformismo (fls. 249/253).

VOTO

I – PRESSUPOSTOS RECURSAIS DEVIDAMENTE CONFIGURADOS. CONHECIMENTO.

Conheço do recurso, visto que atendidos os pressupostos para sua admissibilidade e processamento.

II – MÉRITO

A) DA DECISÃO DOS JURADOS MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS

Da análise respectiva, observa-se que o cerne do inconformismo cinge-se à análise da existência de lastro probatório, ainda que mínimo a sustentar a tese acolhida pelo conselho de Sentença.

A materialidade do crime e a autoria delitiva restam comprovadas nos autos, tanto é, que contra tais pontos sequer se insurgiu a defesa, que se limitou a pedir pelo acolhimento das teses do homicídio privilegiado e da inocorrência das qualificadoras do motivo fútil e do feminicídio.

Inicialmente, cumpre destacar que a decisão do Conselho de Sentença só será cassada se manifestamente contrária às provas dos autos, isto porque a soberania dos veredictos é garantia constitucional materializada em cláusula pétrea (art. 5º, XXXVIII, alínea “c”, da CF). Nestes casos, o Recurso de Apelação está vinculado às hipóteses elencadas no art. 593, III, do CPP e o efeito devolutivo do recurso limitado à matéria impugnada pelo recorrente, consoante Súmula nº 713 do STF: “O efeito devolutivo da apelação contra decisões do júri é adstrito aos fundamentos da sua interposição.”

Ressalte-se que o uso do termo manifestamente torna clara a imprescindibilidade de que o *decisum* prolatado seja frontalmente incompatível à prova produzida no âmbito do processo, em consonância com o que preceituam Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho e Antônio Scarance Fernandes¹⁰:

“(…) Admite, finalmente, o Código apelação contra a decisão dos jurados que for manifestamente contrária à prova dos autos (art. 593, III, d), podendo o Tribunal determinar novo julgamento (art. 593, §3º). Com isso o legislador permitiu, em casos de decisões destituídas de qualquer apoio na prova produzida, um segundo julgamento. Prevalecerá, contudo, a decisão popular, para que fique inteiramente preservada a soberania dos veredictos, quando estiver amparada em uma das versões resultantes do conjunto probatório. Se o Tribunal de Justiça, apesar de haver sustentáculo na prova para a tese vencedora, ainda que não seja robusta, determinar erroneamente novo julgamento, seria até mesmo cabível recurso especial ao STJ ou habeas corpus ao STF, a fim de que venha a subsistir a vontade do Conselho de Sentença e ser assegurada a soberania de seus veredictos (…).” (Grifei).

De modo similar, lecionam Eugênio Pacelli de Oliveira e Douglas Fischer¹¹:

“(…) Mas é preciso ter extremo cuidado. Não se poderá pleitear a nulificação do que decidido pelo Júri se houver nos autos provas que amparem tanto a condenação quanto a absolvição. Nesse caso, não se está diante de decisão manifestamente contrária à prova dos autos, mas unicamente de adoção

10 GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. Recursos no Processo Penal. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, pp. 123-124.

11 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de; FISCHER, Douglas. Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 1161.

pelo júri (pelo seu livre convencimento, sequer motivado – uma exceção ao art. 95, IX, CF/88) de uma das teses amparada por provas presentes nos autos. Nessas situações, não há de se falar em admissibilidade do recurso de apelação forte no art. 593, III, 'd', CPP (...)" (Grifei).

Logo, para o cabimento do Apelo com base na respectiva alínea, exige-se que a decisão dos jurados seja totalmente divorciada do conjunto probatório carreado aos autos, ou seja, não se apoie em nenhuma prova ou elemento informativo. É, na verdade, decisão arbitrária e, portanto, inadmissível.

Situação diferente ocorre quando o Conselho de Sentença opta por uma das teses apresentadas em plenário, todas com embasamento no lastro probatório constante dos autos. Isso porque o Tribunal do Júri forma sua íntima convicção com respaldo nas provas apresentadas, não obstante favoráveis ou desfavoráveis ao Réu.

Desse modo, face a soberania dos veredictos, a este Órgão jurisdicional compete analisar, somente, se há prova judicializada capaz de sustentar a decisão dos jurados.

Durante o interrogatório, em Juízo e na Sessão do Júri o Recorrente confirmou que na data descrita na denúncia desferiu um golpe de faca na vítima, após avistá-la abraçada, de forma íntima como outra pessoa, e que “perdeu a cabeça”. Informou, ainda que já tinha conhecimento que estava sendo traído pela vítima (vide mídia anexa).

Corroborando a versão prestada pelo Réu, a testemunha JEFERSON DA CRUZ SOUZA declarou na primeira fase do procedimento (Juízo de Acusação) que estava no Bar Altas Horas na data do fato, e que viu quando “Branco” e a vítima estavam discutindo, que após “Branco” desferiu-lhe chutes, e depois a viu agonizando no chão ensanguentada (vide CD/ROM acostado aos autos).

No caso em exame, é possível verificar-se o antagonismo de teses, todas com fundo probatório vislumbrado, a depender do ponto de vista.

De um lado, a defesa alegou que IRANILDO FERREIRA FONTOURA matou a vítima Lúcia de Oliveira Souza, impelido por violenta emoção, logo após a injusta provocação da vítima (traição de sua companheira), pugnando pela desclassificação para a forma privilegiada (§1º do art. 121 do CP). Defendeu, ainda a necessidade de afastamento das qualificadoras previstas no art. 121, §2º, II (motivo fútil) e VI (feminicídio), ambos do CP.

Por outro lado, a acusação logrou convencer o Júri Popular acerca da autoria delitiva atribuída ao Apelante, uma vez que confessou ter desferido um golpe de faca na vítima, motivado por ciúmes, havendo o Conselho de Sentença entendido pela desproporcionalidade da agressão, considerando fútil tal determinante e que o crime estava inserido no contexto da violência doméstica.

A título ilustrativo, passemos à análise de tais circunstâncias.

A1) DA DESCLASSIFICAÇÃO PARA HOMICÍDIO SIMPLES – FIGURA PRIVILEGIADA (ART. 121, §1º, DO CP).

Gize-se que o homicídio privilegiado pressupõe que o crime seja cometido sob domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima.

Ora, o privilégio em comento incide, tão somente, nas hipóteses em que a injusta provocação da vítima causa emoção tão violenta no agente, que domina seu autocontrole, impondo-lhe reação imediata.

No caso em tela, pode até haver dúvida quanto aos efeitos psicológicos ocasionados pela suposta traição, todavia, ponto inquestionável é que há uma exacerbada desproporcionalidade entre o que motivou a conduta do Apelante e o respectivo resultado, afastando, assim, de vez, a possibilidade de reconhecimento do privilégio ao crime de homicídio. O que consta nos autos, através do depoimento de testemunhas, é que a vítima estava dançando e abraçando outra pessoa, versão confirmada pelo Réu.

Ademais, infere-se que o Recorrente estava portando uma faca e que já vinha desconfiando de que a vítima estava lhe traindo, revelando que vinha se preparando para a prática do evento danoso.

Nesse sentido, manifestou-se a douta Procuradoria de Justiça (fl. 252):

“Embora tenha alegado que o Recorrente agiu com ciúmes, em razão do domínio da violenta emoção logo após a injusta provocação da vítima, observa-se que não merece guarida o argumento defensivo, uma vez que não restou apurado que a vítima o tenha provocado de fato. Ademais, ainda que se considere que ele tenha presenciado a suposta traição, é inequívoco que ele agiu imoderadamente”.

Sobre o tema, vem decidindo os tribunais pátrios:

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL - HOMICÍDIO QUALIFICADO - LEGÍTIMA DEFESA NÃO CARACTERIZADA - HOMICÍDIO PRIVILEGIADO NÃO CONFIGURADO - DECISÃO DO CONSELHO DE SENTENÇA EM CONFORMIDADE COM A PROVA DOS AUTOS - DECOTE DAS QUALIFICADORAS - IMPOSSIBILIDADE - REDUÇÃO DA PENA - INADMISSIBILIDADE - RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. - Se a decisão do Júri se amparar em elementos razoáveis de prova, em uma interpretação legítima dos dados instrutórios, deverá a mesma ser mantida, sob pena de ofensa ao princípio constitucional da soberania dos veredictos populares. - Não havendo nos autos prova concreta e firme que exclua a antijuridicidade do delito por legítima defesa e estando os fatos suficientemente provados, é de se manter a decisão do conselho de sentença que não acolheu a tese defensiva. - **A comprovação nos autos de que a vítima não exerceu qualquer provocação contra o réu e de que este não estava dominado por violenta emoção, tão pouco reagiu de forma imediata, impede a configuração do homicídio privilegiado.** - A cassação da decisão do júri quanto às qualificadoras só se legítima quando forem estas manifestamente contrárias à prova existente no processo, não sendo admissível quando os jurados optem por uma das versões suscitadas pelas partes e que encontre substrato nos elementos probatórios. - A presença de circunstâncias desfavoráveis obsta a fixação da pena no mínimo legal (TJ-MG - APR: 10400140003312002 MG, Relator: Adilson Lamounier, Data de Julgamento: 05/04/2016, Câmaras Criminais / 5ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 15/04/2016). APELAÇÃO CRIMINAL. JÚRI. HOMICÍDIO SIMPLES. DECISÃO CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. LEGÍTIMA DEFESA. HOMICÍDIO PRIVILEGIADO. DOMÍNIO DE VIOLENTA EMOÇÃO, LOGO APÓS INJUSTA PROVOCAÇÃO DA VÍTIMA. NÃO OCORRÊNCIA. VEREDICTO MANTIDO. PENA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. REANÁLISE. QUANTUM ALTERADO. INÍCIO DE CUMPRIMENTO DA PENA. EXPEDIÇÃO DA GUIA DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA. 1. **Deve ser mantida a condenação pelo crime de homicídio simples quando a posição adotada pelos jurados é hipótese plenamente admissível, suficientemente concatenada com o que foi apresentado em plenário, inexistindo nos autos qualquer evidência probatória que autorize a modificação dessa decisão pela aventada legítima defesa, tampouco sob o domínio de violenta emoção, logo após injusta provocação da vítima.** 2. Considerando que o Juiz Presidente incorreu em equívoco ao avaliar negativamente as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, impõe-se o redimensionamento da pena-base. 3. A manutenção da condenação por esta Corte impõe a relativização do princípio da presunção de inocência em razão de encerrar a análise de fatos e provas que assentaram a culpa do condenado, devendo, portanto, ser iniciada a execução provisória da pena. Precedente do STF (HC 126292-SP). APELO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. (TJ-GO - APR: 02037749420108090093, Relator: DES. NICOMEDES DOMINGOS BORGES, Data de Julgamento: 17/11/2016, 1A CAMARA CRIMINAL, Data de Publicação: DJ 2195 de 24/01/2017).

Logo, constata-se que a conduta do Apelante não se coaduna com o preceito básico do privilégio de ter agido sob o domínio de violenta emoção, logo após a injusta provocação da vítima, o que revela o acerto da decisão do Conselho de Sentença que não reconheceu a incidência da causa especial de diminuição de pena em questão.

A2) DA EXCLUSÃO DAS QUALIFICADORAS.

Feminicídio (art. 121, §2º, VI, do CP).

Inicialmente, cumpre ressaltar que o Magistrado Presidente da Sessão do Júri, em consonância com o entendimento jurisprudencial pátrio considerou a primeira qualificadora (motivo fútil) como agravante genérica (art. 61, II, “c”, do CP), compensando-a, posteriormente com a atenuante da confissão espontânea, prevista no art. 65, III, “d”, do mesmo diploma legal, valen-

do-se do feminicídio (§2º, VI, do art. 121) para qualificar o crime, restando claro que agiu com acerto.

Nesse sentido, os julgados:

APELAÇÃO CRIMINAL. TRIBUNAL DO JÚRI. HOMICÍDIO QUALIFICADO E RESISTÊNCIA QUALIFICADA. PEDIDO DE ANULAÇÃO. DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. INOCORRÊNCIA. SOBERANIA DOS VEREDICTOS. OBSERVÂNCIA. DOSIMETRIA. MAIS DE UMA QUALIFICADORA. UTILIZAÇÃO COMO AGRAVANTE GENÉRICA. POSSIBILIDADE. A decisão é totalmente dissociada das provas colhidas, quando se distancia completamente dos fatos apurados, sem qualquer apoio nos elementos do processo, não se caracterizando como tal aquela que aponta para uma das versões apresentadas pelas partes. *In casu*, o Conselho de Sentença acolheu a versão dos fatos delineados a partir do testemunho prestado pelo policial militar que abordou o agente logo após o cometimento do homicídio. A valoração negativa da culpabilidade e das circunstâncias deve ser mantida, porquanto devidamente fundamentada nas provas coligidas. **No crime de homicídio, presente mais de uma qualificadora, é possível a utilização de uma para qualificar o delito e das demais para exasperar a pena-base ou a pena intermediária, como agravante genérica.** Precedentes. Conquanto não tenha havido confissão espontânea quanto ao crime de resistência qualificada, mantém-se a diminuição da pena intermediária nos termos da sentença, por se tratar de recurso exclusivo da defesa. (TJ-DF - APR: 20141210018744, Relator: ROMÃO C. OLIVEIRA, Data de Julgamento: 08/10/2015, 1ª Turma Criminal, Data de Publicação: Publicado no DJE: 15/10/2015. Pág.: 92).

Objetivando mais rigor na proteção da mulher no âmbito familiar, o legislador pátrio editou a Lei nº 13.104, de 2015, que alterou o artigo 121 do Código Penal Brasileiro, com a finalidade de prever o Feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio. Além de qualificar o homicídio contra mulheres o citado regramento também alterou a Lei nº 8.072, de 1990, ao incluir o Feminicídio no rol dos crimes hediondos. Para a sua configuração a morte tem que ocorrer por “razões da condição de sexo feminino”, e uma destas diz respeito à violência doméstica e familiar contra a mulher.

A partir de uma interpretação sistemática, vejamos o que descreve a Lei Maria da Penha sobre a violência doméstica:

Art. 5º. Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

I – no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II – no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III – em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Na verdade, o que importa destacar é que a qualificadora em comento também deve ser reconhecida quando as circunstâncias fáticas indicam que um homem assassinou uma mulher em contexto de violência doméstica ou familiar, como ocorreu, *in casu*, apesar do esforço da defesa em argumentar o contrário.

A título de ilustração, cabe destacar o julgamento do RSE nº 0006892-22.2015.807.0003/DF, onde reconheceu-se que a qualificadora em comento insere-se, perfeitamente, em cenários de violência doméstica contra a mulher. O colegiado, ainda entendeu, que o feminicídio não pode ser considerado um substituto das qualificadoras do motivo torpe ou fútil, por ser de natureza objetiva, podendo coexistir com estas, o que é inaplicável no caso, uma vez que se trata de recurso da defesa, não podendo esta ter sua situação piorada.

Veja, então o referido julgado:

PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. RÉU PRONUNCIADO POR HOMICÍDIO COM MOTIVO TORPE. MORTE DE MULHER PELO MARIDO EM CONTEXTO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR. PRETENSÃO ACUSATÓRIA DE INCLUSÃO DA QUALIFICADORA DO FEMINICÍDIO. PROCEDÊNCIA. SENTENÇA REFORMADA. 1 Réu pronunciado por infringir o artigo 121, § 2º, inciso I, do Código Penal, depois de matar a companheira a facadas motivado pelo sentimento egoístico de posse. 2 Os protagonistas da tragédia familiar conviveram sob o mesmo teto, em união estável, mas o varão nutria sentimento egoístico de posse e, impellido por essa torpe motivação, não queria que ela trabalhasse num local frequentado por homens. **A inclusão da qualificadora agora prevista no artigo 121, § 2º, inciso VI, do Código Penal, não poderá servir apenas como substitutivo das qualificadoras de motivo torpe ou fútil, que são de natureza subjetiva, sob pena de menosprezar o esforço do legislador. A Lei 13.104/2015 veio a lume na esteira da doutrina inspiradora da Lei Maria da Penha, buscando conferir maior proteção à mulher brasileira, vítima de condições culturais atávicas que lhe impuseram a subserviência ao homem.** Resgatar a dignidade perdida ao longo da história da dominação masculina foi a *ratio essendi* da nova lei, e o seu sentido teleológico estaria perdido se fosse simplesmente substituída a torpeza pelo feminicídio. **Ambas as qualificadoras podem coexistir perfeitamente, porque é diversa a natureza de cada uma: a torpeza continua ligada umbilicalmente à motivação da ação homicida, e o feminicídio ocorrerá toda vez que, objetivamente, haja uma agressão à mulher proveniente de convivência doméstica familiar.** 3 Recurso provido (TJ-DF - RSE: 20150310069727, Relator: GEORGE LOPES LEITE, Data de Julgamento: 29/10/2015, 1ª Turma Criminal, Data de Publicação: Publicado no DJE: 11/11/2015 . Pág.: 105).

No caso em comento, constata-se que a vítima era a companheira do Apelante há mais de três anos, e que este a viu abraçada, de forma íntima com outra pessoa numa festa, o que o desagradou, a ponto de puxá-la pelos cabelos e desferir-lhes golpes de faca, levando-a ao óbito. Assim, resta evidenciada a relação de dominação e poder do homem e de submissão da mulher, configurando-se, cristalinamente a violência doméstica.

Em seu parecer, a douta Procuradoria assim se manifestou (fl. 239):

“Por fim o feminicídio restou devidamente comprovado nos autos, situação essa que levou o digno conselho de sentença a reconhecer a sua existência. O que se verificou no contexto probatório, sobretudo dos próprios interrogatórios do réu, foi um crime praticado em contexto de violência doméstica e familiar (art. 121, §2º A, I, do Código Penal), haja vista que a vítima era sua companheira.”

Logo, resta indubitável que a qualificadora sustentada durante toda a instrução e em plenário, reconhecida na sentença de pronúncia, e acolhida pelo Conselho de Sentença deve ser mantida.

Dessa forma, não prospera o Apelo defensivo.

Motivo Fútil – Agravante genérica (art. 61, II, “a”, do CP).

O entendimento, anteriormente manifestado sobre a soberania dos veredictos também deve ser adotado em relação à agravante do motivo fútil, reconhecida pelo Conselho de Sentença. No caso, pelos depoimentos mencionados alhures, ficou evidenciado que o Recorrente agiu motivado pelo ciúme, considerando fútil pelos Jurados.

Desse modo, a deliberação do Conselho de Sentença de que tal motivo foi fútil não pode ser alterada pelo Tribunal *ad quem*, já que amparada em uma das versões dos autos, sob pena de ofensa ao princípio constitucional supracitado (soberania dos veredictos – art. 5º, XXXVIII, da CF).

Nessa linha de inteligência, seguem os arestos dos Tribunais Superiores:

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. MOTIVO TORPE. DECOTE DA QUALIFI-

CADORA. IMPOSSIBILIDADE. COMPETÊNCIA EXCLUSIVA DO TRIBUNAL DO JÚRI. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. **Cabe ao Tribunal do Júri decidir, no caso em concreto, se o ciúme, pelo inconformismo de estar a vítima se relacionando amorosamente com a antiga companheira do agravante, configura ou não a qualificadora de motivo torpe.**

3. O Superior Tribunal de Justiça entende que, ao se prolatar a decisão de pronúncia, as qualificadoras somente podem ser afastadas quando se revelarem manifestamente improcedentes, o que não é o caso dos autos (precedentes.) 3. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 827.875/MG, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 22/09/2016, DJe 28/09/2016)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. MOTIVO TORPE E RECURSO QUE DIFICULTOU A DEFESA DA VÍTIMA. EXCLUSÃO DAS QUALIFICADORAS. SÚMULA 7/STJ. DISSÍDIO. AUSÊNCIA DE CO-TEJO ANALÍTICO. FUNDAMENTO NÃO IMPUGNADO. SUM 182/STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. **O sentimento de posse em relação a outra pessoa, com submissão a situações humilhantes ou violentas, acrescido do ciúme desmedido, a depender das circunstâncias do caso concreto, pode caracterizar o motivo torpe. Consoante a jurisprudência do STJ, “cabe ao conselho de sentença decidir se o paciente praticou o ilícito motivado por ciúmes, assim como analisar se referido sentimento, no caso concreto, constitui o motivo torpe que qualifica o crime de homicídio. (...). (STJ, REsp. 810.728/RJ, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe de 02/08/2010).**

2. Reconhecidas as qualificadoras pelo Conselho de Sentença, a partir da análise dos fatos e provas carreados autos, é inviável sua exclusão por esta Corte, em razão do óbice da Súmula 7/STJ.

3. É inviável o agravo que não impugna todos os fundamentos da decisão agravada. Súmula 182/STJ.

4. Agravo Regimental desprovido.

(AgRg no REsp 1251725/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 17/05/2016, DJe 25/05/2016).

HABEAS CORPUS. PENAL. PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO. CIÚME. MOTIVO FÚTIL. QUALIFICADORA ADMITIDA NA PRONÚNCIA. EXCLUSÃO PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RECURSO ESPECIAL PROVIDO PARA DETERMINAR SUA INCLUSÃO. ADMISSIBILIDADE. PRECEDENTES. ORDEM DENEGADA. I - A jurisprudência desta Corte está assentada no sentido de que apenas a qualificadora manifestamente improcedente deve ser excluída da pronúncia, o que não acontece na hipótese dos autos. II - De todo modo, a análise da existência ou não da qualificadora do motivo fútil deve ser feita pelo Tribunal do Júri, que é o juiz natural da causa. Precedentes. III - Ordem denegada. (STF - HC 107090, Relator (a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 18/06/2013).

Na votação do quinto quesito, o Conselho de Sentença acolheu, por maioria de votos, a qualificadora do delito de homicídio, a saber: “*o crime foi cometido por motivo fútil, considerando que havia uma suspeita de traição por parte da vítima?* (fls. 195/196)”.

Por motivo fútil, compreende a doutrina como aquele insignificante, de pouca importância considerando a desproporcionalidade entre a motivação do dolo e o resultado gerado, leva-se em conta a banalidade do crime.

Segundo a doutrina de HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, motivo fútil “é aquele que se apresenta, como antecedente psicológico, desproporcional com a gravidade da reação homicida, tendo-se em vista a sensibilidade moral média” (*in* Lições de Direito Penal – Parte especial, p. 53).

A suposta traição narrada pelo Recorrente, ao vê-la abraçando, de forma íntima, outro homem é móvel pueril e extremamente desproporcional em relação ao resultado constante nos fólios.

Nesses termos, registre-se mais uma vez, resta imperiosa a manutenção da presente agravante genérica, porquanto ao Júri Popular, dentro de sua soberania, é lícito optar por uma das versões

carreadas aos autos, ainda que não se afigure a melhor no entender da defesa, não se podendo atribuir à decisão que acatou uma delas a pecha de manifestamente contrária à prova.

DA ANÁLISE DA DOSIMETRIA DA PENA

1ª Fase:

Mesmo não questionada, torna-se legítima a análise da dosimetria da pena, de ofício, com intuito de aferir a prática de eventual irregularidade no momento de sua fixação pelo MM. Juiz *a quo*.

A pena mínima prevista para o crime de homicídio qualificado é de 12 (doze) anos de reclusão.

No caso em tela, ao analisar as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP, o MM. Magistrado *a quo* fixou a pena-base em 21 (vinte e um) anos de reclusão, majorando-a em 9 (nove) anos, por ter considerado desfavoráveis a **Culpabilidade**, os **Antecedentes**, as **Circunstâncias e as Consequências do delito**, aduzindo que (fls. 199/200):

Culpabilidade: a conduta do acusado é de reprovabilidade acentuada, tendo em vista seu modo consciente e agressivo de agir, agindo com extrema covardia, insensibilidade e frieza, demonstrando um excessivo desequilíbrio de conduta.

Antecedentes: o acusado é reincidente, tendo sido condenado em definitivo a pena de 03 anos e 10 dias, nos autos do processo nº 0000385-82.2012.805.0172.

Circunstâncias do crime: são extremamente negativas, considerando que o acusado matou a facada à vítima na presença de outras pessoas, com uma faca que estava portando.

Consequências do crime: as consequências foram gravíssimas, deixando um trauma irreversível na família da vítima, pessoas simples, que agora vivem tristes e angustiadas.

Neste ponto, merece reparos a sentença hostilizada.

No que tange às **consequências do crime**, o penalista Ricardo Augusto Schmitt assevera que “normalmente, os tipos penais já possuem uma consequência que se encontra implícita, por isso é que devem ser sopesadas apenas as consequências que se projetam para além do fato típico, sob pena de incorrerem em dupla valoração”.

Com efeito, não deve subsistir o desvalor do mencionado vetorial, tendo em vista que as tristezas advindas da perda do ente querido para a família e para a sociedade são sequelas que integram a própria definição do tipo penal, não podendo, portanto, justificar a valoração negativa das consequências do crime.

Logo, deve ser afastada a valoração negativa da referida circunstância judicial.

No caso em tela, tratando-se de homicídio qualificado, o *quantum* para cada circunstância judicial valorada por esta Relatora corresponde a 2 (dois) anos e 3 (três) meses de reclusão, que somados ao mínimo legal de 12 (doze) anos, resultaria a pena-base de **18 (dezoito) anos e 9 (nove) meses de reclusão**.

c.2) Segunda Fase

Na segunda fase, foi reconhecida e aplicada a atenuante da confissão espontânea, (art. 65, III, “d”, do CP), tendo o MM. Juiz compensado a mesma com a agravante genérica do motivo fútil (art. 61, II, “c”, do CP.), inalterando-se a pena basilar.

c.3) Terceira Fase

Na terceira fase, ante a ausência de causas de aumento ou de diminuição da pena, **torno definitiva a reprimenda em 18 (anos) anos e 9 (nove) meses de reclusão**, a ser cumprida no regime inicial fechado, forma do art. 33, §2º, alínea “a”, do CP.

CONCLUSÃO

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso, e, **de ofício, redimensiono** a pena aplicada, tornando-a definitiva em 18 (dezoito) anos e 9 (quatro) meses de reclusão, mantendo a sentença hostilizada em seus demais aspectos.

TJBA – Apelação Criminal nº 0000792-07.2015.8.05.0262, Segunda Câmara Criminal – Primeira Turma, Relator(a): Des. Jefferson Alves de Assis, julgado em 01/06/2017.

EMENTA: DIREITO PENAL E DIREITO PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL INTERPOSTA PELO RÉU. CONDENAÇÃO PELO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL AGRAVADO PELA EXISTÊNCIA DE AUTORIDADE SOBRE A VÍTIMA. PLEITO RECURSAL ABSOLUTÓRIO. DESCABIMENTO. JUSTA CAUSA DEVIDAMENTE COMPROVADA. REPROCHE DA ALEGAÇÃO DE INSUFICIÊNCIA DE PROVA EM VIRTUDE DO LAUDO PERICIAL NÃO TER CONSTATADO EVIDÊNCIA ACERCA DA CONJUNÇÃO CARNAL. DELITO PROVADO POR OUTROS MEIOS DE PROVA IGUALMENTE IDÔNEOS. CONFIGURAÇÃO DO CRIME INDEPENDENTE DA AQUIESCÊNCIA DA VÍTIMA. TENRA IDADE. ESTUPRO PRESUMIDO. CONFIGURAÇÃO DO CRIME INDEPENDENTE DA VÍTIMA SER VIRGEM. BEM JURÍDICO PROTEGIDO É A LIBERDADE SEXUAL, BASTANDO QUE TENHA SIDO REALIZADA CONJUNÇÃO CARNAL OU OUTRO ATO LIBIDINOSO COM PESSOA MENOR DE CATORZE ANOS PARA QUE HAJA A SUBSUNÇÃO E JUSTIFIQUE A RESPONSABILIZAÇÃO PENAL. SENTENÇA MANTIDA EM TODOS OS SEUS TERMOS.

I. Trata-se de Recurso de Apelação interposto pelo Réu, André Cardoso Dias, contra sentença proferida pelo MM. Juízo da Comarca de Uauá/BA, contida às 133/140, que o condenou a pena de 12 (doze) anos de reclusão, a ser cumprida inicialmente no regime fechado, em razão da prática do crime previsto no art. 217-A c/c art. 226, II, do CP – estupro de vulnerável agravado pela autoridade sobre a vítima.

II. Isto sucede porque, segundo narra a exordial acusatória, no dia 29 de agosto de 2015, por volta das 17h, o Apelante se deslocou até a residência da vítima, à época, menor com 11 (onze) anos de idade, e a convidou para acompanhá-lo de motocicleta até a localidade de Queimadas, no Município de Uauá/BA. Informa-se, ainda, que, em virtude do Apelante ser companheiro da tia da vítima, esta o acompanhou, mas no caminho ficou receosa e tentou fugir, oportunidade em que o Apelante a alcançou e a levou para dentro de um matagal e, utilizando-se de sua força, praticou conjunção carnal com a mesma.

III. Inconformado com o édito condenatório, o Apelante interpôs o presente recurso às fls. 144/149, onde pleiteia a sua absolvição por inexistência de provas, sustentando que a vítima não se mostrou triste ou abalada durante a instrução processual e que o laudo pericial não constatou vestígios do crime em questão.

IV. A partir do exame pormenorizado dos autos, no entanto, verifica-se que, ao contrário do quanto mencionado nas razões recursais, existem elementos probatórios vastos e precisos que demonstram, inequivocamente, a materialidade e a autoria delitiva. Nessa senda, a materialidade delitiva encontra-se evidenciada pelos Laudos Periciais de fls. 63, 86, 92, 93 e 94. Por sua vez, a autoria delitiva encontra-se demonstrada não só pela confissão do Apelante em sede policial, como pelas palavras da vítima (fls. 11 e gravações audiovisuais contidas no CD de fl. 74), declarações de sua genitora (CD de fl. 74) e de sua prima, a quem teria confidenciado o fato criminoso (fl. 61), bem como pelos depoimentos dos policiais militares que atuaram no caso (fls. 07, 08 e 09 e CD de fl. 74). Como se observa, todas essas provas são aptas, precisas e suficientes para promover a condenação do Apelante, notadamente porque a vítima foi harmônica em sua narrativa e sua palavra, conforme precedentes jurisprudenciais, possui especial relevo por se tratar de crime sexual, além de ter se coadunado com as informações prestadas pelas testemunhas.

V. Ademais, em que pese a defesa tente desqualificar a conduta e a palavra da vítima, alegando que a mesma já tinha tido relações sexuais anteriores e

que no momento do seu interrogatório não se mostrou triste, tais alegações não são críveis. Com efeito, o manancial probatório claramente evidencia que a conjunção carnal foi forçada, ao passo que a vítima, a todo tempo, tentou reagir, gritando e chutando o Apelante na tentativa de impedir o ato sexual, sendo, inclusive, essa irrisignação o motivo que levou o Apelante a interromper o ato sexual. Portanto, não parece razoável a defesa consubstanciar o pedido absolutório com a referida tese, mesmo porque, considerando a tenra idade da vítima, de apenas 11 (onze) anos à época do fato, ainda que ela tivesse aquiescido com a prática da conjunção carnal, o que não ocorreu, mas apenas se admite para fins de reprochar o pleito recursal, o estupro é presumido, consoante dispõe o caput, do art. 217-A, do CP.

VI. Outrossim, é fundamental destacar que a norma em comento não visa proteger o “defloramento” em si, isto é, a virgindade da menor, mas tem como bem jurídico a dignidade sexual da infante. Desta feita, para que o delito se configure basta que seja realizada conjunção carnal ou outro ato libidinoso com pessoa menor de 14 (catorze) anos, independente do mesmo já ter tido ou não relações sexuais anteriores.

VII. Do mesmo modo, não merece guarida a alegação de que o Apelante deve ser absolvido em virtude do laudo pericial não ter constatado evidências do crime, pois, como bem asseverado pelo Juízo de piso na sentença de fls. 133/140, uma vez que a conjunção carnal foi interrompida em virtude dos chutes e gritos da vítima, não há como se exigir a presença de coito no seu canal vaginal, a ser detectado pelo exame pericial. Em arremate, quando o crime estiver comprovado por outros meios de prova, como acontece in casu, não há razão para absolver o agente somente porque não houve a constatação de vestígios no exame pericial, até porque nem todos os atos sexuais deixam evidências. Precedentes jurisprudenciais.

VIII. Apelação CONHECIDA e IMPROVIDA, na esteira do parecer ministerial.

ACÓRDÃO

Vistos relatados e discutidos estes autos de Apelação nº. **0000792-07.2015.8.05.0262**, proveniente da Comarca de Uauá/BA, que tem como Apelante, **ANDRÉ CARDOSO DIAS**, e Apelado, o **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA**.

Acordam os Desembargadores integrantes da Primeira Turma da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça da Bahia, à unanimidade, em **CONHECER** do Recurso de Apelação e **NEGAR-LHE PROVIMENTO**, para manter incólume a sentença guerreada, que condenou **ANDRÉ CARDOSO DIAS**, a pena de 12 (doze) anos de reclusão, a ser cumprida inicialmente no regime fechado, em razão da prática do crime previsto no art. 217-A c/c art. 226, II, do CP – estupro de vulnerável agravado pela autoridade sobre a vítima, nos termos do voto do Relator.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Apelação interposto pelo Réu, André Cardoso Dias, contra sentença proferida pelo MM. Juízo da Comarca de Uauá/BA, contida às 133/140, que o condenou a pena de 12 (doze) anos de reclusão, a ser cumprida inicialmente no regime fechado, em razão da prática do crime previsto no art. 217-A c/c art. 226, II, do CP – estupro de vulnerável agravado pela autoridade sobre a vítima.

Isto sucede porque, segundo narra a exordial acusatória, no dia 29 de agosto de 2015, por volta das 17h, o Apelante se deslocou até a residência da vítima, à época, menor com 11 (onze) anos de idade, e a convidou para irem juntos de motocicleta até a localidade de Queimadas, no Município de Uauá/BA.

Informa-se, ainda, que em virtude do Apelante ser companheiro da tia da vítima, esta o acompanhou, mas no caminho ficou tenebrosa e tentou fugir, oportunidade em que o Apelante

a alcançou e a levou para dentro de um matagal e, utilizando-se de sua força, praticou conjunção carnal com a mesma.

Ultimada a instrução processual, sobreveio a sentença condenatória, acerca da qual o Apelante mostra sua irrisignação às fls. 144/149, onde pleiteia a sua absolvição por inexistência de provas, sustentando que o laudo pericial não apontou indícios do crime em questão.

Em sede de contrarrazões, fls. 160/161, o Ministério Público rechaça a argumentação defensiva e, assim, pugna pelo improvimento do apelo.

No mesmo sentido, a Douta Procuradoria de Justiça apresentou parecer testilhado às fls. 181/183 (frente e verso), opinando pelo conhecimento e improvimento do recurso interposto.

Estando os autos prontos para julgamento, vieram-me conclusos.

É o breve relatório.

VOTO

Encontrando-se presentes os pressupostos de admissibilidade necessários ao conhecimento do Recurso de Apelação, passo a sua análise.

O Apelante interpôs o presente recurso pleiteando a sua absolvição, sob o fundamento de inexistirem provas suficientes para lastrear o édito condenatório.

Para tanto, adverte que a vítima não mostrou tristeza no seu interrogatório e que o laudo pericial não apontou indícios do crime no qual foi condenado.

Do cotejo pormenorizado dos autos, no entanto, denota-se que, ao contrário do quanto mencionado nas razões recursais, existem elementos probatórios vastos e precisos que demonstram, inequivocamente, a materialidade e a autoria delitiva.

Nessa senda, a materialidade delitiva encontra-se evidenciada pelos Laudos Periciais de fls. 63, 86, 92, 93 e 94.

Por sua vez, a autoria delitiva encontra-se demonstrada não só pela confissão do Apelante em sede policial, como pelas palavras da vítima (fls. 11 e gravações audiovisuais contidas no CD de fl. 74), declarações de sua genitora (CD de fl. 74) e de sua prima, a quem teria confidenciado o fato criminoso (fl. 61), bem como pelos depoimentos dos policiais militares que atuaram no caso (fls. 07, 08 e 09 e CD de fl. 74).

Como se observa, todas essas provas são aptas, precisas e suficientes para promover a condenação do Apelante, notadamente porque a vítima foi harmônica em sua narrativa e certa no reconhecimento de seu agressor, além de suas informações terem se coadunado com as prestadas pelas testemunhas.

Nessa senda, a mudança da versão apresentada pelo Apelante em sede judicial, que não ratificou a confissão e negou a autoria delitiva, configura-se como tentativa de se esquivar da responsabilização penal, haja vista que está totalmente dissociada do conjunto probatório, não encontrando, portanto, guarida em nenhum dos elementos colhidos durante a persecução criminal.

Ademais, convém destacar que a jurisprudência dos Tribunais Superiores é firme no sentido de que, em se tratando de crimes sexuais, a palavra da vítima ganha especial relevância, especialmente nas hipóteses em que não foram deixados vestígios, como ocorre no presente feito.

Nessa linha de inteligência, seguem os arrestos abaixo elencados, *in verbis*:

PENAL. AGRAVOS REGIMENTAIS NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. IMPORTUNAÇÃO OFENSIVA AO PUDOR (ART. 61 DECRETO-LEI 3.688/41). ESTUPRO DE VULNERÁVEL (ART. 217-A DO CP). AFASTAMENTO. FRAGILIDADE DO CONJUNTO PROBATÓRIO. ALTERAÇÃO DO JULGADO. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DO ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ. AGRAVOS NÃO PROVIDOS.

1. Consoante a análise feita pelas instâncias ordinárias, a conduta do réu, consistente na exibição do órgão genital para a vítima e à distância, embora indecorosa, não foi praticada com o objetivo de satisfazer à lascívia, razão pela qual deve prevalecer o entendimento de que a prática se enquadra no tipo do art. 61 da Lei das Contravenções Penais.

2. De acordo com a jurisprudência desta Corte, nos crimes sexuais, a palavra da vítima, tem grande validade como elemento de convicção, desde que coerente com as demais provas dos autos, o que não ocorre na espécie.

3. A alteração do julgado, a fim de se reconhecer a prática do delito tipificado no art. 217-A do Código Penal, como pleiteado pelo Ministério Público, demandaria a incursão no material fático-probatório dos autos, haja vista a necessidade de se buscar novas provas que corroborem a versão da vítima.

4. Agravos regimentais a que se negam provimento.

(AgRg no AREsp 638.419/BA, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 04/04/2017, DJe 07/04/2017)

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME DE PROVAS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. PALAVRA DA VÍTIMA. VALOR PROBANTE DIFERENCIADO.

1. Para se chegar à conclusão a respeito da insuficiência de provas para embasar o decreto condenatório, a qual ensejaria a absolvição do agravante, seria necessário o reexame dos elementos fático-probatórios dos autos, o que é defeso nesta instância extraordinária, em virtude do disposto na Súmula 7/STJ. Precedentes.

2. Nos crimes de natureza sexual, os quais nem sempre deixam vestígios, a palavra da vítima tem valor probante diferenciado.

Precedentes.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 934.573/MT, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 16/02/2017, DJe 24/02/2017)

Como se não bastasse tudo isso, também está consolidado o entendimento acerca da legitimidade dos depoimentos de policiais, em hipóteses como a presente, em que os mesmos forem submetidos ao contraditório e a ampla defesa, quando estiverem em consonância com os demais elementos probatórios e quando não existirem qualquer indício quanto à suspeição ou parcialidade dos milicianos que retire a credibilidade do quanto declarado.

Nessa linha de inteligência, vale conferir julgados da lavra do Superior Tribunal de Justiça:

EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. CRIME. DESCLASSIFICAÇÃO. REEXAME DE PROVAS. INVIABILIDADE. DOSIMETRIA DA PENA. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA REPRIMENDA. SUBSTITUIÇÃO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. EXPRESSIVA QUANTIDADE E VARIEDADE DE DROGAS. REINCIDÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade. Esse entendimento objetivou preservar a utilidade e a eficácia do mandamus, que é o instrumento constitucional mais importante de proteção à liberdade individual do cidadão ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, garantindo a celeridade que o seu julgamento requer.

2. Na espécie, o Tribunal a quo consignou, verbis: “CRIME DE ENTORPECENTES (ARTIGO 33, CAPUT, DA LEI N. 11.343/06, C/C O ARTIGO 61, INCISO I, DO CP). IRRESIGNAÇÃO DEFENSIVA. PROVA PENA. MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO. A prova contida nos autos autoriza a manutenção da condenação do réu, pelo crime de narcotráfico, não sendo possível a sua absolvição, por insuficiência probatória ou mesmo a desclassificação para o delito previsto no artigo 28, da Lei de Tóxicos, por suposta ausência do intuito mercantil em sua conduta. **De salientar que os depoimentos dos policiais merecem total credibilidade, notadamente quando coerentes e harmônicos com os demais elementos probatórios.** Quanto ao apenamento fixado ao réu, mostrou-se corretamente calculado, bem como necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime perpetrado, sendo a pena-base, pelo crime

de tráfico, fixada um pouco acima do mínimo legal, eis que presentes operadoras desfavoráveis ao acusado.” (...)

3. A rediscussão da matéria mostra-se incompatível com a via mandamental eleita, porquanto, para se invalidar a conclusão da instância originária, torna-se imprescindível a reavaliação do contexto fático probatório.

4. De outra parte, conforme entendimento jurisprudencial consolidado por esta Corte Superior, de acordo com art. 44, incisos II e III, do Código Penal, inviável a substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos em se tratando de réu reincidente e portador de maus antecedentes, utilizados para valorar negativamente as circunstâncias judiciais.

5. Por fim, a jurisprudência deste Tribunal firmou-se no sentido de que é necessária, para a fixação de regime mais gravoso, a apresentação de motivação concreta, fundada nas circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, porquanto é contraditório o estabelecimento de pena-base no mínimo e de regime mais severo, com base em circunstâncias não consideradas inicialmente.

6. Foi elaborado, então, o enunciado n. 440 da Súmula deste Tribunal, segundo o qual “fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito”.

7. Na mesma esteira, são os enunciados n. 718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, os quais indicam: “A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada”; “A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea”.

8. No caso dos autos, constato que houve fundamentação válida para a fixação da pena-base, imposição do regime inicial fechado e inaplicabilidade da substituição da penalidade (expressiva quantidade e variedade das drogas apreendidas e reincidência), à luz dos critérios estabelecidos no art. 33, §§ 2º e 3º, c/c o art. 59, ambos do Código Penal.

9. Habeas corpus não conhecido.

(HC 337.350/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 10/11/2015, DJe 17/11/2015).

PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. NÃO CABIMENTO. ROUBO. RECONHECIMENTO PESSOAL. VIOLAÇÃO DO ART. 226 DO CPP. CONDENAÇÃO FUNDADA EM OUTROS ELEMENTOS DE PROVA. MERA IRREGULARIDADE. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DE FURTO. MATÉRIA NÃO ANALISADA NO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ABSOLVIÇÃO. DEPOIMENTOS DE POLICIAIS. CREDIBILIDADE. COERÊNCIA COM O CONJUNTO PROBATÓRIO. REEXAME PROBATÓRIO. INADMISSIBILIDADE PELA VIA DO WRIT. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o writ em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.

2. Tendo a condenação do réu sido fundamentada no depoimento das vítimas e dos policiais que efetuaram a prisão em flagrante e na contradição existente entre os depoimentos prestados pelas testemunhas de defesa, não há falar em nulidade pela não observância das exigências contidas no art. 226 do Código de Processo Penal.

3. A jurisprudência desta Corte firmou o entendimento de que o procedimento para reconhecimento da autoria delitiva configura mera irregularidade, porquanto não se revela uma obrigação, mas sim recomendação, de modo que se mostra válida a realização por meio diverso, mormente quando não constitui fonte única de prova a acarretar a condenação. Precedentes.

4. Seguindo o princípio *pas de nullité sans grief*, adotado pelo Código de Processo Penal, em seu artigo 563, não comprovado efetivo prejuízo ao réu, não há que se declarar a nulidade do processo.

5. O pedido de desclassificação não pode ser analisado por este Superior Tribunal de Justiça, uma vez que a irresignação do paciente não foi apreciada pelo Tribunal a quo, por ocasião do julgamento do recurso de apelação, fato que impede a análise da impetração por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância.

6. Incabível a absolvição por insuficiência de provas pela via estreita do habeas corpus diante da impossibilidade de revolvimento de matéria fática.

7. Orienta-se a jurisprudência no sentido de que os depoimentos dos agentes policiais merecem credibilidade como elementos de convicção, máxime quando corroborados com outras provas produzidas nos autos, situação da espécie, constituindo-se, assim, elemento apto a respaldar as condenações.

8. Habeas corpus não conhecido.

(HC 198.846/DF, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 27/10/2015, DJe 16/11/2015).

PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO. DEPOIMENTOS DE POLICIAIS. CREDIBILIDADE. COERÊNCIA COM O CONJUNTO PROBATÓRIO. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME DE PROVA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MAUS ANTECEDENTES E NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o writ em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.

2. Orienta-se a jurisprudência no sentido de que os depoimentos dos agentes policiais, colhidos sob o crivo do contraditório, merecem credibilidade como elementos de convicção, máxime quando em harmonia com os elementos constantes dos autos.

3. Tendo as instâncias ordinárias indicado os elementos de prova que levaram ao reconhecimento da autoria e materialidade e, por consequência, à condenação, não cabe a esta Corte Superior, em habeas corpus, desconstituir o afirmado, pois demandaria profunda incursão na seara fático-probatória, inviável nessa via processual.

4. No tocante à fixação da pena-base acima do mínimo legal, foram adotados elementos concretos para justificar a dosimetria, não se mostrando arbitrário o quantum imposto, levando-se em consideração os maus antecedentes, a natureza do material apreendido e a quantidade da substância entorpecente apreendida.

5. Habeas corpus não conhecido.

(HC 211.203/DF, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 13/10/2015, DJe 03/11/2015).

Ademais, em que pese a defesa tente desqualificar a conduta e a palavra da vítima alegando que a mesma já tinha tido relações sexuais anteriores e que no momento do seu interrogatório, a seu ver, não se demonstrou triste, tais alegações não são críveis.

Com efeito, o manancial probatório claramente evidencia que a conjunção carnal foi forçada, ao passo que a vítima, a todo tempo, tentou reagir, gritando e chutando o Apelante na tentativa de impedir o ato sexual, sendo, inclusive, essa irresignação o motivo que levou o Apelante a interromper a conjunção.

Portanto, não parece razoável a defesa consubstanciar o pedido absolutório com a referida tese, mesmo porque, considerando a tenra idade da vítima, de apenas 11 (onze) anos à época do fato, ainda que tivesse aquiescido com a prática do ato sexual, o que não ocorreu, mas apenas se admite para fins de reprochar o pleito recursal, o estupro é presumido, consoante dispõe o *caput*, do art. 217-A, do CP, *in verbis*:

Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

Outrossim, fundamental destacar que a norma em comento não visa proteger o “deflora-mento” em si, isto é, a virgindade da menor, mas tem como bem jurídico a dignidade sexual da infante.

Desta feita, para que o delito se configure baste que seja realizada conjunção carnal ou outro ato libidinoso com pessoa menor de 14 (catorze) anos, independente deste já ter tido ou não relações sexuais anteriores.

Do mesmo modo, não merece guarida a alegação de que o Apelante deve ser absolvido em virtude do laudo pericial não ter constatado evidências do crime, pois, como bem asseverado pelo Juízo de piso na sentença de fls. 133/140, uma vez que a conjunção carnal foi interrompida em virtude dos chutes e gritos da vítima, não há como se exigir a presença de coito no seu canal vaginal, para ser detectado pelo exame pericial.

A propósito, quando o crime estiver comprovado por outros meios de prova, como acontece *in casu*, não há razão para absolver o agente somente porque não houve a constatação de vestígios no exame pericial, até porque nem todos os atos sexuais deixam evidências.

Nesse sentido milita a jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça, consoante se infere dos seguintes precedentes:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ESTUPRO DE VULNERÁVEL, CONTRA SUA ENTEADA, EM CONTINUIDADE DELITIVA. ALEGAÇÃO DE INOCÊNCIA. DESCABIMENTO. PRISÃO PREVENTIVA. MODUS OPERANDI. PERICULOSIDADE SOCIAL. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. RECURSO IMPROVIDO.

1. A afirmativa, a respeito da fragilidade da prova da materialidade e autoria, consiste, em suma, em alegação de inocência, a qual não encontra espaço de análise na estreita via do habeas corpus ou do recurso ordinário, por demandar exame do contexto fático-probatório.

2. O simples fato de o laudo pericial concluir pela ausência de vestígios de prática de conjunção carnal, não afasta, por si só, a materialidade do delito de estupro, até porque a consumação do referido crime pode ocorrer com a prática de atos libidinosos diversos da conjunção carnal.

3. A privação antecipada da liberdade do cidadão acusado de crime reveste-se de caráter excepcional em nosso ordenamento jurídico, e a medida deve estar embasada em decisão judicial fundamentada (art.

93, IX, da CF), que demonstre a existência da prova da materialidade do crime e a presença de indícios suficientes da autoria, bem como a ocorrência de um ou mais pressupostos do artigo 312 do Código de Processo Penal. Exige-se, ainda, na linha perfilhada pela jurisprudência dominante deste Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, que a decisão esteja pautada em motivação concreta, sendo vedadas considerações abstratas sobre a gravidade do crime.

4. No caso, as decisões que decretaram/mantiveram a prisão preventiva do recorrente encontram-se fundamentadas na gravidade concreta do delito (praticar atos libidinosos com sua enteada de apenas 7 anos, dentro do ambiente familiar pelo período de 2 anos), reveladora da periculosidade social do agente.

5. As circunstâncias concretas demonstram o preenchimento dos requisitos autorizadores da segregação cautelar (art. 312 do CPP).

Com efeito, se a conduta do agente - seja pela gravidade concreta da ação, seja pelo próprio modo de execução do crime - revelar inequívoca periculosidade, imperiosa a manutenção da prisão para a garantia da ordem pública, sendo despiciendo qualquer outro elemento ou fator externo àquela atividade (HC n. 296.381/SP, Relator Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Quinta Turma, julgado em 26/8/2014, DJe 4/9/2014).

6. Eventuais condições subjetivas favoráveis do recorrente, por si só, não obstam a segregação cautelar, quando presentes os requisitos legais para a decretação da prisão preventiva. Precedentes.

7. Recurso improvido.

(RHC 80.817/MS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 21/03/2017, DJe 29/03/2017)

PENAL E PROCESSUAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO NO RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ATO LIBIDINOSO DIVERSO DA CONJUNÇÃO CARNAL. SUBSUNÇÃO DO FATO AO TIPO DESCRITO NO ART. 217-A DO CÓDIGO PENAL. ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. PALAVRA DA VÍTIMA. ESPECIAL RELEVÂNCIA NOS DELITOS SEXUAIS. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE. REGIME DE PENA. TEMA PREJUDICA-

DO. PROGRESSÃO DE REGIME. AUSENTE PREQUESTIONAMENTO.

1. A conduta imputada ao recorrente se coaduna com a figura típica descrita no art. 217-A do Código Penal, estando a autoria e a materialidade delitiva evidenciadas nos autos, mesmo que não comprovada por laudo pericial a existência de qualquer vestígio de ato libidinoso diverso da conjunção carnal.

2. Em se tratando de crimes contra a liberdade sexual, que geralmente são praticados na clandestinidade, a palavra da vítima assume relevantíssimo valor probatório, mormente se corroborada por outros elementos de prova dos autos, como no caso, em que é reforçada pelas declarações prestadas pelas demais testemunhas de acusação.

3. Na expressão “ato libidinoso” estão contidos todos os atos de natureza sexual, que não a conjunção carnal, que tenham a finalidade de satisfazer a libido do agente. Com base no contexto descrito no decreto condenatório, a conduta do réu não pode ser confundida com uma simples importunação ofensiva ao pudor, tratando-se de efetivo contato corpóreo e lascivo, com o propósito único de satisfação de seu desejo sexual.

4. O recurso especial não é via adequada para o reexame dos parâmetros adotados na graduação da pena-base, por envolver tal análise particularidades subjetivas decorrentes do livre convencimento do magistrado, salvo existência de ilegalidade flagrante, o que não ocorre na espécie, em que as instâncias ordinárias exasperaram em um sexto a pena-base com fundamento concreto, qual seja, as consequências do delito, demonstradas através dos depoimentos dos psicólogos e assistentes sociais que atuaram no caso.

5. A pena em concreto aplicada ao recorrente é superior ao patamar do art. 33, § 2º, “a”, do Código Penal. Não havendo alteração no quantum da pena, o regime fechado se impõe, ficando prejudicado o pleito concernente à sua revisão.

6. A questão da relação da progressão do regime e a natureza do delito imputado ao recorrente não foi objeto de análise pelas instâncias ordinárias, motivo pelo qual não poderá ser apreciada por esta Corte Superior por ausência de prequestionamento, atraindo óbices das Súmulas 282 e 356 do STF.

7. Agravo regimental provido para conhecer do agravo e negar seguimento ao recurso especial. (AgRg no AREsp 711.125/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 17/09/2015, DJe 06/10/2015)

Por todo o exposto, estando comprovadas a materialidade e autoria delitiva, torna-se descabido o pleito recursal absolutório.

Em face do exposto, **CONHEÇO DO RECURSO DE APELAÇÃO** interposto e **NEGOLHE PROVIMENTO**, para manter incólume a sentença guerreada, que condenou **ANDRÉ CARDOSO DIAS**, a pena de 12 (doze) anos de reclusão, a ser cumprida inicialmente no regime fechado, em razão da prática do crime previsto no art. 217-A c/c art. 226, II, do CP – estupro de vulnerável agravado pela autoridade sobre a vítima.

TJBA – Apelação Criminal nº 0500537-15.2016.8.05.0146, Primeira Câmara Criminal – Primeira Turma, Relator(a): Des. Luiz Fernando Lima, julgado em 18/04/2017.

APELAÇÃO CRIMINAL. PROCESSUAL PENAL. LESÃO CORPORAL CÚLPOSA. ART. 129, §6º, DO CÓDIGO PENAL. APELADO CONDENADO A 02 (DOIS) MESES DE DETENÇÃO. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE SUBSTITUÍDA POR UMA PENA RESTRIATIVA DE DIREITO. IRRESIGNAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. CONDENAÇÃO PELO CRIME DE LESÃO CORPORAL. ART. 129, §9º, DO CÓDIGO PENAL C/C LEI Nº 11.340/2006. IMPOSSIBILIDADE. NÃO CONFIGURAÇÃO DO DOLO. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. Da análise dos autos, verifica-se que, embora não se questione a materialidade do crime, diante do teor do Laudo de Exame de Lesões Corporais (fl. 10), bem como a autoria delitiva (confissão e depoimento da

vítima), não há elementos que evidenciem ter o apelado agido com o dolo de lesionar sua então namorada Lhaise Danielly Souza Araújo.

2. A prova colhida, sob o crivo do contraditório, revela-se insuficiente para embasar um decreto condenatório pelo crime de lesão corporal dolosa, uma vez que a própria ofendida confirmou que as lesões foram advindas da tentativa de retomar o celular que estava na mão do apelado.

3. Vislumbro, assim, que a versão fornecida por Diogo Vargas Martins é a que mais se coaduna com a verdade dos fatos, na medida em que explicou que as lesões foram desencadeadas de forma imprudente, pois na tentativa de ler as mensagens no celular da ofendida, a afastava com a mão, oportunidade em que ela se lesionou.

4. Parecer ministerial opinando pelo improvimento do apelo.

APELO CONHECIDO E NÃO PROVIDO

ACÓRDÃO

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de **APELAÇÃO CRIMINAL Nº 0500537-15.2016.805.0146**, da 1ª Vara de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher da Comarca de Juazeiro/BA, sendo apelante o **MINISTÉRIO PÚBLICO** e apelado **DIOGO VARGAS MARTINS**.

ACORDAM os Desembargadores integrantes da Primeira Turma Criminal que compõem a Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, em **CONHECER E NEGAR PROVIMENTO AO APELO**, e o fazem, pelas razões adiante expendidas.

RELATÓRIO

Adoto o relatório da sentença de fls. 46/48, acrescentando que **DIOGO VARGAS MARTINS** foi condenado a 2 (dois) meses de detenção, em regime aberto, pela prática do crime previsto no art. 129, §6º, do Código Penal (lesão corporal culposa). Destaque-se que a pena privativa de liberdade foi substituída por uma pena restritiva de direito.

Inconformado com a sentença, o **MINISTÉRIO PÚBLICO** interpôs recurso de apelação (fls. 54/56).

Nas razões recursais, o Ministério Público pugnou pela reforma da sentença, a fim de que Diogo Vargas Martins, ora apelado, seja condenado pelo crime previsto no art. 129, §9º, do Código Penal, com a incidência da Lei nº 11.340/2006.

Nesse contexto, sustentou que, desde o início, o apelado tinha a intenção de causar lesões na vítima, “seja quando a agarrou com força pelo pescoço, pressionou a mesma numa parede, derrubou a mesma e, por fim, desferiu um tapa em seu rosto.” (sic. fl. 56)

Contrarrazões da Defesa, às fls. 64/70, refutando as alegações do apelante e postulando pelo desprovimento do recurso, para que a sentença seja mantida em todos os seus termos.

Submetidos os autos ao crivo do ilustre Procurador de Justiça Aderbal Simões Barreto, às fls. 14/16, opinou pelo **IMPROVIMENTO** do apelo.

Com fulcro nos artigos 166 e 167 do Regimento Interno deste Tribunal de Justiça, deixo de encaminhar os presentes autos à revisão.

É o relatório.

Preenchidos os pressupostos de admissibilidade, conhece-se do Recurso.

VOTO

Narra a denúncia que no dia 26/04/2015, por volta das 19h30m, o ora apelado, de forma livre e consciente, ofendeu a integridade física de sua namorada, Lhaise Danielly Souza Araújo, com tapas no rosto e derrubando-a no chão, causando-lhe lesão.

Segundo a exordial, a agressão ocorreu em plena via pública após o apelado ver no celular da vítima troca de mensagens entre ela e o ex-noivo.

Assim, Diogo Vargas Martins foi denunciado como incurso nas penas do art. 129, §9º, do Código Penal, com incidência dos arts. 5º e 7º da Lei nº 11.340/2006.

Na sentença, o magistrado condenou o apelado pelo crime de lesão corporal culposa, previsto no art. 129, §6º, do Código Penal, afastando, assim, o dolo da conduta.

DA CONDENAÇÃO PELO CRIME DE LESÃO CORPORAL DOLOSA

O Ministério Público busca a condenação de Diogo Vargas Martins pelo crime de lesão corporal, alegando que todas as circunstâncias evidenciam a existência do dolo na conduta do recorrido.

Entretanto, não há razão para qualquer reforma, senão vejamos.

Da análise dos autos, verifica-se que, embora não se questione a materialidade do crime, diante do teor do Laudo de Exame de Lesões Corporais (fl. 10), bem como a autoria delitiva (confissão e depoimento da vítima), não há elementos que evidenciem ter o apelado agido com o dolo de lesionar sua então namorada Lhaise Danielly Souza Araújo.

A prova colhida, sob o crivo do contraditório, revela-se insuficiente para embasar um decreto condenatório pelo crime de lesão corporal dolosa, uma vez que a própria ofendida confirmou que as lesões foram advindas da tentativa de retomar o celular que estava na mão do apelado.

Nesse contexto, destaque-se que o tapa que a vítima afirma ter levado não restou provado, nem pela testemunha Jackson Danillo de Aguiar Santos, tampouco pelo Laudo de fl. 10. Ao contrário, a aludida testemunha negou a existência de qualquer agressão, afirmando, apenas, que a vítima quando chegou em sua residência estava nervosa e apresentava apenas arranhões no pé.

Vislumbro, assim, que a versão fornecida por Diogo Vargas Martins é a que mais se coaduna com a verdade dos fatos, na medida em que explicou que as lesões foram desencadeadas de forma imprudente, pois na tentativa de ler as mensagens no celular da ofendida, a afastava com a mão, oportunidade em que ela se lesionou.

Conclui-se, portanto, que a intenção do recorrido era única e exclusiva de ler as mensagens no celular da ofendida, não possuindo naquele momento o dolo de lesioná-la.

Logo, restando comprovada a prática do crime na modalidade culposa, não há que se falar em condenação pelo crime de lesão corporal dolosa.

Por fim, registre-se que não há reparos a efetuar na dosimetria da pena, já que foi fixada em consonância com os parâmetros legais.

Diante do exposto, **VOTO** pelo **CONHECIMENTO** e **NÃO PROVIMENTO** do apelo, mantendo a sentença de primeiro grau em todos os seus termos.

TJBA – Apelação Criminal nº 0006039-79.2005.8.05.0274, Segunda Câmara Criminal – Primeira Turma, Relator(a): Ivete Caldas Silva Freitas Muniz, julgado em 06/10/2016.

APELAÇÃO CRIMINAL. PECULATO (ART. 312, CAPUT, CP). ABSOLVIÇÃO (ART. 386, INCISO VII, DO CPP). APELO DEFENSIVO PRETENDENDO ABSOLVIÇÃO COM BASE NO ART. 386, INCISO I OU IV, DO CPP. ACUSAÇÃO SUSTENTADA EM DEPOIMENTOS INDIGNOS DE CREDIBILIDADE, DESCONSTITUÍDOS PELA DEFESA. PROVA SUFICIENTE DE QUE OS APELANTES NÃO CONCORRERAM PARA A INFRAÇÃO PENAL. ABSOLVIÇÃO COM FUNDAMENTO NO ART. 386, INC. IV, CPP. APELO PROVIDO. DECISÃO UNÂNIME.

Apelação criminal. Denúncia por peculato (art. 312, caput, do CP). Absolvição (art. 386, inciso VII, do CPP). Apelo defensivo requerendo a absolvição com base no art. 386, inciso I ou IV, do Código de Processo Penal. Parecer ministerial no sentido do provimento do apelo.

Provado nos autos que os apelantes cumpriram dever funcional de policiais civis, interceptando e apreendendo veículo e mercadorias ilícitas, oriundas do Paraguai, com determinação de instauração de competente inquérito policial pela primeira apelante.

Interrogatórios dos apelantes, perante a polícia e em juízo, coerentes entre si, no sentido de negar a autoria do fato delituoso, confirmados por inúmeros depoimentos testemunhais, igualmente harmônicos, prestados em juízo.

Não deve subsistir acusação sustentada em depoimentos não dignos de confiabilidade, plenamente desconstituídos pela defesa, que produziu provas suficientes de não ter concorrido para o cometimento da infração penal. Absolução que se impõe, nos termos do art. 386, inciso IV, do Código de Processo Penal.

Apelo provido. Decisão unânime.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Crime nº 0006039-79.2005.8.05.0274, da Vara Criminal da Comarca de Vitória da Conquista, em que figuram como apelantes Rita Valéria Nascimento Silva Conti Rocha, Givaldo Vieira de Sousa, Irandir Dias da Silva, Jair Souza Pereira e Joarez Dias Lima, e apelado o Ministério Público.

ACORDAM os Desembargadores integrantes da Primeira Turma da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade, em dar provimento ao apelo, absolvendo os apelantes nos termos do art. 386, inciso IV, do Código de Processo Penal, tudo nos termos do voto da Relatora.

RELATÓRIO

O Ministério Público do Estado da Bahia ofereceu denúncia contra Rita Valéria Nascimento Silva Conti Rocha, Givaldo Vieira de Sousa, Irandir Dias da Silva, Jair Souza Pereira, Joarez Dias Lima, Samuel Fonseca de Oliveira e Paulo César Ribeiro Araújo, todos qualificados nos autos, como incurso nas penas do art. 312, *caput*, do Código Penal.

Consta na peça acusatória, em síntese, que, no dia 15/11/1998, por volta das 22:00 h., por determinação da apelante Rita Valéria, então Delegada de Polícia, lotada na 21ª Dirpin de Vitória da Conquista, os também apelantes Givaldo, Jair, Irandir e Joarez, então agentes policiais, interceptaram na BR-116, um ônibus proveniente de Foz do Iguaçu, tendo sido escoltado até a Delegacia de Polícia, diante da denúncia de que transportava armas de fogo; que após revista no citado veículo, não sendo encontrada nenhuma arma, apreenderam inúmeros objetos de descaminho, como aparelhos eletrônicos, bebidas e pacotes de cigarros, por determinação da apelante Rita Valéria; que, após a partida do veículo, os produtos “selecionados” foram distribuídos entre Rita Valéria, Givaldo, Jair, Irandir e Joarez, e para garantir o sigilo, os também denunciados Paulo Cesar e Samuel, os quais também auxiliaram a “operação”, foram presenteados com algumas mercadorias. (fls. 02, 03 e 03A).

A denúncia foi oferecida com base em cópias de peças da investigação policial iniciada pela apelante Rita Valéria (fls. 58 a 60) e cópias de peças diversificadas de depoimentos isolados prestados na 21ª Dirpin, além de cópias de algumas peças do processo administrativo disciplinar instaurado contra os apelantes (fls. 04 a 57 e 61 a 473).

O denunciado Paulo César Ribeiro Araújo, assistido pela Defensoria Pública, ofereceu resposta à acusação a teor do art. 514 do CPP, às fls. 529 a 533.

Denúncia recebida em 05/04/2006, à exceção do denunciado Paulo Cesar Ribeiro Araújo, em relação ao qual foi rejeitada (fl. 534).

Qualificação e interrogatório dos processados, em Juízo, às fls. 546 a 558 e 574 a 576.

Defesas prévias de Samuel Fonseca de Oliveira às fls. 567/568, de Givaldo Vieira Souza, Jair Souza Pereira, Joarez Dias Lima e Irandir Dias da Silva às fls. 569/570 e de Rita Valéria Nascimento Silva Conti Rocha às fls. 581/582.

Prova testemunhal produzida às fls. 591/592, 676, 679/680, e em vídeos gravados nas mídias de fls. 726, 785, 830 e 853.

Certidão de óbito do processado Samuel Fonseca de Oliveira à fl. 688.

Alegações finais de Joarez Dias Lima às fls. 787 a 790, no sentido da absolvição, com fundamento no art. 386, inc. I, do CPP.

Alegações finais do Ministério Público no sentido da absolvição dos acusados, considerando a “absoluta ausência de provas hábeis a sustentar qualquer pedido de condenação.” (fls. 792 a 797).

Alegações finais de Rita Valéria, Givaldo Souza, Irandir Silva, Jair Pereira e novamente de Joarez Lima às fls. 799 a 805, no sentido da absolvição, com fundamento no art. 386, incs. I e IV, do CPP.

Sobreveio a sentença de fls. 855 a 870, tendo o MM. Juiz de Direito, Dr. Clarindo Lacerda Brito, declarado extinta a punibilidade, por morte, de Samuel Fonseca de Oliveira, e julgado improcedente a pretensão punitiva, para absolver todos os demais denunciados, na forma do art. 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

Rejeição de embargos declaratórios às fls. 878 a 880.

Termo e razões de apelo defensivo (respectivamente, fls. 882 e 886 a 897), pretendendo a absolvição com base no art. 386, inciso I ou IV, do Código de Processo Penal.

Contrarrazões Ministeriais às fls. 899 a 901, no sentido do provimento parcial do apelo, para que a absolvição se fundamente no art. 386, inciso IV, do Código de Processo Penal.

Nesta instância, pronunciou-se a eminente Promotora de Justiça Auxiliar da Segunda Instância, Drª. Isabel Adelaide de Andrade Moura, no sentido do provimento do apelo, com fundamento no art. 386, inc. IV ou inc. I, do CPP (fls. 911 a 916).

VOTO

Ao exame detido dos autos, verifica-se constar da Portaria datada de 15/11/1998, de fl. 58, que a apelante, Rita Valéria Nascimento Silva Conti Rocha, à época, Delegada de Polícia da Primeira Circunscrição do Município de Vitória da Conquista, ao tomar conhecimento de que um ônibus da empresa “JAET TURISMO”, proveniente de Cidade D’Leste, no Paraguai, passaria na Cidade de Vitória da Conquista transportando armas de fogo, determinou a realização de diligências para investigar a citada notícia, resultando na apreensão do ônibus suspeito, identificado como da empresa “Jaetur Turismo”, o qual foi conduzido à Delegacia e vistoriado, também apreendidas mercadorias “contrabandeadas”, correspondentes a “31 caixas de cigarros de diversas marcas, 4 caixas de bebidas diversas e 3 caixas de ventiladores”, com a determinação de instauração de Inquérito Policial;

O correspondente Relatório de “ORDEM DE SERVIÇO ESPECIAL”, dirigido ao “SR. DELEGADO REGIONAL”, datado do dia seguinte, 16/11/1998, de fls. 59/60, firmado pela apelante Rita Valéria, narra a realização das diligências determinadas na portaria de fl. 58, destacando-se a devolução de todas as mercadorias vistoriadas e consideradas regulares, à exceção daquelas apreendidas, quais sejam: “[...] 4 (quatro) caixas de bebidas e 31 (trinta e uma) caixas de cigarros, que foram legalmente apreendidas, e que se encontram das dependências desta delegacia à disposição de Vossa Senhoria.”.

A partir de então, verifica-se às fls. 73 a 79, os depoimentos prestados em 26/11/1998, pelos denunciados Paulo César Ribeiro Araújo e Samuel Fonseca de Oliveira, perante a Delegada de Polícia Juliana de Oliveira Flores, na Segunda Circunscrição Policial de Vitória da Conquista, informando que os apelantes Rita Valéria Nascimento Silva Conti Rocha, Givaldo Vieira de Sousa, Irandir Dias da Silva, Jair Souza Pereira e Joarez Dias Lima, após a apreensão, desviaram boa parte das mercadorias, restando somente aquelas constantes na portaria de fl. 58 e correspondente relatório, dos quais depoimentos, destacam-se os seguintes trechos:

“[...]” receberam ordem da Delegada de Polícia Plantonista Drª. Rita Valéria para descarregar toda a mercadoria que havia no interior do ônibus, acrescentando o declarante que nunca viu uma quantidade de mercadoria daquela e que todos os policiais ficaram boquiabertos, que depois de descarregado o ônibus se constatou que não haviam armas, então Drª. Rita Valéria começou a separar as mercadorias, algumas passavam para dentro da Delegacia e algumas deixavam dentro do ônibus que era a Drª. Rita Valéria que selecionava as mercadorias que ficaria e as que devolvia, que então

o ônibus foi embora, pois a Delegada Rita Valéria mandou o declarante despachar o ônibus dizendo 'Que estava sendo liberado o ônibus para ir embora seguir viagem caso não o fizessem rapidamente iria apreender toda a mercadoria e chamar a Receita Federal' depois que o ônibus seguiu viagem começou a divisão de toda a mercadoria que havia ficado na Delegacia, isto já era às 05:00 horas do dia 16/11. Que a Delegada Rita Valéria levou em seu veículo FIAT/UNO uma boa quantidade das referidas mercadorias, que o referido saiu completamente carregado, que o policial civil JAIR, saiu com a viatura lotada de mercadorias até o teto; que o policial civil JOAREZ, saiu com a outra viatura também lotada de mercadorias e IRANDIR, com o seu próprio veículo marca Voyage também cheio de mercadorias que por sinal a esposa do mesmo estava acompanhando, aliás a referida senhora acompanhou do começo ao fim a seleção de mercadorias, que GIVALDO procedeu da mesma forma esperando a chegada da viatura e depois saindo com a mesma abarrotada, que somente Givaldo deu uma viagem apenas e não mais retornou, mas os outros deram várias viagens sempre lotados de mercadoria, que o destino era a casa dos mesmos, depois de alguns dias eles comentaram que retirassem as mercadorias de suas casas que vinha polícia de fora para investigar o caso, que o declarante e Samuel por estarem na Delegacia foram presenteados para ficarem de bico calado 'Quer dizer não contar nada para ninguém', que os presentes foram de iniciativa de todo o grupo [...]” – Paulo César Ribeiro Araújo (fls. 73 a 74).

“[...] Que por determinação da Delegada Rita Valéria toda a mercadoria foi retirada do interior do ônibus e colocada na Delegacia, que juntamente com os policiais verificou a procura de armas e munições e não obtiveram sucesso, foi separado as mercadorias pois algumas seguiram viagem em destino final e outras permaneceram na Delegacia e então a Delegada autorizou ao declarante que pegasse algumas das mercadorias para ele, um aparelho de som AIWA, outro aparelho de som AIWA portátil e uma caixa de cigarros, que o declarante recebeu pois a Delegada que o presenteou [...] Que o declarante presenciou todos os policiais dividirem selecionarem as mercadorias e se apropriarem das mesmas levando-as, alguns em seus próprios carros e outros na própria viatura. Que o policial Jair levou ‘os presentes’ do declarante na viatura até o ponto do ônibus na saída para Anagé/Ba, que o declarante não participou da diligência portanto não sabe informar o local onde foi feita a apreensão, que o declarante informa que todos os policiais inclusive a Delegada Rita Valéria, levaram uma quantidade de mercadorias muito grande não podendo o declarante decifrar o tipo de mercadorias tendo em vista estar com os volumes fechados [...] Que com o passar dos dias ficou preocupado e resolveu falar toda a verdade para o Bel; Jackson Silva, Delegado Regional, devolvendo toda a mercadoria que havia recebido, igualmente fez também Paulo César.” - Samuel Fonseca de Oliveira (fls. 75 e verso).

Verificam-se, às fls. 81 a 110, cópias isoladas de depoimentos prestados nas datas de 30/11/1998 e 01/12/1998, pela testemunha Janilsa Freire Souza Alves e pelos denunciados, perante o Delegado de Polícia João Jaques Valois Coutinho, na 21ª Dirpin de Vitória da Conquista, dos quais destacam-se:

“[...] Que a declarante ficou ‘estarecida’ diante da notícia e do comportamento dos Policiais; [...] Que, através do Delegado Jackson Silva, a declarante tomou conhecimento que o DERPIN iria realizar Sindicância e responsabilizar todos que tiveram envolvimento no lamentável episódio; [...] Que por comentários, também soube que teria sido a Delegada RITA VALÉRIA quem teria determinado a apreensão e retenção de parte das mercadorias; Que a declarante também ouviu, do próprio PAULO CÉSAR o X9, que a mercadoria apreendida e retida na delegacia teria sido distribuída entre os policiais, tendo, ainda, a Delegada lhe ‘presenteado’ com alguns objetos; Que, como Chefe do Cartório da Delegacia Regional, a declarante tem conhecimento de que o Investigador Juarez Dias Lima responde a apuração, requisitada pelo Ministério Público, acerca de diligências realizadas pelo mesmo sobre um furto de um cão, da raça HUSK SIBERIANO, nesta cidade; [...] Que quanto a GIVALDO VIEIRA DE SOUZA, também há Inquérito Policial instaurado para apurar abuso de autoridade [...] Que quanto a JAIR SOUZA PEREIRA a declarante tem conhecimento de uma comunicação do Delegado WILLIAN SILVA TELLES, que responde como titular da 2ª CP, ao Delegado Regional, dando conta de insubordinação hierárquica cometida pelo indigitado Agente Policial; Que, quanto ao Agente público IRANDIR DIAS DA SILVA, a declarante não sabe de nenhum registro que o desabone; Que, com relação ao Agente Público SAMUEL FONSECA DE OLIVEIRA, igualmente, não sabe de nada que o desabone; Que, por sua vez, quanto a Belª. RITA VALÉRIA NASCIMENTO SILVA, a partir de quando a declarante assumiu a chefia do Cartório

da Delegacia Regional, foram encontrados no Cartório algumas denúncias contra a mesma, do tipo carta anônima em que se revela a utilização indevida das viaturas padronizadas por pessoas estranhas aos quadros da Polícia Civil de Vitória da Conquista, com o conhecimento e a anuência da Delegada em apreço, inclusive fazendo referência a um seu amante; Que, ainda, há um expediente da Polícia Rodoviária Federal de Vitória da Conquista, encaminhando um carro Saveiro, P.P. BUQ-4412/SP, chassi nº 9BWZZZ30ZSP121038 conduzido pelo MARCOS DURVAL TORRES COSTA, MARCOS BODÃO, cujo indivíduo portava 04 (quatro) cédulas de identidade, 02 (dois) talões de cheques do Banco do Brasil [...] e um álbum (sic) com fotografias de MARCOS BODÃO e ALTEMIR ALVES JÚNIOR, ambos trajando colete de Delegado da Polícia Civil; [...] mais uma vez evidencia-se o nome da Delegada Rita Valéria como proprietária da jaqueta de Delegado da Polícia Civil retro citada e como que houvesse conhecimento de permuta de carros, carros apreendidos pela Delegacia produto de Furtos e Roubos com o dito carro Saveiro pertencente a MARCOS BODÃO, situação esta que depõe contra a autoridade policial; Que, além destas denúncias retro mencionadas, há um Inquérito Policial instaurado pela Delegacia Regional, por requisição do Ministério Público, contra a Delegada Rita Valéria, por prática de arbitrariedade, referentemente a guarda e posse de um menor, cujo Inquérito já foi remetido à justiça [...]” (grifo ausente no original) (Janilsa Freire Souza Alves, na fase inquisitorial, fls. 81 a 85).

“[...] Que a delegada RITA VALÉRIA assistiu e acompanhou todo o transcurso da checagem procedida no coletivo, quando, finalmente, a mesma autoridade determinou o retorno das mercadorias ao interior do coletivo, liberando-o para seguir viagem; Que a mercadoria multi referenciada se tratava de brinquedos, cigarros, wisk (sic), sapatos, guarda-chuvas, ventiladores, eletro-eletrônicos, etc; Que a checagem era feita da seguinte forma: As caixas traziam o nome do passageiro proprietário, que era então chamado e assistia serem abertas, sendo posteriormente fechadas e finalmente eram retornadas ao ônibus; Que toda a mercadoria foi descarregada e recarregada ao ônibus, após checado, exceto a parte que a Drª. RITA apreendeu; Que basicamente o cigarro, wisk e o ventilador foram a mercadoria retida e apreendida pela delegada, não sabendo o interrogado as razões da atitude tomada pela autoridade policial, mesmo por comentários posteriores [...] Que não é verdade que a mercadoria retida e apreendida pela delegada RITA VALÉRIA tivesse sido distribuída entre os policiais civis supra mencionados, se encontrando até a presente data depositada nesta delegacia; Que não despertou curiosidade ao interrogado o fato da mercadoria ou parte dela ter sido retida pela delegada, apreendida e depositada nas dependências desta delegacia, mesmo com os passageiros reclamando a sua posse e propriedade, desconhecendo, como disse lá atrás, a motivação da apreensão [...] Que a mercadoria do ônibus, do conhecimento do interrogado, não possuía nota fiscal [...] que nunca foi preso ou processado [...]” (grifos ausentes no original) (Joarez Dias Lima, na fase inquisitorial, fls. 86 a 89).

“[...] que após acurado exame, quando as embalagens eram abertas em presença dos passageiros e no caso daquele que se dizia dono da caixa, quando não se constatava a presença de armas, então o passageiro apanhava o seu caixote e o reconduzia ao ônibus; Que toda a mercadoria foi descarregada e recarregada após o exame procedido, com exceção do cigarro, do wisk, dos ventiladores, que, segundo a delegada, por se tratar de produtos sem a devida nota fiscal, ficaram retidos e foram apreendidos no depósito de valores desta DIRPIN; [...] Que o interrogado não sabe as razões porque a mercadoria não seguiu para a Receita, no entanto, imagina que teria sido em razão dos passageiros novamente retornarem a esta delegacia e estarem a reclamar a sua devolução; Que o interrogado sabe perfeitamente de um passageiro que aqui esteve reclamando a sua mercadoria em que pese não saber o seu nome; [...] Que não é verdade que a mercadoria apreendida houvesse sido distribuída entre os policiais civis que participaram da diligência e que estiveram presentes na delegacia, na ocasião, por determinação da autoridade policial supra citada; [...] Que o interrogado, na última quinta-feira, 26.11.98, à noite, em verdadeira operação de guerra, juntamente com o seus colega (sic) GIVALDO, quando se encontrava na praça Gerson Sales, em frente a residência da Drª. RITA VALÉRIA, houve uma abordagem por parte de dois delegados e um bom contingente de policiais civis, quando então houve a condução do interrogado e GIVALDO até esta delegacia, ocasião em que o interrogado sentiu, digo, sentiu-se constrangido e se submeteu a uma bateria de perguntas, inclusive com ameaças de ser recolhido ao xadrez por parte dos delegados WILLIAN TELLES e DARCI CARDOSO [...]” (grifos ausentes no original) (Jair Souza Pereira, na fase inquisitorial, fls. 90 a 92).

“[...] o ônibus passou tendo sido abordado e conduzido a esta delegacia, em cuja ocasião foi rigorosamente inspecionado; quando toda a mercadoria transportada foi descarregada, checada se havia armas e CDs e finalmente retornada ao ônibus, com exceção de parte do material a exemplo de Wisk (sic), cigarros, ventiladores, cadeados, etc.; Que por determinação da Delegada RITA VALÉRIA,

ficou apreendida e guardada no depósito de valores desta delegacia; [...] Que o interrogado soube que o ônibus, dentre passageiros e dois motoristas, contavam com cerca de vinte ocupantes, e não sabe precisar se quer (sic) por aproximação o valor da mercadoria apreendida e q (sic) que serviu, digo, a que seguiu viagem no ônibus [...] Que na última quinta-feira-dia 26.11.98, já por volta da meia noite na praça Gerson Sales, em frente ao Lanchão, nas proximidades da residência da Dr^a. Rita Valéria, quando o interrogado se encontrava com seu colega JAIR, foi super, digo, surpreendido por duas viaturas padronizadas e mais duas ou três não padronizada (sic), comandadas pelos delegados WILLIAN TELLES e DARCI CARDOSO, quando inúmeros policiais, colegas do interrogado, muito bem armados abordaram o interrogado e lhe questionaram sobre IRANDIR e um tal de LUIZ [...] Que, no entanto, o interrogado e o JAIR foram conduzidos até esta delegacia e aqui submetidos a uma dateria (sic) de perguntas causando um grande constrangimento [...] Que não é verdade que o interrogado houvesse sido indiciado em Inquérito Policial requisitado pelo Ministério Público e presidido pelo Delegado Regional, Dr. Jackson Silva [...]” (grifos ausentes no original) (Givaldo Vieira de Souza, na fase inquisitorial, fls. 93 a 95).

“[...] Que, feita a abordagem, o ônibus e os passageiros ocupantes foram conduzidos até esta delegacia, em cuja oportunidade houve a sua revista buscando-se as armas e a munição denunciada pelo telefonema anônimo; Que a mercadoria checada não foi constatada a presença de armas ou munição, na verdade, tratava-se de wisck, cigarros, eletro-eletrônicos, etc.; Que, após a vistoria rigorosa, a mercadoria retornou ao ônibus, com exceção de cigarros, wiscks, cadeados, enfim, determinado material que a delegada entendia que deveria apreendido (sic); Que o interrogado não sabe porque parte da mercadoria ficou retida e outra foi devolvida, retornando ao ônibus; Que a autoridade policial citada não explicou a destinação que iria dar à mercadoria apreendida, como também o interrogado não teve a curiosidade de perguntar; Que não é verdade que a mercadoria que ficou retida houvesse sido rateada entre os policiais, na verdade, ficou guardada no depósito de valores desta DIRPIN [...] Que nunca foi preso nem processado anteriormente [...] que as mercadorias apreendidas, transportadas no coletivo, não continham notas fiscais [...]” (grifos ausentes no original) (Irandir Dias da Silva, na fase inquisitorial, fls. 96 a 98).

“[...] Que o interrogado trabalha na 21ª DIRPIN, sem vínculo empregatício com o estado ou com outro organismo oficial, há quase dois anos [...] Que, na Polícia Civil de Vitória da Conquista, o interrogado desenvolve o trabalho de faxineiro e na carceragem varre o pátio, entrega alimentação e recomenda aos presos que façam a faxina interna das celas; Que, pelo serviço, até o momento, o interrogado percebe uma ‘caixinha’ que um e outro policial lhe dão (sic), muitas vezes até o ticket refeição [...] Que o interrogado, no entanto, confessa que teve um ‘passado ruim’ e quer mostrar a sociedade que se corrigiu e para tanto coloca-se a disposição para prestar o citado serviço, como voluntário [...] que tem sido ameaçado de morte por parte dos policiais e com promessas também de lhe colocar no xadrez [...] Que, na frente da delegada RITA VALÉRIA, no dia da apreensão do ônibus da mercadoria, o interrogado foi ameaçado que se ‘abrisse o bico’ poderia morrer ou ir para a cadeia, palavras proferidas pelo agente público IRANDIR; Que o interrogado já pediu segurança de vida ao Dr. Jackson, quando inclusive chegou a mandar a sua esposa procurá-lo na sua residência, tendo o delegado regiona (sic) determinado a localização e a condução dos Agentes JAIR e GIVALDO até esta delegacia [...] Que no dia 15.11.98 à noite e no dia 16.11.98, pela madrugada, o interrogado esteve na delegacia e acompanhou todo o episódio da apreensão do ônibus da JAETTUR TURISMO e das mercadorias; Que assistiu inclusive a um dos passageiros dizer que os ocupantes do citado ônibus dariam R\$ 6.000,00 (SEIS MIL REAIS), à delegada e aos policiais para as mercadorias serem liberadas [...] Que o interrogado, em sua residência, recebeu a visita de IRANDIR que lhe recomendou que lhe devolvesse toda a mercadoria que lhe tinha sido ‘presenteadas’ pela Dr^a. RITA VALÉRIA, porquanto vinha ‘uma polícia de fora’ para fazer a apuração das denúncias do desvio (sic) da mercadoria [...] Que toda mercadoria apreendida do ônibus tinha um talão de notas do Paraguai, porém não se tratava de nota fiscal; [...] Que chegou a ouvir a Delegada RITA VALÉRIA alegar aos passageiros do ônibus que a parte da mercadoria que ficou retida na delegacia seria para doação à creches de Conquista; Que, no entanto, após o ônibus seguir viagem, os produtos foram divididos pela delegada e os policiais [...] Que o interrogado calcula que a mercadoria que ficou retida na delegacia entre à apreendida e a outra parte distribuída, o montante ultrapassa de TRINTA A QUARENTA MIL REAIS [...]” (grifos ausentes no original) (Paulo César Ribeiro Araújo, conhecido por “X9”, na fase inquisitorial, fls. 100 a 103).

“[...] Que, já nestadelegacia (sic), os passageiros e os motoristas desceram do ônibus, todos cientificados das razões da diligência, quando então a interrogada determinou que se procedesse a uma minuciosa revista no ônibus de forma a se localizar o armamento, a munição e os CDs [...] Que,

após a busca, não se confirmando (sic) a notícia do telefonema anônimo, a interrogada determinou a recondução da mercadoria ao interior do ônibus [...] Que a mercadoria examinada, nenhum dos produtos, não apresentava notas fiscais; Que a alegação unânime era de que os produtos tinham sido adquiridos no Paraguai e por isso eles mesmo, os passageiros, não possuíam (sic) as respectivas notas fiscais [...] Que após a revista ao ônibus, já pela madrugada do dia 16.11.98, a interrogada autorizou a sua liberação e consequente seguimento de viagem, quando parte da mercadoria ficou retida e outro tanto seguiu viagem; Que a interrogada adotou tal procedimento em razão da natureza e da avaliação pessoal realizada sobre os produtos, isto é, entendeu que os eletro-eletrônicos, brinquedos, artigos de natal, etc poderiam seguir com os seus detentores, mesmo que sem nota fiscal, atendendo a apelos; Que, porém, cigarros e bebidas, a interrogada decidiu por reter e fazer a sua apreensão, guardando-os no depósito de valores desta delegacia; Que, na verdade, a interrogada, como providências, determinou a instauração de inquérito policial, comunicou o fato ao delegado regional e pretendia fazer a remessa da mercadoria apreendida à Receita Federal; Que, no entanto, já no dia seguinte, segunda-feira 16.11.98, a imprensa começou a dar, digo, as pessoas começaram a telefonar para a delegacia e a reclamar os objetos apreendidos, passando daí também a imprensa a dar destaque aos fatos, dificultando que a interrogada diligenciasse; [...] Que, a bem da verdade, o relacionamento da interrogada e o Delegado Regional, nunca foi muito ‘bom’, desde a sua chegada a Vitória da Conquista; Que todos tinham cota de gasolina, menos a interrogada [...] Que a interrogada, quanto ao episódio (sic) objeto desta apuração, adotou as seguintes providências: Instaurou inquérito por Portaria; Determinou lavratura de ocorrência; Expediu Ordem de Serviço; Auto de apreensão da mercadoria retida; E outra peça foi o relatório encaminhado ao Delegado Regional da diligência realizada pelos Agentes [...] Que, nesta oportunidade, exibido o material apreendido pela delegada JULIANA DE OLIVEIRA FLORES, lotada na ‘2ª CP’ da 21ª DIRPIN, a interrogada admite poder tratar do mesmo material que o ônibus conduzia, visto que há cigarros, wiscks e eletro-eletrônicos; Que o material apreendido por Dr^a. JULIANA e encaminhado a esta autoridade policial, por comentários, a interrogada tomou conhecimento de que os produtos teriam sido apreendidos em poder de SAMUEL e de PAULO CÉSAR; Que não é verdade as acusações de SAMUEL e de PAULO CÉSAR contra a interrogada, de que ambos haviam sido ‘presenteados’, da mercadoria retida e apreendida do ônibus multi citado, pela delegada [...] Que no diálogo que manteve com os ocupantes do ônibus da JAETTUR, a interrogada não se lembra de haver tratado alguns passageiros de forma rispida (sic) e nem afirmara que se o ônibus não seguisse viagem e os passageiros também, a interrogada faria a apreensão e retenção total dza, digo, da mercadoria [...] Que, igualmente, não é verdade que a interrogada houvesse autorizado a distribuição de parte da mercadoria apreendida do ônibus entre os agentes policiais civis e o agente público que realizaram a diligência, permitindo também que a mercadoria fosse transportada nas viaturas padronizadas da DIRPIN [...]” (grifos ausentes no original) (Rita Valéria Nascimento Silva Conti Rocha, na fase inquisitorial, fls. 104 a 110).

Às fls. 127 consta cópia de ofício datado de 02/12/1998, expedido pela 21ª Dirpin, firmado pelo Delegado de Polícia João Jaques Valois Coutinho e dirigido ao Dr. Rachid Aven - Delegado da Receita Federal de Vitória da Conquista, fazendo referência a procedimento investigatório preliminar objetivando a apuração da “[...] notícia do desvio de mercadoria procedentes do Paraguai, apreendidas pela Bel^a. Rita Valéria Nascimento Silva, Delegada de Polícia [...]”, e remessa da mercadoria apreendida ao referido Delegado da Receita Federal de Vitória da Conquista.

Registram os autos que, em razão dos fatos questionados, foi instaurado processo administrativo disciplinar contra os apelantes Rita Valéria Nascimento Silva Conti Rocha, Givaldo Vieira de Sousa, Irandir Dias da Silva, Jair Souza Pereira e Joarez Dias Lima, integrando a “Comissão de Processo Administrativo Disciplinar”, os Delegados Carlos Santos do Nascimento, Sérgio de Araújo Vasconcelos e Frank Goulart Nogueira, presidido pelo primeiro, com relatório final conclusivo nos seguintes termos: “[...] Por fim, conclui a COMISSÃO, que os acusados são CULPADOS e devem sofrer PUNIÇÕES estabelecidas em Lei, a critério da Autoridade superior [...]” (fls. 370 a 378) e despacho do Procurador Geral do Estado, à época, Dr. Raimundo Viana, no sentido da aplicação de “pena de demissão com a nota a bem do serviço público” (fls. 392 a 395).

Passa-se ao exame da prova produzida em Juízo:

Dos dois denunciados, Samuel Fonseca de Oliveira e Paulo César Ribeiro Araújo, este conhecido por “X9”, que na fase policial notificaram os fatos apurados, somente o primeiro, Samuel Fonseca de Oliveira foi localizado e ouvido em Juízo, tendo negado sua autoria, admitindo, po-

rém, “[...] que imagina estar incluído na denúncia, tão somente em virtude de haver sido presenteado com um aparelho de som, segundo consta por ordem da Dra. Rita Valéria Nascimento Silva, Delegada que estivera à frente de diligência levada a efeito na apontada data [...] que por parte de Paulo César Ribeiro Araújo, que não era funcionário, porém sempre se fazia presente e auxiliando na Delegacia, tomou ciência quanto à dádiva que lhe fora destinada, sendo que logo o interrogado comunicou o fato ao Dr. Jackson Silva, então Delegado Regional; que este então determinou que o funcionário conhecido como Leobino José, fosse ao Bar antes referido, e de lá trouxesse, como fora feito, o aparelho de som a que antes se reportou [...] que confirma os termos das declarações prestadas em fls. 75/75v, sem nada alterar [...] que o acusado Paulo além da comunicação atrás referida, também informou para o interrogado que Paulo também havia recebido um aparelho de som, de presente da Delegada [...] que conforme supõe o interrogado, o presente dado a ele bem como aquele destinado à Paulo, um e outro fazia parte da mercadoria apreendida [...] que na oportunidade quando a Dra. Rita Valéria o presenteou, o fato foi assistido por demais funcionários, Givaldo, Joarez, Jair e Irandir, que lá se achavam, e também por Paulo César [...]” (fls. 556 a 558).

Janilsa Freire Souza Alves, Escrivã de Polícia Civil, testemunha de acusação, em Juízo, além de esclarecer nunca haver tido notícia de desavença entre Delegados lotados na Comarca de Vitória da Conquista, confirmou seu depoimento de fls. 81 a 84, prestado na fase inquisitorial, em que consta, em resumo, a afirmação de que ouviu comentários sobre a carga apreendida corresponder a cigarros, bebidas, eletro-eletrônicos, cadeados, entre outros produtos; que comentava-se que a Delegada Rita Valéria havia determinado a apreensão e retenção de parte das mercadorias; ouviu de Paulo César que a mercadoria apreendida e retida na Delegacia teria sido distribuída entre os policiais, e que a Dra. Rita Valéria o presenteou com alguns objetos; que à exceção do apelante Irandir, Paulo César e Samuel, todos os outros apelantes responderam a inquérito policial ou processo administrativo (grifos ausentes no original) (fls. 591/592).

Valdeci Dias dos Santos, vítima, foi ouvida em Juízo através de Carta Precatória dirigida à Comarca de Itabuna (fl. 676), declarando “[...] ‘eu perdi tudo’. [...] Que a Delegada estava presente no momento da abordagem ‘ela mandou todo mundo ficar quieto e ficar calado. Eu fiquei quieta’. [...] Que as mercadorias foram apreendidas, ficou tudo lá. Que a depoente tinha comprado mercadorias no valor de dois mil e quinhentos dólares e o marido da depoente tinha feito compra no valor de mil dólares [...] Que alguns passageiros fizeram queixa contra os policiais ‘eu não. Eu fiquei com medo de eles me matarem. Tenho até medo de eles saberem meu endereço.’ Que ‘lá na hora distribuíram assim com alguns. Levaram lá para dentro [...]’ Que o ônibus estava cheio de passageiros ‘não sei quantas pessoas não. As mercadorias ficaram todas lá. Que os passageiros foram liberados apenas com os objetos de uso pessoal. só os pertences só’ [...] Que a depoente nunca mais procurou saber sobre suas mercadorias apreendidas ‘eu fiquei com muito medo. Mexer com polícia é complicado’” (grifos ausentes no original) (fl. 676).

Jason Gomes de Oliveira, testemunha arrolada pela acusação, motorista do ônibus apreendido, em Juízo, através de Carta Precatória também dirigida à Comarca de Itabuna (fls. 679/680), sustentou que no ônibus que conduzia “havia uísque, aparelhos de fax, não lembra se tinha impressora ou material de informática [...] Que os policiais não devolveram nenhum objeto para os passageiros. Os materiais que estavam no ônibus ficaram na delegacia [...] Que tinha aparelhos celulares os quais também não foram devolvidos [...] As mercadorias eles ficaram com elas lá. As mercadorias ficaram na delegacia de Vitória da Conquista [...] ‘eu também fui ouvido em Poções mas ninguém conseguiu receber sua mercadoria de volta’ [...] ‘o que eu sei é que nós saímos da Delegacia quatro horas da manhã e, segundo o pessoal, as mercadorias já não estavam mais na delegacia’ [...] Era muita mercadoria ‘o carro vinha cheio, lotado. Tinha muita coisa’ [...]” (grifos ausentes no original) (fls. 679/680).

Por outro lado, confirmando os termos dos seus respectivos interrogatórios prestados perante a polícia, os apelantes Rita Valéria Nascimento Silva Conti Rocha, Givaldo Vieira de Sousa, Irandir Dias da Silva, Jair Souza Pereira e Joarez Dias Lima, em Juízo, afirmam que não se apropriaram ou desviaram os referidos bens, para proveito próprio ou alheio (interrogatórios de fls. 546 a 558 e 574 a 576), senão vejamos:

Jair Souza Pereira, apelante, na fase judicial, sustentou:

“[...] que o interrogado participou de diligência comandada pela Dra. Rita Valéria, quando ocorreu a interceptação de um ônibus, provindo das três fronteiras, com passageiros e carga, tudo conduzido a Delegacia, lá acontecendo liberação do veículo, bem como dos passageiros e de parte da carga, mas sendo feita apreensão de menor parte da mercadoria, formada de aparelhos de som, ventiladores, bebidas e cigarros; que ao conhecimento do interrogado, não houve, por parte da Dra. Rita Valéria, presenteamento a integrantes da diligência, ou de pessoas que se fizeram presentes na delegacia [...]” (grifo ausente no original) (fls. 546/547).

Irândir Dias da Silva, apelante, na fase judicial, sustentou:

“[...] que sob o comando da Dra. Rita Valéria o interrogado participou de diligência juntamente com Jair, Givaldo e Juarez, colegas de trabalho; que houve a interceptação de ônibus provindo das Três Fronteiras, o mesmo conduzindo passageiros e mercadorias; que o veículo e grande parte da mercadoria, bem assim os seus passageiros foram liberados, que resultou apreendida uma pequena parte da mercadoria, mas o interrogado não sabe quais foram os itens da apreensão; que desconhece qualquer oferta feita pela Delegada Rita Valéria a participantes da diligência, com produtos que integrariam o acervo da carga do ônibus [...]” (grifo ausente no original) (fls. 548/549).

Givaldo Vieira de Sousa, apelante, na fase judicial, sustentou:

“[...] que juntamente com Jair, donde partira o convite, e mais os colegas Irândir, Joarez, ocupando duas viaturas, foi realizada a diligência; que o ônibus foi conduzido mediante escolta até a Delegacia com passageiros e mercadorias no mesmo transportada; que as caixas onde contidas as mercadorias, tendo as iniciais de seus donos, foram levadas ao interior da Delegacia e lá abertas em presença dos interessados, que ao ensejo, havia seleção da parte que a Delegada entendia devesse ser apreendida, com liberação do restante que era retirado pelo dono e levado até o passeio do outro lado da rua; que a apreensão foi feita apenas de bebidas e cigarros; que não tem o interrogado qualquer conhecimento de que a delegada presenteasse participantes da diligência ou mesmo pessoas outras que se achavam na Delegacia, salvo os passageiros do ônibus, com qualquer item integrante da mercadoria apreendida; que através da mídia, o interrogado tomou conhecimento de que, por parte de Samuel e Paulo César, houve a devolução de aparelhos de som, com os quais os mesmos teriam sido presenteados pela Dra. Rita Valéria; que ditos aparelhos integrariam o acervo apreendido e a devolução deles ocorreu ao Dr. Jackson Silva, Delegado Regional [...]” (fls. 550 a 552).

Joarez Dias Lima, apelante, na fase judicial, sustentou:

“[...] que o interrogado confirma a realização de Diligência Policial em data de 15/11/1998, por ordem da Delegada Rita Valéria, resultando na condução de um ônibus até a delegacia, com os passageiros e mercadorias nele contidas, segundo consta, providas do Paraguai; que o ônibus foi posteriormente liberado e do mesmo modo grande parte da mercadoria, tendo havido apreensão final de pequena parcela de produtos como ventiladores, caixa de bebidas e itens que outros que não sabe especificar; que a Dra. Rita Valéria, esteve na Delegacia quando da condução do ônibus até lá e dita Autoridade viu que havia no interior do ônibus, variadas mercadorias [...] que embora não visse Dra. Rita Valéria dar presentes com os produtos que eram conduzidos no ônibus, depois, quando da apuração procedida pela Polícia Civil, soube que Samuel e Paulo, devolveram mercadorias com as quais diziam presenteados em oportunidade passada; que depois da liberação do ônibus, dos passageiros e de grande parte das mercadorias, algumas pessoas, passados uns três dias, apareceram fazendo reclamações como prepostos dos passageiros, alegando retenção de mercadorias que ficaram apreendidas, sendo que estas, ao quanto sabe o interrogado, foram encaminhadas à Receita Federal [...] que desconhece o interrogado, se produtos selecionados ficaram com Dra. Rita Valéria, Givaldo e Irândir [...]” (fls. 553 a 555).

Rita Valéria Nascimento Silva, apelante, na fase judicial, sustentou:

“[...] que a interrogada não se deslocou com o grupo incumbido da diligência [...] que uma vez já na delegacia o veículo, foi vistoriado o seu interior e bagageiro, não se localizando arma nem droga, en-

tretanto, estava o mesmo carregado com mercadorias diversas providas das três fronteiras, inclusive cigarros, bebidas, eletro-eletrônicos, brinquedos, etc; que os passageiros do ônibus não tardaram a ser liberados e de igual modo, houve a liberação imediata de parte da mercadoria, apreendendo-se apenas o que se referisse aos itens cigarros e bebidas; que para a verificação necessária, todo o acervo de mercadoria conduzido no ônibus foi retirado e após a devida análise, é que houve a entrega da parte liberada com lavratura de auto de apreensão daquelas que ficaram retidas [...] que na segunda feira, já depois do almoço, a interrogada recebeu um telefonema do Dr. Jackson Silva, informando que o Delegado Regional de Itabuna àquele havia telefonado, para que o mesmo intercedesse no sentido de liberar também o cigarro e bebida apreendidos [...] que a interrogada não concordou em fazer a liberação pretendida pelo colega, entretanto lembrou ao Dr. Jackson Silva, na condição de Chefe, que ele podia determinar de forma diversa, avocando até mesmo o inquérito e as investigações; que o mencionado regional, seu Chefe, não avocou o inquérito e nem liberou a mercadoria, pelo que, dada a indefinição, a interrogada oficiou a (sic) Receita Federal fazendo o encaminhamento de tudo quanto restou apreendido; que diante daquele posicionamento afinal tido pela interrogada, o Dr. Jackson afirmou que faria da vida dela 'um inferno', já que não cumpriu o que ele solicitou, chegando a acrescentar que 'retiraria a interrogada da polícia'; [...] que a interrogada não 'presenteou' a qualquer dos participantes da diligência com bens integrantes da carga do ônibus que foi conduzido à delegacia na forma já relatada; [...] que mesmo em instantes de atividade pela interrogada, podia ocorrer a solicitação de algum serviço a pessoa de Samuel, que era um servidor municipal colocado à disposição da polícia; que quanto a Paulo César, embora o mesmo sempre estivesse presente na Delegacia, não era funcionário da polícia e nenhuma atividade a interrogada incumbia ao mesmo; que na linguagem policial, Paulo César seria um 'X-9', ligado ao Regional Jackson Silva; [...] (fls. 574 a 576).

As testemunhas indicadas pela defesa atestam as boas condutas, inclusive funcionais, dos referidos apelantes, referindo-se, ainda, aos fatos ora apurados da seguinte forma:

Alberto Fábio Menezes Pereira, testemunha de defesa, Policial Civil, em depoimento judicial, gravado na mídia de fl. 785, sustenta que era subordinado da Delegada Rita Valéria; que a mencionada Delegada era muito competente; que havia "tensão interna", "uma confusão entre algumas autoridade da época, e que eles brigavam por poder"; que "sabia que Dr. Wilson não se dava com o Dr. Jackson, e vice versa"; que o denunciado Samuel "não era agente de polícia, era agente administrativo"; que Samuel "tinha problemas com alcoolismo, e tinha problemas com síndrome do pânico"; que Samuel era inseguro, manipulável e cleptomaniaco; que o denunciado Paulo César "não era funcionário", "não era uma pessoa dada a fazer coisas muito certas"; que ouviu comentários de este ser envolvido com o comércio ilícito de drogas; que quando entrou na polícia já o encontrou trabalhando na delegacia; que havia outros como ele lá; que nunca soube quem permitiu que Paulo trabalhasse na Delegacia; que no seu ponto de vista, o Coordenador, Dr. Jackson, "autoridade maior", é quem deveria proibir a permanência de Paulo no ambiente da Delegacia; que a Delegacia antes era ao lado do Banco Bradesco, e o ônibus foi estacionado em frente à delegacia, e o depoente trabalhava na recepção, e tinha um vidro bem grande, de onde dava para visualizar todo o ônibus, tendo a Delegada ordenado que fossem revistas caixas e procurado armamento de fogo, entretanto, constatou-se haver outros produtos, como cigarros, muita bebida e produtos pequenos, de plástico, relógio, etc; que tinham muitas caixas e não abriram todas; que no dia cumpriu integralmente seu plantão e chegou a ver os acusados saindo da delegacia após a conclusão da operação, um por um, e os carros estavam estacionados nas proximidades do ônibus; que durante a operação os passageiros ameaçaram ligar para outras autoridades noticiando os fatos; as bebidas e os cigarros foram depositados em uma sala da Delegacia, a qual foi trancada; que a Drª. Rita, no dia dos fatos, informou que encaminharia o expediente à Receita Federal; que nenhum dos policiais saiu com objetos (fl. 785).

Claudio Alves Reis, testemunha de defesa, Policial Civil, em depoimento judicial, gravado na mídia de fl. 785, descreveu que os apelantes possuíam bom comportamento profissional e social; afirmou que não participou da diligência de apreensão ao ônibus em questão; que não acreditou na notícia de desvio de mercadoria, "até porque, de quem partiu a acusação, as pessoas não eram muito confiáveis"; que Paulo era informante de Polícia; que "informante é aquele cara que tem envolvimento com o crime e a gente faz vista grossa para alguns delitos dele para ele entregar os outros"; que Paulo era informante de Dr. Jackson; que Samuel era alcoólatra. (fl. 785).

Edésia de Sousa Rodrigues, testemunha de defesa, Policial Civil, em depoimento judicial, gravado na mídia de fl. 785, informou que a apelante, Delegada Rita Valéria, trabalhava de forma transparente; que após a apreensão de uma carga de açúcar, onde o Dr. Jackson Silva, então Delegado Regional de Vitória da Conquista, avocou o respectivo Inquérito, com resistência da Delegada Rita Valéria, iniciou-se desentendimento, "toda a briga", entre ambos; que Dr. Jackson deixava transparecer "certo racismo" com a Delegada Rita Valéria; que Samuel era um bom colega, mas "digno de pena"; que Samuel trabalhava alcoolizado; que Samuel era lotado na Secretaria de Segurança Pública, mas não era agente de polícia; que à época da apreensão das mercadorias em questão, estava de férias; que Samuel lhe disse que o Delegado Jackson o coagiu a depor contra a Delegada Rita Valéria; que Samuel lhe disse não haver ficado com mercadoria alguma; que o denunciado Paulo tinha o apelido de "Paulo maconha", em razão deste ter sido envolvido com a mercancia de "maconha"; que o então Delegado Regional, Dr. Jackson Silva, consentia a presença deste na Delegacia; que os "presentes" que o denunciado Paulo César devolveu correspondiam a um gravador usado, pacotes de cigarros e uma garrafa de whisky; que a Sindicância instaurada contra os apelantes foi fruto de perseguição do então Delegado Regional, Dr. Jackson Silva (fl. 785).

João de Oliveira Matias, testemunha de defesa, Policial Civil, em depoimento judicial, gravado na mídia de fl. 785, sustentou que Dr. Jackson e Dr. Wilson, ambos delegados, tinham problemas de relacionamento; que sobre os fatos objeto da presente ação, não os presenciou, que quando chegou na Delegacia Regional, na segunda pela manhã, encontrou armazenado cigarros e whisks; que os referidos objetos foram encaminhados à Receita Federal; que Samuel era alcoólatra; que o Delegado Regional sabia da presença de Paulo César na Delegacia; que ouviu falar que Paulo César foi envolvido com venda de requeijão e pastel recheados com "maconha"; que era conhecido como "Paulo do requeijão"; que não pode afirmar que havia perseguição à Delegada Rita Valéria (fl. 785).

Em uma segunda oitiva, também na fase judicial, João de Oliveira Matias, testemunha de defesa, Policial Civil, mídia de fl. 853, informou que desembarcou em Vitória da Conquista na segunda-feira pela manhã, indo direto à Delegacia, onde constatou que havia um ônibus estacionado na frente do mencionado órgão; que conhecia Givaldo Vieira de Sousa, Irandir Dias da Silva, Jair Souza Pereira, Joarez Dias Lima e a Delegada Rita Valéria, atestando a boa conduta social destes; que o local onde os objetos apreendidos foram guardados era improvisado; que nunca percebeu qualquer tipo de perseguição a servidores na Delegacia; que por uma fresta percebeu que os objetos apreendidos correspondiam a bebidas e cigarros; que soube que os mencionados objetos foram entregues à Receita Federal; que Samuel era alcoólatra; que a Delegada Rita Valéria era muito eficiente; que os referidos apelantes possuem boa conduta social; que tomou conhecimento dos fatos posteriormente; que não tem conhecimento se a denúncia foi fruto da perseguição de alguém; que ficou surpreso com a demissão a bem do serviço público (fl. 853).

José Magno Coelho Pessoa, testemunha de defesa, Policial Civil, em depoimento judicial, gravado na mídia de fl. 785, declarou, em resumo, só haver coisas boas a falar da conduta de Givaldo Vieira de Sousa, Irandir Dias da Silva, Jair Souza Pereira, Joarez Dias Lima e a Delegada Rita Valéria; que ficou surpreso com a demissão dos apelantes (fl. 785).

Luís Alberto Miranda de Araújo, testemunha de defesa, Policial Civil, em depoimento judicial, gravado na mídia de fl. 785, afirmou que conheceu os apelantes na Delegacia de Polícia Civil de Vitória da Conquista; que o então Delegado Regional, Dr. Jackson Silva, dispensava um tratamento diferenciado (não amistoso) à apelante, Delegada Rita Valéria; que o denunciado Paulo era conhecido como "Paulo maconha"; que o acusado Paulo tinha livre acesso à Delegacia; que o acusado Paulo se fazia presente na Delegacia diariamente, estando a serviço do então Delegado Regional, Dr. Jackson Silva; que o denunciado Samuel era alcoólatra; que Samuel era agente público, sob fiscalização do então Delegado Regional, Dr. Jackson Silva; que Samuel praticava pequenos furtos; que deixou de trabalhar na 1ª Delegacia de Vitória da Conquista em razão de perseguição da chefe de cartório e do então Delegado Regional, Dr. Jackson Silva; que o acusado Paulo foi trabalhar em um sítio em Itabuna, emprego que o Dr. Jackson Silva arranhou para ele; que não trabalhava em Vitória da Conquista na época dos fatos apurados neste processo (fl. 785).

Luis Vasconcelos Melo, testemunha de defesa, Policial Militar, em depoimento judicial, gravado na mídia de fl. 785, asseverou, sucintamente, que Givaldo Vieira de Sousa, Irandir Dias da Silva, Jair Souza Pereira, Joarez Dias Lima e a Delegada Rita Valéria eram pessoas de boa conduta social e bons profissionais; que ficou surpreso com a demissão deles, a bem do serviço público (fl. 785).

Em uma segunda oitiva, também na fase judicial, Luis Vasconcelos Melo, testemunha de defesa, Policial Militar, mídia de fl. 830, confirmando seu depoimento acima mencionado, informou que Givaldo Vieira de Sousa, Irandir Dias da Silva, Jair Souza Pereira, Joarez Dias Lima e a Delegada Rita Valéria exerciam bem suas funções, sendo esta última, especificamente, muito eficiente; que os referidos apelantes possuem boa conduta social; que tomou conhecimento dos fatos posteriormente; que não tem conhecimento se a denúncia foi fruto da perseguição de alguém; que ficou surpreso com a demissão a bem do serviço público (fl. 830).

Maxwell Rocha Soares, testemunha de defesa, Policial Civil, em depoimento judicial, gravado na mídia de fl. 785, sustentou, em síntese, que os apelantes Givaldo Vieira de Sousa, Irandir Dias da Silva, Jair Souza Pereira, Joarez Dias Lima e a Delegada Rita Valéria possuíam boa conduta social e eram bons profissionais; que a época dos fatos apurados nesta ação não trabalhava em Vitória da Conquista; que não quis trabalhar em Vitória da Conquista em razão da existência de pessoas sem vínculo com a administração trabalhando na Delegacia; que a existência de desentendimento entre o Delegado Regional e o Delegado titular da “Delegacia de Furtos” também o desmotivou a trabalhar em Vitória da Conquista; que “X-9” eram pessoas fora do quadro da Polícia Civil trabalhando na Delegacia; que não sabe nada a respeito do acusado Paulo; que não sabe nada a respeito do acusado Samuel (fl. 785).

Moisés de Oliveira Matias, testemunha de defesa, Investigador da Policial Civil, em depoimento judicial, gravado na mídia de fl. 785, elogiou a conduta profissional da Delegada Rita Valéria, ressaltando que a visibilidade que esta possuía causava ciúme no ambiente de trabalho; afirmou que existia animosidade na Polícia Civil de Vitória da Conquista, entre a pessoa do Delegado Regional e a Dr^a. Rita Valéria; que não presenciou os fatos objeto deste processo; que viu na Delegacia, em uma sala, muito whisky e cigarro; que Dr^a. Rita Valéria encaminhou as mercadorias apreendidas à Receita Federal; que se comentou na região que os whiskys pertenceriam a políticos; que Samuel era alcoólatra; que ouviu falar que o acusado Paulo era envolvido com drogas; que acha que o então Delegado Regional sabia da situação do acusado Paulo (fl. 785).

Em uma segunda oitiva, também na fase judicial, Moisés de Oliveira Matias, testemunha de defesa, Investigador da Policial Civil, mídia de fl. 853, declarou que Givaldo Vieira de Sousa, Irandir Dias da Silva, Jair Souza Pereira, Joarez Dias Lima e a Delegada Rita Valéria eram bons servidores; que no dia dos fatos não se encontrava na Delegacia; que ao chegar à Delegacia encontrou whiskys, cigarros e aparelhos eletrônicos; que soube dos fatos ora apurados cerca de 10 (dez) dias após sua suposta ocorrência, quando já estavam sendo apurados (fl. 853).

Otoniel Cruz Rocha, testemunha de defesa, Policial Civil, em depoimento judicial, gravado na mídia de fl. 785, asseverou que Givaldo Vieira de Sousa, Irandir Dias da Silva, Jair Souza Pereira, Joarez Dias Lima e a Delegada Rita Valéria possuíam boa conduta social e eram bons profissionais; que havia rivalidade (“guerra”) entre o Delegado, Dr. Wilson Feitosa, e o Delegado Regional, Dr. Jackson Silva; que ficou surpreso com a demissão dos servidores acima citados; que não esteve na Delegacia no dia dos fatos objeto do presente processo (fl. 785).

Ronaldo José dos Santos, testemunha de defesa, Policial Civil, em depoimento judicial, gravado na mídia de fl. 785, informou que nunca trabalhou com os apelantes; que não sabe de fato algum que macule as condutas de Givaldo Vieira de Sousa, Irandir Dias da Silva, Jair Souza Pereira, Joarez Dias Lima e a Delegada Rita Valéria; que ficou surpreso com a demissão a bem do serviço público; que trabalhava em Itapetinga na data em que o ônibus da Jaettur foi apreendido (fl. 785).

Santa Amaral Ribeiro, testemunha de defesa, Policial Civil, em depoimento judicial, gravado na mídia de fl. 785, esclareceu que trabalhava na mesma Delegacia dos apelantes; afirmou que a apelante Rita Valéria era boa profissional, recebendo elogios da sociedade, inclusive através da mídia (rádio, televisão, etc.); que a visibilidade da apelante Rita Valéria incomodava o Delegado

Regional, Dr. Jackson; que Samuel era alcoólatra; que ouviu falar que o apelante Paulo tinha mau comportamento social; que Paulo trabalhava na Delegacia por autorização do então Delegado Regional, Dr. Jackson Silva; que Givaldo Vieira de Sousa, Irandir Dias da Silva, Jair Souza Pereira, Joarez Dias Lima e a Delegada Rita Valéria eram honestos e trabalhadores; que o Delegado Regional, Dr. Jackson Silva, não nutria muita simpatia por Dr. Rita; que não presenciou os fatos objeto deste processo (fl. 785).

Conclusão:

Dessa forma, ao contrário da mera insuficiência probatória admitida pelo MM Juiz de Direito sentenciante (art. 386, inc. VII, do CPP), o que se comprova, de forma evidente, é que os apelantes efetivamente não concorreram para o cometimento do ilícito penal do qual foram denunciados, destacando-se a inexistência de prova, ou mesmo indícios de qualquer outra infração que a eles se possa atribuir. Nesse sentido, ressalta-se trecho do respeitável parecer Ministerial firmado por Dra. Isabel Adelaide de Andrade Moura:

“[...] Nesta linha de pensar, vemos que, a acusação se funda exclusivamente em elementos trazidos aos autos por dois Acusados, que envolvem os demais, sem indicar absolutamente nada para cancelar suas declarações. Ao mesmo tempo, a versão claudicante constante dos autos, mostra-se similar e absurda, ante ao fato de que, se pretendia a então Delegada, apoderar-se de tais objetos, porque então, lavrou o auto de apreensão? A condenação, fundar-se-ia em um único interrogatório de um co-réu, que segundo os autos, não se mostra digno de credibilidade? Soma-se a isto, uma questão simples, porém importante: se ele devolveu mercadorias, isso prova exclusivamente que ele, estava em poder delas, e não que os demais participaram. [...] Dentro desse entendimento pois, a prova do absurdo da acusação existe e restou demonstrada, pelos depoimentos constantes dos autos. Se no âmbito do processo as partes gozam de paridade, qual o motivo pelo qual, somente a prova da acusação deve ser considerada, se a defesa trouxe aos autos elementos fartos de que a acusação não fazia sentido e que a única pessoa que a sustenta, era indigna de credibilidade? Alia-se a isso o fato de que, o Brasil não adotou o sistema de tarificação de provas, onde uma vale mais do que a outra, sendo portanto, considerado o conjunto. Isto posto, com observância no princípio da isonomia ou paridade entre as partes, a Defesa deve ser tratada com a mesma credibilidade do Ministério Público, e em sendo assim, clara está a inocência dos envolvidos, que trazem aos autos elementos de que a acusação é falsa, o que aliás, consta inclusive da decisão do Magistrado quando alega que existem dúvidas quanto a própria existência do fato. Nunca é excessivo, concessa vênha registrar que, não se trata mais uma vez (sic) de dúvida, já que tudo se funda no depoimento de um informante na fase pré processual e no de um policial, que surge nos autos indigno de credibilidade. Ademais disso, o interrogatório, desvinculado de outros elementos de convicção, onde não se tem sequer o dever de falar a verdade, é inservível como meio de prova [...]” (fls. 911 a 916).

Como bem examinado, toda a base da peça acusatória contra os apelantes foram os depoimentos dos também denunciados Samuel Fonseca de Oliveira e Paulo César Ribeiro Araújo, completamente isolados do farto conjunto probatório colhido na instrução processual, destacando-se, ainda, a falta de confiabilidade destes, que afeta os depoimentos da Escrivã de Polícia, Sra. Janilsa Freire Souza Alves, na Polícia e em Juízo, todos de acordo com o ouvir dizer dos denunciados Samuel e Paulo César (fls. 81 a 85 e 591/592). Consta dos autos que tanto o denunciado Samuel como o denunciado Paulo César se encontravam à disposição da 21ª Delegacia de Polícia de Vitória da Conquista, o primeiro cedido pela Prefeitura Municipal de Vitória da Conquista e o segundo sem qualquer vínculo com o serviço público, mas sob a responsabilidade do Dr. Jackson Silva, à época, Delegado Regional de Vitória da Conquista; que o denunciado Samuel cometeu crime de peculato-furto, no âmbito da 21ª Dirpin, perdendo credibilidade no ambiente de trabalho (depoimentos de Alberto Fábio Menezes Pereira e Luis Alberto Miranda Araújo, Agentes de Polícia, em Juízo, mídia de fl. 785); que o denunciado Samuel era reconhecidamente alcoólatra, tendo falecido no curso da ação penal de “doença hepática parenquimatosa crônica e choque hemorrágico” (certidão de óbito de fl. 688), tendo, por consequência, sua punibilidade extinta com fundamento no art. 107, I, do Código Penal (decisão prolatada em audiência, conforme ata de fls. 792 a 797); que o denunciado Paulo César, além de não ter vínculo formal com o serviço público, era conhecido como “X9” e “Paulo Maconha”, por envolvimento com a criminalidade e

especialmente o tráfico ilícito de drogas, fato, inclusive, admitido por ele; que o denunciado Paulo César prestou depoimento perante a autoridade policial, não sendo encontrado para depor na instrução processual, tendo-se notícia, apenas, que ele teria sido levado pelo Delegado Regional, Dr. Jackson Silva, para trabalhar como caseiro na região de Itabuna/Ba (depoimentos da apelante Rita Valéria, às fls. 574 a 576, e das testemunhas, Agentes de Polícia, Alberto Fábio Menezes Pereira, Edésia de Souza Rodrigues, João de Oliveira Matias, Luis Alberto Miranda Araújo e Moisés de Oliveira Matias, em mídia de fl. 785, todas em juízo).

Evidencia-se, portanto, que além da defesa desconstituir a acusação, produziu provas mais do que suficientes de que os apelantes não concorreram para o cometimento da infração penal que lhes foi imputada, estando provado nos autos, em síntese, que a apelante Rita Valéria Nascimento Silva Conti Rocha, cumprindo seu dever funcional de Delegada de Polícia na 21ª Dirpin de Vitória da Conquista, em 15.11.1998, diante da notícia de que um ônibus de turismo vindo do Paraguai, com destino à Cidade de Itabuna-Ba, passaria por Vitória da Conquista transportando armas de fogo e outras mercadorias de natureza ilícita, determinou aos demais apelantes, na qualidade de agentes policiais lotados naquela unidade policial, que empreendessem diligências, o que foi cumprido, culminando com a apreensão de um ônibus da empresa “*Jaettur Turismo*” e de mercadorias transportadas pelo citado veículo, mantendo-se apreendidas as mercadorias ilícitas relacionadas na portaria de fl. 58, colocadas à disposição do Delegado Regional (fls. 59/60) e liberando-se em favor dos passageiros as demais; que o inquérito policial, cuja determinação de instauração pela apelante Rita Valéria, através da portaria de fl. 58, de 15.11.1998, não foi por ela concluído por ter assumido a investigação o Delegado de Polícia, João Jaques Valois Coutinho, conforme documento de fl. 127, que refere-se a um ofício sem numeração, datado de 02.12.1998, firmado pelo citado Delegado de Polícia, determinando a remessa da mercadoria apreendida à Receita Federal, não havendo notícia do resultado da investigação iniciada pela apelante Rita Valéria.

Ressalta-se que os depoimentos dos apelantes, tanto perante a Polícia, como em Juízo, são coerentes entre si, no sentido de negar a autoria do fato delituoso, confirmados pelos inúmeros depoimentos testemunhais, também em harmonia, prestados em Juízo (fls. 86 a 89, 90 a 92, 93 a 95, 96 a 98, 104 a 110, 546/547, 548/549, 550 a 552, 574 a 576, doze depoimentos colhidos na mídia de fl. 785, um depoimento colhido na mídia de fl. 830 e dois depoimentos colhidos na mídia de fl. 853).

Diante do exposto, dá-se provimento ao apelo defensivo, para absolvição dos apelantes Rita Valéria Nascimento Silva Conti Rocha, Givaldo Vieira de Sousa, Irandir Dias da Silva, Jair Souza Pereira e Joarez Dias Lima, com fundamento no art. 386, inciso IV, do Código de Processo Penal. Decisão unânime.

TJBA – Apelação Criminal nº 0145071-79.2004.8.05.0001, Segunda Câmara Criminal – Segunda Turma, Relator(a): Desª. Nágila Maria Sales Brito, julgado em 02/02/2017.

APELAÇÃO CRIMINAL. ARTIGOS 12 E 14 DA LEI Nº 6.368/76 (TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO). RECURSOS DOS ACUSADOS: PRELIMINARES DE NULIDADE POR INÉPCIA DA INICIAL E POR AUSÊNCIA DO REINTERROGATÓRIO DO RÉU AO FINAL DA INSTRUÇÃO. REJEITADAS. ABSOLVIÇÃO POR AUSÊNCIA DE PROVAS OU DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DE USO DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. COMPROVADAS A MATERIALIDADE E A AUTORIA DELITIVAS DO DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS. IMPOSSIBILIDADE DE DESCLASSIFICAÇÃO. ABSOLVIÇÃO APENAS DO CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. FIXAÇÃO DA PENA NO PATAMAR MÍNIMO. PREJUDICADO. PENA JÁ FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. APLICAÇÃO DO § 4º DO ART. 33 DA LEI Nº 11.343/2006 EM SEU PATAMAR MÁXIMO.

INVIABILIDADE. MANUTENÇÃO NA FRAÇÃO APLICADA PELA MAGISTRADA *A QUO* EM OBEDIÊNCIA AOS PRINCÍPIOS DA VEDAÇÃO AO *REFORMATIO IN PEJUS* E DO *TANTUM DEVOLUTUM QUANTUM APPELLATUM*. APLICAÇÃO DA PRESCRIÇÃO VIRTUAL. INADMISSIBILIDADE. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO: MODIFICAÇÃO DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA PARA O FECHADO. DESCABIMENTO. RECURSOS DOS ACUSADOS: PROVIMENTO EM PARTE. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO: DESPROVIMENTO. DE OFÍCIO, SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS E MODIFICAÇÃO DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA PARA O ABERTO.

1. Demonstradas de forma inequívoca a autoria e a materialidade delitivas do crime de tráfico de drogas perpetrado, impossível cogitar-se da absolvição dos acusados, bem como da desclassificação para o crime de uso de substância entorpecente, impondo-se a manutenção da condenação.
2. Quanto ao crime de associação para o tráfico, para a sua caracterização, faz-se necessária a presença dos requisitos de estabilidade e permanência entre os indivíduos. A mera eventualidade para a prática do tráfico e a esporadicidade não servem de base para um decreto condenatório.
3. Sopesadas de forma fundamentada as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP, impõe-se a fixação da pena-base no mínimo legal.
4. Inviável a incidência do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, em razão da impossibilidade de combinação de leis, entretanto, aplicada pela MM. Magistrada *a quo* e não questionada pelo Ministério Público, tal deve ser mantida em obediência aos princípios da vedação ao *reformatio in pejus* e do *tantum devolutum quantum appellatum*.
5. Declarada pelo STF, no julgamento do HC 111.840/ES, Rel. Min. Dias Toffoli, a inconstitucionalidade incidental do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, que veda a progressão de regime nos casos de crimes hediondos ou equiparados, não mais subsiste o fundamento para impedir o início do cumprimento da pena em regime diverso do fechado, quando presentes os requisitos do art. 33 do Código Penal.
6. É cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, quando preenchidas as condições previstas no artigo 44 do Código Penal.
7. A fixação do regime aberto para o cumprimento da pena, aliada à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, conduz à manutenção do direito de os Acusados aguardarem o trânsito em julgado da ação em liberdade.
8. O instituto da prescrição virtual não merece acolhimento, em virtude da ausência do necessário amparo legislativo, o que conduz à violação dos princípios da legalidade e devido processo legal, malferindo o próprio Estado de Direito. Jurisprudência reiterada no sentido da inadmissibilidade da prescrição virtual. Entendimento do STF pela sua inaplicabilidade, sendo possível, ainda, invocar o teor da Súmula 438 do STJ, a qual veda expressamente a utilização do instituto.

ACÓRDÃO

Relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0145071-79.2004.8.05.0001 da Comarca de Salvador, sendo Apelantes/Apelados ANDRÉ LUIZ PINTO TEIXEIRA, VALDIR SILVEIRA DE BURGOS e o MINISTÉRIO PÚBLICO.

ACORDAM os Desembargadores integrantes da Segunda Turma Julgadora da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade de votos, em **CONHECER DOS RECURSOS INTERPOSTOS, NEGAR PROVIMENTO** ao recurso interposto do Ministério Público, **REJEITAR AS PRELIMINARES** arguidas pelo Acusado André

Luiz Pinto Teixeira, **DAR PROVIMENTO PARCIAL** aos recursos da Defesa dos Acusados e, **DE OFÍCIO**, substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos e modificar o regime de cumprimento inicial de pena para o aberto, na forma do Relatório e do Voto constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

RELATÓRIO

Consta do caderno processual que a Ação Penal teve início com a denúncia do Ministério Público (fls. 02/05) contra os acusados LUIZ ALBERTO LEITE DOS SANTOS, ANDRÉ LUIZ PINTO TEIXEIRA e VALDIR SILVEIRA DE BURGOS, enquadrando-os nas sanções dos crimes previstos nos arts. 12 e 14 da Lei nº 6.368/76 (tráfico de drogas e associação para o tráfico).

Segundo a inicial acusatória, no dia 6 de outubro de 2004, no Terminal Rodoviário desta Capital, os Acusados foram presos em flagrante delito, por policiais civis que realizavam diligências no local, após denúncia anônima que informava que dois indivíduos, a bordo de um veículo Gol, de cor preta, placa JPQ 0640, aguardavam um terceiro elemento de vulgo “Para-Bala”, que chegaria em determinado horário, trazendo maconha, provavelmente da cidade de Senhor do Bonfim.

Narra, ainda, a denúncia, que, após realizarem campanha desde o dia anterior, os policiais conseguiram prender os três Acusados, quando “Para-Bala” (Luiz Alberto Leite dos Santos) chegou de viagem para encontrar com os outros dois, portando uma mochila contendo certa quantidade de “maconha”. Ato contínuo, seguindo as informações prestadas por Valdir, os agentes policiais se dirigiram até a Barraca Quinto do Sol, em Praia do Flamengo, onde fizeram a apreensão de mais uma quantidade da mesma substância entorpecente, com massa total bruta de 1.800g (um mil e oitocentos gramas), indicando, as circunstâncias, que as substâncias e petrechos apreendidos destinavam-se ao comércio ilícito de drogas.

Recebida a denúncia no dia 27/10/2004 (fl. 80) e transcorrida a instrução processual, a douta Juíza de Direito da 1ª Vara de Tóxicos da Comarca de Salvador, às fls. 216/226, julgou procedente a denúncia para condenar os Acusados André Luiz Pinto Teixeira e Valdir Silveira de Burgos pelo cometimento dos delitos previstos nos arts. 12 e 14 da Lei nº 6.368/1976, fixando a pena definitiva, para cada um dos acusados, em 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicialmente semiaberto, associada ao pagamento de 91 (noventa e um) dias-multa, cada dia à razão de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente à época do delito.

Com relação ao Acusado Luiz Alberto Leite dos Santos, em razão de não ter sido encontrado, foi determinado, pela MM. Juíza sentenciante, às fls. 216/226, o desmembramento do feito para tramitação em separado.

O Acusado André Luiz Pinto Teixeira foi intimado do inteiro teor da sentença por meio de edital disponibilizado no DJE do dia **08/11/2012** (fls. 273 e 343/344) e pessoalmente no dia **21/11/2012** (fl. 276) e o seu Defensor por meio de publicação disponibilizada no DJE do dia **08/08/2011** (fls. 230/231). O Apelante Valdir Silveira de Burgos foi intimado por meio de edital disponibilizado no DJE do dia **08/11/2012** (fls. 273 e 343/344) e a Defensoria Pública pessoalmente no dia **17/01/2013** (fl. 281). O Ministério Público, por sua vez, foi intimado no dia **09/09/2011** (fl. 311). Os recursos de apelação dos Acusados André Luiz Pinto Teixeira e Valdir Silveira de Burgos foram interpostos, respectivamente, nos dias **30/09/2011** e **17/01/2013** (fls. 263 e 282), com apresentação das razões nos dias **11/03/2016** (fls. 363/379) e **15/03/2013** (fls. 290/299) e o do Ministério Público no dia **12/09/2011** (fl. 257), com as razões apresentadas no dia **22/02/2013** (fls. 285/289).

Em suas razões recursais (fls. 285/289), o Ministério Público pugna pela modificação do regime inicial de cumprimento de pena para o fechado.

Em contrarrazões apresentadas pelos Acusados (fls. 300/317 e 325/329), ao recurso interposto pelo Ministério Público, ambos pugnaram pelo seu desprovimento.

Nas razões de fls. 363/379, a Defesa de André Luiz Pinto Teixeira requer, preliminarmente, a nulidade do processo por inépcia da denúncia e por ausência de reinterrogatório do réu ao final

da instrução. No mérito, pleiteia a absolvição do Acusado por ausência de provas, a aplicação do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 no patamar máximo de 2/3 (dois terços) e o reconhecimento da prescrição virtual.

O Ministério Público, em sede de contrarrazões, às fls. 331/339, opina pelo desprovimento do recurso interposto pela Defesa de André Luiz Pinto Teixeira.

A Defesa de Valdir Silveira de Burgos, nas razões apresentadas às fls. 290/299, requer a absolvição por ausência de provas, em atenção ao princípio do *in dubio pro reo* e, subsidiariamente, a desclassificação para o crime de uso de substância entorpecente, a aplicação da pena no patamar mínimo e o reconhecimento da causa de diminuição de pena insculpada no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 em seu patamar máximo de 2/3 (dois terços).

Nas suas contrarrazões de fls. 380/390, o Ministério Público requer seja negado provimento ao recurso interposto pelo Acusado Valdir Silveira de Burgos.

Houve abertura de vista dos autos à Procuradoria de Justiça Criminal, (fls. 397/410), oportunidade em que esta opinou pelo conhecimento dos recursos interpostos e, no mérito, pelo desprovimento dos recursos interpostos pelos Acusados e provimento parcial da apelação interposta pelo Ministério Público apenas para que seja afastada a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 e, em caso de não acolhimento, que seja apreciada, de ofício, a aplicação aos Acusados da Lei mais benéfica.

Os autos vieram, então, conclusos (fl. 398).

VOTO

1. PRESSUPOSTOS RECURSAIS DEVIDAMENTE CONFIGURADOS. CONHECIMENTO DO APELO.

Do exame dos autos, percebe-se que o Acusado André Luiz Pinto Teixeira foi intimado do inteiro teor da sentença por meio de edital disponibilizado no DJE no dia **08/11/2012** (fls. 273 e 343/344) e pessoalmente no dia **21/11/2012** (fl. 276) e o seu Defensor por meio de publicação disponibilizada no DJE no dia **08/08/2011** (fls. 230/231). O Apelante Valdir Silveira de Burgos foi intimado por meio de edital disponibilizado no DJE no dia **08/11/2012** (fls. 273 e 343/344) e a Defensoria Pública pessoalmente no dia **17/01/2013** (fl. 281). O Ministério Público, por sua vez, foi intimado no dia 09/09/2011 (fl. 311). Os recursos de apelação dos Acusados André Luiz Pinto Teixeira e Valdir Silveira de Burgos foram interpostos, respectivamente, nos dias **30/09/2011** e **17/01/2013** (fls. 263 e 282), com apresentação das razões nos dias **11/03/2016** (fls. 363/379) e **15/03/2013** (fls. 290/299) e o do Ministério Público no dia **12/09/2011** (fl. 257), com as razões apresentadas no dia **22/02/2013** (fls. 285/289), restando assentada a tempestividade dos Apelos.

Ante o preenchimento dos demais pressupostos recursais exigidos na hipótese vertente, impõe-se o conhecimento dos Recursos.

2. DAS PRELIMINARES DE NULIDADE PROCESSUAL ARGUIDAS PELA DEFESA DO ACUSADO ANDRÉ LUIZ PINTO TEIXEIRA.

2.1. INÉPCIA DA DENÚNCIA. No que tange ao pleito de reconhecimento de inépcia da inicial, há de ser afastada, porque a peça acusatória preenche os requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal, descrevendo o *modus operandi* utilizado pelos denunciados, as circunstâncias em que se deu a empreitada criminoso, a qualificação dos denunciados, a tipificação legal e o rol de testemunhas.

De outra sorte, a denúncia haveria que ser impugnada em momento anterior, antes da prolação da sentença condenatória, o que não foi feito pela Defesa, razão pela qual impõe-se o reconhecimento da preclusão, conforme entendimento jurisprudencial:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES. ART. 12 C/C ART. 18, I, DA LEI N. 6.368/76. ALEGAÇÃO DE FALTA DE INDIVIDUALIZAÇÃO DA CONDOTA DOS PACIENTES. PEÇA INAUGURAL QUE ATENDE AOS REQUISITOS LEGAIS EXIGIDOS E DESCREVE CRIME EM TESE. AMPLA DEFESA GARAN-

TIDA. INÉPCIA NÃO EVIDENCIADA. DEFEITO SUSCITADO APÓS A PROLAÇÃO DO ACÓRDÃO CONDENATÓRIO. PRECLUSÃO. 1. Não pode ser acioimada de inepta a denúncia formulada em obediência aos requisitos traçados no artigo 41 do Código de Processo Penal, descrevendo perfeitamente a conduta típica, cuja autoria é atribuída aos pacientes devidamente qualificados, circunstâncias que permitem o exercício da ampla defesa no seio da persecução penal, na qual se observará o devido processo legal. 2. Nos chamados crimes de autoria coletiva, embora a vestibular acusatória não possa ser de todo genérica, é válida quando, apesar de não descrever minuciosamente as atuações individuais dos acusados, demonstra um liame entre o agir dos pacientes e a suposta prática delituosa, estabelecendo a plausibilidade da imputação e possibilitando o exercício da ampla defesa, caso em que se entende preenchidos os requisitos do artigo 41 do Código de Processo Penal. Precedentes. 3. No caso dos autos, a peça inaugural, como visto, explicita que os pacientes, com unidade de designios e identidade de propósitos com os demais corréus teriam mantido em depósito e depois transportado diversos quilos de cocaína - armazenados em geladeiras e freezers - para realizar a exportação da droga para a Espanha, razão pela qual não há que se falar em defeito na inicial acusatória. 4. Ademais, nos termos do artigo 569 do Código de Processo Penal, a inépcia da denúncia deve ser arguida antes da prolação do édito condenatório, sob pena de preclusão. Precedentes. 5. No caso dos autos, constata-se que a suposta mácula contida na exordial acusatória só foi levantada pela defesa no recurso de apelação criminal interposto, não tendo sido suscitada em momento algum durante o curso da ação penal, o que revela a preclusão do exame do tema. (...). 5. Writ parcialmente conhecido e, nesta extensão, denegada a ordem. (HC 165.010/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 22/11/2011, DJe 19/12/2011). (Grifo nosso).

Impende, portanto, **rejeitar a preliminar suscitada.**

2.2. AUSÊNCIA DE REINTERROGATÓRIO DO RÉU AO FINAL DA INSTRUÇÃO. Alega a Defesa de André Luiz Pinto Teixeira que o interrogatório do réu ao final da instrução não é uma faculdade do magistrado, mas, sim, um direito subjetivo do acusado e, embora já tivesse sido interrogado, deveria a MM. Juíza determinar o seu reinterrogatório por lhe ser mais favorável.

Compulsando os autos, verifica-se que o processo iniciou-se no ano de 2004, mas em 2008, com a entrada em vigor da Lei 11.719/2008, que alterou o Código de Processo Penal, o interrogatório do réu passou a ser o último ato do processo, depois de finalizada a instrução.

Em síntese, trata-se de conflito de **lei processual** no tempo, deflagrado com o advento da Lei 11.719/2008, que modificou o Código de Processo Penal.

Como se sabe, o conflito de lei processual no tempo, conforme preceitua o art. 2º do Código de Processo Penal, é solucionado pelo princípio *tempus regit actum*. *In verbis*:

Art. 2º. A lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior.

Dessa forma, os atos processuais realizados antes da vigência da nova lei têm plena validade, ao passo que os atos posteriores passam a ser regidos pela lei nova.

In casu, o interrogatório do Acusado André Luiz Pinto Teixeira realizado em 23 de fevereiro de 2005 obedeceu ao rito exigido na lei antiga, consumando-se o ato naquele momento, razão pela qual o ato é válido e não precisa ser refeito.

De outra sorte, conforme entendimento já esposado por esta Turma Julgadora, não basta a simples alegação da nulidade, é preciso, antes, que se demonstre o prejuízo causado, o que não ocorreu no caso dos autos.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. LEI 11.719/2008 QUE DEU NOVA REDAÇÃO AO ART. 400 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. NOVO INTERROGATÓRIO. REALIZAÇÃO. PRETENSÃO. DESCABIMENTO. NULIDADE. ALEGAÇÃO. PREJUÍZO. INEXISTÊNCIA. ORDEM DENEGADA. I - O interrogatório do paciente ocorreu em data anterior à publicação da Lei 11.719/2008, o que, pela aplicação

do princípio do *tempus regit actum*, exclui a obrigatoriedade de renovação do ato validamente praticado sob a vigência de lei anterior. II - Esta Corte já firmou entendimento no sentido de que não se declara a nulidade de ato processual se a alegação não vier acompanhada da prova do efetivo prejuízo sofrido pelo réu. Precedentes. III - Ordem denegada. (HC 104555, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 28/09/2010, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-194 DIVULG 14-10-2010 PUBLIC 15-10-2010).

Assim, **resta rechaçada a preliminar ora aventada.**

3. DO RECURSO INTERPOSTO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO.

Insurgiu-se o Ministério Público contra o regime inicial de cumprimento da pena estabelecido na sentença, arguindo que o art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/1990 impõe aos condenados pelo cometimento de crimes hediondos e equiparados, como o tráfico de drogas, o início do cumprimento da pena privativa de liberdade em regime fechado.

Declarada pelo STF, no julgamento do HC 111.840/ES, Rel. Min. Dias Toffoli, a inconstitucionalidade incidental do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, que veda a progressão de regime nos casos de crimes hediondos ou equiparados, não mais subsiste o fundamento para impedir o início do cumprimento da pena em regime diverso do fechado, quando presentes os requisitos do art. 33 do CP.

Em recente julgado, o STF firmou o seu posicionamento:

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. REGIME INICIAL ABERTO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. DECISÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

I - O Plenário desta Corte, no julgamento do HC 111.840/ES, Rel. Min. Dias Toffoli, declarou a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/1990 (redação dada pela Lei 11.464/2007), que determinava o cumprimento de pena dos crimes hediondos, de tortura, de tráfico ilícito de entorpecentes e terrorismo no regime inicial fechado.

II - A vedação da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos foi devidamente fundamentada no caso concreto, em especial pela natureza e quantidade de entorpecente apreendido.

III - Recurso parcialmente provido para determinar ao juízo da execução criminal que, afastada a regra do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990, proceda ao exame do preenchimento dos requisitos do art. 33, § 2º, do Código Penal para a fixação do regime de cumprimento mais adequado ao quantum de pena imposto ao recorrente. (STF RO em HC Nº 113.380 MG, Rel. MIN. RICARDO LEWANDOWSKI, SEGUNDA TURMA, DJe 18/09/2012). (Grifo nosso).

Dessa forma, não merece provimento o pleito do Ministério Público, restando a análise do regime inicial de cumprimento de pena postergada para momento do exame da dosimetria da reprimenda.

4. DO MÉRITO DOS RECURSOS INTERPOSTOS PELOS ACUSADOS.

4.1. DO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS

Pugna a Defesa pela absolvição dos Sentenciados, afirmando que a prova colhida em juízo não evidencia as participações dos Acusados no evento delituoso.

Relata a denúncia que no dia 6 de outubro de 2004, no Terminal Rodoviário desta Capital, os Acusados foram presos em flagrante delito, por policiais civis que realizavam diligências no local, após denúncia anônima, sendo apreendida, dentro da mochila de Luiz Alberto Leite dos Santos, que havia chegado de viagem para encontrar com os outros corréus, dois sacos amarelos contendo uma certa quantidade de maconha, papéis "Colomy" (utilizados para embalar a droga) e, em seguida, consoante as informações prestadas pelo Acusado Valdir Silveira de Burgos, os agentes policiais se dirigiram até a Barraca Quinto do Sol, em Praia do Flamengo, onde fizeram a apreensão de mais uma quantidade da mesma substância entorpecente, perfazendo uma massa total bruta de 1.800g (um mil e oitocentos gramas).

Em análise dos autos, verifica-se a demonstração inequívoca da autoria e materialidade delitivas, tratando-se dos delitos de tráfico de drogas e associação para o tráfico, previstos nos arts. 12 e 14 da Lei nº 6.368/76, praticados no dia 6 de outubro de 2004. Tanto a autoria quanto a materialidade delitivas resultaram corroboradas por meio das provas testemunhal e documental colacionadas ao feito, a saber: auto de prisão em flagrante (fls. 07/08); depoimentos das testemunhas na fase do inquérito (fls. 07/09) e em juízo (fls. 174 e 187/188); interrogatórios dos acusados ante a autoridade policial (fls. 09/12) e em juízo (fls. 102/103 e 172/173); auto de exibição e apreensão (fl. 14) e laudo pericial definitivo (fl. 21).

Além da devida comprovação da posse de substância entorpecente, percebe-se a **coesão** nas declarações proferidas pelas testemunhas ouvidas no decorrer do feito, o que merece apreciação específica, nos termos a seguir expostos.

No que toca a autoria delitiva, embora os Acusados tenham tentado desvirtuar os fatos, verifica-se dos autos que as provas colhidas demonstram que eles, de fato, praticavam o delito de tráfico de drogas.

No comércio de entorpecentes, a negativa incondicional da autoria é regra entre os traficantes, não prejudicando o convencimento do Magistrado, se as demais circunstâncias indicarem a necessidade da condenação, uma vez que a prova da mercancia não necessita ser direta, mas deve ser firmada quando os indícios e presunções, analisados sem preconceito, formam um todo harmônico e demonstram a distribuição comercial do entorpecente.

O Superior Tribunal de Justiça não deixa margem de dúvida a respeito do tema. Senão vejamos:

“PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. OFENSA AOS ARTS. 28 E 33, CAPUT, DA LEI N. 11.343/06. OCORRÊNCIA. TRÁFICO DE DROGAS. PRESCINDIBILIDADE DE PROVA DE MERCANCIA PARA CONFIGURAÇÃO DO DELITO DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRECEDENTES. AGRAVO CONHECIDO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.” (STJ - AREsp 479790-GO - RELATORA: MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA – 6ª T - DJU 18.03.2014).

O Laudo Pericial Definitivo de fl. 21 atestou a natureza da substância apreendida com os Acusados, confirmando o resultado positivo para “maconha”, relacionada na Lista F-2 (substâncias psicotrópicas de uso proscrito no Brasil) da Portaria 344/98 da Secretaria de Vigilância Sanitária / Ministério da Saúde.

Ao serem interrogados, tanto na fase do inquérito policial como em juízo, os Acusados aduziram o seguinte:

Interrogatório do Acusado Luiz Alberto Leite dos Santos, prestado ante a autoridade policial, às fls. 09/10: “Que o interrogado confirma a posse da droga apreendida e que realmente foi pago por ANDRÉ LUIZ PINTO TEIXEIRA (R\$ 200,00) e VALDIR SILVEIRA DE BURGOS (R\$ 100,00), para se dirigir até a cidade de Sr. do Bonfim para comprar a droga, pagando a quantia de R\$ 400,00 (quatrocentos reais), nas mãos de “ZOINHO” e que esta foi a segunda vez que se dirigiu àquela cidade para aquisição da droga; [...]; que a droga foi adquirida para uso entre os três; [...]”

Interrogatório do Acusado André Luiz Pinto Teixeira, prestado ante a autoridade policial, à fl. 10: Disse apenas “Que o veículo apreendido é pago por sua genitora mas que fica em sua posse; [...]”

Em juízo, às fls. 102/103, aduziu o seguinte: “[...] que estava em companhia de Valdir Silveira de Burgos, no interior da rodoviária, quando ocorreu a sua prisão, que estava aguardando a chegada do primeiro denunciado, dias antes entregou-lhe duzentos reais, para que comprasse maconha para o seu uso, que conhecia os dois denunciados, [...], que dias antes da sua prisão, Valdir informou ao interrogado que Luiz Alberto viaja para comprara (sic) maconha e que revendia por preço mais barato, [...], que Valdir foi para a rodoviária em companhia do interrogado, pois creio que Valdir, este também deu dinheiro a Luiz Alberto para que comprasse a droga, [...]”

Interrogatório do Acusado Valdir Silveira de Burgos, prestado ante a autoridade policial, às fls. 10/11: “Que realmente estava na companhia de ANDRÉ LUIZ PINTO TEIXEIRA, e

que nesta madrugada foi com André até a Estação Rodoviária a fim de se encontrar com LUIZ ALBERTO LEITE DOS SANTOS que foi adquirir maconha na cidade de Sr. do Bonfim; que o interrogado deu R\$ 50,00 (cinquenta reais) a LUIZ ALBERTO, o “Para Bala”, para que o mesmo pagasse em maconha o valor emprestado e que ANDRÉ deu R\$ 200,00 (duzentos reais) para que Luiz Alberto fizesse o mesmo, ou seja, que também trouxesse maconha para André Luiz. Que na barraca onde mora foi encontrado uma pequena porção de maconha que o interrogado diz fazer uso, inclusive os papéis Colomy [...]”

Em juízo, como bem transcrito na sentença às fls. 219/220, o Acusado Valdir Silveira de Burgos, ao ser interrogado às fls. 172/173, “assumiu ter sido usuário de maconha, mas negou a autoria dos delitos contra si imputados. Sobre as acusações que lhe foram feitas, admitiu ter ido à Rodoviária com André a fim de entregarem dinheiro a Luiz, que chegaria no ônibus proveniente de Feira de Santana, mas não possuía dinheiro para pagar a passagem, por isso havia conseguido viajar de graça deixando o celular em mãos do cobrador, em troca de pagar o bilhete apenas quando chegasse ao destino. Disse que Luiz ligou para André, pedindo que levasse a quantia e que este havia pedido que o acompanhasse a fim de saltar para levar o dinheiro até o ônibus, enquanto André aguardaria no carro. Negou saber da droga existente na mochila de Luiz Alberto. [...]”

As testemunhas que participaram da diligência, em seus depoimentos prestados em juízo (fls. 174 e 187/188), confirmaram o quanto aduzido na fase inquisitorial (fls. 07/09), afirmando o quanto segue:

Depoimento da testemunha Manuel Cândido de Sousa Amorim, Agente de Polícia Detetive, prestado ante a autoridade policial, às fls. 07/08: “o declarante acompanhado do colega José de Oliveira Ferreira, efetuaram campanha a partir das 21h00 de ontem no Terminal Rodoviário; que já por volta de 01h00 de hoje, observaram a chegada do citado veículo tendo à bordo dois elementos e ao abordá-los, obtiveram a informação de que o tal “Pára-Bala”, depois identificado como **LUIZ ALBERTO LEITE DOS SANTOS**, estaria vindo de Feira de Santana, à bordo de um ônibus da Empresa Camurujipe; que já por volta de 01h40 com a chegada do ônibus, os conduzidos ANDRÉ LUIZ PINTO TEIXEIRA e VALDIR SILVEIRA DE BURGOS apontaram o primeiro conduzido e efetuando a busca pessoal o declarante e o colega José Ferreira encontraram na mochila de LUIZ ALBERTO, dois sacos amarelos, contendo grande quantidade de maconha; que em seguida perguntaram a VALDIR SILVEIRA DE BURGOS onde residia, tendo o mesmo respondido que tomava conta da Barraca de nome “Quinto Sol” na Praia do Flamengo, [...]; que então, se deslocaram até o local, levando os conduzidos, e ali, no interior da citada barraca, encontraram em um armário, outra quantidade da mesma erva, acondicionada em saco plástico incolor, envolto em uma camisa de cor vermelha; que nesse momento o conduzido ANDRÉ LUIZ PINTO TEIXEIRA, confessou ter dado R\$ 200,00 (duzentos reais) e VALDIR R\$ 100,00 (cem reais) ao primeiro conduzido, LUIZ ALBERTO LEITE DOS SANTOS, o “Pára-Bala”, para que viajasse para a Cidade de Sr. Do Bonfim comprando a maior quantidade por R\$ 400,00 (quatrocentos reais) para que fosse dividida entre os três; que em razão do ocorrido, deram voz de prisão em flagrante as conduzidos, apresentando-os nesta Delegacia, juntamente com o veículo, papéis Colomy para confecção de cigarros, R\$ 36,00 (trinta e seis reais) e a maconha apreendida.”

Depoimento da testemunha José de Oliveira Ferreira, Agente de Polícia, prestado ante a autoridade policial, às fls. 08/09: “Hoje, por volta de 01h00, o declarante e o colega Manuel Cândido Amorim, em razão de denúncia anônima chegada a esta Especializada, se dirigiram à Estação Rodoviária onde dois elementos à bordo de um veículo tipo GOL, cor preta, e p.p. JPQ 0640, estavam esperando um traficante de vulgo “PÁRA-BALA” que trazia certa quantidade de maconha da Cidade de Sr. do Bonfim; que então efetuaram campanha no local a partir das 21h00 de ontem, quando hoje, por volta de 01h00 observaram a chegada do GOL preto tendo à bordo os dois conduzidos VALDIR SILVEIRA DE BURGOS e ANDRÉ LUIZ PINTO TEIXEIRA, que foram conduzidos até a plataforma de desembarque [...]; que ali permaneceram com os dois conduzidos, quando por volta de 01h40 chegou o referido ônibus momento em que os conduzidos André e Valdir, apontaram o primeiro conduzido, que ao ser abordado tinha em seu poder grande quantidade de maconha acondicionada em dois sacos plásticos de cor amarela; que em seguida perguntaram a Valdir onde residia, tendo este respondido que tomava conta de uma barraca na Praia do Flamengo, [...]; que então se deslocaram para o local, levando os três conduzidos, e ali, na citada barraca, encontraram em cima de um armário, certa quantidade de maconha, acondicionada em saco plástico

incolor e envolto em uma camisa de cor vermelha; que com relação à maconha trazida por LUIZ ALBERTO, ANDRÉ confessou que teria dado R\$ 200,00 (duzentos reais) e VALDIR R\$ 100,00 (cem reais) para que o “PARA-BALA” viajasse até Sr. Do Bonfim para comprar a droga; que em razão do ocorrido, prenderam em flagrante os conduzidos e os apresentaram nesta Delegacia, juntamente com o veículo, papéis Colomy, R\$ 36,00 e a maconha apreendida.

Depoimento da testemunha Manuel Cândido de Sousa Amorim, Agente de Polícia Detetive, prestado em juízo, às fls. 187/188: “que os policiais montaram uma campana a partir das 21:00 horas e depois de um tempo observaram a chegada de um carro gol; que os policiais abordaram os dois indivíduos que chegaram no gol preto, os denunciados André Luiz e Valdir; [...]; que os policiais se dirigiram ao desembarque acompanhados de André Luiz e Valdir; que André e Valdir identificaram “Para-Bala” e os policiais fizeram a sua apreensão; que os policiais encontraram uma grande quantidade de maconha em poder de “Para-Bala”, cerca de um quilo e meio ou mais; que em seguida os policiais se dirigiram a barraca Quinto Sol e lá encontraram pequena quantidade de maconha, [...]; que “Para-Bala” reconheceu os outros dois réus e ficou claro que os três se conheciam, também foi dito pelos denunciados que os três ratearam a quantia para o pagamento da droga; [...]”

Nessa linha de entendimento, percebe-se também da interceptação telefônica, com transcrição às fls. 30/32, que os Acusados praticavam o delito de tráfico de drogas, *In verbis*:

(...) no dia 19/09/2004, (índice 378265), ANDRÉ (DECO) informa a um homem não identificado que deixou a “saida” dentro do carro do irmão dele, pedindo que o mesmo tire de lá. O homem pergunta pela fita dizendo que vai pegá-la.

(....)

(...) no dia 01/10/2004, (índice 399055) Teco (André) pergunta a VALDIR que utiliza o terminal (71) 9133-0264 (cadastro supramencionado), se PARA vai fazer a diligência. Questiona também se VALDIR não vai fazer o avião para PARA.

As testemunhas de defesa nada relataram sobre os fatos, resumindo-se, apenas, a atestar sobre a conduta dos acusados.

O exame dos fôlios demonstra, portanto, de modo claro, a efetiva consumação, pelos apelantes, do crime de tráfico de drogas, previsto no art. 12 da Lei nº 6.368/76, vigente à época dos fatos.

A versão apresentada pelas testemunhas é conclusiva a respeito da dinâmica do fato narrado. No que concerne à autoria, as testemunhas tornam inequívoca a prática delitiva por parte dos sentenciados, do crime de tráfico de drogas, previsto no art. 12 da Lei nº 6.368/76. Neste caso, os Acusados foram abordados em circunstâncias que permitem concluir que traficavam substância entorpecente.

De maneira mais objetiva, o convencimento pela autoria do crime de tráfico pode ser facilmente alcançado quando são levados em consideração os seguintes fatores: a circunstância em que se deu a prisão em flagrante, a quantidade de droga apreendida, a natureza da droga e a forma em que a droga foi encontrada.

A análise da prova testemunhal, em consonância com as demais provas produzidas, corrobora todos os argumentos acima apresentados acerca da inexistência de dúvida quanto à autoria do delito de tráfico de drogas. Embora tal prova corresponda ao depoimento dos policiais que realizaram as diligências, esta serve, perfeitamente, como elementos de convicção.

Os policiais, como qualquer outra testemunha, assumem o compromisso de dizer a verdade (artigo 203 do CPP). Segundo a Jurisprudência, é válido o testemunho prestado por agente policial, não contraditado nem desqualificado, na medida em que provém de agente público no exercício de suas funções e não destoa do conjunto probatório.

Corroborando tal entendimento, vem assim decidindo os Tribunais:

TRÁFICO DE DROGAS. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. PALAVRA DOS POLICIAIS QUE EFETUARAM O FLAGRANTE EM HARMONIA COM OS DEMAIS ELEMENTOS DE PROVA. CIRCUNSTÂNCIAS EM QUE SE DEU A PRISÃO DEMONSTRAM A INTENÇÃO DE COMERCIALIZAÇÃO DO TÓXICO APRE-

ENDIDO. DOLO CARACTERIZADO. IMPOSSIBILIDADE DE ABSOLVIÇÃO POR FALTA DE PROVAS. O simples pleito absolutório desprovido de provas ou indícios aptos a fundamentá-lo é insuficiente para desconstituir o decreto condenatório fundado no harmônico quadro probatório produzido. O valor do depoimento testemunhal de servidores policiais, ainda mais quando prestado em juízo, sob a garantia do contraditório, reveste-se de inquestionável eficácia probatória. A simples condição de policial não torna a testemunha impedida ou suspeita. (TJPR – Apelação Criminal n.º 636548-0 – 4ª Câmara Criminal – rel. Des. Miguel Pessoa – DJ 27.08.2010).

No mesmo sentido segue a orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. DEPOIMENTO DOS POLICIAIS. MEIO DE PROVA IDÔNEO. PRECEDENTES. (...) 1. Não há falar em ilicitude das provas produzidas, porquanto o Superior Tribunal de Justiça sedimentou o entendimento de que o depoimento de policiais pode servir de referência ao juiz na verificação da materialidade e autoria delitivas, podendo funcionar como meio probatório válido para fundamentar a condenação, mormente quando colhido em juízo, com a observância do contraditório. (STJ – Habeas Corpus n.º 136220/MT – Quinta Turma – rel. Min. Arnaldo Esteves Lima – DJ 22.03.2010).

Dessarte, comprovada a narcotráfica por parte dos Apelantes, não há que se falar em desclassificação para crime de uso, como requereu o Acusado Valdir. Isto porque não existe, nos autos, laudo de dependência toxicológica, mas apenas a afirmação dos sentenciados que usam maconha, entretanto, tal condição não interfere na comprovação da prática do tráfico, pois muitos usuários, visando obter dinheiro para sustentar seu vício, acabam vendendo a droga de forma ilícita, o que não afasta a responsabilidade pelo cometimento do delito.

Verifica-se, portanto, a total pertinência e razoabilidade na conclusão do douto Magistrado *a quo* pela autoria delitiva dos apelantes em relação ao crime de tráfico de drogas.

Ex positis, o pleito da ausência de provas deve ser rechaçado de forma veemente, tendo agido acertadamente o MM. Juiz *a quo* ao condená-los como incurso nas penas do artigo 12 da Lei nº 6.368/76 (vigente à época dos fatos), razão pela qual deve ser mantida a decisão recorrida nesse sentido, sendo descabidas, portanto a absolvição dos apelantes com relação a tal delito, bem como a sua desclassificação para o delito de uso de substância entorpecente, descrito no art. 28 da Lei nº 11.343/2006.

4.2. DO CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO

No dispositivo da decisão guerreada consta que os Acusados foram, também, condenados pelo cometimento do crime de associação para o tráfico, previsto no art. 14 da Lei 6.368/76, *in verbis*:

Art. 14. Associarem-se 2 (duas) ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos Arts. 12 ou 13 desta Lei:

Pena - Reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.

Não há nos autos, todavia, provas do liame subjetivo e da organização para fins de tráfico.

Segundo a jurisprudência, para a configuração do delito é necessário que fique evidenciado nos autos o “*animus associativo*” entre os agentes, destinado ao tráfico de entorpecentes. Confira-se:

PENAL - TRÁFICO - MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS - DELAÇÃO - DEPOIMENTOS DE POLICIAIS - ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO - AUSÊNCIA DE “ANIMUS” ASSOCIATIVO - ABSOLVIÇÃO. (...) 4. Restando incomprovado o “animus” associativo mais ou menos estável ou permanente, não há que se falar em associação para o tráfico, pois, para a sua caracterização é indispensável a associação de duas ou mais pessoas, acordo dos parceiros, vínculo associativo e a finalidade de traficar tóxicos, formando uma verdadeira

“societas sceleris” para essa finalidade. (Apelação Criminal nº 1.0024.04.324848-3/001(1), 3ª Câmara Criminal do TJMG, Rel. Antônio Armando dos Anjos, j. 15.04.2008, unânime, Publ. 21.05.2008).

Nesse mesmo sentido é o entendimento da doutrina, comentando sobre o elemento subjetivo do tipo: “É o dolo (*animus associativo*), aliado ao fim específico de traficar drogas ou maquinários” (Lei de Drogas Comentada, coord. Luís Flávio Gomes, RT, pág. 205).

Compulsando detidamente os autos, não vejo qualquer *animus associativo* entre os Acusados. *In casu*, as provas dos autos demonstram ser apenas um fato isolado praticado pelos Agentes, não se comprovando a ocorrência da associação permanente entre os sentenciados, para configuração do mencionado delito.

Assim, os Acusados devem ser absolvidos do cometimento do crime de associação para o tráfico, previsto no art. 14 da Lei nº 6.368/76.

5. DA ANÁLISE DA DOSIMETRIA.

No tocante à dosimetria da reprimenda, revelou-se parcialmente correta a pena atribuída pela Magistrada *a quo*, senão vejamos:

Considerando a absolvição pelo crime de associação para o tráfico, passemos à dosimetria do crime de tráfico de drogas.

1ª Fase. As penas-base foram fixadas, para cada um dos Acusados, no mínimo legal, a saber em 3 (três) anos de reclusão, associada ao pagamento de 50 (cinquenta) dias-multa e, não havendo impugnação da Acusação nesse sentido, mantenho a pena-base aplicada a cada um dos Sentenciados.

Assim, resta prejudicado o pleito da Defesa do Acusado Valdir Silveira de Burgos, de aplicação da pena no patamar mínimo.

2ª Fase. Ausentes quaisquer das circunstâncias agravantes ou atenuantes, foi mantida, nesta fase, a pena de 3 (três) anos de reclusão para cada um dos Acusados e pagamento de 50 (cinquenta) dias-multa.

3ª Fase. À míngua de qualquer causa de aumento, passemos à análise da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, aplicada pela MM. Magistrada *a quo*.

Verifica-se, no caso em tela, o conflito de Lei no tempo, sendo inadmissível a combinação de dispositivos legais contidos em leis diferentes, as quais, elaboradas em momentos e realidades sociais completamente díspares – uma em 1976 (Lei nº 6.368) e a outra em 2006 (Lei nº 11.343) –, requereram posicionamento diverso do legislador frente ao problema do tráfico de drogas. O STF e STJ apontam como correta a aplicação, na sua totalidade, do “conjunto normativo” mais benéfico, por conciliar os princípios da retroatividade da *novatio legis in melius*, da impossibilidade de combinação de leis, da isonomia e, ainda, o da separação dos poderes.

DIREITO PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. SUCESSÃO DE LEIS NO TEMPO. ART. 12 DA LEI 6.368/76. INCIDÊNCIA DO §4.º DO ART. 33 DA LEI 11.343/06. COMBINAÇÃO DE LEIS. IMPOSSIBILIDADE. DETERMINAÇÃO DE INCIDÊNCIA DO REDUTOR SOBRE A PENA ESTABELECIDADA PELA LEI NOVA.

1. Consolidou-se no STF e no STJ o entendimento de que é inviável a conjugação de leis penais benéficas, dado que tal implicaria espécie de criação de terceira norma, com a violação do primado da separação dos poderes. Assim, diante de condenação por fato ocorrido sob a égide da Lei 6.368/76, buscando-se a incidência da minorante do § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/06, o mais apropriado é determinar-se ao juiz das execuções que realize o redimensionamento da pena, promovendo-se a incidência do redutor sobre a reprimenda calculada a partir do preceito secundário do art. 33 da nova Lei de Drogas.

2. Ordem concedida, em menor extensão, a fim de determinar que o juízo das execuções penais redimensione a pena, fazendo incidir o redutor do § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/06 sobre a pena edificada a partir do preceito secundário previsto no caput de tal comando. (120979 MG 2008/0253651-1, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 22/03/2011, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 11/04/2011).

Dessa forma, como o delito foi cometido sob a égide da lei anterior e, levando em consideração o caso concreto, deve ser aplicada a Lei nº 6.368/76 por ter uma pena menor.

No caso dos autos, entretanto, verifica-se que a MM. Magistrada condenou os Acusados como incursos nas penas dos arts. 12 e 14 da Lei nº 6.368/76 com aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06.

Como retromencionado, os Acusados sequer fariam jus à causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, em razão da impossibilidade de combinação de leis, entretanto, uma vez aplicada pela MM. Magistrada e, em obediência ao princípio da vedação ao *reformatio in pejus*, não mais se pode agravar a situação dos Apelantes, pois não existiu questionamento da Acusação nesse sentido.

Dessarte, note-se que, embora tenha havido interposição de recurso de apelação pela Acusação, o Ministério Público, em suas razões recursais, requereu apenas a modificação do regime de cumprimento de pena para o fechado, não podendo, essa Corte Estadual extrapolar os limites do recurso do *parquet*, em manifesta violação ao princípio do *tantum devolutum quantum appellatum*

Mutatis mutandis, eis o teor da súmula n.º 160 do Supremo Tribunal Federal, *In verbis*: “É nula a decisão do tribunal que acolhe, contra o réu, nulidade não arguida no recurso da acusação, ressaltados os casos de recurso de ofício”.

Sobre o tema, o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça:

PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. TRÂNSITO EM JULGADO. OCORRÊNCIA. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE REVISÃO CRIMINAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. ILEGALIDADE MANIFESTA. EXISTÊNCIA. ERRO MATERIAL. CONFUSÃO DE PEDIDOS. JULGAMENTO *EXTRA PETITA*. PRINCÍPIO DO *TANTUM DEVOLUTUM QUANTUM APPELLATUM*. VIOLAÇÃO. NULIDADE. RECONHECIMENTO. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO DE OFÍCIO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. *In casu*, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de revisão criminal.

2. *In casu*, há manifesta ilegalidade a ser reconhecida. Na espécie, verifica-se que o Colegiado estadual, ao decidir os pleitos formulados pelo Ministério Público em sede de apelação, confundiu os pedidos quanto ao paciente com as pretensões referentes ao corrêu, incorrendo o julgado em erro material.

3. Ao afastar a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, 4º, da Lei nº 11.343/2006, a Corte de origem extrapolou os limites do recurso ministerial, em manifesta violação ao princípio do *tantum devolutum quantum appellatum*, uma vez que o Parquet, em sua razões de apelação, limitou-se a requerer apenas a redução do quantum aplicado pela sentença condenatória.

4. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para anular o acórdão atacado, a fim de que o Tribunal de origem profira novo aresto, nos limites das razões do recurso ministerial.

(HC 230.731/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 11/03/2014, DJe 24/03/2014). (Grifo nosso).

Assim, considerando que o provimento do recurso interposto pelo Ministério Público encontra limites na pretensão deduzida na apelação, mantenho a aplicação da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, no patamar de 1/6 (um sexto), tal como fixado na sentença, **restando a pena definitiva, para cada um dos Acusados, em 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, associada ao pagamento de 41 (quarenta e um) dias-multa, cada dia à razão de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente à época dos fatos.**

DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. No tocante à aplicação do regime de cumprimento da pena, estando os Apelantes incursos nas condições do art. 33, § 2º “c”, do CP, modifico, **DE OFÍCIO**, o regime semiaberto de cumprimento inicial de pena fixado na sentença, para o regime aberto.

DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. Preenchidos os requisitos do art. 44 do CP, concedo DE OFÍCIO, a substituição da pena privativa de liberdade imposta aos Acusados por duas restritivas de direitos, ficando a cargo do Juízo das Execuções Penais a sua implementação.

6. DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. Em razão da fixação do regime aberto para o cumprimento da reprimenda, aliada à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, mantenho a concessão do direito de os Acusados aguardarem o trânsito em julgado da ação em liberdade.

7. DA PRESCRIÇÃO VIRTUAL ARGUIDA PELO ACUSADO ANDRÉ LUIZ PINTO TEIXEIRA.

A aplicabilidade da prescrição virtual pode ser apontada como o cerne da controvérsia examinada no âmbito recursal, merecendo análise detida a respeito de sua aplicabilidade no ordenamento jurídico pátrio.

Com efeito, há quem sustente a admissibilidade do instituto, construção que se pauta em juízo de antecipação da futura aplicação da reprimenda penal de modo a sustar, de imediato, a continuidade do processo, o qual poderia conduzir à prática desnecessária de uma série de atos por parte dos agentes do Estado, justificando o reconhecimento imediato da extinção de punibilidade com o objetivo de beneficiar o réu e evitar o transcurso de feito fadado ao insucesso.

Contudo, **não se pode deixar de reconhecer que a aplicação do instituto mencionado pode vir a menosprezar garantias processuais vinculadas ao devido processo legal e ao princípio da legalidade**, fundamentos que embasam a sistemática penal brasileira, em consonância com o teor do artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal de 1988:

Art. 5º. (...).

XXXIX - não há crime sem **lei** anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação **legal**;

Ora, na medida em que há a necessidade de previsão legal para autorizar o delineamento do sistema penal, torna-se inadmissível a concepção de instituto que sirva para proporcionar o desmonte da persecução processual sem que haja, de modo equivalente, autorização **legal** específica. Caso o legislador desejasse albergar a prescrição antecipada deveria, logicamente, alterar a legislação de regência, modificando o Código Penal no que tange às causas extintivas da punibilidade.

Impende salientar, pois, **a necessidade de que haja o respeito, pelo Poder Judiciário, ao princípio da legalidade**, garantia que funciona como ferramenta capaz de conter o arbítrio da atuação estatal desregrada e proporciona um combate à impunidade e ao sentimento de injustiça tantas vezes detectado no seio da sociedade brasileira, ansiosa pela aplicação equânime e eficaz da legislação existente de modo a propiciar o combate à elevação dos índices de criminalidade.

Não se mostra viável, por conseguinte, aplicar instituto que não encontra previsão legal específica, estando à margem da sistemática criminal brasileira e conduzindo ao menoscabo da pretensão persecutória estatal ante a construção de uma suposição prazal que pode, inclusive, não se confirmar em concreto.

Neste exato sentido, cumpre mencionar **reiterado** entendimento jurisprudencial aplicando, inclusive, enunciado da **Súmula 438 do STJ**, a qual dispõe sobre a inviabilidade do reconhecimento do instituto da prescrição virtual:

“PENAL. PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. DENÚNCIA. DELITO PREVISTO NO ART. 171, § 3º, DO CP. PRESCRIÇÃO EM PERSPECTIVA. RECONHECIMENTO. INADMISSIBILIDADE. FALTA DE AMPARO LEGAL. SÚMULA 438 DO STJ.

1. **É “inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal”** (enunciado da Súmula 438 do Superior Tribunal de Justiça).

2. Recurso em sentido estrito provido” (TRF1, RSE 3101 RO 0003101-21.2008.4.01.4100, Rel. Des. Federal Hilton Queiroz, Publicação e-DJF1 p. 86 de 06.12.2010). (**Grifo nosso**).

PENAL. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. PRESCRIÇÃO EM PERSPECTIVA. INAPLICABILIDADE. PRECEDENTES. SÚMULA 438 DO STJ.

Não admite nosso sistema criminal o reconhecimento de prescrição por estimativa presumida de pena. Inteligência da súmula 438 do STJ” (TRF4, Embargos Infringentes e de Nulidade 1962 PR 2003.70.10.001962-9, Rel. Des. Marcos Santos, Publicação 21.07.2010). (Grifo nosso).

O Supremo Tribunal Federal também tem repellido a aplicação do instituto, nos termos expostos a seguir:

EMENTA: HABEAS CORPUS. ALEGAÇÃO DE PRESCRIÇÃO ANTECIPADA. INADMISSIBILIDADE. ARTIGO 28 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E SÚMULA 696 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HIPÓTESE DE ATRIBUIÇÃO ORIGINÁRIA DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA. INEXISTÊNCIA DE DIREITO SUBJETIVO À SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. ORDEM DENEGADA. 1. **O Supremo Tribunal Federal tem rechaçado a aplicação do instituto da prescrição antecipada reconhecida antes mesmo do oferecimento da denúncia.** 2. Na hipótese de o juiz discordar da manifestação do Ministério Público que deixa de propor a suspensão condicional do processo, aplica-se, por analogia, o art. 28 do Código de Processo Penal. 3. Todavia, em se tratando de atribuição originária do Procurador-Geral de Justiça, v.g., quando houver competência originária dos tribunais, o juiz deve acatar a manifestação do chefe do Ministério Público. 4. Tendo em vista que a suspensão condicional do processo tem natureza de transação processual, não existe direito público subjetivo do paciente à aplicação do art. 89 da Lei 9.099/95. 5. Ordem denegada. (HC 83458, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Primeira Turma, julgado em 18/11/2003, DJ 06-02-2004 PP-00038 EMENT VOL-02138-05 PP-00960) (**grifo nosso**).

O Voto do Relator do processo acima referido verbera o caráter precoce da admissibilidade da prescrição virtual nos autos respectivos, mencionando, inclusive, entendimentos do próprio Pretório Excelso proferidos nos HC 66.913, Rel. Min. Sydney Sanches e HC 82.155, Rel. Min. Ellen Gracie (HC 83.458/BA, fls. 964/965).

Importante recordar que a própria existência do instituto da prescrição apenas encontra justificativa na **ausência de interesse** estatal no que tange à repressão do delito perpetrado, conforme salienta Guilherme de Souza Nucci:

“(…) é a perda do direito de punir do Estado pelo não exercício em determinado lapso de tempo. **Não há mais interesse estatal na repressão do crime, tendo em vista o decurso do tempo e porque o infrator não reincide, readaptando-se à vida social.** Há duas maneiras de se computar a prescrição: a) pela pena *in abstracto*; b) pela pena *in concreto*. No primeiro caso, não tendo ainda havido condenação, inexistente pena para servir de base ao juiz para o cálculo da prescrição. Portanto utiliza-se a pena máxima em abstrato prevista para o delito. No segundo caso, já tendo havido condenação com trânsito em julgado, ao menos para a acusação, a pena tornou-se concreta e passa a servir de base de cálculo para a prescrição (...).” (**Grifo nosso**).

Em idêntico sentido, cabe mencionar o entendimento de Luís Régis Prado, demonstrando que a **inércia estatal** seria justamente o fundamento para acolher o instituto da prescrição:

“O não-exercício do *jus puniendi* estatal conduz à perda do mesmo em face do lapso temporal transcorrido. **A prescrição corresponde, portanto, à perda do direito de punir pela inércia do Estado, que não o exercitou dentro do lapso temporal previamente fixado** (...) Trata-se de instituto de direito material, embora algumas de suas conseqüências influenciam sobre a ação penal e a condenação. De conseguinte, a contagem do prazo prescricional obedece à regra insculpida no art. 10 do CP, computando-se naquele o dia do começo (...)” (**grifo nosso**).

Logo, é inviável a decretação da prescrição antecipada.
CONCLUSÃO

Ante o exposto, **CONHEÇO DOS RECURSOS INTERPOSTOS, NEGÓ PROVIMENTO** ao recurso do Ministério Público, **REJEITO AS PRELIMINARES** arguidas pelo Acusado André Luiz Pinto Teixeira, **DOU PROVIMENTO PARCIAL** aos recursos interpostos pela Defesa dos Acusados para o fim de absolver os acusados pela prática do crime de associação para o tráfico, previsto no art. 14 da lei 6.368/76, modificar a pena aplicada, fixando-a, para cada um dos Acusados, em 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, associada ao pagamento de 41 (quarenta e um) dias-multa, cada dia à razão de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente à época dos fatos e, **DE OFÍCIO**, modifico o regime de cumprimento inicial de pena para o aberto e substituo a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, mantendo-se *in totum* os demais termos da sentença objurgada.

TJBA – Apelação Criminal nº 0501006-61.2016.8.05.0146, Segunda Câmara Criminal – Segunda Turma, Relator(a): Des. José Alfredo Cerqueira da Silva, julgado em 03/08/2017.

PENAL. PROCESSO PENAL. FURTO QUALIFICADO. PEDIDO DE AFASTAMENTO DA QUALIFICADORA INSCULPIDA NO ART. 155, § 4º, INC. I, DO CP. EXAME PERICIAL NÃO REALIZADO. INEXISTÊNCIA DE JUSTIFICATIVAS PARA A NÃO REALIZAÇÃO DA PERÍCIA. PRETENSÃO ACOLHIDA. REALIZADA DESCLASSIFICAÇÃO PARA FURTO SIMPLES. PLEITO PELA COMPENSAÇÃO DA CONFISSÃO E DA REINCIDÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO INTEGRAL. MULTIRREINCIDÊNCIA DO RÉU. CIRCUNSTÂNCIA MAIS REPROVÁVEL. EM CONSONÂNCIA COM O PARECER DA DOUTA PROCURADORIA DE JUSTIÇA, APELAÇÃO CONHECIDA E PARCIALMENTE PROVIDA, PARA AFASTAR A QUALIFICADORA INSCULPIDA NO ART. 155, § 4º, INC. I, DO CP. PROMOVIDA A DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME IMPUTADO AO SENTENCIADO PARA O DELITO DE FURTO SIMPLES. PENA REDIMENSIONADA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação n. 0501006-61.2016.8.05.0146, da Comarca de Juazeiro – Bahia, em que figura como recorrente Irailton Uchoa Santos, sendo recorrido o Ministério Público;

Acordam os Desembargadores integrantes da Segunda Turma da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade de votos, em conhecer da apelação e dar parcial provimento ao recurso, para afastar a qualificadora inculpada no art. 155, § 4º, inc. I, do CP, e, por consequência, promover a desclassificação do crime imputado ao sentenciado para o delito de furto simples, sendo, em razão disso, promovido o redimensionamento da pena, mantendo-se incólume os demais termos da sentença recorrida, pelas razões contidas no voto do Relator.

RELATÓRIO

Denunciado pela prática do crime previsto no art. 155, §4º, I, do Código Penal, o acusado Irailton Uchoa Santos foi condenado à pena de 2 anos e 4 meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicial semiaberto, e à pena pecuniária de 15 dias-multa, a ser paga no valor unitário de 1/30 do salário-mínimo vigente à época do fato, conforme a sentença de folhas 84/88 dos autos digitais.

Irresignado com a sentença condenatória, o réu interpôs, por intermédio de seu Defensor Público, o recurso de apelação de folha 111, acompanhado das respectivas razões recursais (fls. 112/117).

Nas razões apresentadas, a defesa requer a exclusão da qualificadora inculpada no art. 155, §4º, inc. I, do CP, e, por consequência, a desclassificação do crime de furto qualificado para o furto simples, sob a alegação de que não existe testemunha presencial do delito nem laudo pericial para atestar a ocorrência da mencionada qualificadora.

Pleiteia, ainda, a reforma da dosimetria de pena, para que seja realizada a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência.

Prequestiona os arts. 61, I, 65, III, “d”, 67, 155, §4º, I, do Código Penal, os arts. 158, 167, 386, VII, 564, III, b, todos do CPP, e o art. 5º, LVII, da Constituição Federal.

Em sede das contrarrazões de fls. 130/137, refutando a tese de defesa, a Promotoria Pública requer que seja negado provimento ao recurso de apelação.

Nos termos do parecer de folhas 14/17-verso, o *Parquet* opinou pelo provimento parcial do recurso de apelação, para excluir a qualificadora inculpada no art. 155, § 4º, inc. I, do Código Penal.

VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade da apelação, a conheço.

I – DO MÉRITO

No que se refere ao pedido de exclusão da qualificadora inculpada no art. 155, §4º, inc. I, do CP, e, por consequência, de desclassificação do crime de furto qualificado para o furto simples, sob a alegação de que não existe testemunha presencial do delito nem laudo pericial para atestar a ocorrência da mencionada qualificadora, assiste razão ao apelante.

Com efeito, a jurisprudência do egrégio do Superior Tribunal de Justiça admite a possibilidade de substituição do laudo pericial por outros meios de prova quando o crime não deixa vestígios, ou esses tenham desaparecido ou, ainda, se as circunstâncias do delito não possibilitarem a realização de perícia, senão vejamos (grifo nosso):

“EMENTA HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. FURTO QUALIFICADO. ESCALADA. EXAME PERICIAL NÃO REALIZADO. INEXISTÊNCIA DE JUSTIFICATIVAS PARA A NÃO REALIZAÇÃO DA PERÍCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. AFASTAMENTO DA QUALIFICADORA. DESCLASSIFICAÇÃO PARA FURTO SIMPLES. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO. PERSONALIDADE, CONDUTA SOCIAL E MAUS ANTECEDENTES. DECOTE DA CONDUTA SOCIAL E PERSONALIDADE. REINCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DE CONDENAÇÕES ANTERIORES NA PRIMEIRA E SEGUNDA ETAPAS DA DOSIMETRIA QUANDO SE TRATA DE PROCESSOS DISTINTOS. REGIME FECHADO. PACIENTE REINCIDENTE E CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA N. 269/STJ. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de habeas corpus substitutivo de recurso previsto para a espécie. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal. 2. A jurisprudência desta Corte entende que, para reconhecimento da qualificadora da escalada, é imprescindível a realização de exame pericial, sendo possível a sua substituição por outros meios probatórios somente se não existirem ou tenham desaparecido ou se as circunstâncias do crime não permitirem a confecção do laudo.” (HC Nº 361.494, Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 21/02/2017, DJe 24/02/2017).

In casu, ao analisar os autos, verifica-se que não foi apresentada qualquer justificativa para que a perícia não tenha sido realizada.

Desse modo, afasto a qualificadora prevista no art. 155, §4º, I, do Código Penal, em razão da ausência de laudo pericial, e, por consequência, desclassifico o delito imputado ao sentenciado para furto simples.

Tendo o Juiz fixado a pena-base do furto qualificado ora desclassificado para o furto simples em seu mínimo legal, também estabeleço a pena-base do crime de furto simples em seu patamar mínimo, qual seja: 1 ano de reclusão.

Mantenho o reconhecimento da atenuante da confissão, mas também deixo de aplicá-la, visto que a pena-base ora estabelecida foi fixada em seu patamar mínimo, impossibilitando, em razão disso, a redução da referida pena abaixo do mínimo legal, consoante o entendimento sumulado do Superior Tribunal de Justiça, *In verbis*:

Súmula 231: A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.

Quanto à pretensão do apelante, para que seja realizada a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, não assiste razão ao recorrente.

É sabido que, atualmente, a jurisprudência dos tribunais superiores é pacífica no sentido de que as circunstâncias preponderantes da reincidência e da confissão devem ser compensadas, consoante entendimento firmado pela Terceira Seção do egrégio Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do EREsp n. 1.154.752/RS.

Contudo, no presente caso, a compensação acima mencionada não pode ser realizada na forma requerida pelo sentenciado, visto que o réu é multirreincidente, ou seja, possui condenação transitada em julgado em mais de um processo, como corretamente se posicionou, às fls. 17/17-verso, a douta Procuradoria de Justiça.

Pelo contrário, em caso de multirreincidência do acionado, a compensação deve ser parcial, para que prevaleça a reincidência, consoante o entendimento jurisprudencial do STJ, senão vejamos (grifo nosso):

“PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NOS ACLARATÓRIOS NO RECURSO ESPECIAL. 1. DIREITO AUTOREAL. OFENSA AO ART. 184, § 2º, DO CP. CONTRARIEDADE AOS ARTS. 530-B, 530-C, 530-D E 386, II E VII, TODOS DO CPP. NÃO OCORRÊNCIA. PROVA DA MATERIALIDADE. PERÍCIA DEVIDAMENTE REALIZADA. DESNECESSIDADE DE EXCESSIVO FORMALISMO. PRESCINDIBILIDADE DE IDENTIFICAÇÃO DAS VÍTIMAS. 2. VIOLAÇÃO AO ART. 59 DO CP. NÃO VERIFICAÇÃO. DOSIMETRIA. MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA. CONDENAÇÕES DISTINTAS COM TRÂNSITO EM JULGADO. OBSERVÂNCIA AO VERBETE Nº 241/STJ. 3. CONFISSÃO E REINCIDÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO INTEGRAL. PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. MULTIRREINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. CIRCUNSTÂNCIA MAIS REPROVÁVEL. 4. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é assente no sentido de ser dispensável excessivo formalismo no que concerne à constatação da materialidade do delito de violação de direito autoral. Verificando-se que a perícia realizada sobre os aspectos externos do material apreendido revelou que todo o produto é falso, haja vista não possuir características de fabricação comuns aos utilizados no padrão de confronto, não há se falar em ausência de prova da materialidade. Outrossim, é pacífico ser desnecessária a identificação das vítimas, que tiveram seu direito autoral violado, porquanto referido fato não retira a falsidade do material apreendido, não elidindo, portanto, a imputação penal. 2. No que concerne à apontada violação ao art. 59 do Código Penal, mostra-se devidamente justificado o reconhecimento dos maus antecedentes e da multirreincidência específica. De fato, da leitura do acórdão condenatório, tem-se que a pena-base foi majorada ante a existência de maus antecedentes, e agravada pelo fato de o recorrente ser multirreincidente específico. Observa-se a existência de pelo menos duas condenações com trânsito em julgado anterior aos fatos narrados nos autos, o que dá suporte ao aumento pela multirreincidência, e duas condenações por fatos anteriores, cujo trânsito ocorreu apenas em 2007, o que autoriza a elevação da pena por maus antecedentes. Patente, ademais, terem sido valoradas condenações distintas em cada fase, não se verificando, assim, bis in idem. Dessarte, foi devidamente observado o verbatim nº 241 da Súmula

do Superior Tribunal de Justiça, o qual dispõe não ser possível a reincidência ser considerada como agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial. 3. Reconhecida a multirreincidência específica, não se mostra possível promover a compensação integral e exata entre a confissão e a reincidência, no caso concreto. Com efeito, a condição de multirreincidente específico exige, indubitavelmente, maior reprovação que a conduta perpetrada por acusado que carregue a condição de reincidente por força de um único evento isolado em sua vida. Por fim, tratando-se de multirreincidência específica, encontra-se devidamente justificada a fração de aumento. 4. Agravo regimental a que se nega provimento.” (AgRg nos Edcl no Resp. nº 1.387.261-SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, julgado em 05/11/2013, DJe 12/11/2013).

“PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FURTO QUALIFICADO. DOSIMETRIA DA PENA. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA E AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO PARCIAL. RÉU MULTIRREINCIDENTE. PRECEDENTES. 1. Nos casos em que o réu é multirreincidente, não é possível a compensação integral entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea. Mas é possível uma compensação parcial entre as duas circunstâncias, com a preponderância da reincidência. 2. Agravo regimental improvido.” (AgRg no AREsp. Nº 681.221-DF, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 09/06/2015, DJe 22/06/2015).

Entretanto, diante do exposto, mantenho o agravamento da pena em 1/6, como foi estipulado na sentença, em respeito à máxima da vedação da *reformatio in pejus* no recurso da defesa, perfazendo uma pena total e definitiva de 1 ano e 2 meses de reclusão.

Considerando se tratar de réu multirreincidente e em respeito ao princípio da proibição da *reformatio in pejus* no recurso da defesa, mantenho o regime inicial de pena no semiaberto.

Também em homenagem ao postulado da vedação ao *reformatio in pejus*, mantenho a pena pecuniária de 15 dias-multa, a ser paga no valor unitário de 1/30 do salário-mínimo vigente à época do fato, conforme fixada pelo Juízo.

Quanto ao prequestionamento dos artigos 61, I, 65, III, “d”, 67, 155, §4º, I, todos do Código Penal, dos arts. 158, 167, 386, VII, 564, III, b, todos do CPP, e do art. 5º, LVII, da Constituição Federal, verifica-se que as matérias prequestionadas já foram devidamente abordadas no presente acórdão, de modo que a análise pontual sobre elas se mostra desnecessária.

II – DA CONCLUSÃO

Ante o exposto, em consonância com o parecer da douta Procuradoria de Justiça, voto **PELO PROVIMENTO PARCIAL DA APELAÇÃO, para afastar a qualificadora inculpada no art. 155, § 4º, inc. I, do CP, e, por consequência, promover a desclassificação do crime imputado ao sentenciado para o delito de furto simples, sendo, em razão disso, redimensionada a pena privativa de liberdade para 1 ano e 2 meses de reclusão, a ser cumprida no regime inicial semiaberto, permanecendo a pena pecuniária fixada em 15 dias-multa, a ser paga no valor unitário de 1/30 do salário-mínimo vigente à época do fato, mantendo-se incólume os demais termos da sentença recorrida.**

TJBA – Apelação Criminal nº 0000206-82.2011.8.05.0270, Segunda Câmara Criminal – Primeira Turma, Relator(a): Des. Jefferson Alves de Assis, julgado em 04/05/2017.

EMENTA: DIREITO PENAL E DIREITO PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL INTERPOSTA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. PEDIDO RECURSAL PARA REFORMAR SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. CABIMENTO. JUSTA CAUSA DEVIDAMENTE COMPROVADA NOS AUTOS. CONFISSÃO EM SEDE POLICIAL AMPARADA E EM HARMONIA COM AS DEMAIS PROVAS ENCARTADAS, COLHIDAS EM JUÍZO. SENTENÇA MODIFICADA PARA CONDENAR OS RÉUS NOS TERMOS DO ARTIGO 157, §3º C/C ARTIGO 61, II, “H”, TODOS DO CÓDIGO PENAL – LATRO-

CÍNIO COM A AGRAVANTE DE TER SIDO COMETIDO CONTRA PESSOA MAIOR DE SESSENTA ANOS.

I. Trata-se de Apelação Criminal interposta pelo Ministério Público do Estado da Bahia, contra sentença proferida pelo MM. Juízo de Direito da Comarca de Utinga/BA, que absolveu Jackson Alves Araújo, Rodrigo Nunes de Souza e Fernando Silva de Jesus da imputação acerca da prática do crime previsto no art. 157, §3º c/c art. 61, II, “h”, todos do Código Penal – latrocínio com a agravante de ter sido cometido contra pessoa maior de sessenta anos.

II. Segundo a inicial acusatória contida às fls. 02/06, no dia 09 de fevereiro de 2011, por volta das 21h00min, na fazenda Concêntrica, situada em Mucambo, Utinga/BA, Fernando Silva de Jesus, Gilberto Pinheiro de Lima, Jackson Alves Araújo, Joelson Araújo Barbosa e Rodrigo Nunes de Souza, subtraíram coisas alheias móveis, para eles, mediante violência exercida contra a vítima David Barbarino, pessoa maior de 60 (sessenta) anos, causando-lhe a morte. Conforme decisão de fl. 400 observa-se que a punibilidade foi extinta com relação à Joelson Araújo Barbosa, em função de sua morte. Ademais, denota-se da fl. 431, que o processo foi desmembrado com relação a Gilberto Pinheiro de Lima. Seguindo a presente ação penal apenas com relação a Jackson Alves Araújo, Rodrigo Nunes de Souza e Fernando Silva de Jesus, após a conclusão da instrução processual, o MM. Juízo de piso achou por bem em absolvê-los, sob o fundamento de ausência de provas para lastrear o édito condenatório.

III. Inconformado com a sentença absolutória contida às fls. 583/587, o Ministério Público do Estado da Bahia aduz em suas razões recursais às fls. 636/647, que a materialidade e autoria delitiva estão devidamente comprovadas nos autos, razão pela qual sustenta que a sentença deve ser reformada para fins de condenar os Recorridos. Por sua vez, os Recorridos pugnam às fls. 650/653 e 654/657, pela manutenção da sentença incólume. Em contrapartida, a Douta Procuradoria de Justiça apresentou parecer às fls. 660/664, opinando pelo conhecimento e provimento do recurso interposto pelo *Parquet*.

IV. A partir do exame detido dos autos, percebe-se que o apelo ministerial merece guarida. Nessa senda, ao contrário do quanto aludido na sentença hostilizada, há no caderno processual provas suficientes que demonstram que os Recorridos concorreram para a prática do crime, que não só resultou na subtração de bens móveis alheios, mas também na morte da vítima David Barbarino, razão pela qual merecem ser responsabilizados penalmente.

V. Com efeito, a materialidade delitiva está comprovada através das fotografias contidas às fls. 12/24, pelo Auto de Exibição e Apreensão de fl. 25, pelo Laudo de Exame Pericial das armas de fogo utilizadas de fl. 106/108, pelo Laudo de Exame de Necrópsia de fl. 109/110, pelo Laudo de Exame Pericial nos projéteis de arma de fogo de fls. 111/112, bem como pelos Laudos Periciais de fls. 113/116. Igualmente, a autoria delitiva está comprovada pelas confissões dos Recorridos, conforme se infere dos seus interrogatórios colhidos na fase inquisitiva, de fls. 35/36, 37/38 e 39/40, que demonstram claramente a participação de cada um deles. Em que pese os Recorridos terem se retratado em juízo das confissões feitas na fase policial, as mesmas possuem valor probatório, pois estão em consonância com as demais provas colhidas na instrução processual, notadamente com os depoimentos dos milicianos que atuaram no caso e que destacam que encontraram os objetos do crime na casa dos Recorridos e de seus familiares (fls. 434, 471/472, 546 e 547); o depoimento da Sra. Marilene de Santana Barbarino (fl. 433), que afirma que estava falando com a vítima no celular quando ouviu os latidos dos cachorros e que a mesma foi ver do que se tratava, situação narrada pelos Recorridos; as fotografias contidas às fls. 12/24 e os Laudos Periciais de fls. 113/116, que demonstram que a vítima foi atingida e o local foi danificado exatamente como os Recorridos mencionaram em suas confissões.

VI. Assim, estando comprovado que os Recorridos concorrem para a prática delitiva, devem os mesmos ser condenados na medida de suas participações, como impõe o art. 29, caput, do CP, que assim dispõe: “quem, de qualquer

modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade”. Precedentes jurisprudenciais. Por todo o exposto, a sentença objugada deve ser reformada, para condenar Jackson Alves Araújo, Rodrigo Nunes de Souza e Fernando Silva de Jesus, as penas previstas no art. 157, §3º c/c art. 61, II, “h”, todos do CP – latrocínio com a agravante de ter sido cometido contra pessoa maior de sessenta anos.

VII. Passa-se, então, a análise do critério trifásico preconizado nos artigos 59 e 68 do Código Penal, para fins de realizar a dosimetria e individualização das penas. A culpabilidade dos Recorridos não ultrapassa aquela inerente ao próprio tipo penal. Quanto aos antecedentes, deve-se esclarecer que somente podem ser consideradas as condenações transitadas em julgado e que não caracterizem reincidência. Sendo assim, embora existam nos fólhos (fls. 119, 121 e 123) notícias de que os Recorridos respondem a outras ações penais, devido às mesmas não serem definitivas à época do fato, não são passíveis de configurar como antecedentes criminais, razão pela qual não devem ser valoradas. Ademais, não há elementos nos autos que possam dar suporte à análise específica da conduta social dos Recorridos. Da mesma forma, inexistem nos fólhos informações que caracterizem a personalidade dos Recorridos, porquanto ausentes elementos que permitam mensurar sua sensibilidade ético-social, a presença ou não de desvios de caráter, bem como seu modo de pensar, sentir e agir (que não tenham relação com o crime ora censurado), incluindo suas habilidades, atitudes, crenças e emoções, enquanto fatores essenciais à apreciação da presente circunstância. Por sua vez, as circunstâncias do delito são próprias do tipo. As consequências não extrapolam aquelas consideradas pelo próprio tipo penal, revelada mediante a imputação legislativa dos expressivos limites sancionatórios. Os motivos de agir dos agentes não se apresentam mais reprováveis que aqueles normais aos delitos em questão. A vítima não contribuiu para o evento delitivo, não merece valoração nesse ponto. Assim, sopesadas as circunstâncias judiciais elencadas no artigo 59 do Código Penal, a pena-base deve ser fixada no mínimo legal de 20 (vinte) anos de reclusão e 100 (cem) dias-multa. No que tange a segunda fase da dosimetria da pena, existe circunstância agravante a ser aplicada, em virtude da vítima ser pessoa maior de 60 (sessenta) anos. Dessa forma, a pena deve ser majorada em 1/6 (um sexto), com fulcro no art. 61, II, alínea “h”, a qual deve ser compensada pela atenuante prevista no art. 65, III, “d” do CP, devido à confissão dos Recorridos (mesmo exclusivamente na fase policial) ter sido utilizado para a condenação, nos termos da Súmula 545 do STJ. Por sua vez, na terceira fase, inexistem causas de aumento ou diminuição a serem aplicadas. Nessa senda, a pena deve torna-se definitiva em 20 (vinte) anos de reclusão e 100 (cem dias multa), a ser cumprida em regime inicialmente fechado em respeito ao art. 33, §2º, “a”, do CP.

VIII. APELO CONHECIDO E PROVIDO, para reformar a sentença, a fim de condenar Jackson Alves Araújo, Rodrigo Nunes de Souza e Fernando Silva de Jesus, a pena de 20 (vinte) anos de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime fechado, bem como 100 (cem) dias-multa, na ordem individual de um trigésimo do salário mínimo vigente à época do fato, em razão da prática do delito previsto no art. 157, §3º c/c art. 61, II, “h”, todos do CP – latrocínio com a agravante de ter sido cometido contra pessoa maior de sessenta anos, na esteira do parecer ministerial.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº. **0000206-82.2011.8.05.0270**, provenientes da Comarca de Utinga/BA, e que tem como Apelante o **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA**, e Apelados **JACKSON ALVES ARAÚJO, RODRIGO NUNES DE SOUZA E FERNANDO SILVA DE JESUS**.

Acordam os Desembargadores integrantes da Primeira Turma da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça da Bahia, à unanimidade, em **CONHECER E DAR PROVIMENTO AO APELO INTERPOSTO PELO PARQUET**, para reformar a sentença e condenar Jackson Alves Araújo, Rodrigo Nunes de Souza e Fernando Silva de Jesus, à pena de 20 (vinte) anos de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime fechado, bem como 100 (cem) dias-multa, na ordem individual de um trigésimo do salário mínimo vigente à época do fato, em razão da prática do delito previsto no art. 157, §3º c/c art. 61, II, “h”, todos do Código Penal – latrocínio com a agravante de ter sido cometido contra pessoa maior de sessenta anos, nos termos do voto do Relator.

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Criminal interposta pelo Ministério Público do Estado da Bahia, contra sentença proferida pelo MM. Juízo de Direito da Comarca de Utinga/BA, contida às fls. 583/587, que absolveu Jackson Alves Araújo, Rodrigo Nunes de Souza e Fernando Silva de Jesus da imputação acerca da prática do crime previsto no art. 157, §3º c/c art. 61, II, “h”, todos do CP – latrocínio com a agravante de ter sido cometido contra pessoa maior de sessenta anos.

Inconformado com a sentença absolutória, o Ministério Público do Estado da Bahia aduz em suas razões recursais, encartadas às fls. 636/647, que a materialidade e autoria delitiva estão devidamente comprovadas nos autos, razão pela qual sustenta que a sentença deve ser reformada para fins de condenar os Recorridos, como requerido na denúncia.

Por sua vez, às fls. 650/653 e 654/657, os Recorridos pugnam pelo não provimento do apelo, a fim de que a sentença seja mantida incólume.

Por fim, a Douta Procuradoria de Justiça apresentou parecer testilhado às fls. 660/664, opinando pelo conhecimento e provimento do recurso interposto pelo *Parquet*, para condenar os Recorridos nas penas previstas para o crime elencado no art. 157, §3º c/c art. 61, II, “h”, todos do CP.

Estando os autos prontos para julgamento, vieram-me conclusos.

Eis o relatório.

VOTO

Encontrando-se presentes os pressupostos de admissibilidade necessários ao conhecimento do Recurso de Apelação interposto, passo à sua análise.

I – DO PLEITO PARA REFORMAR A SENTENÇA A FIM DE CONDENAR OS RECORRIDOS

O Ministério Público do Estado da Bahia mostra seu inconformismo às fls. 636/646 acerca da sentença que absolveu veredicto popular que absolveu Jackson Alves Araújo, Rodrigo Nunes de Souza e Fernando Silva de Jesus do crime previsto no art. 157, §3º c/c art. 61, II, “h”, todos do CP – latrocínio com a agravante de ter sido cometido contra pessoa maior de sessenta anos.

De acordo com as razões recursais, a materialidade e autoria delitiva estão comprovadas nos fólios, por isso, a sentença deve ser reformada para condenar os Recorridos nos termos da denúncia.

Segundo a inicial acusatória contida às fls. 02/06, no dia 09 de fevereiro de 2011, por volta das 21h00min, na fazenda Concêntrica, situada em Mucambo, Utinga/BA, Fernando Silva de Jesus, Gilberto Pinheiro de Lima, Jackson Alves Araújo, Joelson Araújo Barbosa e Rodrigo Nunes de Souza, subtraíram coisas alheias móveis, para eles, mediante violência exercida contra a vítima David Barbarino, pessoa maior de 60 (sessenta) anos, causando-lhe a morte.

Conforme decisão de fl. 400 observa-se que a punibilidade foi extinta com relação à Joelson Araújo Barbosa, em função de sua morte. Ademais, denota-se da fl. 431, que o processo foi desmembrado com relação a Gilberto Pinheiro de Lima.

Seguindo a presente ação penal apenas com relação a Jackson Alves Araújo, Rodrigo Nunes de Souza e Fernando Silva de Jesus, após a conclusão da instrução processual, o MM. Juízo de

piso achou por bem em absolvê-los, sob o fundamento de ausência de provas para lastrear o édito condenatório.

A partir do exame detido dos autos, no entanto, percebe-se que o apelo ministerial merece guarida.

Nessa senda, ao contrário do quanto aludido na sentença hostilizada, há no caderno processual provas suficientes que demonstram que os Recorridos concorreram para a prática do crime, que não só resultou na subtração de bens móveis alheios, mas também na morte da vítima David Barbarino, razão pela qual merecem a devida responsabilização penal.

Com efeito, a materialidade delitiva está comprovada através das fotografias contidas às fls. 12/24, pelo Auto de Exibição e Apreensão de fl. 25, pelo Laudo de Exame Pericial das armas de fogo utilizadas de fl. 106/108, pelo Laudo de Exame de Necropsia de fl. 109/110, pelo Laudo de Exame Pericial nos projéteis de arma de fogo de fls. 111/112, bem como pelos Laudos Periciais de fls. 113/116.

Igualmente, a autoria delitiva está comprovada pelas confissões dos Recorridos, conforme se infere dos seus interrogatórios colhidos na fase inquisitiva, de fls. 35/36, 37/38 e 39/40, cujos excertos seguem abaixo transcritos e demonstram claramente a participação de cada um deles, *in verbis*:

*“Que o interrogando admite a acusação, **alegando que informara a Rodrigo que o Sr. David tinha um cofre (...)**; Que depois disso Rodrigo mantivera contato por telefone com o interrogado dizendo que queria apresentar os indivíduos Gilberto e Joelson para o interrogado e Jaquinho, a fim de definirem a forma de agir na propriedade da vítima; Que Jaquinho, Joelson, Gilberto, Rodrigo e o interrogado se reuniram nas proximidades da residência do interrogado; (...) Que no momento da ação o interrogado ficaria na companhia de Joelson (...); **Que Joelson e o interrogado ficaram na parte de baixo da propriedade, abaixo da casa sede, junto de um pé de umbu; (...)**; Que pretendiam pegar a vítima desprevenida, dentre de casa, oportunidade em que Joelson e Rodrigo a enquadraria, rendendo-a; Que a vítima estava na porta de casa falando ao celular; Que o interrogado acredita que a vítima percebeu alguma coisa, tendo efetuado cinco disparos com a pistola, em direção ao local onde estava Joelson e o interrogado; Que Joelson efetuou oito disparos com o rifle, atingindo a vítima; Que já no terceiro disparo a vítima caiu, tendo Joelson gritado, chamando Rodrigo e Jaquinho; **Que estes foram para a área, tendo Joelson mandado o interrogado ir para a cancela, para verificar se alguém se aproximava; (...)**; Que os aparelhos celulares da vítima, dois da marca Sony Ericsson, em cor cinza, Rodrigo apanhara, tendo dado um para o interrogado; Que o interrogado quebrara o referido objeto, pois o mesmo não estava funcionando; (...) **Que todos adentraram na casa indo atrás do cofre, encontrando-o na sala do imóvel; Que mandaram Jaquinho e o interrogado ficar olhando, sendo que o interrogado ficara na cancela da frente e Jaquinho na cerca, no final do imóvel; (...)** Que Jaquinho, Rodrigo e o interrogado ficaram com quase todo o dinheiro, cabendo R\$ 450,00 (quatrocentos e cinquenta reais) ao interrogado, R\$ 500,00 (quinhentos reais) para Jaquinho e Rodrigo, e deram R\$ 100,00 (cem reais) a Joelson (...); Que Joelson ficou com as armas, o revólver e a pistola; (...) Que depois tomaram os sentidos de suas casas (...).”* (Interrogatório prestado por Fernando Silva de Jesus (Baby), em sede Policial, às fls. 35/36).

*“Que o interrogado admite a acusação, **alegando que uns vinte dias antes da prática criminosa**, oportunidade em que o interrogado se encontrava no bairro da Ponte de Tábua foi procurado pelo indivíduo conhecido por Baby, o qual informara ao interrogado que na propriedade de Sr. David havia muito dinheiro cerca de 80.000 (oitenta mil reais); (...) **Que Baby, Jaquinho, Joelson e o interrogado foram até Gilberto, contando o que pretendiam fazer, ou seja, roubar o Sr. David, tendo Gilberto fornecido um rifle 22 e um revólver 38; (...)** **Que Jaquinho, Baby, Joelson e o interrogado por volta das 20h30min se dirigiram até a propriedade da vítima a pé;** (...) Que Joelson ficara com rifle e o interrogado com o revólver 38; (...) Que um cachorro começara a latir; que o Sr. David abria a porta da casa, saindo com um celular na mão, utilizando este objeto para clarear; Que o aparelho celular tocara, tendo a vítima atendido a ligação. Que o Sr. David efetuara dois disparos em direção ao pé de Umbu tendo Joelson revidado, efetuando vários disparos em direção a vítima, alvejando-a (...); **Que após cessarem os disparos o interrogado e Jaquinho se aproximaram da vítima, a qual se encontrava caída, de bruços, na área do imóvel e que gemia;** (...) Que Jaquinho e Baby*

apanharam dois celulares da vítima (...) **que o interrogado ficara com este objeto; (...);** Que quando entraram no imóvel, ou seja, na casa sede, **todos se dirigiram para a sala, local onde estava o cofre, grande e alto; (...)** **Que revezaram para arrombar o cofre (...); Que o dinheiro, produto do crime foi dividido entre Jaquinho, baby e o interrogado** e que Joelson ficara com as armas, sendo que o revólver 38, Joelson entregara a Gilberto; (...) Que como baby e Jaquinho são conversadores, **o interrogado resolveu fugir desta cidade, indo inicialmente para a casa de sua irmã em Riacho Dantas e depois foi se esconder na casa de seu tio Domingos**; (Interrogatório prestado por Rodrigo Nunes de Souza, em sede Policial, às fls. 37/38). **“Que o interrogado admite a acusação (...); Que o interrogado, Baby, Rodrigo, Joelson e Gilberto se re uniram para definir a ação criminosa; (...) Que o interrogado e seus comparsas chegaram na fazenda mais ou menos às nove horas da noite; (...) Que o interrogado ficou com Rodrigo na cancela (...);** Que depois de constatarem que a vítima estava morta, Joelson e Rodrigo meteram o pé na porta da casa abrindo-a; **Que todos adentraram no imóvel e encontraram o cofre na sala da casa; Que todos ajudaram a arrombar o cofre com as ferramentas (...); Que o interrogado ficou com R\$ 500,00 (quinhentos reais); (...)** Que o interrogado gastou o dinheiro com bebidas, comidas e besteiras”. (Interrogatório prestado por Jackson Alves Araújo (Jaquinho), em sede Policial, às fls. 39/40).

Embora os Recorridos tenham se retratado em juízo das confissões feitas na fase policial, observa-se que os mesmos narraram com riqueza de detalhes a intentada criminosa em suas confissões extrajudiciais.

Malgrado a retratação, tais confissões na via policial possuem valor probatório, pois estão em consonância com as demais provas colhidas na instrução processual, notadamente os depoimentos dos milicianos que atuaram no caso e que destacam que encontraram os objetos do crime na casa dos Recorridos e de seus familiares (fls. 434, 471/472, 546 e 547); o depoimento da Sra. Marilene de Santana Barbarino (fl. 433), que afirma que estava falando com a vítima no celular quando ouviu os latidos dos cachorros e que a vítima foi ver do que se tratava, situação narrada pelos Recorridos; as fotografias contidas às fls. 12/24 e os Laudos Periciais de fls. 113/116, que demonstram que a vítima foi atingida e o local foi danificado exatamente como os Recorridos mencionaram em suas confissões.

É necessário pontuar que, embora não se admita a condenação com base nos elementos de convicção colhidos exclusivamente em sede policial, *in casu*, a condenação está sendo respaldada também nas provas colhidas em Juízo, que estão em nítida harmonia com as confissões dos Recorridos concedidas em sede policial.

A propósito, tal harmonia faz concluir que a posterior retratação das confissões dos Recorridos foi fruto de arrependimento e tentativa de se esquivar da responsabilização penal.

Assim, estando comprovado que os Recorridos concorrem para a prática delitiva, deve à sentença ser reformada para que os mesmos sejam condenados na medida de suas participações, como impõe o art. 29, *caput*, do CP, que assim dispõe: “*quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade*”.

A jurisprudência dos Tribunais Superiores é vasta e torrencial nesse sentido, como se observa dos seguintes precedentes:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DECISÃO MONOCRÁTICA. OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. INEXISTÊNCIA. HOMICÍDIO QUALIFICADO. ALEGAÇÃO DE MALTRATO AO ART. 155 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. CONDENAÇÃO BASEADA EM PROVAS INQUISITORIAIS (CONFISSÕES RETRATADAS EM JUÍZO). INOCORRÊNCIA. REEXAME PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é assente no sentido de que não ofende o princípio da colegialidade a prolação de decisão monocrática com fundamento no art. 544, § 4º, do CPC, *c/c* art. 3º do CPP.

2. **É possível a utilização de elementos informativos do inquérito policial quando corroborados por outras provas judicializadas.**

3. A pretensão de reconhecimento de nulidade da prova, ou que a condenação lastreou-se em

prova produzida apenas no inquérito, tal como veiculada no recurso, em contraposição à fundamentação posta no acórdão recorrido, demandaria aprofundado reexame de matéria fático-probatória, vedado na via eleita, a teor da Súmula 7/STJ.

4. **Já decidiu esta Corte que “A retratação de confissão extrajudicial, do corréu, em Juízo, por si só, não tem o condão de retirar o valor de seus depoimentos extrajudiciais, notadamente se estes são compatíveis com depoimentos testemunhais, colhidos à luz do contraditório, como esclarece o acórdão de 2º Grau”** (AgRg no AREsp. 277.963/PE, Rel. Min. ASSUETE MAGALHÃES, Sexta Turma, DJe 7/5/2013). No mesmo sentido: REsp. 957.796/RS, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, Quinta Turma, DJe 29/6/2009 e HC 115.255/MS, Rel. Min. JORGE MUSSI, Quinta Turma, DJe 9/8/2010).

5. Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp 186.964/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 17/09/2015, DJe 22/09/2015)

HABEAS CORPUS. ROUBO. CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL. RETRATAÇÃO EM JUÍZO. CONDENAÇÃO COM BASE EM OUTROS ELEMENTOS PROBATÓRIOS QUE CONFIRMARAM A CONVICÇÃO DO JULGADOR. INEXISTÊNCIA DE CONTRANGIMENTO ILEGAL.

1. Não configura ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa a condenação baseada em confissão extrajudicial retratada em juízo, corroborada por depoimentos colhidos na fase instrutória.

2. Embora não se admita a prolação do édito condenatório com base em elementos de convicção exclusivamente colhidos durante o inquérito policial, tal situação não se verifica na hipótese, já que o magistrado singular e o Tribunal de origem apoiaram-se também em elementos de prova colhidos no âmbito do devido processo legal.

ABSOLVIÇÃO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. DELITO DE ROUBO. VALOR ÍNFINO DO BEM SUBTRAÍDO. FUNDAMENTO NÃO APRECIADO PELA CORTE DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NÃO CONHECIMENTO.

1. Inviável a apreciação, diretamente por esta Corte Superior de Justiça, da aplicação do princípio da insignificância ao crime de roubo de R\$ 20,00 (vinte reais), sob pena de incidir-se na vedada supressão de instância, uma vez que essa matéria não foi apreciada pelo Tribunal de origem.

2. Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, denegada.

(HC 115.255/MS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 20/05/2010, DJe 09/08/2010).

Por todo o exposto, reformo a sentença objurgada, para condenar Jackson Alves Araújo, Rodrigo Nunes de Souza e Fernando Silva de Jesus, as penas previstas no art. 157, §3º c/c art. 61, II, “h”, todos do CP – latrocínio com a agravante de ter sido cometido contra pessoa maior de sessenta anos.

II – DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

Tendo a sentença sido reformada para condenar os Recorridos com base no art. 157, §3º c/c art. 61, II, “h”, todos do CP, passa-se a análise do critério trifásico preconizado nos artigos 59 e 68 do Código Penal, para o escopo de realizar a dosimetria e individualização de suas penas.

II.a) Da individualização da pena de Jackson Alves Araújo

A culpabilidade do Recorrido Jackson Alves Araújo, expressada pela reprovabilidade de sua conduta, não ultrapassa aquela inerente ao próprio tipo penal, eis que não há qualquer elemento que consubstancie o aumento a censura da prática do ilícito.

Quanto aos antecedentes, deve-se esclarecer que somente podem ser consideradas as condenações transitadas em julgado e que não caracterizem reincidência. Sendo assim, embora existam nos fôlios (fl. 121) notícias de que o Recorrido responde a outras ações penais, devido às mesmas não serem sequer definitivas à época do fato, estas não são passíveis de configurar como antecedentes criminais, razão pela qual deixo de valorizá-las.

Ademais, não há elementos nos autos que possam dar suporte à análise específica da conduta social do Recorrido, cuja apreciação depende do exame do desempenho do agente na sociedade, no que atine as suas relações familiares, de trabalho e no campo comunitário.

Da mesma forma, inexistem nos fólios informações que caracterizem a personalidade do Recorrido, porquanto ausentes elementos que permitam mensurar sua sensibilidade ético-social, a presença ou não de desvios de caráter, bem como seu modo de pensar, sentir e agir (que não tenham relação com o crime ora censurado), incluindo suas habilidades, atitudes, crenças e emoções, enquanto fatores essenciais à apreciação da presente circunstância.

Por sua vez, as circunstâncias do delito são próprias do tipo e, por isso, também não merecem ser valoradas.

As consequências não extrapolam aquelas consideradas pelo próprio tipo penal, revelada mediante a imputação legislativa dos expressivos limites sancionatórios.

Os motivos de agir do agente não se apresentam mais reprováveis que aqueles normais aos delitos em questão.

A vítima não contribuiu para o evento delitivo, não merece valorização nesse ponto.

Assim, sopesadas as circunstâncias judiciais elencadas no artigo 59 do Código Penal, fixo a sua pena-base no mínimo legal de 20 (vinte) anos de reclusão e 100 (cem) dias multa.

No que tange à segunda fase da dosimetria da pena, existe circunstância agravante a ser aplicada, em virtude da vítima ser pessoa maior de 60 (sessenta) anos. Dessa forma, aumento a pena em 1/6 (um sexto) com fulcro no art. 61, II, alínea “h”, a qual deve ser compensada pela atenuante prevista no art. 65, III, “d” do CP, devido à confissão do Recorrido, mesmo exclusivamente na fase policial, ter sido utilizado para a condenação, nos termos da Súmula 545 do STJ.

Por sua vez, na terceira fase, inexistem causas de aumento ou diminuição a serem aplicadas.

Nessa senda, a pena deve torna-se definitiva em 20 (vinte) anos de reclusão e 100 (cem) dias-multa, a ser cumprida em regime inicialmente fechado em respeito ao art. 33, §2º, “a”, do CP.

II.b) Da individualização da pena de Rodrigo Nunes de Souza

Igualmente, a culpabilidade do Recorrido Rodrigo Nunes de Souza não ultrapassa aquela inerente ao próprio tipo penal.

Quanto aos antecedentes, embora existam nos fólios (fl. 123) notícias de que o Recorrido responde a outras ações penais, devido às mesmas não serem sequer definitivas à época do fato, estas não são passíveis de configurar como antecedentes criminais.

Não há elementos nos autos que possam dar suporte à análise específica da conduta social e personalidade do Recorrido.

Por sua vez, as circunstâncias do delito e as consequências são próprias do tipo e, por isso, também não merecem ser valoradas.

Os motivos de agir do agente não se apresentam mais reprováveis que aqueles normais aos delitos em questão, bem como a vítima não contribuiu para o evento delitivo, razão pela qual tais circunstâncias não merecem valorização.

Assim, sopesadas as circunstâncias judiciais elencadas no artigo 59 do Código Penal, fixo a sua pena-base no mínimo legal de 20 (vinte) anos de reclusão e 100 (cem) dias-multa.

No que tange a segunda fase da dosimetria da pena, existe circunstância agravante a ser aplicada, em virtude da vítima ser pessoa maior de 60 (sessenta) anos. Dessa forma, aumento a pena em 1/6 (um sexto) com fulcro no art. 61, II, alínea “h”, a qual deve ser compensada pela atenuante prevista no art. 65, III, “d” do CP, devido à confissão do Recorrido, mesmo exclusivamente na fase policial, ter sido utilizado para a condenação, nos termos da Súmula 545 do STJ.

Por sua vez, na terceira fase, inexistem causas de aumento ou diminuição a serem aplicadas.

Nesse sentido, a pena deve torna-se definitiva em 20 (vinte) anos de reclusão e 100 (cem) dias multa, a ser cumprida em regime inicialmente fechado em respeito ao art. 33, §2º, “a”, do CP.

II.c) Da individualização da pena de Fernando Silva de Jesus

Por fim, da mesma forma que os demais Recorridos, a culpabilidade de Fernando Silva de Jesus não ultrapassa aquela inerente ao próprio tipo penal.

Quanto aos antecedentes, embora existam nos fólios (fl. 119) notícias de que o Recorrido responde a outras ações penais, devido às mesmas não estarem transitada em julgada à época do fato, não servem para configurar reincidência.

Não há elementos nos autos que possam dar suporte à análise específica da conduta social e personalidade do Recorrido.

Por sua vez, as circunstâncias do delito e as consequências são próprias do tipo e, por isso, também não merecem ser valoradas.

Os motivos de agir do agente não se apresentam mais reprováveis que aqueles normais aos delitos em questão, bem como a vítima não contribuiu para o evento delitivo, razão pela qual tais circunstâncias não merecem valorização.

Assim, sopesadas as circunstâncias judiciais elencadas no artigo 59 do Código Penal, fixo a sua pena-base no mínimo legal de 20 (vinte) anos de reclusão e 100 (cem) dias-multa.

No que tange à segunda fase da dosimetria da pena, existe circunstância agravante a ser aplicada, em virtude da vítima ser pessoa maior de 60 (sessenta) anos. Dessa forma, a pena deve ser aumentada em 1/6 (um sexto) com fulcro no art. 61, II, alínea “h”, a qual deve ser compensada pela atenuante prevista no art. 65, III, “d” do CP, devido à confissão do Recorrido, mesmo exclusivamente na fase policial, ter sido utilizado para a condenação, nos termos da Súmula 545 do STJ.

Por sua vez, na terceira fase, inexistem causas de aumento ou diminuição a serem aplicadas.

Nesse diapasão, a pena deve torna-se definitiva em 20 (vinte) anos de reclusão e 100 (cem) dias multa, a ser cumprida em regime inicialmente fechado em respeito ao art. 33, §2º, “a”, do CP.

III – CONCLUSÃO

Em face do exposto, meu voto é pelo CONHECIMENTO E PROVIMENTO DO APELO INTERPOSTO PELO PARQUET, para reformar a sentença e condenar Jackson Alves Araújo, Rodrigo Nunes de Souza e Fernando Silva de Jesus, à pena de 20 (vinte) anos de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime fechado, bem como 100 (cem) dias-multa, na ordem individual de um trigésimo do salário mínimo vigente à época do fato, em razão da prática do delito previsto no art. 157, §3º c/c art. 61, II, “h”, todos do Código Penal – latrocínio com a agravante de ter sido cometido contra pessoa maior de sessenta anos.

TJBA – Apelação Criminal nº 0304495-31.2015.8.05.0080, Segunda Câmara Criminal – Segunda Turma, Relator(a): Desª. Nágila Maria Sales Brito, julgado em 20/07/2017.

APELAÇÃO CRIMINAL. ART. 157, § 2º, II, DO CÓDIGO PENAL. RECURSOS SIMULTÂNEOS. APELAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO EM RELAÇÃO AO ACUSADO GUILHERME BRENNO COSTA DE ANDRADE: NÃO APLICAÇÃO DA CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE DA MENORIDADE EM RESPEITO À SÚMULA 231 DO STJ COM O CONSEQUENTE REALINHAMENTO DA PENA E DO RÉGIME DE CUMPRIMENTO. PROCEDENTE. REDIMENSIONAMENTO DA PENA E FIXAÇÃO DO RÉGIME SEMIABERTO. RECURSO DA DEFESA DE RONIGLEIDSON SILVA SENA: PRELIMINAR DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA. NÃO CONHECIMENTO. COMPETÊNCIA DA VARA DE EXECUÇÕES PENAS. PRELIMINAR DE CONCESSÃO DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. INVIABILIDADE. ACUSADO QUE PERMANECEU PRESO DURANTE TODA A INSTRUÇÃO DO PROCESSO. MÉRITO: ABSOLVIÇÃO POR AUSÊNCIA DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. AUTORIA E MATERIALIDADE DEVIDAMENTE DEMONSTRADAS. FIXAÇÃO DA PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. PREJUDICADO. PENA-BASE JÁ FIXADA NO MÍNIMO LEGAL PELO JUIZ SENTENCIANTE. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO CONHECIDO E PROVIDO. RECURSO DA DEFESA PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, DESPROVIDO. DECRETAÇÃO DA PRISÃO DO ACUSADO GUILHERME BRENNO COSTA DE ANDRADE.

1. Não se concede o direito de recorrer em liberdade a réu que permaneceu preso durante toda a instrução do processo, pois a manutenção na prisão constitui-se em um dos efeitos da respectiva condenação. Precedentes do STJ.
2. Cabe ao Juízo das Execuções Penais a análise da matéria atinente à gratuidade da justiça.
3. Demonstradas de forma inequívoca a autoria e a materialidade delitivas do crime perpetrado, impossível cogitar-se da absolvição do acusado, impondo-se a manutenção da condenação.
4. Resta prejudicado o pleito da Defesa de fixação da pena-base no mínimo legal, uma vez que assim já fora feito pelo MM. Juiz de primeiro grau.
5. Fixada a pena-base no mínimo legal, resta demonstrada a inviabilidade de aplicação da circunstância atenuante da menoridade, incidindo o teor da Súmula 231 do STJ, *in verbis*: “A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”.
6. Realinhada a dosimetria da pena do Acusado Guilherme Brenno Costa de Andrade, impõe-se a fixação do regime inicial de cumprimento de pena no semiaberto.
7. A decretação da prisão do Acusado, após confirmação da decisão condenatória em Segundo Grau de Jurisdição, não ofende o princípio constitucional da presunção de inocência.

ACÓRDÃO

Relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0304495-31.2015.8.05.0080 da Comarca de Feira de Santana, sendo Apelantes e Apelados RONIGLEIDSON SILVA SENA e o MINISTÉRIO PÚBLICO.

ACORDAM os Desembargadores integrantes da Segunda Turma Julgadora da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade de votos, em **CONHECER PARCIALMENTE** o Recurso de Apelação interposto pela Defesa e, nessa extensão, **AFASTAR AS PRELIMINARES** e **NEGAR-LHE PROVIMENTO; CONHECER e DAR PROVIMENTO** ao Recurso de Apelação interposto pelo Ministério Público e, **DE OFÍCIO, DECRETAR A PRISÃO do Acusado GUILHERME BRENNNO COSTA DE ANDRADE**, na forma do Relatório e do Voto constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

RELATÓRIO

Consta do caderno processual que a Ação Penal teve início com a denúncia do Ministério Público (fls. 02/03 dos autos digitais) contra os Acusados GUILHERME BRENNNO COSTA DE ANDRADE e RONIGLEIDSON SILVA SENA, enquadrando-os nas sanções do crime previsto no artigo 157, § 2º, inciso II, do Código Penal (roubo majorado pelo concurso de pessoas).

Segundo a inicial acusatória, no dia 26 de fevereiro de 2015, por volta das 14h, nas imediações do Caminho Milagres, bairro Cidade Nova, na cidade de Feira de Santana, os Acusados, em comunhão de ações e mediante grave ameaça consistente em simulação de porte de arma, além do emprego de violência, subtraíram do Sr. Wadson Luiz Melo de Moura um aparelho celular da marca Samsung, cor branca.

Consta ainda da denúncia, que os Acusados se aproximaram da vítima montados em uma motocicleta de placa policial OUL-6197, efetuando a abordagem e a subtração, sendo certo que coube a Guilherme Brenno guiar a motocicleta, enquanto Ronigleidson Silva incumbiu-se de anunciar o assalto, pondo a mão sob a roupa para fingir estar armado, além de desferir um soco na vítima, fugindo em seguida, até serem presos por policiais militares.

Recebida a denúncia no dia 22/04/2015 (fl. 61 dos autos digitais) e transcorrida a instrução processual, o douto Juiz de Direito da 3ª Vara Criminal da Comarca de Feira de Santana, às fls. 247/253 dos autos digitais, julgou procedente a denúncia para condenar os Acusados pelo come-

timento do delito previsto no artigo 157, § 2º, inciso II, do Código Penal (roubo majorado pelo concurso de pessoas), fixando a pena definitiva para Guilherme Brenno Costa de Andrade em 04 (quatro) anos e oito meses de reclusão, associada ao pagamento de 14 (quatorze) dias-multa, cada dia à razão de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente à época dos fatos e para Ronigleidson Silva Sena em 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, associada ao pagamento de 21 (vinte e um) dias-multa, cada dia à razão de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente à época dos fatos e, após aplicada a detração, fixou o regime inicial de cumprimento de pena no semiaberto para o Acusado Ronigleidson e no aberto para o Acusado Guilherme Brenno, concedendo, para este, a liberdade provisória.

Irresignados, o Acusado Ronigleidson Silva Sena e o Ministério Público interpuseram Recurso de Apelação, às fls. 257 e 265 dos autos digitais, respectivamente, com apresentação das razões às fls. 24/33 dos autos físicos e 266/272 dos autos digitais.

Nas razões de fls. 266/272 dos autos digitais, o Ministério Público pugna pelo afastamento da redução da pena intermediária em patamar aquém do mínimo, em razão da incidência da circunstância atenuante da menoridade e, consequentemente, pelo realinhamento da dosimetria da reprimenda e o correlato regime de cumprimento, com relação ao Acusado Guilherme Brenno Costa de Andrade.

Em sede de contrarrazões, a Defesa de Guilherme Brenno, às fls. 285/290 dos autos digitais, pugnou pelo desprovimento da Apelação interposta pelo Ministério Público.

Em suas razões recursais, a Defesa de Ronigleidson Silva Sena requer, preliminarmente, a concessão dos benefícios da justiça gratuita e a concessão do direito de recorrer em liberdade e, no mérito, a absolvição por ausência de provas e, subsidiariamente, a fixação da pena-base no mínimo legal.

Em contrarrazões apresentadas às fls. 37/38 dos autos físicos, o Ministério Público pugnou pelo desprovimento da Apelação interposta pelo Acusado Ronigleidson Silva Sena.

Houve abertura de vista dos autos à Procuradoria de Justiça Criminal, (fls. 40/46 dos autos físicos), oportunidade em que opinou pelo conhecimento dos recursos interpostos e, no mérito, pelo desprovimento da Apelação interposta pelo Acusado Ronigleidson Silva Sena e provimento do Recurso interposto pelo Ministério Público.

VOTO

1. PRESSUPOSTOS RECURSAIS DEVIDAMENTE CONFIGURADOS. CONHECIMENTO DOS RECURSOS

Do exame dos autos, percebe-se que o Apelante foi intimado pessoalmente do teor da sentença condenatória no dia **03/12/2015** (fls. 275/276 dos autos digitais) e o seu Defensor por meio de publicação disponibilizada no DJe no dia **25/11/2015** (fls. 278/281 dos autos digitais). O Recurso de Apelação do Acusado Ronigleidson Silva Sena foi interposto no dia **25/11/2015** (fl. 257), com apresentação das razões em 06/04/2017 (fls. 24/33 dos autos físicos), restando assentada a tempestividade do Apelo.

No que tange ao Recurso manejado pelo Ministério Público, este foi interposto no dia 30/11/2015 (fl. 265 dos autos digitais), não havendo nos autos informação sobre a data em que fora intimado da sentença, restando, pois, assentada, também, a sua tempestividade.

Ante o preenchimento dos demais pressupostos recursais exigidos na hipótese vertente, impõe-se o conhecimento dos Recursos interpostos.

2. DAS PRELIMINARES ARGUIDAS PELA DEFESA DE RONIGLEIDSON SILVA SENA

2.1. DO PEDIDO DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA.

Quanto ao pedido de assistência judiciária gratuita requerido pelo Apelante, este não deve ser conhecido, uma vez que a matéria atinente à isenção de custas e gratuidade da justiça, disposta na Lei nº 1.060/50 e nos arts. 804 do CPP e 98 e seguintes do Código de Processo Civil, é da competência do Juiz da Vara das Execuções Penais. Tal entendimento se faz notar no seguinte julgado:

[...]. REDIMENSIONAMENTO DA PENA DE MULTA. POSSIBILIDADE. PROPORCIONALIDADE. JUSTIÇA GRATUITA ISENÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. CONDENAÇÃO. IMPOSIÇÃO LEGAL. SUSPENSÃO. HIPOSSUFICIÊNCIA. AVALIAÇÃO. JUÍZO DAS EXECUÇÕES.

[c] 4. O fato de o réu ser beneficiário da justiça gratuita, não exime o julgador da obrigação legal de condenar o vencido nas custas, nos termos do artigo 804 do Código Processo Penal, competindo ao Juiz da execução penal analisar a possibilidade de o réu efetivar o pagamento das custas. 5. O entendimento atual deste Tribunal de Justiça e também do Superior Tribunal de Justiça é de que o réu beneficiário da justiça gratuita deve ser condenado ao pagamento das custas processuais, nos termos do artigo 804 do Código de Processo Penal, ficando o pagamento sobrestado, enquanto perdurar sua hipossuficiência, pelo prazo de 5 (cinco) anos, quando então a obrigação resultará prescrita, nos termos do artigo 12 da Lei n. 1.060/1950. 6. Recurso conhecido e parcialmente provido.” (20100310154206APR, Relator ALFEU MACHADO, 2ª Turma Criminal, julgado em 07/04/2011, DJ 13/04/2011 p. 224).

Dessa forma, a análise da hipossuficiência do Apelante deverá ser feita pelo Juiz da Execução Penal e não por esta Relatora, sob pena de configurar-se supressão de instância, razão pela qual não conheço do pedido.

2.2. DO PEDIDO DE CONCESSÃO AO ACUSADO DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE

Pleiteia a Defesa a concessão ao Acusado do direito de recorrer em liberdade. Razão, entretanto, não lhe assiste. Consoante evidenciado nos autos, o Acusado permaneceu preso durante toda a instrução criminal, não havendo fatos novos capazes de autorizar a devolução do seu *status libertatis*, mantendo-se, portanto, os mesmos motivos que embasaram a decretação da custódia cautelar, autorizando, assim, a negativa do direito de o Acusado aguardar em liberdade o trânsito em julgado da ação penal.

Ademais, como bem ressaltou o MM. Magistrado na sentença condenatória, especificamente à fl. 175 dos autos digitais, ao denegar ao Acusado o direito de recorrer em liberdade, fundamentou a sua decisão nos seguintes termos: “No que concerne ao réu **Ronigleidson Silva SENA**, não lhe reconheço o direito de recorrer em liberdade, primeiro porque respondeu a todo o processo custodiado, não convindo colocá-lo em liberdade justamente no instante em que prolatou sentença condenatória, segundo porque a pena definitiva aplicada e o próprio regime inicial de cumprimento da ira assim o recomenda, terceiro porque a agressão física perpetrada contra a vítima partiu desse agente, dado revelador de sua periculosidade, devendo o mesmo permanecer custodiado, desta feita por sentença condenatória recorrível”.

Deve ser destacado, nesse passo, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, para o qual a manutenção da prisão preventiva, nos casos em que o sentenciado permaneceu recluso durante toda a instrução criminal, apresenta-se como efeito da sentença condenatória:

CRIMINAL. *HABEAS CORPUS*. ESTUPROS DE VULNERÁVEIS. PRISÃO PREVENTIVA. SENTENÇA CONDENATÓRIA. VEDAÇÃO AO APELO EM LIBERDADE. MANUTENÇÃO DA ORDEM PÚBLICA, GARANTIA DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PACIENTE QUE PERMANECEU PRESO DURANTE TODA A INSTRUÇÃO DO PROCESSO. SÚMULA 09/STJ. EFEITO DA CONDENAÇÃO. ORDEM DENEGADA.

I. (...)

II. Não se concede o direito ao apelo em liberdade a réu que permaneceu preso durante toda a instrução do processo, pois a manutenção na prisão constitui-se em um dos efeitos da respectiva condenação. Precedentes do STJ.

III. A custódia provisória para recorrer não ofende a garantia da presunção da inocência. Incidência do verbete da Súmula n.º 09/STJ.

IV. Ordem denegada. (STJ HC 199723 / RO *HABEAS CORPUS* 2011/0050819-3. Relator(a) Ministro GILSON DIPP. Órgão Julgador T5 - QUINTA TURMA, Data do Julgamento 14/02/2012. Data da Publicação/Fonte DJe 24/02/2012)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PACIENTE QUE RESPONDEU PRESO AO PROCESSO EM VIRTUDE DE DECISÃO FUNDAMENTADA. SENTENÇA CONDENATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE DE APELO EM LIBERDADE.

1. Havendo o paciente permanecido preso cautelarmente durante o processo, com amparo em decisão suficientemente fundamentada na garantia da ordem pública, e não sobre vindo algum fato posterior apto a alterar tal quadro processual, incongruente se torna conferir-lhe o direito de recorrer solto.

2. (...)

3. (...)

4. (...)

5. Ordem conhecida em parte e, nesta extensão, denegada. (STJ HC 222721 / RJ *HABEAS CORPUS* 2011/0254468-3. Relator(a) Ministro OG FERNANDES. Órgão Julgador T6 - SEXTA TURMA. Data do Julgamento 10/04/2012. Data da Publicação/Fonte DJe 25/04/2012)

Frise-se que, diante da situação ora retratada, mostra-se *inconciliável com a realidade processual* manter-se o acusado preso durante praticamente toda a instrução e, após a sua condenação, pô-lo em liberdade, porque depois de tal provimento judicial se tem como reforçado ou densificado o acervo incriminatório coletado contra os réus, segundo voto lavrado pelo Min. Napoleão Nunes Maia Filho, no HC nº 172682/GO, entendimento ao qual me filio.

Assim, não há constrangimento ilegal, no caso em tela, devendo o Apelante, portanto, ser mantido recolhido enquanto aguarda julgamento do recurso, motivo por que rejeito a preliminar aventada.

3. DO MÉRITO DO RECURSO DE APELAÇÃO INTERPOSTO PELO ACUSADO RONIGLEIDSON SILVA SENA

3.1. CONDENAÇÃO PELO DELITO DE ROUBO MAJORADO (ART. 157, § 2º, II, DO CP). AUTORIA E MATERIALIDADE DEVIDAMENTE COMPROVADAS. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA

Pugna a Defesa pela absolvição do Acusado, afirmando que a prova colhida em juízo demonstra a inocência do Apelante, infringindo o que dispõe o art.386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

Demonstração inequívoca da autoria e materialidade delitivas, que resultaram corroboradas pela documentação colacionada ao feito, contemplando: o auto de prisão em flagrante (fls. 06/07 dos autos digitais); a prova testemunhal produzida durante a persecução criminal (fls. 08/13) e sob o crivo do contraditório (fls. 187/189 dos autos digitais, com gravação em mídia digital de fl. 15 dos autos digitais); o auto de exibição e apreensão (fls. 26/27 dos autos digitais); o auto de restituição (fl. 28 dos autos digitais) e as declarações da vítima prestadas ante a autoridade policial (fls. 14/15 dos autos digitais) e em juízo (fls. 187/189 dos autos digitais, com gravação em mídia digital de fl. 15 destes autos).

Importa examinar com atenção o conteúdo das declarações da vítima WADSON LUIZ MELO DE MOURA, prestadas ante a autoridade policial (fls. 14/15 dos autos digitais) e sob o crivo do contraditório, às fls. 187/189 dos autos digitais, com gravação em mídia digital de fl. 15 destes autos. Vejamos:

Nas declarações prestadas na fase do inquérito policial, disse que: “Hoje (26/02/2015) por volta das 14h00min, estava em frente a sua residência, quando passou dois indivíduos utilizando uma moto BIS, cor preta de placa policial OUL-6197, sendo que os indivíduos pararam junto ao declarante e o que estava na garupa simulando estar armado com a mão na cintura exigiu que entregasse o celular; que o declarante resistiu, momento em que recebeu um murro desferido pelo indivíduo; que em seguida o declarante entregou o celular, e os indivíduos empreenderam fuga; [c]; que foi orientado pelos policiais a se dirigir a esta unidade policial para reconhecimento e esclarecimento dos fatos; que aqui chegando reconheceu os dois indivíduos

apresentados como sendo os autores do assalto que sofreu: que RECONHECE e tem absoluta certeza que RONIGLEIDSON SILVA SANTOS (o que simulou estar armado e exigiu que o declarante entregasse o celular) e GUILHERME BRENNO COSTA DE ANDRADE como sendo os autores do assalto que sofreu neste dia em frente a sua residência, subtraindo seu celular Samsung, cor branca, evadindo-se após o assalto. (Grifos no original).

Em juízo, WADSON LUIZ MELO DE MOURA ratificou o quanto declarado na fase do inquérito policial, reconhecendo os Acusados como os autores do fato, individualizando a conduta perpetrada por cada um deles, aduzindo ter sido agredido com um murro no peito desferido por RONIGLEIDSON, que estava na carona da motocicleta, tendo GUILHERME BRENNO ficado na direção da moto aguardando o comparsa.

Saliente-se, ainda, o conteúdo dos depoimentos prestados pelas testemunhas ante a autoridade policial (fls. 08/13 dos autos digitais) e em juízo (fls. 187/189 dos autos digitais, com gravação em mídia digital de fl. 15 dos autos físicos):

Trechos do depoimento prestado pela testemunha GALDÊNCIO MARTINS DE SOUZA NETO, Investigador, ante a autoridade policial às fls. 08/09 dos autos digitais: “[...] Estava de serviço no dia de hoje (26/02/2015) quando tomou conhecimento através do Sr. WADSON LUIZ MELO DE MOURA, que este teve o seu aparelho celular marca Samsung DUOS de cor branca roubado por dois indivíduos no dia de hoje, os quais estavam numa motocicleta BIZ P.P. OUL-6197 [...]; [...] após algumas investigações conseguiram localizar os indivíduos que roubaram a vítima, um identificado por GUILHERME BRENNO COSTA DE ANDRADE [...] e RONIGLEIDSON SILVA SANTOS [...]; [...] que os indivíduos foram reconhecidos pela vítima [...]; que foram apreendidos dois aparelhos celulares em poder dos acusados, sendo um o aparelho da vítima [...]”

Trechos do depoimento prestado pela testemunha VALTER DE JESUS SILVA, Investigador, ante a autoridade policial às fls. 10/11 dos autos digitais: “[...] Às 18:30h do dia de hoje (26/02/2015), estava de serviço quando tomou conhecimento através do Sr. WADSON LUIZ MELO DE MOURA, que este teve o seu aparelho celular marca Samsung DUOS de cor branca roubado por dois indivíduos no dia de hoje, [...], os quais estavam numa motocicleta BIZ P.P. OUL-6197 [...]; [...] após algumas investigações conseguiram localizar os indivíduos que roubaram a vítima, um identificado por GUILHERME BRENNO COSTA DE ANDRADE [...] e RONIGLEIDSON SILVA SANTOS [...]; salienta o depoente que Guilherme Brenno estava conduzindo a motocicleta no momento do roubo [...]; que RONIGLEIDSON SILVA SANTOS estava como carona e segundo a vítima teria simulado o roubo colocando a mão por baixo da camisa e anunciado o roubo e subtraído o aparelho celular; que os indivíduos foram reconhecidos pela vítima [...]; que foram apreendidos dois aparelhos celulares em poder dos acusados, sendo um o aparelho da vítima, um Samsung duos [...]”

Em juízo, as testemunhas confirmaram o quanto aduzido na fase policial, afirmando que após informação da vítima, conseguiram localizar os Acusados, atribuindo-lhes a realização do crime de roubo narrado na peça inicial acusatória, ratificando ter a vítima reconhecido os sentenciados como os autores do fato delituoso.

Com relação aos Acusados, estes confessaram a prática delituosa na fase do inquérito policial, negando, entretanto, quando ouvidos em juízo. Vejamos:

Trechos do interrogatório do Acusado GUILHERME BRENNO COSTA DE ANDRADE, ante a autoridade policial às fls. 16/17 dos autos digitais: “[...] que no dia de hoje (26/02/2015) dirigiu-se até a casa de RONIGLEIDSON SILVA SENA, conduzindo a motocicleta de sua genitora e lá encontrou com RONIGLEIDSON e juntos resolveram fazer roubos; que o interrogado conduzindo a motocicleta dirigiu-se para o bairro cidade nova e lá avistaram um rapaz que carregava um aparelho celular nas mãos e resolveram roubá-lo; que o interrogado se aproximou da vítima e RONIGLEIDSON desceu e anunciou o roubo simulando com a mão por baixo da camisa que estava armado; alega que permaneceu aguardando Ronigleidson próximo a motocicleta e após o roubo evadiram-se; [...]”

Trechos do interrogatório do Acusado RONIGLEIDSON SILVA SENA, ante a autoridade policial às fls. 18/19 dos autos digitais: “[...] que tem nove dias que saiu do presídio por ter infringido o art. 157 do CP permanecendo por seis meses no presídio; que no dia de hoje (26/02/2015) estava em sua residência quando foi surpreendido por GUILHERME BRENNO COSTA DE ANDRADE que chegou até a casa do interrogado e o convidou para praticarem roubo; que GUILHERME estava conduzindo a motocicleta BIZ de propriedade de sua genitora e o interrogado permaneceu como carona e deslocaram-se para o bairro cidade nova a fim de roubar vítimas aleatórias; que ao passar pela rua principal do bairro cidade nova visualizaram um rapaz com um aparelho celular nas mãos e GUILHERME BRENNO que conduzia a motocicleta se aproximou, tendo o interrogado descido e se aproximado da vítima simulando que estava armado colocando a mão por baixo da camisa e anunciou o roubo, porém a vítima tentou resistir e o interrogado o empurrou e subtraiu o aparelho celular e evadiu-se juntamente com GUILHERME BRENNO que o esperava na motocicleta; [...]”

Em juízo, nos termos de fls. 187/189 dos autos digitais, com gravação em mídia digital de fl. 15 dos autos físicos, como bem transcrito pelo MM. Magistrado, os Acusados modificaram a versão dos fatos, afirmando o quanto segue:

“[...] o acusado **Guilherme Brenno Costa de Andrade** afirmou que estava indo para casa da namorada, conduzindo uma motocicleta, quando passou pela casa de Ronigleidson, que ficava no caminho, sendo que este o chamou para que o declarante o transporta-se até a Cidade Nova, com intuito de “buscar um negócio na mão de um colega”, sendo que, a caminho do referido bairro, o carona subitamente pediu que a rota fosse alterada, tendo o condutor seguido as instruções até que pararam perto de um rapaz na esquina, tendo Ronigleidson descido da moto e pedido para que aguardasse.

O réu Guilherme disse que observou a conversa entre os dois pelo retrovisor do veículo, sendo que instantes depois o carona voltou correndo, subiu na moto, tendo Ronigleidson apenas confessado a ele que se tratava de um assalto na metade do caminho.

Contou ainda que conheceu Ronigleidson na rua há um ano e pouco e que não deve nada a ele, tendo ciência que o mesmo era presidiário, mas não viu o murro desferido na vítima e que não participou do roubo, tendo deixado seu passageiro numa rua que era caminho de seu destino, tendo sido abordado pelo polícia na mesma data, na casa de sua mãe.

O réu **Ronigleidson Silva SENA**, por sua vez, negou a prática do delito, alegando que no dia do roubo havia passado a maior parte do dia em casa, tendo saído de moto com Guilherme Brenno apenas no período da manhã, quando foram a uma farmácia, sendo que em nenhum momento do percurso pediu que parasse a moto, tendo descido apenas na farmácia. Disse ter sido preso dentro de casa, debaixo do chuveiro, acusado de assalto, sendo que havia saído do presídio há sete dias, acusado de outro crime de roubo.”

Analisando os interrogatórios, verifica-se, inclusive, que a versão sustentada pelo Acusado RONIGLEIDSON não condiz com a versão apresentada pelo Corréu GUILHERME BRENNO, restando isolada das demais provas produzidas nos autos.

Importante mencionar que a jurisprudência atribui valor especial ao teor das declarações da vítima na hipótese de crime patrimonial, nos termos expostos a seguir:

“APELAÇÃO CRIME. ROUBO (ART. 157, § 2º, INCISOS I E II, DO CÓDIGO PENAL). PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. INVIABILIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA AMPLAMENTE DEMONSTRADAS. PALAVRA DA VÍTIMA.VALIDADE E RELEVÂNCIA. DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS E DEMAIS TESTEMUNHAS EM CONSONÂNCIA COM AS PROVAS DOS AUTOS. SÓLIDA PROVA TESTEMUNHAL. CONDENAÇÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. I. Mantém-se a condenação pela prática do delito de roubo majorado quando comprovadas a autoria e a materialidade. **II. A palavra da vítima, em crimes como o de roubo, possui relevante valor para o deslinde dos fatos e serve de base para o decreto condenatório, principalmente quando corroborada pelas demais provas, como in casu.** 1 Em substituição ao Des. Eduardo Fagundes III. Nos crimes de roubo o fato de a vítima reconhecer o agente com firmeza e determinação, constitui prova suficiente para condenação, mormente quando coerente com o conjunto probatório produzido.” (TJ-PR - APL:

12635391 PR 1263539-1 (Acórdão), Relator: Maria Roseli Guieissmann, Data de Julgamento: 26/03/2015, 5ª Câmara Criminal, Data de Publicação: DJ: 1548 17/04/2015). (Grifo nosso).

Além da palavra da vítima, verifica-se que o conjunto probatório coligido contribui para formular Juízo de convicção suficiente para embasar o decreto condenatório prolatado, sendo relevante consignar o reconhecimento pessoal dos Acusados pela vítima e a harmonia existente entre as declarações da vítima e os depoimentos das testemunhas, critério costumeiramente adotado pela jurisprudência em casos análogos.

“Apelação criminal. Roubo. Prova. Harmonia. **O depoimento da vítima e as declarações das testemunhas, por estarem em consonância, autorizam o decreto condenatório, mormente quando em harmonia com as demais provas acostadas ao feito.** Crime de roubo Princípio da insignificância. Quando é ofendido não só o patrimônio, mas também a própria segurança da vítima, fica afastado, definitivamente, o aspecto da pequenez patrimonial e fica patente a incompatibilidade da aplicação do princípio da insignificância no crime de roubo, infração praticada com violência e reveladora de periculosidade do agente, pouco importando o valor da coisa subtraída” (TJRO, Apelação Criminal APR 10150120060031242, Rel. Des Cássio Guedes, Julgamento 26.03.2009) (grifo nosso).

Assim, diante do robusto conjunto acusatório, inviável a pretendida absolvição do Apelante, entendendo acertada a decisão recorrida que o condenou como incurso nas penas do artigo 157, § 2º, inciso II, do CP, devendo ser mantida a sentença condenatória prolatada, em razão de ter sido comprovado que o Apelante, em unidade de desígnios e comunhão de acordo com o corréu Guilherme Brenno Costa de Andrade, subtraiu bem pertencente à vítima.

Por tais razões, deixo de acolher a tese defensiva de absolvição por ausência de provas.

3.2. DO PEDIDO DE FIXAÇÃO DA PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL

O art. 157 do Código Penal prevê uma pena de reclusão de quatro a dez anos. Em análise da sentença de fls. 247/253, nota-se que a pena-base fora fixada em 04 (quatro) anos, ou seja no mínimo legal, razão pela qual julgo prejudicado o pleito da Defesa nesse sentido.

4. DO MÉRITO DO RECURSO DE APELAÇÃO INTERPOSTO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

DA IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE MENORIDADE COM RELAÇÃO AO ACUSADO GUILHERME BRENNO COSTA DE ANDRADE. Pugna o Ministério Público pela não aplicação da circunstância atenuante da menoridade, em razão de a pena-base ter sido fixada no mínimo legal, o que, se aplicada, levaria a pena-base a patamar aquém do mínimo, afrontando, assim o teor da Súmula 231 do STJ, *in verbis*: “A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”.

No que tange a tal pleito, é entendimento das Cortes Superiores que a incidência de circunstâncias atenuantes, inclusive a da menoridade, não pode reduzir a pena privativa de liberdade de aquém do mínimo legal, nem mesmo de forma provisória.

Nesse sentido, destaco que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal foi reafirmada no julgamento da Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 597.270/RS, assim ementado:

EMENTA: AÇÃO PENAL. Sentença. Condenação. Pena privativa de liberdade. Fixação abaixo do mínimo legal. Inadmissibilidade. Existência apenas de atenuante ou atenuantes genéricas, não de causa especial de redução. Aplicação da pena mínima. Jurisprudência reafirmada, repercussão geral reconhecida e recurso extraordinário improvido. Aplicação do art. 543-B, §3º, do CPC. Circunstância atenuante genérica não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.

(RE 597270 QO-RG, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, julgado em 26/03/2009, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-104 DIVULG 04-06-2009 PUBLIC 05-06-2009 EMENT VOL-02363-11 PP-02257 LEXSTF v. 31, n. 366, 2009, p. 445-458).

Ademais, a matéria já se encontra sumulada no Superior Tribunal de Justiça, conforme o Enunciado nº 231, *in verbis*: “A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”, entendimento com o qual me filio.

Assim, deve ser afastada a circunstância atenuante da menoridade, reconhecida e aplicada pelo MM. Juiz sentenciante ao Acusado Guilherme Brenno Costa de Andrade.

Em razão do afastamento de tal circunstância, deve ser realinhada a reprimenda aplicada. Tal ajuste, entretanto, será feito no próximo tópico, quando da análise da dosimetria da pena.

5. DA ANÁLISE DA DOSIMETRIA DA PENA

5.1. DA PENA APLICADA AO ACUSADO RONIGLEIDSON SILVA SENA.

1ª Fase. No tocante à pena-base, insurgiu-se o Apelante, requerendo a sua fixação no mínimo legal. Em análise da sentença, verifica-se, entretanto, que a pena-base foi fixada no mínimo legal, em 04 (quatro) anos de reclusão, razão pela qual julgo prejudicado tal pleito.

2ª Fase. Ausentes quaisquer das circunstâncias agravantes e atenuantes, foi mantida, acertadamente, a pena-base fixada.

3ª Fase. Não há circunstância atenuante a ser considerada. Presente, entretanto, a causa de aumento prevista no inciso II do § 2º do art. 157 do CP, foi a pena majorada no patamar mínimo de 1/3 (um terço), sendo fixada em definitivo em **05 (cinco) anos e 04 meses de reclusão, a ser cumprida no regime inicial semiaberto.**

DA PENA DE MULTA. Para guardar proporcionalidade com a pena privativa de liberdade aplicada, a pena de multa deveria ter sido fixada em 87 (oitenta e sete) dias-multa. Entretanto, em obediência ao princípio da vedação ao reformatio in pejus, não mais se pode agravar a situação do Apelante, pois não existiu questionamento da Acusação, devendo ser mantida a sanção pecuniária em **21 (vinte e um) dias-multa, cada dia à razão de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente à época do delito**, não havendo, pois qualquer irregularidade a ser sanada, razão pela qual mantenho a pena fixada na sentença.

5.2. DA PENA APLICADA AO ACUSADO GUILHERME BRENNO COSTA DE ANDRADE.

1ª Fase. No tocante à pena-base, verifica-se que, após análise das circunstâncias previstas no art. 59 do CP, esta foi fixada no mínimo legal e, não havendo qualquer insurgência da acusação, mantenho a pena-base em 04 (quatro) anos de reclusão.

2ª Fase. Na segunda fase da dosimetria, verifica-se que o MM. Magistrado *a quo* reconheceu e aplicou a atenuante da menoridade, prevista no art. 65, inciso I, do CP, fixando a pena provisória abaixo do mínimo legal.

Como já analisado no item “4” retro, resta demonstrada a inviabilidade de aplicação da circunstância atenuante da menoridade, incidindo o teor da Súmula 231 do STJ, *in verbis*: “A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”.

Assim, insurgindo-se o Ministério Público, afasto a aplicação da referida atenuante, fixando a pena provisória em 04 (quatro) anos de reclusão.

3ª Fase. Não havendo circunstância atenuante a ser considerada e presente a causa de aumento prevista no inciso II do § 2º do art. 157 do CP, majoro a pena no patamar mínimo de 1/3 (um terço), fixando-a em definitivo em **05 (cinco) anos e 04 meses de reclusão.**

DA PENA DE MULTA. Para guardar proporcionalidade com a pena privativa de liberdade aplicada, fixo a pena pecuniária em 87 (oitenta e sete) dias-multa, cada dia à razão de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente à época dos fatos, uma vez que só houve insurgência do Ministério Público com relação a esse Acusado.

DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA. Levando em conta a quantidade de pena aplicada – 05 (cinco) anos e 04 meses de reclusão –, é de rigor, respeitando-se o princípio constitucional da individualização da pena e, também, da proporcionalidade, que a reprimenda corporal seja cumprida no regime semiaberto.

6. DECRETAÇÃO DA PRISÃO DO ACUSADO GUILHERME BRENNO COSTA DE ANDRADE

Inicialmente, cumpre destacar que a prisão cautelar é medida excepcional, podendo ser decretada ou revogada em qualquer fase do inquérito policial ou do processo penal, desde que preencha os pressupostos previstos nos artigos 312 e 313 do Código de Processo Penal.

In casu, verifica-se que, de fato, encontram-se presentes os referidos pressupostos exigidos para o decreto prisional.

Trata-se de crime punido com pena privativa de liberdade máxima superior a quatro anos, cuja materialidade e autoria delitivas estão devidamente comprovadas, conforme decisão do digno Juiz de Direito da 3ª Vara Criminal da Comarca de Feira de Santana, com sentença proferida às fls. 247/253 dos autos digitais, e confirmada por este acórdão que tornou definitiva a pena do Acusado em **05 (cinco) anos e 04 meses de reclusão**.

Outrossim, não há dúvidas de que também está presente o *periculum libertatis*, sendo a prisão indispensável para garantir a ordem pública em virtude da periculosidade em concreto demonstrada pelo *modus operandi* dos Agentes que submeteram a vítima a agressão física para subtrair-lhe bem móvel.

Importa mencionar que condições subjetivas favoráveis, como, por exemplo, primariedade e domicílio certo, ainda que comprovadas documentalmente, não obstam a prisão cautelar quando presentes seus requisitos, consoante jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Vejamos:

HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. ROUBO QUALIFICADO E SEQUESTRO. PRISÃO PREVENTIVA. DECISÃO FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E GRAVIDADE DO DELITO. ALEGAÇÕES DE INOCÊNCIA E MOTIVAÇÃO INIDÔNEA PARA FUNDAMENTAR A PRISÃO PREVENTIVA DOS PACIENTES. AUSÊNCIA DE PLAUSIBILIDADE JURÍDICA DAS ALEGAÇÕES NESTA IMPETRAÇÃO. PRECEDENTES. DENEGAÇÃO DA ORDEM.

1. Não se comprovam, nos autos, constrangimento ilegal a ferir direito dos Pacientes nem ilegalidade ou abuso de poder a ensejar a concessão da ordem. 2. **A custódia cautelar dos Pacientes mostra-se suficientemente fundamentada, não havendo, portanto, como se reconhecer o constrangimento, notadamente porque, ao contrário do que se afirma na petição inicial, existem nos autos elementos concretos, e não meras conjecturas, que apontam a periculosidade evidenciada pelo modus operandi do Paciente, circunstância suficiente para a manutenção da prisão processual. Precedentes.** 3. **É firme a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal no sentido de que as condições subjetivas favoráveis dos Pacientes, tais como emprego lícito, residência fixa e família constituída, não obstam a segregação cautelar;** e de que o exame da alegada inocência dos Pacientes não se coaduna com a via processual eleita, sendo essa análise reservada ao processo de conhecimento, nos quais a dilação probatória tem espaço garantido. Precedentes. 4. Habeas corpus denegado. (HC 105725, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 21/06/2011, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-158 DIVULG 17-08-2011 PUBLIC 18-08-2011). (Grifos nossos).

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PRISÃO EM FLAGRANTE. LIBERDADE PROVISÓRIA. INDEFERIMENTO. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. GRAVIDADE DEMONSTRADA PELO MODUS OPERANDI. PERICULOSIDADE CONCRETA DO ACUSADO. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA.

MANUTENÇÃO DA CUSTÓDIA CAUTELAR. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. EXCESSO DE PRAZO NA FORMAÇÃO DA CULPA. QUESTÃO SUPERADA. ORDEM PARCIALMENTE PREJUDICADA E, NA PARTE CONHECIDA, DENEGADA. 1. **A imposição da custódia preventiva encontra-se suficientemente fundamentada, em face das circunstâncias do caso que, pelas características delineadas, retratam, in concreto, a periculosidade do agente, a indicar a necessidade de sua segregação para a garantia da ordem pública, considerando-se, sobretudo, o modus operandi dos delitos, praticados no interior de supermercado, mediante emprego de arma e com a participação de 5 (cinco) agentes. Precedentes.** 2. Segundo já decidiu o Supremo Tribunal Federal, “[...] não há lógica em permitir que o réu, preso preventivamente durante toda a instrução criminal, aguardar em liberdade o trânsito em julgado da causa, se mantidos os motivos da segregação cautelar” (STF, HC 89.824/MS, 1.ª Turma, Rel. Min. AYRES BRITTO, DJe de 28/08/2008.)

3. **Condições pessoais favoráveis do agente não são aptas a revogar a prisão preventiva, se esta encontra respaldo em outros elementos dos autos.** 4. Resta superada a alegação de excesso de prazo na formação da culpa, ante a superveniência de sentença condenatória. Pedido prejudicado. 5. Ordem parcialmente prejudicada e, na parte conhecida, denegada. (HC 172.188/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 09/08/2011, DJe 22/08/2011). (Grifos nossos).

Lado outro, com relação à decretação da medida extrema pelo Tribunal, em sede de Apelação, cumpre destacar que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus nº 126.292/SP, entendeu que a possibilidade de início da execução da pena condenatória, após a confirmação da sentença em segundo grau, não ofende o princípio constitucional da presunção da inocência.

Isto porque a manutenção da sentença penal pela segunda instância encerra a análise de fatos e provas que assentaram a culpa do condenado, já que os Tribunais Superiores não podem rever provas, fato que autoriza o início da execução da pena.

Por fim, presentes os requisitos que autorizam o decreto de prisão preventiva, as medidas cautelares diversas da prisão não se mostram adequadas, tampouco suficientes, para afastar o *periculum libertatis*, razão pela qual **decreto a prisão do Sentenciado GUILHERME BRENNO COSTA DE ANDRADE**.

7. DA EXPEDIÇÃO DA GUIA DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA. Em razão da fixação do regime semiaberto para o início do cumprimento da reprimenda, **determino a expedição da guia de execução provisória no referido regime.**

8. DO PREQUESTIONAMENTO.

Ante a questão acerca do prequestionamento apresentada pela Defesa, saliento que não ocorreu ofensa aos dispositivos de lei invocados, de sorte que o posicionamento constante deste Acórdão representa a interpretação feita pela colenda Turma Julgadora quanto à matéria posta em discussão, revelando-se na forma de seu convencimento, pelo que não se deve cogitar negativa de vigência a tais dispositivos.

Afigura-se, portanto, desnecessária a abordagem pelo órgão julgador de todas as matérias debatidas ou dispositivos legais suscitados pelas partes, mesmo diante do prequestionamento.

Por fim, no tocante ao pedido de manifestação acerca dos dispositivos legais mencionados para fins de prequestionamento, verifica-se ter sido suficientemente discutida e analisada, no Acórdão, toda matéria recursal levantada.

CONCLUSÃO

Ante o exposto, **CONHEÇO PARCIALMENTE** o Recurso de Apelação interposto pela Defesa e, nessa extensão, **AFASTO AS PRELIMINARES e NEGO-LHE PROVIMENTO e CONHEÇO e DOU PROVIMENTO** ao Recurso de Apelação interposto pelo Ministério Público, para afastar a circunstância atenuante da menoridade aplicada na sentença ao Acusado **GUILHERME BRENNO COSTA DE ANDRADE, fixando-lhe a pena privativa de liberdade em 05 (cinco) anos e 04 meses de reclusão, associada à pena pecuniária de 87 (oitenta e sete) dias-multa, cada dia à razão de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente à época dos fatos**, e modificar o regime inicial de cumprimento da reprimenda para o semiaberto, determinando a expedição da guia de execução provisória no referido regime e, **DE OFÍCIO, DECRETO A PRISÃO do Acusado GUILHERME BRENNO COSTA DE ANDRADE**, devendo, para tanto, ser expedido o competente mandado de prisão.

TJBA – Apelação Criminal nº 0402168-72.2012.8.05.0001, Primeira Câmara Criminal – Primeira Turma, Relator(a): Des. Luiz Fernando Lima, julgado em 02/08/2016.

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO. ROUBO MAJORADO E EXTORSÃO QUALIFICADA. MATE-

REALIDADE E AUTORIA. COMPROVAÇÃO. DEFESA PUGNA PELO RECONHECIMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA ENTRE OS DELITOS DE ROUBO E EXTORSÃO. IMPOSSIBILIDADE OS TIPOS PENAIIS DO ROUBO E DA EXTORSÃO SÃO DE ESPÉCIES DISTINTAS. SENTENÇA CONDENATÓRIA MANTIDA. CONCURSO MATERIAL. OCORRÊNCIA. PENAS MANTIDAS. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

1. Dos fatos. “Apurou-se que o acusado se hospedou no hotel juntamente com outro indivíduo e ainda outras duas jovens, que adiante da recusa da vítima José Jaime em hospeda-los, pois se lembrou de que o apelante já praticou um crime de roubo contra o hotel no ano de 2010, momento em que o réu ameaçou com uma arma de fogo, obrigando-o a concordar com a hospedagem. As vítimas residiam no próprio hotel, local onde permaneceram em situação de cárcere privado, recebendo ameaças dos indivíduos a todo tempo, e sempre vigiado por pelo menos um deles, que permanecia no hotel enquanto o outro saía, e sem poder se comunicar com o mundo exterior, vez que tiveram ele e sua esposa, os seus aparelhos celulares subtraídos pelos indivíduos e o telefone fixo do hotel estava com defeito. Durante todo esse tempo os indivíduos subtraíram dinheiro do caixa do hotel e consumiram alimentos e bebidas, obrigando a testemunha e sua esposa servi-los. Por derradeiro, só conseguiram se desvencilhar do indivíduo quando um conhecido seu esteve no hotel para se hospedar e permitiu que a testemunha usasse o seu celular para comunicar o ocorrido ao dono do hotel, que acionou a polícia, resultando saí a prisão do acusado.”

2. Observa-se que há nítida separação entre as condutas previstas no tipo penal do roubo e da extorsão, o que, inclusive, está evidenciado pelas diferentes ações dos réus, posto que, primeiramente, ocorreu a subtração dos bens das vítimas, mediante grave ameaça exercida pelo emprego de arma de fogo e restrição da liberdade, que, além de terem pertences subtraídos, foram obrigados a permanecer 10 dias dentro do Hotel sem contato exterior algum e, depois, a extorsão, perpetrada mediante as mesmas majorantes, no momento em que foram constrangidos, a entregarem o dinheiro do caixa para obter a vantagem ilícita, bem como o consumo de bebidas alcoólicas e comidas do estabelecimento.

3. Embora ambos se tratem de crimes de natureza patrimonial e tenham sido cometidos no mesmo contexto fático, os tipos penais do roubo e da extorsão são de espécies distintas, possuindo verbos nucleares diferentes, cuja infração advém de desígnios autônomos, inviabilizando o reconhecimento do crime único. Precedente do STJ.

4. Parecer da Procuradoria de Justiça pelo improvimento do recurso.

5. Recurso conhecido e não provido

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Primeira Turma da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, em conhecer e negar provimento ao recurso, pelas razões adiante escandidas.

Adoto, como próprio, o relatório constante da sentença de fls. 227/236, acrescentando que o Juiz de primeiro grau julgou procedente em parte a pretensão punitiva do Estado, materializada na denúncia oferecida pelo Ministério Público, em face do acusado André Ribeiro da Silva, nos termos do artigo 387 do Código de Processo Penal, pela prática do crime descrito no art. 157, §2º, incisos I e II c/c art. 158, § 1º e §3º, c/c art. 69 do Código Penal

RELATÓRIO

O Magistrado Primevo tornou definitiva a pena em 13 anos e 04 meses e 20 dias-multa, cujo regime para cumprimento será o fechado.

Outrossim, não lhe concedeu o benefício de recorrer em liberdade, considerando que o sentenciado respondeu ao processo preso, bem como por ter uma vida pregressa de crimes, mantendo sua prisão para resguardar a garantia da ordem pública.

Intimado da sentença pessoalmente (fl. 238), o condenado interpôs recurso de apelação (fl. 247).

Em suas razões, a defesa suscita, em suma, a retificação da sentença condentória para reconhecer a continuidade delitiva, prevista no art. 71 do Código Penal, reduzindo-se, por consequência redução da pena definitiva. (fls. 289/295).

O Ministério Público, em contrarrazões às fls. 302/307, postulou pelo provimento da apelação defensiva, merecendo a decisão do primeiro grau reparo no que tange ao reconhecimento da continuidade delitiva entre os delitos de roubo e extorsão.

Encaminhada para a Procuradoria de Justiça, esta juntou promoção de fl. 318, solicitando a juntada da mídia audiovisual da audiência de instrução e julgamento. Ato contínuo, restou deferida a diligência, fl.319, devidamente cumprida à fl. 323, acostadas a mídias de DVD com as oitivas colhidas durante a audiência de instrução e julgamento.

Recebida e contrariada a inconformidade, vieram os autos a esta Corte, manifestando-se a ilustre Procuradora de Justiça, Maria Adeli Bonelli, opinando pelo conhecimento do recurso, e no mérito pela improcedência em todos seus termos. (fls. 326/332)

É o relatório que submeto a ilustre Desembargadora Revisora.

VOTO

O recurso é cabível, próprio e tempestivo.

Cuida-se de apelação interposta por André Ribeiro da Silva contra a sentença que julgou procedente a denúncia, para condenar o réu como incurso nas sanções do art. 157, § 2º, incisos I e II, e do art. 158, § 3º, com a incidência do art. 69, todos do Código Penal, às penas de 13 (treze) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 20 (vinte) dias-multa à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato.

A Defesa postula exclusivamente o reconhecimento da continuidade delitiva entre o delito de roubo majorado e extorsão.

Os fatos restaram assim apurados:

“(…) O acusado **ANDRÉ RIBEIRO DA SILVA** foi preso em flagrante no dia 05 de novembro de 2012, como incurso na pena do art. 14 da Lei 10.826/2003 posto que no dia supracitado, por volta das 19h50min, policiais militares lotados na 37ª CIPM foram informados pela Centel que no interior do Hotel União, na Avenida Barros Reis, nesta Capital, haviam dois indivíduos portando arma de fogo. Procedendo a diligência no local, foi encontrado apenas um dos referidos indivíduos, o denunciado, que estava em posse de um revólver de marca Taurus, calibre 0.38, Special com número de série WE120700, conforme auto de exibição e apreensão de fls. 28, sem autorização e sem desacordo com a determinação legal e regulamentar.

4. A investigação criminal colheu as declarações de Jaime, recepcionista do Hotel onde se deu a prisão em flagrante do réu. Este informou que estava atormentado pelo fato de ser constantemente coagido, através de ameaça exercida com emprego de arma de fogo pelo denunciado e outro indivíduo, que utilizavam o hotel para praticar orgias com menores, consumir drogas e como esconderijo após a prática de crimes. O citado recepcionista era obrigado a ser complacente com a situação pois era sempre constrangido mediante intimidação feita com uso de arma de fogo.

5. O denunciado **ANDRÉ RIBEIRO DA SILVA** teve sua prisão preventiva decretada em 13 de novembro de 2012, conforme fls. 33/35 dos autos apensos e encontra-se custodiado na UED.

6. Ocorre que, na audiência do dia 08 de abril do corrente ano, a testemunha José Jaime de

Jesus, funcionário do Hotel União trouxe informações adicionais ao processo, quais sejam:

- a) dez dias antes do fato, o acusado se hospedou no hotel juntamente com outro indivíduo e ainda outras duas jovens, nenhum deles corretamente identificado até o presente momento.
- b) que adiante da recusa da referida testemunha em hospedar o outro indivíduo, de quem lembrou-se já ter praticado um crime de roubo contra o hotel no ano de 2010, o acusado o teria ameaçado com arma de fogo, obrigando-o a concordar com a hospedagem.
- c) que desde esse dia a testemunha (vítima, na verdade), que reside no próprio hotel com sua esposa, também funcionária do hotel permaneceu em situação de cárcere privado, recebendo ameaças dos indivíduos a todo tempo, e sempre vigiado por pelo menos um deles, que permanecia no hotel enquanto o outro saía, e sem poder se comunicar com o mundo exterior, vez que tiveram ele e sua esposa, os seus aparelhos celulares subtraídos pelos indivíduos e o telefone fixo do hotel estava com defeito.
- c) que durante todo esse tempo os indivíduos subtraíram dinheiro do caixa do hotel e consumiram alimentos e bebidas, obrigando a testemunha e sua esposa servi-los.
- e) que só conseguiram se desvencilhar do indivíduo quando um conhecido seu esteve no hotel para se hospedar e permitiu que a testemunha usasse o seu celular para comunicar o ocorrido ao dono do hotel, que acionou a polícia, resultando saí a prisão do acusado.
- f) que mesmo depois de 15 dias da prisão do acusado, recebeu ameaças por telefone, sobre aquilo que ele iria declarar na audiência, e ainda foi obrigado a entregar a quantia de R\$ 30,00 (trinta reais) do caixa do hotel a uma mulher, sob orientação do acusado, no mesmo telefonema. (...)

Não merece acolhida a pretensão defensiva de ver o crime de roubo, pelo qual o apelante também restou condenado, absorvido pelo delito de extorsão. Com efeito, as condutas praticadas pelo apelante são distintas e possuem desígnios autônomos, em que pese configurem tipos penais da mesma natureza.

No crime de extorsão, o ora apelante “estava coagindo o Sr. José Jaime de Jesus, uma das vítimas, há aproximadamente uma semana, se alimentando e ingerindo bebida do hotel sem o devido pagamento, como ainda subtraindo do caixa ou das mãos da vítima citada todo dinheiro que era deixado pelos clientes que se utilizaram do hotel naquele período”.

Quanto ao delito de roubo, novamente o réu e o coautor atuaram com divisão de tarefas, sendo que Andre Ribeiro da Silva controlava todas as ações do Sr. José Jaime de Jesus e de sua esposa, “inclusive recebiam os valores pagos pelos clientes as vítimas, utilizavam-se das bebidas e gêneros alimentícios do hotel, ou seja, uma verdadeira “farra” de eventos delituosos”.

Portanto, embora sejam da mesma natureza (patrimonial) e tenham sido cometidos no mesmo contexto fático, os tipos penais do roubo e da extorsão são de espécies distintas, possuindo verbos nucleares diferentes, cuja infração advém de desígnios autônomos, impossibilitando o reconhecimento do crime único.

Tocante aos dois delitos, Bitencourt¹² esclarece:

“No roubo e na extorsão, o agente emprega violência ou grave ameaça para submeter a vontade da vítima. No roubo, o mal é iminente, e o proveito é contemporâneo; na extorsão, o mal prometido é futuro, e futura também é a vantagem que o agente objetiva. No roubo, o agente toma a coisa, ou obriga a vítima (sem opção) a entregá-la; na extorsão, a vítima pode, em princípio, optar entre acatar a ordem e oferecer resistência. “

Há nítida separação entre as condutas previstas no tipo penal do roubo e da extorsão, o que, inclusive, está evidenciado pelas diferentes ações dos réus, posto que, primeiramente, ocorreu a subtração dos bens das vítimas, mediante grave ameaça exercida pelo emprego de arma de fogo e restrição da liberdade, que, além de terem pertences subtraídos, foram obrigados a permanecer 10 dias dentro do Hotel sem contato exterior algum e, depois, a extorsão, perpetrada mediante as mesmas majorantes, no momento em que foram constrangidos, a entregarem o dinheiro do

12 BITENCOURT. Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte especial, volume 3. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 125.

caixa para obter a vantagem ilícita, bem como o consumo de bebidas alcoólicas e comidas do estabelecimento.

O fato é que perpetrado o crime de roubo, ou seja, após a subtração dos pertences dos ofendidos, os criminosos muito bem poderiam libertá-los e encetar fuga, mas, não, outro era seu intuito, tendo em vista que permaneceu por mais de 10 dias “hospedado” e limitando a liberdade das vítimas, a fim de fazer com que mais dinheiro lhes fosse fornecido, o que, indubitavelmente, caracteriza o dolo em relação ao delito em questão.

A propósito, o seguinte precedente do STJ:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. ROUBO E EXTORSÃO. ALEGADA EXISTÊNCIA DE CRIME ÚNICO. CONDUTAS DIVERSAS, COMETIDAS EM CONCURSO MATERIAL. PRETENSÃO DE QUE SE RECONHEÇA A CONTINUIDADE DELITIVA. IMPOSSIBILIDADE. ANÁLISE DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. CRIMES DE ESPÉCIES DIVERSAS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.
 - O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso próprio, prestigiando o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do writ, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.
 - Entende a jurisprudência desta Corte que em situações como a dos autos, nas quais há subtração de bens e, posteriormente, a vítima é obrigada a fornecer a senha para a realização de saques em sua conta bancária, estão configurados dois crimes autônomos, de roubo e de extorsão, em concurso material. Não há que se falar, assim, em delito único.
 - Não é possível o reconhecimento de continuidade delitiva entre os crimes de roubo e extorsão, pois não são delitos da mesma espécie.
 Ademais, o reconhecimento da continuidade delitiva demandaria a incursão no acervo fático-probatório, tarefa vedada na via do habeas corpus.
 - Habeas Corpus não conhecido.
 (HC 324.896/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 20/08/2015, DJe 28/08/2015) (grifei)

Inviável, portanto, o reconhecimento da continuidade delitiva entre os delitos de roubo e extorsão como postulado.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, nego provimento ao recurso para manter as penas aplicadas ao réu André Ribeiro da Silva em 13 anos e 04 meses de reclusão e 20 dias multa à fração de 1/30 do salário mínimo vigente à época do fato, o dia multa, em regime inicial fechado, como os termos da sentença vergastada.

TJBA – Apelação Criminal nº 0515058-80.2014.8.05.0001, Primeira Câmara Criminal – Primeira Turma, Relator(a): Des^a. Ivone Bessa Ramos, julgado em 07/02/2017.

APELAÇÃO-CRIME. PENAL. PROCESSO PENAL. CRIMES DE PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO E DE DISPARO DE ARMA DE FOGO. ARTIGOS 14 E 15 DA LEI N.º 10.826/03. CONCURSO MATERIAL. SENTENÇA QUE JULGOU PROCEDENTE A DENÚNCIA PARA CONDENAR O APELANTE AO CUMPRIMENTO DA PENA DE 03 ANOS E 08 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL ABERTO, E DE 18 DIAS-MULTA, CADA UM NO MÍNIMO VALOR LEGAL.

I – APELAÇÃO DEFENSIVA: PLEITO DE ABSOLVIÇÃO DO CRIME DE DISPARO DE ARMA DE FOGO. ALEGAÇÃO DE INSUFICIÊNCIA DE PROVAS PARA A CONDENACÃO. IMPROCEDÊNCIA. ELEMENTOS DE CONVICÇÃO QUE COMPROVAM, À EXAUSTÃO, TER O ACUSADO EFE-

TUADO DISPAROS COM ARMA DE FOGO EM DIREÇÃO A VIA-TURA POLICIAL. DEPOIMENTOS JUDICIAIS DOS MILITARES FIRMES E HARMÔNICOS ENTRE SI, E COERENTES COM OS INFORMES COLHIDOS EM SEDE INQUISITORIAL. RÉU PRESO EM FLAGRANTE EM PODER DO ARMAMENTO UTILIZADO NA EMPREITADA. PROVA PERICIAL QUE DESCREVEU AS CARACTERÍSTICAS DOS CINCO PROJÉTEIS CONTIDOS NO REVÓLVER, CORROBORANDO ESTAREM QUATRO “PICOTADOS” E UM “DEFLAGRADO”. NEGATIVA APRESENTADA PELO RÉU QUE NÃO ENCONTRA SUBSÍDIO EM QUALQUER PROVA DOS AUTOS. **TESE DE IMPRESCINDIBILIDADE DA REALIZAÇÃO DO EXAME RESIDUOGRÁFICO. NÃO ACOLHIMENTO.** DEFESA QUE CINGIU-SE A VENTILAR TAL MATÉRIA SOMENTE NO BOJO DE SEUS MEMORIAIS FINAIS E, EM REITERAÇÃO, NAS RAZÕES RECURSAIS. FALTA DE IMEDIATO ENCAMINHAMENTO DO ACUSADO A INSTITUTO DE PERÍCIA QUE RESTOU PLENAMENTE JUSTIFICADA À VISTA DO IMPRESCINDÍVEL SOCORRO MÉDICO QUE TEVE DE SER A ELE PRESTADO. EXEGESE DO ARTIGO 167 DO CPPB. AUSÊNCIA DE REALIZAÇÃO DE EXAME RESIDUOGRÁFICO QUE NÃO CONFIGUROU QUALQUER VÍCIO PROBATÓRIO E, PORTANTO, NÃO COMPROMETEU A VERIFICAÇÃO DA MATERIALIDADE OU DA AUTORIA DELITIVA. **CONDENAÇÃO IR-REPREENSÍVEL.**

CRIME DE PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO: ABSOLVIÇÃO DE OFÍCIO QUE SE IMPÕE. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ. PORTE DO ARMAMENTO QUE NÃO POSSUI LESIVIDADE AUTÔNOMA, SERVINDO SOMENTE COMO MEIO PARA A PERPETRAÇÃO DOS DISPAROS.

II – APELO DO MINISTÉRIO PÚBLICO:

PLEITO DE APLICAÇÃO DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA EM DESFAVOR DO ACUSADO, COM A CONSEQUENTE EXASPERAÇÃO DAS SUAS SANÇÕES. PROVIMENTO. TRÂNSITO EM JULGADO DE CONDENAÇÃO ANTERIOR QUE PODE SER DEMONSTRADO POR QUALQUER MEIO IDÔNEO QUE TENHA FÉ PÚBLICA. LEGISLAÇÃO PENAL PÁTRIA QUE NÃO EXIGE DOCUMENTO ESPECÍFICO PARA O RECONHECIMENTO DA REINCIDÊNCIA. ACUSADO ANTERIORMENTE CONDENADO, POR ÉDITO IRRECORRÍVEL, PELA PRÁTICA DO DELITO CAPITULADO NO ARTIGO 16, PARÁGRAFO ÚNICO, INCISO IV DA LEI N.º 10.826/2003. POSSIBILIDADE DE JUNTADA DE DOCUMENTOS COMPROBATÓRIOS EM QUALQUER FASE DO PROCESSO: INTELGÊNCIA DO ARTIGO 231 DO CPPB E PRESTÍGIO AO PRINCÍPIO DA BUSCA PELA VERDADE REAL. PRECEDENTE DO STJ. **PENAS DO DELITO DE DISPARO DE ARMA DE FOGO DEFINITIVAMENTE FIXADAS EM 02 ANOS E 04 MESES DE RECLUSÃO, E EM 11 DIAS-MULTA. CONSEQUENTE READEQUAÇÃO DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA PARA O SEMIABERTO: EXEGESE DO ARTIGO 33, § 2.º, ALÍNEA “B” DO CPB E COMANDO CONTIDO NO ENUNCIADO 269 DO STJ.**

IRRESIGNAÇÃO QUANTO À SUBSTITUIÇÃO DA SANÇÃO PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. PRO-CEDÊNCIA. REQUISITOS CUMULATIVOS DO ARTIGO 44 DA LEI ADJETIVA PENAL NÃO PREENCHIDOS. RÉU REINCIDENTE: ÔBICE CONTIDO NO INCISO II DO REFERIDO COMANDO NORMATIVO. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO QUE NÃO RECOMENDAM A PERMUTA E, PORTANTO, NÃO AUTORI-

ZAM A APLICAÇÃO DA EXCEÇÃO PREVISTA NO § 3.º DO DISPOSITIVO.

RECURSOS CONHECIDOS. APELAÇÃO DEFENSIVA DESPROVIDA. APELAÇÃO DO PARQUET PROVIDA PARA ALTERAR AS REPRIMENDAS FINAIS DO RÉU E SEU REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO PARA O SEMIABERTO, BEM ASSIM NEGAR A SUBSTITUIÇÃO DA SANÇÃO CORPORAL POR PENAS ALTERNATIVAS.

DE OFÍCIO, ABSOLVE-SE O RÉU DA IMPUTADA PRÁTICA DO DELITO DESCRITO NO ART. 14 DA LEI N.º 10.826/2003 À VISTA DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos da **Apelação Criminal n.º 0515058-80.2014.8.05.0001**, oriunda da 1.ª Vara Crime da Comarca de Salvador/BA, em que figuram como Apelantes e Apelados IRANILDO ALVES DOS SANTOS e o MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL.

ACORDAM os Desembargadores integrantes da 1.ª Turma Julgadora da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia em **CONHECER DOS APELOS, NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO DA DEFESA e DAR PROVIMENTO À APELAÇÃO MINISTERIAL** para RECONHECER a incidência da agravante da reincidência e, por conseguinte, ALTERAR as reprimendas finais do Réu e seu regime inicial de cumprimento para o semiaberto, bem assim NEGAR a substituição da sanção corporal por penas alternativas. **De ofício, ABSOLVE-SE o Réu da imputada prática do delito descrito no art. 14 da Lei n.º 10.826/2003 à vista da aplicação do Princípio da consunção**, tudo nos termos do voto da Relatora.

RELATÓRIO

Trata-se de Recursos de Apelação interpostos pelo MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL e pelo Réu IRANILDO ALVES DOS SANTOS, em irrisignação aos termos da Sentença condenatória proferida pela MM.ª Juíza de Direito da 1.ª Vara Crime da Comarca de Salvador/BA, que, julgando procedente a Denúncia de fls. 02/03, condenou IRANILDO pela prática dos delitos tipificados nos arts. 14 e 15 da Lei n.º 10.826/2003, em concurso material, impondo-lhe o cumprimento da pena total de 03 (três) anos e 08 (oito) meses de reclusão, em regime inicial aberto, e o pagamento de 18 (dezoito) dias-multa, cada um no valor mínimo legal.

Narrou a Peça Acusatória que no dia 13.03.2014, aproximadamente às 11:15 horas, nas proximidades da Av. Gal Costa, em Salvador/BA, IRANILDO ALVES DOS SANTOS foi em tese flagrado no porte de uma arma de fogo tipo *revólver*, calibre .38, sem autorização legal.

Indicou a Denúncia que Policiais procederam à abordagem do ora Acusado em razão de suas características físicas se assemelharem ao de indivíduo apontado como autor de um roubo ocorrido momentos antes. Ocorre que nesse momento o Acusado teria, supostamente, sacado uma arma de fogo e disparado em direção à guarnição, ao que, ato contínuo, os Policiais teriam retaliado a reação e atingido o Denunciado com um projétil na perna direita.

A Denúncia foi recebida em 07.04.2014 (fl. 39).

Finalizada a instrução criminal e apresentados os Memoriais pela Acusação e pela Defesa, foi proferido o Édito acima mencionado (fls. 149/158).

Inicialmente o *Parquet* embargou de declaração da Sentença, aduzindo omissão na dosimetria realizada pela Julgadora no tocante ao reconhecimento da circunstância agravante da reincidência, que teria o condão de exasperar a reprimenda e, ainda, impossibilitar a substituição da sanção por penas alternativas (fls. 168/171). A MM.ª Juíza de piso, por sua vez, rejeitou os

Declaratórios, fundamentando ter se manifestado expressamente sobre os pontos suscitados pelo *Parquet* (fls. 173/175).

As partes foram devidamente intimadas da decisão que acolheu os Aclaratórios (fls. 180/182).

Inconformado com a Sentença, o Condenado interpôs Recurso de Apelação (fl. 167), apresentando suas Razões às fls. 189/195. Na oportunidade, postula, em apertada síntese, a reforma da Sentença, no intuito de que seja absolvido do delito descrito no art. 15 da Lei n.º 10.826/03 por ausência de provas suficientes de materialidade e autoria criminosas a embasar um édito condenatório.

Em sede de Contrarrazões, o Ministério Público pugna a manutenção da Sentença (fls. 209/215).

Igualmente insatisfeito, o Ministério Público apelou da Sentença (fl. 182), aduzindo em suas Razões de fls. 198/206 que a reincidência do Réu deve ser reconhecida no caso concreto, com implicações na exasperação de sua dosimetria e na negativa de substituição da sanção privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Em Contrarrazões, a Defesa requer o desprovemento do Apelo Ministerial (fls. 220/225).

Oportunizada sua manifestação, a Douta Procuradora de Justiça Eny Magalhães Silva opinou pelo conhecimento dos Recursos, e, no mérito, pelo improvemento do Apelo defensivo e pelo provimento do Apelo ministerial no intuito de que “seja reparada a dosimetria da pena, de modo a reconhecer a circunstância agravante da reincidência, adequando-se a dosimetria e reavaliando-se os consectários regime penal e possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos”.

É, em síntese, o relatório, que submeto à apreciação da Eminentíssima Desembargadora Revisora, com as homenagens de estilo.

VOTO

I. Do juízo de admissibilidade

Inicialmente, cabe registrar que os presentes Apelos são próprios e tempestivos, tendo sido manejados, ademais, por sujeitos que detêm legítimo interesse na modificação da Sentença de piso. Destarte, é medida de rigor o CONHECIMENTO dos Apelos manejados pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA (fl. 182) e pelo Réu IRANILDO ALVES DOS SANTOS (fl. 167), passando-se, pois, ao exame de suas questões de fundo.

II. Do mérito recursal

A. Do pleito defensivo de absolvição da prática do delito descrito no art. 15 da Lei n.º 10.826/2003

O Apelante IRANILDO ALVES DOS SANTOS requer sua absolvição da prática do delito de Disparo de Arma de Fogo, aduzindo nas Razões de seu inconformismo que *não há nos autos provas suficientes a embasar eventual decreto condenatório*. Afirmar a Defesa que o *Acusado negou peremptoriamente o cometimento do imputado fato e que a prova oriunda do exame residuográfico mostrar-se-ia imprescindível para afastar as dúvidas levantadas*.

Tal alegação, todavia, não merece guarida.

De logo, saliente-se que o crime descrito no art. 15, *caput*, da Lei n.º 10.826/2003 se configura quando o agente *dispara arma de fogo ou aciona munição em lugar habitado ou em suas adjacências, em via pública ou em direção a ela, desde que essa conduta não tenha como finalidade a prática de outro crime*.

As provas carreadas aos autos, nesse diapasão, demonstram que aproximadamente às 11:15 horas do dia 13.03.2014, nas imediações da Av. Gal Costa, o Recorrente IRANILDO ALVES DOS SANTOS efetuou disparos com arma de fogo em direção à viatura n.º 9.4820, onde se encontraram o TEN/PM Tony Barbosa Gomes e a SD/PM Marcos Antônio de Abreu Santos, ambos lotados na 48.ª CIPM.

Confira-se excertos extraídos das declarações firmadas pelos referidos Agentes sob o crivo do contraditório:

... Fomos informados que havia um indivíduo com tais características que tinha feito um roubo, se não me engano a coletivo, a topic ou a uma van. Deram as características e mais ou menos pra que lado ele foi. Fizemos rondas no local e chegamos próximo à Gal Costa, Brasília, coisa assim, e avistamos um indivíduo com a característica parecida. Tentamos abordar, na tentativa o indivíduo sacou um revólver calibre 38, disparou contra a guarnição, a guarnição respondeu a injusta agressão, ele soltou o revólver e nós fizemos a prisão... (depoimento do TEN/PM TONY BARBOSA GOMES, em depoimento gravado na mídia colacionada à fl. 06 dos autos físicos e transcrito no Parecer Ministerial)

... Nós estávamos em ronda quando fomos informados por pessoas dentro de um coletivo que tinha havido um assalto. Foram passadas as descrições, o momento e começamos a busca. Logo mais à frente, nós encontramos o elemento, que, ao ser abordado, veio a disparar contra a guarnição e foi respondido, sendo alvejado na perna. Que lhe foi prestado socorro até o Hospital Roberto Santos, e a partir daí nós fomos dar prosseguimento na Delegacia... (depoimento do SD/PM Marcos Antônio de Abreu Santos, em depoimento gravado na mídia colacionada à fl. 06 dos autos físicos e transcrito no Parecer Ministerial)

Vale destacar, a propósito, que inexistente qualquer contradição nos depoimentos judiciais dos referidos Agentes, estando eles, ainda, em consonância com os testemunhos prestados na fase investigativa, quando da lavratura do Auto de Prisão em Flagrante de fls. 05/09.

No ponto, importante consignar que tais depoimentos são merecedores de credibilidade, principalmente porquanto as aludidas testemunhas prestaram o juramento previsto no art. 203 do Código de Processo Penal, estando os depoimentos harmoniosos com os outros elementos acostados aos fólios.

Com ênfase, segundo entendimento amplamente firmado pela jurisprudência, não há óbice para que Policiais Militares que efetuaram a prisão ou a apreensão do agente prestem o seu testemunho acerca dos fatos, em conformidade com o art. 202 da Lei Adjetiva Penal. Ademais disso, não se extrai dos autos que os Militares que funcionaram como testemunhas tivessem particular interesse na condenação do Apelante, não tendo a Defesa, observe-se, indicado, inclusive, qualquer indício de parcialidade.

Nesse sentido, tem-se os seguintes precedentes deste Egrégio Tribunal de Justiça:

[...] A simples condição de policial não torna a prova testemunhal inidônea, mormente se não há elementos que apontem incorreção na conduta dos agentes públicos ou interesse em incriminar falsamente o réu. Não é razoável o Estado credenciar pessoas para a função repressiva e, sem elementos cabais de prova, negue-lhes crédito quando de sua estrita atividade [...] Apelo desprovido.

(TJBA: Apelação nº 0000001-52.2011.8.05.0044, Relator: Des. Carlos Roberto Santos Araújo. Comarca: Candeias. Órgão julgador: Segunda Câmara Criminal - Primeira Turma. Data do julgamento: 13/12/2012. Data de registro: 07/08/2013)

Veja-se que, corroborando a prova testemunhal, o Auto de Exibição e Apreensão de fl. 11 e a Certidão de Ocorrência de fls. 19/20 não deixam dúvidas de que o Denunciado portava, na ocasião de sua prisão em flagrante, um revólver de numeração CD44318, marca *Taurus*, calibre nominal .38 SPL, cabo de madeira, contendo cinco projéteis, estando quatro picotados e um deflagrado. Não por outro motivo também foi ele denunciado, e condenado, pela prática do delito descrito no art. 14 da Lei de Armas, embora não tenha manifestado, quanto a este ponto, qualquer irresignação.

Sendo mais específicos, os Peritos subscritores do Laudo Pericial n.º 2014 008284 01 apontaram no tópico “*exames*” que, de fato, quatro cartuchos de arma de fogo da marca CBC e calibre nominal .38 SPL, providos de projétil constituído em liga de chumbo, possuíam espoletas percutidas e não detonadas (em linguagem coloquial, picotadas), e que um estojo proveniente de

cartucho de arma de fogo da marca CBC e calibre nominal .38 SPL, constituído em latão, possuía *espoleta percutida e detonada tipo boxer* (fls. 122/123).

Sob outro viés, revela-se descabida a insurgência contra a não efetivação da perícia residuo-gráfica, visto que a própria defesa deixou de pleitear o citado exame logo que teve oportunidade para tanto, cingindo-se a ventilar tal matéria somente no bojo de seus Memoriais Finais e, em reiteração, nas Razões Recursais.

Ademais disso, de se ter em mente que, no caso concreto, a falta de imediato encaminhamento do Acusado a Instituto de Perícia restou plenamente justificada à vista do imprescindível socorro médico que teve de ser a ele prestado por conta de ser atingido por um disparo de arma de fogo na sua perna direita.

Com efeito, o Boletim de Ocorrência n.º 1202014000159, lavrado no Posto Policial do Hospital Roberto Santos, foi categórico ao registrar que *IRANILDO ALVES DOS SANTOS foi admitido na emergência daquele Hospital às 11:15 horas do dia dos fatos com perfuração na altura da coxa direita* (fl. 28). Por oportuno, saliente-se que o Réu somente foi levado à presença da Autoridade Policial para ser interrogado no dia 18.03.2014, ou seja, cinco dias após o cometimento da empreitada delitiva (fl. 25).

Portanto, aplicar-se-ia à hipótese a regra instituída pelo art. 167 da Lei Adjetiva Penal, sendo digno de nota ter a prova testemunhal, conforme *suso* demonstrado, suprido plenamente a efetivação do exame de corpo de delito. Dito em outras palavras, a ausência de realização de exame residuo-gráfico não configurou qualquer vício probatório e, portanto, não comprometeu a verificação da materialidade ou da autoria delitiva.

De todo modo, mercê não se negue alguma valia ao exame de recenticidade de disparo para a apuração do crime em comento, não se pode perder de vista que a doutrina própria sustenta, largamente, sua baixa confiabilidade, diante sobretudo da sujeição da existência de resíduos nas mãos do suposto autor do tiro à adoção de diversos fatores peculiares, e, por conta disso, desconsidera-o como prova técnica exclusiva e definitiva.

Em sendo assim, conclui-se que a preclusa realização do apontado exame no momento apropriado não se mostra, por si só, capaz de inquirir a robustez do conjunto probatório, de modo que inexistente outro caminho senão considerar perfeitamente demonstrada a prática do crime capitulado no art. 15, caput da Lei n.º 10.826/06 pelo Apelante IRANILDO ALVES DOS SANTOS.

A.1. Da absorção do crime de Porte ilegal de arma de fogo de uso permitido pelo crime de Disparo de arma de fogo

Muito embora não tenha sido objeto de recurso defensivo, constata-se, em atenção ao efeito devolutivo amplo do presente recurso criminal, que o delito de Disparo de arma de fogo e o delito de Porte ilegal de arma de fogo de uso permitido ocorreram na mesma situação fática, de modo que não cabe falar em aplicação da regra do concurso material mas sim do Princípio da consunção, com o reconhecimento da prática de crime único.

Com ênfase, na consunção, há uma sucessão de eventos diferentes no tempo e no espaço, sendo que, visando evitar-se o *bis in idem*, um deles, por ser mais amplo e mais grave, absorve aquele menos amplo e grave – que opera como meio necessário, ou fase normal de preparação ou execução do delito de maior alcance, ou mesmo como mero exaurimento.

Dito em outras palavras, na aplicação do critério da consunção, não é uma norma que absorve a outra, mas o fato principal que absorve o acessório, subsistindo, assim, apenas a norma que o regula.

In casu, consoante satisfatoriamente demonstrado no arcabouço probatório, houve simultaneidade entre as condutas imputadas ao Réu IRANILDO ALVES DOS SANTOS, sendo o revólver descrito no Laudo de fls. 122/123 apreendido num desdobramento natural da conduta delitiva descrita no art. 15 da Lei n.º 10.826/2003. Não se pode negar a relação de subordinação entre os fatos criminosos em testilha, nem que o Porte ilegal da arma não possuiu lesividade autônoma, servindo, tão somente, como meio para a perpetração dos disparos.

O doutrinador Guilherme de Souza Nucci¹³, fazendo coro com a doutrina pátria majoritária, possui entendimento em idêntica inteligência de que “*caso o agente possua (ou porte) arma ilegal e efetue disparo na via pública, deve responder somente pelo disparo de arma de fogo, pois termina sendo este o crime-fim. A posse (ou o porte) configuram um fato anterior não punível.*”.

Outrossim, na análise de casos semelhantes já decidiu o Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

PENAL. DISPARO DE ARMA DE FOGO. ART. 10, DA LEI Nº 9.437/97. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. REGISTRO. OBRIGATORIEDADE. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. UM SÓ CONTEXTO FÁTICO. IMPOSSIBILIDADE DE CONFIGURAÇÃO DE DELITOS AUTÔNOMOS. ENTREGA DE ARMAS PARA A POLÍCIA. CONDUTA PERMITIDA.

I - Esta Corte vem entendendo que a absorção do delito de porte de arma pelo de disparo não é automática, dependendo, assim, do contexto fático do caso concreto. Por conseguinte, em se tratando de contextos fáticos distintos, há a possibilidade de configuração de delitos autônomos.

II – *In casu*, não há imputação de eventual fato delituoso pré-existente ao contexto fático narrado na prefacial acusatória (contexto do disparo de arma de fogo). Vale dizer, a denúncia não descreve fato anterior que esteja inserido em outro contexto fático, de modo a possibilitar a configuração de delitos autônomos. Assim sendo, **considerando a narração contida na denúncia, que descreve um único contexto fático, deve o delito tipificado no art. 14 da Lei nº 10.826/03 (porte ilegal de arma de fogo) ser absorvido pelo disparo de arma de fogo (art. 15 do mesmo diploma legal).**

III - De outro lado, a conduta de quem se dirige até delegacia de polícia para entregar arma de fogo de uso permitido não pode ser equiparada ao delito de porte ilegal de arma de fogo e ser, por conseguinte, tida como típica e ilícita, uma vez que este comportamento é autorizado pelo Estado (artigos 30, 31 e 32, da Lei nº 10.826/2003). Falta, portanto, a esta ação, antinormatividade.

Ordem concedida.

(STJ: HC 94.673/MS, Relator: Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 27/03/2008, DJe 18/08/2008)

Em sendo, portanto, **cabível à hipótese vertente a aplicação do Princípio da consunção, mantém-se apenas a condenação levada a efeito no Juízo a quo pelo cometimento do crime de Disparo de arma de fogo (art. 15, caput, da Lei n.º 10.826/2003), resultando o Acusado IRANILDO ALVES DOS SANTOS absolvido do crime previsto no art. 14, caput da Lei de armas.**

B. Do pleito ministerial de reconhecimento da circunstância agravante da reincidência

Noutra vertente, pleiteia o Ministério Público a aplicação da agravante da reincidência em desfavor do Acusado IRANILDO DOS SANTOS, com a consequente exasperação das suas sanções e negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Merecem acolhimento os requerimentos ministeriais, como bem sopesou a Procuradoria de Justiça em seu Parecer.

Como cediço, em interpretação axiológica das normas constitucionais e em atenção à Súmula 444 do STJ, para que os antecedentes criminais do Acusado sejam sopesados durante a primeira ou a segunda fase da dosimetria da pena, faz-se necessária a comprovação de que houve uma condenação transitada em julgado em seu desfavor, visto que somente ela poderá ensejar a valoração negativa de circunstâncias judiciais ou o reconhecimento da agravante da reincidência, conforme o caso.

Além disso, de acordo com acertados julgados dos Tribunais Superiores, o trânsito em julgado da condenação pode ser demonstrado por qualquer meio idôneo que tenha fé pública e não somente através de certidão cartorária, porquanto a legislação penal pátria não exige documento específico para tanto.

13 NUCCI, Guilherme de Souza *in* **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**, 4.ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 92.

Visualizando-se a Certidão de fl. 112 e o documento juntado às fls. 207/208, constata-se que o Acusado respondeu à Ação Penal n.º 0301438-53.2012.8.05.0001 perante a 11.ª Vara Criminal de Salvador, em razão do cometimento de fatos anteriores à prática da presente conduta, havendo expedição de certidão de trânsito em julgado na data de 15.04.2013.

Consulta ao referido feito por intermédio da plataforma *E-Saj*, disponível no sítio eletrônico deste Tribunal de Justiça, permite concluir, ainda, que IRANILDO ALVES DOS SANTOS foi condenado pela prática do delito capitulado no art. 16, parágrafo único, inciso IV da Lei n.º 10.826/2003, às sanções de três anos de reclusão, em regime inicial aberto, e de dez dias-multa, cada um no mínimo valor legal, à vista de portar no dia 21.12.2011, juntamente com outro indivíduo, duas armas de fogo contendo numeração raspada (vide arquivos que instruem o Parecer da Procuradoria de Justiça).

No que concerne à juntada dos documentos comprobatórios pela Acusação ser a priori extemporânea, de se ter em mente entendimento da Egrégia Corte da Cidadania de que “*não há irregularidade alguma na juntada de folha de antecedentes criminais do acusado após a sentença condenatória, ex vi do art. 231, do CPP*” (HC 13.905/RJ, Relator: Ministro JORGE SCARTEZ-ZINI, QUINTA TURMA, julgado em 13/04/2004, DJ 14/06/2004, p. 239).

De fato, o art. 231 da Lei Adjetiva Penal, prestigiando a finalidade processual de apuração da verdade real, permite que as partes apresentem documentos em qualquer fase do processo, desde que não haja expresso óbice legal, justificando-se eventual indeferimento de sua juntada pelo Julgador apenas quando restar demonstrado o caráter protelatório ou tumultuário, tendente a dificultar o regular trâmite do feito.

Portanto, **insofismável a comprovação, através de documento com fé pública, da reincidência do Réu IRANILDO DOS SANTOS, sendo o reconhecimento da incidência da agravante prevista no art. 61, inciso I do CPB medida de rigor.**

C. Da individualização das penas do Acusado IRANILDO ALVES DOS SANTOS

Em sendo aplicado ao caso, de ofício, o Princípio da consunção, que ensejou na manutenção da condenação do Réu somente pelo cometimento do delito de Disparo de arma de fogo (art. 15 da Lei n.º 10.826/2003), bem assim provido o Apelo ministerial para reconhecer a incidência da circunstância agravante da reincidência, não de ser reavaliadas as sanções dosadas ao condenado.

No que se refere ao delito de Disparo, a MM.ª Magistrada de piso fixou, com acerto, sua penas básicas nos mínimos legais de 02 (dois) anos de reclusão e de 10 (dez) dias-multa, após considerar positivas todas as circunstâncias judiciais descritas no art. 59 do CPB, quanta estes que ficam mantidos sobretudo em respeito ao Princípio do *non reformatio in pejus*.

Passando-se à segunda fase da dosimetria, constata-se não incidir qualquer circunstância atenuante; todavia, sobreveio em desfavor do Sentenciado a reconhecença da agravante da reincidência, descrita no art. 61, inciso I do CPB.

Registre-se que mesmo que a Lei Penal brasileira não tenha estabelecido balizas para o agravamento e atenuação das penas na segunda fase de sua aplicação, a doutrina e a jurisprudência dos Tribunais Superiores têm entendido que esse aumento ou diminuição deve se dar no patamar ideal de 1/6 (um sexto), atendendo a critérios de proporcionalidade, como ensina o professor Ricardo Augusto Schmitt¹⁴:

No entanto, muito embora não tenhamos atualmente um consenso quanto ao patamar ideal a ser adotado, **torna-se mais aceito pela jurisprudência dos Tribunais Superiores (STF e STJ) a aplicação do coeficiente imaginário de 1/6 (um sexto) para cada circunstância atenuante ou agravante reconhecida (e valorada).**

Conforme referido, trata-se de um patamar imaginário, construído jurisprudencialmente, mas que não encontra qualquer previsão legal, razão pela qual não deve integrar a decisão, como ocorre na terceira fase da aplicação da pena (causas de diminuição e de aumento de pena), onde existem valores ou intervalos definidos legalmente.

14 SCHMITT. Ricardo Augusto. Sentença Penal Condenatória. 4 ed. Podivm. 2009. p. 151

É importante frisar que o citado patamar vem sendo aceito jurisprudencialmente como sendo o ideal, tem suas raízes fincadas na análise aprofundada do próprio sistema trifásico de dosimetria da pena consagrado pelo legislador (art. 68, *caput*, do CP). O que temos em verdade é um sistema escalonado – em três fases – sendo que a etapa posterior sempre se revela como sendo mais gravosa do que a anterior. Por isso, em sendo a terceira fase (causas de diminuição e de aumento de pena) a maior de todas as etapas hierarquicamente e, considerando que a menor causa de aumento de pena prevista legalmente corresponde ao patamar de 1/6 (um sexto), tem-se este valor como sendo o ideal para a segunda fase do processo de dosimetria, uma vez que essa etapa (segunda) não pode suplantá-la (terceira), a qual se revela como sendo a mais gravosa de todas. De igual forma, não poderia também a segunda fase trazer um critério menor de valoração do adotado à primeira etapa (art. 59, do CP), transmutando-se este em mais um fundamento concreto para se estabelecer o patamar ideal de 1/6, o qual se revela como sendo superior ao estabelecido proporcionalmente a cada uma das circunstâncias judiciais valoradas negativamente (1/8).

Assim, cada circunstância atenuante, ou agravante, terá valor imaginário de 1/6 (um sexto) a ser aplicado sobre a pena-base. **Relembre-se: tem-se o patamar de 1/6 como ideal, a par da jurisprudência majoritária sobre o assunto**, podendo, logicamente, o julgador escolher outro valor ou critério que melhor lhe aprouver, desde que guardadas as devidas proporções com o caso concreto, bem como com o processo de dosimetria da pena.

Nesse diapasão, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS [...] SEGUNDA FASE. REINCIDÊNCIA. AUMENTO 1/3. DESPROPORCIONAL. REDUÇÃO PARA 1/6. [...] Pequeno reparo merece ser feito quanto ao percentual aplicado na segunda fase de fixação da pena, pois, embora a lei não preveja percentuais mínimos e máximos de majoração da pena em razão da reincidência, a jurisprudência desta Corte tem-se inclinado no sentido de que o incremento da pena em fração superior a 1/6, pela aplicação dessa agravante, deve ser devida e concretamente fundamentada, o que não ocorreu no caso, sendo assim é de rigor a redução do patamar aplicado. [...]

(STJ - HC: 164836 SP 2010/0042319-7, Relator: Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), Data de Julgamento: 02/04/2013, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 05/04/2013)

HABEAS CORPUS. [...] Em face de o Código Penal não ter estabelecido balizas para o agravamento e atenuação das penas, na segunda fase de sua aplicação, a doutrina e a jurisprudência desta Corte têm entendido que esse aumento ou diminuição deve se dar em até 1/6 (um sexto), atendendo a critérios de proporcionalidade. 2. No entanto, é possível maior punição, ou seja, aplicação da reprimenda em patamar diverso de 1/6 (um sexto) quando situações excepcionais justificarem tal medida [...]

(STJ - HC: 198291 SP 2011/0037659-9, Relator: Ministro OG FERNANDES, Data de Julgamento: 22/03/2012, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 11/04/2012)

Nesse prisma, agravam-se as aludidas penas-base, chegando-se aos patamares de 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, e de 11 (onze) dias-multa.

Inexistentes causas de aumento ou de diminuição de pena, **tornam-se definitivas as sanções de 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, e de 11 (onze) dias-multa, conservando-se seu valor unitário no mínimo legal.**

D. Do regime inicial de cumprimento da pena corporal

Por consecutário lógico ao provimento do Apelo do MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL, que ensejou o reconhecimento da agravante da *reincidência* em desfavor de IRANILDO ALVES DOS SANTOS e a consequente reavaliação da sua dosimetria do delito de Disparo de arma de fogo, notório que se deva reexaminar o regime de cumprimento de pena inicial a ser imposto ao aludido Sentenciado.

Saliente-se que, ainda que não tenha havido pedido expresso do *Parquet* nesse sentido, eventual readequação do regime jurídico de ofício não configuraria *reformatio in pejus*, nem guardaria dissonância com os Princípios da dialeticidade e do *tantum devolutum quantum appella-*

tum, eis que a fixação de regime compatível com a qualificação de primariedade do Réu e o grau da reprimenda aplicada guarda correlação direta com o pedido ministerial.

Nessa linha intelectual, manifestam-se os Tribunais Superiores pátrios, *in verbis*:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. MAJORAÇÃO DA PENA EM SEDE DE APELAÇÃO. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. ART. 33, §§ 2º E 3º, DO CÓDIGO PENAL. ALTERAÇÃO DO MODO DE EXECUÇÃO. AUSÊNCIA DE PEDIDO EXPRESSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. POSSIBILIDADE JURÍDICA. REFORMATIO IN PEJUS NÃO CONFIGURADA. ORDEM DE HABEAS CORPUS EXTINTA.

1. O regime prisional de cumprimento da pena é corolário direto da condenação imposta ao réu, de sorte que, **alterada a reprimenda, deve-se proceder, ex officio, ao reexame da forma de execução anteriormente definida, atualizando o apenamento à luz das diretrizes normativas traçadas no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.**

2. O Ministério Público ostenta interesse recursal na adequação do regime prisional em confronto com a pena aplicada.

3. *In casu*, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais incorreu em erro in judicando ao majorar a pena imposta aos pacientes, sem, no entanto, readequar seu regime de cumprimento em razão da ausência de pedido expresso de revisão pelo Ministério Público. 4. Deveras, o Superior Tribunal de Justiça, acolhendo o pedido do Ministério público, reformou o aresto do TJ/MG e reconfigurou o regime de execução da pena à luz da nova condenação imposta e do comandos aplicáveis do Código Penal. 5. Ordem de habeas corpus extinta.

(STF - HC: 115739 MG, Relator: Ministro LUIZ FUX, Data de Julgamento: 25/06/2013, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-158 DIVULG 13-08-2013 PUBLIC 14-08-2013) (grifos acrescidos)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ROUBO. RECURSO DE APELAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO REQUERENDO O AUMENTO DA PENA. AUSÊNCIA DE PEDIDO EXPRESSO NO TOCANTE À ADEQUAÇÃO DO REGIME PRISIONAL. IRRELEVÂNCIA. CONECTÁRIO LÓGICO DO REDIMENSIONAMENTO. REFORMATIO IN PEJUS. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. DESNECESSÁRIO. NÃO INCIDÊNCIA DO ÓBICE PREVISTO NA SÚMULA 7/STJ. PENA SUPERIOR A 4 (QUATRO) E INFERIOR A 8 (OITO) ANOS DE RECLUSÃO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. REINCIDÊNCIA. REGIME INICIAL FECHADO.

I - A análise do presente recurso especial não perpassa pelo exame do conjunto probatório, pois delineados todos os aspectos fáticos da conduta praticada pelo recorrido, ensejando, destarte, tão somente, a adequação do regime prisional ante o redimensionamento da pena efetuado pelo Tribunal de origem, por se tratar de conectário lógico, de forma que resta afastada a incidência da Súmula 7/STJ.

II - Havendo o redimensionamento da pena nos limites do pleito recursal, a adequação do regime prisional é conectário lógico, não configurando reformatio in peius. Precedentes.

III - A jurisprudência desta Corte se firmou no sentido de que o deferimento do regime semiaberto se dá desde que preenchidos os requisitos constantes do art. 33, § 2º, b, e § 3º, c/c o art. 59 do CP, quais sejam, a ausência de reincidência, condenação por um período superior a 4 (quatro) anos e não excedente a 8 (oito) e a inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis.

IV - No presente caso, todavia, verifica-se que a reprimenda foi fixada em 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão, com pena-base acima do mínimo legal, ante a presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis, além da reincidência, o que justifica a imposição do regime mais gravoso do que o cabível em razão do quantum de pena aplicado. Agravo regimental desprovido. (STJ: AgRg no REsp 1457193/MG, Relator: Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 01/09/2016, DJe 14/09/2016) (grifos acrescidos)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO AO RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. EXECUÇÃO DA PENA. PROVIMENTO DO RECURSO DE APELAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. MAJORAÇÃO DA PENA. RECÁLCULO. REGRESSÃO DE REGIME. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO PARA A CONCESSÃO DO REGIME SEMIABERTO. TRÂNSITO EM JULGADO. PRESCINDIBILIDADE. RECURSO ESPECIAL DOTADO APENAS DE EFEITO DEVOLUTIVO.

INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL A SER SANADO, DE OFÍCIO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...] 2. **A reforma parcial da sentença condenatória com a majoração da pena, justifica a alteração do regime inicial de cumprimento, independentemente do trânsito em julgado, máxime porque constitui corolário lógico da aplicação da nova reprimenda, com base no artigo 33, § 2º e § 3º, do Código Penal.** [...]

(STJ - HC: 267779 SP 2013/0096656-1, Relator: Ministro MOURA RIBEIRO, Data de Julgamento: 07/11/2013, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 14/11/2013) (grifos acrescidos)

Esta Turma Criminal, inclusive, possui precedente no mesmo intelecto (Apelação n.º 0337052-85.2013.8.05.0001, julgada à unanimidade em 14.04.2015, disponibilizada no DJE n.º 1418 de 24.04.2015).

No cenário em tela, muito embora a pena corporal do Acusado tenha sido, ao final, definitivamente mantida em patamar inferior a 04 (quatro) anos de reclusão, reconheceu-se ser ele reincidente, eis que foi condenado anteriormente através de sentença transitada em julgado. Nesse desiderato, os elementos dos fólios acabam por indicar que **o modo semiaberto para o início da execução da sanção privativa de liberdade mostra-se o mais adequado para a prevenção e repressão do crime pelo qual IRANILDO ALVES DOS SANTOS foi sentenciado.**

O Egrégio Tribunal da Cidadania manifesta idêntica orientação em seu Enunciado n.º 269:

Súmula 269, STJ: *É admissível a adoção do regime prisional semi-aberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais.*

Destaquem-se, outrossim, os seguintes Julgados:

PENAL. HABEAS CORPUS. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. RÉU REINCIDENTE. FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. SÚMULA 269/STJ. PRETENSÃO AO REGIME ABERTO. INVIABILIDADE. IMPEDIMENTO LEGAL. ARTIGO 33, § 2º, C, DO CÓDIGO PENAL. ORDEM DENEGADA.

I. Por previsão do artigo 33, § 2º, c, do Código Penal, **o réu condenado à pena inferior a 4 anos, mesmo que no mínimo legal, não faz jus ao regime aberto, se reincidente.** II. Precedentes desta Corte. III. Ordem denegada, nos termos do voto do Relator.

(STJ - HC: 204330 DF 2011/0087327-0, Relator: Ministro GILSON DIPP, Data de Julgamento: 16/02/2012, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 28/02/2012)

HABEAS CORPUS. ESTELIONATO CONTINUADO. CONDENAÇÃO INFERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. REGIME ABERTO. IMPOSSIBILIDADE. RÉU REINCIDENTE. ORDEM DENEGADA. 1. Muito embora tenha sido imposta ao paciente sanção inferior a 4 anos de reclusão, ante a reincidência por ele ostentada, é incabível, nos termos do art. 33, § 2º, c, do Código Penal, o estabelecimento de regime aberto, inexistindo, assim, o alegado constrangimento ilegal. 2. Ordem denegada.

(STJ - HC: 168109 SP 2010/0060797-1, Relator: Ministro ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ), Data de Julgamento: 21/06/2012, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 02/08/2012)

Isto posto, **deve o regime inicial de cumprimento da pena definitiva do Apelante IRANILDO DOS SANTOS ser reformado para o semiaberto, em atenção à norma prevista no art. 33, § 2.º, alínea “b” do CPB.**

E. Do requerimento ministerial de afastamento da substituição da pena por sanções alternativas

A MM.^a Juíza de piso substituiu a reprimenda corporal outrora por ela fixada ao Réu IRANILDO DOS SANTOS por duas penas restritivas de direitos, alegando estarem preenchidos os requisitos alinhados no art. 44 do CPB. O Órgão Ministerial, a seu turno, nas Razões de inconformismo, sustenta que a Sentenciante desprezou a norma contida no § 3.º do mesmo artigo à

vista de tal substituição não ser recomendável ao caso em comento, sobretudo em razão de o Réu ser reincidente.

Com efeito, o art. 44 do CPB possui a seguinte redação:

Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo;

II – o réu não for reincidente em crime doloso;

III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

De se concluir, assim, que o sentenciado, para ter direito à permuta da sua pena privativa de liberdade por sanções alternativas, deve satisfazer, cumulativamente, os requisitos estabelecidos nos incisos I, II e III, os quais têm por escopo evitar a custódia de sentenciados por infrações penais consideradas mais leves.

Do exame do caso trazido ao acerto desta Corte de Justiça, verifica-se assistir razão ao Órgão Acusador, vez que a situação do Réu não se enquadra na conjuntura prevista no art. 44 da Lei Adjetiva Penal, em virtude de ser ele reincidente em crime doloso, e justamente em razão da prática de delito que visa, também, proteger o bem jurídico segurança pública. Tal fato, aliado à periculosidade concreta da ação do Réu, que deflagrou diversos disparos de projéteis em direção a guarnição da Polícia Militar, termina por, inegavelmente, não recomendar a sobredita substituição, desfigurando a exceção prevista no § 3.º do aludido artigo.

Em sendo assim, **reforma-se a Sentença de piso para afastar a substituição prevista no art. 44 do Código Penal.**

Ex positis, **CONHECE-SE** dos Apelos, **NEGANDO-SE PROVIMENTO AO RECURSO DA DEFESA** e **DANDO-SE PROVIMENTO À APELAÇÃO MINISTERIAL** para RECONHECER a incidência da agravante da reincidência (art. 61, I, do CPB) e, por conseguinte, ALTERAR as reprimendas finais do Réu e seu regime inicial de cumprimento para o semiaberto, bem assim NEGAR a substituição da sanção corporal por penas alternativas. **De ofício, ABSOLVE-SE o Réu da imputada prática do delito descrito no art. 14 da Lei n.º 10.826/2003 à vista da aplicação do Princípio da consunção**, mantendo-se a Sentença vergastada em todos os seus demais termos.

TJBA – Apelação Criminal nº 0335859-69.2012.8.05.0001, Segunda Câmara Criminal – Segunda Turma, Relator(a): Des. João Bosco De Oliveira Seixas, julgado em 26/10/2016.

APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA. PENAL E PROCESSO PENAL. APELANTE CONDENADO COMO INCURSO NAS SANÇÕES DO ARTIGO 14 DA LEI Nº 10.826/2003 (PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO) À SEGUINTE REPRIMENDA: 2 (DOIS) ANOS DE RECLUSÃO (EM REGIME INICIAL ABERTO), ALÉM DO PAGAMENTO DE 10 (DEZ) DIAS-MULTA, CADA UM NO VALOR EQUIVALENTE A 1/30 DO SALÁRIO MÍNIMO VIGENTE AO TEMPO DO FATO DELITUOSO. SUBSTITUÍDA A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR DUAS RESTRITIVAS DE DIREITOS, CONSISTENTES NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE E INTERDIÇÃO TEMPORÁRIA DE DIREITOS.

PRETENSÕES RECURSAIS:

1) PRELIMINAR DE NULIDADE. REJEIÇÃO. EVENTUAIS IRREGULARIDADES EXISTENTES NA FASE INQUISITORIAL NÃO MACULAM A AÇÃO PENAL. SENTENÇA DEVIDAMENTE FUN-

DAMENTADA. CRIME DE PERIGO ABSTRATO QUE DISPENSA PROVA PERICIAL. INEXISTÊNCIA DE VINCULAÇÃO DO JUIZ AO PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO PELA ABSOLVIÇÃO.

2) PRETENDIDA A ABSOLVIÇÃO POR TER AGIDO O APELANTE EM LEGÍTIMA DEFESA. IMPROCEDÊNCIA. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS INCONTROVERSAS. CRIME COMETIDO EM 31 DE MARÇO DE 2012, APÓS A GREVE DA POLÍCIA MILITAR, QUE SE ENCERROU EM 11 DE MARÇO DE 2012. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS À CONFIGURAÇÃO DA EXCLUDENTE DE ILICITUDE INVOCADA.

APELAÇÃO CONHECIDA E, REJEITADA A PRELIMINAR, IMPROVIDA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal tombados sob nº 0335859-69.2012.8.05.0001, oriundos da **12ª Vara Criminal da Comarca de Salvador, em que figuram VALDEVINO SOUZA DA CONCEIÇÃO** (como Apelante) e o **MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL** (como Apelado).

Acordam os Desembargadores componentes da 2ª Turma da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça da Bahia em **CONHECER E, REJEITADA A PRELIMINAR, JULGAR IMPROVIDA** a presente Apelação, de acordo com o voto do Relator, que foi vertido nos seguintes termos:

RELATÓRIO

“Trata-se de Apelação Criminal interposta por VALDEVINO SOUZA DA CONCEIÇÃO contra a r. Sentença de fls. 76/83 prolatada pelo MM. Juiz da 12ª Vara Criminal da Comarca de Salvador.

Adoto o relatório da sentença de fls. 76/83, como parte integrante deste acórdão, e acrescento que o Apelante foi condenado pela prática do delito previsto no artigo 14 da Lei nº 10.826/2003, à pena de 02 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, cada um no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente ao tempo do fato delituoso. A reprimenda privativa de liberdade foi substituída por duas restritivas de direitos, quais sejam, prestação de serviços à comunidade e interdição temporária de direitos.

Irresignado, o Recorrente interpôs a presente apelação (folha 88). Nas razões recursais (fls. 89/99), arguiu a existência de irregularidades na fase inquisitorial não supridas na fase judicial, a nulidade da sentença por carência de fundamentação e por ter sido prolatada em contrariedade com o parecer ministerial, bem como a omissão do édito condenatório quanto à realização de exame pericial na arma de fogo. No mérito, requereu a absolvição do Apelante, sob o argumento de que teria agido em legítima defesa.

Em contrarrazões (fls. 205/207), o membro do Ministério Público que atua no primeiro grau de jurisdição pugnou pelo provimento do recurso, para que seja reconhecida a excludente de ilicitude invocada e absolvido o Recorrente.

Instada a se manifestar, a douta Procuradoria de Justiça opinou pelo conhecimento e improvimento do presente apelo, com a manutenção integral da sentença (fls. 212/217).

Após o exame destes Autos, elaborei o relatório e o submeti à apreciação do eminente Desembargador Revisor, que pediu a inclusão do feito em pauta para julgamento.

É o Relatório.

VOTO

Presentes os requisitos extrínsecos e intrínsecos de admissibilidade, conheço do recurso interposto e passo à análise da preliminar arguida.

1) Da Rejeição da Preliminar de Nulidade

Preliminarmente, o Apelante arguiu a nulidade da sentença por carência de fundamentação e por ter sido prolatada em contrariedade ao parecer ministerial. Ainda em sede preliminar, arguiu a existência de irregularidades na fase inquisitorial não supridas na fase judicial, bem como a omissão do édito condenatório quanto à realização de exame pericial na arma de fogo.

Nas razões recursais, o Insurgente sustenta que o juiz de primeiro grau deveria ter convertido o feito em diligência, para suprir a ausência de formulário relativo à vida pregressa do Apelante- apontada como irregularidade existente na fase inquisitorial não suprida na fase judicial- a fim de que pudesse aferir a personalidade e a conduta social deste. Todavia, não merece acolhimento a questão ora examinada.

Da leitura do édito condenatório de fls. 76/83, verifica-se que a pena-base foi fixada no mínimo legal. Logo, a carência de elementos relativos à personalidade e à conduta social do Recorrente não implicou qualquer prejuízo à defesa, razão pela qual não ensejaria a declaração de nulidade, em observância ao artigo 563 do Código de Processo Penal (*pas de nullité sans grief*) e ao correspondente princípio do prejuízo.

Quanto à alegação ora em apreço, não é despiciendo ressaltar que eventual irregularidade no procedimento policial, ainda que existente, não teria o condão de macular a ação penal, por possuir caráter meramente informativo.

Nessa senda, colhe-se o seguinte julgado:

“HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. TRIBUNAL DO JÚRI. 1. PEDIDO DE REALIZAÇÃO DE DILIGÊNCIAS. ENFRENTAMENTO DA MATÉRIA NO HC Nº 75.792/GO. IMPOSSIBILIDADE DE REAPRECIÇÃO DO PLEITO. 2. OITIVA DO ACUSADO EM SEDE POLICIAL. AUSÊNCIA DO DELEGADO DE POLÍCIA. NULIDADE. NÃO CONFIGURAÇÃO. 3. SENTENÇA DE PRONÚNCIA. JUÍZO DE VALOR ACERCA DA AUTORIA DO FATO. EXCESSO DE LINGUAGEM. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. 4. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESTA EXTENSÃO, PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. O pedido de realização de diligências, consistentes em nova reconstituição do crime, expedição de ofícios à Brasil Telecom e determinadas operadoras de celulares, expedição de ofícios aos hospitais, postos de saúde e laboratórios, e ofício ao hospital municipal, já foi enfrentado por esta Corte Superior quando do julgamento do Habeas Corpus nº 75.972/GO, de relatoria do Ministro Felix Fischer, não podendo ser reapreciado no presente writ, sob pena de ofensa à coisa julgada.

2. Eventual nulidade verificada no Inquérito Policial, por seu caráter meramente informativo, não tem o condão de macular a futura ação penal. Ademais, no caso, o paciente foi regularmente interrogado durante a instrução processual, ocasião em que pôde exercer livremente seu direito de defesa, dando sua versão acerca dos fatos, devidamente assistido por seus advogados, sendo certo que a produção da prova contraditória em juízo supre qualquer irregularidade eventualmente ocorrida durante a sua oitiva na fase policial, não havendo que se cogitar de nulidade no caso em apreço.

3. Omissis.

4. Omissis.

5. Habeas Corpus parcialmente conhecido, e nessa extensão, parcialmente concedido para anular a sentença de pronúncia, determinando o seu desentranhamento dos autos, bem como do acórdão proferido em sede de recurso em sentido estrito, devendo outra ser proferida com observância dos limites legais.

(STJ, HC 117652 / GO, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, DJe 01/02/2012)”- grifos nossos.

Ao contrário do quanto alegado pela defesa, a sentença encontra-se devidamente fundamentada e, inclusive, justificou a desnecessidade de exame pericial *in verbis*:

“... Neste caso, faz-se importante esclarecer, também, muito embora não tenha sido alegado por quaisquer das partes, que é prescindível a comprovação da potencialidade lesiva da arma de fogo apreendida, uma vez que a lei visa proteger a incolumidade pública, transcendendo a mera pro-

teção à incolumidade pessoal, bastando, para tanto, a probabilidade de dano, e não a sua efetiva ocorrência.

Trata-se assim de um delito de perigo abstrato, tendo como objeto jurídico imediato a segurança pública e a paz social, bastando para configurar o crime em questão o simples porte ilegal de arma de fogo de uso permitido [...]

Tendo sido flagrado o acusado portando um objeto eleito como arma de fogo de uso permitido, sem autorização para portá-la, temos um fato provado- o porte ilegal do instrumento.

Por isso, faz-se irrelevante aferir a eficácia da arma de fogo apreendida, ou até mesmo se estava ou não municionada, pois a conduta que o legislador visou prevenir foi o simples porte da arma, estivesse ou não ela municionada, assim como o mero porte tão somente de munição [...]

Não obstante, no caso em questão, verifica-se ue a arma de fogo que foi apreendida com o acusado estava municionada, conforme auto de exibição e apreensão de 10, o que robustece o decreto condenatório e afasta qualquer dúvida a respeito da conduta ilícita praticada pelo denunciado”

(trechos de fls. 80/81 da sentença de fls. 76/83)

Ressalte-se, por oportuno, que é assente o entendimento jurisprudencial quanto à desnecessidade de exame pericial para a comprovação da materialidade e tipificação do delito em porte ilegal de arma de fogo de uso permitido- por se tratar de crime de perigo abstrato, o que se comprova a partir dos seguintes precedentes:

“PENAL. RECURSO ESPECIAL. ART. 14 DA LEI N. 10.826/2003. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. ARMA DESMUNICIADA. IRRELEVÂNCIA. EXAME PERICIAL. OBSERVÂNCIA DOS REQUISITOS DO ART. 159, §§ 1º E 2º, DO CPP. AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO. TESTEMUNHA. INQUIRÇÃO DIRETA PELO MAGISTRADO. ART. 212 DO CPP. NULIDADE RELATIVA. NÃO OCORRÊNCIA DE PREJUÍZO PARA A PARTE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. O crime de porte ilegal de arma de fogo é de perigo abstrato, sendo prescindíveis, para o reconhecimento da materialidade delitiva, a realização de perícia para atestar a potencialidade lesiva do artefato ou a constatação de seu efetivo municionamento.

2. O recorrido transportava e mantinha sob sua guarda rifle de uso permitido, à margem do controle estatal, artefato que, mesmo desmunicado, possui potencial de intimidação e reduz o nível de segurança coletiva exigido pelo legislador, conduta que se subsume ao tipo penal previsto no art. 14 da Lei n. 10.826/2003.

3. Apesar de prescindível, deve ser considerado válido o exame de constatação de potencialidade de arma de fogo, porquanto realizado nos termos do art. 159, §§ 1º e 2º, do CPP, por dois peritos que foram nomeados pela autoridade policial, são portadores de diploma de curso superior e prestaram o compromisso de bem e fielmente desempenhar o encargo, que não possui natureza complexa.

4. Não é possível anular o processo, por ofensa ao art. 212 do Código de Processo Penal, quando não verificado prejuízo concreto advindo da forma como foi realizada a inquirição das testemunhas, sendo certo que, segundo entendimento consolidado neste Superior Tribunal, o simples advento de sentença condenatória não tem o condão, por si só, de cristalizar o prejuízo indispensável para o reconhecimento da nulidade.

5. Omissis.

6. Recurso especial provido para restabelecer a condenação pelo crime de porte ilegal de arma de fogo e determinar o prosseguimento do julgamento da apelação criminal.

(STJ, REsp 1511416/ RS, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 12/05/2016) - grifos nossos.

“HABEAS CORPUS. PENAL. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO (ART. 14, CAPUT, DA LEI N.º 10.826/2003). PERÍCIA. DESNECESSIDADE. PERIGO ABSTRATO CONFIGURADO. ORDEM DE HABEAS CORPUS DENEGADA.

1. A potencialidade lesiva da arma é um dado dispensável para a tipificação do delito de porte ilegal de arma de fogo, pois o objeto jurídico tutelado não é a incolumidade física, e sim a segurança pública e a paz social, colocados em risco com a posse ou o porte de armas à deriva do controle estatal. Por essa razão, eventual nulidade do laudo pericial ou mesmo a sua ausência não impedem o enquadramento da conduta. Precedentes.

2. Ordem de habeas corpus denegada”.

(STJ, HC 248568/ RS, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta turma, DJe 06/03/2013) - grifos do relator.

Por fim, não padece de qualquer vício a sentença de primeiro grau prolatada em desconformidade com o parecer ministerial, ainda que este tenha sido pela absolvição do Apelante. O juiz não está vinculado à manifestação do titular da ação penal, por se tratar de ação penal pública incondicionada, a teor do quanto disposto no artigo 385 do Código de Processo Penal, bem como por força do Princípio do Livre Convencimento Motivado, segundo o qual o magistrado tem liberdade para julgar a causa, segundo a sua convicção, desde que apresente a devida fundamentação, como ocorreu na hipótese em apreço. Neste sentido, cumpre destacar os seguintes julgados:

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CORRUPÇÃO PASSIVA (ART. 308 DO CPM). PARQUET. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA. VINCULAÇÃO. MAGISTRADO. INEXISTÊNCIA. SÚMULA 211/STJ. PRECEDENTE. RECURSO DESPROVIDO.

1. Não há como apreciar a questão referente à não vinculação do juiz ao parecer do Ministério Público que opina pela absolvição porque tal matéria não foi objeto de debate pela instância ordinária, o que inviabiliza o conhecimento do recurso especial no ponto por ausência de prequestionamento. Incidência da Súmula 211 do STJ.

2. “O fato de o Parquet ter postulado pela absolvição sumária não vincula o Juiz e não impede que haja a superveniente prolação de sentença condenatória” (ut, AgRg no REsp 1325831/PR, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, julgado em 23/9/2014, DJe 10/10/2014).

3. Agravo regimental não provido”.

(STJ, AgRg no AREsp 371432/ MG, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 01/06/2016)- grifos do relator.

“HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIME DE USO DE DOCUMENTO FALSO. AUSÊNCIA DO MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO INTERROGATÓRIO JUDICIAL E NA OITIVA DE TESTEMUNHA. RÉU INQUIRIDO ANTES DA ENTRADA EM VIGOR DA LEI N.º 10.792/2003. ATO PERSONALÍSSIMO DO JUIZ, NO QUAL NÃO HAVIA PREVISÃO DE INTERVENÇÃO DAS PARTES. INOBSERVÂNCIA DE FORMALIDADES QUE SÓ INTERESSAM À ACUSAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE. PARQUET QUE SE MANIFESTA PELA ABSOLVIÇÃO EM ALEGAÇÕES FINAIS E CONTRARRAÇÕES DE APELAÇÃO. AUSÊNCIA DE VINCULAÇÃO DO JULGADOR. ART. 385 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. ALEGAÇÃO DE INOCÊNCIA. ANÁLISE DE PROVAS. VIA ELEITA INADEQUADA. PRECEDENTES. HABEAS CORPUS DENEGADO. [...]”

3. O fato de o Ministério Público manifestar-se pela absolvição do réu, tanto em alegações finais quanto em contrarrações de apelação, não vincula o julgador, por força do princípio do livre convencimento motivado e, ainda, por aplicação do art. 385 do Código de Processo Penal. [...]”

5. Habeas corpus denegado”.

(HC n. 180.868/RS, Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 5/6/2012)

Assim, rejeita-se a preliminar arguida.

2) MÉRITO RECURSAL

Ultrapassada a preliminar arguida, passa-se à análise do mérito recursal.

Narrou a denúncia que, no dia 31 de março de 2012, por volta das 21h10min, o Apelante estava trafegando na Avenida Afrânio Peixoto, bairro do Lobato, Salvador-BA, a bordo do seu veículo Fiat Strada, placa NZH0397, quando foi abordado por Policiais Militares que participavam da operação SILERE da Secretaria de Segurança Pública, a qual ocorria no Posto de Gasolina BR daquela localidade. Segundo a inicial acusatória, na ocasião da abordagem, foram encontrados em poder do Recorrente uma arma de fogo tipo revólver, calibre 38, cor preta, cabo marrom, marca Rossi, nº D306735, bem como 4 (quatro) cartuchos intactos do mesmo calibre.

Da peça incoativa consta que o Apelante trafegava com som automotivo acima do volume permitido, situação que foi constatada por prepostos da SUCOM que estavam no local, razão pela qual os Policiais Militares que participavam da supracitada operação resolveram abordar o veículo, momento em que o Recorrente empreendeu fuga, porém foi rapidamente interceptado

pela Guarnição, oportunidade em que a arma de fogo foi encontrada atrás do banco traseiro do veículo, local onde o Insurgente tentou escondê-la.

Delineado o panorama fático apresentado na denúncia, procede-se ao exame das teses defensivas aduzidas nas razões recursais.

2.1) Da Improcedência da Pretensão Absolutória.

De início, impende consignar (como bem registrado na sentença de primeiro grau) que a materialidade e a autoria delitivas estão sobejamente comprovadas pelo auto de exibição e apreensão de folha 10, pelos depoimentos de fls. 07/08 e de fls. 64/65, bem como pelo interrogatório de fls. 66. Ressalte-se que o Apelante não negou ser proprietário da arma apreendida, que se encontrava no banco dos fundos do seu veículo.

Restou suficientemente comprovado e incontroverso, pois, que o Recorrido praticou a conduta descrita no artigo 14, *caput*, da Lei nº 10.826/2003. Todavia, o Insurgente ressaltou que portava a arma apreendida por conta da greve da Polícia Militar e, neste desiderato, sustentou que teria agido em legítima defesa, razão pela qual o fato, embora típico, não seria ilícito, o que necessariamente conduziria à sua absolvição.

A tese defensiva, contudo, revela-se frágil e não merece prosperar.

Nos termos do artigo 25 do Código Penal, entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.

Do exame acurado dos autos, nota-se que não estão presentes os requisitos para a configuração da excludente de ilicitude invocada. Primeiramente, não se verifica injusta agressão atual ou iminente a ser repelida pelo Apelante, em 31 de março de 2012, ocasião do flagrante. A greve da Polícia Militar, argumento utilizado pelo Recorrente para justificar o porte ilegal de arma de fogo, havia se encerrado no dia 11 de março de 2012. Inclusive, foram os próprios Policiais Militares, participando da operação SILERE da Secretaria de Segurança Pública, ou seja, em plena atividade, que deram voz de prisão ao Insurgente e o conduziram à delegacia, vide Auto de Prisão em Flagrante de fls.06/07.

Ademais, a arma de fogo foi encontrada no carro do Apelante, quando este trafegava com som automotivo acima do volume permitido, em local diverso do seu estabelecimento comercial, que teria sido assaltado. Nesta senda, por oportuno, cumpre esclarecer que o tipo penal no qual incorreu o Recorrente é de ação múltipla e abrange a conduta “transportar”, razão pela qual se reafirma a tipicidade da conduta.

Ressalte-se, por oportuno, que a autodefesa é reservada a hipóteses excepcionais e a mera constatação das deficiências do aparelho estatal na promoção da segurança pública não constitui justificativa legalmente aceita para o porte ilegal de arma, mormente quando sequer há registro do armamento perante o órgão competente ou porte de arma, como no caso em tela, o que foi confirmado pelo Apelante em seu interrogatório judicial de folha 66, conforme se extrai dos seguintes trechos:

“... que a arma se encontrava no banco dos fundos do veículo; que a arma era de propriedade do interrogado; que a arma descrita na denúncia era a arma do interrogado, a qual se encontrava com quatro cartuchos intactos; que por conta da greve da polícia na época levou a arma para a oficina, sendo que quando a greve terminou resolveu voltar com a arma para casa, sendo que no trajeto parou para abastecer o carro, momento no qual foi abordado; que já possui a arma há algum tempo; que a arma não era registrada; que não possui porte de arma...” (trechos do Interrogatório Judicial de folha 66).

Da leitura do excerto acima transcrito, depreende-se, também, que o insurgente já possuía a arma há algum tempo, antes do movimento grevista, o que corrobora a improcedência da tese de legítima defesa invocada e da consequente pretensão absolutória.

A dosimetria da pena, por sua vez, não merece reparos, porquanto a sanção definitiva fixada revela-se proporcional, razoável e em consonância com os parâmetros legais.

Isto assentado, é o voto para conhecer e, rejeitada a preliminar, julgar improvida a apelação interposta.”

Ex positis, acolhe esta 2ª Turma da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça da Bahia, o voto através do qual **CONHECE E, REJEITADA A PRELIMINAR, JULGA IMPROVIDO o apelo interposto.**

TJBA – Apelação Criminal nº 0300055-48.2015.8.05.0126, Primeira Câmara Criminal – Primeira Turma, Relator(a): Des. Luiz Fernando Lima, julgado em 11/04/2017.

PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIME. CONTRAÇÃO PENAL. VIAS DE FATO. PRINCÍPIO DA BAGATELA. INAPLICABILIDADE. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. ALTO GRAU DE REPROVABILIDADE DA CONDUTA. APELO NÃO PROVIDO.

1. Apelante condenado à pena de 01 (um) mês e 05 (cinco) dias de detenção pela prática do crime de ameaça; e 17 (dezessete) dias de detenção pelo cometimento da contravenção de vias de fato, em regime inicial aberto, por ter agredido a companheira no dia 15/05/2014, dando-lhe um tapa na cara e apertando o pescoço, ameaçando-a de morte.

2. A aplicação do Princípio da bagatela exige a presença de “certos vetores, como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada” (HC 98.152/MG, Rel. Ministro CELSO DE MELLO, Segunda Turma, DJe 5/6/2009).

3. A conduta praticada pelo sentenciado, pela própria natureza, envolveu violência no âmbito doméstico, sendo reiterada a jurisprudência do STJ no sentido de não se admitir a aplicação do princípio da insignificância no que se refere aos crimes praticados com violência ou grave ameaça, praticada contra mulher no âmbito das relações domésticas

4. Demais disso, não se verifica, no caso vertente, o requisito do “reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento”, já que a conduta do apelante revelou-se deveras grave e com alto grau de reprovabilidade, mormente quando a ofensa física praticada contra sua companheira se deu na presença dos filhos do casal. Vale reiterar que o próprio apelante confessa, em seu interrogatório, que deu um tapa no rosto da vítima, e apertou o seu pescoço, conduta que não se justifica, nem se pode enquadrar como de ofensividade mínima.

5. Recurso improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de apelação criminal nº 0300055-48.2015.8.05.0126, de Itapetinga - BA, na qual figuram como apelante EDILSON BORGES PORTO; e apelado o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA.

Acordam os Desembargadores integrantes da Primeira Turma da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade, em NEGAR PROVIMENTO ao recurso, pelas razões alinhadas no voto do relator.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de apelação criminal interposta por EDILSON BORGES PORTO contra sentença proferida nos autos da ação penal proposta em seu desfavor, a qual o condenou à pena

de 01 (um) mês e 05 (cinco) dias de detenção pela prática do crime de ameaça; e 17 (dezessete) dias de detenção pelo cometimento da contravenção de vias de fato, em regime inicial aberto.

Nas razões recursais de fls. 109/111, alega o recorrente que a sentença merece ser reformada em parte, pois, apesar de ter desclassificado o o delito de lesões corporais para vias de fato, deixou de aplicar o princípio da insignificância, pois a conduta seria materialmente atípica.

Intimado a se manifestar, o recorrido apresentou as contrarrazões de fls. 115/117.

Remetidos os autos a este Tribunal, foram os mesmos distribuídos, por sorteio, cabendo-me a relatoria do recurso (fl. 125).

Encaminhado o feito à Procuradoria de Justiça, a mesma, por meio do parecer de fls. 128/132, pugnou pelo improvimento do apelo.

Após conclusão para análise, o feito foi incluído em pauta, não sendo hipótese de revisão, por força do quanto estabelece o art. 167, §2º, do Regimento Interno do TJBA.

VOTO

Conheço do recurso, uma vez que atendidos os requisitos próprios da espécie, não sendo possível o provimento do mesmo, pois a sentença primeva agiu com acerto em todos os seus termos, limitando-se a insurgência recursal à aplicação do princípio da insignificância, nada combatendo quanto a condenação pelo delito de ameaça.

Nesse sentido, indicou o apelante que houve a desclassificação, no julgamento primevo, da imputação de lesões corporais para vias de fato, reclamando que fosse reconhecida a intervenção mínima do estado nos fatos, aplicando-se, em consequência, o Princípio da Bagatela.

Entretanto, com a devida venia, entendo que o caso vertente não autoriza a aplicação do referido princípio. Isso porque, como se sabe, tal princípio deve ser aplicado quando presentes “certos vetores, como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada” (HC 98.152/MG, Rel. Ministro CELSO DE MELLO, Segunda Turma, DJe 5/6/2009).

No caso concreto, conforme consta da sentença condenatória, no “dia 15 de maio de 2014, por volta das 17:30h, o denunciado, agindo mediante violência doméstica e familiar, agrediu fisicamente sua companheira Renilda Pereira dos Santos, desferindo-lhe tapas, e em seguida a ameaçou de morte utilizando-se de uma faca do tipo peixeira”.

“Informa que na noite dos fatos a vítima havia acabado de chegar do trabalho, quando Edilson iniciou uma discussão com a mesma, tendo como motivo determinadas dívidas. Que no momento da discussão o denunciado desferiu um forte tapa contra o rosto da vítima, que veio a cair no chão, e assim, em ato contínuo, o denunciado passou a sufocá-la, apertando com força seu pescoço, ao tempo que os filhos do casal que presenciavam a discussão, pediram para que o pai parasse com aqueles atos, sendo que o denunciado se apoderou de uma faca e passou a dizer que acabaria com tudo, e que também iria comprar uma arma de fogo, assim ameaçando de morte a sua companheira e seus filhos”.

Como se vê, a conduta praticada pelo sentenciado, pela própria natureza, envolveu violência no âmbito doméstico, sendo reiterada a jurisprudência do STJ no sentido de não se admitir a aplicação do princípio da insignificância no que se refere aos crimes praticados com violência ou grave ameaça, praticada contra mulher no âmbito das relações domésticas.

Nesse sentido:

“PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. LESÃO CORPORAL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. ART. 129, § 9º, DO CP. PRINCÍPIO DA BAGATELA IMPRÓPRIA. INAPLICABILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. 1. O princípio da bagatela imprópria não tem aplicação aos delitos praticados com violência à pessoa, no âmbito das relações domésticas, dada a relevância penal da conduta, não implicando a reconciliação do casal em desnecessidade da pena (HC 331.580/MS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 17/09/2015, DJe

07/10/2015). 2. Agravo regimental improvido.” (STJ - AgRg no REsp 1463975/MS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 09/08/2016, DJe 22/08/2016)
 “HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. PRINCÍPIO DA BAGATELA IMPRÓPRIA. AMEAÇA. VIAS DE FATO. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. INAPLICABILIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO. (...) - É pacífico o entendimento desta Corte Superior de que não é aplicável o princípio da bagatela imprópria aos delitos, crimes e contravenções penais, praticados em situação de violência doméstica e familiar contra a mulher. Habeas corpus não conhecido.” (STJ - HC 294.044/MS, Rel. Ministro ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 23/02/2016, DJe 07/03/2016)

Demais disso, não se verifica, no caso vertente, o requisito do “*reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento*”, já que a conduta do apelante revelou-se deveras grave e com alto grau de reprovabilidade, mormente quando a ofensa física praticada contra sua companheira se deu na presença dos filhos do casal.

Vale reiterar que o próprio apelante confessa, em seu interrogatório, que deu um tapa no rosto da vítima, e apertou o seu pescoço, conduta que não se justifica, nem se pode enquadrar como de ofensividade mínima.

Firme em tais considerações, conheço do recurso interposto e nego provimento ao mesmo, mantendo a sentença primeva em todos os seus termos.

TJBA – Apelação Criminal nº 0001128-75.2011.8.05.0189, Primeira Câmara Criminal – Primeira Turma, Relator(a): Des. Aliomar Silva Britto, julgado em 16/05/2017.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS FIXADOS EM FAVOR DE DEFENSOR DATIVO. APELAÇÃO DO ESTADO DA BAHIA.

PRELIMINAR: NULIDADE PROCESSUAL ANTE A AUSÊNCIA DE CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. INOCORRÊNCIA. ESTADO DA BAHIA QUE FOI DEVIDAMENTE INTIMADO E SE MANIFESTOU NO FEITO, APESAR DA PRESCINDIBILIDADE, CONFORME ARTIGO 22, § 1º, DO ESTATUTO DA ADVOCACIA. PRELIMINAR REJEITADA.

MÉRITO: PLEITO DE AFASTAMENTO OU REDUÇÃO DA VERBA HONORÁRIA. IMPROCEDÊNCIA. PREVISÃO CONSTITUCIONAL E LEGAL PARA FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM FAVOR DO DEFENSOR DATIVO. A BELA. ISABEL CRISTINA XAVIER DE ALBUQUERQUE EXERCEU SEU MISTÉRIO, PROMOVENDO A DEFESA TÉCNICA DO RÉU DESAMPARADO, COM O ZELO PROFISSIONAL DEVIDO, LOGRANDO ÊXITO NA DEMANDA, INCLUSIVE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS FIXADOS EM R\$ 2.000,00 (DOIS MIL REAIS). QUANTIA CONDIZENTE COM A TABELA DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, BEM COMO COM OS PARÂMETROS ESTABELECIDOS PELO ESTATUTO DA ADVOCACIA E CÓDIGO DE ÉTICA DA ADVOCACIA, TAIS QUAIS A COMPLEXIDADE DA CAUSA, GRAU DE ZELO PROFISSIONAL E LOCAL DA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS.

APELO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº **0001128-75.2011.8.05.0189**, da Vara Crime da Comarca de Paripiranga-Bahia, em que figura, como Apelante, o **ESTADO DA BAHIA** e, como Apelada, a **BELA. ISABEL CRISTINA XAVIER DE ALBUQUERQUE**.

ACORDAM, à unanimidade de votos, os Desembargadores componentes da 1ª Turma Julgadora da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, em **CONHECER, REJEITAR A PRELIMINAR E NEGAR PROVIMENTO AO APELO**, nos termos do voto do Relator.

RELATÓRIO

O Ministério Público do Estado da Bahia ofereceu denúncia (fls. 01/03) em desfavor de Sandro de Jesus Santos e outro, atribuindo-lhe a prática do delito capitulado no artigo 121, caput, c/c o artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal.

Após regular tramitação processual, o MM. Juízo de Direito da Vara Crime da Comarca de Paripiranga/BA, às fls. 205/212, impronunciou o réu Sandro de Jesus Santos, nos termos do artigo 414 do Código de Processo Penal, e condenou o Estado da Bahia ao pagamento de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) a título de honorários advocatícios em favor da Defensora Dativa nomeada para patrocinar a causa, ante a ausência de membro da Defensoria Pública autuante na Comarca.

O Estado da Bahia, por intermédio de seu representante legal, interpôs a presente apelação (fls. 230/234) requerendo: preliminarmente, a nulidade do capítulo da sentença que fora fixado honorários à defensora dativa; no mérito, o afastamento dos honorários advocatícios ou, subsidiariamente, a sua redução.

A Bela. Isabel Cristina Xavier de Albuquerque (fls. 247/251) e o Ministério Público (fls. 253/256) apresentaram contrarrazões pugnando pelo improvimento do apelo.

Às fls. 263/266, a douta Procuradoria de Justiça opinou pelo conhecimento e improvimento do apelo interposto.

Tudo visto e bem examinado, elaborei o presente Relatório que ora submeto à apreciação do douto Desembargador Revisor.

VOTO

Preenchidos os pressupostos de intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade recursal, conheço da presente apelação.

PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA POR VIOLAÇÃO AO CONTRADITÓRIO E À AMPLA DEFESA.

Nas razões recursais, consigna-se em preliminar que o capítulo da sentença que fora fixado honorários à defensora dativa é manifestamente nulo, visto que o Estado da Bahia não foi parte na demanda.

Ocorre que, apesar da prescindibilidade da participação do Estado da Bahia no feito para arbitramento de honorários ao defensor dativo, o MM. Juízo de origem foi extremamente diligente e expediu ofício à Procuradoria Geral do Estado da Bahia dando-lhe ciência da nomeação da causídica e da possibilidade de condenação na verba honorária (fl. 105).

O Estado da Bahia, por sua vez, manifestou-se às fls. 156/157 pela intimação da Defensoria Pública para atuar no feito e que não haja a condenação do em honorários.

Contudo, a Defensoria Pública já havia sido devidamente intimada (fl. 106) e informou “*acerca da impossibilidade de se proceder à designação solicitada, em razão da exiguidade do quadro de Defensores Públicos, insuficiente para atender a todas as demandas do Estado*” (fl. 203).

Assim, não há que se falar em nulidade processual, pois o Estado da Bahia foi devidamente intimado e atuou no feito, inexistindo, por conseguinte, violação ao princípio do contraditório e da ampla defesa apta a ensejar a existência de nulidade processual.

Ademais, tem-se que o Magistrado, ao final das demandas patrocinadas por defensores dativos, possui a prerrogativa e o dever de arbitrar os correspondentes honorários advocatícios, nos termos do artigo 22, § 1º, do Estatuto da Advocacia, independente de atuação do Estado no processo.

Desse modo, **REJEITO** a **PRELIMINAR** suscitada.

MÉRITO.

No mérito, reputa ser indevida verba honorária na espécie e requer o seu afastamento ou, subsidiariamente, a sua redução.

De início, vale registrar que os artigos 5º da Constituição Federal e 22, §1º, da Lei n. 8.906/94 preceituam que:

“Art. 5º da CF/88. [...]

LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;”

“Artigo 22. A prestação de serviço profissional assegura aos inscritos na OAB o direito aos honorários convencionados, aos fixados por arbitramento judicial e aos de sucumbência.

§1º O advogado, quando indicado para patrocinar causa de juridicamente necessitada, no caso de impossibilidade da Defensoria Pública no local da prestação de serviço, tem direito aos honorários fixados pelo juiz, segundo tabela organizada pelo Conselho Seccional da OAB, e pagos pelo Estado.”

Assim, diante de previsão constitucional e legal, a ilustre advogada que atuou na defesa do réu Sandro de Jesus Santos na função de defensora dativa, possui o direito de receber seus honorários pelos serviços prestados.

Nesse mesmo sentido, segue aresto do Superior Tribunal de Justiça:

“PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DEFENSOR DATIVO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. APLICAÇÃO DA TABELA DA OAB. ALEGADA VIOLAÇÃO A DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DO STF.

I - “De acordo com reiterados precedentes deste Superior Tribunal de Justiça, o defensor dativo nomeado para atuar em feitos criminais tem direito à verba advocatícia a ser fixada em observância aos valores estabelecidos na tabela organizada pelo respectivo Conselho Seccional da Ordem dos Advogados” (AgRg no REsp n. 1.534.898/SC, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 17/9/2015).

II - Não compete a este eg. STJ se manifestar explicitamente sobre dispositivos constitucionais, ainda que para fins de prequestionamento. (precedentes).

Agravo regimental desprovido.”

(AgRg no REsp 1444703/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 10/03/2016, DJe 21/03/2016).

Resta evidenciado nos autos, que a Bela. Isabel Cristina Xavier de Albuquerque exerceu seu mister, promovendo a defesa técnica do réu desamparado, com o zelo profissional devido, destacando-se, inclusive, que a Defesa Técnica logrou êxito com a impronúncia do réu, pelo que rejeito o pleito de afastamento da verba honorária.

Em arremate, verifica-se que os honorários advocatícios foram fixados em R\$ 2.000,00 (dois mil reais), quantia esta condizente com a Tabela da Ordem dos Advogados do Brasil, bem como com os parâmetros estabelecidos pelo Estatuto da Advocacia e Código de Ética da Advocacia, tais quais a complexidade da causa, grau de zelo profissional e local da prestação dos serviços.

Diante de tudo, VOTO pelo **CONHECIMENTO, REJEIÇÃO DA PRELIMINAR e NÃO PROVIMENTO** do apelo, mantendo a sentença ora combatida em todos os seus termos.

TJBA – Embargos de Declaração nº 0017058-82.2005.8.05.0080/50000, Segunda Câmara Criminal – Primeira Turma, Relator(a): Des. Julio Cezar Lemos Travessa, julgado em 10/07/2017.

EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CRIMINAL. NOVO JULGAMENTO DETERMINADO PELO SUPERIOR

TRIBUNAL DE JUSTIÇA NOS AUTOS DE RECURSO ESPECIAL Nº. 1.639.650-BA. PRÉTENSÃO RECURSAL: EXISTÊNCIA DE OMISSÕES E OBSCURIDADES NO ACÓRDÃO QUE ACOLHEU A PRELIMINAR DE NULIDADE ARGUÍDA PELA DEFESA E DETERMINOU A SUBMISSÃO DO EMBARGADO A NOVO JULGAMENTO PELO TRIBUNAL POPULAR. ACOLHIMENTO COM EFEITOS INFRINGENTES. PREFACIAL EXAMINADA SEM INCURSÃO NO QUANTO DISPOSTO NO ART. 571, VIII, DO CPPB. PRELIMINAR DE NULIDADE DA QUESITAÇÃO QUE NÃO FOI ARGUÍDA IMEDIATAMENTE APÓS A LEITURA DOS QUESITOS EM PLENÁRIO, CONFORME ATA DE JULGAMENTO DE FLS. 330/331, QUEDANDO-SE A DEFESA A ARGUÍ-LA APENAS NAS RAZÕES DE APELAÇÃO. PRECLUSÃO. INTELIGÊNCIA DO ART. 571, VIII, DO CPPB. PRECEDENTES: STF. HC 127428, RELATOR(A): MIN. DIAS TOFFOLI, SEGUNDA TURMA, JULGADO EM 01/12/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJE-018 DIVULG 29-01-2016 PUBLIC 01-02-2016 E STJ. AGRG NO ARES 1012215/MG, REL. MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, JULGADO EM 02/02/2017, DJE 09/02/2017. OMISSÃO EXISTENTE NO VENERANDO ACÓRDÃO NO TOCANTE AO QUESITO QUE FOI JULGADO EQUIVOCADO PELA DEFESA. EMBARGOS DECLARATÓRIOS ACOLHIDOS, COM EFEITOS INFRINGENTES PARA REJEITAR A PRELIMINAR DE NULIDADE DA QUESITAÇÃO. NECESSIDADE DE INCURSÃO NO MÉRITO DO RECURSO DE APELAÇÃO, NÃO EXAMINADO NO DECISUM EMBARGADO EM RAZÃO DO ACOLHIMENTO DA PREFACIAL. PRÉTENSÕES DE DUZIDAS NAS RAZÕES DE APELAÇÃO. 1) ALEGAÇÃO DE QUE A DECISÃO DOS JURADOS É MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS, EM FACE DO NÃO ACOLHIMENTO DA TESE DE LEGÍTIMA DEFESA PUTATIVA DEDUZIDA NO PLENÁRIO DE JULGAMENTO. INACOLHIMENTO. TESSES DEFENDIDAS AMPLAMENTE PELA ACUSAÇÃO E DEFESA. OPÇÃO SOBERANA DO CONSELHO DE SENTENÇA PELA TESE DA ACUSAÇÃO. DECISÃO DO CONSELHO DE SENTENÇA DEVIDAMENTE ANCORADA NO FARTO MATERIAL PROBATÓRIO CONTEXTUALIZADO NOS AUTOS. 2) REDUÇÃO DA PENA-BASE AQUEM DO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. SANÇÃO-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO DEVIDAMENTE REALIZADO PELO MAGISTRADO PRESIDENTE DO TRIBUNAL DO JÚRI, DEIXANDO DE REDUZIR A PENA EM ATENÇÃO AO ENUNCIADO SUMULAR 231 DO STJ. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS COM EFEITOS INFRINGENTES. PRELIMINAR DE NULIDADE REJEITADA. APELAÇÃO IMPROVIDA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes Autos de **EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CRIMINAL sob nº 0017058-82.2005.8.05.0080**, tendo como Embargante o **MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL** e Embargado **MANOEL ALVES DA SILVA**.

ACORDAM os Desembargadores integrantes da Primeira Turma Julgadora da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade de votos, em **ACOLHER os presentes Embargos de Declaração, com efeitos infringentes, para rejeitar a preliminar de nulidade aventada e negar provimento ao recurso de Apelação**, nos termos do voto do Relator.

RELATÓRIO

Trata-se de Embargos de Declaração opostos pelo Ministério Público Estadual em face do Acórdão de fls. 346/402, sustentando haver obscuridade no aresto impugnado, consistente em não apontar de forma clara e efetiva o quesito que foi inserido de forma equivocada pela Magistrada Presidente do Tribunal do Júri, bem como omissão em não analisar o art. 571, VIII, do Código de Processo Penal, que elenca as nulidades ocorridas no Plenário do Tribunal Popular.

Os aclaratórios foram rejeitados pela Colenda Primeira Turma da Segunda Câmara Criminal às fls. 417/426.

O Ministério Público do Estado da Bahia interpôs Recurso Especial, pugnando a anulação do Acórdão proferido em sede de Embargos de Declaração, ao argumento de que não foi apontado de forma clara e específica qual o quesito que foi inserido de forma equivocada pela Magistrada Presidente do Tribunal do Júri.

Defendeu, ainda, o Embargante que não foi examinado no Acórdão embargado o comando inserto no art. 571, VIII, do Código de Processo Penal, que trata do momento oportuno para arguição das nulidades ocorridas no Plenário do Júri.

Subsidiariamente, requereu a reforma do Acórdão que declarou a nulidade do julgamento do Conselho de Sentença, por violação aos artigos 483 e 571, VIII, ambos do CPPB.

Em sede de contrarrazões, a Defesa pugnou pelo não conhecimento do Recurso Especial, ou, em entendimento contrário, o seu improvimento (fls. 451/466).

O Recurso foi admitido às fls. 468/468-v.

Em decisão de fls. 488/490, o Superior Tribunal de Justiça, deu provimento ao Recurso Especial, com fundamento no art. 255, § 4º, III, do RISTJ, para anular o julgamento dos Embargos de Declaração, determinando novo julgamento dos aclaratórios, com a efetiva análise das matérias apontadas nos Embargos de Declaração.

Passando a integrar a Primeira Turma da Segunda Câmara Criminal deste Egrégio Tribunal de Justiça, após permuta com o eminente Desembargador Mário Alberto Simões Hirs, conforme Decreto Judiciário nº 1.057/2016, publicado no DJE de 22.11.2016, os autos vieram-me conclusos às fls. 497.

Considerando a decisão do Superior Tribunal de Justiça, que determinou novo julgamento dos Embargos de Declaração opostos pelo Ministério Público Estadual, bem como que os aclaratórios possuem caráter infringente, foi determinada a intimação do Embargado para que, querendo, se manifestasse no prazo legal (fl. 498).

O Embargado apresentou contrarrazões às fls. 499/504, pugnando o não conhecimento dos aclaratórios, ou, em entendimento contrário, a sua rejeição.

Feito o relatório, passa-se ao voto.

VOTO

Conhece-se do Recurso, eis que presentes os requisitos objetivos e subjetivos para a sua admissibilidade.

No presente caso, de acordo com o Embargante, o venerando Acórdão decisão da Primeira Turma da Segunda Câmara Criminal, que acolheu a preliminar de nulidade aventada pela Defesa, determinando a submissão do Embargado a novo julgamento pelo Tribunal Popular foi omissa, pois não examinou a prefacial, à luz do art. 571, VIII, do Código Penal Brasileiro, que dispõe que as nulidades ocorridas no Plenário do Júri devem ser arguidas imediatamente, sob pena de preclusão.

Defende, ainda, o Embargante que o Acórdão embargado encontra-se eivado de obscuridade, uma vez que não se desincumbiu em demonstrar o quesito formulado equivocadamente pela Magistrada Presidente do Tribunal do Júri, bem como a eventual desobediência ao art. 483 do Diploma de Processo Penal Brasileiro.

Assiste razão ao Embargante quanto a existência de omissões no Acórdão hostilizado.

A decisão, como adverte Aury Lopes Jr., “deve ser passível de ser compreendida, por elementar, sob pena de tornar-se um mero rebusqueio inútil de teses jurídicas sem nenhum valor ou utilidade. Da mesma forma que a acusação deve ser clara, coerente e lógica, sob pena de inépcia ou rejeição liminar, a decisão deve revestir-se desses mesmos atributos (...). A exaustividade da decisão significa que é dever do juiz analisar e decidir acerca de todas as teses acusatórias e defensivas, acolhendo-as ou não, mas sempre enfrentando e fundamentando cada uma, sob pena de omissão e, dependendo da gravidade, gerar um ato defeituoso, insanável (nulo, portanto)”¹⁵.

Assim, toda decisão deve ser clara, concisa, e deve enfrentar todos os pontos combatidos pela defesa. Para garantir tais características, a legislação criou os Embargos de Declaração, remédio processual apto a sanar eventuais obscuridades, contradições e/ou omissões nas decisões do Poder Judiciário.

Do exame do Acórdão de fls. 398/399, verifica-se a existência da omissão arguída pelo Embargante, uma vez que na análise da preliminar aventada pela Defesa não foi observada questão importante trazida pela legislação processual penal no art. 571, VIII, do CPP, que assim dispõe:

Art. 571. As nulidades deverão ser argüidas:

(...)

VIII- as do julgamento em plenário, em audiência ou em sessão do tribunal, logo depois de ocorrerem.

Consoante se infere do citado artigo, portanto, as nulidades ocorridas na Sessão de Julgamento do Tribunal do Júri devem ser arguidas imediatamente após a sua ocorrência, ao que não se atentou o venerando Acórdão.

Nas razões esposadas na decisão embargada não se apreende qualquer referência acerca da possível arguição no Plenário de Julgamento da nulidade aventada nas razões do Apelo, de forma que restasse afastada a preclusão da eventual nulidade, conforme preconiza o art. 571, VIII, do CPPB.

Da mesma forma, observa-se que muito embora a preliminar de nulidade da quesitação tenha sido acolhida, não apontou o Acórdão vergastado, de forma clara, o equívoco realizado pela douta Magistrada Presidente do Tribunal do Júri na elaboração dos quesitos.

Analisando as questões postas em testilha, é possível, dessa forma, se constatar que, de fato, existem omissões na decisão embargada, no momento em que não houve, na incursão da análise da preliminar de nulidade aventada, o exame do quanto disposto no art. 571, VIII, do CPPB, bem como o esclarecimento de qual quesito foi realizado de forma equivocada e em que consistiu o equívoco da Juíza Presidente do Tribunal Popular.

Todavia, é preciso deixar assente que a integração do Acórdão com a supressão das omissões ocasionará a modificação do julgado.

Não se olvida que a finalidade dos Embargos de Declaração é esclarecer, tornar clara a decisão proferida, produzindo, assim, em regra, efeito integrativo.

Por outro lado, a jurisprudência e a doutrina admitem a possibilidade de acolhimento de Embargos de Declaração com efeitos infringentes, quando os efeitos modificativos forem consequências da verificação da existência de omissão, contradição ou obscuridade na decisão embargada.

Isto porque em determinados julgados, suprida a omissão, se torna juridicamente impossível se sustentar os fundamentos do *decisum* embargado, em razão da alteração substancial causada pela apreciação da questão relevante não examinada.

Acerca da matéria, colhe-se, mais uma vez as lições doutrinárias de Aury Lopes Jr.:

“Ainda na dimensão de “efeito recursal” muito interessante são os efeitos infringentes ou modificativos que podem adquirir os embargos de declaração, ainda que sem previsão legal. Os embargos declaratórios não têm uma função “modificativa”, mas meramente esclarecedora, declarando o conteúdo não compreendido na decisão. Excepcionalmente, quando há grave

¹⁵ Direito processual penal – 9.ed.rev.e atual. - São Paulo: Saraiva, 2012, fl. 1255.

omissão ou contradição, o esclarecimento conduz, inexoravelmente, à modificação da decisão, caracterizando assim os efeitos modificativos ou infringentes;” (Lopes Jr., Direito processual penal – 9.ed.rev.e atual. - São Paulo: Saraiva, 2012, fl. 1259) (grifos acrescidos)

O Tribunal da Cidadania já decidiu que:

“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. USO DE ARMA DE FOGO E CONCURSO DE AGENTES. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIAS A AUTORIZAR O AUMENTO DA PENA, NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA, ACIMA DO MÍNIMO LEGAL (1/3). OMISSÃO CONFIGURADA. SUM. 443/STJ. EMBARGOS ACOLHIDOS COM EFEITOS INFRINGENTES.

1. Os embargos de declaração são recurso com fundamentação vinculada, sendo imprescindível a demonstração de que a decisão embargada se mostrou ambígua, obscura, contraditória ou omissa, conforme disciplina o art. 619 do Código de Processo Penal. Podem ser admitidos, ainda, para correção de eventual erro material e, excepcionalmente, para alteração ou modificação do decisum embargado.

(...)” (EDcl no HC 339.657/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 16/02/2017, DJe 21/02/2017)

Na presente hipótese, à luz do art. 571, VIII, do CPPB, o acolhimento dos Embargos implicará na modificação do julgamento da Apelação, uma vez que, do perflustrar do Termo de Julgamento de fl. 321 e da Ata de Julgamento de fls. 330/331, constata-se que a Defesa não arguiu no Plenário de Julgamento a existência de qualquer eiva a ensejar a nulidade da quesitação formulada pela douta Magistrada Presidente do Júri, conforme se verifica no trecho da Ata de Julgamento abaixo transcrito:

(...) Havendo comparecido o número legal de Vinte e três (23) jurados, o M.M. Juíza anunciou o processo que ia ser submetido a julgamento. Logo após a oficial(a) de Justiça fez o pregão das partes, estando presente(s) o(s) Réu(s) **Manuel Alves da Silva**. Em seguida o M.M. Juiz alertou os jurados sobre os impedimentos legais e sobre a incomunicabilidade; em seguida, fez o sorteio do Conselho de Sentença, tendo sido sorteados e aceitos os seguintes jurados: CARLOS ALBERTO RAMOS B. DOS SANTOS, OZENAR BOAVENTURA CARDOSO, ELIANA PAIXÃO SANTOS, NAPOLIÃO ABREU REIS, NIVALDA SANTOS DE MELO, SUELI COUTINHO DOS SANTOS, JOSE MIR CARVALHO DOS SANTOS; Foram recusados pelo Ministério Público os seguintes jurados: ALBERTO DA PASCHOA DORIA MONTEIRO, GILMAR SOUZA AGRA e ANTONIO CARLOS DE JESUS, fora recusada pela defesa a jurada MARILENE BISPO DE OLIVEIRA. Formado o Conselho de Sentença o MM Juíza passou ao compromisso dos jurados: “Em nome da Lei concito-vos a examinar esta causa com imparcialidade e a proferir a vossa decisão de acordo com a vossa consciência e os ditames da Justiça”. Cada jurado, quando nominalmente chamado dizia: “Assim o prometo”. O Ministério Público pediu a oitiva das testemunhas presentes e a dispensa das demais, inclusive as ausentes, pedidos sem óbices da defesa e deferido pelo MM Juiz. A defesa não arrolou testemunhas. Em seguida o(s) Réu(s) presente(s) **foi(ram)** interrogado(s), após a leitura da denúncia e seu(s) interrogatório(s) em Juízo. Em seguida, às 9:58h, foi dada a palavra ao Dr Promotor de Justiça para defender sua tese quando postulou pela condenação do Acusado, nos termos do art. 121, “caput”. Às 11:31 horas, com a palavra aos advogados de Defesa, que sustentaram a tese da Legítima Defesa putativa. Não houve réplica e tréplica. Terminados os debates o M.M. Juiz indagou aos jurados se estavam convenientemente habilitados para julgarem os autos e obtendo a afirmativa de todos passou a ler os quesitos que foram aceitos pelas partes. O Réu foi para a sala reservada e o MM Juiz se dirigiu para a sala secreta com as partes e jurados e aí foram distribuídas duas (02) cédulas com os jurados, uma com a palavra “SIM” e a outra contendo a palavra “NÃO”, para que cada jurado colocasse o seu voto na urna do escrutínio, enquanto que o outro escrutínio recolhia as sobras, ficando desta forma o voto de cada jurado em completo sigilo, conforme termo de resposta dos quesitos que vai junto aos autos e devidamente urnado. Terminada a votação o MM Juiz retornou ao Salão do Júri com as partes e jurados e aí fez retornar à sua presença o(s) Réu(s) e em voz alta, para conhecimento de todos, leu sentença que **CONDENOU Manoel Alves da Silva como incurso no art. 121, CAPUT, do Código**

Penal a uma pena de seis anos de reclusão em regime semiaberto. Nada mais havendo, de tudo ocorrido, às 13:45 mandou o MM Juiz tomar por termo nesta ata, que vai devidamente assinada. Eu _____, Diretora de Secretaria, digitei e subscrevi.” (grifos acrescidos).

Da leitura da Ata da Sessão de Julgamento, expressão fiel de todas as ocorrências verificadas em plenário do Júri e que vale pelo que nela contém, como assinala o eminente Ministro Celso de Melo¹⁶, não se nota, como visto, qualquer registro de possível insurgência da Defesa quanto a formulação dos quesitos.

Não se desincumbiu, dessa forma, a Defesa em apresentar, imediatamente após a leitura e explicação dos quesitos no Plenário (momento procedimental), eventuais impugnações às perguntas formuladas pela Magistrada Presidente do Tribunal do Júri.

Logo, tendo concordado com a elaboração dos quesitos sem apresentar qualquer manifestação no momento em que foi inquirida se estava de acordo com os quesitos formulados, prevalece o entendimento nos Tribunais Superiores no sentido de que restará operada a preclusão da sua faculdade jurídica de aventar a existência de nulidade por esse fundamento.

O Supremo Tribunal Federal, apreciando o tema decidiu que “ (...) é pacífica a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que “qualquer oposição a quesitos formulados deve ser arguida, imediatamente, na própria sessão de julgamento, nos termos do art. 571, VIII, do CPP, sob pena de preclusão” (HC nº 123.307/AL, Segunda Turma, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJe de 30/9/14)” (HC 127428, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 01/12/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-018 DIVULG 29-01-2016 PUBLIC 01-02-2016).

O Superior Tribunal de Justiça não destoia:

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. TRIBUNAL DO JÚRI. QUESITAÇÃO. DEFICIÊNCIA. ALEGAÇÃO. IMPUGNAÇÃO NA SESSÃO DE JULGAMENTO. AUSÊNCIA. NECESSIDADE. PRECLUSÃO.

1. De acordo com o que preceitua o art. 571, VIII, do Código de Processo Penal, as nulidades do julgamento em plenário devem ser arguidas logo após a sua ocorrência, sob pena de preclusão.

2. Tendo a defesa concordado com os quesitos elaborados, na sessão do Tribunal do Júri, não há que se cogitar posterior alegação de nulidade. Precedentes.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.” (AgRg no AREsp 1012215/MG, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 02/02/2017, DJe 09/02/2017)

(...)

2. Vício referente à quesitação tem que ser suscitado no momento oportuno - após a leitura dos quesitos e explicação dos critérios pelo Juiz-presidente aos jurados -, o que não ocorreu no caso presente dando causa à preclusão.

3. As qualificadoras referentes ao motivo torpe e a prática de crime mediante recurso que dificultou ou impossibilitou a defesa da vítima foram delineadas por ocasião da sentença de pronúncia, não existindo, portanto, qualquer irregularidade quanto à sua inclusão por ocasião de quesitação.

4. Qualquer vício referente à elaboração da ata de julgamento deve ser suscitado no momento oportuno - antes de sua assinatura - sob pena de preclusão.

5. A análise de eventual ofensa aos arts. 29 e 30 do Código Penal esbarra na Súmula 7 deste Tribunal.

6. Reconhecida mais de uma qualificadora é possível a utilização das sobejantes como agravantes se expressamente previstas ou circunstâncias judiciais negativas.

¹⁶ HC nº 68.727/DF, Primeira Turma, Relator o Ministro HC nº 68.727/DF, Primeira Turma, Relator o Ministro Celso de Mello, DJ de 28/8/92

7. Recurso conhecido em parte e, nesta parte, desprovido. Pedidos de concessão de efeito suspensivo prejudicados.

(REsp 1589018/ES, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 10/11/2016, DJe 25/11/2016)

Diante desses fundamentos, a preliminar de nulidade por equívoco na apresentação da quesitação, arguida pela Defesa nos Autos de Apelação, deve ser rejeitada, ante a sua manifesta preclusão.

Argumentandum tantum, é preciso deixar assente que ainda que não estivesse preclusa a insurgência manifestada apenas por ocasião do recurso de Apelação, não se verifica a existência de qualquer irregularidade na formulação dos quesitos que viesse a causar flagrante equívoco aos jurados.

Do exame do Termo de Votação e Quesitos de fl. 326, observa-se que a nobre Magistrada Presidente do Tribunal do Júri, formulou os quesitos nos seguintes termos:

“Quesito 1º NO DIA 28/07/2005, POR VOLTA DAS 20H50MIN, NAS IMEDIAÇÕES DA RUA JACUÍ, CASA 54, BAIRRO PEDRA DO DESCANSO, FEIRA DE SANTANA-BA, A VÍTIMA CLEVISSON RAMOS LIMA, SOFREU DISPARO DE ARMA DE FOGO QUE CAUSOU-LHE AS LESÕES DESCRITAS NO LAUDO DE EXAME CADAVERÍCO DE FLS. 41? **Quesito 2º** ESSAS LESÕES DERAM CAUSA A MORTE DA VÍTIMA? **Quesito 3º** O RÉU MANOEL ALVES DA SILVA, QUALIFICADO ÀS FLS. 02, CONCORREU PARA A MORTE DA VÍTIMA, DESFERINDO O DISPARO DE ARMA DE FOGO? **Quesito 4º** O JURADO ABSOLVE O ACUSADO?”

Alegou o Apelante em suas razões recursais (fls. 342/345) que a Magistrada *a quo* deveria ter formulado a questão acerca da absolvição no 3º quesito, tendo quedado-se a fazê-lo apenas por ocasião do 4º quesito, o que, no seu sentir, conduziu os jurados a erro ou perplexidade.

Ora, da leitura dos quesitos acima transcritos observa-se tão somente que a Juíza Presidente do Tribunal Popular desdobrou a materialidade, realizando dois quesitos sobre a existência do fato.

Ou seja, não se descuidou a nobre Magistrada em realizar o quesito relativo a absolvição, apenas destrinchou a pergunta acerca da materialidade (1º e 2º quesitos), o que, salvo melhor juízo, na forma realizada à fl. 236, não é capaz de causar qualquer “erro ou perplexidade” aos juízes leigos, e, conseqüentemente prejuízo.

Renato Brasileiro de Lima¹⁷, explica que “é interessante que o juiz presidente dívida esse primeiro quesito em duas indagações distintas, permitindo ao Conselho de Sentença o reconhecimento progressivo do evento criminoso.” Destaca, ainda, o autor que “se a caracterização do crime de homicídio está condicionada à anterior ofensa à integridade corporal da vítima, é intuitivo que a primeira indagação esteja relacionada a tal questão. Isso porque os jurados podem negar a prática da lesão, o que resultará na absolvição do agente, vez que negada a existência do fato ou lesão; ou reconhecerem o primeiro quesito, admitindo a existência de lesão corporal, porém negar a indagação seguinte, afirmando não ter nexos de causalidade. A importância desse segundo quesito guarda relação com a possível existência de concausas absoluta ou relativamente independentes que tenham dado causa ao resultado.”

Nestes lindes, decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. TRIBUNAL DO JÚRI. INVERSÃO DE QUESITOS. CLEMÊNCIA ANALISADA APÓS AUTORIA E CONCORRÊNCIA. NÃO OCORRÊNCIA DE NULIDADE.

17 Curso de processo penal. Niterói, RJ: Impetus, 2013, fl. 1411

AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. SÚMULAS 7 E 83/STJ.

1. O procedimento se deu de forma correta, pois o Juiz Presidente indagou a respeito da materialidade (1º e 2º quesitos) e da concorrência dos recorrentes (3º quesito) para, posteriormente, submeter à votação o quesito de absolvição. Aplicação das Súmulas 7 e 83/STJ.

2. Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp 520.304/RO, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 19/05/2015, DJe 28/05/2015)

Não se verifica, diante disso, qualquer ofensa ao art. 483 do Código de Processo Penal, muito menos que o desdobramento do primeiro quesito tenha causado prejuízo ao Apelante, na medida em que o quesito relativo à absolvição foi devidamente formulado pela doura Magistrada Presidente do Tribunal do Júri.

Por tais razões e fundamentos, rejeita-se a preliminar de nulidade aventada e, passa-se a análise do mérito recursal.

Saliente-se que em razão de ter sido acolhida a preliminar de nulidade no Acórdão embargado, o mérito do recurso de Apelação não foi enfrentado.

Logo, esclarecidas as omissões existentes no julgado e, conseqüentemente, rejeitada a prefacial anteriormente acolhida, impõe-se a análise do *meritum causae* do recurso.

Em suas razões de Apelação (fls. 338/360), ultrapassada a preliminar, a Defesa pugnou, com fundamento no art. 593, III, alíneas “c” e “d”, do Código de Processo Penal Brasileiro, requereu a anulação do julgamento do Tribunal do Júri sob o fundamento de que a decisão dos jurados é manifestamente contrária à prova dos autos.

Subsidiariamente, postulou a redução da pena-base àquém do mínimo legal.

Prequestionou, ao final, os artigos 5º, II, XXXIX e XLVI, 102, III, “a”, 105, III, “a”, todos da Constituição da República; artigos 83, 483, I, II e III, 593, III, “d” e 621, todos do Código de Processo Penal Brasileiro e artigos 29, 59, 65, III, “d”, 66, 68 e 121, todos do Código Penal Brasileiro.

Como cediço, o órgão jurisdicional competente para julgar os crimes dolosos contra a vida é o Tribunal do Júri por força da norma constitucional insculpida no art. 5º, XXXVIII, “d”, da Constituição da República.

Gozando a instituição do Júri do caráter soberano de seus veredictos (art. 5º, XXXVIII, “c”, CR), eventuais impugnações às suas decisões tem cabimento restrito, devendo, no caso da Apelação, amoldar-se às hipóteses previstas nas alíneas “a” *usque* “d” do inciso III do art. 593 do Código de Processo Penal Brasileiro.

Na alínea “d”, na qual se encontra ancorada a presente Apelação, o legislador prevê a possibilidade do Tribunal de Justiça decretar a anulação do julgamento do Conselho de Sentença, para submeter o acusado a um novo julgamento, caso a decisão dos jurados esteja em manifesta contrariedade com a prova dos autos.

O vocábulo “manifestamente” constante do dispositivo legal, numa simples interpretação, já revela a ideia de que o provimento de Apelação com base em tal regra apenas deve ocorrer nos casos em que os elementos produzidos no decorrer da persecução penal se divorciem totalmente da decisão dos jurados.

É o caso daquela decisão absurda, arbitrária, fruto, provavelmente, da mera imaginação do corpo de jurados. É a interpretação, não obstante, da doutrina deste país, conforme se observa da transcrição a seguir:

“d) decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos: para que seja cabível apelação com base nessa alínea e, de modo a se compatibilizar sua utilização com a soberania dos veredictos, é necessário que a decisão dos jurados seja absurda, escandalosa, arbitrária e totalmente divorciada do conjunto probatório constante dos autos. Portanto, decisão manifestamente contrária à prova dos autos é aquela que não encontra apoio no conjunto probatório, é aquela que não tem apoio em nenhuma prova, é aquela que foi proferida ao arrepio de tudo que consta dos autos, enfim, é aquela que não tem qualquer prova ou elemento informativo que a suporte ou justifique, e não aquela que apenas diverge do entendimento dos juízes togados

a respeito da matéria”. (Lima, Renato Brasileiro de. Curso de Processo Penal, Volume Único, Niterói, 2013, págs. 1.743/1.744)

Já na alínea “c” do art. 593 do CPP, segundo fundamento do presente recurso, o legislador prevê a possibilidade do Tribunal de Justiça retificar a reprimenda, quando houver equívoco do Magistrado na estipulação da pena ou medida de segurança, como explica Gustavo Henrique Badaró:

“Na sentença subjetivamente complexa do Tribunal do Júri, caberá ao juiz-presidente a aplicação da pena ou da medida de segurança. Haverá erro, por exemplo, quando o juiz fixar a pena-base acima do máximo legal. Por outro lado, haverá injustiça quando o juiz utilizar critérios excessivos (por exemplo, elevar demasiadamente a pena em razão da reincidência, ou reduzir demasiadamente a pena em virtude de circunstância atenuante).

Como o erro ocorreu em matéria de competência do juiz-presidente, e não na decisão dos jurados, o Tribunal poderá retificar a aplicação da pena ou da medida de segurança” (CPP, art. 593, § 2.º). (Processo Penal. Livro eletrônico. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016)

Pois bem.

Narra a inicial que no dia 28/07/2005, por volta das 20:50h, nas imediações da Rua Jacuí, casa 54, bairro Pedra do Descanso, na cidade de Feira de Santana, o sentenciado, munido com uma arma de fogo, tipo pistola, marca Tauros, calibre .380, desferiu um tiro contra Clevisson Ramos Lima, causando-lhe as lesões que deram causa à sua morte, na forma atestada no Laudo de Exame Pericial de fl. 39 (autos digitais).

De acordo com o *Parquet*, antes do disparo não houve qualquer diálogo entre o ofendido e o sentenciado, tendo este ocorrido em razão de a vítima ter parado, na companhia da sua namorada, nas imediações da casa do réu, com o objetivo de atender às suas necessidades fisiológicas (urinar).

Submetido a julgamento perante o Tribunal do Júri, o acusado foi condenado pelo Conselho de Sentença, capitulando-se juridicamente sua conduta no art. 121, *caput*, do Código Penal Brasileiro.

Da análise dos autos, não há que se falar em decisão manifestamente contrária à prova dos autos pelo não acolhimento do Conselho de Sentença da tese de legítima defesa putativa, como pretende o Apelante, pois o decidir do corpo de jurados, foi amparado em uma das versões trazidas aos Autos e encontra-se conseqüente com prova produzida ao longo da instrução criminal, senão veja-se:

Com efeito, a materialidade delitiva restou demonstrada à fl. 39, concluindo os *experts* que Clevisson Ramos Lima “faleceu de Choque hemorrágico secundário a lesão vascular abdominal”.

A autoria é inconteste nos autos, tendo o Apelante reconhecido ter sido o autor do disparo que ceifou a vida da vítima em todas as fases do procedimento escalonado do Júri.

O Recorrente, confessa, em Plenário, que atirou na vítima, sustentando, contudo, em seu interrogatório a versão de que “(...) no dia do fato, por volta de 21 horas tinha chegado em casa e estava assistindo Jornal Nacional, cochilando, que sua esposa ouviu um barulho, que o interrogado por estar cochilando ouviu o barulho mais fraco, que levantou para o ver o que era, que pegou a arma e foi para o lado de fora da casa, que foi checar o portão da fábrica que fica ao lado para ver se estava fechado, que estava escuro, que quando estava retornando ouviu um barulho como se “mato quebrando” que deu duas ou três passadas para trás e colocou a mão na arma, que viu um vulto, o refletor de sua casa estava aceso mais iluminava as costas do interrogado, de forma que quem estava a sua frente conseguia vê-lo, mas o interrogado não podia ver quem estava a sua frente, que o interrogado na hora que viu o vulto enxergou um brilho, que por estar portando arma de fogo “aço inoxidável” pensou que pudesse ser outra arma, e por isso atirou, que depois disso houve um silêncio, que o interrogado voltou e entrou em sua casa, que passado um instante ouviu gritos de uma mulher pedindo socorro, que os vizinhos apareceram e a mulher disse que havia um rapaz caído e que tinha alguém atirando, que nesse momento o interrogado percebeu que tinha acertado alguém. (...)” (fl. 316).

Na primeira fase do procedimento escalonado do Júri, afirma que “é verdadeira a acusação imputada a sua pessoa na peça da denúncia; Que no dia do fato denunciado, o acusado foi até Salvador receber a quantia de seis mil reais, como pagamento de confecções; que o acusado tem uma indústria de confecções; que o acusado chegou de Salvador, guardou o dinheiro em casa e ficou descansando; que, por volta das 21:45h, o acusado estava sentado em uma cadeira, cochilando, assistindo à televisão, quando ouviu dois baques no portão da frente da casa; que a esposa do acusado disse-lhe que anteriormente já tinha ouvido outro baque no portão; que o acusado levantou-se da cadeira e foi para o quarto pegar uma arma; que antes de chegar no quarto, o acusado ouviu mais dois baques; que o acusado foi buscar a arma no quarto pois o bairro onde mora é um local muito perigoso, acontecendo vários assaltos; que o acusado pegou uma pistola 380 no quarto e foi para a sala; que o acusado abriu a porta da frente, foi até o portão, não vendo ninguém; que o acusado andou um pouco na rua e verificou os outros portões da empresa que fica ao lado da sua residência; que o acusado constatou que na empresa também não tinha ninguém; que ao retornar, ao dar três passos, o acusado estava de lado, quando viu duas pessoas surgindo, de vez, do mato, por trás da barraca, andando para cima de sua pessoa; que o acusado ficou com medo, uma vez que o local é perigoso, onde já aconteceu vários assaltos e estupros, apavorou-se e deflagrou um tiro para assustar; que quando o acusado deflagrou os tiros, a arma já estava em mãos; que o acusado não atirou diretamente na direção aos vultos, e sim, um pouco para baixo, com o intuito de assustar; que depois que deflagrou o tiro, o acusado entrou para a sua casa; que o acusado deflagrou um único tiro; que ao entrar em casa, houve um silêncio por algum tempo e depois o acusado ouviu gritos de socorro; que o acusado não saiu de casa para prestar socorro à pessoa que gritava, pois imaginou que poderia ser uma cilada; que os vizinhos do acusado saíram para saber o que acontecia, quando então o acusado resolveu sair de casa; que uma menina começou a gritar por trás da casa por socorro, momento em que os vizinhos saíram de suas respectivas casas; que nesse instante o acusado também saiu da casa; (...)” (fls.74/77).

O único elemento que indica a ocorrência de “legítima defesa putativa” na conduta do Recorrente são as suas próprias declarações em Plenário, as quais, como cediço, sequer é meio de prova.

Todavia não foi produzido qualquer elemento de prova livre de dúvidas, que Apelante agira, de fato, em legítima defesa putativa, de forma que se vislumbrasse que o Tribunal do Júri decidiu sem nenhum arrimo no probatório vertido no processo ou que a tese defensiva encontrasse apoiada em elementos de provas capazes, inclusive, de gerar dúvida razoável acerca dos fatos.

Do confronto entre os dois interrogatórios, é possível se extrair que embora o Recorrente alegue em Plenário ter agido em legítima defesa putativa, na primeira fase do procedimento escalonado, trouxe uma versão diferente da dinâmica dos fatos, não tendo, inclusive, trazido à lume a justificativa de que viu um brilho que confundiu com uma arma.

Da mesma forma, diante do juízo singular, confessou que viu duas pessoas e que estas vieram em sua direção, enquanto ao Colendo Conselho de Sentença alegou que viu apenas o vulto de uma pessoa, sem alusão de que este suposto vulto veio em sua direção. Igualmente não aludiu aos jurados que deu um tiro apenas para assustar, sustentando, diante destes, que atirou para se defender.

Em que pese o Recorrente tenha sustentado no Tribunal Popular que os refletores da sua casa cercaram a sua visão de forma que só enxergava um vulto, aduziu perante a Magistrada singular que “o local onde o rapaz e a moça saíram do mato é escuro, mas o acusado estava em uma posição clara, com luz, pois sua esposa tinha acendido o refletor de sua residência; que o refletor ilumina muito; (...) que quando o acusado atirou nos vultos, o refletor já estava aceso; que o rapaz estava caído atrás da barraca, de onde provavelmente ele vinha saindo e recebeu os tiros; (...) a saída do vulto foi muito rápida; (...)” (fls. 76/77).

A alegação de que a saída do vulto foi muito rápida falece totalmente quando se infere que a vítima caiu atrás da barraca, local onde já se encontrava quando foi alvejado.

Sobreleve-se que a moça a quem se referiu o Apelante no seu interrogatório é Daniela Souza dos Santos, namorada da vítima, testemunha de visu do fato, tendo declarado, em juízo, que:

“a depoente fica muito triste com o acontecido, fica com medo; que a vítima era namorado da depoente; que a depoente estava presente no dia do fato; que a depoente estava retornando do colégio juntamente com a vítima; que o namorado da depoente parou para fazer necessidades (urinar) perto de uma barraca; que a depoente sempre fazia esse percurso sozinha ou acompanhada da vítima; que quando a vítima retornou das necessidades, pediu para parar um pouquinho, mas nesse momento a depoente disse que vinha vindo alguém e que deveriam prosseguir; que nesse momento foi ligado o refletor da casa, mas não clareou muito, mas que dava para ver quem estava atrás da barraca; que o acusado chegou atirando sem perguntar; que a vítima nesse momento perguntou ao acusado porque ele tinha atirado; que a vítima falou que era uma pessoa trabalhadora e que ajudava o pai e a mãe; que a vítima falou que o acusado confundiu com um ladrão e saiu andando dizendo que ia chamar a SAMU; (...) que a depoente viu quando o acusado atirou mas não sabe dizer qual o calibre da arma; (...) que existia um refletor que iluminava a frente da casa do acusado; que a luz era fraca, mas dava para ver; que na rua existia poste de iluminação; que a depoente em nenhum momento chegou a encostar na casa do acusado; (...) que a vítima estava na mesma posição indicada na foto nº 07 quando foi alvejada; que o local em que está sendo apontada na foto nº 13 é o local onde a vítima foi andando e caiu; (...) que a depoente só viu barulho dos passos quando o acusado chegou; que a vítima permaneceu na mesma posição nesse momento; que a vítima estava abraçada com a depoente quando foi alvejada; que a depoente portava dois cadernos e que ficaram manchados de sangue; (...) que o acusado veio pela frente da barraca no trajeto constante da foto nº 02 sentido direita para esquerda; (...)” (fls. 86/88).

A versão da testemunha, como se percebe é totalmente oposta a do Apelante.

Da narrativa da testemunha presencial do fato, infere-se que o Apelante saiu armado da sua residência, com a devida iluminação ao local onde se encontrava o casal de namorados (refletores ligados e voltados para o terreno), portanto, com plena visibilidade de que não se tratava de um suposto vulto com algo que brilhava na mão, de forma que lhe fizesse supor que se tratava de um artefato, tanto que reconheceu no seu primeiro interrogatório, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, que notou a presença de duas pessoas, não tendo se referindo, ainda, ao suposto brilho que o teria feito incidir em erro (legítima defesa putativa).

Depreende-se, ainda, do citado testemunho e da dinâmica dos fatos delineadas nos elementos probatórios do caderno processual, que o Recorrente partiu da sua casa, situada em frente ao local do fato, em direção ao ofendido e a sua namorada, deflagrando o disparo de arma de fogo quando estes estavam, inclusive, abraçados, o que corrobora com a declaração da testemunha de que ela e a vítima, em momento algum, se aproximaram da residência do Apelante.

As fotografias de fls. 91/103, também corroboram com o entendimento do Conselho de Sentença, as quais revelam a total coerência das declarações da testemunha com narrativa das circunstâncias em que ocorreram o crime.

Dessa forma, a decisão do Conselho de Sentença ampara-se nos elementos de prova que demonstraram que o ofendido encontrava-se, juntamente com a sua namorada, em um terreno localizado em frente à residência do Apelante, atrás de uma “barraca”, quando foi atingido por um tiro de arma de fogo deflagrado pelo sentenciado.

De acordo com o conjunto probatório contextualizado nos autos, não foi sequer dado o direito ao casal de justificar a sua presença no local. Antes, ao que se percebe, preferiu o Apelante efetuar o disparo de arma de fogo que culminou na morte da vítima, tendo esta, após ter sido atingida perguntado:

“(...) que o acusado chegou atirando sem perguntar; que a vítima nesse momento perguntou ao acusado porque ele tinha atirado; que a vítima falou que era uma pessoa trabalhadora e que ajudava o pai e a mãe; (...)” (fl. 86).

E, ainda, que no momento em que foi atingida, estava abraçada à sua namorada, não tendo esboçado qualquer reação ou movimento que pudessem impingir no íntimo do Recorrente, por erro (putativo), o receio de vir a sofrer iminente e injusto mal grave, em face de uma suposta possibilidade de agressão iminente do ofendido.

Para não deixar passar *in albis*, acerca da alegação da Defesa de que a vítima que se colocou em uma situação de perigo, é importante anotar que, consoante se dessume dos documentos e depoimentos constantes dos autos, o único perigo que o ofendido parece ter se colocado, foi ter a infelicidade de parar com a sua namorada em um terreno situado em frente as imediações da casa do Recorrente.

Desta forma, resta claro que a decisão dos jurados encontra amparo nos elementos produzidos nos autos, não estando, como alegou a Defesa, “totalmente divorciada” do cotejo probatório, razão pela qual não é permitida, no caso vertente, a sujeição do sentenciado a novo julgamento.

Do contrário, se violará o princípio da soberania dos veredictos, o qual, como discorrido alhures, confere ao Conselho de Sentença a prerrogativa de tomar a decisão conforme sua convicção íntima, desnecessitando motivar seu entendimento desde que devidamente ancorado em prova dos autos.

O Apelante também fundamentou a sua irrisignação na alínea “c”, do art. 593 do Código de Processo Penal Brasileiro, que prevê a possibilidade de revisão da dosimetria exarada pelo Juiz Presidente do Tribunal do Júri, quando houver “erro ou injustiça no tocante à aplicação da pena ou da medida de segurança”.

Do exame da sentença hostilizada, observa-se que a douta Magistrada Presidente do Tribunal do Júri, fixou a pena-base do Apelante no mínimo legal e, na segunda fase do procedimento dosimétrico, assim decidiu:

“Em razão da ausência de agravantes e da fixação da pena-base no mínimo legal, com fulcro na Súmula 231 do STJ, deixo de reduzir a pena, em que pese reconhecer a atenuante prevista no art. 65, III, “d” do CP, (...)”.

A nobre Juíza *a quo*, como visto, decidiu com esteio no enunciado sumular 231 do STJ, restando pacificado no Tribunal da Cidadania que o reconhecimento de qualquer circunstância atenuante não pode conduzir a sanção-base aquém do mínimo legal, consoante se extrai dos excertos abaixo transcritos:

“(...) 1. Fixada a pena-base no mínimo legal, ainda que reconhecidas as atenuantes da confissão e da menoridade relativa, não poderão repercutir no cálculo da reprimenda, porquanto, de acordo com a Súmula 231 do STJ, descabe a redução da pena na segunda fase da dosimetria a patamar aquém do mínimo legal em razão da existência de circunstância atenuante.” (HC 272.043/BA, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 12/04/2016, DJe 22/04/2016).

“(...) 1. A pretensão recursal de reduzir a pena-base para aquém do mínimo legal, na segunda fase da dosimetria, encontra óbice no comando da Súmula 231/STJ: “A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal” 2. A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento dos Embargos de Divergência em Recurso Especial 961.863/RS, firmou o entendimento de que é despicenda a apreensão e a perícia da arma de fogo, para a incidência da majorante do § 2º, I, do art. 157 do Código Penal, quando existirem, nos autos, outros elementos de prova que evidenciem a sua utilização no roubo, como na hipótese, em que há depoimentos testemunhais atestando o emprego de revólver calibre 38 na prática delitiva.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.” (AgRg no AREsp 650.642/DF, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 27/09/2016, DJe 10/10/2016)

Esse também é o entendimento do Plenário do Supremo Tribunal Federal que, julgando o Recurso Extraordinário nº. 597270, reconheceu a existência de repercussão geral e decidiu, por unanimidade, que as atenuantes genéricas não podem conduzir a redução da pena *aquém* do mínimo legal, cujo julgado restou assim ementado:

“AÇÃO PENAL. Sentença. Condenação. Pena privativa de liberdade. Fixação abaixo do mínimo legal. Inadmissibilidade. Existência apenas de atenuante ou atenuantes genéricas, não de causa especial de redução. Aplicação da pena mínima. Jurisprudência reafirmada, repercussão

geral reconhecida e recurso extraordinário improvido. Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC. Circunstância atenuante genérica não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”. (RE 597270/RS. Rel. Min. CEZAR PELUSO. J. 26/03/2009).”

Destarte, não se vislumbra qualquer alteração a ser realizada na dosimetria do Apelante, no tocante a atenuante da confissão.

Ante todo o exposto, vota-se pelo **ACOLHIMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO COM EFEITOS INFRINGENTES PARA, REJEITAR A PRELIMINAR DE NULIDADE AVENTADA E NEGAR PROVIMENTO** ao recurso de Apelação.

TJBA – Agravo de Execução Penal nº 0301145-96.2016.8.05.0113, Primeira Câmara Criminal – Primeira Turma, Relator(a): Desª. Ivone Bessa Ramos, julgado em 11/04/2017.

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. INCLUSÃO DO CONDENADO EM REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO (RDD). INICIATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE DECORRENTE DO ART. 68, INCISO II, ALÍNEA “A”, DA LEI N.º 7.210/1984. INEXIGIBILIDADE DE OITIVA PRÉVIA DA DEFESA. CONTRADITÓRIO DIFERIDO JUSTIFICADO PELO CARÁTER CAUTELAR DA MEDIDA. PRECEDENTES DO STJ. PREENCHIDOS OS REQUISITOS DO ART. 52 DA LEI DE EXECUÇÕES PENAS.

1 - O Ministério Público, malgrado omitido no art. 54, § 1.º, da Lei n.º 7.210/1984, também é parte legítima para demandar a aplicação de RDD e esta faculdade é extraída da própria Lei de Execuções Penais (LEP), notadamente do art. 68, inciso II. A partir de uma interpretação sistemática do referido Diploma legal, indiscutivelmente, a incumbência do Órgão Ministerial alcança a requisição de submissão de Condenado no RDD, em razão de, pelas próprias particularidades deste instituto, ser a medida intrínseca ao desenvolvimento do processo executivo.

2 - Inobstante o art. 54, § 2.º da LEP explicita que a inclusão de preso em regime disciplinar diferenciado será precedida de manifestação do Ministério Público e da Defesa, na hipótese de a periculosidade do Condenado e as circunstâncias concretas exigirem a adoção da medida em caráter emergencial, há a possibilidade de dispensar a oitiva prévia do Condenado, sendo o contraditório diferido.

3 - Traduzindo-se a imediata imposição do RDD como o meio mais eficaz de resguardar a ordem e a segurança públicas, não há que se falar em ofensa aos Princípios do contraditório e ampla defesa ou em cerceamento de quaisquer garantias constitucionais inerentes à execução penal.

4 - Existência de indícios veementes de que o Agravante é líder de organização criminosa voltada à prática do tráfico ilícito de entorpecentes e outros delitos, denominada “Raio A”, chefiando-a, através de contatos telefônicos, mesmo custodiado em regime comum no Presídio de Itabuna, estando, assim, dentro dos limites legais, sua transferência para o Conjunto Penal de Serrinha e inclusão no austero regime.

AGRAVO EM EXECUÇÃO CONHECIDO E IMPROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de **Agravo em Execução Penal n.º 0301145-96.2016.8.05.0113**, da Vara de Execuções Penais e Medidas Alternativas Júri da Comarca de Itabuna/BA, tendo como **Agravante MANOEL SOUZA TELES**.

ACORDAM os Desembargadores integrantes da Primeira Turma da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia em **CONHECER e NEGAR PROVIMENTO ao presente Agravo em Execução Penal**, nos termos do voto da Relatora.

RELATÓRIO

Cuida-se de Agravo em Execução Penal interposto por MANOEL SOUZA TELES, por intermédio de seu Advogado, contra a Decisão proferida, nos autos da Ação de Execução Penal tombada sob o nº 0301145-96.2016.8.05.0113, pelo MM. Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais e Medidas Alternativas Júri da Comarca de Itabuna/BA, que autorizou, provisoriamente, a inclusão em regime disciplinar diferenciado, nem como a transferência para o Conjunto Penal de Serrinha, pelo prazo de 360 (trezentos e sessenta) dias.

Em suas razões, o Agravante afirma ter sido condenado à pena de 16 (dezesesseis) anos, 09 (nove) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão, pela prática do crime previsto no art. 121, § 2.º, inciso II, do CPB.

Acerca da referida Decisão *a quo*, se insurge contra a circunstância de não ter havido prévia oitiva do Agravante sobre o requerimento Ministerial de sua inserção em regime disciplinar diferenciado (RDD), ao arrepio da determinação contida no art. 54, § 2.º da Lei de Execuções Penais.

Outrossim, aduz que somente o Diretor do estabelecimento prisional poderia ter requerido a imposição do RDD, nos termos do art. 54, § 1.º da Lei de Execuções Penais, e não o Ministério Público Estadual.

Alega, ainda, não ter cometido qualquer tipo de falta grave a justificar sua submissão a regime austero, sendo insuficientes os elementos, indicados pelo *Parquet*, como probatórios de que o Agravante comandaria associação criminosa voltada ao tráfico de drogas e se utilizaria de aparelhos celulares, dentro do presídio, para passar ordens aos integrantes da facção “Raio A”.

Pugna, assim, pelo provimento do Recurso, a fim de que seja reformada a Decisão hostilizada.

Em sede de contrarrazões, o Ministério Público requereu a manutenção do *Decisio* por seus próprios fundamentos (fls. 142/152).

Em exercício negativo do juízo de retratação, o Magistrado de piso manteve a decisão agravada, sob o fundamento de que o ato judicial impugnado foi determinado em caráter de urgência, cautelarmente, restando, pois, justificada a dispensa de oitiva prévia da Defesa e do Ministério Público (fl. 153).

Considerando que o Recurso em epígrafe, à inteligência do art. 166 do RITJ/BA, dispensa Revisor, determinei a sua inclusão em pauta para julgamento.

É o Relatório.

VOTO

De início, se observa que inobstante seja de 05 (cinco) dias o prazo para interposição de Agravo em Execução¹⁸, inexistente nos autos digitais do processo de origem comprovação acerca da publicação e intimação da Defesa acerca da Decisão vergastada; o presente Recurso, portanto, deve ser conhecido.

O MM. Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais e Medidas Alternativas Júri da Comarca de Itabuna/BA, em 20.05.2016, prolatou a Decisão de fls. 115/118, através da qual deferiu o requerimento formulado pelo Ministério Público Estadual para determinar a inclusão provisória de MANOEL SOUZA TELES em regime disciplinar diferenciado (RDD), bem como determinar sua transferência para o Conjunto Penal de Serrinha, pelo prazo de 360 (trezentos e sessenta) dias.

¹⁸ Súmula 700 do STF: É de cinco dias o prazo para interposição de agravo contra decisão do juiz da execução penal.

O *Decisio* baseia-se nas informações, encaminhadas pela Autoridade Policial e asseveradas pelo *Parquet* Estadual (fls. 54/93), que indicaram que MANOEL, então custodiado no Presídio de Itabuna, era o mandante de crimes de tráfico de drogas e roubo ocorridos na Comarca de Ubatã, tendo inclusive ordenado o assalto na casa da Prefeita desta Comarca. Fundadas suspeitas recaíam sobre o Agravante, de que seria ele comandante de organização criminosa voltada para o tráfico de drogas, em Ubatã, denominada “Raio A”, além de utilizar, dentro do Presídio, aparelhos celulares.

Consoante alhures relatado, a irrisignação do Recorrente cinge-se à determinação relacionada ao RDD, e reside nos seguintes fundamentos: (i) ilegitimidade do Ministério Público para formular o respectivo requerimento, nos termos do art. 54, § 1.º da Lei de Execuções Penais; (ii) ausência de oitiva prévia da Defesa, em contradição ao art. 54, § 2.º da Lei de Execuções Penais; e (iii) ausência dos requisitos necessários à imposição do austero regime.

O regramento para inclusão do Condenado em regime disciplinar diferenciado encontra previsão na Lei n.º 7.210/1984 (LEP) e, a fim de desenredar o caso trazido ao acerto jurisdicional, merecem destaques os seguintes dispositivos:

Art. 52. A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasiona subversão da ordem ou disciplina internas, sujeita o preso provisório, ou condenado, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado, com as seguintes características:
I - duração máxima de trezentos e sessenta dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada;
II - recolhimento em cela individual;
III - visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas;
IV - o preso terá direito à saída da cela por 2 horas diárias para banho de sol.

§ 1º O regime disciplinar diferenciado também poderá abrigar presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros, que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade.

§ 2º Estará igualmente sujeito ao regime disciplinar diferenciado o preso provisório ou o condenado sob o qual recaíam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando.

Art. 53. Constituem sanções disciplinares:

I - advertência verbal;

II - repreensão;

III - suspensão ou restrição de direitos (artigo 41, parágrafo único);

IV - isolamento na própria cela, ou em local adequado, nos estabelecimentos que possuam alojamento coletivo, observado o disposto no artigo 88 desta Lei.

V - inclusão no regime disciplinar diferenciado.

Art. 54. As sanções dos incisos I a IV do art. 53 serão aplicadas por ato motivado do diretor do estabelecimento e a do inciso V, por prévio e fundamentado despacho do juiz competente.

§ 1º A autorização para a inclusão do preso em regime disciplinar dependerá de requerimento circunstanciado elaborado pelo diretor do estabelecimento ou outra autoridade administrativa.

§ 2º A decisão judicial sobre inclusão de preso em regime disciplinar será precedida de manifestação do Ministério Público e da defesa e prolatada no prazo máximo de quinze dias.

Com efeito, a previsão contida em lei institui que a sanção disciplinar em questão deve ser requerida pelo diretor do estabelecimento prisional ou outra autoridade administrativa (art. 54, § 1.º da LEP).

Sucedendo, ao revés dos argumentos lançado pelo Agravante, existe entendimento de que o Ministério Público, malgrado omitido no referido artigo, também é parte legítima para demandar a aplicação de tal medida.

E essa faculdade é extraída da própria Lei n.º 7.210/1984, notadamente do art. 68, inciso II, *in verbis*:

Art. 68. Incumbe, ainda, ao Ministério Público:

[omissis]

II - requerer:

a) todas as providências necessárias ao desenvolvimento do processo executivo;

Ora, a partir de uma interpretação sistemática do referido Diploma legal, indiscutivelmente, a incumbência do Órgão Ministerial alcança a requisição de submissão de Condenado no RDD, em razão de, pelas próprias particularidades deste instituto, ser a medida intrínseca ao desenvolvimento do processo executivo.

Na trilha de excelência desse raciocínio, entende Rogério Sanches¹⁹:

Dispõe o art. 54, com a novel redação: “As sanções disciplinares dos incs. I a IV do art. 53 serão aplicadas por ato motivado do diretor do estabelecimento e a do inc. V, por prévio e fundamentado despacho[12] do juiz competente”.

A autorização, no entanto, dependerá de requerimento circunstanciado elaborado pelo diretor do estabelecimento ou outra autoridade administrativa (§ 1º).

A questão que aqui se coloca é a seguinte: o Ministério Público, omitido como possível requerente pelo art. 54, pode, como órgão da execução penal, demandar também a aplicação dessa nova medida?

Analisando o disposto na alínea a, inc. II, do artigo 68 da LEP, a resposta só pode ser afirmativa. Além do mais, a amplitude da presente alínea torna inúteis as demais, todas, de certa forma, ligadas ao desenvolvimento regular do processo executivo.

De outro giro, a alegação surgida nas razões recursais, atinente ao cerceamento de Defesa, faz referência ao quanto disposto no art. 54, § 2.º da Lei de Execuções Penais, cuja determinação explícita que a inclusão de preso em regime disciplinar diferenciado será precedida de manifestação do Ministério Público e da Defesa.

Todavia, na hipótese de a periculosidade do Condenado e as circunstâncias concretas exigirem a adoção da medida em caráter emergencial, há a possibilidade de dispensar a oitiva prévia do Condenado, sendo o contraditório diferido.

In casu, trata-se da transferência do Agravante para outro estabelecimento e sua inclusão em regime disciplinar diferenciado, em caráter cautelar, e não de procedimento destinado à apuração de falta grave, com caráter sancionatório.

Aliás, o MM. Juiz de piso cuidou de destacar essa peculiaridade na Decisão objurgada, ao observar a premência de cessar a continuidade das atividades delituosas que estariam sendo praticadas pelo Agravante como forma de preservar a segurança do estabelecimento prisional e da sociedade:

A transferência cautelar do interno não tem, por ora, caráter punitivo, visa tão somente preservar a integridade física dos demais internos, bem como prevenir e impedir a comunicação entre os membros da facção criminosa denominada “Raio A”, no intuito de acautelar a ordem pública, sobretudo para impedir a atuação da aludida organização no tráfico de drogas nesta Região Sul.

Ademais, estando o preso sob a tutela estatal, especificamente à disposição do Poder Judiciário, é mister inviabilizar a possibilidade de se munir de instrumento hábil à reiteração delitiva, como é o caso de portar aparelhos de telefonia móvel.

Com efeito, a comunicação entre o interior e o exterior do sistema carcerário, através de aparelhos celulares leva a projeção da prática criminosa para fora dos limites carcerários, deixando a sociedade em estado constante de alerta e preocupação, além de mitigar sobremaneira o caráter ressocializador da pena.

Insta salientar que, nos termos do art. 29, II do Estatuto Penitenciário do Estado da Bahia, em

19 CUNHA, Rogério Sanches. Regime disciplinar diferenciado. Breves comentários (rdd). Disponível em: <https://rogériosanches2.jusbrasil.com.br/artigos/121814548/regime-disciplinar-diferenciado-breves-comentarios-rdd>. Acesso em: 24/03/2017.

situações emergenciais, com o objetivo de preservação da integridade física dos próprios inter-nos, a transferência poderá ser determinada pela própria Superintendência de Assuntos Penais do Estado, devendo a remoção ser comunicada a Juízo.

As justificativas declinadas pelo Magistrado *a quo*, pois, esclarecem que a imediata imposição do RDD traduziu-se como o meio mais eficaz de resguardar a ordem e a segurança públicas, diante da evidente situação de perigo posta pelo indicativo de que MANOEL SOUZA TELES chefiava uma organização criminosa ainda que custodiado em regime comum.

Sendo assim, não há que se falar em ofensa ao Princípios do contraditório e ampla defesa ou em cerceamento de quaisquer garantias constitucionais inerentes à execução penal.

O Egrégio Superior Tribunal de Justiça já manifestou-se pela inexigibilidade de prévia oitiva de Defesa em situação análoga ao caso concreto, no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* n.º 46.314/MS, de Relatoria do Exmo. Ministro Moura Ribeiro. No ponto, destaquem-se trecho do voto e ementa do respectivo julgado:

“A transferência pode ocorrer sem a prévia oitiva do condenado, desde que as circunstâncias concretas imponham o caráter emergencial da medida, que poderá ser posteriormente revogada. Trata-se, portanto, de hipótese de contraditório diferido, sem que se verifique o cerceamento das garantias constitucionais inerentes à execução penal, ao contrário do alegado. Assim, não se vislumbra ilegalidade sanável pela via eleita no que se refere ao procedimento de transferência do condenado para o presídio federal, pois a determinação observou os limites da lei e foi devidamente justificada como meio eficaz de resguardar a segurança pública.”

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO DA PENA. REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO. INCLUSÃO EM PRESÍDIO FEDERAL. ALEGAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. OBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. GARANTIA DA SEGURANÇA PÚBLICA.

1. Muito embora a Lei de Execução Penal assegure ao preso o direito de cumprir sua reprimenda em local que lhe permita contato com seus familiares e amigos, tal garantia não é absoluta, podendo o Juízo das Execuções, de maneira fundamentada, indeferir o pleito se constatar ausência de condições para o acolhimento no estabelecimento prisional pretendido ou a necessidade de submeter o condenado a regime disciplinar diferenciado.

2. Na hipótese dos autos, a inclusão do condenado em regime disciplinar diferenciado foi justificada por sua alta periculosidade e participação de liderança em movimento destinado a desestabilizar o sistema prisional, colocando em risco a vida de agentes penitenciários, motivos suficientes para justificar a medida excepcional e descaracterizar o constrangimento ilegal aduzido.

3. Agravo regimental desprovido.

(STJ - AgRg no RHC 46.314/MS. Relator: Ministro Moura Ribeiro. Órgão Julgador: Quinta Turma. Julgamento: 05/08/2014. Publicação: DJe 12/08/2014)

Por fim, o Agravante aduz a inexistência dos requisitos essenciais à determinação do regime disciplinar diferenciado, com alegações que, notadamente, visam desacreditar o material probatório colacionado aos autos pelo Órgão Ministerial.

Da análise do processo digital, constata-se que o requerimento Ministerial (fls. 53/56) foi amparado por documentos encaminhados pela Autoridade Policial do 7.º COORPIN/Ubatã (fls. 57/93), dentre eles, imagens capturadas de conversas do aplicativo *Whatsapp* (fls. 68/88), de fato, ilegíveis.

Malgrado a impossibilidade de leitura nítida das referidas imagens, constata-se que o Relatório de Investigação de fls. 66/67 é totalmente elucidativo quanto à origem e conteúdo das conversas, suficiente, portanto, para ilustrar as fundadas suspeitas que recaem sobre o Agravante.

No Relatório, a Autoridade Policial minudência acerca da prisão em flagrante de Fernando Carvalho Cruz, vulgo “Playboy”, ocorrida em 13.03.2016, que teria confessado participação no roubo ocorrido na data de 10.03.2016, na residência da então Prefeita da Comarca de Ubatã, delatando também o envolvimento de “Diego”, “Lucas Budja” e “Nado”. Na oportunidade do flagrante, o aparelho celular de Fernando foi checado e monitorado pela Guarnição, quando

então foram constatadas conversas e áudios do *Whatsapp*, nas quais tratava-se, justamente, do aludido assalto, inclusive com detalhes sobre a *res furtivae* e sua destinação.

Especificamente sobre os áudios, Fernando admitiu terem sido enviados por “Lula” – alcu-nha do ora Recorrente –, detido no Presídio de Itabuna, que determinou o repasse de suas declarações para “Lucas Budja”, indivíduo que enviou fotos utilizando parte das jóias roubadas. Ainda, durante seu interrogatório policial, Fernando recebeu uma oriunda do Agravante, e, durante a conversa, colocada em viva-voz, “Lula” referia-se ao tráfico de drogas na Comarca de Ubatã e aos objetos roubados na casa da Prefeita.

Aliado às conversas de *Whatsapp*, há os termos de declarações de Fernando, no qual consta relatos de que o Agravante ordena a guarda de diversas armas de fogo, tendo ele sido o responsável, também, por organizar o assalto na residência da Prefeita, sempre entrando em contato por telefone. Fernando, outrossim, aponta “Lucas Budja” como a pessoa de confiança do Recorrente na Comarca de Ubatã, sendo este o responsável por arrecadar e repassar o dinheiro oriundo de tráfico de drogas, detalhando que “Lula” é o “chefe maior” da facção “Raio A” (fls. 59/63).

Ademais disso, no termo de declarações de fls. 64/65, o Adolescente Antonio confirma ser MANOEL SOUZA TELES responsável pelo comando da facção criminosa denominada “Raio A”, mesmo de dentro do presídio de Itabuna, tendo o próprio declarante já recebido diversas ordens para fazer “avião”.

Sobre as referidas declarações, frise-se que a mera alegação de que foram tomadas sem a presença de Advogado não é suficiente para desacreditá-las, ainda mais quando estão estas em consonância com os demais elementos acostados aos autos.

De tudo quanto examinado, reputa-se legítimo o procedimento de inclusão de MANO-EL SOUZA TELES no regime disciplinar diferenciado, sendo lícita a iniciativa do Ministério Público Estadual e cujo contraditório diferido justificou-se pelo caráter cautelar da medida; e mais, a Decisão de fls. 115/118 está devidamente fundamentada em indícios veementes de que o Agravante é líder de organização criminosa voltada à prática do tráfico ilícito de entorpecen-tes e outros delitos, chefiando-a, através de contatos telefônicos, mesmo custodiado em regime comum no Presídio de Itabuna, preenchidos, assim, os requisitos legais instituídos pela Lei n.º 7.210/1984.

Pelo o exposto, **CONHECE-SE e NEGA-SE PROVIMENTO** ao Agravo em Execução Penal manejado por MANOEL SOUZA TELES.

TJBA – Agravo de Execução Penal nº 0020170-22.2016.8.05.0000, Segunda Câmara Crimi-nal – Segunda Turma, Relator(a): Desª. Nágila Maria Sales Brito, julgado em 16/02/2017.

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. LIVRAMENTO CONDICIONAL. COMETIMENTO DE NOVO DELITO DURANTE O PERÍODO DE PROVA. AUSÊNCIA DE SUSPENSÃO DO BENEFÍCIO. REVOGAÇÃO APÓS O TÉRMINO DO LAPSO PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SITUAÇÃO VENCIDA PELO DECURSO DO TEMPO. INTELIGÊN-CIA DOS ARTS. 90 DO CÓDIGO PENAL, 733 DO CÓDIGO DE PRO-CESSO PENAL E 146 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL. EXTINÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE QUE SE IMPÕE. RECURSO NÃO PROVIDO.

Expirado o prazo do livramento condicional sem a sua suspensão ou prorro-gação (art. 90 do CP), impõe-se a extinção da pena privativa de liberdade, mesmo havendo a constatação de descumprimento das condições determina-das, sendo flagrantemente ilegal a sua revogação posterior.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo em Execução nº 0020170-22.2016.8.05.0000 da Comarca de Salvador, tendo como Agravante o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA e como Agravado ALEXSANDRO JOSÉ DE SOUZA ALBANO.

ACORDAM os Desembargadores integrantes da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade de votos, em **NEGAR PROVIMENTO** ao Agravo em Execução interposto, na forma do Relatório e do Voto constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

RELATÓRIO

Trata-se de Agravo em Execução interposto pelo Ministério Público do Estado da Bahia contra a decisão de fl. 40 destes autos, que declarou extinta a pena privativa de liberdade imposta a Agravado, considerando o seu integral cumprimento.

Sustenta o Agravante, às fls. 04/08, a existência de interrupção não computada no cálculo da pena, o que, se verificada, não totaliza a integralidade da pena.

Afirma que, “*tendo sido o Agravado preso em flagrante delito em 18.03.1995 (fls. 02 e 08/10), é incontendível notar que, voltando a ser preso em flagrante por novas práticas delitivas em 19.10.1996 (fl. 20) e 24.05.1997 (fl. 20) no Município de Pojuca e tendo transitado em julgado a condenação objeto da presente Execução Penal em 19.06.2001 (fl.16), a prisão do Agravado, no curso da Ação penal Pública 140.96.516017.0, que tramitou perante o Juízo de direito da 1ª Vara do Júri da Comarca de Salvador, sofreu evidente interrupção, tendo sido esta ignorada pelo douto Juízo a quo ao prolatar a sentença de fl. 42.*” (Grifos no original).

Assim, pugna pela reforma integral da decisão que declarou extinta a pena privativa de liberdade imposta ao Agravado e a Execução Pena, com o prosseguimento desta, visando à coleta dos informes acima referidos junto ao Juízo de Direito da 1ª Vara do Júri da Comarca de Salvador, à Penitenciária Lemos Brito e ao Presídio de Salvador.

Em sede de contrarrazões (fls. 32/37), a Defesa requer a manutenção da decisão agravada, negando provimento ao Recurso interposto para manter a extinção da punibilidade do Acusado e, subsidiariamente, pela manutenção do livramento condicional outrora deferido, procedendo-se às diligências necessárias à completa elucidação dos períodos de prisão do Agravado.

No exercício do juízo de retratabilidade, a Decisão guerreada, por seus próprios fundamentos, foi mantida pelo Julgador à fl. 03, remetendo-se os autos para esta Corte.

Instada a se manifestar, a Procuradoria de Justiça Criminal opinou, às fls. 86/87, pelo conhecimento e desprovimento deste Agravo em Execução Penal.

Os autos vieram, então, conclusos (fl. 88).

VOTO

Cuida-se de Agravo Regimental interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA em desfavor de ALEXSANDRO JOSÉ DE SOUZA ALBANO, nos autos da Execução Penal tombada sob o nº 0881700-35.2009.8.05.0001, em tramitação na 2ª Vara de Execuções Penais desta Comarca, insurgindo-se contra a Decisão de fl. 40 destes autos, que declarou extinta a pena privativa de liberdade imposta ao Agravado, considerando o seu integral cumprimento.

Ante o preenchimento dos pressupostos recursais exigidos, impõe-se o conhecimento do Agravo interposto.

Compulsando os autos, verifica-se que o Agravado obteve concessão de livramento condicional em 25/09/2009 (fl. 45), referente à Execução Penal tombada sob o nº 0881700-35.2009.8.05.0001, por condenação pela prática do crime de homicídio, insculpido no art. 121, *caput*, do Código Penal e, no curso da execução, foi preso em flagrante delito pelo cometimento

dos crimes previstos no art. 12, *caput*, da Lei nº 6.368/76 e no art. 155, § 4º, I, II e IV, do Código Penal, respectivamente, nos dias 19/10/1996 e 24/05/1997.

Ocorre que, o prazo determinado para que ele cumprisse a sua pena, consoante Execução Penal supra mencionada, foi alcançado sem a ocorrência de suspensão ou revogação do benefício, nos termos descritos na Certidão exarada à fl. 39.

No caso em tela, embora tenha o Agravado cometido novo crime no curso do livramento condicional, caberia ao Juiz das Execuções, instado pelo Ministério Público, determinar a suspensão do benefício concedido, durante o seu curso, para, posteriormente, revogá-lo, se fosse o caso, o que não ocorreu.

É essa a lição que se depreende dos arts. 732 do Código de Processo Penal, e 145 da Lei de Execuções Penais, *in verbis*:

Art. 732. Praticada pelo liberado nova infração, o juiz ou o tribunal poderá ordenar a sua prisão, ouvido o Conselho Penitenciário, suspendendo o curso do livramento condicional, cuja revogação ficará, entretanto, dependendo da decisão final no novo processo.

Art. 145. Praticada pelo liberado outra infração penal, o Juiz poderá ordenar a sua prisão, ouvidos o Conselho Penitenciário e o Ministério Público, suspendendo o curso do livramento condicional, cuja revogação, entretanto, ficará dependendo da decisão final.

Com efeito, após cumprido integralmente o benefício e permanecendo inerte o órgão fiscalizador, não pode o Acusado ser tolhido do direito de ver a sua pena privativa de liberdade extinta, restabelecendo-se situação já vencida pelo decurso de tempo.

Embora disponha o art. 86, I, do CP, que o livramento condicional deverá ser revogado quando o apenado vier a ser condenado à pena privativa de liberdade, em sentença irrecorrível, por crime cometido durante a vigência do benefício, o art. 90 do mesmo Diploma Legal, em contrapartida, dispõe que expirado o prazo do livramento condicional sem que tenha havido a sua suspensão ou prorrogação, a pena deve ser automaticamente extinta. Vejamos:

Art. 86 - Revoga-se o livramento, se o liberado vem a ser condenado a pena privativa de liberdade, em sentença irrecorrível:

I - por crime cometido durante a vigência do benefício;
[...].

Art. 90 - Se até o seu término o livramento não é revogado, considera-se extinta a pena privativa de liberdade.

A corroborar tal entendimento, trago à colação os seguintes precedentes dos colendos Tribunais Superiores:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. LIVRAMENTO CONDICIONAL. PRÁTICA DE NOVO DELITO. REVOGAÇÃO DO BENEFÍCIO APÓS O PERÍODO DE PROVA. INVIABILIDADE. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. A prática de crime durante o livramento condicional impõe ao magistrado das execuções penais a suspensão cautelar desse benefício dentro do período de prova, sendo inviável a adoção de tal medida acautelatória após esse período.

2. Inexistindo, portanto, decisão que suspenda cautelarmente o livramento condicional e transcorrendo sem óbice o prazo do benefício, é impositivo, nos termos da jurisprudência desta Corte, reconhecer a extinção da pena pelo integral cumprimento.

3. Agravo regimental não provido. (STJ, AgRg no HC 242.036/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 05/11/2015, DJe 23/11/2015).

HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. EXECUÇÃO PENAL. LIVRAMENTO CONDICIONAL. INOCORRÊNCIA DE SUSPENSÃO E REVOGAÇÃO NO CURSO DO PERÍODO DE PROVA. EXTINÇÃO DA PENA. SUPERAÇÃO DA SÚMULA 691/STF.

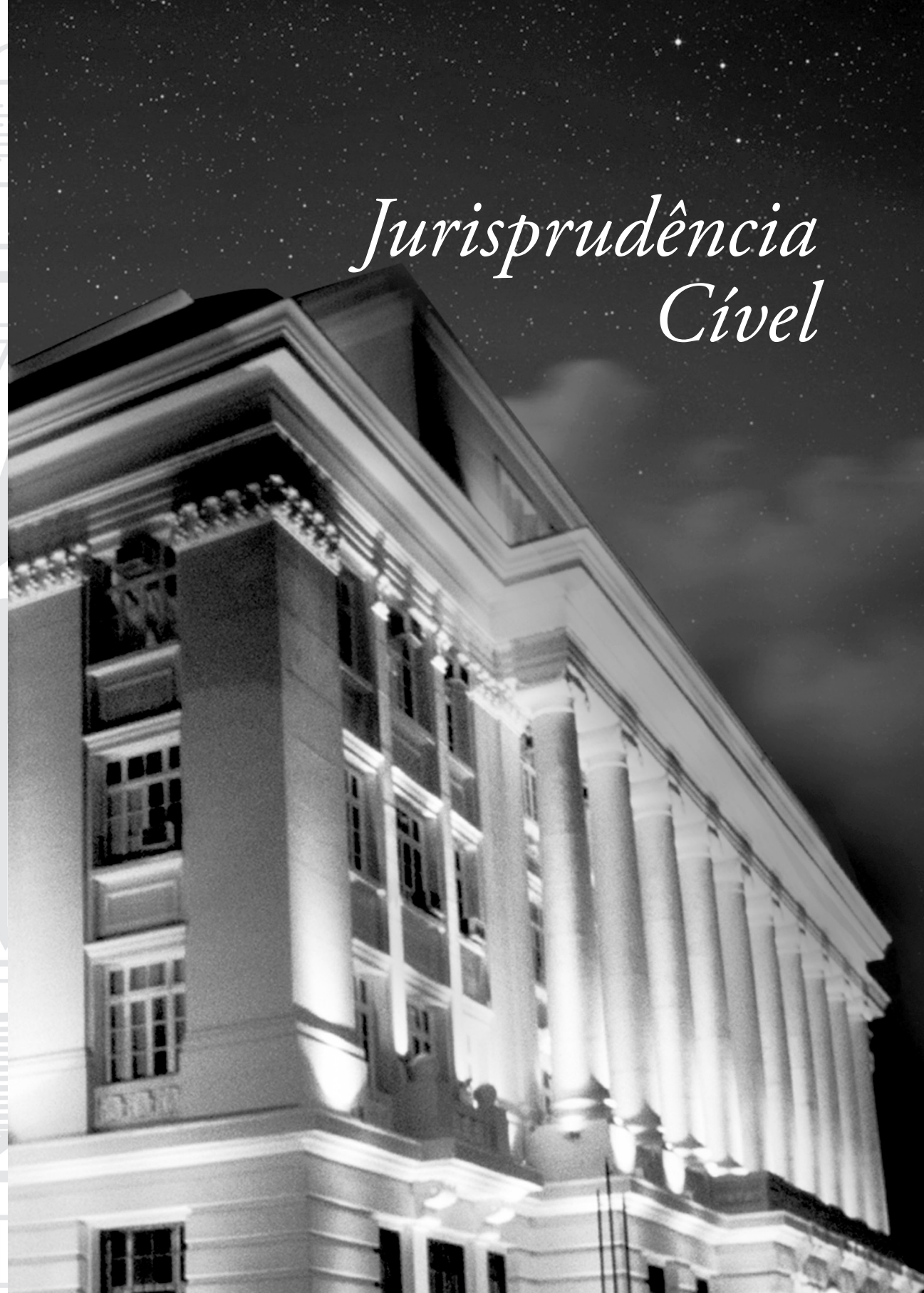
1. Em casos teratológicos e excepcionais, como na hipótese, viável a superação do óbice da Súmula 691 desta Suprema Corte. Precedentes.
2. À luz do disposto no art. 86, I, do Código Penal e no art. 145 da Lei das Execuções Penais, se, durante o cumprimento do benefício, o liberado cometer outra infração penal, o juiz poderá ordenar a sua prisão, suspendendo o curso do livramento condicional, cuja revogação, entretanto, aguardará a conclusão do novo processo instaurado.
3. A suspensão do livramento condicional não é automática. Pelo contrário, deve ser expressa, por decisão fundamentada, para se aguardar a apuração da nova infração penal cometida durante o período de prova, e, então, se o caso, revogar o benefício. Precedente.
4. Decorrido o prazo do período de prova sem ter havido a suspensão cautelar do benefício, tampouco sua revogação, extingue-se a pena privativa de liberdade. Precedentes.
5. Ordem concedida, para reconhecer a extinção da pena privativa de liberdade imposta ao paciente quanto ao primeiro crime cometido. (STF, HC n. 119938, Primeira Turma, Rel. Ministra Rosa Weber, DJe de 24/6/2014).

Assim, não tendo havido a suspensão ou revogação do livramento condicional para aguardar a apuração das infrações cometidas durante o período de prova, deve ser mantida a decisão de fl. 40 destes autos, que declarou extinta a pena privativa de liberdade imposta ao Sentenciado, considerando o seu integral cumprimento e, por consequência, julgou extinta a Execução Penal.

CONCLUSÃO

Ante o exposto, **CONHEÇO** do Agravo de Execução Penal interposto e **NEGO-LHE PROVIMENTO**.

*Jurisprudência
Cível*





TJBA – Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0016549-51.2015.8.05.0000, Tribunal Pleno, Relator(a): Des. Baltazar Miranda Saraiva, julgado em 10/05/2017.

INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL E MATERIAL. ARTIGO DA LEI ESTADUAL 13.224/2015 QUE ALTEROU A LEI 8.971/04, DA MESA DIRETORA DO PODER LEGISLATIVO, QUE ACRESCENTOU O ARTIGO 55-A À CITADA LEI 8.971/04, ADENTRANDO NO PROVIMENTO DE CARGOS E FUNÇÕES PÚBLICAS, CONFERINDO ESTABILIDADE A SERVIDORES E INVADINDO COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO PODER EXECUTIVO. VIOLAÇÃO DOS ARTIGOS 14 E 77 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DA BAHIA ESTABELECENDO A FORMA DE INGRESSO DE SERVIDORES NOS QUADROS DO PODER PÚBLICO. PRINCÍPIO DA SIMETRIA E DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. VEDAÇÃO AO PODER LEGISLATIVO PARA LEGISLAR SOBRE MATÉRIA DE COMPETÊNCIA DO PODER EXECUTIVO. REQUISITOS AUTORIZADORES PRESENTES. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE PARA DECLARAR A INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI ESTADUAL, COM EFEITOS *EX NUNC*. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade de nº 0016549-51.2015.8.05.0000, em que figuram, como Requerente, a PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA, e, como Requerida, a ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DA BAHIA,

ACORDAM os Senhores Desembargadores integrantes do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, em sua composição plenária, à unanimidade de votos, em julgar **PROCEDENTE A AÇÃO** para declarar a inconstitucionalidade, em seus aspectos formais e materiais, da Lei Estadual nº 13.224/2015, com efeitos *ex nunc* e consequente manutenção do *status quo*, até o trânsito em julgado desta Ação Direta de Inconstitucionalidade, assim também procede-se à modulação dos efeitos da decisão para assegurar, aos servidores atingidos pela referida lei, os salários correspondentes aos cargos para os quais ingressaram no serviço público estadual acrescidos das vantagens adquiridas ao longo do tempo e a eles incorporados, e assim o fazem pelas razões que integram o voto do eminente Desembargador Relator.

RELATÓRIO

Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade, em que figuram, como Requerente, a PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA, e, como Requerida, a ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DA BAHIA, na qual foi concedida a liminar, *ad referendum* deste Egrégio Tribunal Pleno, suspendendo os efeitos da Lei Estadual nº 13.224/2015. Em seguida, foram solicitadas as informações dos entes envolvidos, a exemplo do Chefe do Poder Executivo Estadual, da Procuradoria Geral do Estado, bem como a citação da Assembleia Legislativa do Estado da Bahia.

A Lei acima citada teve origem no Projeto de Lei nº 21.044/2014, que acrescentou à Lei Estadual nº 8.971/2004, o artigo 55-A, segundo o qual servidores públicos estatutários e efetivos do Estado da Bahia oriundos de quaisquer dos poderes que se encontrem à disposição da Assembleia Legislativa pelo período de 10 (dez) anos na data da vigência do referido dispositivo ficariam automaticamente redistribuídos e lotados em caráter permanente no corpo funcional do Poder Legislativo, salvo se, no prazo de 30 (trinta) dias, o próprio servidor viesse a se manifestar em contrário.

Recebidas as informações, verifica-se que o Governador da Bahia, Rui Costa, afirmou que o projeto de lei, de iniciativa da Assembleia Legislativa da Bahia, não teve qualquer participação do Poder Executivo, seja na sua elaboração, seja na sua aprovação (Sanção ou Veto), “que transcorreu in albis o prazo para a sanção executiva”.

A decisão monocrática de **fls. 35/46** suspendeu, com efeitos *ex tunc*, a aplicação da referida lei, acolhendo o pedido do Ministério Público, que a considera inconstitucional, tanto do ponto de vista formal como material, já que viola dispositivo da Constituição Estadual quanto à investidura em cargo público.

Ao se manifestar, a Assembleia Legislativa, além de se insurgir contra a liminar, afirma que os atos praticados já foram exauridos e não comportam mais a sua declaração de inconstitucionalidade, e ainda que, com a certeza da concretização da inconstitucionalidade da lei objurgada, não mais pretende usá-la, já que, declarada sua inconstitucionalidade, esta somente inibirá futuras alterações, **espírito do qual não se nutre a lei**.

Diante de tais informações, verifica-se que a lei em comento – **mesmo inconstitucional** –, foi feita somente para proteger os servidores relatados e redistribuídos para os seus quadros, pois, **a partir da concretização dos atos já praticados, ela pode ser declarada inconstitucional**, conforme declara a Assembleia Legislativa.

Nas informações prestadas pelo Procurador-Geral do Estado, este se insurge contra a constitucionalidade da referida lei, afirmando, sem meias palavras e de forma categórica, que a citada norma é inconstitucional, tanto do ponto de vista formal como material.

Citando o jurista Ives Gandra Martins, o Procurador-Geral pugna pelo reconhecimento da incompetência da Assembleia Legislativa do Estado da Bahia, alegando que esta agiu em evidente usurpação de competência do Poder Executivo:

“(.....) A administração da coisa pública, não poucas vezes, exige conhecimento que o Legislativo não tem, e outorgar a este poder o direito de apresentar os projetos que desejasse seria oferecer-lhe o poder de ter iniciativa sobre assuntos que refogem a sua maior especialidade.” (op.cit, v.4.t.I, pág. 387).

Cita, em seguida, Gilmar Mendes:

“Defeitos formais, tais como a inobservância das disposições atinentes à iniciativa da lei ou competência legislativa, levam, normalmente, a uma declaração de nulidade total, uma vez que, nesse caso, não se vislumbra a possibilidade de divisão da lei em partes válidas e inválidas” (em “Jurisdição Constitucional”, Saraiva, 1998, pág. 263).

Para o Procurador-Geral, as hipóteses de desrespeito à esfera de competência de outro Poder levam à inconstitucionalidade formal do ato normativo, impondo a declaração de nulidade total como expressão técnico-legislativa, citando, inclusive, o precedente proibitivo ocorrido no Estado da Bahia, no qual o Supremo Tribunal Federal reconheceu, no julgamento da ADI nº 112, a inconstitucionalidade de disposição contida na Carta Estadual que assegurava a efetivação de servidores em desvio de função, contrariando, assim, o artigo 37, inciso II, da Constituição Federal.

Considerando, por fim, que todas as informações requeridas foram prestadas pelo Governador do Estado da Bahia, pelo Presidente da Assembleia Legislativa do Estado da Bahia e pelo Procurador Geral do Estado da Bahia, encaminhou-se o feito à douta Procuradoria de Justiça para pronunciamento, nos termos do artigo 288 do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal.

No parecer de nº 324/2015, às **fls. 273/286**, a douta Procuradoria Geral de Justiça, além de confirmar a pretensão inicial de inconstitucionalidade da lei em comento, aduz que a concessão da liminar, à luz do artigo 10 da Lei nº 9.868/99, está correta, haja vista decisão do Supremo Tribunal Federal. *Verbis*:

“Isso não obstante, se o caso vem a ser saliente ou de qualificada urgência (no sentido de que a não imediata concessão da liminar já antecipa o juízo da completa ineficácia de sua eventual concessão *a posteriori*), este Supremo Tribunal Federal tem admitido que o relator se substitua ao pleno no exame de tal pretensão preambular, submetendo a referendo desse mesmo Pleno o provimento deferitório que ele, relator, por ventura vier a expedir. É o que se infere nas decisões proferidas nas ADIs 2.849-MC, rel. Min. Sepúlveda Pertence, e 1.899 – MC, Rel. Min. Carlos Britto, julgamento em 16-8-04, DJ de 23-8-04). No mesmo sentido: ADI 4.307 – MC, rel. Min. Carmem Lúcia, decisão monocrática, julgamento em 2-10-2009, DJE de 8-10-2009.

A Procuradoria Geral de Justiça, em seu parecer, também aponta que, no que concerne ao agravo interposto pela Requerida contra a cautelar, o mesmo não deve ser conhecido, face ter sido interposto fora do prazo, já que a decisão agravada foi publicada em 05 de agosto de 2015, começando a fluir o prazo em 06 de agosto de 2015, e que, conforme o disposto no art. 319 do Regimento Interno deste Tribunal, o prazo para interposição do agravo é de 05 (cinco) dias e, desta feita, o *dies ad quem* se deu em 10 de agosto de 2015.

Aduz, ainda, que é pacífica a jurisprudência dos tribunais, inclusive do STF, em recusar a aplicação do prazo recursal em dobro para o processo objetivo de controle de constitucionalidade, ainda que a parte disponha dessa prerrogativa especial nos processos de índole subjetiva (ADI 2.130- AgR, Rel. Min. Celso de Melo, Tribunal Pleno, DJ de 14.12.01, AJ 788.453, Rel. Min Ricardo Levandowski e outros).

Por fim, reitera todos os termos da inicial, pugnando pela procedência da presente ação com a declaração da inconstitucionalidade da Lei Estadual nº 13.224/2015, por violação dos arts. 1º, § 2º, 2º, inciso V, 14 e 77, incisos II e IV, todos da Constituição do Estado da Bahia.

Com este relato, nos termos do art. 931 do CPC/2015, encaminhem-se os autos à Secretaria para inclusão em pauta.

VOTO

Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade, em que figuram, como Requerente, a **PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA**.

A Lei teve origem no Projeto de Lei nº 21.044/2014, que acrescentou à Lei Estadual nº 8.971/2004, o artigo 55-A, segundo o qual servidores públicos estatutários e efetivos do Estado da Bahia oriundos de quaisquer dos poderes que se encontrem à disposição da Assembleia Legislativa pelo período de 10 (dez) anos na data da vigência do referido dispositivo ficariam automaticamente redistribuídos e lotados em caráter permanente no corpo funcional do Poder Legislativo, salvo se, no prazo de 30 (trinta) dias, o próprio servidor viesse a se manifestar em contrário.

Preliminarmente, qualquer estudioso do direito que labuta diuturnamente com a matéria verifica, *in limine*, que somente através de um projeto de lei oriundo do Chefe do Executivo poderia autorizar, em caráter permanente, que fossem redistribuídos e relatados, no corpo funcional da Assembleia Legislativa, os servidores estatutários e efetivos oriundos do Poder Executivo ou de qualquer outro Poder, que estivessem à disposição do Legislativo pelo período de 10 (dez) anos.

A matéria discutida na presente ação tem entendimento consolidado na jurisprudência dos tribunais pátrios, especialmente os superiores, isto porque trata de questão relacionada a Ação Direta de Inconstitucionalidade, com pedido de liminar, objetivando a declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 13.224/2015, por ter incluído, na Lei nº 8.971/2004, o artigo 55-A, possibilitando que servidores estatutários e efetivos do Estado da Bahia, oriundos de quaisquer dos poderes que se encontrem à disposição da Assembleia Legislativa pelo período de 10 anos, fiquem automaticamente redistribuídos e lotados, em caráter permanente, no corpo funcional do Poder legislativo, “*assegurando-lhes todas as vantagens e reajustes aplicáveis à categoria*”.

A Lei objurgada, de nº 13.224/2015, relatou e redistribuiu servidores ao arremio dos arts. 14 e 77 da Constituição Estadual baiana, que estabelece a forma de ingresso de servidores nos quadros do Poder Público.

Diante desse quadro flagrantemente inconstitucional, verifica-se que o citado artigo 55-A, da Lei Estadual nº 8.971/2004, ultrapassou todos os limites regulamentares relativos à organização e ao funcionamento do próprio Legislativo, que conta com autorização constitucional específica, nos termos do artigo 51, IV, c/c artigo 52, XII, da CF/88, c/c art. 71, I e II, da Constituição do Estado da Bahia, ao dispor sobre regime jurídico, formas de provimento de cargos e estabilidade de servidores públicos, matérias inseridas na competência do Poder Executivo, conforme o disposto no art. 61, § 1º, II, “c”, da Constituição Federal de 1988.

Consequentemente, não tendo sido instaurado, por iniciativa do Governador do Estado, o processo legislativo que culminou na inclusão do artigo 55-A na Lei Estadual nº 8.971/2004, demonstrado está, de forma inequívoca, a inconstitucionalidade formal da Lei Estadual nº 13.224/2015, merecendo, portanto, ser extirpada do ordenamento jurídico.

Como bem demonstrado na petição inicial e no parecer ministerial, é cediço que, no Brasil, o processo legislativo disciplinado na Constituição Federal constitui um amplo conjunto de normas de reprodução obrigatória no âmbito dos Estados-membros, em atenção ao princípio da simetria contida no artigo 25, § 1º, da Carta Magna, que dispõe que são reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição.

Nesse sentido, é imperiosa a observância do modelo legislativo federal em sede estadual, especialmente no que tange às hipóteses de reserva de iniciativa, uma vez que as mesmas preconizam a separação dos poderes, princípio de natureza fundamental ao qual se vinculam compulsoriamente todos os entes políticos da Federação.

Isso significa que todos esses entes precisam observar os princípios consagrados em nossa Carta Magna, notadamente no que tange à harmonia e independência entre os poderes, impedindo a intromissão de um poder na esfera de outro, sob pena de os atos editados por um incidirem em grave inconstitucionalidade formal.

As hipóteses de desrespeito à esfera de competência de outro Poder levam à inconstitucionalidade formal do ato normativo, impondo a declaração de nulidade total como expressão técnico-legislativa, constando abaixo o precedente proibitivo ocorrido no Estado da Bahia, no qual o Supremo Tribunal Federal reconheceu, no julgamento da ADI nº 112, a inconstitucionalidade de disposição contida na Carta Estadual que assegurava a efetivação de servidores em desvio de função, contrariando, assim, o artigo 37, inciso II, da Constituição Federal. *Verbis*:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 41, XVI, DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DA BAHIA, BEM ASSIM DOS ARTS. 1, 12, 14, 19 E 22 DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS DA MESMA CONSTITUIÇÃO, E, AINDA, NO ART. 3. DE SEU ADCT, DAS EXPRESSÕES: “A CUJOS PROCURADORES AUTÁRQUICOS E FUNDACIONAIS E SERVIDORES ESTADUAIS, BACHARÉIS EM DIREITO, QUE ALI EXERÇAM ATRIBUIÇÕES DE NATUREZA JURÍDICA NA DATA DA PROMULGAÇÃO DESTA CONSTITUIÇÃO, E GARANTIDA, SEMPRE, ISONOMIA DE VENCIMENTOS E VANTAGENS COM OS PROCURADORES DO ESTADO”; BEM COMO, NO ART. 8., DO REFERIDO ADCT, DAS EXPRESSÕES: “RELATIVO AS CARREIRAS DISCIPLINADAS NO CAPÍTULO IV DO TÍTULO IV DESTA CONSTITUIÇÃO”. 2. INCONSTITUCIONALIDADE DO INCISO XVI DO ART. 41 DA CONSTITUIÇÃO BAIANA. NÃO É POSSÍVEL, NO ÂMBITO DA LEGISLAÇÃO ESTADUAL, ASSEGURAR AOS FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS “RECONHECIMENTO DAS CONVENÇÕES E ACORDOS COLETIVOS DE TRABALHO”, POR SE TRATAR DE DIREITO RESERVADO AOS TRABALHADORES PRIVADOS QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL, NÃO QUIS, DE EXPRESSO, INCLUIR NO ROL DOS DIREITOS DOS TRABALHADORES CONSTANTES DE SEU ART. 7., APLICÁVEIS AOS FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS CIVIS DA UNIÃO, ESTADOS, DISTRITO FEDERAL E MUNICÍPIOS, NOS TERMOS DO PARÁGRAFO 2. DO ART. 39 DA LEI MAIOR. CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ARTS. 37; 61, PAR.1., INCISO II, LETRAS A E C, E ART. 169, PARÁGRAFO ÚNICO, INCISOS I E II. 3. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1. DO ADCT DA CARTA BAIANA, AO DISPOR SOBRE ESTABILIDADE DE EMPREGADOS DAS EMPRESAS PÚBLICAS E SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA. OFENSA AOS ARTS.

22, I, E 37, II, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. O ART. 19 DO ADCT DA CONSTITUIÇÃO DE 1988 TEM ABRANGÊNCIA LIMITADA AOS SERVIDORES CIVIS DA UNIÃO, DOS ESTADOS, DO DISTRITO FEDERAL E DOS MUNICÍPIOS, ENTRE ELES NÃO SE COMPREENDENDO OS EMPREGADOS DE EMPRESAS PÚBLICAS E SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA. CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ARTS. 39 E 173, PAR.1.. 4. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 12 DO ADCT DA CONSTITUIÇÃO DA BAHIA, AO ASSEGURAR AOS SERVIDORES ESTADUAIS ESTÁVEIS, EM DESVIO DE FUNÇÃO, ENQUADRAMENTO NO CARGO CORRESPONDENTE À ATIVIDADE QUE DE FATO VENHAM DESEMPENHANDO, HÁ MAIS DE DOIS ANOS, DESDE QUE TENHAM QUALIFICAÇÃO, INCLUSIVE DIPLOMA, QUANDO NECESSÁRIO, PARA O EXERCÍCIO. OFENSA AO ART. 37, II, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DISTINÇÃO ENTRE ESTABILIDADE E EFETIVIDADE. O SÓ FATO DE O FUNCIONÁRIO PÚBLICO, DETENTOR DE UM CARGO, SER ESTÁVEL NÃO É SUFICIENTE PARA O PROVIMENTO EM OUTRO CARGO, SEM CONCURSO PÚBLICO. 5. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 14 DO ADCT DA CONSTITUIÇÃO DA BAHIA. A MATÉRIA RELATIVA AO PROVIMENTO DE SERVIDORES, BACHARÉIS EM DIREITO, NO EXERCÍCIO DE FUNÇÕES DE DEFENSOR PÚBLICO, EM CARGO DA CARREIRA DESSA DENOMINAÇÃO, PREVISTA NO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 134 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ESTA REGULADA, QUANTO À EXCEPCIONALIDADE QUE O CONSTITUINTE ENTENDEU DE CONFERIR-LHE, NO ART. 22 DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS, DA CARTA POLÍTICA DE 1988. NÃO É POSSÍVEL A CONSTITUIÇÃO ESTADUAL DAR-LHE COMPREENSAO MAIS AMPLA. CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ART. 37, II. NÃO CABERIA, TAMBÉM, A MERA EQUIPARAÇÃO DOS SERVIDORES PREVISTOS NA NORMA IMPUGNADA AOS DEFENSORES PÚBLICOS, PARA EFEITO DE REMUNERAÇÃO, DIANTE DA NORMA DO ART. 37, XIII, DA LEI MAGNA DA REPÚBLICA. 6. INVALIDADE DO ART. 19 DO ADCT DA CONSTITUIÇÃO DA BAHIA. OFENSA AO ART. 37, II, E 236 E PARÁGRAFO 3., DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PROVIMENTO DE CARGOS DE TITULAR DE ESCRIVANIAS JUDICIAIS E EXTRAJUDICIAIS. INVIABILIDADE DE EQUIPARAÇÃO DE VENCIMENTOS, A TEOR DO ART. 37, XIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, SALVO NAS HIPÓTESES NELA PREVISTAS. 7. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 22 DO ADCT DA CONSTITUIÇÃO DA BAHIA. NÃO CABE A LEGISLAÇÃO ESTADUAL DISPOR SOBRE A EXTENSÃO DA ISONOMIA DAS CARREIRAS A QUE SE REFERE O ART. 135 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. EXEGESE DESSA NORMA CONSTITUCIONAL ADOTADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, A PARTIR DO JULGAMENTO DA ADIN N. 171-MG. CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ART. 37, XIII. 8. INCONSTITUCIONALIDADE DAS EXPRESSÕES DESTACADAS DO ART. 3. DO ADCT DA CONSTITUIÇÃO DA BAHIA. OFENSA AOS ARTS. 37, XIII, E 61, PAR.1., INCISO II, LETRA C, AMBOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. EQUIPARAÇÃO VEDADA DE VENCIMENTOS. NÃO CABE, TAMBÉM, A CONSTITUIÇÃO ESTADUAL ESTABELECER NORMA QUE, SE FOSSE MATERIALMENTE VÁLIDA, SERIA DE INICIATIVA PRIVATIVA DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO. 9. INVALIDADE DAS EXPRESSÕES DESTACADAS CONSTANTES DO ART. 8. DO ADCT DA CONSTITUIÇÃO DA BAHIA. ISONOMIA VEDADA DE CARGOS DE PERITOS CRIMINALÍSTICOS E MÉDICOS-LEGAIS COM AS CARREIRAS JURÍDICAS DO MINISTÉRIO PÚBLICO, PROCURADORES DO ESTADO, DEFENSORES PÚBLICOS E DELEGADOS DE POLÍCIA. OFENSA AO ART. 37, XIII, DA CONSTITUIÇÃO. 10. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE PROCEDENTE.” (STF, ADI nº 112/BA, Tribunal Pleno, Relator: Min. NÉRI DA SILVEIRA, Data de Julgamento: 24/08/1994, Data de Publicação: DJ 09/02/1996).

Neste cerne, ao afirmar que a Lei em questão produziu efeitos concretos e relações jurídicas plenamente constituídas e definitivamente cristalizadas, a Requerida parece esquecer que a Lei supra aludida afronta sobremaneira o art. 37, II, da CF/88, que exige concurso público de provas ou de provas e títulos como condição para a investidura em cargo ou emprego público. Em outras palavras, a citada Lei permite autêntica modalidade de provimento derivado horizontal,

semelhante à transferência de que cuida o art. 8º, IV, da Lei Federal nº 8.112/90, instituto cuja constitucionalidade foi reiteradas vezes rechaçada pelo Supremo Tribunal Federal.

Na decisão monocrática de nossa autoria, suspendendo, *in limine*, a vigência da Lei em comento, fica evidente que, preliminarmente, o art. 61, § 1º, II, “c”, da Constituição Federal foi violado, haja vista a inconstitucionalidade por vício de iniciativa da Lei acima citada, aplicado às Cartas Estaduais por força do princípio da simetria.

Por força ainda desse princípio, as disposições constitucionais dos artigos 51, IV, e 52, XII, da Constituição Federal, atribuem às Assembleias Legislativas idênticas competências, ou seja, competências para regular as questões atinentes aos seus próprios serviços internos, nelas inseridas o poder de dispor sobre sua organização e funcionamento.

No caso específico do Estado da Bahia, essa autorização constitucional se encontra no art. 71, I e III, de nossa Carta Estadual, especificamente os de criar, transformar ou extinguir cargos, empregos e funções dos serviços na sua administração direta, autárquica ou fundacional, bem como fixar e modificar, mediante lei de sua iniciativa, as respectivas remunerações, observados os parâmetros estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias.

Do ponto de vista material, a Lei Estadual nº 13.244/2015 ignorou toda a sistemática prevista pela Constituição Federal e pela Constituição Estadual para o preenchimento de cargos e empregos públicos, já que, em vez de concurso, instituiu modalidade de provimento derivado horizontal que possibilita que servidores de outros poderes sejam transferidos, sem concurso, para o corpo funcional da Assembleia Legislativa.

Segundo o renomado jurista José Afonso da Silva,

“A independência dos poderes significa: a) que a investidura e a permanência das pessoas num dos órgãos do governo não dependem da confiança nem da vontade dos outros; b) que, no exercício das atribuições que lhes sejam próprias, não precisam os titulares consultar os outros nem necessitam de sua autorização; c) que, na organização dos respectivos serviços, cada um é livre observado as disposições Constitucionais e legais (in curso de Direito Constitucional Positivo. 10ª ed. São Paulo: Malheiro 19 55, p. 111).

Nesse sentido também já decidiu o Supremo Tribunal Federal:

“O desrespeito à prerrogativa de iniciar o processo de positivação do direito, gerado pela usurpação do poder sujeito à cláusula de reserva, traduz vício jurídico de gravidade inquestionável, cuja ocorrência reflete típica hipótese de inconstitucionalidade formal, apta a informar, de modo irreversível, a própria integridade do ato legislativo eventualmente editado”. (DJ.28/197, p. 62.216).

In casu, como bem demonstrou a Autora, os comandos referidos representam invasão indebita do Poder Legislativo em matéria legal de indiscutível competência do Poder Executivo Estadual, contrariando, assim, o artigo 77, incisos II e IV, da Constituição do Estado da Bahia, que dispõem que o projeto de lei sobre criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta, autárquica e fundacional ou aumento de remuneração, organização administrativa e serviços públicos são reservados à iniciativa exclusiva do Chefe do Executivo, não cabendo à Assembleia Legislativa a iniciativa de leis sobre as matérias acima referidas.

Com efeito, o Poder Legislativo estadual apresentou e aprovou projeto de lei cuja matéria competia e compete, privativamente, ao Poder Executivo, violando, por conseguinte, o princípio da simetria e o da separação dos poderes.

Realmente, o que mais deseja a Assembleia é a confirmação dos atos praticados ao arrepio das Constituições Federal e Estadual, já que a declaração tardia da lei que ela mesma confessa ser inconstitucional concretiza os atos praticados, de forma que a citada Lei, a partir de então, não mais será aplicada.

A propósito, nesse sentido, em caso semelhante e referente a uma lei municipal cuja competência seria do executivo, assim decidiu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI MUNICIPAL. INICIATIVA PRIVATIVA DO PODER EXECUTIVO. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. VICIO DE INICIATIVA CARACTERIZADO. INCONSTITUCIONALIDADE JULGADA PROCEDENTE. UNÂNIME. (TJRS, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 70043591874, Tribunal Pleno, Relator Des. VICENTE BARRÓCO DE VASCONCELOS, julgado em 05/03/2012).

Diante do exposto, supondo – apenas para argumentar –, que seja mantida a possibilidade de se redistribuir e relatar servidores à disposição de determinado poder (embora os servidores tenham ingressado no serviço público por concurso ou por disposição constitucional para outro poder diverso do que os quer redistribuir ou relatar) seria permitir que todas as Assembleias Legislativas do país transferissem para os seus quadros servidores ocupantes de cargos diversos da sua carreira originária, sem que tenham sido aprovados no respectivo concurso.

Sendo assim, a lei impugnada através desta ADI é formal e materialmente inconstitucional.

Todavia, entendo que o caso dos autos merece modulação dos efeitos.

Como cediço, a distinção que se faz, entre eficácia normativa e eficácia vinculante, é importante para compreender e justificar a legitimidade da modulação dos efeitos da decisão.

Desenganadamente, consoante escreveu, em forma lapidar, o Ministro TEORI ZAVASCKY (Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional, Revista dos Tribunais, 4ª Edição, p. 68):

Realmente, a eficácia *ex tunc* é a que se opera no plano do ordenamento jurídico, ou seja, a que diz respeito à validade ou invalidade da norma e, portanto, à sua manutenção ou à sua exclusão do sistema normativo. Já a eficácia executiva (que se pode também denominar instrumental) está relacionada às consequências da decisão no plano da realidade prática, ou seja, do comportamento que, em decorrência da declaração judicial da validade ou da invalidade da norma, deverão adotar daí em diante os seus destinatários, especialmente as autoridades administrativas e judiciais submetidas ao seu efeito vinculante. Bem se vê, portanto, que a eficácia executiva e o efeito vinculante que lhe dá sustento, atuam prospectivamente, não retroativamente. Daí porque a decisão que declara, *ex tunc*, a invalidade de uma norma, embora imponha a sua exclusão do ordenamento jurídico, não acarreta, imediatamente, a invalidade ou a rescisão de todos os atos jurídicos, formados com base na lei inconstitucional.

Decerto, foram essas as razões que levaram o legislador a inovar, em relação à ação direta, permitindo a limitação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, consoante prevê o artigo 27 da Lei nº 9.868/1999:

Art. 27 – Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

No julgamento da ADI 3.462/PA, sendo Relatora a Min. CARMEM LÚCIA, o STF decidiu que “o sistema pátrio comporta a modulação de efeitos, sem que isso signifique violação ao texto constitucional, afirmando que a sua adoção decorreria da ponderação entre o Estado de Direito na sua expressão legalidade e na vertente segurança jurídica”.

Em artigo intitulado “Limitações de efeitos no sistema difuso e a aplicação do art. 27 da Lei 9.868/99: algumas notas”, publicado em Estudos de Direito Constitucional, p. 42/43, ensina Gilmar Mendes:

Com base no princípio constitucional da segurança jurídica, é razoável que o próprio STF declare a inconstitucionalidade com eficácia *ex nunc* na ação direta, ressaltando, porém, os casos concretos já julgados ou, em determinadas situações, até mesmo os casos *sub judice*, até a data do ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade. Assim, adota-se adequada solução para o difícil problema da convivência entre dois modelos de controle de constitucionalidade existentes no direito brasileiro, também no que diz respeito à técnica de decisão. O Supremo Tribunal Federal já teve várias oportunidades de discutir a aplicação do art. 27 da Lei nº 9.868/99 no âmbito do controle incidental ou concreto de normas e demonstrar que a declaração de inconstitucionalidade in concreto também se mostra passível de limitação de efeitos. Portanto, não parece haver dúvida de que, tal como já exposto, a limitação de efeito é apanágio do controle judicial de constitucionalidade, podendo ser aplicado tanto no controle direto quanto no controle incidental.

Por igual, o entendimento de Alexandre de Moraes, **“é permitida a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, seja em relação à sua amplitude, seja em relação aos seus efeitos temporais, desde que presentes os dois requisitos constitucionais: a) o requisito formal: decisão da maioria de dois terços de membros do Tribunal; b) requisito material: presença de razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social”** (Constituição do Brasil Interpretada, Editora Atlas).

Nessa mesma linha de inteligência, ensina, mais uma vez, Gilmar Mendes (STF - AC 189/SP, Diário da Justiça, Seção I, p. 14), **“razões de segurança jurídica podem obstar a revisão do ato praticado com base na lei declarada inconstitucional. Nessas hipóteses, avalia-se, igualmente, que, tendo em vista razões de segurança jurídica, a supressão da norma poderá ser mais danosa para o sistema do que a sua preservação temporária”**.

Esse posicionamento exprime preocupação com a segurança jurídica e com o interesse social, pois os efeitos da declaração de inconstitucionalidade deverão, normalmente, ser somente **“pro futuro”**, não afetando, imediatamente, atos realizados com fundamento na lei, antes que principiasse a eficácia da invalidação, pois, conforme salientava Hans Kelsen, em Teoria Pura do Direito, citado por Alexandre de Moraes, **“uma norma jurídica, em regra, somente é anulada com efeitos para o futuro, de forma que os efeitos já produzidos que deixar para trás permanecem intocados”**.

Volto ao saudoso Ministro TEORI ZAVASCKY (obra citada, p. 69/70):

Assim entendida a questão, fica reafirmada a doutrina que sustenta a nulidade da norma inconstitucional e a natureza declaratória da sentença que a reconhece. Não infirma tal doutrina, de modo algum, a modulação dos efeitos, seja ela a decorrente de lei, seja a imposta pelo STF, com base no art. 27 da Lei nº 9.868/1999. Tal dispositivo não inibe a eficácia normativa da declaração; pelo contrário, tem como pressuposto justamente que a lei inconstitucional é nula e continua nula no plano do ordenamento, e que os atos com base nela praticados somente podem ser mantidos em virtude de outros valores circunstancialmente prevalentes, ou seja, as razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social. Ao manter a eficácia desses atos, em face dos referidos valores, o Supremo não estará declarando que foram atos válidos, nem está criando uma norma nova – que só poderia ser de hierarquia constitucional – para validar atos inconstitucionais. O que o Supremo faz, ao preservar determinado status quo formado irregularmente, é típica função de juiz. Ao modular os efeitos da sentença, cumpre enfatizar, o STF não atua no plano da eficácia normativa, já que não nega a nulidade *ex tunc* da norma declarada inconstitucional; atua, sim, no plano da eficácia executiva da sua decisão para impor limites às consequências da sua declaração.

E prossegue:

Diante de fatos consumados, irreversíveis ou de reversão possível, mas comprometedoras de outros valores constitucionais, só resta ao julgador – e esse é o seu papel – ponderar os bens jurídicos em conflito e optar pela providência menos gravosa ao sistema de direito, ainda quando ela possa ter como resultado o da manutenção de uma situação originariamente ilegítima. Em ca-

sos tais, a eficácia retroativa da sentença de nulidade importaria a reversão de um estado de fato, muitas vezes, sem culpa do interessado, que sofreria prejuízo desmesurado e desproporcional.

E, ao final, conclui:

Tendo de dirimir esse conflito, o STF faz prevalecer o bem jurídico que considera mais relevante nas circunstâncias concretas, ainda que isso importe a manutenção de atos ou situações formadas com base em lei que se pressupunha válida, mas que era nula.

Deveras, a modulação dos efeitos das sentenças declaratórias de inconstitucionalidade é orientação que se observa como tendência no direito comparado, a exemplo da Alemanha, Itália, Portugal e Estados Unidos.

No caso dos autos, entendo presentes os requisitos pertinentes às razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, e, até mesmo, da boa-fé objetiva.

Isso porque, como bem salientado pelos Procuradores da Assembleia Legislativa da Bahia, quando o Ministério Público ingressou com esta ADI: 1 – todos os servidores atingidos pela Lei impugnada já tinham sido lotados no Poder Legislativo; 2 – já integravam a estrutura do Estado da Bahia, postos à disposição da Assembleia Legislativa, alguns com 15, 20 e até 30 anos; 3 – referidos servidores estão inseridos na dotação orçamentária do Poder Legislativo, que assume, de há muito, todos os ônus financeiros; 4 – são originariamente servidores efetivos e concursados, ainda que do Poder Executivo; 5 – A reversão imediata e automática com a declaração de inconstitucionalidade pode resultar na devolução dos mesmos ao Poder Executivo, com risco concreto e iminente de redução dos vencimentos, ferindo, em tese, o princípio constitucional que trata de sua irredutibilidade; 6 – todos eles têm o seu orçamento familiar e sua vida pessoal e profissional organizada com os vencimentos que por longos anos percebem, inclusive com parcelas a eles incorporadas, que, acaso reduzidos, podem trazer consequências imprevisíveis; 7 – o sistema previdenciário, ainda vigente no País, é contributivo, ou seja, o servidor público se aposenta de acordo com o tempo de contribuição e com base nos valores recolhidos; e, finalmente, a Procuradoria Geral do Estado, ao se manifestar, pugnou pela modulação, com aplicação de efeitos *ex nunc*.

Assim, a supressão, pura e simples, da norma poderá ser mais danosa para o Estado da Bahia, para a Assembleia Legislativa e para os servidores, do que a sua preservação, ainda que temporária.

Com essas considerações, diante do manifesto conflito entre valores constitucionais da mesma hierarquia; de um lado, a nulidade do ato; de outro, o sério comprometimento da segurança jurídica ou de excepcional interesse social, ou, ainda, da boa-fé, considero mais relevante, nas circunstâncias do caso concreto, imprimir efeitos *ex nunc*, com a manutenção do *status quo*, até o trânsito em julgado desta Ação Direta de Inconstitucionalidade, possibilitando à Assembleia Legislativa recorrer ao STF, visando defender as teses que sustenta, qual seja, a constitucionalidade da lei impugnada.

Assim também, deve ser efetuada a modulação dos efeitos para assegurar, aos servidores atingidos pela lei objeto da ADI, os salários correspondentes aos cargos para os quais ingressaram no serviço público estadual acrescidos das vantagens adquiridas ao longo do tempo e a eles incorporados.

Portanto, resta clara a inconstitucionalidade da Lei nº 13.224/2015 da Assembleia Legislativa da Bahia, razão pela qual **VOTO** no sentido de **JULGAR PROCEDENTE** a presente ação, declarando-se a inconstitucionalidade, em seus aspectos formais e materiais, da Lei Estadual nº 13.224/2015, acima referida, com efeitos *ex nunc* e consequente manutenção do *status quo*, até o trânsito em julgado desta Ação Direta de Inconstitucionalidade, com base nos fundamentos retro expostos.

No mais, procede-se à modulação dos efeitos da decisão para assegurar, aos servidores atingidos pela Lei nº 13.224/2015, os salários correspondentes aos cargos para os quais ingressaram

no serviço público estadual acrescidos das vantagens adquiridas ao longo do tempo e a eles incorporados.

TJBA – Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0007133-25.2016.8.05.0000, Tribunal Pleno, Relator(a): Des. Mário Augusto Albiani Alves Junior, julgado em 01/02/2017.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO. ARTS. 3º, 4º E 5º, DA LEI ESTADUAL Nº 11.374/09. AUSÊNCIA DE ATO REGULAMENTADOR DA PROGRESSÃO E PROMOÇÃO DE SERVIDORES PÚBLICOS. OBRIGATORIEDADE. VIOLAÇÃO DIRETA AOS ARTS. 105, V, DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL E ART. 39, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PROCEDÊNCIA. ATRIBUIÇÃO DE PRAZO RAZOÁVEL PARA A EDIÇÃO DE NORMA REGULAMENTADORA.

A Constituição do Estado da Bahia estabelece em seu art. 105, inciso V, a competência privativa do Governador do Estado para expedir decretos e regulamentos para a fiel execução das leis.

O Poder Regulamentar guarda viés de obrigatoriedade quando a lei pender de regulamentação para a sua correta aplicação, não podendo nesta hipótese o Poder Público se escusar de editar regulamento, sob pena de inconstitucionalidade nesse ato omissivo, haja vista que, em última análise, seria o mesmo que atribuir ao Poder Executivo o poder de legislação negativa em contrário, permitindo que a sua inércia tenha o condão de estancar a aplicação da lei, ofendendo a estrutura dos Poderes da República.

A Lei Estadual nº 11.374/09 alterou a estrutura remuneratória das carreiras de Analista e Técnico de Infraestrutura de Transporte, de Analista e Técnico de Registro de Comércio, de Analista e Técnico de Radiodifusão, Médico Veterinário, Médico, Assistente de Serviço Social, Assistente Social, Assistente de Serviço de Saúde, Enfermeiro, Técnico Auxiliar em Nutrição e Dietética, Nutricionista, Odontólogo, Psicólogo e Terapeuta Ocupacional, do Grupo Ocupacional Técnico-Específico, bem como da carreira de Jornalista e das carreiras do Grupo Ocupacional Técnico Administrativo. Os arts. 3º, 4º e 5º da legislação estadual dispõem acerca do desenvolvimento nas referidas carreiras, dispondo acerca dos critérios para progressão e promoção.

O art. 7º, do mesmo diploma legislativo, por sua vez, prevê a criação de regulamento que estabelecerá o sistema de pontuação dos critérios, bem como os requisitos e os procedimentos para o desenvolvimento nas carreiras, de forma que a omissão do referido decreto regulamentador configura patente inconstitucionalidade por omissão.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 39, prevê a obrigatoriedade dos entes federativos em instituírem regime jurídico único com planos de carreira para os servidores da administração pública direta, suas autarquias e fundações públicas. O Supremo Tribunal Federal já consolidou o entendimento através da ADI 231/RJ, no sentido de que sem a existência de promoção, não há que se falar também em carreira, mas sim uma sucessão ascendente de cargos isolados, o que é vedado constitucionalmente.

A instituição de plano de carreira constitui efetiva valorização do servidor público, direito este garantido constitucionalmente, e a ausência de regulamentação nesse sentido cristaliza a existência de inconstitucionalidade por omissão, devendo a presente ação ser julgada procedente.

Em hipóteses tais, a decisão não deve ater-se ao simples reconhecimento da inconstitucionalidade por omissão, mas sim fixar também um prazo para que a autoridade competente dê início à elaboração do ato regulamentador destinado

à correção da omissão, como forma inclusive de garantir a efetividade do provimento jurisdicional.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº **0007133-25.2016.8.05.0000** em que figura como autora a **PROCURADORA GERAL DE JUSTIÇA** e réu o **GOVERNADOR DO ESTADO DA BAHIA**.

ACORDAM os Desembargadores integrantes do Tribunal Pleno do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade de votos, em **julgar procedente a ação**, pelas razões adiante alinhadas.

RELATÓRIO

Trata-se de **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE** ajuizada pela **PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA**, com fundamento no art. 138, IV, da Constituição Estadual c/c art. 86, inciso I, da Lei Complementar nº 11/96 e art. 25, I, da Lei nº 8.625/93, em face do Exmo. Sr. **GOVERNADOR DO ESTADO DA BAHIA**, requerendo seja reconhecida omissão inconstitucional, nos termos da petição inicial de fls. 02/10 e documentos de fls. 11/206v.

Alega a inexistência de norma regulamentadora acerca do sistema de pontuação dos critérios definidos pela Lei Estadual nº 11.374/09 em seus arts. 3º, 4º e 5º, bem como acerca dos requisitos de participação em processos e procedimentos exigidos para o desenvolvimento nas carreiras de Auxiliar Administrativo e Técnico-Administrativo do Grupo Ocupacional Técnico-Administrativo, de Técnico em Infraestrutura de Transportes, Técnico em Registro do Comércio, Técnico em Radiodifusão, Técnico Auxiliar de Nutrição e Dietética, Assistente de Serviço Social e Assistente de Serviço de Saúde do Grupo Ocupacional Técnico-científico.

Sustenta que a referida inexistência de norma está em desacordo com os arts. 37, V; art. 37, XXII; art. 39, §§ 1º, 2º e 8º; art. 93, I; art. 128, §§ 1º e 3º; art. 132; art. 134; e art. 206, V, todos da Constituição Federal de 1988.

Salienta que compete privativamente ao Governador do Estado a expedição de decretos e regulamentos para o fiel cumprimento das leis, nos termos do art. 105, V, da Constituição do Estado da Bahia.

Aduz que a referida Lei Estadual foi objeto de regulamentação através do Decreto Estadual nº 14.488, de 23 de maio de 2013, entretanto, apenas regulamentou a progressão e a promoção da carreira de Analista Técnico do Grupo Ocupacional Técnico-Administrativo, restando todas as demais carreiras ainda carentes de regulamentação.

Requer seja julgada procedente a demanda e, por conseguinte, declarada a mora legislativa parcial quanto à regulamentação dos arts. 3º, 4º e 5º, da Lei Estadual nº 11.374/09, sendo dada ciência ao Governador do Estado da Bahia para adoção das providências necessárias a sanar a omissão, no prazo de 30 (trinta) dias.

O Procurador Geral do Estado da Bahia interveio no feito às fls. 215/217, alegando que não merece procedência o pedido formulado na exordial face à ausência de omissão do poder público em editar medida para tornar efetiva norma constitucional, haja vista que, apesar de ser garantido o plano de carreira aos servidores públicos, não há norma constitucional que determine o dever de legislar sobre o modo em que se efetuará a avaliação de desempenho para fins de promoção por merecimento.

O Exmo. Sr. Governador do Estado, em manifestação às fls. 221/222, alega que não há que se falar em inconstitucionalidade por omissão do poder público em editar medida para tornar efetiva norma constitucional, mormente se considerado que já fora promulgada lei estadual que prevê a promoção da carreira dos servidores destacados, principalmente em razão do juízo de conveniência e oportunidade da Administração Pública para a promoção de servidores.

A douta Procuradoria de Justiça ofertou parecer às fls. 228/232, pugnando pela procedência da ação.

Após o pedido de pauta por esse julgador, o Estado da Bahia atravessou petição (fls. 238/246) informando a existência de fato superveniente com a aprovação da PEC 241 pela Câmara dos Deputados.

Em cumprimento ao art. 931, do CPC, restituiu os autos à Secretaria, com relatório, ao tempo em que, solicito dia para julgamento.

VOTO

O cerne da presente demanda é a existência de inconstitucionalidade por omissão decorrente da ausência de regulamentação dos arts. 3º, 4º e 5º, da Lei Estadual nº 11.374/09.

O Eminentíssimo Ministro Gilmar Mendes, em seu *Curso de Direito Constitucional*, leciona que:

[...] o reconhecimento de inconstitucionalidade por omissão é relativamente recente. [...] O constituinte brasileiro de 1988 emprestou significado ímpar ao controle de constitucionalidade da omissão com a instituição dos processos de mandado de injunção e da ação direta de inconstitucionalidade da omissão. Como essas inovações não foram precedidas de estudos criteriosos e de reflexões mais aprofundadas, afigura-se compreensível o clima de insegurança e perplexidade que acabaram por suscitar nos primeiros tempos¹

Ao abordar o histórico da inconstitucionalidade por omissão na Corte Constitucional alemã, o doutrinador registrou que:

[...] a jurisprudência da Corte Constitucional alemã identificou, muito cedo, que configura omissão inconstitucional não só o inadimplemento absoluto de um dever de legislar (omissão total), mas também a execução falha, defeituosa ou incompleta desse mesmo dever (omissão parcial). Assentou-se, igualmente, que a lacuna inconstitucional poderia decorrer de uma mudança nas relações fáticas, configurando para o legislador imediato dever de adequação. A identificação da omissão inconstitucional do legislador, no juízo de constitucionalidade, tornava imperioso o desenvolvimento de novas técnicas de decisão, que se afigurassem adequadas a eliminar do ordenamento jurídico essa peculiar forma de afronta à Constituição, sem violentar a própria sistemática constitucional consagrada na Lei Fundamental. A Corte Constitucional recusou, de plano, a possibilidade de substituir-se ao legislador na colmatação das lacunas eventualmente identificadas, entendendo que a tarefa de concretização da Constituição foi confiada, primordialmente, ao legislador. Assim, tanto o princípio da divisão de Poderes, quanto o postulado da democracia obstavam a que os Tribunais se arrogassem ao direito de suprir lacunas eventualmente identificadas. Essa orientação fez com que o Tribunal desenvolvesse, como técnica de decisão aplicável aos casos de lacuna inconstitucional, a declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade (Unvereinbarerklrung). Trata-se de decisão de caráter mandamental, que obriga o legislador a suprimir, com a possível presteza, o estado de inconstitucionalidade decorrente da omissão. Essa forma de decisão, construída pela jurisprudência, foi incorporada à lei que disciplina o processo perante a Corte Constitucional. Outra técnica de decisão, desenvolvida sobretudo para os casos de omissão inconstitucional, é o apelo ao legislador (Appellentscheidung), decisão na qual se afirma que a situação jurídica em apreço ainda se afigura constitucional, devendo o legislador empreender as medidas requeridas para evitar a consolidação de um estado de inconstitucionalidade.

Segundo a lição do citado autor “a omissão legislativa inconstitucional pressupõe a inobservância de um dever constitucional de legislar, que resulta tanto de comandos explícitos da lei Magna como de decisões fundamentais da Constituição identificadas no processo de interpretação”, de forma

¹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo. Saraiva. 2015. p. 1069/1070

que “tem-se omissão absoluta ou total quando o legislador não empreende a providência legislativa reclamada”².

Assim, pode-se dizer que considera-se inconstitucionalidade por omissão quando inexistente regulamentação tendente a concretizar norma constitucional.

Em que pese a eminente Procuradora Geral de Justiça fundamentar suas razões em omissão parcial, verifica-se na hipótese se tratar de omissão total, uma vez que inexistente qualquer regulamentação relativa às carreiras transcritas na exordial, fato este inclusive corroborado pela Procuradoria Geral do Estado em opinativo jurídico que acompanha a exordial às fls. 151 e seguintes, conforme se verifica:

“No que se refere ao desenvolvimento nas carreiras de Auxiliar Administrativo e Técnico Administrativo, em que pese a Lei nº 11.374/2009 ter trazido os fatores a serem aferidos para promoção (art. 5º), o art. 7º do sobredito diploma expressamente previu a necessidade de edição de regulamento para estabelecer o sistema de pontuação, os requisitos de participação e o procedimento [...] Destaca-se que até o momento não foi editado regulamento específico para promoção das carreiras de Auxiliar e Técnico Administrativo. O Decreto nº 14.488/2013, invocado pelos Requerentes, expressamente regulamentou a progressão da carreira de Analista Técnico, não se aplicando, portanto às demais carreiras do Grupo Técnico-Administrativo [...]”

Vê-se, portanto, que não há óbice à veiculação da pretensão através da presente ação direta de inconstitucionalidade por omissão, uma vez que o fundamento da ação é justamente a inexistência de regulamento acerca da progressão e promoção nas carreiras descritas na inicial. Desta forma, mister a análise criteriosa acerca da existência de inconstitucionalidade da referida omissão para aferir a procedência ou improcedência da presente demanda.

Antes, contudo, é necessário fixar as premissas constitucionais que envolvem a presente análise.

A Constituição do Estado da Bahia estabelece em seu art. 105, inciso V, a competência privativa do Governador do Estado para expedir decretos e regulamentos para a fiel execução das leis. *In verbis*:

Art. 105 - Compete privativamente ao Governador do Estado:

(...)

V - sancionar, promulgar, vetar, fazer publicar as leis e, para sua fiel execução, expedir decretos e regulamentos;

A expedição de regulamento está relacionada ao exercício do Poder Regulamentar, o qual é inerente ao Poder Executivo, sobre o qual recai o *munus* de adotar as medidas necessárias ao fiel cumprimento da lei. Acerca do tema, assim preleciona Geraldo Ataliba³:

Consiste o chamado poder regulamentar na faculdade que ao Presidente da República – ou chefe do Poder Executivo, em geral, Governador e Prefeito – a Constituição confere para dispor sobre medidas necessárias ao fiel cumprimento da vontade legal, dando providências que estabeleçam condições para tanto. Sua função é facilitar a execução da lei, especificá-la de modo praticável e, sobretudo, acomodar o aparelho administrativo, para bem observá-la (...)

O Poder Regulamentar guarda viés de obrigatoriedade quando a lei pender de regulamentação para a sua correta aplicação, não podendo nesta hipótese o Poder Público se escusar de editar regulamento, sob pena de inconstitucionalidade nesse ato omissivo, haja vista que, em úl-

² Ibid. p. 1070.

³ ATALIBA, Geraldo. *Decreto Regulamentar no Sistema Brasileiro*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, 1969, p. 23.

tima análise, seria o mesmo que atribuir ao Poder Executivo o poder de legislação negativa em contrário, permitindo que a sua inércia tenha o condão de estancar a aplicação da lei, ofendendo a estrutura dos Poderes da República.

José dos Santos Carvalho Filho assim ensina⁴:

“Não raras vezes o legislador, ao instituir a lei, prevê que o Poder Executivo deve proceder a sua regulamentação. Quando o legislador contempla essa previsão, está implicitamente admitindo que a lei precisa ser complementada para merecer devida e correta aplicação. E ao Poder Executivo, como regra, incumbe desempenhar essa função complementadora do mandamento legal através dos respectivos atos de regulamentação. [...] a lei ainda não se torna exequível enquanto não editado o respectivo decreto ou regulamento, e isso porque o ato regulamentar, nessa hipótese, figura como verdadeira condição suspensiva de exequibilidade da lei. Significa que os efeitos da lei ficam pendentes, e somente quando implementada a condição com o advento do referido ato é que a lei se torna, então, passível de aplicabilidade. O Executivo não pode se eximir de regulamentar a lei no prazo que lhe foi assinado. Cuida-se de poder-dever de agir, não se reconhecendo àquele Poder mera faculdade de regulamentar a lei, mas sim dever de fazê-lo para propiciar sua execução. Na verdade, a omissão regulamentadora é inconstitucional, visto que, em última análise, seria o mesmo que atribuir ao Executivo o poder de legislação negativa em contrário, ou seja, de permitir que sua inércia tivesse o condão de estancar a aplicação da lei, o que, obviamente, ofenderia a estrutura de Poderes da República.”

O citado jurista complementa afirmando que nem mesmo a ausência de fixação de prazo para a regulamentação pelo Poder Público não enseja a ausência de obrigatoriedade do Executivo em editar o ato⁵:

“A ausência, na lei, de fixação de prazo para a regulamentação afigura-se nos inconstitucional, uma vez que não pode o Legislativo deixar ao exclusivo alvedrio do Executivo a prerrogativa de só tornar a lei exequível quando julgar conveniente. Primeiramente, inexistente tal prerrogativa na Constituição. E depois tal situação equivaleria a uma disfarçada delegação de poderes, o que é proibido no vigente sistema constitucional.”

No presente caso, a Lei Estadual nº 11.374/09 alterou a estrutura remuneratória das carreiras de Analista e Técnico de Infra-Estrutura de Transporte, de Analista e Técnico de Registro de Comércio, de Analista e Técnico de Radiodifusão, Médico Veterinário, Médico, Assistente de Serviço Social, Assistente Social, Assistente de Serviço de Saúde, Enfermeiro, Técnico Auxiliar em Nutrição e Dietética, Nutricionista, Odontólogo, Psicólogo e Terapeuta Ocupacional, do Grupo Ocupacional Técnico-Específico, bem como da carreira de Jornalista e das carreiras do Grupo Ocupacional Técnico Administrativo.

Os arts. 3º, 4º e 5º da citada legislação estadual dispõem acerca do desenvolvimento nas carreiras:

Art. 3º - A passagem do servidor para o nível imediatamente seguinte ao ocupado, dentro de uma mesma classe, dar-se-á por progressão, de acordo com a pontuação obtida em razão dos seguintes fatores:

- I - exercício de funções de confiança, cargos em comissão ou coordenação de equipe ou unidade;**
- II - tempo de efetivo exercício no cargo permanente;**
- III - produção técnica ou acadêmica na área específica de exercício do servidor.**

4 CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo -30ª ed. – São Paulo: Atlas, 2016, p. 123.

5 CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo -30ª ed. – São Paulo: Atlas, 2016, p. 124.

§ 1º - É requisito para a progressão o cumprimento de interstício mínimo de 12 (doze) meses de efetivo exercício em cada nível.

§ 2º - A progressão poderá estar sujeita a processo seletivo em função da disponibilidade orçamentária e financeira.

Art. 4º - A passagem do servidor da classe ocupada para a classe imediatamente seguinte dar-se-á por promoção, de acordo com os seguintes fatores:

- I - avaliação de desempenho;**
- II - frequência e aproveitamento em atividades de capacitação;**
- III - realização de atividades prioritárias, condições especiais de trabalho e características específicas da carreira.**

§ 1º - Para a promoção nas carreiras mencionadas no caput do art. 2º desta Lei é necessário que o servidor esteja posicionado no último nível de gratificação da classe ocupada.

§ 2º - É requisito básico para promoção o cumprimento de interstício mínimo de 36 (trinta e seis) meses de efetivo exercício nas classes I e II e de 54 (cinquenta e quatro) meses nas classes III e IV.

Art. 5º - O desenvolvimento do servidor nas carreiras de Auxiliar Administrativo e Técnico-Administrativo do Grupo Ocupacional Técnico-Administrativo, de Técnico em Infra-Estrutura de Transportes, Técnico em Registro do Comércio, Técnico em Radiodifusão, Técnico Auxiliar de Nutrição e Dietética, Assistente de Serviço Social e Assistente de Serviço de Saúde do Grupo Ocupacional Técnico-Específico ocorrerá por promoção, baseada na pontuação obtida em razão dos seguintes fatores:

- I - avaliação de desempenho;**
- II - frequência e aproveitamento em atividades de capacitação;**
- III - realização de atividades prioritárias, condições especiais de trabalho e características específicas da carreira.**

§ 1º - É requisito básico para a promoção do servidor na carreira de Auxiliar Administrativo o cumprimento de interstício mínimo de 36 (trinta e seis) meses de efetivo exercício na classe I.

§ 2º - É requisito básico para promoção dos servidores nas demais carreiras de que trata o caput deste artigo o cumprimento de interstício mínimo de 36 (trinta e seis) meses de efetivo exercício na classe I, e 54 (cinquenta e quatro) meses nas classes II e III.

Os citados dispositivos legais tratam, portanto, dos critérios a serem utilizados para a progressão do servidor dentro de uma mesma classe, bem como os critérios para sua promoção (alteração de classe).

O art. 7º, do mesmo diploma legislativo, por sua vez, prevê a criação de regulamento que estabelecerá o sistema de pontuação dos critérios, bem como os requisitos e os procedimentos para o desenvolvimento nas carreiras. *In verbis*:

Art. 7º - O regulamento estabelecerá o sistema de pontuação dos critérios definidos nos artigos 3º, 4º e 5º desta Lei, bem como os requisitos de participação em processo seletivo e os procedimentos exigidos para o desenvolvimento nas carreiras.

Conforme já delineado alhures, não se verifica a criação do regulamento a que se refere o dispositivo acima transcrito para as carreiras de Auxiliar Administrativo e Técnico-Administrativo do Grupo Ocupacional Técnico-Administrativo, de Técnico em Infra-Estrutura de Transportes, Técnico em Registro do Comércio, Técnico em Radiodifusão, Técnico Auxiliar de Nutrição e Dietética, Assistente de Serviço Social e Assistente de Serviço de Saúde do Grupo Ocupacional Técnico-Científico, fato este corroborado pela Procuradoria Geral do Estado em parecer opinativo às fls. 151 e seguintes.

Resta, portanto, patente a inconstitucionalidade decorrente do ato omissivo do chefe do Poder Executivo estadual ao deixar de editar o regulamento previsto no art. 7º, da Lei Estadual nº 11.374/09, em violação ao art. 105, inciso V, da Constituição do Estado da Bahia, em notório prejuízo à carreira dos servidores públicos.

Ato contínuo, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 39, prevê a obrigatoriedade dos entes federativos em instituírem regime jurídico único com **planos de carreira** para os servidores da administração pública direta, suas autarquias e fundações públicas. Veja-se o dispositivo:

Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas.

Para definição do conceito de carreira, valho-me das palavras utilizadas pelo *Parquet* às fls. 07/08:

“No sentido etimológico, carreira vem do latim via carraria, estrada para carros. Aplicada ao serviço público, guarda íntima ligação com conceito de evolução funcional ou progresso funcional dos servidores públicos. Carreira, portanto, no sentido subjetivo, é a evolução funcional do servidor público. Neste mesmo sentido, Pontes de Miranda (Comentários à Constituição de 1967, Tomo III, Rio, Ed. Forense, p. 422), advertia que ‘não há carreira sem que se caminhe, se avance, ou se possa caminhar ou avançar; mesmo se a pessoa, excepcionalmente, foi incluída em degrau do alto sem ter subido pelos anteriores’. Contudo, no sentido institucional ou objetivo, carreira é também forma de organização de cargos públicos. Nessa esteira, carreira pode ser definida como sendo o conjunto de cargos de mesma natureza, com o mesmo conjunto de atribuições, que demandam idêntica preparação e formação, estruturados de modo a prever graus ascendentes de responsabilidade e remuneração.

Carreira é, portanto, uma unidade hierarquizada de cargos públicos afins. Sem a nota da afinidade, que permite a mobilidade vertical interna, não há carreira, mas sucessão de cargos distintos, o que é vedado, pois denota o abandono da ideia de avanço, de progresso na mesma trilha, insito no conceito de carreira, que exige um núcleo homogêneo de atribuições e habilitações comuns para não ser deturpado.”

O Supremo Tribunal Federal já consolidou o entendimento através da ADI 231/RJ, no sentido de que sem a existência de promoção, não há que se falar também em carreira, mas sim uma sucessão ascendente de cargos isolados, o que é vedado constitucionalmente. Assim o julgado:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ASCENSAO OU ACESSO, TRANSFERENCIA E APROVEITAMENTO NO TOCANTE A CARGOS OU EMPREGOS PUBLICOS. - O CRITÉRIO DO MÉRITO AFERIVEL POR CONCURSO PÚBLICO DE PROVAS OU DE PROVAS E TÍTULOS E, NO ATUAL SISTEMA CONSTITUCIONAL, RESSALVADOS OS CARGOS EM COMISSÃO DECLARADOS EM LEI DE LIVRE NOMEAÇÃO E EXONERAÇÃO, INDISPENSÁVEL PARA CARGO OU EMPREGO PÚBLICO ISOLADO OU EM CARREIRA. PARA O ISOLADO, EM QUALQUER HIPÓTESE; PARA O EM CARREIRA, PARA O INGRESSO NELA, QUE SÓ SE FARA NA CLASSE INICIAL E PELO CONCURSO PÚBLICO DE PROVAS OU DE PROVAS TÍTULOS, NÃO O SENDO, POREM, PARA OS CARGOS SUBSEQUENTES QUE NELA SE ESCALONAM ATÉ O FINAL DELA, POIS, PARA ESTES, A INVESTIDURA SE FARA PELA FORMA DE PROVIMENTO QUE É A “PROMOÇÃO”. ESTAO, POIS, BANIDAS DAS FORMAS DE INVESTIDURA ADMITIDAS PELA CONSTITUIÇÃO A ASCENSAO E A TRANSFERENCIA, QUE SÃO FORMAS DE INGRESSO EM CARREIRA DIVERSA DAQUELA PARA A QUAL O SERVIDOR PÚBLICO INGRESSOU POR CONCURSO, E QUE NÃO SÃO, POR ISSO MESMO, INSITAS AO SISTEMA DE PROVIMENTO EM CARREIRA. AO CONTRARIO DO QUE SUCEDE COM A PROMOÇÃO, SEM A QUAL OBTIVAMENTE NÃO HAVERA CARREIRA, MAS, SIM, UMA SUCESSÃO ASCENDENTE DE CARGOS ISOLADOS. - O INCISO II DO ARTIGO 37 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL TAMBÉM NÃO PERMITE O “APROVEITAMENTO”, UMA VEZ QUE, NESSE CASO, HÁ IGUALMENTE O INGRESSO EM OUTRA

CARREIRA SEM O CONCURSO EXIGIDO PELO MENCIONADO DISPOSITIVO. ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE QUE SE JULGA PROCEDENTE PARA DECLARAR INCONSTITUCIONAIS OS ARTIGOS 77 E 80 DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITORIAS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. (ADI 231, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 05/08/1992, DJ 13-11-1992 PP-20848 EMENT VOL-01684-06 PP-01125 RTJ VOL-00144-01 PP-00024)

A respeito do tema, assim perfilha a jurisprudência em casos análogos, versando sobre a ausência de regulamentação que inviabiliza o pleno exercício da garantia constitucional:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO – Preliminar de ilegitimidade passiva do Prefeito Municipal, fundada em que não cabe ao Prefeito Municipal a iniciativa de norma da Lei Orgânica Municipal – Demanda, no entanto, que objetiva não só a edição de normas gerais, senão também de lei que regule o direito que nelas deve ser assegurado (o afastamento de servidor público eleito para ocupar cargo em sindicato de categoria) – Iniciativa do Prefeito assegurada pela LOM, em conformidade com a CF e a CE, de emenda ao diploma geral – Nas ações diretas de inconstitucionalidade, ademais, inexistem partes contrapostas a ensejar reconhecimento de eventual ilegitimidade passiva – Preliminar afastada. ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO – Competência – Alegação de incompetência da Justiça Estadual porque o município conta com funcionários estatutários e celetistas – Irrelevância – Competência assegurada ao Tribunal de Justiça pela CE (art. 74, VI), em consonância com o art. 102, I, a, da CF. – Preliminar rejeitada. ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO – Alegação de inexistência de normas gerais na Lei Orgânica do Município de Mogi das Cruzes, que regulamente o direito de afastamento remunerado dos servidores públicos municipais de suas funções, para o exercício de cargo em sindicato da categoria, para o qual eleito – Lei Orgânica local que omite regras gerais de observância obrigatória relativa ao direito de afastamento do servidor público eleito para o exercício de mandato sindical, em consonância com o disposto no art. 125, § 1º, da CE, norma de observância obrigatória no âmbito municipal (art. 144 da CE) – A ausência de regulamentação desse direito inviabiliza o pleno exercício da garantia constitucional da liberdade sindical, se fazendo necessário o reconhecimento da omissão legislativa (art. 90, § 4º, da CE e 103, § 2º, da CF) – Norma cujo cumprimento se dará “nos termos da lei” (CE, art. 125, § 1º), lei essa a ser também editada – Precedentes deste C. Órgão Especial – Ação julgada procedente. Preliminares rejeitadas, julgada procedente a ação.

(TJ-SP - ADI: 21255435720158260000 SP 2125543-57.2015.8.26.0000, Relator: João Carlos Saletti, Data de Julgamento: 27/01/2016, Órgão Especial, Data de Publicação: 15/02/2016)

A importância da concretização do plano de carreira para os servidores públicos é ressaltado pelo próprio Governo do Estado, que em seu sítio eletrônico destaca⁶:

“A avaliação de desempenho foi criada com o objetivo de valorizar e reconhecer o desempenho do servidor, além de identificar ações para seu desenvolvimento profissional. De acordo com Adriano Tambone, superintendente de Recursos Humanos da Saeb, os decretos marcam a concretização de um Plano de Carreira que visa o reconhecimento daqueles que realizam um benefício à sociedade.

As avaliações serão realizadas anualmente pelos servidores e seu chefe imediato e seguirão os seguintes critérios: comportamento nas atribuições, qualidade das atividades exercidas, habilidades técnicas e resultados.

Para Fátima Azevedo, membro da Comissão da Secretaria da Fazenda, a regulamentação do Plano de Carreira só vai estimular o desenvolvimento profissional dos servidores. ‘Acredito que agora investir na carreira vai representar também um crescimento profissional com resultados na qualidade do trabalho e na progressão salarial’, conclui.”

6 <http://www.portaldoservidor.ba.gov.br/noticias/carreira/decretos-regulam-plan-de-carreira-para-os-servidores-0> – acessado em 18 de outubro de 2016.

Assim, a instituição de plano de carreira constitui efetiva valorização do servidor público, direito este garantido constitucionalmente.

A omissão do Poder Público em regulamentar a progressão na carreira e a promoção do servidor, desnatura efetivamente o plano de carreira, podendo levar ao sucateamento do serviço público estadual, pelo evidente desprestígio, inclusive de ordem remuneratória imposta àqueles que são incumbidos de executar atividades tão importantes para o funcionamento da máquina pública, violando frontalmente o quanto disposto na legislação constitucional de regência, conforme delineado, devendo a presente ação ser julgada procedente para reconhecer a inconstitucionalidade da referida omissão.

Não há que prosperar a alegação do Estado da Bahia, feita incidentalmente, de que a existência da Proposta de Emenda à Constituição nº 421/2016 deve obstar o acolhimento da presente demanda.

Em verdade, a Constituição Federal, indubitavelmente norma maior do ordenamento jurídico pátrio, prevê a separação dos poderes como princípio basilar do estado democrático de direito então vigente e conseguido às duras penas.

Assim, ao Poder Judiciário, caberá “*atuar dentro da moldura imposta pelo sistema jurídico-normativo, limitando a sua atuação nos textos do próprio objeto cognoscível à medida que busca realizar os mandamentos constitucionais*”.

Assim, o fundamento de existência de proposta de emenda constitucional que apenas foi aprovada pela Câmara dos Deputados, estando ainda pendente do completo processo legislativo, sem qualquer certeza de aprovação ou mesmo dos moldes em que será aprovada, não pode servir de óbice à consecução dos direitos já constitucionalmente assegurados e plenamente sedimentados conforme já delineado nesse *decisum*.

Por fim, cumpre registrar que a declaração de inconstitucionalidade da omissão legislativa não deve ater-se a simples notificação do Poder competente para adoção das medidas necessárias, mas também determinar um certo prazo para que seja satisfeita a elaboração da norma regulamentadora, pois do contrário pode a omissão perdurar infinitamente em prejuízo dos destinatários da norma constitucional.

Sobre o assunto, cumpre trazer à colação os ensinamentos do Eminentíssimo Ministro Gilmar Mendes:

Não se pode afirmar, simplesmente, que a decisão que constata a existência da omissão constitucional e determina ao legislador que empreenda as medidas necessárias à colmatação da lacuna constitucional não produz maiores alterações na ordem jurídica. Em verdade, tem-se aqui sentença de caráter nitidamente mandamental que impõe ao legislador em mora o dever de, dentro de um prazo razoável, proceder à eliminação do estado de inconstitucionalidade.

O próprio Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADI 3682/MT, estipulou prazo de dez meses para que o Congresso Nacional conferisse disciplina legislativa ao tema, contemplando as situações imperfeitas verificadas em razão da omissão legislativa. Vejamos o seguinte trecho:

O dever dos Poderes Constitucionais ou dos órgãos administrativos de proceder à imediata eliminação do estado de inconstitucionalidade parece ser uma das consequências menos controvertidas da decisão que porventura venha a declarar a inconstitucionalidade de uma omissão que afete a efetividade de norma constitucional. O princípio do Estado de Direito (art. 12), a cláusula que assegura a imediata aplicação dos direitos fundamentais (art. 52, § 12) e o disposto no art. 52, LXXI, que, ao conceder o mandado de injunção para garantir os direitos e liberdades constitucionais, impõe ao legislador o dever de agir para a concretização desses direitos, exigem ação imediata para eliminar o estado de inconstitucionalidade.

O retrocitado julgado restou assim ementado, estabelecendo o prazo que entendeu razoável:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO. INATIVIDADE DO LEGISLADOR QUANTO AO DEVER DE ELABORAR A LEI COMPLEMENTAR A QUE SE REFERE O § 4º DO ART. 18 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, NA REDAÇÃO DADA PELA EMENDA CONSTITUCIONAL NO 15/1996. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE. 1. A Emenda Constitucional nº 15, que alterou a redação do § 4º do art. 18 da Constituição, foi publicada no dia 13 de setembro de 1996. Passados mais de 10 (dez) anos, não foi editada a lei complementar federal definidora do período dentro do qual poderão tramitar os procedimentos tendentes à criação, incorporação, desmembramento e fusão de municípios. Existência de notório lapso temporal a demonstrar a inatividade do legislador em relação ao cumprimento de inequívoco dever constitucional de legislar, decorrente do comando do art. 18, § 4º, da Constituição. 2. Apesar de existirem no Congresso Nacional diversos projetos de lei apresentados visando à regulamentação do art. 18, § 4º, da Constituição, é possível constatar a omissão inconstitucional quanto à efetiva deliberação e aprovação da lei complementar em referência. As peculiaridades da atividade parlamentar que afetam, inexoravelmente, o processo legislativo, não justificam uma conduta manifestamente negligente ou desidiosa das Casas Legislativas, conduta esta que pode pôr em risco a própria ordem constitucional. A *inertia deliberandi* das Casas Legislativas pode ser objeto da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. 3. A omissão legislativa em relação à regulamentação do art. 18, § 4º, da Constituição, acabou dando ensejo à conformação e à consolidação de estados de inconstitucionalidade que não podem ser ignorados pelo legislador na elaboração da lei complementar federal. 4. **Ação julgada procedente para declarar o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, em prazo razoável de 18 (dezoito) meses, adote ele todas as providências legislativas necessárias ao cumprimento do dever constitucional imposto pelo art. 18, § 4º, da Constituição, devendo ser contempladas as situações imperfeitas decorrentes do estado de inconstitucionalidade gerado pela omissão. Não se trata de impor um prazo para a atuação legislativa do Congresso Nacional, mas apenas da fixação de um parâmetro temporal razoável**, tendo em vista o prazo de 24 meses determinado pelo Tribunal nas ADI nºs 2.240, 3.316, 3.489 e 3.689 para que as leis estaduais que criam municípios ou alteram seus limites territoriais continuem vigendo, até que a lei complementar federal seja promulgada contemplando as realidades desses municípios. (ADI 3682, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 09/05/2007, DJe-096 DIVULG 05-09-2007 PUBLIC 06-09-2007 DJ 06-09-2007 PP-00037 EMENT VOL-02288-02 PP-00277 RTJ VOL-00202-02 PP-00583)

Nestes termos, entendo que a decisão aqui proferida não deve ater-se ao simples reconhecimento da inconstitucionalidade por omissão, mas sim fixar também um prazo para que a autoridade competente dê início à elaboração do ato regulamentador destinado à correção da omissão aqui reconhecida, como forma inclusive de garantir a efetividade do provimento jurisdicional, de forma que fixe o prazo de 06 (seis) meses para o cumprimento do presente *decisum*, por entender ser este razoável para a realização de estudo e elaboração do ato regulamentador.

Pelas razões expostas, o voto é no sentido de **JULGAR PROCEDENTE** a presente ação e declarar a inconstitucionalidade por omissão de modo a tornar efetiva as normas constitucionais, reconhecendo especificamente a existência de omissão inconstitucional na Lei Estadual nº 11.374/2009, razão pela qual **deve-se dar ciência ao Governador do Estado da Bahia, a fim de que adote as providências necessárias a suprir a omissão inconstitucional, com a edição de ato regulamentador dos arts. 3º, 4º e 5º, do referido diploma legal, fazendo cessar a inconstitucionalidade no que diz respeito à fixação de critérios para o desenvolvimento nas carreiras de Auxiliar Administrativo e Técnico-Administrativo do Grupo Ocupacional Técnico-Administrativo, de Técnico em Infra-Estrutura de Transportes, Técnico em Registro do Comércio, Técnico em Radiodifusão, Técnico Auxiliar de Nutrição e Dietética, Assistente de Serviço Social e Assistente de Serviço de Saúde do Grupo Ocupacional Técnico-Científico, possibilitando assim a promoção e progressão nas referidas carreiras.**

Com o objetivo de empreender efetividade ao presente pronunciamento jurisdicional, nos termos do art. 6º do CPC, sugiro a fixação do prazo de 06 (seis) meses para o cumprimento da decisão, razoável para a realização de estudo e elaboração do ato regulamentador.

Apelação Cível nº 0501104-76.2016.8.05.0039, Primeira Câmara Cível, Relator(a): José Jorge Lopes Barreto da Silva, julgado em 26/06/2017.

APELAÇÕES CÍVEIS SIMULTÂNEAS. DIREITO À SAÚDE. ART. 6º E 196 CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE REJEITADA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA ENTRE OS ENTES ESTATAIS. PROCEDIMENTO DE REDESIGNAÇÃO SEXUAL. REALIZAÇÃO PELO SUS. POSSIBILIDADE. PORTARIA 2.803/13 DO MINISTÉRIO DA SAÚDE. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. INAFASTABILIDADE DO PODER JURISDICIONAL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO À LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL. DISPENSA DA EXIGÊNCIA DE ACOMPANHAMENTO MULTIDISCIPLINAR PRÉVIO. IMPOSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE INCONSTITUCIONALIDADE. APELAÇÕES CONHECIDAS E NÃO PROVIDAS. SENTENÇA MANTIDA.

1. É mais que notório que a saúde é um dever do Estado e um direito do cidadão, estando tal prerrogativa consignada no Texto Constitucional vigente, em vários de seus dispositivos, primordialmente, em seu art. 6º. Ademais, é fato incontroverso que a promoção da saúde pública é direito fundamental do cidadão e responsabilidade solidária dos entes federativos de modo que cada um deles (União, Estados ou Municípios) pode ser provocado a adotar as medidas hábeis ao cumprimento da garantia prevista constitucionalmente.

2. Atualmente, o procedimento cirúrgico para a redesignação sexual é oferecido e garantido pelo Sistema Único de Saúde aos cidadãos que preencham os requisitos estabelecidos na Portaria 2.803/13 do Ministério da Saúde, sendo exigido, para a neocoloplastia (construção de neovagina), a idade mínima de 21 (vinte e um) anos e máxima de 75 (setenta e cinco) anos e o acompanhamento clínico pré e pós operatório. Logo, a resistência do ente público em fornecer à parte autora a realização do procedimento cirúrgico requerido na peça inaugural afigura-se inconcebível.

3. Por outro lado, não merece guarida a irresignação da autora/apelante no que diz respeito à exigência de acompanhamento multiprofissional prévio pelo período de dois anos, prevista no art. 14, §1º, II da Portaria n.º 2.803/13, posto que necessário à tutela da saúde e integridade psicológica e emocional da paciente, não podendo ser vislumbrada a alegada inconstitucionalidade por ofensa à dignidade humana ou à liberdade individual da requerente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos da **APELAÇÕES CÍVEIS SIMULTÂNEAS n.º 0501104-76.2016.8.05.0039**, em que figuram como apelante/apelado **P.O.A.**, e apelado/apelante o **ESTADO DA BAHIA**,

Acordam os Desembargadores integrantes da Primeira Câmara Cível, à unanimidade de votos, **em NEGAR PROVIMENTO ÀS APELAÇÕES**, nos termos do voto condutor.

RELATÓRIO

Tratam-se de Apelações Cíveis simultâneas interposta por **PALLOMA OLIVEIRA DE ALMEIDA** e pelo **ESTADO DA BAHIA**, contra sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara da Fazenda Pública de Camaçari que, nos autos da **Ação Ordinária de Obrigação de Fazer com Pedido de Antecipação dos Efeitos da Tutela** ajuizada pela primeira em face do segundo, julgou parcialmente procedente o pedido, nos seguintes termos:

“JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE por sentença os pedidos articulados na presente Ação Ordinária, e condeno o Estado da Bahia para que, no prazo máximo de trinta dias a contar do conhecimento da presente decisão, promova os atos administrativos necessários para o ingresso da requerente, PALLOMA OLIVEIRA DE ALMEIDA, NO SERVIÇO DE ATENÇÃO ESPECIALIZADA NO PROCESSO TRANSEXUALIZADOR, conforme Portaria n. 2803/2013 do Ministério da Saúde.

Condeno ainda o ente público requerido ao custeio integral da cirurgia de redesignação sexual, caso constatado efetivamente a sua necessidade pela equipe multidisciplinar encarregada do atendimento, inclusive custeio em caso de realização dos procedimentos médicos em outra unidade da federação, com o pagamento das despesas médicas inerentes aos exames pré e pós operatórios, sob pena de bloqueio das verbas públicas necessárias para a realização dos procedimentos médicos prescritos em favor da autora.

Pelas razões acima expostas, indefiro o pedido referente a não submissão da autora ao acompanhamento prévio através de equipe multiprofissional, conforme exigência da Portaria do Ministério da Saúde mencionadas nos autos”.

Inconformada, a parte autora apresentou apelação às fls. 407/426, alegando, em síntese, a inconstitucionalidade da compulsoriedade do acompanhamento prévio por equipe multidisciplinar por no mínimo dois anos, prevista no art. 14, §2º, II da Portaria MS n.º 2803/2013, uma vez que viola normas de direito interno e orientações de direito externo, bem como o princípio da igualdade, tendo em vista que não há exigência correspondente para procedimentos de alteração corporal voltados a cisgêneros.

Ressalta que a transexualidade da requerente já é fato reconhecido administrativamente pelo Estado, visto que foi autorizada a retificação cadastral do nome e sexo em seu registro civil através de processo administrativo no Cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais da Comarca de Simões Filho, sendo desnecessário, portanto, qualquer procedimento tendente à sua confirmação.

Afirma que a exigência de acompanhamento multidisciplinar prévio viola explicitamente os direitos fundamentais dos indivíduos, vez que submete o paciente a tratamento degradante, na medida que exige que o mesmo faça prova da própria identidade. Além disso, configura violação da intimidade, da vida privada e da honra da pessoa trans, bem como submissão compulsória a tratamento, vedado pelo art. 15 do Código Civil.

Acrescenta que do relatório da ONU sobre discriminação e violência contra indivíduos motivados pela sua orientação sexual ou identidade de gênero, publicado em 2015, consta recomendação no sentido de que os Estados membros combatam a violência banindo a terapia de conversão (cura gay), tratamentos involuntários, esterilizações forçadas e exames genitais e anais forçados.

Conclui que a compulsoriedade do tratamento prévio se apoia na patologização da identidade trans, a qual reforça o estigma social vivenciado pelos indivíduos.

Requer a antecipação dos efeitos da tutela, para determinar o acompanhamento compulsório mínimo de dois anos estabelecido pela Portaria MS n.º 2803/2013, autorizando-se, de imediato, a realização da cirurgia de redesignação de sexo e, no mérito, a reforma da sentença no capítulo referente à compulsoriedade do acompanhamento prévio, declarando-se a inconstitucionalidade do art. 14, §2º, II da Portaria MS n.º 2803/2013 e a violação, pelo mesmo dispositivo, às normas internacionais sobre Direitos Humanos.

A irresignação do Estado, por outro lado, foi manifestada mediante o recurso de apelação de fls. 429/440, através do qual aduz o recorrente: preliminarmente, a ilegitimidade passiva do Estado da Bahia, tendo em vista que compete ao Município de Camaçari a responsabilidade pelo atendimento de sua população através de sua rede própria ou credenciada, em seu território, ou através de programa TFD; no mérito, sustenta que a impossibilidade de beneficiar-se apenas um cidadão, com a realização de um procedimento de alto custo, em detrimento de um sem número de pacientes, bem como a vedação constitucional à interferência do judiciário na política de saúde e a necessidade de atenção à chamada cláusula de reserva do possível.

Devidamente intimados, a autora e o réu apresentaram contrarrazões aos recursos da parte adversa às fls. às fls. 441/452 e 465/472, respectivamente.

Os autos foram remetidos à Segunda Instância, e uma vez distribuídos a esta Primeira Câmara Cível, coube-me, por sorteio, a relatoria do feito.

Examinados, e em condições de proferir o voto, solicitei inclusão do feito em pauta de julgamento.

VOTO

Conheço do recurso, presentes que se encontram os pressupostos extrínsecos e intrínsecos de sua admissibilidade.

Compulsando detidamente os autos, verifico que a autora ingressou em juízo buscando a condenação do Estado da Bahia ao custeamento do procedimento cirúrgico de redesignação sexual, para que seu gênero biológico passe a condizer com seu gênero psicológico e social, sem que tenha que se submeter acompanhamento prévio multidisciplinar de dois anos previsto no art. 14, §2º, II, da Portaria MS n.º 2803/2013.

Inicialmente, cumpre-me enfrentar a preliminar suscitada pela parte ré.

É mais que notório que a saúde é um dever do Estado e um direito do cidadão, estando tal prerrogativa consignada no Texto Constitucional vigente, em vários de seus dispositivos, primordialmente, em seu art. 6º que dispõe:

Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Já o art. 196 da Carta Magna, por sua vez, consagra o princípio acima citado e consigna que:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Instado a se manifestar sobre a questão, o colendo Superior Tribunal de Justiça, assim tem se pronunciado, “*In verbis*”:

CONSTITUCIONAL. RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. FORNECIMENTO DE MEDICAÇÃO (INTERFERON BETA). PORTADORES DE ESCLEROSE MÚLTIPLA. DEVER DO ESTADO. DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA E À SAÚDE (CF, ARTS. 6º E 189). PRECEDENTES DO STJ E STF. 1. É dever do Estado assegurar a todos os cidadãos o direito fundamental à saúde constitucionalmente previsto. 2. Eventual ausência de cumprimento de formalidade burocrática não pode obstaculizar o fornecimento de medicação indispensável à cura e/ou a minorar o sofrimento de portadores de moléstia grave que, além disso, não dispõem de meios necessários ao custeio do tratamento. 3. Entendimento consagrado nesta Corte na esteira de orientação do Egrégio STF. 4. Recurso

ordinário conhecido e provido” (2ª T., ROMS nº 1.129/PR, Rel. Min. FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, “DJ” 18.02.2002).

A Constituição Federal consagra o Sistema Único de Saúde, que é composto por uma rede regionalizada, hierarquizada e descentralizada, com direção única em cada esfera de governo e que deve prestar atendimento integral, sendo, portanto, dever também do Município e do Estado arcarem com os custos procedimentos médicos.

Também, o art. 23, II da Constituição da República, dispõe que é da competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios “cuidar da saúde e assistência pública”, o que nos permite concluir que é dever do Estado o fornecimento de tratamento médicos necessários à manutenção da saúde de todo aquele que dele necessite, constituindo clara ofensa ao direito à vida, a negativa de sua disponibilização.

Por sua vez, o art. 198 da mesma Carta Constitucional, estabelece que “as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado” de forma descentralizada, “com direção única em cada esfera do governo” e “atendimento integral”.

Como se não bastasse, em cumprimento das disposições constitucionais retro, a Lei Federal n.º 8.080, de 19.09.1990, igualmente assegura a universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis e “reafirma que a saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.”

Assim, não é admitido que o Estado da Bahia pretenda se afastar da responsabilidade imposta pela Carta Maior, uma vez que o constituinte o colocou, também, na condição de garantidor do direito à saúde dos seus habitantes.

Desse modo, não há o que se falar em ilegitimidade passiva do Estado.

Rejeito, portanto, a preliminar suscitada.

No mérito, observo que a discussão posta nos autos, muito mais do que o direito à saúde, que, como dito, é uma notória prerrogativa do cidadão assegurada pela Constituição Federal, envolve aspectos intimamente relacionados com a dignidade humana e individualidade da juridicionada, perpassando pelo seu direito à autodeterminação sexual e ao bem-estar físico, psíquico e social.

Trata-se de uma questão delicada, que exige sensibilidade do judiciário por abranger conceitos e definições relativamente novas, que até pouco tempo sequer eram objeto de conversação no meio jurídico, mesmo porque a transexualidade não era considerada uma problemática que merecesse a atenção do Estado.

Atualmente, após a abertura dos debates acerca do tema, associada ao avanço da ciência, consolidou-se a ideia de que a definição do gênero não pode mais ser limitada unicamente ao sexo aparente, eis que deve ser levado em consideração um conjunto de outros fatores, de ordem biológica, cultural, social, psíquico, comportamental, etc.

O Conselho Federal de Medicina considera a transexualidade um *desvio psicológico permanente de identidade sexual, com fenótipo e tendência à automutilação e/ou autoexterminio* (Resolução CFM n.º 1.955/2010).

Assim, embora não se olvide das discussões acerca da despatologização da transexualidade, destacadas pela parte autora na sua exordial, o fato é que a transexualidade ainda é considerada uma patologia, classificada no CID-10M F64, para a qual são oferecidas soluções terapêuticas, dentre elas a cirurgia de transformação plástico-reconstrutiva da genitália externa, interna e caracteres sexuais secundários. “Trata-se de um desejo de viver e ser aceito enquanto pessoa do sexo oposto. Este desejo se acompanha em geral de um sentimento de mal estar ou de inadaptação por referência a seu próprio sexo anatômico e do desejo de submeter-se a uma intervenção cirúrgica ou a um tratamento hormonal a fim de tornar seu corpo tão conforme quanto possível ao sexo desejado”⁸.

⁸ Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde, disponível em <http://www.datasus>.

Em 1997 foi editada a Resolução 1482/97 do Conselho Federal de Medicina, que aprovou a realização de cirurgias experimentais de transgenitalização nos hospitais públicos universitários do Brasil. No ano de 2002 o ato normativo foi substituído pela Resolução 1482/2002, que ampliou as possibilidades de acesso aos procedimentos de transsexualização e retirou o caráter experimental da cirurgia do tipo neocolpovulvoplastia, possibilitando o atendimento das transexuais femininas nas instituições de saúde públicas e privadas. Seguiu-se a Resolução 1955/2002, que autorizou a cirurgia de transgenitalização do tipo neocolpovulvoplastia e/ou procedimentos complementares sobre gônadas e caracteres sexuais secundários como tratamento dos casos de transexualismo e ainda a título experimental, a realização de cirurgia do tipo neofaloplastia.

Após intensos debates, que incluíram a participação de profissionais da rede pública de saúde, técnicos do Ministério da Saúde, pesquisadores e representantes da comunidade LGBT, a cirurgia de transgenitalização foi incluída na tabela do SUS, mediante a publicação da Portaria n.º 457 do Ministério da Saúde, de 19 de agosto de 2008.

Após o trânsito em julgado da Ação Civil Pública n.º 2001.71.00.06279-9, ajuizada pelo Ministério Público Federal em face da União Federal com vistas à obtenção de provimento judicial condenando a última a: promover, no prazo de 7 dias, todas as medidas apropriadas para possibilitar aos transexuais a realização, pelo Sistema Único de Saúde, de todos os procedimentos médicos necessários para garantir a cirurgia de transgenitalização do tipo neocolpovulvoplastia, neofaloplastia e/ou procedimentos complementares sobre gônadas e caracteres sexuais secundários, conforme critérios estabelecidos na Resolução n.º 1.482/97, do Conselho Federal de Medicina; (2) editar, no prazo de 7 dias, ato normativo que preveja a inclusão, de modo expresso, na Tabela de Procedimentos remunerados pelo Sistema Único de Saúde (Tabela SIH-SUS), de todos os procedimentos cirúrgicos necessários para a realização da cirurgia nominada no item anterior, foi editada a Portaria 2.803, de 19 de Novembro de 2013, que redefiniu e ampliou o processo transexualizador no Sistema Único de Saúde.

Vejamos trecho do Acórdão prolatado na referida Ação Civil Pública, pela 3ª turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, pela importância que representa para a elucidação acerca da questão:

Com efeito, a proteção jurídica que a norma constitucional protetiva da **dignidade humana** proporciona é, dentre outros conteúdos, a garantia de que o **sujeito será respeitado como um fim em si mesmo, ao invés de ser concebido como um meio para a realização de fins e de valores que lhes são externos e impostos por terceiros**. Vale dizer, é levar a sério a autonomia individual, que possibilita conduzir-se conforme suas próprias convicções e projetos pessoais (respeitados, é claro, direitos de terceiros), livre de imposições externas e de condicionamentos decorrentes de visões de mundo alheias. Para o caso, isto implica que visões de mundo heterônomas, que **objetivem impor aos indivíduos transexuais limites e restrições vinculadas a concepções de mundo metafísicas ou políticas, com repercussão no acesso aos procedimentos cirúrgicos, estão em desacordo com os direitos fundamentais de liberdade e de proteção à dignidade humana**.

A afirmação da pertinência destes princípios jurídicos ao caso em julgamento demonstra a relevância do pedido veiculado na ação civil pública. Com efeito, a não-inclusão dos procedimentos na tabela do SUS cria dificuldades concretas com impacto restritivo dos direitos fundamentais da liberdade, da não-discriminação, do livre desenvolvimento da personalidade, da privacidade e da dignidade humana. Há, portanto, forte carga argumentativa em favor do requerido pelo MPF, uma vez que somente princípios tão fortes quanto estes serão capazes de prevalecer, em juízo de ponderação, diante do pleito ajuizado.

Os procedimentos cuja cobertura é requerida pelo SUS devem ser vistos **não-só como intervenções médicas** objetivando a superação de um quadro de sofrimento intenso, derivado da tensão insuportável do convívio determinadas características morfológicas; eles **são também** exercício de um direito fundamental de **liberdade**, titularizado por todo o indivíduo, de desenvolver-se de modo autônomo diante de convenções sociais que lhes são impostas pelo meio circundante.

Tais constrangimentos sociais, no caso, derivam de uma **“naturalização” do binarismo de gênero**, fruto do ambiente cultural, como se o ser humano não pudesse construir suas vivências de modo mais rico e variado do que uma rígida, fixa e pré-determinada descrição de papéis, atribuídas de forma heterônoma e homens e mulheres.

De acordo com a **metodologia jurídica**, esta dinâmica configura verdadeiro processo de **concretização do direito fundamental à liberdade**, que se expressa no **livre desenvolvimento do indivíduo** e no **direito à identidade sexual**, tudo em respeito à **dignidade da pessoa humana**, garantia constitucional que não se compadece com o desejo de que terceiros determinem os fins da vida alheia.

É certo, portanto, que atualmente o procedimento cirúrgico para a redesignação sexual é oferecido e garantido pelo Sistema Único de Saúde aos cidadãos que preencham os requisitos estabelecidos na Portaria 2.803/13 do Ministério da Saúde, sendo exigido, para a neocolpoplastia (construção de neovagina), a idade mínima de 21 (vinte e um) anos e máxima de 75 (setenta e cinco) anos e o acompanhamento clínico pré e pós operatório.

Sendo assim, entendo que a resistência do ente público em fornecer à parte autora a realização do procedimento cirúrgico requerido na peça inaugural afigura-se inconcebível, devendo ser cumprido o dever constitucionalmente imposto, assegurando à cidadã o direito a uma vida digna, com a proteção da saúde física e psicológica, bem como o bem-estar e a própria identidade sexual, inclusive porque destituída de recursos financeiros para arcar com o procedimento.

Neste sentido:

CONSTITUCIONAL. RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA OBJETIVANDO O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO (RILUZOL/RILUTEK) POR ENTE PÚBLICO À PESSOA PORTADORA DE DOENÇA GRAVE: ESCLEROSE LATERAL AMIOTRÓFICA - ELA. PROTEÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS. DIREITO À VIDA (ART. 5º, CAPUT, CF/88) E DIREITO À SAÚDE (ARTS. 6º E 196, CF/88). ILEGALIDADE DA AUTORIDADE COATORA NA EXIGÊNCIA DE CUMPRIMENTO DE FORMALIDADE BUROCRÁTICA

1 - A existência, a validade, a eficácia e a efetividade da Democracia está na prática dos atos administrativos do Estado voltados para o homem. A eventual ausência de cumprimento de uma formalidade burocrática exigida não pode ser óbice suficiente para impedir a concessão da medida porque não retira, de forma alguma, a gravidade e a urgência da situação da recorrente: a busca para garantia do maior de todos os bens, que é a própria vida.

2 - É dever do Estado assegurar a todos os cidadãos, indistintamente, o direito à saúde, que é fundamental e está consagrado na Constituição da República nos artigos 6º e 196.

3 - Diante da negativa/omissão do Estado em prestar atendimento à população carente, que não possui meios para a compra de medicamentos necessários à sua sobrevivência, a jurisprudência vem se fortalecendo no sentido de emitir preceitos pelos quais os necessitados podem alcançar o benefício almejado (STF, AG nº 238.328/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 11/05/99; STJ, REsp nº 249.026/PR, Rel. Min. José Delgado, DJ 26/06/2000).

4 - Despicienda de quaisquer comentários a discussão a respeito de ser ou não a regra dos arts. 6º e 196, da CF/88, normas programáticas ou de eficácia imediata. Nenhuma regra hermenêutica pode sobrepor-se ao princípio maior estabelecido, em 1988, na Constituição Brasileira, de que “a saúde é direito de todos e dever do Estado” (art. 196).

5 - Tendo em vista as particularidades do caso concreto, faz-se imprescindível interpretar a lei de forma mais humana, teleológica, em que princípios de ordem ético-jurídica conduzam ao único desfecho justo: decidir pela preservação da vida.

6 - Não se pode apegar, de forma rígida, à letra fria da lei, e sim, considerá-la com temperamentos, tendo-se em vista a intenção do legislador, mormente perante preceitos maiores insculpidos na Carta Magna garantidores do direito à saúde, à vida e à dignidade humana, devendo-se ressaltar o atendimento das necessidades básicas dos cidadãos. 7 - Recurso ordinário provido para o fim de compelir o ente público (Estado do Paraná) a fornecer o medicamento Riluzol (Rilutek) indicado para o tratamento da enfermidade da recorrente. (STJ – 1ª T., ROMS nº 11.183/PR, Rel. Min. José Delgado, DJ 04.09.2000, p. 121, RSTJ 138/52)

O STF, inclusive, na já citada Ementa, relativa a Acórdão do eminente Ministro Luiz Fux, faz menção ao dever dos entes federativos quanto ao fornecimento de tratamento médico:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. DIREITO À SAÚDE (ART. 196, CF). FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. SOLIDARIEDADE PASSIVA ENTRE OS ENTES FEDERATIVOS. CHAMAMENTO AO PROCESSO. DESLOCAMENTO DO FEITO PARA JUSTIÇA FEDERAL. MEDIDA PROTETÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. 1. O artigo 196 da CF impõe o dever estatal de implementação das políticas públicas, no sentido de conferir efetividade ao acesso da população à redução dos riscos de doenças e às medidas necessárias para proteção e recuperação dos cidadãos. 2. O Estado deve criar meios para prover serviços médico-hospitalares e fornecimento de medicamentos, além da implementação de políticas públicas preventivas, mercê de os entes federativos garantirem recursos em seus orçamentos para implementação das mesmas. (arts. 23, II, e 198, § 1º, da CF). 3. O recebimento de medicamentos pelo Estado é direito fundamental, podendo o requerente pleiteá-los de qualquer um dos entes federativos, desde que demonstrada sua necessidade e a impossibilidade de custeá-los com recursos próprios. Isto por que, uma vez satisfeitos tais requisitos, o ente federativo deve se pautar no espírito de solidariedade para conferir efetividade ao direito garantido pela Constituição, e não criar entraves jurídicos para postergar a devida prestação jurisdicional. 4. In casu, o chamamento ao processo da União pelo Estado de Santa Catarina revela-se medida meramente protetória que não traz nenhuma utilidade ao processo, além de atrasar a resolução do feito, revelando-se meio inconstitucional para evitar o acesso aos remédios necessários para o restabelecimento da saúde da recorrida. 5. Agravo regimental no recurso extraordinário desprovido. (RE 607381 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 31/05/2011, DJe-116 DIVULG 16-06-2011 PUBLIC 17-06-2011 EMENT VOL-02546-01 PP-00209).

É fato incontroverso que a promoção da saúde pública é direito fundamental do cidadão e responsabilidade solidária dos entes federativos de modo que cada um deles (União, Estados ou Municípios) pode ser provocado a adotar as medidas hábeis ao cumprimento da garantia prevista constitucionalmente, sem que seja necessário o chamamento dos demais ao processo, uma vez que a saúde é obrigação de todos os entes federados.

Acrescente-se que não se pode acatar os argumentos suscitados pelo Estado, isto porque, ao Judiciário não deve ser negada a apreciação de lesão ou ameaça de lesão a direito, mesmo quando seja o próprio Poder Executivo que a pratique, até porque a separação de poderes prevê autonomia e independência, não podendo se falar em interferência entre poderes, no particular, já que, diante dos fatos que sustentam a tutela, o Judiciário se encontra a cumprir a sua função típica, assegurando garantia fundamental.

Também não prevalece a ideia de ofensa à economia, à ordem e à saúde públicas, beneficiando o individual em detrimento a coletividade, haja vista que na maioria dos casos, a intervenção judicial ocorre a fim de que se dê cumprimento as políticas de proteção à saúde já estabelecidas e ao Juiz é dado fazer justiça diante do fato concreto. A função jurisdicional não engloba a prática de justiça em abstrato.

Neste sentido, a jurisprudência tem admitido a intervenção jurisdicional a fim de determinar o fornecimento de tratamento médico ou medicação em casos individualizados, não obstante as limitações financeiras e orçamentárias. Assim, negar o fornecimento de tratamento médico sob o argumento de inexistir capacidade econômica para ressarcimento ao erário em caso de improcedência do pedido, configura latente ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Acresça-se ainda que não há violação da Lei de Responsabilidade Fiscal ou da autonomia dos poderes. A referida lei não proíbe o fornecimento de medicamentos às pessoas carentes, sendo certo que o Estado, ao cumprir decisão judicial, não violará qualquer de seus mandamentos, mormente porque o interesse individual de proteção à dignidade da pessoa humana é que se mostra público, indisponível, e não pode ser embargado por qualquer norma material ou formal.

Por outro lado, entendo que não merece guarida a irresignação da autora/apelante no que diz respeito à exigência de acompanhamento multiprofissional prévio pelo período de dois anos, prevista no art. 14, §1º, II da Portaria n.º 2.803/13.

Isso porque, à vista de tudo quanto já exposto até o presente momento, é evidente que o processo de redesignação sexual não se confunde com um procedimento meramente estético, estando intimamente relacionado com a saúde mental daqueles que o busca, visto que a transexualidade é descrita como um sentimento de inadequação em relação ao próprio corpo e, na maioria das vezes, está associada a distúrbios como depressão, ansiedade, traumas, muitas vezes levando ao suicídio, problemas que podem, inclusive, ser agravados após a cirurgia, caso não haja o suporte necessário.

De fato, embora não se pretenda questionar a certeza que a parte autora tem acerca da sua identidade, mesmo porque sabe-se que a cirurgia apenas adéqua o sexo anatômico ao gênero do trans, é inquestionável que a alteração do sexo de nascimento tem o potencial de causar extremo impacto psicológico e emocional no indivíduo, o que justifica que haja o acompanhamento por profissionais capacitados, na forma prevista na mencionada Portaria.

Assim, embora seja sensível à urgência da parte autora em realizar o procedimento, entendo temerário autorizar-se a dispensa do acompanhamento prévio pela equipe profissional multidisciplinar, visto que a etapa consiste em uma preparação necessária, sendo absolutamente relevante para a saúde mental e emocional de quem se submete a um procedimento tão importante, entendido como o degrau final, a concretização da almejada redesignação de gênero.

Importante apontar que não se vislumbra, na exigência, discriminação e violação ao princípio da igualdade, tendo em vista que o acompanhamento psicológico também é obrigatório em outros procedimentos de alterações corporais, a exemplo da cirurgia bariátrica, à qual só podem se submeter pacientes que tenham passado por acompanhamento pré-operatório e avaliação psicológica.

Não se pode deixar de considerar que, em ambos os casos, o acompanhamento mostra-se indispensável, acima de tudo, para gerenciar as expectativas do paciente com relação à cirurgia, evitando que eles cultivem a falsa esperança de que o procedimento consiste na solução de todos os seus problemas, o que pode levar a um sentimento de frustração e desequilíbrio emocional futuro.

Assim, forçoso que seja rejeitado o pleito da parte autora/apelante neste sentido, devendo ser mantida a exigência do art. 14, §2º, II da Portaria MS 2.803/2013, posto que necessária à tutela da saúde e integridade psicológica e emocional da paciente, não podendo ser vislumbrada a alegada inconstitucionalidade por ofensa à dignidade humana ou à liberdade individual da requerente.

Em suma, no caso dos autos, entendo que não há mácula na sentença que condenou o Estado da Bahia a providenciar o imediato ingresso da parte autora no Serviço de Atenção Especializada no Processo Transexualizador, na forma determinada pela Portaria 2.803/2013, inclusive a submissão ao acompanhamento multidisciplinar pelo período de dois anos, bem como a custear integralmente o procedimento cirúrgico de redesignação sexual, inclusive em outra unidade da federação, na modalidade TFD – Tratamento Fora do Domicílio.

Ante o exposto, o voto é no sentido de **NEGAR PROVIMENTO ÀS APELAÇÕES DAS PARTES AUTORA E RÉ**, mantendo a sentença vergastada em todos os seus termos, por estes e pelos seus próprios fundamentos.

TJBA – Mandado de Segurança nº 0003981-66.2016.8.05.0000, Seção Cível de Direito Público, Relator(a): Des. Baltazar Miranda Saraiva, julgado em 27/04/2017.

CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTO. PRÉLIMINARES

REJEITADAS. MÉRITO. IMPETRANTE PORTADORA DE NEOPLASIA MALIGNA DE MAMA. SAÚDE. BEM JURÍDICO DE VALOR INESTIMÁVEL. DIREITO SOCIAL E DEVER DO ESTADO. NECESSIDADE DE MEDICAMENTO DE ALTO CUSTO PARA A PACIENTE. FÁRMACO “TRASTUZUMAB”. PARECER MINISTERIAL FAVORÁVEL. SEGURANÇA CONCEDIDA.

1. Acima de qualquer outra consideração, não se pode perder de vista que a saúde trata-se de bem jurídico de valor inestimável e, por isso mesmo, tutelado pela Constituição Federal.
2. Assim dispõe o art. 196 da Carta Magna: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.
3. Destarte, tratando-se de enfermidade que requer fornecimento de fármaco de alto custo, justifica-se a concessão da medida pleiteada de forma definitiva.
4. Preliminares rejeitadas. Segurança concedida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de **Mandado de Segurança nº 0003981-66.2016.8.05.0000**, em que figuram, como Impetrante, **CLEONICE RODRIGUES DE JESUS SÁ**, e Impetrado, o **ESTADO DA BAHIA**,

ACORDAM os Desembargadores componentes da Seção Cível de Direito Público do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade de votos, em **REJEITAR AS PRELIMINARES** suscitadas pelo Estado da Bahia e, no mérito, **CONCEDER A SEGURANÇA** pleiteada.

RELATÓRIO

Trata-se de Mandado de Segurança, com pedido liminar, impetrado por **CLEONICE RODRIGUES DE JESUS SÁ**, em desfavor de ato dito ilegal do **ESTADO DA BAHIA**, em virtude da indisponibilidade do medicamento “TRASTUZUMAB (HERCEPTIN)”, indispensável para o tratamento da doença da qual a Impetrante padece.

A Impetrante tem por objetivo, em suma, a condenação do Impetrado na obrigação de fornecer o medicamento “TRASTUZUMAB (HERCEPTIN)”, na quantidade e periodicidade indicadas em relatório médico acostado aos autos, pelo período que se fizer necessário.

Em suas razões iniciais, aduz que é portadora de Neoplasia Maligna de Mama, tendo realizado tratamento com mastectomia radical com esvaziamento axilar, em janeiro de 20014, seguido de quimioterapia adjuvante.

Segue informando que, apesar do tratamento preventivo, a patologia evoluiu com recidiva da doença em pulmão e fígado, sendo reintroduzida quimioterapia paliativa com a medicação Xeloda.

Assevera que “*apresenta, ainda, fator prognóstico adverso na evolução que é a presença de proteína hiperexpressa em exame de FISH, a HER 2 e já vinha utilizando HERCEPTIN adjuvante*” (fl. 04).

Nesse passo, sustenta que, como o bloqueio anti-Her2 tem atividade independente da quimioterapia, o médico especialista indica a necessidade de manter o uso da medicação “TRASTUZUMAB (HERCEPTIN)”, 01 ampola na dose de 6mg/kg IV a cada 03 (três) semanas, por apresentar boa performance clínica e ausência de comorbidades que contraindiquem a continuidade de uso da medicação, sendo que a interrupção no seu fornecimento acarretará maior risco de progressão da doença, podendo, inclusive, a Impetrante vir a óbito.

Fundamenta sua pretensão nos arts. 5º, 6º e 196, todos da Constituição Federal, que consagram, respectivamente, o direito à vida, o direito fundamental à saúde e a responsabilidade

do Estado em garanti-las aos indivíduos por meio de políticas sociais e econômicas, bem como mediante ações e serviços, com vistas a reduzir os riscos de doenças.

Requer, pois, a concessão de liminar, para antecipar os efeitos da tutela pretendida, determinando-se ao Estado da Bahia que autorize, custeie e efetive todos os cuidados necessários para o tratamento da Impetrante, notadamente com o fornecimento do medicamento denominado “TRASTUZUMAB (HERCEPTIN)”, na quantidade e periodicidade indicadas no relatório médico juntado aos autos, sob pena de imposição de multa diária não inferior a R\$ 1.000,00 (mil reais), em caso de atraso no seu cumprimento.

Ao final, pugna pela confirmação da liminar, com a concessão definitiva da segurança.

Concedido o benefício da assistência judiciária gratuita à Impetrante, em decisão da 1ª Vice-Presidente, à fl. 52.

Deferido o pleito liminar em decisão de fls. 56/59, proferida pela ilustre Juíza Substituta de 2º Grau Maria do Rosário Passos da Silva Calixto.

O Estado da Bahia interveio no feito apresentando defesa às fls. 64/74, suscitando, preliminarmente, a necessidade da União figurar como litisconsorte necessário, deslocando-se a competência para a Justiça Federal. Arguiu, ainda, a indicação errônea da autoridade coatora, porquanto a autoridade que supostamente teria praticado o ato coator seria aquela responsável pelos serviços de dispensação de medicamentos em caráter especial, não o Secretário da Pasta. Nesse passo, pontua que a competência para processamento e julgamento do *mandamus* é de uma das Varas da Fazenda Pública e não do Tribunal de Justiça Estadual.

Quanto ao mérito, assevera que “*as Portarias nº 18 e 19 de 25 de julho de 2012, tornaram pública a decisão de incorporar o medicamento TRASTUZUMABE no Sistema Único de Saúde (SUS) para o tratamento do câncer de mama inicial e localmente avançado, tendo como condicionante para a disponibilização do mesmo, dentre outras, a exigência de exame molecular (FISH ou CISH) para confirmação do status HER 2 em tumores com expressão imunohistoquímica com resultado de 2 a 3 cruzeiros*” (fl. 69).

Continua salientando que a Portaria nº 73 do Ministério da Saúde, datada de 30 de janeiro de 2013, estabeleceu protocolo de uso do medicamento em questão na quimioterapia do câncer de mama HER-2 positivo inicial e localmente avançado. Assim, afirma que a Impetrante não se enquadra nos requisitos exigidos pela portaria para o fornecimento do medicamento.

Diante de tais considerações, pugna pela improcedência da ação mandamental. Alternativamente, requer seja reconhecido que compete exclusivamente à União o custeio do tratamento, isentando o ente público estatal de qualquer obrigação de pagar, e determinando à União o repasse do valor dispensado pelo Estado.

O Secretário da Saúde do Estado da Bahia prestou informações às fls. 75/79.

Instada a se manifestar, a douta Procuradoria de Justiça, em parecer de fls. 82/87-v, opinou pela concessão da segurança.

Com este relato, nos termos do art. 931 do CPC/2015, encaminhem-se os autos à Secretaria para inclusão em pauta.

VOTO

Cuida-se de Mandado de Segurança impetrado por **CLEONICE RODRIGUES DE JESUS SÁ**, em desfavor de ato dito ilegal do **ESTADO DA BAHIA**, em virtude da indisponibilidade do medicamento “TRASTUZUMAB (HERCEPTIN)”, indispensável para o tratamento da doença da qual a Impetrante padece.

Inicialmente, cumpre examinar as preliminares suscitadas pelo Estado da Bahia.

Não merece prosperar a arguição de ser obrigatória a inclusão da União na lide, a ensejar o deslocamento da competência para a Justiça Federal. Com efeito, o art. 23, inciso II, da Constituição Federal prevê a competência comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios para cuidar da saúde, de modo que todos os entes federativos, solidariamente, possuem competência para a gestão das políticas públicas de saúde, e não poderia ser outra a conclusão, uma vez

que o SUS - Sistema Único de Saúde é mantido com recursos de todos eles (art. 198, § 1º, da CF).

Esta forma de atuação integrada está prevista também na Lei nº 8.080/90, cujo artigo 4º estabelece que o SUS é constituído pelo “conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, constitui o Sistema Único de Saúde (SUS)”.

Sendo o Sistema Único de Saúde composto pela União, Estados-Membros, Distrito Federal e Municípios, qualquer um deles tem legitimidade para figurar no polo passivo de demandas que objetivem assegurar, à população carente, o acesso a medicamento e a tratamentos médicos.

Rejeita-se, portanto, a preliminar em voga.

Quanto ao alegado erro na indicação da autoridade coatora, não merece acolhida a arguição. Com efeito, se não reside nos autos a negativa expressa da lavra do Secretário de Saúde, os documentos carreados à inicial permitem a inequívoca conclusão de ser ele a autoridade responsável pelo ato coator.

Ademais, como bem acentuado no parecer ministerial, ao adentrar no mérito do *mandamus* quando prestou as suas informações, o Secretário de Saúde do Estado da Bahia se reputa competente para a prática ou revisão do ato, aplicando-se assim a teoria da encampação.

Não bastasse isso, o Superior Tribunal de Justiça posiciona-se firmemente quanto à legitimidade do Secretário de Saúde em lides desta natureza, senão vejamos:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. LEGITIMIDADE PASSIVA. SECRETÁRIO ESTADUAL DE SAÚDE. 1. O STJ reconhece a legitimidade de Secretário de Saúde de Estado para figurar no polo passivo de Mandado de Segurança impetrado com a finalidade de obter medicamento, por considerar sobretudo a relevância do bem jurídico sob risco. Dessa forma, a direção do Sistema Único de Saúde, no âmbito estadual, compete à Secretaria de Saúde, nos termos do art. 9º, II, da Lei 8.080/1990. Assim, caso exista alguma omissão quanto à proteção da saúde das pessoas pelo ente federativo, cabe à autoridade responsável por aquele órgão desfazer a possível ilegalidade. 2. Agravo Regimental não provido. (STJ - AgRg no RMS: 42473 RO 2013/0135355-5, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 08/04/2014, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 18/06/2014) ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. SAÚDE. REALIZAÇÃO DE EXAME. LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. COMPETÊNCIA, *IN CASU*, DO SECRETÁRIO DE SAÚDE. 1. Trata-se, na origem, de Mandado de Segurança em que se discute o direito à realização de exame (manometria anorretal). O Tribunal a quo extinguiu o processo sem resolução do mérito por entender pela ilegitimidade passiva do Secretário de Estado da Saúde, uma vez que o fornecimento de medicamentos seria de competência do “Gerente de Programa de Medicamentos/Diretor de Assistência Farmacêutica”. 2. A Constituição Federal de 1988 erige a saúde como direito de todos e dever do Estado (art. 196). Daí, a seguinte conclusão: é obrigação do Estado, no sentido genérico (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), assegurar às pessoas desprovidas de recursos financeiros o acesso à medicação necessária para a cura de suas mazelas, em especial as mais graves. 3. Debate-se nos autos saúde pública, que contém em si a urgência como elemento que normalmente não se dissocia da pretensão. Ao impetrante não compete procurar quem ordena a despesa. 4. Excepcionalmente, devem ser afastados os rigores formais relativos ao processo judicial, sobretudo quando esse formalismo puder comprometer gravemente o direito fundamental para o qual a parte busca a tutela do Poder Judiciário. 5. A direção do Sistema Único de Saúde, no âmbito estadual, é da competência da Secretaria de Saúde, nos termos do art. 9º, II, da Lei 8.080/1990. Ora, se existe alguma omissão quanto à proteção da saúde das pessoas pelo ente federativo, cabe à autoridade responsável por aquele órgão desfazer a possível ilegalidade - a autoridade coatora é aquela que responde pelo ato ou pela omissão impugnada e que é detentora de poderes suficientes para corrigir essa situação. 6. Não parece possível, desse modo, afastar a legitimidade do Secretário de Saúde in concreto para atribuí-la exclusivamente a terceiro que lhe é hierarquicamente subordinado. Cito: RMS 39.812/RO, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 25/2/2013; AgRg no RMS 40.485/RO, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 17.4.2013. 7. Ressalva de que a decisão não fixa regra para todos os Estados da Federação. 8. Recurso Ordinário parcialmente provido para anular o acórdão recorrido e

determinar que o Tribunal a quo dê prosseguimento ao Mandado de Segurança. (STJ, RMS: 38746/RO 2012/0161088-5, Primeira Seção, Relator: Ministro ARI PARGENDLER, Data de Julgamento: 24/04/2013, Data de Publicação: DJe 21/06/2013).

Assim, rejeita-se a referida preliminar.

No tocante à inadequação da via eleita, em função da necessidade de dilação probatória, melhor sorte não tem a prefacial, vez que tal fato depende, inexoravelmente, da observação do mérito da demanda, sendo analisada em momento próprio.

Quanto ao mérito, é cediço que a tutela à saúde é assegurada constitucionalmente, por ser direito fundamental da pessoa e dever do Estado, sendo perfeitamente possível exigir de qualquer um dos entes federados os meios e instrumentos necessários ao seu resguardo. A responsabilidade pelo dever fundamental de prestação da saúde é solidária, imposto a todos os entes da federação indistintamente.

No caso vertente, ao examinar os documentos anexados aos autos, em especial a cópia do receituário médico de fl. 49 e o relatório médico de fl. 50, observa-se que a Impetrante é portadora de neoplasia maligna de mama (CID C 50), tendo sido tratada com mastectomia radical com esvaziamento axilar em janeiro de 2014 seguido de quimioterapia adjuvante.

Denota-se, ainda, que apesar do tratamento preventivo, foi relatada a evolução com recidiva de doença em pulmão e fígado, sendo reintroduzida quimioterapia paliativa com Xeloda, necessitando, a paciente, receber medicamento específico (HERCEPTIN) para tratamento da doença, na dose de 6mg/kg a cada três semanas, até a progressão da doença.

Destarte, acima de qualquer outra consideração, não se pode perder de vista que a saúde trata-se de bem jurídico de valor inestimável e, por isso mesmo, tutelado pela Constituição Federal.

Assim dispõem os arts. 6º e 196, ambos da Constituição Federal:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Outrossim, o direito à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível, tendo natural primazia sobre todos os demais interesses juridicamente tutelados.

Trata-se de direito concreto, de pronto exercitável, colhendo-se de conhecido precedente do Pretório Excelso sua delimitação mais precisa:

O caráter programático da regra inserta no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado (...) O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 59, ‘caput’, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. (STF, AgRg no RE nº 271.286/RS, 2ª Turma, Relator Ministro CELSO DE MELLO, Data de Publicação: DJU de 24/11/2000).

Portanto, impõe-se conferir especial proteção à vida e à saúde, diante da relevância atribuída pelo constituinte a tais bens, sendo imprescindível que a interpretação e a aplicação de

qualquer norma jurídica ocorra no contexto das diretrizes inseridas na Carta Magna, não escapando nem mesmo as protetivas do interesse do Estado, daí porque absolutamente irrelevantes as costumeiras escusas – sobretudo as de natureza orçamentária – levantadas como barreira ao cumprimento deste dever constitucional.

Portanto, os argumentos de falta de recursos, de deficiência na estrutura organizacional estatal e de impossibilidade de efetivação de um planejamento global, a despeito de relevantes para outros fins, não o são e não têm pertinência para confrontar o direito e garantia individual constitucional da impetrante.

A falta de políticas públicas e do apropriado planejamento delas, ratifica o direito da parte autora, ao contrário de ser motivo relevante para se negar o direito da Demandante. Do mesmo modo já se manifestou a jurisprudência pátria:

MANDADO DE SEGURANÇA. AGRAVOS REGIMENTAIS PREJUDICADOS. PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE PASSIVA E LITISCONSÓRCIO PASSIVO REJEITADAS. PACIENTE PORTADORA DE CÂNCER DE MAMA. NECESSIDADE DE TRATAMENTO COM TRASTUZUMAB (HERCEPTIN). MEDICAÇÃO DE CUSTO ELEVADO. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO. PRECEDENTES. SEGURANÇA CONCEDIDA. Agravos Regimentais prejudicados ante a superveniência do julgamento do mérito do *mandamus*. Preliminares do estado da Bahia e do município do Salvador, de ilegitimidade passiva ad causam, rejeitadas, uma vez que, sendo o funcionamento do SUS de responsabilidade solidária da União, Estados-membros e Municípios, qualquer destas entidades apontadas como coatoras tem legitimidade ad causam para figurar no pólo passivo de demanda. Preliminar do estado da Bahia, de litisconsórcio passivo necessário, também rejeitada - o artigo 198, parágrafo 1º, da Carta Magna faz referência às três esferas do Poder Executivo, com o escopo de ampliar a responsabilidade, de tal forma que não é possível se falar em litisconsórcio, tendo em vista que a Impetrante tem a faculdade de requerer o custeio de medicamentos a qualquer um dos Entes Federados. Mérito - Por meio do SUS (Sistema Único de Saúde) o cidadão brasileiro tem direito à assistência terapêutica integral e farmacêutica (art.6º, I, d da Lei 8.080/90), de modo que os medicamentos de alto alto, essenciais à manutenção da sua vida, deverão ser fornecidos gratuitamente, para dar efetividade à norma constitucional que garante o direito à saúde, à vida e à dignidade da pessoa humana. (TJBA, Mandado de Segurança nº 0302164-64.2011.8.05.0000, Seção Cível de Direito Público, Relator: Wagner Wilson, julgado em 26/07/2012, publicado em 16/11/2012).

Com efeito, a assistência gratuita à saúde encerra política pública de índole constitucional, tratando-se de obrigação imposta a todos os entes integrantes da Federação, da qual seus agentes não podem se esquivar.

Ainda acerca da solidariedade passiva entre os entes federativos na defesa do direito à saúde, transcrevo os seguintes posicionamentos:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO QUE BUSCA O FORNECIMENTO DE MEDICAÇÃO. LEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO, DO ESTADO E DO MUNICÍPIO (...). A CF/88 erige a saúde como um direito de todos e dever do Estado (art. 196). Daí, a seguinte conclusão: é obrigação do Estado, no sentido genérico (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), assegurar às pessoas desprovidas de recursos financeiros o acesso à medicação necessária para a cura de suas mazelas, em especial, as mais graves. Sendo o SUS composto pela União, Estados e Municípios, impõem-se a solidariedade dos três entes federativos no polo passivo da demanda (...) Precedentes desta Corte Superior (STJ, AgRg no Resp nº 763167/SC, 1ª Turma, Relator Ministro JOSÉ DELGADO, Data de Julgamento 20/10/2005, Data de Publicação: DJ 14/11/2005). ADMINISTRATIVO. CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS. POSSIBILIDADE EM CASOS EXCEPCIONAIS - DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. MANIFESTA NECESSIDADE. OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA DE TODOS OS ENTES DO PODER PÚBLICO. NÃO OPOINIBILIDADE DA RESERVA DO POSSÍVEL AO MÍNIMO EXISTENCIAL. NÃO HÁ OFENSA À SÚMULA 126/STJ. 1.

Não podem os direitos sociais ficar condicionados à boa vontade do Administrador, sendo de suma importância que o Judiciário atue como órgão controlador da atividade administrativa. Seria uma distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente importantes. 2. Tratando-se de direito essencial, incluso no conceito de mínimo existencial, inexistirá empecilho jurídico para que o Judiciário estabeleça a inclusão de determinada política pública nos planos orçamentários do ente político, mormente quando não houver comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal. 3. *In casu*, não há impedimento jurídico para que a ação, que visa a assegurar o fornecimento de medicamentos, seja dirigida contra o Município, tendo em vista a consolidada jurisprudência do STJ: “o funcionamento do Sistema Único de Saúde (SUS) é de responsabilidade solidária da União, Estados-membros e Municípios, de modo que qualquer dessas entidades têm legitimidade ad causam para figurar no pólo passivo de demanda que objetiva a garantia do acesso à medicação para pessoas desprovidas de recursos financeiros” (REsp 771.537/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 3.10.2005). 4. Apesar de o acórdão ter fundamento constitucional, o recorrido interpôs corretamente o Recurso Extraordinário para impugnar tal matéria. Portanto, não há falar em incidência da Súmula 126/STF. 5. Agravo Regimental não provido. (STJ, AgRg no REsp nº 1107511/RS 2008/0265338-9, 2ª Turma, Relator Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 21/11/2013, Data de Publicação: DJe 06/12/2013).

Desse modo, provada a enfermidade da Impetrante e prescrito o medicamento pelo profissional habilitado que acompanha a paciente, é inescusável o dever do Estado em fornecer os meios para o tratamento prescrito.

Portanto, exsurge evidente o direito líquido e certo da Impetrante ante a indicação por profissional habilitado, a progressividade da doença e a possibilidade de causar dano irreparável à sua vida e saúde, sendo imprescindível o fornecimento do fármaco em questão.

Em igual sentido, já se posicionou reiteradamente este Egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Bahia:

MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO À SAÚDE. CONCESSÃO DE MEDICAMENTO PARA TRATAMENTO DE TUBERCULOSE. PRELIMINARES DE INCOMPETÊNCIA, INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA, DE AUSÊNCIA DE ATO COATOR E/OU FALTA DE INTERESSE DE AGIR REJEITADAS. NO MÉRITO, DEMONSTRADA A NECESSIDADE DA PACIENTE, É DEVER DO ESTADO O FORNECIMENTO DO MEDICAMENTO INDISPENSÁVEL AO CONTROLE DA PATOLOGIA INFECTO-CONTAGIOSA QUE ACOMETE A IMPETRANTE E DIZ RESPEITO À SAÚDE PÚBLICA. DIREITO À VIDA. RESPONSABILIDADE DO ESTADO. INAPLICABILIDADE DA RESERVA DO POSSÍVEL. MÍNIMO EXISTENCIAL. SEGURANÇA CONCEDIDA. (TJBA, Mandado de Segurança nº 0020781-09.2015.8.05.0000, Seção Cível de Direito Público, Relatora: REGINA HELENA RAMOS REIS, publicado em: 27/01/2017). MANDADO DE SEGURANÇA. PRELIMINARES DE AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR, INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO, ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM E FALTA DE INTERESSE ADEQUAÇÃO REJEITADAS. FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTO PELO PODER PÚBLICO. OBRIGATORIEDADE. DEVER CONSTITUCIONAL. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DA UNIÃO, DOS ESTADOS, DO DISTRITO FEDERAL E DOS MUNICÍPIOS. VIOLAÇÃO A DIREITO LÍQUIDO E CERTO. CONCESSÃO DA SEGURANÇA (TJBA, Mandado de Segurança nº 0015563-34.2014.8.05.0000, Seção Cível de Direito Público, Relatora: JOANICE MARIA GUIMARÃES DE JESUS, publicado em: 08/09/2016). MANDADO DE SEGURANÇA. CONSTITUCIONAL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO PARA TRATAMENTO DE TUMOR CEREBRAL. PRELIMINAR DE INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. DESNECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA ANTE A EXISTÊNCIA DE PROVA PRÉ CONSTITUÍDA SOBRE A ENFERMIDADE E O TRATAMENTO MÉDICO INDICADO AO IMPETRANTE. NÃO ACOLHIMENTO. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA DO SECRETÁRIO DE SAÚDE.

AUTORIDADE COM COMPETÊNCIA PARA DESFAZER O ATO COATOR. PRECEDENTES DO STJ. REJEIÇÃO. IMPETRANTE PORTADOR DE PATOLOGIA GRAVE. MEDICAMENTO INDISPENSÁVEL AO TRATAMENTO. DIREITO À SAÚDE E À VIDA QUE POSSUEM ESTATURA CONSTITUCIONAL. CONCESSÃO DA SEGURANÇA. 2. Impõe-se conferir proteção à vida e à saúde, albergados no princípio da dignidade da pessoa humana. A relevância atribuída pelo legislador constitucional a tais bens impõe, necessariamente, que a interpretação e aplicação de qualquer norma jurídica ocorra no contexto das diretrizes inseridas na Carta Magna. 3. Segurança concedida. (TJBA, Mandado de Segurança nº 0020097-21.2014.8.05.0000, Seção Cível de Direito Público, Relatora: ILONA MÁRCIA REIS, publicado em: 11/03/2016).

MANDADO DE SEGURANÇA. PRELIMINAR DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA DEFERIDA. PRELIMINAR DE FALTA DE INTERESSE DE AGIR INDEFERIDA. VIA MANDAMENTAL ADEQUADA. RELATÓRIO E LAUDO MÉDICO QUE DISPENSAM DILAÇÃO PROBATÓRIA. FORNECIMENTO DA SUBSTÂNCIA PALIVIZUMABE A PESSOA DE RECURSOS INSUFICIENTES. OBRIGAÇÃO DO PODER PÚBLICO. CONCRETIZAÇÃO DA NORMA CONSTITUCIONAL INSCRITA NO ART. 196. INCABÍVEL ARGUMENTAÇÃO QUE OPOŊHA POLÍTICA PÚBLICA E FALTA DE RECURSOS COMO ÔBICE DE ACESSO AO SISTEMA PÚBLICO DE SAÚDE. NAO INCIDÊNCIA DA RESERVA DO POSSÍVEL. INAFSTABILIDADE DA TUTELA JURISDICCIONAL. NAO VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA ENTRE OS ENTES FEDERATIVOS NA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE. PROVIMENTO TOTAL DA SEGURANÇA. (TJBA, Mandado de Segurança nº 390482009, Seção Cível de Direito Público, Relatora: DAISY LAGO RIBEIRO COELHO, Data de Julgamento: 26/03/2009).

REEXAME NECESSÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS AOS NECESSITADOS. DIREITO FUNDAMENTAL. OBRIGAÇÃO DO PODER PÚBLICO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. REEXAME NECESSÁRIO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. O FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS AOS NECESSITADOS ESTÁ ATRELADO AO DIREITO À VIDA E À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, CUMPRINDO AO PODER PÚBLICO ADOTAR TODAS AS MEDIDAS TENDENTES A VIABILIZÁ-LOS, FORNECENDO OS MEDICAMENTOS INDISPENSÁVEIS AO TRATAMENTO DE DOENÇAS, PARA QUE O CIDADÃO GOZE DE UMA VIDA DIGNA. (TJBA, Reexame Necessário nº 3750042009, Primeira Câmara Cível, Relatora: MARIA DA PURIFICAÇÃO DA SILVA, Data de Julgamento: 28/10/2009).

Ante o exposto, **VOTO** no sentido de **REJEITAR AS PRELIMINARES** suscitadas pelo Estado da Bahia e, no mérito, **CONCEDER A SEGURANÇA** pleiteada, determinando que o Impetrado forneça imediatamente à Impetrante o medicamento “TRASTUZUMAB (HERCEPTIN)”, na quantidade e periodicidade determinada pela prescrição médica de **fl. 49**.

TJBA – Agravo de Instrumento nº 0005837-65.2016.8.05.0000, Quarta Câmara Cível, Relator(a) Des^a. Heloísa Pinto de Freitas Vieira Graddi, julgado em 14/03/2017.

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO ORDINÁRIA. OBRIGAÇÃO DE FAZER. FOSFOETANOLAMINA SINTÉTICA. FORNECIMENTO. SUBSTÂNCIA EM ESTUDO. STA 828/SP. LEI 13259/16. ADI 5501. SUSPENSÃO. STF. TUTELA DE URGÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE.
I – A liberação de substância para tratamento de moléstia grave, sem a realização dos estudos clínicos necessários ao conhecimento amplo acerca de sua eficácia e possíveis efeitos colaterais, é incompatível com o direito à saúde constitucionalmente garantido.

II – Ausente a probabilidade do direito, não há fundamento para a tutela de urgência, visando ao fornecimento da fosfoetanolamina sintética, mesmo que haja perigo de dano.

III – Constatado que a decisão agravada foi proferida em desconformidade com os recentes julgados do STF, proferidos na ADI 5501 e STA 828/SP, imperiosa é a sua reforma.

RECURSO PROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do **Agravo de Instrumento nº 0005837-65.2016.8.05.0000**, em que figura como **Agravante** ESTADO DA BAHIA e como **Agravada** ADRIELI DE LIMA OLIVEIRA,

ACORDAM os Senhores Desembargadores componentes da Turma Julgadora da Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade, em **DAR PROVIMENTO AO RECURSO**, pelas razões que integram o voto condutor.

RELATÓRIO

ADRIELI DE LIMA OLIVEIRA ajuizou Ação Ordinária contra ESTADO DA BAHIA e UNIVERSIDADE ESTADUAL DE SÃO PAULO (PUC), objetivando o fornecimento de *Fosfoetanolamina* sintética, processo tombado sob o nº 8000143-65.2016.8.05.0036, com trâmite na Vara dos Feitos de Relação de Consumo Cível e Comercial da Comarca de Caetité.

Relatou que é portadora de **CÂNCER DE OVÁRIO, tipo cistoadenocarcinoma seroso de baixo grau** (CID 10 C 56) estágio clínico IV, em estado avançado – metástase.

Salientou que o uso da “*fosfoetanolamina sintética*” constitui tratamento alternativo ao combate do câncer.

Requeru antecipação da tutela pleiteando o fornecimento de 270 (duzentos e setenta) cápsulas de *fosfoetanolamina* sintética para tratamento de 3 meses e, ao final, em quantidade suficiente para o período que perdurar o tratamento médico.

O Juízo precedente deferiu o pleito liminar, às fls. 41/44, para determinar que a USP – Universidade de São Paulo e o Estado da Bahia forneçam, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, a substância requerida nos termos da inicial, fixando multa diária de R\$ 1.000,00 (um mil reais) em caso descumprimento da medida.

Insatisfeito com a decisão, o Estado da Bahia interpõe o recurso de Agravo de Instrumento, argumentando a impossibilidade prática e jurídica de dar efetividade à determinação judicial e que a substância não tem registro na ANVISA.

Alegou ainda que a USP é a única produtora e distribuidora da *fosfoetanolamina*, não podendo obrigá-la a distribuir a substância.

Com tais fundamentos, pede a concessão de efeito suspensivo e, ao final, o provimento do recurso.

Instrui a minuta com os documentos de fls. 21/56.

Às fls. 58/67, deferi o efeito suspensivo postulado ao recurso.

O magistrado, às fls. 70/71, prestou as informações solicitadas.

O Agravado não apresentou contrarrazões, consoante certidão de fl.72.

Estando o processo hábil ao julgamento, pedi a sua inclusão em pauta.

VOTO

Submete-se à apreciação desta Corte a pretensão do ESTADO DA BAHIA em ter reformada a decisão interlocutória proferida pelo Juízo singular, que, em Ação de Obrigação de Fazer,

ajuizada pelo Agravado, concedeu o pleito antecipatório de tutela, determinando o fornecimento da substância *fosfoetanolamina* sintética.

Neste momento processual não serão decididas as questões de mérito, em razão da estreita via do agravo de instrumento, que veda a incursão aprofundada e definitiva no mérito da ação originária, sob pena de incorrer-se em prejuízo e, por conseguinte, de suprimir uma instância de jurisdição.

Assim, importa-nos verificar se é viável a determinação judicial para do fornecimento da substância conhecida como pílula do câncer.

A orientação predominante no Supremo Tribunal Federal era no sentido do custeio, pelo Poder Público, de medicação ainda não registrada pela Anvisa, cuja eficácia já fora aprovada por entidade governamental congênera à agência brasileira, conforme se depreende do aresto a seguir:

AGRAVOS REGIMENTAIS. SUSPENSÃO DE LIMINAR. DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS. SAÚDE PÚBLICA. DIREITO À SAÚDE. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. TRATAMENTO SEM OS RESULTADOS ESPERADOS. NECESSIDADE DE UTILIZAÇÃO DE MEDICAMENTO QUE SE MOSTRA IMPRESCINDÍVEL PARA A MELHORIA DA SAÚDE E MANUTENÇÃO DA VIDA DO PACIENTE. MEDICAÇÃO SEM REGISTRO NA ANVISA. FÁRMACO REGISTRADO EM ENTIDADE GOVERNAMENTAL CONGÊNERA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS. NÃO COMPROVAÇÃO DO RISCO DE GRAVE LESÃO À ORDEM E À ECONOMIA PÚBLICAS. POSSIBILIDADE DE OCORRÊNCIA DE DANO INVERSO. SUSPENSÃO DE LIMINAR INDEFERIDA. AGRAVOS REGIMENTAIS A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I – Decisão que deferiu o fornecimento de medicamentos não disponíveis na rede pública de saúde para o tratamento do vírus da Hepatite genótipo “C”. II – Tratamento oferecido no âmbito do Sistema Único de Saúde que não surtiu o efeito esperado. Prescrição da utilização combinada dos medicamentos Sofosbuvir 400 mg, Simeprevir 150 mg e Ribavirina 250 mg, única forma viável de evitar o agravamento da doença. III – Discussão sobre a possibilidade do custeio pelo Estado de medicamento ainda não registrado pela ANVISA. IV – Repercussão Geral da matéria reconhecida nos REs 566.471/RN e 657.718/MG, ambos de relatoria do Ministro Marco Aurélio. V – Eficácia do fármaco atestada aprovada por entidade governamental congênera à ANVISA. VI – Decisão de indeferimento da suspensão que preserva a vida do paciente, ante a constatação da não comprovação do grave risco de lesão à ordem e à economia públicas. VII – Agravos regimentais a que se nega provimento. (SL 815 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 07/05/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-107 DIVULG 03-06-2015 PUBLIC 05-06-2015)

Em situação semelhante, na Pet 5828 MC/SP - STF, o Ministro Edson Fachin manifestou-se favoravelmente ao fornecimento da *fosfoetanolamina* sintética. Vejamos,

“Decisão: Alcilela Cincinatus interpõe Petição, com pedido de medida cautelar, para suspender decisão proferida pelo Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em sede de Suspensão de Tutela Antecipada. A decisão recorrida tem a seguinte ementa (eDOC19): “Pedido de suspensão dos efeitos da antecipação de tutela em ação de rito ordinário, que determinou o fornecimento imediato de substância não inscrita como medicamento – Risco de dano grave à ordem e à economia públicas demonstrado – Fornecimento de medicamento sem registro em território nacional – Plausibilidade das razões invocadas – Pedido deferido”. Em sua petição, a requerente afirma estar em fase terminal de moléstia grave e, ante a ineficácia de todos os procedimentos médicos recomendados, foi-lhe indicada, por meio de laudo médico (eDOC 6 e eDOC 7), a utilização de Fosfoetanolamina Sintética, a fim de mitigar os sintomas por ela apresentados. Para garantir o acesso à medicação, porquanto o medicamento não possui registro no órgão competente, interpôs ação de obrigação de fazer, com pedido de antecipação dos efeitos da tutela, perante a Vara da Fazenda Pública da Comarca de São Carlos. A antecipação foi deferida, para determinar que, no prazo de cinco dias, fosse disponibilizada a substância em quantidade suficiente para garantir o seu tratamento, que deverá ser indicada pelo Instituto de Química, responsável pela pesquisa, que já forneceu a inúmeros pacientes (eDOC 10). Aduz que, em sede de Suspensão de Tutela Antecipada, o Presidente do Tribunal de

Justiça suspendeu a liminar, mas os requisitos para o deferimento da medida extrema não estavam presentes. Além disso, ainda que se cogitasse de eventual lesividade à ordem pública, estar-se-ia, in casu, de frente a um bem maior, razão pela qual o deferimento da medida seria incabível. Sustenta, no mais, que a liminar observou as cautelas indicadas pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, como a ineficácia dos demais tratamentos, recomendação médica e viabilidade da prestação. Requer, ainda, a concessão do benefício da assistência judiciária gratuita. [...] O exame final da questão posta nestes autos, no entanto, depende, ainda, de eventual provimento do recurso. Por ora, em sede de medida cautelar, cumpre examinar tão somente se estão presentes a fumaça do bom direito e o perigo na demora do provimento judicial. Quanto ao periculum, como já se reconheceu no início desta decisão, há evidente comprovação de que a espera de um provimento final poderá tornar-se ineficaz. No que tange à plausibilidade, há que se registrar que o fundamento invocado pela decisão recorrida refere-se apenas à ausência de registro na ANVISA da substância requerida pela peticionante. A ausência de registro, no entanto, não implica, necessariamente, lesão à ordem pública, especialmente se considerado que o tema pende de análise por este Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral (RE 657.718-RG, Relator Ministro Marco Aurélio, DJe 12.03.2012). Neste juízo cautelar que se faz da matéria, a presença de repercussão geral (tema 500) empresta plausibilidade jurídica à tese suscitada pela recorrente, a recomendar, por ora, a concessão da medida cautelar, para suspender decisão proferida pelo Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em sede de Suspensão de Tutela Antecipada 2194962-67.2015.8.26.0000. Publique-se. (Pet 5828 MC / SP - SÃO PAULO. MEDIDA CAUTELAR NA PETIÇÃO. Relator(a): Min. EDSON FACHIN. Julgamento: 06/10/2015) (Grifei)

Destarte, para a obtenção da medida antecipatória pedida pelo Agravado, impõe-se a demonstração da existência **concomitante** dos requisitos legais, devendo ser destacado que no presente caso, conquanto haja fundamento moral, não há o *fumus boni iuris* capaz de respaldar a determinação do fornecimento da *fosfoetanolamina*.

É que, recentemente, nos autos do pedido de suspensão de tutela antecipada, STA 828/SP, o Supremo Tribunal Federal em juízo de ponderação, reconheceu que a “*Fosfoetanolamina Sintética*” não é um medicamento registrado em uma entidade congênera à Anvisa, sustentando, ainda, que a manutenção das decisões que determinaram o fornecimento da substância gera risco de dano inverso decorrente do desconhecimento dos seus efeitos no ser humano, colocando em risco a saúde dos interessados.

Na hipótese, o fornecimento de substância que se encontra em estágio inicial de pesquisa é um limite intransponível, como bem salienta o Ministro Lewandowski, “*não caberia ao Poder Judiciário respaldar a prática de uma medicina não baseada em evidências*” (STA 828/SP).

Deve-se considerar também que a produção ainda não está submetida aos controles de vigilância sanitária, colocando em risco a vida dos interessados.

Por conseguinte, vislumbro que para a concretização do direito postulado nos autos, deve-se fazer juízos de ponderação considerando as complexas relações conflituosas entre os princípios e as diretrizes políticas ou, em outros termos, entre direitos individuais e bens coletivos.

Ademais, a decisão monocrática proferida pelo Ministro Lewandowski, na Suspensão de Tutela Antecipada (STA 828/SP), publicada no DJE nº 63, divulgado em 06/04/2016, suspendeu todos os comandos judiciais prolatados em âmbito nacional que determinem o fornecimento da substância “*fosfoetanolamina* sintética”:

“(…) Isso posto, defiro em parte o pedido para suspender a execução da tutela antecipada concedida no Agravo de Instrumento 2242691- 89.2015.8.26.0000, em trâmite perante a 11ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim como todas as decisões judiciais proferidas em âmbito nacional no mesmo sentido, indicadas ou não nos autos, que tenham determinado à Universidade de São Paulo o fornecimento da substância “fosfoetanolamina sintética” para tratamento de câncer, até os seus respectivos trânsitos em julgado, mantido, porém, o seu fornecimento, enquanto remanescer o estoque do referido composto, observada a primazia aos pedidos mais antigos. Concedo, ainda, de ofício, salvo conduto às autoridades universitárias contra as quais tenha sido expedido mandado de prisão por suposto descumprimento de ordem judicial.

Comunique-se com urgência.

Publique-se. (STA 828, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 04/04/2016; DJE nº 63, divulgado em 06/04/2016) (Grifei)

Destaque-se que a saúde é um direito fundamental previsto na Constituição Federal, e todas as normas constitucionais têm eficácia jurídica e vinculante em relação ao Poder Público.

Nesse sentido, os direitos sociais, como direitos fundamentais que são, de caráter público subjetivo, podem ser concretizados através de decisões judiciais.

Conquanto reconhecido o sofrimento da demandante e o seu o direito à saúde e à manutenção de qualidade de vida, não restou comprovado os efeitos positivos da substância.

Ademais, a reforma da decisão agravada também visa a proteção à saúde, uma vez que não se mostra razoável deferir a utilização de fármaco em fase de experimento em pessoas cujo sofrimento as conduz à utilização de qualquer medicamento, ainda que não possua eficácia constatada e riscos analisados.

Nesta linha de intelecção tem se orientado a mais atualizada jurisprudência:

AGRAVO DE INSTRUMENTO contra decisão que concedeu a antecipação da tutela para determinar que a USP e o Estado de São Paulo disponibilizem a substância “FOSFOETANOLAMINA SINTÉTICA”. Ausência do “*fumus boni iuris*” Dúvida relevante sobre a obrigação e a possibilidade da USP produzir e fornecer a substância. Decisão de 1º grau reformada. AGRAVO PROVIDO.” (Agravado de Instrumento nº 2156916-09.2015.8.26.0000; Relator: Isabel Cogan; Comarca: São Carlos; Órgão julgador: 12ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 04/11/2015; Data de registro: 09/11/2015)

AGRAVO DE INSTRUMENTO AÇÃO ORDINÁRIA FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO SUBSTÂNCIA EXPERIMENTAL ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA INDEFERIMENTO Pleito de concessão de tutela antecipada para que seja determinado o fornecimento da substância experimental pleiteada O direito à saúde constitui como direito fundamental e dever do Estado Não demonstração por parte do autor da necessidade do medicamento requerido, uma vez que não há nos autos comprovação de que houve prescrição médica para o referido tratamento, requisito essencial para a concessão da medida Não estão presentes os requisitos necessários para a concessão da tutela antecipada Decisão reformada. Recurso provido”. (Agravado de Instrumento nº 2122571-17.2015.8.26.0000 Relator: Leonel Costa; Comarca: São Carlos; Órgão julgador: 8ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 16/09/2015; Data de registro: 17/09/2015).

AGRAVO DE INSTRUMENTO Fornecimento de substância Concessão de tutela antecipada Devidamente intimada desta decisão a agravada Inexistência de prescrição médica Não comprovação de que a autora necessita do uso da referida substância Substância (Fosfoetanolamina sintética). Por outro lado, não aprovada pela ANVISA inexistindo informações de possíveis efeitos colaterais e de eficácia para a enfermidade da autora - Impossibilidade, no presente caso, sem prova específica, deferir-se sua entrega a requerente - Revogação da tutela antecipada anteriormente concedida de rigor Recurso provido”. (Agravado de Instrumento nº 2131132-30.2015.8.26.0000; Relator: Maurício Fiorito; Comarca: São Carlos; Órgão julgador: 3ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 08/09/2015; Data de registro: 08/09/2015). TUTELA ANTECIPADA Medicamento Ação objetivando o recebimento de medicamento em fase experimental produzido pela Universidade de São Paulo Impossibilidade Administração Pública, seja direta seja indireta, que não está obrigada a fornecer substância experimental, cuja pesquisa não possui resultados comprovados de sua efetiva e plena eficácia Decisão agravada que antecipou os efeitos da tutela Agravado de instrumento provido, prejudicado o regimental”. (Agravado de Instrumento nº 2119445-56.2015.8.26.0000; Relator: Reinaldo Miluzzi; Comarca: São Carlos; Órgão julgador: 6ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 31/08/2015; Data de registro: 01/09/2015).

Não obstante, foi sancionada a Lei Federal nº 13.269/16, que autoriza o uso da substância por pacientes diagnosticados com neoplasia maligna, e permite a produção, manufatura, importação, distribuição, prescrição, dispensação, posse ou uso da *fosfoetanolamina sintética*, indepen-

dentemente de registro sanitário, em caráter excepcional, enquanto estiverem em curso estudos clínicos acerca da substância (art.4º).

Contudo, por maioria de votos, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) deferiu a medida liminar na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5501 para suspender a eficácia da Lei 13.269/2016 e, por consequência, o uso da *fosfoetanolamina sintética*.

Assim sendo, com fundamento nas recentes decisões do Supremo Tribunal Federal, o indeferimento da tutela provisória não é violação ao princípio da dignidade da pessoa humana e ao direito à vida, garantias constitucionais, vez que a Administração Pública não é obrigada a fornecer substância experimental, cuja eficácia ainda não foi comprovada.

Impende, por conseguinte, reformar integralmente a decisão agravada ante a inviabilidade do deferimento da tutela de urgência.

Nestes termos, **DOU PROVIMENTO AO RECURSO.**

TJBA – Agravado de Instrumento nº 0007814-92.2016.8.05.0000, Terceira Câmara Cível, Relator(a): Des. Moacyr Montenegro Souto, julgado em 25/07/2017.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITO CONSTITUCIONAL. TRATAMENTO DE SAÚDE AO CUSTODIADO. DIREITO FUNDAMENTAL DO PRESO. ATENDIMENTO NO ESTABELECIMENTO HOSPITALAR PRISIONAL OU EM UNIDADE MÉDICA DO SUS. RESPONSABILIDADE DO ESTADO. DECISÃO REFORMADA. RECURSO PROVIDO.

1. O direito à saúde destaca-se como princípio fundamental da ordem social brasileira, que deve ser assegurado mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos, além do acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação, alcançando, de igual modo, os presos, detentos e custodiados, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, além do direito ao mínimo existencial, sem qualquer prejuízo à restrição da liberdade de ir e vir, decorrente do efetivo cumprimento da pena.

2. O STF já reconheceu a caracterização do sistema penitenciário brasileiro como “estado de coisas inconstitucional”, ante o “quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária” (ADPF 347 MC/DF), o que legitima a intervenção judicial, ante o padrão elevado de omissão estatal frente à situação de violação generalizada de direitos fundamentais, e requer a adoção de providências estruturais em face de lesões a preceitos fundamentais dos presos, dentre as quais se inclui a proteção do direito individual à vida e à saúde, mediante o fornecimento do tratamento de saúde necessário à recuperação do preso, quando não se encontrarem presentes os elementos para a prisão domiciliar.

3. Decisão reformada, para conceder a antecipação dos efeitos da tutela e assegurar o tratamento prescrito ao custodiado, através do fornecimento das medicações e consultas médicas no próprio estabelecimento prisional, em estabelecimento hospitalar prisional ou em unidade médica integrante do Sistema Único de Saúde, mediante saídas, sob escolta, destinadas especificamente à intervenção médica, devidamente autorizadas pelo diretor do estabelecimento, com posterior e oportuno regresso à unidade prisional de origem, sob pena de multa diária de R\$ 200,00. **RECURSO PROVIDO.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de **Agravo de Instrumento n.º 0007814-92.2016.8.05.0000**, em que figuram como agravante o **Ministério Público** e como agravados o **Estado da Bahia e o Município de Itabuna**.

ACORDAM os Desembargadores integrantes da Turma Julgadora da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Bahia **DAR PROVIMENTO AO RECURSO**, nos termos do relatório e voto do Relator:

RELATÓRIO

Trata-se de Agravo de Instrumento interposto pelo **Ministério Público** em face do **Estado da Bahia**, com o objetivo de reformar a decisão de fls. 41-verso/45, proferida pelo Juízo da 1ª Vara da Fazenda Pública de Itabuna, que indeferiu a liminar pleiteada nos autos da Ação Civil Pública.

Aduziu o agravante, em síntese, que a Ação Civil Pública visa à proteção do direito à saúde de Crispiniano Avelino de Jesus, custodiado no Conjunto Penal de Itabuna, que é portador de espondilose e discopatia degenerativa lombar iniciais e de outras patologias que reclamam tratamento fisioterápico, analgésico e através de fórmulas manipuladas, além de consultas especializadas com ortopedista, neurocirurgião e fisioterapeuta, regulação para exame de eletroneuromiografia de membros inferiores e outros exames e procedimentos, através do atendimento na própria unidade de custódia, ou ainda o custeio de transporte e medidas de segurança para o traslado do custodiado para unidade de saúde. Defendeu que o direito à vida e à saúde possui proteção constitucional, invocou a doutrina e jurisprudência pátria, sustentou a presença dos requisitos processuais para a antecipação dos efeitos da tutela pleiteada, requereu a concessão do efeito suspensivo ativo ao recurso e, no mérito, o provimento do Agravo e a reforma da decisão.

Às fls. 65/66 deferi o efeito suspensivo ativo requerido, para conceder a antecipação dos efeitos da tutela pleiteada, ordenando ao Estado da Bahia que assegure o tratamento prescrito ao custodiado, no prazo de quinze dias, através do fornecimento das medicações descritas na petição inicial, prescritas pelos relatórios médicos acostados às fls. 30/32, e outros que posteriormente venham a ser indicados pela equipe médica, além das consultas com ortopedista, neurocirurgião e fisioterapeuta, no próprio estabelecimento prisional, em estabelecimento hospitalar prisional ou em unidade médica integrante do Sistema Único de Saúde, mediante saídas, sob escolta, destinadas especificamente à intervenção médica, devidamente autorizadas pelo diretor do estabelecimento, com posterior e oportuno regresso à unidade prisional de origem, sob pena de multa diária de R\$ 200,00.

O Estado da Bahia peticionou à fl. 71, esclarecendo que não iria requerer nada nos autos.

Intimado o Município de Itabuna, não apresentou contrarrazões no prazo legal.

Em seu Parecer, o Ministério Público opinou pelo provimento do agravo.

Conclusos os autos, elaborei o presente relatório e solicitei inclusão em pauta para julgamento, na forma do artigo 931 do CPC/2015 c/c 173, §1º do RITJBA, salientando a existência do direito à sustentação oral.

VOTO

Como visto, trata-se de Agravo de Instrumento interposto com o objetivo de reformar a decisão de fls. 41-verso/45, proferida pelo Juízo da 1ª Vara da Fazenda Pública de Itabuna, que indeferiu a liminar pleiteada nos autos da Ação Civil Pública.

A decisão recorrida merece ser reformada, porquanto presentes os requisitos processuais para o deferimento da antecipação dos efeitos da tutela em favor do beneficiário da Ação Civil Pública.

Dos relatórios médicos e resultados de exames colacionados às fls. 22/33, extrai-se o delicado estado de saúde do Sr. Crispiniano Avelino de Jesus, custodiado no Conjunto Penal de Itabuna, a ensejar o requerimento da prisão domiciliar pelo Diretor do referido estabelecimento, cujo opinativo do Ministério Público restou desfavorável, ensejando a requisição de vaga no Hospital de Custódia (fl. 34), providência que não restou atendida até o momento do ajuizamento da ação.

O direito à saúde destaca-se como princípio fundamental da ordem social brasileira, conforme se infere no art. 6º da Constituição Federal. Nesse sentido, o art. 196 do texto constitucional estabelece que a saúde é um direito de todos e dever do Estado, e esse direito deverá ser assegurado mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos, além do acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Os presos, detentos e custodiados, do mesmo modo, devem ter o seu direito à vida e à saúde assegurado pelo Estado, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, além do direito ao mínimo existencial, sem qualquer prejuízo à restrição da liberdade de ir e vir, decorrente do efetivo cumprimento da pena, já tendo se manifestado neste sentido o Supremo Tribunal Federal:

HABEAS CORPUS. PACIENTE PORTADOR DE DOENÇA CRÔNICA. NECESSIDADE DE TRATAMENTO ESPECIALIZADO NÃO DISPONÍVEL NOS HOSPITAIS PENITENCIÁRIOS. POSSIBILIDADE DE REALIZAÇÃO DO TRATAMENTO EM UNIDADES MÉDICAS INTEGRANTES DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. ART. 14 DA LEP. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. É dever do Estado promover a assistência médica apropriada ao tratamento do custodiado em estabelecimento hospitalar prisional ou, na hipótese de inadequação do nosocômio penitenciário para tal finalidade, em unidade médica integrante do Sistema Único de Saúde mediante saídas, sob escolta, destinadas à intervenção médica, devidamente autorizadas pelo diretor do estabelecimento, com posterior e oportuno regresso à unidade prisional de origem. Habeas Corpus parcialmente conhecido e, nessa extensão, concedida a ordem para assegurar a continuidade do tratamento médico do ora paciente inclusive em unidades hospitalares não integrantes do sistema prisional. (STF - HC 111847, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 05/06/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-119 DIVULG 18-06-2012 PUBLIC 19-06-2012)

Outrossim, em sede de repercussão geral, o STF consolidou o entendimento de que “*Em caso de inobservância do seu dever específico de proteção previsto no artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal, o Estado é responsável pela morte do detento.*” Na ocasião do julgamento, o Ministro Luiz Fux salientou que “*A omissão do Estado reclama nexo de causalidade em relação ao dano sofrido pela vítima nos casos em que o Poder Público ostenta o dever legal e a efetiva possibilidade de agir para impedir o resultado danoso. É dever do Estado e direito subjetivo do preso que a execução da pena se dê de forma humanizada, garantindo-se os direitos fundamentais do detento, e o de ter preservada a sua incolumidade física e moral (artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal).*” Transcreve-se, pois, o referido precedente na íntegra:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR MORTE DE DETENTO. ARTIGOS 5º, XLIX, E 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. A responsabilidade civil estatal, segundo a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 37, § 6º, subsume-se à teoria do risco administrativo, tanto para as condutas estatais comissivas quanto para as omissivas, posto rejeitada a teoria do risco integral. 2. A omissão do Estado reclama nexo de causalidade em relação ao dano sofrido pela vítima nos casos em que o Poder Público ostenta o dever legal e a efetiva possibilidade de agir para impedir o resultado danoso. 3. É dever do Estado e direito subjetivo do preso que a execução da pena se dê de forma humanizada, garantindo-se os direitos fundamentais do detento, e o de ter preservada a sua incolumidade física e moral (artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal). 4. O dever constitucional de proteção ao detento somente se considera violado quando possível a atuação estatal no sentido de garantir os seus direitos fundamentais, pressuposto inafastável

para a configuração da responsabilidade civil objetiva estatal, na forma do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal. 5. *Ad impossibilia nemo tenetur*, por isso que nos casos em que não é possível ao Estado agir para evitar a morte do detento (que ocorreria mesmo que o preso estivesse em liberdade), rompe-se o nexo de causalidade, afastando-se a responsabilidade do Poder Público, sob pena de adotar-se contra legem e a opinio doctorum a teoria do risco integral, ao arrepio do texto constitucional. 6. A morte do detento pode ocorrer por várias causas, como, v. g., homicídio, suicídio, acidente ou morte natural, sendo que nem sempre será possível ao Estado evitá-la, por mais que adote as precauções exigíveis. 7. A responsabilidade civil estatal resta conjugada nas hipóteses em que o Poder Público comprova causa impeditiva da sua atuação protetiva do detento, rompendo o nexo de causalidade da sua omissão com o resultado danoso. 8. Repercussão geral constitucional que assenta a tese de que: em caso de inobservância do seu dever específico de proteção previsto no artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal, o Estado é responsável pela morte do detento. 9. *In casu*, o tribunal a quo assentou que inocorreu a comprovação do suicídio do detento, nem outra causa capaz de romper o nexo de causalidade da sua omissão com o óbito ocorrido, restando escorreita a decisão impositiva de responsabilidade civil estatal. 10. Recurso extraordinário DESPROVIDO. (STF - RE 841526, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 30/03/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-159 DIVULG 29-07-2016 PUBLIC 01-08-2016)

Neste sentido, ainda que se reconheçam as limitações enfrentadas pelo Sistema Único de Saúde e pelo sistema prisional, ditos entraves não podem configurar obstáculos aos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, mormente quando o indeferimento da antecipação da tutela requerida possui aptidão para causar lesão grave e de difícil reparação ao jurisdicionado.

Por fim, insta salientar que o STF já reconheceu a caracterização do sistema penitenciário brasileiro como “estado de coisas inconstitucional”, ante o “quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária” (STF - Trecho da ementa proferida na ADPF 347 MC, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 09/09/2015), o que legitima a intervenção judicial, ante o padrão elevado de omissão estatal frente à situação de violação generalizada de direitos fundamentais, e requer a adoção de providências estruturais em face de lesões a preceitos fundamentais dos presos, dentre as quais se inclui a proteção do direito individual à vida e à saúde, mediante o fornecimento do tratamento de saúde necessário à recuperação do preso, quando não se encontram presentes os elementos para a prisão domiciliar.

Ante o exposto, voto no sentido de **DAR PROVIMENTO** ao recurso para reformar a decisão recorrida e conceder a antecipação dos efeitos da tutela requerida pelo Ministério Público, ordenando aos agravados que assegurem o tratamento prescrito ao custodiado, no prazo de quinze dias, através do fornecimento das medicações descritas na petição inicial, prescritas pelos relatórios médicos acostados às fls. 30/32, e outros que posteriormente venham a ser indicados pela equipe médica, além das consultas com ortopedista, neurocirurgião e fisioterapeuta, no próprio estabelecimento prisional ou em unidade médica integrante do Sistema Único de Saúde, mediante saídas, sob escolta, destinadas especificamente à intervenção médica, devidamente autorizadas pelo diretor do estabelecimento, com posterior e oportuno regresso à unidade prisional de origem, sob pena de multa diária de R\$ 200,00.

TJBA – Agravo Interno nº 0021827-11.2007.8.05.0001/50004, Tribunal Pleno, Relator(a): Desª. Lícia de Castro Laranjeira Carvalho, julgado em 26/07/2017.

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO. DECISÃO QUE INADMITIU RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ALEGAÇÃO NÃO DEMONSTRADA DE ERROR IN PROCEDENDO. LIMITAÇÃO TEMPORAL DA

PERDA MONETÁRIA. AUSÊNCIA DE CONTRARIEDADE ENTRE ACÓRDÃO PARADIGMA E MATÉRIA DISCUTIDA NOS AUTOS. IRRESIGNAÇÃO IMOTIVADA. RECURSO IMPROVIDO.

Inacolíveis meros e frágeis argumentos visando reforma da decisão objurgada, proferida em consonância com elementos carreados para os autos e legislação pertinente, sem configuração de error in procedendo ou contrariedade ao disposto no § 3º do art. 543-B do CPC/73. Inadmissível, portanto, pretendida remessa dos autos ao relator da apelação para exercer juízo de retratação depois de julgado o mérito do recurso paradigma, quando não vislumbrada qualquer divergência entre acórdão recorrido e o posicionamento do STF.

No que tange à matéria relativa ao término da incorporação da perda monetária decorrente da conversão da remuneração da agravada em URV o Supremo Tribunal Federal entendeu que esta deve ocorrer no momento em que a carreira do servidor passar por uma reestruturação remuneratória, sendo tal entendimento observado por esta Corte de Justiça, sem demonstração de alegada contrariedade.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental nº 0021827-11.2007.8.05.0001/50004, de Salvador, em que figuram como agravante Estado da Bahia e agravada, Associação dos Defensores Públicos do Estado da Bahia – ADEP.

Acordam os Desembargadores integrantes do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, em sua composição plenária, à unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso.

RELATÓRIO

Estado da Bahia interpôs Recurso Extraordinário (fls. 406-425) em 18.02.2010 de acórdão (fls. 302-318, 325-327, 364-366 e 368-372) da Segunda Câmara Cível (Relatora Desª. Maria do Socorro Barreto Santiago, Segundo Julgador Des. Clésio Rômulo Carrilho Rosa e Terceira Julgadora Desª. Maria da Graça Osório Pimentel Leal), sendo inadmitido em decisão proferida por esta 2ª Vice-Presidência (fls. 502-505). Irresignado, interpôs Agravo Interno (fls. 509-512) em 15.05.2014 alegando, em síntese, existência de equívoco na decisão guerreada, em contrariedade ao disposto no § 3º do art. 543-B do CPC/73, fato que implica na incidência de *error in procedendo* ante a inocorrência de remessa dos autos ao relator da apelação para exercer juízo de retratação depois da resolução do mérito do recurso paradigma. Aduz ainda que, contrariamente à decisão do STF em repercussão geral (RE 561836/RN), o acórdão estadual não definiu a limitação temporal da incorporação da perda monetária decorrente da conversão da remuneração dos associados da agravada em URV.

Contrarrazões às fls. 566-576.

VOTO

Inobstante ter sido admitido o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas nº 0011517-31.2016.8.05.0000, em que se discute sobre “a definição do marco temporal final para a aplicação do percentual decorrente da equivocada conversão do Cruzeiro Real em URV sobre a remuneração e proventos dos servidores públicos estaduais do Poder Executivo, ativos e inativos, e pensionistas”, não se trata de hipótese passível de sobrestamento por força do art. 1.030, III, do CPC/15.

Art. 1.030. Recebida a petição do recurso pela secretaria do tribunal, o recorrido será intimado para apresentar contrarrazões no prazo de 15 (quinze) dias, findo o qual os autos serão conclusos ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido, que deverá:

(...)

III – sobrestar o recurso que versar sobre controvérsia de caráter repetitivo ainda não decidida pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme se trate de matéria constitucional ou infraconstitucional;

Portanto, a legislação processual somente admite a possibilidade de sobrestamento quando o recurso ocupar-se de controvérsia de caráter repetitivo ainda não decidida por Tribunais Superiores. Por conseguinte, controvérsia de caráter repetitivo objeto de IRDR admitido por Tribunal de Justiça não enseja sobrestamento de Recursos Especial e Extraordinário e de agravos internos interpostos de decisões que lhes tenham negado seguimento.

A decisão hostilizada foi publicada em 07.05.2014, fazendo surgir para o recorrente o direito de interpor o agravo com fundamento no Código de Ritos de 1973, a ser apreciado conforme disposto no citado dispositivo processual.

A decisão impugnada teve o seguinte teor:

Estado da Bahia interpôs recurso extraordinário com fundamento no art. 102, inciso III, alínea a, da Constituição Federal, em face de acórdãos proferidos pela Segunda Câmara Cível insertos às fls. 302/318, 325/327, 364/365 e 368/372, que rejeitaram as preliminares e, no mérito, deram provimento ao recurso manejado pelo ora recorrido.

Alega o recorrente, em síntese, violação ao art. 2.º, 5.º, caput, inciso LIV, LV, XXXV, art. 37, caput, XV, art. 93, IX e 168 da Constituição Federal.

Foram apresentadas contrarrazões às fls. 443/449.

Ademais, constata-se que o recurso extraordinário foi sobrestado por força da decisão de fls. 452. Assim, verificado o julgamento do recurso paradigma (RE 561836) foram os autos conclusos à 2.ª Vice-Presidência.

É o relatório.

Em relação à violação ao art. 2.º e art. 5.º, caput, estes não tiveram sua matéria debatida no acórdão recorrido, a despeito da oposição de embargos declaratórios, o que impede o conhecimento do recurso, diante da incidência da Súmula n.º 282/STF, cujo teor proclama: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada na decisão recorrida, a questão federal suscitada”.

No que concerne à infringência ao art. 5.º, inciso LIV, LV e XXXV e art. 37, caput, da Constituição Federal, o Supremo Tribunal Federal já firmou posicionamento que a ofensa aos dispositivos mencionados, quando muito, é meramente reflexa ao Texto Constitucional, não sendo possível impugná-los na via estreita do recurso extraordinário, senão vejamos:

Ementa: PROCESSUAL CIVIL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DISTRITO FEDERAL. LEI DISTRITAL 4.075/07. GRATIFICAÇÃO DE ENSINO ESPECIAL (GAEE). CONCESSÃO A PROFESSORES QUE LECIONAM DISCIPLINAS REGULARES EM TURMAS QUE POSSUEM UM OU ALGUNS ALUNOS PORTADORES DE NECESSIDADES EDUCATIVAS ESPECIAIS. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. 1. (...) 2. Não há violação ao art. 93, IX, da Constituição Federal, por suposta omissão não sanada pelo acórdão recorrido ante o entendimento da Corte que exige, tão somente, sua fundamentação, ainda que sucinta (AI 791.292 QO-RG/PE, Rel. Min. GILMAR MENDES, DJe de 13.8.2010). 3. Incabível, em recurso extraordinário, apreciar violação aos arts. 5.º, II, XXXV, LIV e LV, e 37, caput, da Constituição Federal, em razão de necessidade de revisão da interpretação das normas infraconstitucionais pertinentes (AI 796.905-Agr/PE, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe de 21.5.2012; AI 622.814-Agr/PR, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe de 08.3.2012; ARE 642.062-Agr/RJ, Rel. Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, DJe de 19.8.2011). 4. (...) 5. (...) 6. (...) 7. É cabível a atribuição dos efeitos da declaração de ausência de repercussão geral quando não há matéria constitucional a ser apreciada ou quando eventual ofensa à Constituição Federal se dê de forma indireta ou reflexa (RE 584.608 RG, Min. ELLEN GRACIE, Pleno, DJe de 13/03/2009). 8. Ausência de repercussão geral da questão suscitada, nos termos do art. 543-A do CPC. (ARE 794364 RG, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, julgado em 13/03/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-058 DIVULG 24-03-2014 PUBLIC 25-03-2014).

Com referência ao art. 5.º, XXXV e art. 93, IX da Constituição Federal, cabe evidenciar que a mera indicação de dispositivo legal tido por violado, sem que haja demonstração clara e objetiva

de como o acórdão recorrido teria malferido a legislação constitucional, não enseja a abertura da via extraordinária, devendo a parte recorrente demonstrar os motivos de sua insurgência, o que não ocorreu no caso em exame. Assim, incide a Súmula 284/STF, por deficiência na fundamentação.

No que se refere à ofensa ao art. 37, XV da Constituição Federal, o acórdão recorrido manifestou-se nos seguintes termos:

“Em verdade, a conversão do índice deveria ter se efetivado na data da percepção dos vencimentos dos apelantes, o que não ocorreu. Assim, matematicamente a inobservância da efetiva data de pagamento trouxe redução diária, afrontando, por conseguinte, o princípio constitucional da irredutibilidade.

(...)

Por essas razões, se impõe reformar a sentença hostilizada, posto que o Estado da Bahia não garantiu o cumprimento do princípio da irredutibilidade salarial para os autores, assegurado pela Constituição Federal (...).” (fl. 309/313)

Como se vê, o acórdão encontra-se em consonância com o entendimento firmado no Supremo Tribunal Federal no julgamento do recurso paradigma (RE 561836) no sentido que “a incorporação do índice de 11,98%, ou de um índice obtido em processo de liquidação, sem qualquer abatimento ou compensação em decorrência de aumentos salariais supervenientes a título de reajuste ou revisão, é medida legítima e necessária, sob pena de a supressão originar uma autêntica ofensa ao princípio da irredutibilidade da remuneração dos servidores públicos”.

Quanto à ofensa apontada ao art. 168, da Constituição Federal, o acórdão consignou que:

“Como o cálculo da conversão não obedeceu ao verdadeiro sentido da norma legislativa, ou seja, a conversão não foi realizada no dia do efetivo pagamento, data esta em que o vencimento é disponibilizado concretamente ao servidor, não merece prosperar o argumento do apelado de que os servidores públicos vinculados ao Poder Executivo não possuem direito à reposição das perdas, devidas tão-somente aos servidores públicos integrantes dos Poderes Legislativo e Judiciário e do Ministério Público por força do art. 168 da CF,

(...)

O reconhecimento da existência da diferença correspondente ao percentual de 11,98%, resultante da interpretação sistemática dos dispositivos da Lei 8.880/94 e do multireferido artigo 168 da CF, decorre da constatação de um hiato temporal entre a data do recebimento das dotações orçamentárias dos órgãos do Legislativo, do Judiciário e do Ministério Público e a data da conversão dos vencimentos dos servidores destes órgãos para a URV.

No que concerne especificamente ao Poder Executivo, a falta de indicativo do dia do efetivo repasse impõe a liquidação de sentença como forma de se apurar a perda efetivamente suportada por cada um dos Recorrentes, considerada a data do pagamento nos meses de novembro/93 a fevereiro/94 como aquela em que deverá ser considerado o valor da URV para conversão.”

(...) Por conseguinte, resta evidente que as perdas decorrentes da desvalorização diária da moeda não seriam iguais para todos eles, já que recebiam seus salários em ocasiões diferentes, devendo índice de conversão ser calculado de forma individual para cada servidor, em futura liquidação, porque não existe nos autos provas de quando a Administração disponibilizou os créditos e efetuou os pagamentos.

(fl. 309/310 e 314)

Destaque-se que a modificação das conclusões do acórdão recorrido acima citadas demandaria a imprescindível incursão na seara fático-probatória constante do processo, o que é vedado na via estreita do recurso extraordinário, ante o teor da Súmula 279, do Supremo Tribunal Federal.

Ante o exposto, inadmito o recurso extraordinário.

Inaccolhíveis meros e frágeis argumentos visando reforma da decisão objurgada, proferida em consonância com elementos carreados para os autos e legislação pertinente, sem configuração de *error in procedendo* ou contrariedade ao disposto no § 3º do art. 543-B do CPC/73. Inadmissível, portanto, a pretendida remessa dos autos ao relator da apelação para exercer juízo de retratação depois de julgado o mérito do recurso paradigma, quando não vislumbrada qualquer divergência entre o acórdão recorrido e o posicionamento do STF.

No que tange a matéria relativa ao termino da incorporação da perda monetária decorrente da conversão da remuneração da agravada em URV, entendeu o Supremo Tribunal Federal que esta deve ocorrer no momento em que a carreira do servidor passar por uma reestruturação remu-

neratória. Analisando o acórdão recorrido, constata-se que tal entendimento foi observado por esta Corte de Justiça, razão pela qual não vislumbro a contrariedade alegada pelo ora agravante.

O exame do recurso em tela deve se restringir a averiguar existência de similitude fática entre o assunto tratado nos autos e o paradigma aplicado, inexistindo motivo para reforma da decisão recorrida, haja vista a consonância do acórdão com a orientação da Corte Suprema.

Ante o exposto nega-se provimento ao recurso.

TJBA – Mandado de Segurança nº 0016163-84.2016.8.05.0000, Tribunal Pleno, Relator(a): Desª. Rosita Falcão de Almeida Maia, julgado em 28/06/2017.

MANDADO DE SEGURANÇA. ATO DA JUÍZA ASSESSORA DO NÚCLEO DE PRECATÓRIOS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA BAHIA. PRELIMINARES. ILEGITIMIDADE ATIVA E PASSIVA. REJEIÇÃO. MÉRITO. INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE EXPEDIÇÃO DE ALVARÁ EM NOME DO ADVOGADO, PARA LEVANTAMENTO DE QUANTIA DEVIDA A SEU CLIENTE. PATRONO MUNIDO DE PROCURAÇÃO PARA DAR E RECEBER QUITAÇÃO. ATO ILEGAL E ABUSIVO. VIOLAÇÃO AO LIVRE EXERCÍCIO DA PROFISSÃO E AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE RESTRIÇÃO AOS DIREITOS DO ADVOGADO POR MEIO DE NORMA INFRALEGAL, AINDA QUE EMANADA DO CNJ. PRECEDENTES. TENTATIVA DE FISCALIZAÇÃO DOS ATOS PRATICADOS PELO ADVOGADO NA RELAÇÃO PRIVADA COM OS SEUS CLIENTES, SEM PROVOCACÃO DESTES. ATO ILEGAL E ABUSIVO. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA INÉRCIA. USURPAÇÃO DAS ATRIBUIÇÕES CORREICIONAIS DA OAB. DIREITO LÍQUIDO E CERTO À CONCESSÃO DA SEGURANÇA.

1. Não há falar em ilegitimidade passiva *ad causam* da Juíza Assessora do Núcleo de Precatórios do Tribunal de Justiça da Bahia, pois, ainda que sua conduta se destinasse ao simples cumprimento de norma do Conselho Nacional de Justiça, a magistrada não é mera executora das ordens do Órgão, sendo a responsável direta e imediata pela prática do ato impugnado.

2. O advogado munido de procuração com poderes para dar e receber quitação é parte legítima para impetrar mandado de segurança contra ato que indefere o pedido de expedição de alvará em seu nome, para levantamento de quantia devida a seu cliente.

3. Considerando a existência de previsão legal expressa no sentido de que o patrono dotado de poderes especiais pode receber e dar quitação (art. 105, do CPC), é isento de dúvidas que qualquer ato voltado a obstaculizar o livre exercício de suas atividades profissionais, sem o devido respaldo constitucional ou legal, viola frontalmente os arts. 5º, XIII, e 133, da Carta Magna, que asseguram o livre exercício da advocacia, bem como o princípio da legalidade, que deve nortear a atuação de todos os Poderes do Estado, inclusive do Poder Judiciário (art. 5º, II, e 37, caput, da CF/88):

4. Nenhuma Recomendação, ainda que emanada da Corregedoria Nacional de Justiça, teria o condão de justificar o embaraço ao exercício de prerrogativas asseguradas pela lei e pela Constituição da República, afinal, no exercício de seu poder regulamentar, o Órgão edita atos normativos infralegais (Recomendações, Provimentos, Instruções, Orientações etc.), incapazes de derrogar normas hierarquicamente superiores, emanadas do Congresso Nacional ou do Constituinte Originário. Soma-se a isso o fato de que as Recomendações e demais atos normativos emanados do CNJ devem limitar-se a dispor sobre o cumprimento de “obrigações de essência puramente administrativas”,

nas palavras do Ministro Ricardo Lewandowski, do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do MS 27.621.

5. No julgamento do Procedimento de Controle Administrativo nº 0002350-73.2009.2.00.0000, o próprio Conselho Nacional de Justiça rechaçou interpretações restritivas do direito dos advogados à expedição de alvará em seus nomes, quando detenham poderes especiais para receber e dar quitação. No mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça já afirmou que o advogado dotado de poderes para receber e dar quitação tem o direito inviolável à expedição de alvará em seu nome para levantar depósitos judiciais (Resp 674.436/SP; AgRg no Ag 425.731/PR).

6. Não compete ao Núcleo de Precatórios do Tribunal de Justiça, e muito menos a uma Juíza de Direito Assessora, imiscuir-se, sem provocação, na relação entre o advogado e o seu cliente, com o propósito de fiscalizar a lisura da atuação daquele, inclusive para determinar a juntada de cópia de todos os contratos de honorários celebrados, com prova de cada repasse e desconto realizado. Ainda que houvesse indícios concretos de atos ilícitos praticados contra os credores, não se pode perder de vista que o patrono e o seu cliente mantêm uma relação contratual privada, fundada na confiança, protegida por diversas normas do ordenamento jurídico contra a indevida interferência dos Poderes do Estado. Significa dizer que, se o cliente muniu o advogado de poderes especiais para receber e dar quitação, não há nada que os membros do Poder Judiciário possam fazer, senão obedecer à letra da lei, mediante a expedição de alvará judicial em nome do patrono. Aliás, se houvessem reclamações de clientes insatisfeitos, caberia à própria Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), após a apuração da seriedade das denúncias, instaurar um procedimento disciplinar contra o profissional, conforme o disposto nos arts. 70 e 72, da Lei nº. 8.906/1994.

7. Constatada a prática de ato ilegal e abusivo, em violação aos arts. 5º, II e XIII, 37, caput, e 133, da Constituição da República; aos arts. 2º e 105, do CPC; e aos arts. 7º, I, 6º, par. ún., e 70, da Lei nº. 8.906/1994, exsurge o direito líquido e certo à concessão da segurança.

Preliminares rejeitadas. Segurança concedida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de mandado de segurança nº. 0016163-84.2016.805.0000, sendo impetrantes Adriano da Mata Silva e Roberto Lemos e Correia, e impetrada a Juíza Assessora do Núcleo de Precatórios do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia.

Acordam os Desembargadores componentes do Tribunal Pleno do Tribunal de Justiça da Bahia, por maioria, em **CONCEDER A SEGURANÇA PLEITEADA**, e o fazem pelas razões expendidas no voto divergente.

VOTO

Trata-se de mandado de segurança, com pedido liminar, impetrado contra ato ilegal e abusivo da Juíza Assessora do Núcleo de Precatórios do Tribunal de Justiça da Bahia.

Por meio do ato impugnado, a autoridade apontada como coatora impediu o advogado impetrante, Dr. Robertto Lemos e Correia, de receber alvará para o levantamento da quantia devida ao seu cliente, o segundo impetrante, Adriano da Mata Silva, intimando-o a informar os dados bancários do beneficiário, a fim de que ela própria efetuasse o depósito do montante (fls. 18/23), muito embora o causídico apresentasse procuração com poderes expressos para receber e dar quitação (fl. 16).

Ademais, a impetrada determinou ao advogado que, no prazo de 10 (dez) dias, juntasse os contratos de honorários celebrados com todos os credores do processo, comprovando todos os repasses ocorridos àqueles que já haviam recebido créditos preferenciais, bem como o desconto de honorários. Ao final, determinou o encaminhamento ao CNJ, por e-mail, de cópia da petição na qual o causídico expôs sua opinião acerca da atuação do Conselho por ocasião da correição ocorrida no Núcleo de Precatórios.

Na sessão do dia 14 de dezembro de 2016, o DD. Desembargador Relator, Mário Augusto Albiani Alves Júnior, votou pela denegação da segurança.

Diante da complexidade da matéria, pedi vista dos autos e proferi voto divergente, pelas razões de fato e de direito que passo a expor.

Primeiramente, cumpre-me esclarecer que não há falar em ilegitimidade passiva *ad causam*, tendo em vista que a própria autoridade apontada como coatora - a Juíza Assessora do Núcleo de Precatórios do Tribunal de Justiça da Bahia, reconheceu a prática do ato impugnado em suas informações (fls. 68/69), sendo certo que não é mera executora das ordens do Conselho Nacional de Justiça, ainda que as recomendações do Órgão tenham servido como razão de decidir. Impende destacar, ainda, que a autoridade impetrada é a competente para a adoção da providência buscada na ação mandamental, ou seja, a expedição de alvará judicial em nome do impetrante, de modo que não restam dúvidas sobre a sua legitimidade para figurar na demanda.

Outrossim, não há falar em ilegitimidade ativa *ad causam*, afinal, a análise atenta do instrumento de mandato acostado à fl. 16 revela que o segundo impetrante, Adriano da Mata Silva, outorgou poderes não apenas à sociedade de advogados Robertto Lemos e Correia Advogados Associados S/C, como também ao próprio advogado Robertto Lemos e Correia, nos seguintes termos:

“Pelo presente instrumento particular de procuração, Adriano da Mata Silva (...) nomeia e constitui ROBERTTO LEMOS E CORREIA & ASSOCIADOS S/C, sociedade inscrita no CNPJ (...) através do Bel. Robertto Lemos e Correia, OAB/BA nº. 7.672 (...) com os poderes da cláusula ‘ad judicium’ e mais os de receber citação inicial, confessar, reconhecer a procedência do pedido, transigir, desistir, propor ação rescisória, renunciar ao direito em que se funda a ação, receber, dar quitação, inclusive valores decorrentes do pagamento de precatório desta ação, sem que se necessite a renovação do mandato, e firmar compromisso.”

Aliás, ainda que o nome do Dr. Roberto Lemos não constasse na procuração de fl. 16, não haveria de se questionar a sua condição de mandatário, afinal, muito antes disso, o segundo impetrante outorgara poderes ao causídico, por meio da procuração de fl. 78, datada de 21 de janeiro de 2003, da qual se extrai:

“Pelo presente instrumento particular de procuração, Adriano da Mata Silva (...) nomeia e constitui seus advogados os Beis. Robertto Lemos e Correia, OAB/BA nº. 7.672 e Pedro Lacerda, OAB/BA nº 7981, estabelecidos nesta Capital (...) com os poderes da cláusula ‘ad judicium’ e mais os de receber citação, confessar, transigir, desistir, firmar compromisso, receber e dar quitação.”

Do exposto, concluo que o primeiro impetrante goza de inquestionável legitimidade para impugnar, por meio da via mandamental, o ato da autoridade coatora que recusou a expedição de alvará para levantamento de quantia, até porque o patrono foi atingido direta e pessoalmente pelo ato, visto que foi impedido de exercer livremente as suas atividades profissionais e colocado sob a suspeita de haver procedido de forma duvidosa perante os seus clientes, havendo, portanto, nítido interesse jurídico de sua parte na concessão da segurança.

Vencidas essas considerações, no mérito, sabe-se que a Constituição da República Federativa do Brasil incluiu a advocacia privada no rol das funções essenciais à justiça, ao lado do Ministério Público, da Advocacia Pública e da Defensoria Pública, conferindo ao advogado o status de profissional indispensável à administração da justiça, nos termos do art. 133:

Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

A Carta Magna não utiliza expressões ou palavras inúteis, de maneira que o dispositivo revela uma clara opção política do constituinte originário no sentido de prestigiar e reforçar a importância deste profissional, como defensor dos direitos e liberdades públicas previstos no ordenamento jurídico, como bem reconheceu o Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal:

“O Advogado -- ao cumprir o dever de prestar assistência técnica àquele que o constituiu, dispensando-lhe orientação jurídica perante qualquer órgão do Estado -- converte, a sua atividade profissional, quando exercida com independência e sem indevidas restrições, em prática inestimável de liberdade. Qualquer que seja o espaço institucional de sua atuação (Poder Legislativo, Poder Executivo ou Poder Judiciário), ao Advogado incumbe neutralizar os abusos, fazer cessar o arbítrio, exigir respeito ao ordenamento jurídico e velar pela integridade das garantias jurídicas -- legais ou constitucionais -- outorgadas àquele que lhe confiou a proteção de sua liberdade e de seus direitos (...).” (HC 88.015-MC, rel. min. Celso de Mello, decisão monocrática, julgamento em 14-2-2006, DJ de 21-2-2006)

E de outra forma não poderia ser, afinal, a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) desempenhou papel decisivo para a redemocratização do país, viabilizando a convocação da Assembleia Nacional Constituinte que resultou na Carta de 1988. Aliás, todos aqueles que vivenciaram os anos que antecederam o Estado democrático com a Constituição de 1988 podem recordar-se da luta incansável dos advogados contra os abusos perpetrados pelos agentes do Estado, não raras vezes com resultados funestos para o próprio advogado e seus familiares.

Por essa razão, é possível afirmar que as prerrogativas do advogado constituem, em verdade, garantias do próprio cidadão e do Estado Democrático de Direito, as quais integram a cláusula do devido processo legal e da ampla defesa, direitos fundamentais da cidadania.

A esse respeito, transcrevo o seguinte manifesto, extraído do sítio eletrônico da Ordem dos Advogados do Brasil - Seccional Bahia:

“Advogados são a única linha de proteção que separa uma pessoa comum, investigada ou acusada de um delito, do poderoso aparato coercitivo do Estado, representado pelo juiz, promotor público e autoridade policial, por exemplo. Sem direitos e garantias especiais para defender seus clientes, não haveria um mínimo equilíbrio de forças.

O advogado exerce um papel de serviço público e de função social ao atuar na defesa dos direitos do cidadão. As pessoas confiam seus interesses aos advogados, outorgando poderes, fornecendo informações e documentos para que sejam defendidas por esse profissional. A lei garante que essa defesa possa ser feita com autonomia, independência e em situação de igualdade do advogado perante as autoridades.”

Não se pode admitir, portanto, que qualquer agente público, autoridade ou servidor, a serviço de qualquer dos três poderes da República, desrespeite o advogado, e muito menos que impeça ou dificulte o exercício de sua profissão, sob pena de violação ao referido art. 133, da Carta Magna, e aos arts. 6º e 7º, inciso I, da Lei nº. 8.906/1994 (Estatuto da OAB), que dispõem:

Art. 6º Não há hierarquia nem subordinação entre advogados, magistrados e membros do Ministério Público, devendo todos tratar-se com consideração e respeito recíprocos.

Parágrafo único. As autoridades, os servidores públicos e os serventuários da justiça devem dispensar ao advogado, no exercício da profissão, tratamento compatível com a dignidade da advocacia e condições adequadas a seu desempenho.

Art. 7º São direitos do advogado:

I - exercer, com liberdade, a profissão em todo o território nacional;

Fixadas essas premissas, emerge dos autos que o advogado impetrante, Dr. Robertto Lemos e Correia, procurador constituído pelo segundo impetrante, Adriano da Mata Silva, e outros policiais militares, ajuizou demanda contra o Estado da Bahia, e, após muitos anos de trabalho, logrou êxito em assegurar o direito de seus clientes, com a condenação do ente público na obrigação de pagar quantia.

Em razão da idade avançada dos credores, o patrono peticionou ao Núcleo de Precatórios do Tribunal de Justiça da Bahia, requerendo a realização do pagamento sob o regime preferencial previsto no art. 100, da Constituição da República, e para receber alvará para o levantamento da quantia depositada em juízo, distribuindo-o posteriormente a cada litisconsorte, conforme autoriza o mandato que lhe foi outorgado.

Todavia, no dia 20 de abril de 2016, a autoridade coatora determinou ao causídico a indicação das contas bancárias de cada credor, a fim de que ela própria efetuasse os depósitos, em atenção a uma Recomendação do Conselho Nacional de Justiça, conforme o despacho reproduzido abaixo:

“Certifique a Secretaria as preferências deferidas nestes autos.

Após, atendendo-se à recomendação do CNJ, intime-se o advogado das partes credoras para, no prazo de 20 dias, juntar os dados bancários dos respectivos beneficiários.

Atendida a ordem, encaminhem-se os autos ao Setor de Contas.” (fl. 18)

Surpreso com o teor do despacho, o patrono peticionou novamente à autoridade coatora, esclarecendo que recebera de seus clientes, expressamente, poderes especiais para receber e dar quitação (fl. 16), nos termos do art. 105, do CPC, o que o habilitava a receber alvará para o levantamento da quantia:

Art. 105. A procuração geral para o foro, outorgada por instrumento público ou particular assinado pela parte, habilita o advogado a praticar todos os atos do processo, exceto receber citação, confessar, reconhecer a procedência do pedido, transigir, desistir, renunciar ao direito sobre o qual se funda a ação, receber, dar quitação, firmar compromisso e assinar declaração de hipossuficiência econômica, que devem constar de cláusula específica.

Considerando a existência de previsão legal expressa no sentido de que o patrono dotado de poderes especiais pode receber e dar quitação, parece-me isento de dúvidas que qualquer ato voltado a obstaculizar o livre exercício de suas atividades profissionais, sem o devido respaldo constitucional ou legal, viola frontalmente os arts. 5º, XIII, e 133, da Carta Magna, que asseguram o livre exercício da advocacia, bem como o princípio da legalidade, que deve nortear a atuação de todos os Poderes do Estado, inclusive do Poder Judiciário (art. 5º, II, e 37, *caput*, da CF/88):

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

II - **ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;**
XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;

LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

Art. 37. A **administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência** e, também, ao seguinte:

Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

Não há dúvidas de que nenhuma **Recomendação**, ainda que emanada da Corregedoria Nacional de Justiça, teria o condão de justificar o embaraço ao exercício de prerrogativas asseguradas pela lei e pela Constituição da República, afinal, no exercício de seu poder regulamentar, o Órgão edita atos normativos infralegais (Recomendações, Provimentos, Instruções, Orientações etc.), incapazes de derogar normas hierarquicamente superiores, emanadas do Congresso Nacional ou do Constituinte Originário, conforme as mais elementares lições da teoria geral do direito.

Soma-se a isso o fato de que as **Recomendações** e demais atos normativos emanados do CNJ devem limitar-se a dispor sobre o cumprimento de “obrigações de essência puramente administrativa”, nas palavras do Ministro Ricardo Lewandowski, do Supremo Tribunal Federal:

“O art. 103-B da Constituição da República, introduzido pela EC 45/2004, dispõe que o CNJ é órgão com atribuições exclusivamente administrativas e correicionais, ainda que, estruturalmente, integre o Poder Judiciário. No exercício de suas atribuições administrativas, encontra-se o poder de “expedir atos regulamentares”. Esses, por sua vez, são atos de comando abstrato que dirigem aos seus destinatários comandos e obrigações, desde que inseridos na esfera de competência do órgão. **O CNJ pode, no lido exercício de suas funções, regulamentar condutas e impor a toda magistratura nacional o cumprimento de obrigações de essência puramente administrativa.**” (MS 27.621, rel. p/ o ac. min. Ricardo Lewandowski, j. 7-12-2011, P. 11-5-2012)

De mais a mais, ressalto que a Recomendação em testilha, feita por **Juiz Auxiliar da Corregedoria Nacional de Justiça (fl. 75)**, contraria o posicionamento do Plenário do próprio Conselho Nacional de Justiça, que já rechaçou interpretações restritivas do direito dos advogados à expedição de alvará em seu nome, quando detenham poderes especiais para receber e dar quitação, como demonstra a ementa transcrita abaixo:

PROCEDIMENTO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA. OFÍCIO CIRCULAR 53/2008/CGJ/TJ-SC. EXPEDIÇÃO DE ALVARÁ. INTIMAÇÃO DE ADVOGADO PARA APRESENTAÇÃO DE DADOS BANCÁRIOS DA PARTE. DIREITOS DO ADVOGADO. LEI 8.906/94. PROCEDÊNCIA.

1. Pretensão de desconstituição da determinação da Corregedoria-Geral do TJ/SC aos cartórios judiciais, no Ofício Circular n. 53/2008/CGJ/TJ-SC, de 14.07.2008, no sentido de que, na ausência dos dados do beneficiário do alvará, seja intimado o advogado da parte para que forneça tais informações.

2. **Se o advogado possui poderes especiais para receber e dar quitação, não é válido o ato restritivo da possibilidade de expedição, em seu nome, de alvará para levantamento de crédito.**

3. **É necessária a expedição de novo ato pela Corregedoria-Geral de Justiça de Santa Catarina, em substituição ao Ofício Circular n. 53/2008/CGJ/TJ-SC, com o sentido de afastar interpretações restritivas do direito dos advogados à expedição de alvará em seu nome, quando detenham poderes especiais para receber e dar quitação.**

Procedência do pedido.

(CNJ - PCA - Procedimento de Controle Administrativo - 0002350-73.2009.2.00.0000 - Rel. JOSÉ ADONIS CALLOU DE ARAÚJO SÁ - 90ª Sessão - j. 15/09/2009).

Esta Desembargadora não desconhece a existência de decisão divergente no âmbito do Conselho Nacional de Justiça, acostada às fls. 70v./72 dos autos, que confere respaldo à conduta da autoridade coatora; cumpre-me ponderar, todavia, que se trata de decisão monocrática, a qual, a despeito de sua autoridade, não supera o precedente firmado pelo Plenário do CNJ, inclusive por força da maior legitimidade democrática das decisões emanadas do Órgão Colegiado.

Acrescento, por oportuno, que o Superior Tribunal de Justiça também já se manifestou no sentido de que **o advogado dotado de poderes para receber e dar quitação tem o direito inviolável à expedição de alvará em seu nome para levantar depósitos judiciais, como revelam as seguintes ementas:**

RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO ACIDENTÁRIA. PROCURAÇÃO COM PODERES ESPECIAIS. LEVANTAMENTO DE VERBAS DEPOSITADAS PELO INSS. POSSIBILIDADE.

Advogado, legalmente constituído nos autos do processo com poderes especiais de receber e dar quitação, tem direito inviolável à expedição de alvará em seu nome para levantamento de depósitos judiciais decorrentes de condenação imposta ao ente previdenciário. Ademais, a matéria aventada é pacífica nesta Corte, conforme precedentes sobre o tema. Recurso conhecido e provido. (Resp 674.436/SP, Rel. Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 08/03/2005, DJ 11/04/2005, p. 370) CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. AUSÊNCIA DE ARGUMENTO CAPAZ DE INFIRMAR A DECISÃO AGRAVADA. PROCURAÇÃO COM PODERES PARA RECEBER E DAR QUITAÇÃO. ART. 109 DA LEI 8213/91. INAPLICABILIDADE.

1- O advogado legalmente constituído com poderes na procuração para receber e dar quitação, tem direito inviolável à expedição de alvará em seu nome, a fim de levantar depósitos judiciais e extrajudiciais.

2- Agravo regimental desprovido.

(AgRg no Ag 425.731/PR, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/02/2003, DJ 24/02/2003, p. 194)

Assim, não obstante a competência da magistrada impetrada, resta claro o desacerto da postura adotada, ao determinar a intimação do advogado impetrante para juntar os dados bancários dos clientes, em vez de simplesmente deferir o pedido de expedição de alvará em seu nome (fl. 18). Com razão, portanto, o causídico, ao manifestar sua irresignação por escrito à impetrada, sem informar os dados requisitados, lembrando que o direito de petição é assegurado pelo art. 5º, XXXIV, “a”, da Constituição Federal, *litteris*:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;

A postura do advogado não pode, de forma alguma, ser interpretada como ofensa, questionamento ou desafio à autoridade do Poder Judiciário, afinal, o art. 7º, XI, do Estatuto da OAB, garante expressamente ao advogado o direito de reclamar, verbalmente ou por escrito, perante qualquer juízo, tribunal ou autoridade, contra a inobservância de preceito de lei, regulamento ou regimento, o que se revela em perfeita harmonia com o art. 5º, LV, da Constituição Federal, dispositivo que assegura a todos, no processo judicial ou administrativo, o exercício do contraditório e da ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Ocorre que, em resposta à petição aludida, a autoridade coatora manteve o posicionamento equivocado e, com o objetivo de legitimá-lo, passou a discorrer longamente sobre a inexistência do direito à percepção de honorários advocatícios naquele momento processual – o que não havia sido sequer pleiteado, como se o interesse do advogado impetrante em receber o alvará em seu nome estivesse ligado ao propósito de antecipar, indevidamente, o recebimento de seus honorários, mediante a subtração da quantia destinada exclusivamente aos credores.

Mas não é só. Com base nessa presunção de má-fé e sem que houvesse provocação por parte de qualquer um dos interessados, a Juíza impetrada instaurou um verdadeiro procedimento inquisitorial de tomada de contas nos autos - destituído de qualquer previsão legal -, certamente com o objetivo de apurar eventuais irregularidades nos repasses efetuados pelo advogado impetrante aos credores do precatório, chegando ao ponto de determinar a

juntada de cópia de todos os contratos de honorários celebrados, com prova de cada repasse e desconto realizado.

Ainda, sem qualquer razão aparente, constringendo o causídico, a autoridade coatora determinou o envio ao CNJ de cópia da petição “na qual o patrono expõe sua opinião acerca do citado Órgão na ocasião da correição ocorrida neste Núcleo”.

É o que se depreende da leitura das providências ordenadas na decisão impugnada (fl. 23):

“Diante do exposto, reafirmando que os honorários contratuais somente serão pagos no momento em que a parte credora alcançar a sua posição na lista de ordem cronológica, ordeno:

1. ...

2. Intimação do advogado Robertto Lemos Correia para, em 10 (dez) dias, **acostar**: 2.1 Comprovação de **todos os repasses** ocorridos aos credores que já receberam a preferência, com exceção de Edmundo Ribeiro, Demerval Ribeiro Frutuoso, Agostinho de Souza Costa, Antônio Moreira, Osvaldo dos Santos Magno, João de Deus, Bartolomeu B. dos Santos e Vandique de Souza Santos; **2.2. Prova de desconto de honorários** relativamente aos credores Vandique de Souza Santos e José Carlos de Araújo; e **2.3. Contrato de honorários celebrado com todos os credores**; e, finalmente,

3. Cuide a Assessoria Administrativa de encaminhar, por e-mail, ao Colendo CNJ, cópia do petitório de fls. 1625/1634, no qual o patrono dos credores expõe sua opinião acerca da atuação do citado Órgão na ocasião da correição ocorrida neste Núcleo, bem como certificar, de forma destacada, os sucessores dos credores falecidos (Walter Santana Gama – fl. 1398, Antônio da Silva – fl. 1339, José Belmiro Moreira – fl. 1269, José Joca da Silva – fl. 1.540, José Carlos Alves G. Costa – fl. 1.521 e Fernando Barbosa de Jesus).” (grifos no original)

Repito que todas essas providências foram adotadas de ofício pela autoridade coatora, isto é, sem que houvesse provocação por parte de qualquer um dos credores – únicos legitimados a questionar a atuação de seu advogado -, fato que escancara o caráter ilegal e abusivo da conduta.

Não compete ao Núcleo de Precatórios do Tribunal de Justiça, e muito menos a uma Juíza de Direito Assessora, imiscuir-se, sem provocação, na relação entre o advogado e o seu cliente, com o propósito de fiscalizar a lisura da atuação daquele.

Ainda que houvesse indícios concretos de atos ilícitos praticados contra os credores (do que não há notícias nos autos), não se pode perder de vista que o patrono e o seu cliente mantêm uma relação contratual privada, fundada na confiança, protegida por diversas normas do ordenamento jurídico contra a indevida interferência dos Poderes do Estado.

Significa dizer que, se o cliente munuiu o advogado de poderes especiais para receber e dar quitação, não há nada que os membros do Poder Judiciário possam fazer, senão obedecer à letra da lei, mediante a expedição de alvará judicial em nome do patrono.

Hipótese inteiramente distinta é aquela na qual há reclamações de clientes insatisfeitos, que se dizem ludibriados e lesados pelo advogado. Em tais casos, compete à própria Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), após a apuração da seriedade das denúncias, instaurar um procedimento disciplinar contra o profissional, conforme o disposto na Lei nº. 8.906/1994:

Art. 70. O poder de punir disciplinarmente os inscritos na OAB compete exclusivamente ao Conselho Seccional em cuja base territorial tenha ocorrido a infração, salvo se a falta for cometida perante o Conselho Federal.

§ 1º Cabe ao Tribunal de Ética e Disciplina, do Conselho Seccional competente, julgar os processos disciplinares, instruídos pelas Subseções ou por relatores do próprio conselho.

§ 2º A decisão condenatória irrecorrível deve ser imediatamente comunicada ao Conselho Seccional onde o representado tenha inscrição principal, para constar dos respectivos assentamentos.

§ 3º O Tribunal de Ética e Disciplina do Conselho onde o acusado tenha inscrição principal pode suspendê-lo preventivamente, em caso de repercussão prejudicial à dignidade da advocacia, depois de ouvi-lo em sessão especial para a qual deve ser notificado a comparecer, salvo se não atender à notificação. Neste caso, o processo disciplinar deve ser concluído no prazo máximo de noventa dias.

Art. 72. O processo disciplinar instaura-se de ofício ou mediante representação de qualquer autoridade ou pessoa interessada.

§ 1º O Código de Ética e Disciplina estabelece os critérios de admissibilidade da representação e os procedimentos disciplinares.

§ 2º O processo disciplinar tramita em sigilo, até o seu término, só tendo acesso às suas informações as partes, seus defensores e a autoridade judiciária competente.

Evidentemente, o cliente lesado também tem a faculdade de ajuizar uma demanda diretamente contra o seu patrono, em virtude do princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da CF/88), hipótese em que o Poder Judiciário terá não só o poder, como o dever de examinar a conduta do advogado, condenando-o, se necessário, após o devido processo legal, com respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, da CF/88).

O que não se admite é a atuação à margem da lei e da Constituição, por parte de uma magistrada que, ao arrepio do princípio da inércia da jurisdição, submete a um verdadeiro procedimento inquisitorial o advogado que protesta altivamente pelo respeito às suas prerrogativas profissionais, lançando sobre este uma infundada presunção de má-fé.

Tal comportamento atenta não só contra a dignidade do advogado impetrante, mas menospreza e vilipendia toda a categoria.

Feitas essas considerações, é possível afirmar que o ato impugnado está contaminado por graves vícios de ilegalidade e abusividade, violando direito líquido e certo dos impetrantes.

Isto porque, em um primeiro momento, a autoridade coatora negou vigência ao art. 105, do CPC, que assegura ao advogado munido de poderes especiais pela parte a possibilidade de receber e dar quitação, embaraçando injustificadamente o livre exercício da advocacia, assegurado pelos arts. 5º, XIII, e 133, da Constituição da República, e pelo art. 7º, I, do Estatuto da OAB.

Posteriormente, agravou e aprofundou o quadro de ilegalidade, ao instaurar o referido procedimento inquisitorial em face do primeiro impetrante, violando, a um só tempo, os princípios da legalidade (art. 5º, II, e 37, *caput*, da CF/88) e da inércia da jurisdição (art. 2º, do CPC), além de usurpar a competência exclusiva da Seccional da OAB para apurar infrações disciplinares praticadas por seus membros (art. 70, do Estatuto da OAB) e imiscuir-se indevidamente na relação contratual privada entre o cliente e o advogado, dispensando-lhe tratamento incompatível com a dignidade da profissão, em ofensa ao art. 133, da Constituição Federal, e ao art. 6º, parágrafo único, do Estatuto da OAB.

Com isso, o ato impugnado acarretou graves danos não apenas ao advogado impetrante - impedido de exercer livremente o exercício da advocacia e forçado a submeter-se a um procedimento inquisitorial destituído de previsão legal -, como também ao segundo impetrante e demais litisconsortes, afinal, retardou-se ainda mais a liberação da quantia depositada em conta bancária pelo devedor, sendo imperioso ressaltar que os credores têm idade avançada e que o processo perdurou por mais de uma década.

Esclareço, por derradeiro, que a decisão impugnada não desafiava recurso judicial, tendo em vista que a atividade desempenhada pela autoridade coatora possui natureza eminentemente administrativa, e nem recurso administrativo com efeito suspensivo, por ausência de previsão legal, pelo que não incide o óbice do art. 5º, da Lei nº. 12.016/2009.

Em sendo assim, não há dúvidas sobre o cabimento da segurança pleiteada, como forma de proteger o direito líquido e certo dos impetrantes, diante da conduta ilegal e abusiva perpetrada pela autoridade coatora, conforme o art. 5º, LXIX, da Constituição Federal, e o art. 1º, da Lei nº. 12.016/2009.

Ex positis, voto pela **CONCESSÃO DA SEGURANÇA**, para determinar à autoridade coatora que, em relação aos créditos decorrentes do precatório de nº. 0090455-62.2009.805.0000, expeça o alvará judicial em nome de Robertto Lemos e Correia & Advogados Associados S/C, como requerido às fls. 12/13.

TJBA – Mandado de Segurança nº 0019212-07.2014.8.05.0000, Tribunal Pleno, Relator(a): Des. Emílio Salomão Pinto Resedá, julgado em 13/05/2016.

MANDADO DE SEGURANÇA. PRECATÓRIO. ATO DELEGADO DE PRESIDENTE DE TRIBUNAL DE JUSTIÇA ESTADUAL. REDUÇÃO DO VALOR DOS CÁLCULOS APRESENTADOS PELO CREDOR.

PRELIMINARES:

CARÊNCIA DE AÇÃO, ILEGITIMIDADE PASSIVA E INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA. ALEGAÇÃO DE SER O ATO IMPUGNADO MERA CONDUTA DE CUMPRIMENTO DE DETERMINAÇÃO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA AO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA BAHIA. EQUÍVOCO. ATO ESPECÍFICO DA AUTORIDADE MODIFICANDO O VALOR DOS CÁLCULOS APRESENTADOS PELO EXEQUENTE, DIVERSO DA ORIENTAÇÃO GENÉRICA DO CNJ DE REEXAME DE TODOS OS PRECATÓRIOS, EM CORREIÇÃO. REJEIÇÃO.

DECADÊNCIA. INÍCIO DA CONTAGEM DO PRAZO PARA O MANDADO DE SEGURANÇA. MARCO TEMPORAL: ACOLHIMENTO DOS NOVOS CÁLCULOS. AÇÃO TEMPESTIVA. REJEIÇÃO.

MÉRITO:

PRECATÓRIO. RECÁLCULO DO VALOR. CÁLCULO DO EXEQUENTE FAZENDO INCIDIR CORREÇÃO MONETÁRIA SOBRE PARCELA INSERTA JÁ ATUALIZADA NA SENTENÇA. ERRO MATERIAL. CONFIGURAÇÃO. CORREÇÃO DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. REDUÇÃO DA QUANTIA. ACERTO. AGRESSÃO À SEGURANÇA JURÍDICA E COISA JULGADA: AUSÊNCIA. CÁLCULOS DO CREDOR. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE: AFRONTA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. INCONFIGURAÇÃO. SEGURANÇA. DENEGAÇÃO.

ACORDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do mandado de segurança nº 0019212-07.2014.8.05.0000, de Salvador, em que são partes as acima nominadas.

ACORDAM os Desembargadores integrantes do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, em sua Composição Plena, à unanimidade de votos, em rejeitar as preliminares e por maioria, **DENEGAR A SEGURANÇA**, pelas razões que se seguem.

RELATÓRIO

Márcio Cunha Rafael dos Santos impetrou este mandado de segurança contra ato imputado ao Impetrado, como autoridade delegante de poderes, consubstanciado na decisão do Juiz Assessor do Núcleo Auxiliar de Conciliação de Precatórios deste Tribunal de Justiça, de rejeitar as suas alegações e adotar planilha de cálculos diversa da que apresentou como credor, diminuindo o valor do precatório requisitado.

Sustenta em sua impetração, em síntese, o descabimento da modificação realizada no sentido da alteração da data inicial de incidência da correção monetária, pois tal ato não trata da correção de mero erro material, permitida pelo art. 1º-E, da Lei 9.494/97, senão de mudança de critérios dos cálculos anteriormente realizados, cuja conduta viola a segurança jurídica, diante da preclusão à rediscussão dos valores e da incidência da coisa julgada, ressaltando já ter sido a ques-

tão da correção do erro material rejeitada no Juízo primevo e não ter o Estado oposto embargos executórios.

A medida liminar requerida foi indeferida, fls. 171/171v, por ato do Juiz substituto Renato Ribeiro Marques da Costa.

Informações, fls. 178/188, assinalando a existência de outras ações de mesmo jaez e defendendo o ato coativo, aduzindo-se a existência de permissão contida no art. 1º-E, da Lei 9.404/97, no sentido da possibilidade de correção de erro material nos cálculos, que foi praticado na ação executiva quando tomado como marco inicial da correção monetária o dia do desapossamento da área litigada no processo, 31/03/1986, quando o correto seria adotar o dia 19/11/1996, data do laudo pericial embasador da sentença, pois os cálculos já haviam sido atualizados pelo perito no referido laudo, gerando grande diferença entre os R\$ 4.289.813,59, requestados pela parte e os R\$ 259.635,89, obtidos nas contas aprontadas pelo setor próprio deste Tribunal, motivadoras da medida acoimada de ilegal.

Intervenção do Estado da Bahia às fls. 190/214, levantando preliminar extintiva por carência de ação, ilegitimidade passiva e incompetência absoluta, fundada na arguição de estar a autoridade coatora em mero cumprimento de decisão do Conselho Nacional de Justiça-CNJ, que determinara a apuração de inconsistências relativas a precatórios no âmbito deste Tribunal de Justiça.

Arremessando, também, prefacial meritória de decadência, diante do transcurso do lapso temporal legal entre a decisão do CNJ e o manejo da ação, entende ser dever da autoridade rever a qualquer tempo, de ofício, os cálculos do precatório, por envolverem receitas públicas, razão para inexistir violação à coisa julgada, ressaltando a autotutela administrativa que permite ao Ente Público anular seus próprios atos, postulando não havendo ato abusivo ou ilegal a ser corrigido, mormente por estar a autoridade impetrada em cumprimento da decisão do CNJ e diante do art. 1º-E, da Lei 9.494/97, autorizador da revisão das contas antes do pagamento ao credor, por evidente o erro material do cálculo, propiciando o aumento do valor do precatório.

Parecer da Procuradoria de Justiça, fls. 217/224, pela denegação da segurança.

VOTO

Delimitando a questão, tem-se que o impetrante, beneficiário do precatório como decorrência de honorários advocatícios, conforme fl. 70, indica como ilegal o acolhimento pelo impetrado de novos cálculos para pagamento, entendendo não haver erro material nas contas que apresentou, de R\$ 4.289.813,59, pois, além de acobertadas pela coisa julgada, a questão foi decidida pelo Juiz em sede de execução e o Estado não opôs os embargos executivos, dizendo a discussão a respeito de critério dos cálculos e não a erro material, razão para não prevalecer o valor apurado pelo impetrado, de R\$ 259.635,89.

Entende como correta a data de início da atualização do valor em 31/03/1986, quando ocorreu o desapossamento do imóvel em litígio, objeto de desapropriação pelo Ente Público.

Por outro lado, pugnam o Estado da Bahia e o impetrado por ser descabida a atualização a partir de 31/03/1986, eis que, quando prolatada a sentença, esta teve como base para pagamento o parecer do *expert* ofertado em 19/11/1996, onde já foram informados os valores atualizados para aquela data de 1996, razão para não poder ocorrer duas correções sobre o mesmo período.

Inicialmente, resolvem-se as preliminares.

Insustentável aquela ligada à carência de ação, ilegitimidade passiva e incompetência absoluta, esteada na arguição de estar a autoridade coatora em mero cumprimento de decisão do Conselho Nacional de Justiça-CNJ, pois este Tribunal da Bahia passou a adotar a recomendação correicional do CNJ no sentido de recalcular todos os precatórios dentro de uma normatização padrão, mas não é ato daquele Conselho a decisão a respeito da data de início da correção monetária ou o resultado dos cálculos, na questão que se ora apresenta.

Ou seja, determinou o CNJ a apuração das inconsistências eventualmente existentes nos cálculos dos precatórios, mas não deliberou o resultado destas inconsistências, tampouco, neces-

sariamente, a redução dos valores ou o período de incidência de atualização monetária, ou ainda sobre a definição de erro material em contraposição à modificação de critérios de cálculos.

Assim, é o impetrado o executor da medida apontada como ilegal, razão para ser legitimado, e o Tribunal, para este feito.

Por tais razões, rejeita-se a preliminar.

Pelos mesmos fundamentos rechaça-se a preambular de decadência, posto firmada no equivocado entendimento do ato coator ser a determinação do CNJ para o recálculo dos precatórios, quando, em verdade, o ato impugnado é aquele que entendeu ser o balizamento inicial da atualização o ano de 1996 e não 1986, como requerido pelo autor, e os consequentes valores redutores acolhidos, cuja ciência destes foi dada ao impetrante em 16/09/2014, fl. 168, com esta ação de segurança sendo protocolada em 06/11/2014, fl. 02, dentro, portanto, dos 120 dias definidos no art. 23, da Lei 12.016/09.

Por isto, rejeita-se também esta preliminar.

No mérito, não assiste razão ao impetrante.

A Lei 9.494/97, em seu art. 1º-E, informa serem passíveis de revisão pelo Presidente do Tribunal, de ofício ou a requerimento das partes, as contas elaboradas para aferir o valor dos precatórios antes de seu pagamento ao credor.

A interpretação deste dispositivo, ao lado do contido no art. 463, do CPC, vertido no sentido da possibilidade de correção, apenas, de inexatidões materiais pelo Juiz, após a prolação da sentença, leva ao entendimento de somente poder o Presidente do Tribunal, ao rever as contas do precatório, modificá-las quando da ocorrência de defeitos nos cálculos por incorreção material ou adoção de contas divergentes com o texto legal ou o título em execução. Este posicionamento tem consonância com o art. 35, da Resolução nº 115, do CNJ, assim redigido:

Art. 35. O pedido de revisão dos cálculos, em fase de precatório, previsto no art. 1º-E da Lei nº 9.494/97, apenas poderá ser acolhido desde que:

- I - o requerente aponte e especifique claramente quais são as incorreções existentes nos cálculos, discriminando o montante que seria correto, pois do contrário a incorreção torna-se abstrata;*
- II - o defeito nos cálculos esteja ligado à incorreção material ou à utilização de critério em descompasso com a lei ou com o título executivo judicial;*
- III - o critério legal aplicável ao débito não tenha sido objeto de debate nem na fase de conhecimento, nem na fase de execução.*

Do cotejo do caderno processual, observa-se ter o Estado da Bahia indicado as correções ao Presidente do Tribunal de Justiça, conforme fls. 113/120, restando atendido, assim, o item I, do artigo destacado da Resolução.

Quanto ao item III, a despeito de alegado em contrário pelo impetrante, a questão não foi objeto de debate judicial anterior, pois o Estado não se utilizou dos embargos à execução, consoante afirmado pelo próprio impetrante, então, obviamente, ali não foi promovida a discussão. Também não consta dos autos a impugnação ao Juízo em que o assunto do início da atualização dos valores teria sido levantado e decidido, como pontua o autor desta ação, constando, apenas, a decisão de fl. 60, onde o Julgador reconhece a preclusão do Ente Público para manifestação, circunstância reveladora da extemporaneidade do eventual pronunciamento do impetrante, que poderia ter trazido a matéria a exame da Instância Primeira, restando a lógica conclusão da inapreciação específica do assunto, em face da rejeição das arguições autorais pela questão temporal.

Ressalte-se que as demais impugnações, fls. 82/84 e 113/120, foram dirigidas à Presidência deste Tribunal, já durante a fase de precatório, posterior à execução, de natureza eminentemente administrativa, sem o condão, portanto, de qualificar o exame judicializado do tema.

Desta forma, a polêmica referente ao marco inicial da correção monetária, não foi objeto de debate na fase de execução, conforme acima salientado, tampouco na fase de conhecimento, pois a fixação do valor ocorreu na sentença, fls. 24/30, sem que houvesse qualquer discussão a respeito do início da contagem de prazo de atualização, tendo a quantia sido estabelecida a partir

do obtido pelo laudo pericial, fls. 121/134, este, elaborado já com o preço corrente do bem para a época de sua confecção.

Assim, atendido, também, ao item III, do artigo anotado, resta a controvérsia sobre a ocorrência de inexistência material nos cálculos ou se a decisão objeto desta mandado de segurança teria modificado critérios deste mesmos cálculos, conduta legalmente vedada.

Impende, de logo, enfatizar que a sentença de fls. 24/30, prolatada na ação ordinária, não registrou qualquer condenação expressa em atualização monetária, assim como fez com a fixação de juros compensatórios - desde a ocupação da área - na conformidade da súmula 618 do STF, e também os moratórios, a partir do trânsito em julgado, fulcro nas súmulas 12 e 102 do STJ.

Assim sendo, ocupando-se o Julgador em detalhar especificamente a existência dos juros em suas várias modalidades, sem aludir à correção monetária, por certo que não estabeleceu critérios para esta predita correção da moeda, pois já era patente que a atualização fora incorporada ao título judicial quando da adoção dos cálculos do perito, como se vê no laudo de fls. 121/134, e especificamente às fls. 130 e 133, onde o louvado detalha os valores de mercado do terreno para 1996, época da sentença, atualizados, portanto, mesmo tendo ocorrida a penetração no imóvel pelo Estado em 1986.

Aliás, esta forma de cálculo indenizatório na desapropriação tem escopo no art. 26, do DL 3365/41, redigido no sentido de que o valor da indenização será contemporâneo da avaliação.

E, se não há a presença expressa do critério de correção monetária na sentença, por ter adotado o valor atual inserto no laudo, não se pode dizer que a modificação realizada pelo ato coator tenha sido dos critérios sentenciados, mas sim de reparo do erro da parte impetrante, quando escolheu a data de início da correção como 1986, cuja delimitação realizada não possui vínculo com a solução do Juiz dada ao tema, caracterizando o erro apenas material, passível de ser corrigido de ofício. Desta forma resta também atendido o item II, do art. 35 da referida Resolução nº 115 do CNJ, a possibilitar, como fez o impetrante, a revisão de cálculos em fase de precatório.

A situação ora em exame harmoniza-se com a lição de Eduardo Talamini sobre o tema:

Em suma, o erro material consiste em uma inconsistência que pode ser clara e diretamente apurada e que não tem como ser atribuída ao conteúdo do julgamento - podendo apenas ser imputada à forma (incorreta) como ele foi exteriorizado.

Esse caráter objetivo e inequívoco do erro material é facilmente ressaltado na hipótese de erro de cálculo: há até mesmo a 'segurança' matemática de que existe a falha. Por isso, separa-se claramente o erro de cálculo das escolhas que o julgador faz acerca de critérios jurídicos ou econômicos que sejam relevantes para nortear a conta, mesmo quando estas sejam indevidas, estejam erradas. É a já tradicional distinção entre erro de cálculo e 'critérios de cálculo'. Assim, quando há erro na soma ou na multiplicação, quando há a múltipla inclusão de uma mesma parcela, quando se faz incidir correção monetária sobre principal já atualizado etc. tem-se erro de cálculo - conforme reiteradas manifestações jurisprudenciais e doutrinárias. Já a adoção de um índice de correção monetária, em vez de outro que se repete mais adequado para a hipótese, ou que esteja legal ou jurisprudencialmente definido como o exato, constituirá, se for o caso, um defeito no próprio conteúdo do julgamento, pois é um 'critério de cálculo'." (Grifado).

(O Erro Material no Processo Civil - Revista Dialética de Direito Processual, nº 30, ps. 46-52, set/2005)

Ou seja, o impetrante fez incidir correção monetária em período sobre o qual já havia ocorrido a atualização, pois, repita-se à exaustão, quando se utilizou do termo *a quo*, 1986, para iniciar os cálculos, estes já estavam corrigidos pelo valor de mercado de 1996, na forma da quantia definida sentencialmente com base no laudo pericial, sendo palpável e evidente o *bis in idem*, configurador do erro material.

E, também conforme Humberto Teodoro Júnior, “O cálculo de correção monetária é uma das oportunidades em que se torna possível a ocorrência do erro material, não só nas operações de detecção dos índices e respectivos percentuais, como também no momento inicial da atualização”, remetendo a julgado do STJ no sentido de que “Constatado erro material no cálculo (termo inicial da correção monetária), admite-se a sua retificação, sem que de tanto decorra ofensa à coisa julgada. Inexistência

de afronta aos arts. 467 e 610 do Cód. de Pr. Civil. Recurso especial não conhecido.” (REsp 7476-SP, 3ª T., Rel. Min. NILSON NAVES, DJU 29.4.91)”. (Coisa julgada – sentença condenatória – fixação da data de início da correção monetária – erro material – arguição em embargos à execução. Revista Jurídica, nº 254, Ed. Síntese).

Outro julgamento do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PRECATÓRIO PARCELADO NOS MOLDES DO ART. 78 DO ADCT. EXCLUSÃO DOS JUROS MORATÓRIOS APLICADOS DE MODO CONTINUADO. POSSIBILIDADE.

1. Quando se trata da incidência de juros em cálculo de execução de sentença, é preciso fazer a distinção entre os juros cuja incidência fora determinada no título executivo judicial — os quais, efetivamente, devem integrar o cálculo inicial destinado à expedição do primeiro precatório — daqueles que, por absoluta impropriedade técnica, são incluídos de modo continuado nas contas relativas a precatórios submetidos à moratória prevista nos arts. 33 e 78 do ADCT.

2. Na primeira hipótese, a incidência dos juros constitui questão jurídica, acobertada, inclusive, pela coisa julgada formada no título judicial exequendo, que não pode ser modificada senão pela via da ação rescisória.

3. Na segunda, entretanto, não se pode falar em alteração de critério jurídico, mas em simples correção de erro material, pois, ao invés de se efetuar simples atualização monetária para fins de apuração do valor da próxima parcela a ser paga — que já incorpora os juros cuja incidência fora determinada no título exequendo —, inclui-se novo percentual de juros no período que intermedeia a data do pagamento da última parcela paga e a da confecção dos novos cálculos. Esse erro, que não guarda nenhum vínculo com os critérios jurídicos definidos no título exequendo, é corrigível a qualquer tempo. (...).

(AgRg no REsp 995.798/SP, Rel. Min. DENISE ARRUDA, 1ª T., DJe 15/04/2009)

E, consoante ressaltou esta Ministra Relatora, agora no julgamento do RMS 20.755/RJ, DJe 04/08/2008:

“No caso, como bem ressaltou a Corte de origem, o erro consistiu na inclusão dos cálculos de precatório complementar de índices de correção anteriores aos cálculos do primeiro precatório, ou seja, a atualização da conta partiu de cálculos efetuados em data anterior àquele homologado por sentença transitada em julgado, adotando-se índices de correção monetária que não tinham sido utilizados anteriormente, para, só então, como forma de se chegar ao valor remanescente, proceder-se ao abatimento dos valores já recebidos em precatórios anteriores, o que não se admite. Essa forma de se proceder à atualização dos cálculos destinados à expedição de precatório complementar, além de ofender a coisa julgada, constitui erro de cálculo, corrigível a qualquer tempo, até mesmo de ofício. (Grifado)”.

Este também é o entendimento da Procuradoria de Justiça, que assinalou:

“...defendo os argumentos trazidos pelo Egrégio Tribunal de Justiça aos afirmar que não houve mudança de critério do cálculo, mas, atenção aos permissivos legais, no que tange à iniciativa da Presidência do Tribunal na revisão dos cálculos do precatório, dado ao nítido anatocismo, pois os valores encontrados já haviam sido calculados no período compreendido entre os anos 1986 a 1996”.

Já decidiu o STF que “Constatado erro material ou inexistência nos cálculos, compete ao Presidente do Tribunal determinar as correções, fazendo-o a partir dos parâmetros do título executivo judicial, ou seja, da sentença exequenda” (ADI 1098, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, DJ 25-10-1996) .

Frise-se, também, ter conotação de ordem pública o exame do erro material, não atraindo para si a preclusão com vistas à modificação do ato, razão para restar impertinente a adução de afronta à segurança jurídica ou à coisa julgada alegadamente praticada pelo impetrado, sendo certo que “o erro material não transita em julgado, pois não reflete a devida fundamentação/convicção

do magistrado que, inclusive, de ofício, pode saná-lo”. (TJ-MG, 16ª C.C., AI 10024039890132005 MG, Rel. Sebastião Pereira de Souza, 13/12/2013).

Demais de tudo isso, resta evidente a agressão aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade acaso mantidos os cálculos realizados pelo impetrante ao impor correção da moeda de 1986 a 1996, tomando como base inicial da conta, valor que já estava atualizado em 1996 e terminando por calcular em torno de dez anos de incidência em dobra da corrigenda monetária. A lição de Paulo Bonavides sobre a proporcionalidade:

“Em nosso ordenamento constitucional não deve a proporcionalidade permanecer encoberta. Em se tratando de princípio vivo, elástico, prestante, protege ele o cidadão contra os excessos do Estado e serve de escudo à defesa dos direitos e liberdades constitucionais. De tal sorte que urge, quanto antes, extrai-lo da doutrina, da reflexão, dos próprios fundamentos da Constituição, em ordem a introduzi-lo, com todo o vigor no uso jurisprudencial”. (Curso de direito constitucional. Malheiros, 12ª ed., p. 394-395)

Enquanto assim entende Antonio José Calhau Resende tocante à razoabilidade:

“A razoabilidade é um conceito jurídico indeterminado, elástico e variável no tempo e no espaço. Consiste em agir com bom senso, prudência, moderação, tomar atitudes adequadas e coerentes, levando-se em conta a relação de proporcionalidade entre os meios empregados e a finalidade a ser alcançada, bem como as circunstâncias que envolvem a prática do ato”. (O princípio da Razoabilidade dos Atos do Poder Público. Revista do Legislativo. Abril, 2009).

As considerações doutrinárias sobre o proporcional e o razoável coadunam-se com a lição de Humberto Teodoro Júnior na publicação dantes referida, em aplicação analógica, a respeito de erro material:

“Se é possível eliminar a aparente injustiça do decisório pelo caminho do reconhecimento do erro material, nos termos do art. 463, I, do CPC, não se há de titubear em fazê-lo. Deixar de eliminar o erro evidente, em circunstância como a do caso sob exame, apenas por subterfúgios de natureza formal, equivaleria a desprezar a verdade real ao alcance do Juiz, para consagrar a mentira, revertendo seus injustificáveis efeitos em favor da parte que nos próprios autos pretendeu o contrário do que formalmente restou consignado no ato decisório. O due process of law, o processo justo, que modernamente constitui garantia fundamental outorgada pela Carta Magna, jamais se compatibilizaria com tamanha hipocrisia e tão deslavada injustiça. O Juiz, que tem o dever de sempre “prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da Justiça” (CPC, art. 125, III), e de exigir das partes que cumpram o dever de “proceder com lealdade e boa fé” (CPC, art. 14, II), estaria ele mesmo, isto é, o próprio magistrado, a cometer a suprema iniquidade de cancelar a mentira.”

Desta forma, depreende-se o incabimento de manter-se cálculos em que incidente a correção monetária sobre valor já atualizado, que não foi anterior objeto de debate e em desfavor do Ente Público, ou seja, da coletividade, avultando a desproporção entre os R\$ 4.289.813,59 buscados pela parte e os R\$ 259.635,89 obtidos pelo setor de cálculos do Tribunal da Bahia.

Diante do exposto, não se vê equívoco no ato inquinado de ilegal de correção do erro na fase de precatório, razão para inexistir direito líquido e certo do impetrante a ser amparado nesta ação.

Por tais razões, rejeitadas as preliminares, **DENEGA-SE A SEGURANÇA.**

TJBA – Mandado de Segurança nº 0020397-46.2015.8.05.0000, Tribunal Pleno, Relator(a): Desª. Lígia Maria Ramos Cunha Lima, julgado em 22/03/2017.

DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PRECATÓRIO. PRELIMINAR DE PERDA DO OBJETO. NECESSIDADE DE PROVIMENTO JUDICIAL A GARANTIR A SATISFAÇÃO DOS DIREITOS PERSEGUIDOS. PRELIMINAR AFASTADA. IMPUGNAÇÃO À PARTE DO PRECATÓRIO DE TITULARIDADE DE PESSOA JURÍDICA ESTRANHA À LIDE. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO QUANTO AOS 14% DO TOTAL DO PRECATÓRIO PERTENCENTE AO IMPETRANTE. CRÉDITO TITULARIZADO PELO AUTOR ISENTO DE CONTROVÉRSIA. CESSÃO DE CRÉDITO DEVIDAMENTE INFORMADA NOS AUTOS. SEGURANÇA CONCEDIDA.

Cumpra afastar a preliminar de perda do objeto suscitado pela autoridade coatora em razão de ter-se findado o procedimento que permitia aos credores aderir à proposta de acordo, já que na via mandamental a intervenção *a posteriori* é hipótese viável e legítima, desde que observado o prazo de 120 dias depois de consumada a violação do seu direito.

Outrossim, foi concedida a medida liminar a fim de que fosse efetivada a habilitação provisória do Impetrante nos Editais publicados, resguardando o seu direito em caso da concessão da Segurança.

No mérito, verifica-se que a empresa Beira Mar Construções e Incorporações LTDA, pessoa jurídica estranha à lide, impugnou os cálculos referentes ao montante de 86% (oitenta e seis por cento) do total do precatório, referente ao crédito de sua titularidade. Quanto ao crédito do Impetrante (14% do total do precatório), inexistiu qualquer controvérsia ou impugnação.

No que se refere à alegação do Município de que não foi informada a cessão da titularidade do crédito, conforme determina o art. 100, § 14, da Constituição Federal, a mesma não pode prosperar. Conforme documento acostado à fl. 35, a transferência de titularidade foi devidamente informada através da petição protocolizada em 06/08/2013 e homologada pela autoridade judicial competente.

SEGURANÇA CONCEDIDA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança n.º 0020397-46.2015.8.05.0000, de Salvador, em que figura como Impetrante **BERNARDO MARTINS CATHARINO** e Impetrado o **JUIZ ASSESSOR DO NÚCLEO AUXILIAR DE CONCILIAÇÃO DE PRECATÓRIOS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA BAHIA**.

ACORDAM os Desembargadores integrantes do Tribunal Pleno do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade, em **CONCEDER A SEGURANÇA**, pelas razões constantes do voto da Relatora.

RELATÓRIO

Trata-se de Mandado de Segurança, com pedido de liminar, impetrado por **BERNARDO MARTINS CATHARINO**, contra ato do **JUIZ ASSESSOR DO NÚCLEO AUXILIAR DE CONCILIAÇÃO DE PRECATÓRIOS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA BAHIA**, que indeferiu o pedido de habilitação do Impetrante à proposta de acordo para quitação dos precatórios devidos pelo Município do Salvador, nos termos dos Editais nº 81/2015 e 135/2015 da Presidência desta Corte de Justiça.

Sustenta o Impetrante que, com a veiculação dos Editais de nº 81/2015 e 135/2015 da Presidência deste TJBA, todos os titulares de precatórios devidos pelo Município do Salvador foram instados a manifestar interesse em celebrar acordo para o imediato recebimento de seus créditos, desde que aderissem ao deságio proposto, fixado em 40% (quarenta por cento) do valor do título.

Assevera que é cessionário de 14% (quatorze por cento) dos direitos decorrentes do processo judicial nº 0002983-97.1976.8.05.0001, conforme certificam as Escrituras Públicas de Cessão de Direitos Creditórios de fls. 26-27 e 28-29, subscritas em caráter irrevogável e irretratável pela Beira Mar Construções e Incorporações Ltda., já tendo realizado a anotação formal e a reserva do seu crédito no precatório de nº 0013486-57.2011.8.05.0000, originado do referido processo.

Alega o Impetrante que o MM. Juiz Assessor do NACP/TJBA afrontou direito líquido e certo seu, na medida em que lhe negou a habilitação à proposta de acordo para a quitação dos precatórios devidos pelo Município do Salvador, ao fundamento de que a Beira Mar Construções e Incorporações Ltda. havia oposto impugnação aos cálculos do precatório.

Esclarece, nesta senda, que a Beira Mar Construções e Incorporações Ltda. questionou tão somente a parcela que permaneceu em seu patrimônio, no montante equivalente a 86% (oitenta e seis por cento) do total do precatório, e que esta impugnação em nada afetaria eventual acordo firmado entre o mesmo e o Município do Salvador.

Pontua que a Beira Mar Construções e Incorporações Ltda. e o Impetrante se tratam de sujeitos de direitos distintos e ostentam personalidade jurídica e patrimônio autônomos. Logo, *“o Impetrante não tem legitimidade para tomar qualquer decisão acerca da gestão e cobrança do direito de crédito titularizado pela Beira Mar Construções e Incorporações Ltda., a recíproca afigura-se igualmente verdadeira.”*

Reitera que concordou com os cálculos formulados pelo NACP/TJBA acerca do valor do precatório e que, em relação aos seus 14% (catorze por cento), concederia o deságio proposto nos Editais nº 81/2015 e 135/2015, na ordem de 40% (quarenta por cento) do montante que lhe cabe, outorgando, ao final, a mais plena e irrestrita quitação.

Argumenta, ainda, que a celebração do acordo, nos termos da proposta pública, em nada prejudicaria os interesses patrimoniais dos demais licitantes e serviria para reduzir a dívida pública municipal, sobretudo com a aplicação do deságio linear de 40% (quarenta por cento).

Em razão de todo o exposto, requer a concessão de liminar para alterar a decisão proferida pela Autoridade Coatora, no sentido de permitir a sua habilitação à proposta de acordo em igualdade de condições com os demais partícipes do certame, e, no mérito, a ratificação da medida acautelatória com a concessão da segurança à título definitivo.

Às fls. 60-63, averiguando a plausibilidade do direito líquido e certo do Impetrante, a verossimilhança em suas alegações e, a partir dos documentos colacionados aos autos, a possibilidade de dano irreparável ou de difícil reparação, deferi a liminar para determinar provisoriamente a sua habilitação na proposta de acordo para a quitação dos precatórios devidos pelo Município do Salvador, nos termos dos Editais nº 81/2015 e 135/2015.

O Juiz Assessor do Núcleo Auxiliar de Conciliação de Precatórios do TJBA prestou informações às fls. 70-79.

Preliminarmente, sustentou a perda do objeto do *mandamus*, ao argumento de que a Ação Mandamental foi ajuizada dois dias depois da audiência que formalizou o referido acordo. No mérito, sustenta que a Beira Mar Construções e Incorporações impugnou o valor total do precatório, somente excluindo expressamente os 14% (catorze por cento) do Impetrante após a audiência do procedimento do acordo, a qual se operou em 10.09.2015, às 09:00h. Argui que a retirada tardia dos 14% (catorze por cento) do cessionário configura violação ao princípio da boa-fé, que impõe às partes os deveres de lealdade e probidade no curso do processo.

O Estado da Bahia, à fl. 153, informou que não possui interesse em intervir no feito.

Genaro Teles Souza, às fls. 162-167, formulou pedido de intervenção litisconsorcial, aduzindo que a liminar proferida nestes autos reduziu o valor disponibilizado pelo Município do Salvador para acordos relativos ao pagamento de precatórios e que, por esta razão, ficou impossibilitado de ter satisfeito seu crédito perante a Fazenda Pública Municipal.

Após manifestação do Impetrante, às fls. 181-184, proferi a decisão de fls. 221-224, indeferimento o pedido de intervenção litisconsorcial de Genaro Teles de Souza, ao fundamento de que o Edital que rege a habilitação do peticionante à proposta de acordo é diverso dos Editais objeto do *mandamus*, e que o peticionante não junta qualquer documento relativo aos precatórios de sua titularidade para comprovar o quanto alegado na petição.

O Município do Salvador ingressou na lide como parte interessada às fls. 186-189.

De logo, alegou que a cessão de crédito da Beira Mar Construções e Incorporações Ltda. em favor do Impetrante não observou o art. 100, §4º, da CF, pois não comunicou a cessão à entidade devedora.

Além disso, arguiu que o Juiz do NACP/TJBA, ao indeferir a participação do Impetrante na proposta de acordo, cumpriu estritamente os Editais nº 81/2015 e 135/2015 – os quais vedam a habilitação do credor quando o valor do precatório foi impugnado.

Pugnou pela denegação da Segurança.

Instado a manifestar-se sobre as informações prestadas, o Impetrante, às fls. 207/217, reiterou os termos da inicial e pugnou pela concessão da Segurança.

Instada a se manifestar, a Douta Procuradoria de Justiça opinou pela concessão da segurança.

É o que importa relatar. Passo a decidir.

VOTO

Na hipótese dos autos, pleiteia, o Impetrante, a Concessão da Segurança a fim de garantir a sua habilitação à proposta de acordo para quitação de precatórios, nos exatos termos dos Editais nº 81/2015 e 135/2015.

Cedico que, via de regra, *“conceder-se-á Mandado de Segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, alguém sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça”* (art. 1º, CAPUT, da Lei nº 1.533/51).

Na lição de JOSÉ CRETELLA JÚNIOR (in “Direito Administrativo Brasileiro”, 2ª ed., Ed. Forense, 2000, p. 921), *“o mandado de segurança trata-se de uma ação de rito sumaríssimo, mediante a qual todo aquele que, por ilegalidade ou abuso de poder, proveniente de autoridade pública ou de delegado do Poder Público, certo e incontestável, não amparável por Habeas Corpus, ou que tenha justo receio de sofrê-la, tem o direito de suscitar o controle jurisdicional do ato ilegal editado, ou a remoção da ameaça coativa, a fim de que o Estado devolva, in natura, ao interessado, aquilo que o ato lhe ameaçou tirar ou efetivamente tirou; é o veículo mediante o qual se pede, normalmente no Brasil, ao Poder Judiciário, o exame do ato administrativo, eivado dos vícios mencionados.”*

Prestadas as informações, a Autoridade Coatora agiu a preliminar de perda de objeto sob o fundamento de que *“a ação mandamental foi ajuizada no dia 12.09.2015, e a audiência que formalizou o referido acordo foi realizada no dia 10.09.2015.”*

No caso em análise, embora a demanda tenha sido proposta após a realização de audiência que formalizou o acordo, não resta dúvidas de que permanece o interesse do Impetrante na presente demanda, até porque, lhe foi assegurado o resultado útil através da concessão da liminar que determinou a habilitação provisória do Autor à proposta de acordo para quitação de precatórios devidos pelo Município de Salvador.

A própria Autoridade Coatora, como bem salientado no parecer da Procuraria de Justiça, informou que adotou as medidas cabíveis para assegurar o resultado útil do writ, razão pela qual **rejeito a preliminar aventada.**

No mérito, como cedico, o Mandado de Segurança é remédio Constitucional que visa a proteção de direito comprovado por meio de prova documental inequívoca, não comportando dilação probatória.

Em vista disso, torna-se imprescindível que o direito pretendido seja líquido e certo, no qual se evidencia de plano a sua incontestabilidade.

Neste sentido, ensinam Alexandre de Moraes, citando Castro Nunes, e, também Hely Lopes Meirelles, respectivamente:

“Direito líquido e certo é o que resulta de fato certo, ou seja, é aquele capaz de ser comprovado, de plano, por documentação inequívoca. Note-se que o direito é sempre líquido e certo. A caracterização de imprecisão e incerteza recai sobre os fatos, que necessitam de comprovação.” (Moraes, Alexandre. Direito Constitucional. 5ª Edição. São Paulo: Atlas, p. 151).

“(…) Direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração” (Meirelles, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro, p. 609/610).

Persegue o Impetrante a cassação da decisão proferida pela Autoridade Coatora, a qual lhe negara o direito à habilitação na proposta de acordo dos precatórios devidos pelo Município de Salvador, sob a fundamentação de que houvera impugnação dos cálculos do crédito de precatório por parte da empresa Beira Mar Construções e Incorporações Ltda., no qual o Autor é titular de 14% a título de cessão de crédito.

Ensina a doutrina que:

“A cessão de crédito é o negócio jurídico, em geral de caráter oneroso, através do qual o sujeito ativo de uma obrigação a transfere a terceiro, estranho ao negócio original, independentemente da anuência do devedor. O alienante toma o nome de cedente, o adquirente o de cessionário, e o devedor, sujeito passivo da obrigação, o de cedido.” (Direito Civil. 27ª ed. ver. atual. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 291)

Compulsando os autos, verifica-se que, não há dúvidas da regularidade da cessão de crédito, até porque a mesma foi informada nos autos às fls. 53, fazendo jus o Impetrante ao percentual de 14% em face do Município de Salvador.

Apesar do Impetrante não haver impugnado sua parte do precatório, teve o seu pleito de habilitação à proposta de acordo para quitação de precatórios indeferido em razão da impugnação proposta pela Beira Mar Construções e Incorporações Ltda.

Constata-se que, o pedido de habilitação formulado pelo Impetrante foi indeferido com base no item 13.0 do Edital nº 81, que assim determina:

“13.0. Não se admitirá a habilitação de credor de precatório em relação ao qual esteja pendente recurso ou impugnação de qualquer natureza. (...)”

Imperioso ressaltar que, embora os créditos do Impetrante esteja inseridos no precatório de nº 0013486-57.2011.8.05.0000, não se pode obliterar que não houve impugnação pelo Município de Salvador, tampouco do cessionário, ora Impetrante, em relação à sua parte. Outrossim, a impugnação apresentada pela Empresa Beira Mar Construções e Incorporações Ltda, não pode abarcar o direito sobre o percentual cedido ao Autor, vez que o direito pátrio veda a petição de direito alheio em nome próprio.

Assim, como bem assinalado pela Procuradoria de Justiça, deve ser aplicado ao presente caso o disposto no item 7.0, do Edital nº 81, *In verbis*:

“7.0. Sendo plúrima a titularidade do precatório, **considerar-se-á, para efeito de acordo, a vontade individual de cada credor, dividindo-se o título, se necessário, de modo que sejam satisfeitos os credores que tenham manifestado a vontade, nos termos acima propostos, conservando suas posições originais, na ordem cronológica, os credores que não manifestarem a intenção de conciliar.**”

Desta maneira, tendo o Impetrante manifestado sua concordância com os cálculos apresentados pelo Núcleo Auxiliar de Precatórios deste Tribunal de Justiça, sem qualquer divergência ou impugnação apresentada, deve sua vontade ser considerada, observando o item 7.0, do Edital, a fim de que o título constante no precatório seja dividido.

DO EXPOSTO,

Por tais fundamentos, o VOTO é no sentido de **CONCEDER A SEGURANÇA** pleiteada para garantir ao Impetrante a habilitação definitiva à proposta de acordo para quitação dos precatórios devidos pelo Município de Salvador, nos exatos termos dos Editais nº 81/2015 e nº 135/2015.

Sem condenação ao pagamento de honorários advocatícios, de acordo com o art. 25, da Lei do Mandado de Segurança.

TJBA – Apelação Cível nº 0000041-09.2005.8.05.0185, Turma Cível da Câmara Especial do Extremo Oeste Baiano, Relator(a): Desª. Maria de Fátima Silva Carvalho, julgado em 16/08/2016.

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI Nº 8.429/92. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE EFETIVO DANO AO ERÁRIO. ATO DE IMPROBIDADE PREVISTO NO ARTIGO 10 DA LEI NÃO CARACTERIZADO. COMPROVADA OFENSA AOS PRINCÍPIOS QUE REGEM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA (ART. 11 DA LEI). SENTENÇA REFORMADA PARA APLICAR AS PENALIDADES PREVISTAS NO ART. 12, INCISO III DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CAUTELAR DE INDISPONIBILIDADE DE TODOS OS BENS DOS APELANTES. DESPROPORCIONALIDADE DA MEDIDA IMPOSTA PELO JUÍZO *A QUO*. CONSTRICÇÃO APENAS DOS BENS SUFICIENTES A GARANTIR O PAGAMENTO DA MULTA CIVIL ORA APLICADA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação Cível nº 0000041-09.2005.8.05.0185, originária da Vara Cível da Comarca de Palmas de Monte Alto – BA, apelante EUTÍNIO NUNES PEREIRA e ALCIDES PEREIRA LIMA, apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA.

ACORDAM os Desembargadores integrantes da Turma Cível da Câmara Especial do Extremo Oeste Baiano do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade, em CONHECER e DAR PROVIMENTO, EM PARTE, à Apelação, nos termos do voto desta Relatora.

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Cível interposta por EUTÍNIO NUNES PEREIRA e ALCIDES PEREIRA LIMA, nos autos da Ação Civil Pública nº 0000041-09.2005.8.05.0185, proposta pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA.

Relata, no processo de origem, em síntese, que os réus exerceram, respectivamente, os cargos de Prefeito Municipal e Secretário de Obras do Município de Palmas de Monte Alto – BA, durante o período compreendido entre os anos de 2000 a 2004.

Alegou que, no referido mandato, foram celebrados contratos de prestação de serviços de limpeza urbana, entretanto, as pessoas contratadas pela prefeitura não recebiam a totalidade do valor pactuado, uma vez que o restante do dinheiro era destinado ao pagamento de outras pessoas que trabalhavam informalmente.

A sentença proferida na datada de 21/11/2013, julgou procedentes os pedidos formulados na petição inicial, condenando os acionados nas sanções previstas no artigo 12, inciso II, da Lei nº 8.428/92, nos seguintes termos:

“Face do exposto e por tudo mais que dos autos consta, julgo procedentes os pedidos formulados na exordial para, com fulcro nos princípios da proporcionalidade, da adequação punitiva e em face da extensão dos danos causados: a) suspender os direitos políticos dos réus por 06 (seis) anos, nos termos do art. 12, II, da Lei 8.429/92; b) proibir os réus de contratar com o Poder Público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário pelo prazo de 05 (cinco) anos, nos termos do art. 12, II, da Lei 8.429/92; c) condenar os réus a ressarcir integralmente o Município de Palmas de Monte Alto/BA pelos danos causados decorrentes dos atos de improbidade administrativa por eles praticados envolvendo os contratos de prestação de serviços de limpeza pública, durante todo o período compreendido entre os anos de 2001 a 2004, cujo valor deverá ser apurado em sede de liquidação de sentença. O valor apurado deverá ser corrigido monetariamente a partir do efetivo desembolso pelo município, acrescidos de juros moratórios desde a citação; d) condenar os réus ao pagamento de multa civil equivalente ao valor do prejuízo a ser apurado em sede de liquidação de sentença, relativo aos danos causados ao erário, nos termos do art. 12, II, da Lei 8.429/92; (...) deixo de condenar os réus à perda da função pública por não ter nos autos notícia de que estejam no desempenho de uma. Por fim, entendo por bem decretar a indisponibilidade de todos os bens dos réus (...). [fls. 1.531 /1.562]

Irresignados, os réus interpuseram o presente recurso de Apelação, pleiteando, preliminarmente, a concessão de tutela antecipada, a fim de que seja determinada a liberação dos bens bloqueados no *decisum*.

No mérito, sustentam que não restou comprovado o dolo ou a má-fé na conduta dos apelantes, bem como o prejuízo patrimonial ao erário, afigurando-se descabida a condenação por ato de improbidade administrativa.

Aduzem que “*Os contratantes tinham pleno conhecimento e concordância que os contratos seria celebrados, como de fato foram, tendo como parte as pessoas acima elencadas, que firmaram os pactos em nomes próprios, porém, com o valor constante na face do mesmo dividido com as demais pessoas também prestadoras de serviços, mas que não integravam qualquer anexo ou aditivo contratual, como forma de desburocratizar o procedimento para fins de pagamento (fl. 1.574).*”

Argumentam que o Tribunal de Contas dos Municípios encaminhou ao M.M. Juiz de primeiro grau cópia dos Pareceres Prévios referentes aos exercícios financeiros de 2001 a 2004, da Prefeitura Municipal de Palmas de Monte Alto, os quais foram concluídos pela aprovação das contas dos exercícios financeiros de 2001, 2002 e 2003, apenas rejeitadas as contas do ano de 2004, em razão de pendência quanto ao FUNDEF, ficando compelido a devolver aos cofres públicos a quantia de R\$ 138,00 (cento e trinta e oito reais).

Ao final, afirmam que o Ministério Público “*(...) não demonstrou ter o cuidado de verificar com maior exatidão a documentação a si entregue para verificação de irregularidades, apontando como absurdo o fato de incluir na relação dos cheques constantes dos pagamentos de nº 405.173, da conta 105.998-X, do Banco do Brasil, datada de 30/01/2003, no valor de R\$ 59.828,31 (cinquenta e nove mil, oitocentos e vinte e oito reais e trinta e um centavos), que em momento algum poderia ter relacionado ao pagamento dos prestadores de serviços de limpeza, porquanto diz respeito a folha de pagamento de outros funcionários do Município, na forma comprovada pelas Notas de Empenhos ora anexas, que deve ser excluída da injusta acusação de apropriação de dinheiro público (sic fl. 1.591).*”

Pugnaram pelo provimento do recurso para que reste modificada a sentença, julgando-a improcedente. Alternativamente, pleitearam que, se for mantida a sentença, sejam condenados nas penas do artigo 12, inciso III da Lei nº 8.429/92, com a fixação da multa de até 05 (cinco) vezes do valor da remuneração que os apelantes recebiam à época dos fatos (fls. 1.570/1.607).

O apelado apresentou contrarrazões alegando, preliminarmente, a intempestividade da Apelação. No mérito, requereu o improvimento do recurso (fls. 1.633/1.654).

Instada a se manifestar, a douta Procuradoria de Justiça lançou parecer opinando pelo “*(...) conhecimento do apelo, mas no mérito requer o seu improvimento, mantendo a sentença em todos os seus termos, mas limitando o posterior ressarcimento do dano ao erário às despesas não comprovadas, mantendo a indisponibilidade enquanto não ressarcidos os valores (fls.1.667/1.672).*”

Após troca de relatoria, vieram-me os autos conclusos em 22/03/2016. Encontrando-se em condições de proferir voto, solicito, portanto, sua inclusão em pauta.

VOTO

Afasto a preliminar de intempestividade suscitada pelo apelado, conhecendo, portanto, este apelo, considerando o teor da decisão proferida no Agravo de Instrumento nº 0001022-93.2014.8.05.0000-0 (fl. 1.630/1.632), cujo provimento reconheceu a tempestividade da presente Apelação.

No que concerne ao pedido de concessão de tutela antecipada formulado pelos recorrentes pleiteando a liberação dos bens bloqueados na sentença, concluo que este se confunde com o próprio mérito da demanda, uma vez que necessita de profunda análise dos argumentos fático-jurídicos apresentados.

Quanto ao mérito, a matéria em discussão passa pela análise dos supostos desvios de dinheiro público praticados pelos apelantes, decorrentes da celebração mensal de contratos de prestação de serviços de limpeza urbana no período compreendido entre os anos de 2001 a 2004.

A Lei nº 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa) considera ato de improbidade todo aquele que, à custa da Administração Pública e do interesse público, importa em enriquecimento ilícito, cause prejuízo ao erário e/ou atente contra os princípios que regem a Administração Pública, previstos, respectivamente, nos artigos 9, 10 e 11 do referido diploma legal, *In verbis*:

“Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei, e notadamente: Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente: Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:”

Observa-se que o M.M. Juiz de Primeiro Grau decidiu que as condutas dos réus causaram prejuízo ao erário (art. 10) e atentaram contra os princípios que norteiam a Administração Pública (art. 11), aplicando as penalidades previstas no artigo 12, inciso II da mesma lei, decretando, por conseguinte, indisponíveis todos os bens dos demandados.

Compulsando detidamente os autos, constata-se a insuficiência de suporte probatório apta a dar indícios do efetivo dano suportado pelo erário municipal, capaz de caracterizar a tipificação prevista no artigo 10 da lei supracitada. Isto porque, os fatos noticiados foram investigados, entretanto, não se constata a precisão dos supostos desvios praticados.

Com efeito, a petição inicial e a sentença mostram-se genéricas no que tange às condutas dos réus neste aspecto. Faz-se mister, para tanto, a transcrição de trecho da exordial que argumentou sobre o suposto desvio de dinheiro público e consequente lesão ao erário:

“Parte dos valores desviados era utilizada para pagamento de outras pessoas que trabalhavam clandestinamente e que nunca figuraram em qualquer documento formal ou prestação de contas ao Tribunal de Contas dos Municípios. **Outra parte, certamente, atendia aos interesses pessoais dos acionados** (sic fl. 11).”

A sentença proferida na Primeira Instância assim se manifestou acerca do suposto dano ao Tesouro Municipal:

“Ocorre que não há demonstração nos autos que a integralidade da quantia não recebida pelas pessoas regularmente contratadas tenha sido repassada para os indivíduos contratados informalmente pelos réus.

Com efeito, os registros de frequência de fls. 930/990 não são suficientes para comprovar que o numerário desviado era repassado para os diaristas contratados informalmente.

(...)

Portanto, resta inequívoco o grave dano ao Erário, **pois, ao contrário do que alegam os réus**, não há comprovação de que toda a quantia liberada com base nos contratos simulados tenha sido realmente revertida para o pagamento do serviço de limpeza pública.” [Sic fls. 1.543/1.544]

Diante desse contexto, nota-se que o autor/apelado não apontou, concretamente, a efetiva lesão causada pelos réus, bem como não comprovou a destinação das verbas supostamente desviadas a caracterizar efetivo prejuízo ao erário, fazendo apenas ilações desprovidas de lastro probatório, conforme se observa do trecho em que diz “*Outra parte, **certamente** atendia aos interesses dos acionados.*”

Do mesmo modo agiu o julgador sentenciante, uma vez que fundamentou sua decisão com base na ausência de provas fornecidas pelos réus, não se atentando ao fato de que caberia ao *parquet* provar as acusações formuladas.

Cumprir destacar que o Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia aprovou os gastos da Prefeitura Municipal de Palmas de Monte Alto (fls. 1.328/1.364), relativas aos exercícios financeiros dos anos de 2001, 2002 e 2003, sendo rejeitadas as contas referentes ao exercício financeiro de 2004, havendo determinação para o gestor devolver apenas a quantia de R\$ 138,00 (cento e trinta e oito reais) para o FUNDEF. Nestas condições, resta demonstrado, mais uma vez, a inexistência de lesão e prejuízo ao cofre público.

A prova testemunhal colhida durante a realização da audiência de instrução realizada no ano de 2006, constata que, mesmo de modo informal, os serviços de limpeza urbana foram realizados pelos contratados, havendo a devida contraprestação por parte da prefeitura. Vejamos.

As testemunhas Salviano José da Silva, Wanilson Couto de Carvalho, Marco Antônio da Silva Pereira e Altino Pereira da Silva disseram, respectivamente:

“(…) que prestou serviço para o município de Palmas de Monte Alto-BA; trabalhava na caçamba, colhendo lixo; que ganhava duzentos e cinquenta reais por quinzena (sic fl. 1.321);”

“(…) que trabalhou para o município de Palmas de Monte Alto pegando lixo na rua; que não sabe em que ano trabalhou para o município; que recebia cerca de cento e oitenta reais por mês (sic fl. 1.322);”

“(…) que trabalhou para o município de Palmas de Monte Alto no período passado, entre 2000 e 2004, na gestão passada; que trabalhava podando plantas; que recebia dez reais por dia de trabalho; que trabalha vinte dias por mês; que recebia seu salário na Prefeitura, as vezes em dinheiro, as vezes em cheque para ser trocado; que assinava no verso do cheque que ia ser trocado (sic fl. 1.322);”

“(…) que trabalhou para o município de Palmas de Monte Alto; que durante o mandato integral do Sr. Altino, capinando rua, na limpeza pública; que recebia cerca de oito reais por dia (sic fl. 1.323).”

No presente caso, torna-se indispensável a devida comprovação do efetivo prejuízo ao erário. A corroborar esse entendimento, traz-se à baila o seguinte julgado do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, em análise de caso semelhante à presente demanda:

“ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DISPENSA IRREGULAR DE LICITAÇÃO. ART. 10, II, XI E XII DA LEI 8.429/92. INDISPENSABILIDADE DE COMPROVAÇÃO DO EFETIVO PREJUÍZO AO ERÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

FEDERAL DESPROVIDO. 1. Trata-se de Ação de Improbidade ajuizada em face dos ora agravados com fundamento na irregularidade no pagamento decorrente da prestação de serviço de transporte escolar na região de Águas do Miranda/MS sem a realização do correspondente procedimento licitatório, tendo a conduta sido tipificada no art. 10, II, XI e XII da Lei 8.429/92. 2. As Turmas que compõem a Primeira Seção desta Corte já firmaram a orientação de que a configuração dos atos de improbidade administrativa previstos no art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa exige a presença do efetivo dano ao erário. Contudo, as instâncias de origem não esmeraram a demonstração da ocorrência de prejuízo ao Tesouro Municipal. 3. Agravo Regimental do Ministério Público Federal desprovido. (STJ - AgRg no REsp: 1330664 MS 2012/0129084-0, Relator: Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Data de Julgamento: 14/05/2013, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 22/05/2013).”

No mesmo sentido vem se manifestando os Tribunais Pátrios:

“PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. AÇÃO DE RESSARCIMENTO POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DECLARAÇÃO DE NULIDADE DE CONTRATOS. PEDIDO JÁ FORMULADO EM PROCESSO ANTERIOR. NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO NO PARTICULAR. SUPPOSTOS PREJUÍZOS DECORRENTES DAS CONTRATAÇÕES QUESTIONADAS. DANO AO ERÁRIO NÃO COMPROVADO. APELAÇÃO NÃO PROVIDA, NESTA PARTE. (...) 3. O ônus da prova dos fatos compete ao Ministério Público Federal, não podendo haver condenação em pena de ressarcimento com base em mera presunção ou ilação, tendo em vista ser imprescindível a demonstração do efetivo dano causado ao erário, cujo valor deve ser demonstrado no processo de conhecimento. Precedente desta Corte. 4. Ausentes elementos probatórios aptos a infirmar os argumentos expostos pelo juiz de 1º grau, a sentença não merece reforma. 5. Apelação conhecida em parte e, nessa parte, não provida. (TRF-1 - AC: 0008744-86.2009.4.01.3400, Relator: DESEMBARGADORA FEDERAL MONICA SIFUENTES, Data de Julgamento: 10/11/2015, TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: 18/11/2015 e-DJF1 P. 834). “

“APELAÇÕES CÍVEIS - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO ESTADUAL - AFASTADA - PRESCRIÇÃO - INOCORRÊNCIA - MÉRITO - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA POR PREJUÍZO AO ERÁRIO - NÃO DEMONSTRAÇÃO - ÔNUS DA PROVA QUE INCUMBE AO AUTOR DA AÇÃO - RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO CONHECIDO E IMPROVIDO - RECURSOS DOS REQUERIDOS CONHECIDOS E PROVIDOS. (...) 3. O Código de Processo Civil, em seu artigo 333, afirma que o ônus da prova cabe ao autor relativamente ao fato constitutivo de seu direito, e ao réu, em relação à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. 4. É indispensável a demonstração de que o agente estatal, no exercício de suas competências administrativas, tenha acarretado prejuízo aos cofres públicos, sem o que não falar na aplicação da infração do art. 10 e das sanções contidas no art. 12, I, II e III, da Lei 8.429/92, que envolve um elemento material de resultado, qual seja a ilicitude, esta inexistente na espécie. (TJ-MS - APL: 00059027920048120002 MS 0005902-79.2004.8.12.0002, Relator: Des. Oswaldo Rodrigues de Melo, Data de Julgamento: 03/12/2013, 3ª Câmara Cível, Data de Publicação: 12/12/2013). “

Acerca do dolo ou da culpa como elementos necessários à caracterização do ato de improbidade, assim discorre Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

“O enquadramento na lei de improbidade exige culpa ou dolo por parte do sujeito ativo. Mesmo quando algum ato ilegal seja praticado, é preciso verificar se houve culpa ou dolo, se houve um mínimo de má-fé que revele realmente a presença de um comportamento danoso. A quantidade de leis, decretos, medidas provisórias, regulamentos, portarias torna praticamente impossível a aplicação do velho princípio de que todos conhecem à lei. Além disso, algumas normas admitem diferentes interpretações e são aplicadas por servidores públicos estranhos à área jurídica (...). A aplicação das medidas previstas na lei exige observância do princípio da razoabilidade, sob seu aspecto de proporcionalidade entre meios e fins.” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 24ª Ed, Editora Atlas, 2011, pg. 844)

Em consonância com esse entendimento:

AGRAVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ELEMENTO SUBJETIVO NÃO DEMONSTRADO. IMPROCEDÊNCIA. **1. A Lei nº 8.429/92 não admite a responsabilização objetiva por atos de improbidade administrativa, sendo pressuposto para a punição do agente público a presença do elemento subjetivo,** consubstanciado no dolo - no caso dos art. 9º e 11 - ou, ao menos, na culpa grave - para o art. 10 da lei. **Em qualquer dos casos, é absolutamente imprescindível a caracterização da má-fé do agente, não bastando a constatação da simples ilegalidade do ato, uma vez que a mens legis é justamente coibir a atuação maculada pela inobservância dos padrões de honestidade, moralidade e lealdade que se espera do agente público.** 2. Hipótese em que se verifica não ter restado comprovada a materialidade do ato ímprobo. (TRF-4 - AC: 50059062120124047208 SC 5005906-21.2012.404.7208, Relator: MARIA LÚCIA LUZ LEIRIA, Data de Julgamento: 24/04/2013, TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: D.E. 25/04/2013)."

Nestas condições, não vislumbro a presença de elementos probatórios aptos a caracterizar ato de improbidade administrativa causador de lesão ao erário, previsto no artigo 10 da Lei nº 8.429/92, razão pela qual deve ser excluída a condenação fundamentada com fulcro neste artigo.

Entretanto, reputo acertada a sentença no que concerne ao enquadramento das condutas insertas no artigo 11, incisos I e IV da Lei de Improbidade Administrativa supra referida, uma vez que os contratos foram celebrados de forma irregular, com o intuito de facilitar as contratações, atentando, portanto, contra os princípios constitucionais orientadores da Administração Pública, especialmente a publicidade e legalidade, *In verbis*:

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

(...)

I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;

(...)

IV - negar publicidade aos atos oficiais;

A jurisprudência do STJ é pacífica quanto à possibilidade de condenação com base neste artigo 11, mesmo nos casos em que inexistia efetiva comprovação de lesão ao erário, como na hipótese dos autos, apenas exigindo a constatação do dolo. Nesse sentido:

"ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATAÇÃO SEM A REALIZAÇÃO DE CONCURSO PÚBLICO. ART. 11 DA LEI 8.429/1992. CONFIGURAÇÃO DO DOLO GENÉRICO. PRESCINDIBILIDADE DE DANO AO ERÁRIO. RESSARCIMENTO. DESCABIMENTO. CONTRAPRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. IMPOSSIBILIDADE DE ENRIQUECIMENTO ILÍCITO DA ADMINISTRAÇÃO. SANÇÃO DO ART. 12, III, DA LEI 8.429/1992. NECESSIDADE DE EFETIVA COMPROVAÇÃO DE PREJUÍZO PATRIMONIAL. 1. A caracterização do ato de improbidade por ofensa a princípios da administração pública exige a demonstração do dolo lato sensu ou genérico. Precedentes. (...) 3. **O ilícito previsto no art. 11 da Lei 8.429/1992 dispensa a prova de dano, segundo a jurisprudência desta Corte.** 4. **É indevido o ressarcimento ao Erário dos valores gastos com contratações irregulares sem concurso público, pelo agente público responsável, quando efetivamente houve contraprestação dos serviços, para não se configurar enriquecimento ilícito da Administração.** (...) 7. Recurso especial parcialmente provido. (STJ - REsp: 1214605 SP 2010/0178628-9, Relator: Ministra ELIANA CALMON, Data de Julgamento: 06/06/2013, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 13/06/2013)."

No que concerne à medida cautelar de indisponibilidade de todos os bens dos apelantes decretada pelo Juízo *a quo*, torna-se desproporcional tal decisão, uma vez que não houve comprovação do efetivo dano ao erário ou enriquecimento ilícito dos acusados.

Sobre o tema, assim nos ensina a doutrinadora Di Pietro:

"Por isso mesmo, só é cabível o ressarcimento se o ato de improbidade resulte prejuízo para o erário ou para o patrimônio público (entendido em sentido amplo). Onde não existe prejuízo, não se pode falar em ressarcimento, sob pena de enriquecimento ilícito por parte do Poder Público. Essa conclusão decorre de norma expressa da lei, contida no artigo 5º, segundo o qual "ocorrendo lesão ao patrimônio público por ação ou omissão, dolosa ou culposa, do agente ou de terceiro, dar-se-á o integral ressarcimento." (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 24ª Ed, Editora Atlas, 2011, pg. 843)

Entretanto, em que pese o silêncio do artigo 7º da Lei nº 8.249/92, **segundo** entendimento do STJ, a indisponibilidade dos bens pode ser imposta para garantir o pagamento de eventual multa civil aplicada em decorrência de condenação por ato atentatório aos princípios da Administração Pública, observando-se sempre a razoabilidade e proporcionalidade da medida. Nesse sentido:

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. INDISPONIBILIDADE DE BENS. POSSIBILIDADE. DILAPIDAÇÃO PATRIMONIAL. PERICULUM IN MORA PRESUMIDO NO ART. 7º DA LEI N. 8.429/92. INDIVIDUALIZAÇÃO DE BENS. DESNECESSIDADE. 1. O art. 7º da Lei n. 8.429/92 estabelece que "quando o ato de improbidade causar lesão ao patrimônio público ou ensejar enriquecimento ilícito, caberá a autoridade administrativa responsável pelo inquérito representar ao Ministério Público, para a indisponibilidade dos bens do indiciado. Parágrafo único. A indisponibilidade a que se refere o caput deste artigo recairá sobre bens que assegurem o integral ressarcimento do dano, ou sobre o acréscimo patrimonial resultante do enriquecimento ilícito". 2. Uma interpretação literal deste dispositivo poderia induzir ao entendimento de que não seria possível a decretação de indisponibilidade dos bens quando o ato de improbidade administrativa decorresse de violação dos princípios da administração pública. 3. Observa-se, contudo, que o art. 12, III, da Lei n. 8.429/92 estabelece, entre as sanções para o ato de improbidade que viole os princípios da administração pública, o ressarcimento integral do dano - caso exista -, e o pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente. **4. Esta Corte Superior tem entendimento pacífico no sentido de que a indisponibilidade de bens deve recair sobre o patrimônio dos réus em ação de improbidade administrativa, de modo suficiente a garantir o integral ressarcimento de eventual prejuízo ao erário, levando-se em consideração, ainda, o valor de possível multa civil como sanção autônoma.** **5. Portanto, em que pese o silêncio do art. 7º da Lei n. 8.429/92, uma interpretação sistemática que leva em consideração o poder geral de cautela do magistrado induz a concluir que a medida cautelar de indisponibilidade dos bens também pode ser aplicada aos atos de improbidade administrativa que impliquem violação dos princípios da administração pública, mormente para assegurar o integral ressarcimento de eventual prejuízo ao erário, se houver, e ainda a multa civil prevista no art. 12, III, da Lei n. 8.429/92.** 6. Em relação aos requisitos para a decretação da medida cautelar, é pacífico nesta Corte Superior o entendimento segundo o qual o periculum in mora, em casos de indisponibilidade patrimonial por imputação ato de improbidade administrativa, é implícito ao comando normativo do art. 7º da Lei n. 8.429/92, ficando limitado o deferimento desta medida acautelatória à verificação da verossimilhança das alegações formuladas na inicial. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 1311013 / RO, Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma, Dje 13/12/2012)."

No mesmo sentido, em recente decisão, este Egrégio Tribunal de Justiça ponderou no sentido de que a indisponibilidade dos bens deve ser aplicada de forma razoável, devendo ser liberado a parcela do patrimônio bloqueada em excesso.

Vejamos:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INDISPONIBILIDADE DE BENS. DECRETAÇÃO. PRESENÇA DOS REQUISITOS. EXEGESE DO ART. 7º DA LEI N. 8.429/92. LIMITAÇÃO DA MEDIDA CONSTRITIVA AO DANO CAUSADO AO ERÁRIO. PRECEDENTES. LIBERAÇÃO DOS BENS INDISPONIBILIZADOS EM EXCESSO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. A indisponibilidade de bens deve ser sempre limitada aos bens suficientes para garantir o efetivo ressarcimento ao Erário, demonstrada, concretamente, o *periculum in mora*. 2. Não se mostra razoável a decretação da indisponibilidade de bens em montante superior ao dano causado ao erário, motivo pelo qual deve ser liberada a parcela do patrimônio bloqueada em excesso. Precedentes. 3. Agravo de instrumento parcialmente provido para limitar a medida de indisponibilidade de bens ao valor de R\$ 239.100,00 (duzentos e trinta e nove mil e cem reais), correspondente ao suposto acréscimo patrimonial dos agravantes. (Classe: Agravo de Instrumento, Número do Processo: 0015478-48.2014.8.05.0000, Relator (a): Gardenia Pereira Duarte, Quarta Câmara Cível, Publicado em: 08/07/2016) (TJ-BA - AI: 00154784820148050000, Relator: Gardenia Pereira Duarte, Quarta Câmara Cível, Data de Publicação: 08/07/2016).”

Nestas condições, concluo que a sentença prolatada pela julgadora do primeiro grau deve ser modificada, em parte, para adequar a aplicação das penas impostas nos moldes do artigo 12, inciso III da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92), excluindo o bloqueio total dos bens na forma já estabelecida, **para ordenar que sejam bloqueados apenas os bens suficientes a garantir o pagamento da multa civil ora aplicada**, ficando sujeitos ao cumprimento das imposições legais a seguir descritas: a) suspensão dos direitos políticos pelo período de 04 (quatro) anos; b) multa no valor correspondente a 10 (dez) vezes o valor da remuneração percebida pelos agentes à época do fato e; c) proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 03 (três) anos.

Ante o exposto, à luz das circunstâncias fático-jurídicas delineadas nos autos, **DÁ-SE PROVIMENTO, EM PARTE, À APELAÇÃO, para reformar, em parte, a sentença proferida às fls. 1.531/1.562 constante dos autos e conceder a antecipação de tutela pleiteada**, determinando a liberação dos bens bloqueados na referida sentença, bem como para **alterar a aplicação das penas impostas, a fim de que os apelantes cumpram as penas determinadas nos itens “a”, “b” e “c”, nos termos supra referidos neste acórdão.**

TJBA – Agravo de Instrumento nº 0022854-22.2013.8.05.0000, Segunda Câmara Cível, Relator(a): Desª. Dinalva Gomes Laranjeira Pimentel, julgado em 07/03/2017.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INDISPONIBILIDADE DE BENS. MEDIDA DE NATUREZA ACAUTELATÓRIA. GARANTIA DE PAGAMENTO DE EVENTUAL CONDENAÇÃO. PRECEDENTES. *PERICULUM IN MORA* PRESUMIDO. ENTENDIMENTO FIRMADO EM RECURSO REPETITIVO, PELO STJ. COMPROVAÇÃO DOS INDÍCIOS DE RESPONSABILIDADE PELA PRÁTICA DE ATOS ATRIBUÍDOS AOS AGRAVADOS. LIMITAÇÃO DA INDISPONIBILIDADE AO PREJUÍZO AFERÍVEL A PARTIR DOS ELEMENTOS DE PROVA ATUALMENTE EXISTENTES NOS AUTOS. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

I – Qualquer que seja a modalidade de improbidade administrativa, pode ela ensejar medida, de natureza cautelar, de indisponibilidade de bens dos demandados, objetivando garantir a reparação de eventuais danos materiais,

ou de multa civil, conforme previsão contida no art. 12, I, II e III da Lei nº 8.429/92. Precedentes do STJ.

II – No atual momento processual não se discute, ademais, a existência de risco de dilapidação patrimonial, pois, na linha da jurisprudência do STJ, firmada em sede de recurso especial repetitivo, *“o periculum in mora, em verdade, milita em favor da sociedade, representada pelo requerente da medida de bloqueio de bens, porquanto esta Corte Superior já apontou pelo entendimento segundo o qual, em casos de indisponibilidade patrimonial por imputação de conduta ímproba lesiva ao erário, esse requisito é implícito ao comando normativo do art. 7º da Lei n. 8.429/92”*. (REsp 1366721/BA, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. p/ Acórdão Min. OG Fernandes, Primeira Seção, J. 26/02/2014)

III – A restrição patrimonial deve limitar-se, entretanto, aos fatos sobre os quais pesam fortes indícios de responsabilidade pela prática de ato ímprobo, que cause dano ao Erário.

IV – Na especificidade dos autos, tais indícios estão presentes em relação a um dos serviços contratados pelo Município de Eunápolis, qual seja, a adubação de logradouros públicos para o plantio de grama, tendo em vista que o valor pago pela administração – R\$ 4,49 (quatro reais e quarenta e nove centavos) por metro quadrado – supera, em muito, a média de mercado apurada pelo CEPLAC, órgão vinculado ao Ministério da Agricultura, definida em R\$ 0,32 (trinta e dois centavos) por metro quadrado.

V – E, constatando-se que o ato em epígrafe pode ter representado um prejuízo ao erário no valor de R\$ 453.675,47 (quatrocentos e cinquenta e três mil, seiscentos e setenta e cinco reais e quarenta e sete centavos), é esta a quantia a ser garantida pela indisponibilidade de bens dos agravados, nos termos do artigo 7º, da Lei nº 8.429/1992.

VI – AGRAVO DE INSTRUMENTO PARCIALMENTE PROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, preambularmente identificados, **ACORDAM** os Desembargadores integrantes da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, **à unanimidade** de votos, em **DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO**, na forma do quanto fundamentado no voto da excelentíssima Relatora, **adiante registrado e que a este se integra.**

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Ministério Público Estadual, contra decisão interlocutória prolatada nos autos da ação civil pública de origem, proposta, pelo ora agravante, contra **José Robério Batista de Oliveira, Alécio Vitorino Vian, Omar Reinner, José Carlos Costa e PHDB Construções e Transportes Ltda.**, que indeferiu o pedido liminar de bloqueio de bens dos réus, formulado pelo *parquet*.

Consta do autos que os demandados, na qualidade de Prefeito (José Robério Batista de Oliveira) e Secretários do Município de Eunápolis (Alécio Vitorino Vian, Omar Reinner e José Carlos Costa), teriam contratado a empresa PHDB Construções e Transporte Ltda., por concorrência pública (contrato CP nº 003/2006-02, fls. 86/96), para *“execução de obras de manutenção e serviços complementares de paisagismo em diversos logradouros do Município”*.

Segundo o *parquet*, a referida empresa cobrou, pelos serviços de adubação de canteiros, valores muito acima dos praticados pelo mercado, conforme perícia realizada pela CEPLAC – Comissão Executiva do Plano da Lavoura Cacaueira, órgão vinculado ao Ministério da Agricultura (fls. 36/39), em cotejo com os boletins de medição de fls. 50/83, bem como teria realizado o plantio de grama em mudas, ao invés de placas, conforme previsão contratual.

O alegado superfaturamento atingiu a cifra de R\$ 841.752,00 (oitocentos e quarenta e um mil, setecentos e cinquenta e dois reais). Atualizado para o momento da propositura da ação, o valor alcança R\$ 1.063.631,71 (um milhão, sessenta e três mil, seiscentos e trinta e um reais e setenta e um centavos).

Com esses argumentos, requereu o Ministério Público a indisponibilidade dos bens dos réus, no montante acima indicado, bem como, ao final, a procedência da demanda (fls. 17/32).

Analizando a situação fática, o douto julgador primevo indeferiu a liminar vindicada, ao fundamento de que o laudo técnico em que o *parquet* sustenta a tese de superfaturamento não é preciso o suficiente para justificar a pretendida indisponibilidade de bens (fls. 14/16).

Irresignado, o autor interpôs o presente recurso de agravo de instrumento, pugnando pela reforma da decisão vergastada, porquanto restaram comprovadas, a partir do laudo técnico elaborado pelo CEPLAC, as irregularidades atribuídas aos recorridos, nos termos expostos na inicial da demanda de origem.

Argumenta que a medida acautelatória pretendida serve para garantir o ressarcimento de eventuais danos ao erário que sejam apurados no curso da demanda, quando há indícios suficientes da prática de atos caracterizados de improbidade administrativa. Requer, nestes termos, tutela de urgência recursal, a fim de que seja deferida a ordem vindicada ao Juízo de origem.

A análise da liminar foi postergada para momento posterior à formação do contraditório, nos termos do despacho de fls. 133.

Devidamente intimados, os recorridos José Robério Batista de Oliveira e Omar Reinher apresentaram as contrarrazões de fls. 169/173 e 280/287, respectivamente, refutando as alegações recursais. Os demais agravados ficaram-se inertes, *ex vi* da certidão de fls. 174.

A Doutra Procuradoria de Justiça opinou, às fls. 292/300, pelo provimento do recurso.

Este é o relatório que encaminhado à Secretaria da Segunda Câmara Cível, para oportuna inclusão em pauta de julgamento, nos termos dos artigos 931, *caput* e 934, *caput*, ambos do CPC/15.

VOTO

Consoante relatado, trata-se de agravo de instrumento interposto pelo **Ministério Público Estadual**, contra decisão interlocutória prolatada nos autos da ação civil pública de origem, proposta, pelo ora agravante, contra **José Robério Batista de Oliveira, Alécio Vitorino Vian, Omar Reinher, José Carlos Costa e PHDB Construções e Transportes Ltda.**, que indeferiu o pedido liminar de decretação da indisponibilidade de bens dos réus, formulado pelo *parquet*.

Da análise dos autos, e dos elementos de convicção apresentados pelo Ministério Público estadual, entendo que merece parcial provimento o recurso interposto.

Em primeiro lugar, convém fazer breve escólio doutrinário sobre a indisponibilidade de bens em ação de improbidade administrativa. Trata-se, como cediço, de medida acautelatória, voltada à preservação do erário, em eventual condenação judicial daqueles a quem se atribui a prática dos atos ímprobos.

Nessa hipótese, quando constatada, em juízo exauriente, a prática de ato relacionado à violação dos princípios da administração pública, ou a efetiva lesão ao erário, estarão os réus sujeitos a penas que impõem o ressarcimento dos danos causados, se houver, e o pagamento de multa civil, no valor de até 100 (cem) vezes a remuneração percebida pelo agente.

É incontestável, pois, a natureza acautelatória da medida que restringe o patrimônio dos demandados em ação de improbidade administrativa, nada havendo, de surpreendente, na decisão judicial que promove a indisponibilidade de bens daqueles que, processados por violar princípios da administração pública, podem vir a ser condenados a pagar valores, revelando tratar-se de medida, obviamente, que garante o cumprimento da obrigação pecuniária objeto da condenação.

O STJ, com essa mesma compreensão, firmou entendimento sobre o tema, bastando observar a ementa do seguinte aresto, *verbis*:

“PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE. INDISPONIBILIDADE DE BENS. PEDIDO DE CONTRACAUTELA PARA SUBTRAIR EFEITO SUSPENSIVO DEFERIDO NO TRIBUNAL DE ORIGEM. INEXISTÊNCIA DE RAZÃO EXCEPCIONAL. MEDIDA CAUTELAR IMPROCEDENTE. PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO PREJUDICADO.

(...)

6. Por outro lado, observo que o próprio requerente esclarece que o Ministério Público fundamentou a sua postulação de condenação no art. 11 da Lei 8.429/92 e que, por isso, não seria possível a decretação da indisponibilidade. Porém, “em que pese o silêncio do art. 7º da Lei n. 8.429/92, uma interpretação sistemática que leva em consideração o poder geral de cautela do magistrado induz a concluir que a medida cautelar de indisponibilidade dos bens também pode ser aplicada aos atos de improbidade administrativa que impliquem violação dos princípios da administração pública, mormente para assegurar o integral ressarcimento de eventual prejuízo ao erário, se houver, e ainda a multa civil prevista no art. 12, III, da Lei n. 8.429/92” (AgRg no REsp 1.311.013/RO, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 4/12/2012, DJe 13/12/2012.). Medida cautelar improcedente. Pedido de reconsideração prejudicado.”

(MC 24.205/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 12/04/2016, DJe 19/04/2016).

Possível, portanto, a indisponibilidade de bens em ações civis por improbidade administrativa, ainda que em decorrência de violação a princípios da administração pública, objetivando resguardar o pagamento de eventual condenação em multa civil. Com muito maior razão, a indisponibilidade tem lugar quando, como na espécie, a ação de base se funda nas condutas dos agentes públicos que tenham causado, em tese, efetivo prejuízo ao erário.

No atual momento processual não se discute, ademais, a existência de risco de dilapidação patrimonial, pois, na linha da jurisprudência do STJ, firmada em sede de recurso especial repetitivo, **“o periculum in mora, em verdade, milita em favor da sociedade, representada pelo requerente da medida de bloqueio de bens, porquanto esta Corte Superior já apontou pelo entendimento segundo o qual, em casos de indisponibilidade patrimonial por imputação de conduta ímproba lesiva ao erário, esse requisito é implícito ao comando normativo do art. 7º da Lei n. 8.429/92”**. (REsp 1366721/BA, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. p/ Acórdão Ministro OG Fernandes, Primeira Seção, julgado em 26/02/2014, DJe 19/09/2014)

Como pressuposto da ordem de indisponibilidade basta restarem demonstrados, portanto, fortes indícios de responsabilidade pela prática de ato ímprobo que cause dano ao Erário.

Pois bem.

Na hipótese vertente há, essencialmente, duas condutas atribuídas aos agravados, que caracterizam, no entendimento do Ministério Público estadual, conduta lesiva ao erário, pelo superfaturamento de preços praticados em concorrência pública, na qual sagrou-se vencedora a empresa PHDB Construções e Transportes Ltda., também demandada, nos termos do contrato colacionado às fls. 86/96.

Segundo o *parquet*, apurou-se, no curso de inquérito civil instaurado com tal finalidade, a cobrança, pelos serviços de adubação de canteiros, de valores muito superiores aos praticados pelo mercado, conforme perícia realizada pela CEPLAC – Comissão Executiva do Plano da Lavoura Cacaueira, órgão vinculado ao Ministério da Agricultura (fls. 36/39), em cotejo com os boletins de medição de fls. 50/83.

Ainda de acordo com o agravante, a referida empresa, em conluio com os demais agravados, teria realizado o plantio de grama em mudas, ao invés de placas, conforme determinava o contrato celebrado com a administração pública.

Tais condutas teriam resultado em prejuízos ao erário, no valor total de R\$ 1.063.631,71 (um milhão, sessenta e três mil, seiscentos e trinta e um reais e setenta e um centavos), em valores atualizados na data de propositura da demanda de origem.

O douto magistrado de primeira instância, ao negar a pretendida indisponibilidade de bens, o fez sob o fundamento de que a perícia realizada pelo órgão técnico do Ministério da

Agricultura previu realidade distinta daquela objeto do contrato administrativo litigioso, não podendo servir, destarte, como elemento de convencimento suficiente para a decretação da aludida medida acautelatória.

De fato, uma das condutas atribuídas aos réus não restou, no atual momento do processo, suficientemente comprovada, para fins de decretação da indisponibilidade de bens pretendida pelo *parquet*. Trata-se do plantio de grama, pois o próprio CEPLAC, nas informações de fls. 36/39, esclarece que os valores referentes ***“ao fornecimento, transporte e execução do plantio de gramas esmeralda ou batatais em placas estão condizentes com os preços de mercado”***.

Argumenta o Ministério Público, no particular, que a irregularidade não decorre, propriamente, do preço praticado para o plantio da grama, mas da substituição ilegal do material contratado, “em placas”, de custo mais elevado, por grama “em mudas”, que possui valor de mercado significativamente mais baixo.

Ocorre que os únicos elementos de prova, até então produzidos, para demonstrar a substituição apontada pelo *parquet*, são as declarações do técnico em agricultura e pecuária Adalberto de Jesus Lopes e do engenheiro agrônomo José Mariano de Souza, colhidas às fls. 47/48, sem o crivo do contraditório judicial, nos quais se afirma ser visível ***que a grama que foi plantada nos canteiros da BR 101 e 367 foi de grama desfiada e não em placa”***.

Tais elementos são insuficientes para a decretação da indisponibilidade pretendida, pois não comprovam que toda a grama instalada no Município, pela empresa contratada, tenha sido ilicitamente alterada para o produto de custo mais baixo, notadamente porque os boletins de medição de fls. 50/83, além do contrato de fls. 86/96, apontam que os serviços teriam sido prestados em diversos logradouros, não apenas naqueles indicados pelos depoentes.

Sequer se pode aferir, desses depoimentos, que tenha sido feita uma análise técnica de toda a extensão das rodovias mencionadas, na área relativa ao Município de Eunápolis, para se concluir que a grama em placas foi, toda ela, substituída por grama em mudas. Não há, assim, elementos que permitam quantificar o suposto dano ao erário, circunstância que impede, quanto a esse tema, a decretação da medida acautelatória pretendida pelo *parquet*.

Situação diversa é aquela relativa ao custo do adubo utilizado para a realização do paisagismo contratado pela administração municipal.

Isto porque o laudo técnico elaborado pelo CEPLAC foi claro ao afirmar que o ***“valor de R\$ 4,49 por m2 de adubo, constante na planilha orçamentária não é razoável, pois baseado em análise do solo da região, as quantidades exigidas de calcário, adubos químicos, adubos orgânicos e FTE (micronutrientes) para o plantio de 1,0 m2 de gramas é de R\$ 0,32 conforme orçamento em anexo”***.

Em referido orçamento, outrossim, já está apontado, com clareza, o custo dos produtos envolvidos na adubação e da mão de obra prevista para a distribuição e aplicação desses materiais.

Não parece razoável, destarte, a distinção promovida pelo duto sentenciante, para afastar as conclusões do apontado laudo pericial, no sentido de que ***“nele foram considerados elementos de convicção baseadas em análises cuja tecnicidade não garante que se trata da mesma situação em que se fez o serviço, sobretudo quando se analisa na planilha de fls. 40 que aquele compreendeu ‘aplicação de adubo em área para plantio’, ou seja, revelando-se, a priori, realidades diversas”***.

Com efeito, a ***“aplicação de adubo”***, constante nos boletins de medição elaborados pelo Município de Eunápolis, refere-se ao custo somado dos produtos utilizados e da mão de obra necessária para a adubação, exatamente os mesmos conceitos utilizados no orçamento de fls. 38. Ocorre que o Município despendeu R\$ 4,49 (quatro reais e quarenta e nove centavos) por cada metro quadrado de adubo aplicado, ao passo que o valor de mercado seria, segundo o CEPLAC, de R\$ 0,32 (trinta e dois centavos) para a mesma área.

Ademais, instada pelo Ministério Público, no curso do inquérito civil, a empresa PHDB sequer apresentou as notas fiscais de compra do adubo, chegando a reconhecer que compactuou com seus fornecedores ***“em não fornecer nota”*** (fls. 105/106), medida absolutamente destoante das práticas exigidas na relação com a coisa pública.

Há, portanto, elementos de convicção suficientes para justificar, em análise acautelatória, a indisponibilidade de bens dos réus, até que se atinja o valor do provável prejuízo imposto ao erário, qual seja, R\$ 453.675,47 (quatrocentos e cinquenta e três mil, seiscentos e setenta e cinco reais e quarenta e sete centavos).

Nessas condições, o **VOTO** é no sentido de **DAR PROVIMENTO PARCIAL** ao presente recurso de agravo de instrumento, para fins de decretar a indisponibilidade de bens móveis e imóveis dos agravados, nos termos do artigo 7º, da Lei nº 8.429/1992, até o valor necessário para reparar os apontados prejuízos ao erário, qual seja, R\$ 453.675,47 (quatrocentos e cinquenta e três mil, seiscentos e setenta e cinco reais e quarenta e sete centavos).

TJBA – Mandado de Segurança nº 0012912-58.2016.8.05.0000, Seção Cível de Direito Público, Relator(a): Desª. Lígia Maria Ramos Cunha Lima, julgado em 13/07/2017.

MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. SERVIDORA PÚBLICA ESTADUAL APOSENTADA LOTADA NA SECRETARIA DA FAZENDA E CEDIDA PARA TER EXERCÍCIO NA AGERBA. GRATIFICAÇÃO ESPECIAL DE PRODUTIVIDADE - GEP. ALEGAÇÃO DE PRESCRIÇÃO DO FUNDO DE DIREITO. REJEITADA. OMISSÃO DA ADMINISTRAÇÃO NO PAGAMENTO DE VANTAGEM. ATO OMISSIVO CONTINUADO. RELAÇÃO DE TRATO SUCESSIVO. RENOVAÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL. PRECEDENTES. PERCEPÇÃO DA VANTAGEM POR MAIS DE CINCO ANOS CONSECUTIVOS. INCORPORAÇÃO AOS PROVENTOS DE APOSENTADORIA. POSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DO PARÁGRAFO 1º DO ART. 132 DA LEI ESTADUAL Nº 6.677/94. PREENCHIMENTO DE REQUISITO TEMPORAL. DIREITO ADQUIRIDO. SEGURANÇA CONCEDIDA.

1 – A Impetrante, servidora pública estadual aposentada, lotada na Secretaria da Fazenda, cedida à AGERBA, onde percebeu, no período de 01/04/2000 a 18/01/2007, Gratificação Especial de Produtividade, no importe de 150% sobre o vencimento básico, a qual, posteriormente, não foi incluída aos seus proventos de aposentadoria.

2 – Rejeição de preliminar de prescrição do fundo do direito. A hipótese dos autos constitui obrigação de trato sucessivo, sendo a omissão da Administração renovada a cada mês, portanto, não há que se falar em prescrição do fundo de direito, nos termos do art. 1º do Decreto 20.910/32. Precedentes.

3 – Recebimento de gratificação especial de produtividade por mais de cinco anos consecutivos. Cumprimento do requisito temporal disposto no § 1º do art. 132, da Lei Estadual nº 6.677/1994. Direito adquirido à incorporação da gratificação ao vencimento base, inclusive para efeitos de aposentadoria. Precedentes.

4 – Isenção dos Impetrados quanto às custas processuais conforme art. 10, inciso IV, da Lei Estadual nº 12.373/2011, que regulamenta a questão em nível estadual.

5 – Não condenação dos Impetrados quanto aos honorários advocatícios de sucumbência de acordo com o art. 25, da Lei do Mandado de Segurança

Rejeição da preliminar e SEGURANÇA CONCEDIDA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de **Mandado de Segurança nº 0012912-58.2016.8.05.0000**, de Salvador, em que é Impetrante **AMANDA ISABEL DE SOUSA BASTOS**, e Impetrados o **SECRETÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO DO ESTADO DA BAHIA** e o **SUPERINTENDENTE DA PREVIDÊNCIA DO ESTADO DA BAHIA**.

ACORDAM os Desembargadores integrantes da Seção Cível de Direito Público, à unanimidade, em **REJEITAR A PRELIMINAR de Prescrição e CONCEDER A SEGURANÇA**, de acordo como voto desta Relatora.

RELATÓRIO

AMANDA ISABEL DE SOUSA BASTOS, devidamente qualificada nos autos, por conduto de seu Advogado, impetrou o presente Mandado de Segurança com Pedido Liminar contra ato ilegal e abusivo imputado ao **SECRETÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO DO ESTADO DA BAHIA** e ao **SUPERINTENDENTE DA PREVIDÊNCIA DO ESTADO DA BAHIA**, em virtude do não pagamento de Gratificação Especial de Produtividade – GEP, no importe de 150% (cento e cinquenta por cento) em seus proventos de aposentadoria, a qual afirma possuir direito.

Relata, em síntese, a omissão da Administração Pública em lhe pagar a gratificação decorrente de vantagem alusiva à estabilidade econômica correspondente ao símbolo DAS-3, o que vem acarretando, mês a mês, grave lesão patrimonial.

Requeru a concessão do benefício da gratuidade judiciária e a antecipação parcial dos efeitos da tutela pleiteada para determinar a incorporação aos seus proventos de aposentadoria do valor referente a Gratificação Especial de Produtividade – GEP, no importe de 150% (cento e cinquenta por cento), e, por fim seja concedida a segurança confirmando a liminar.

À fl. 47, foi determinada a intimação da Impetrante para colacionar aos autos documentos hábeis à comprovação do preenchimento dos pressupostos legais à concessão do benefício da gratuidade judiciária requerido.

Ato contínuo, tendo em vista a insuficiência dos documentos juntados pela Impetrante, foi indeferido o benefício da gratuidade judiciária e determinado o recolhimento das devidas custas, sob pena de extinção da Ação sem julgamento do mérito.

Juntado o comprovante de recolhimento das custas processuais (fl. 61), procedeu-se à análise do efeito suspensivo pleiteado, o qual restou indeferido (fls. 63-66).

Devidamente notificadas, as Autoridades Coatoras prestaram informações às fls. 72-73, 74.

O Estado da Bahia interveio no feito às fls. 75-78, aduzindo a ocorrência da prescrição do fundo de direito da pretensão, tendo em vista que o fundamento da lide deriva de ato único da Administração que negou a referida incorporação à Impetrante, ao trespassar à inatividade em 21/01/09.

Sustenta que não há que se falar em prestação de trato sucessivo para a verificação dos efeitos da prescrição, devendo-se tomar como referência a data do trespasse à inatividade, com a fixação dos proventos, como ato único, praticado de uma só vez pela Administração.

Alega, também, que, sendo a Impetrante servidora da Secretaria da Fazenda do Estado, cedida para ter exercício na AGERBA, a Gratificação Especial de Produtividade (GEP) não pode ser computada em seus proventos de aposentadoria, pois esta não constitui uma vantagem geral extensiva a todos os servidores públicos integrantes do órgão cedente, mas apenas àqueles enquanto em exercício em autarquias e fundações, de acordo com o Decreto nº 7695/99.

Destarte, argumenta que não há que se falar em incorporação de gratificação que não é inerente ao cargo efetivo da servidora Impetrante.

Instada a opinar, a Procuradoria de Justiça emitiu parecer, de fls. 81-85, no sentido de não haver interesse jurídico que cumpra ser resguardado pela Instituição, deixando de intervir no feito.

A Impetrante se manifestou, às fls. 141-146, à respeito das informações prestadas pela Autoridade Coatora e da intervenção do Estado da Bahia, reafirmando os argumentos trazidos na inicial.

VOTO

O *mandamus* é uma Ação de procedimento especial que exige do Impetrante a demonstração de plano, mediante prova pré-constituída, ser detentor de uma situação jurídica incontroversa, a fim de que se possa tutelar um direito evidente. Ou seja, a parte, por meio de prova documental, deve provar onde reside a ilegalidade ou abuso empregado por parte da autoridade coatora/Impetrada.

Cinge-se a demanda acerca da análise da existência de direito líquido e certo que ampare a pretensão da Impetrante de que seja reconhecido o direito à incorporação do valor referente à Gratificação Especial de Produtividade – GEP, no importe de 150% (cento e cinquenta por cento), aos seus proventos de aposentadoria.

De logo, passo a apreciar a preliminar suscitada de Prescrição do fundo de direito suscitada pelo Estado da Bahia, **DESACOLHENDO-A** pelas razões a seguir.

Alega o Estado da Bahia a ocorrência da prescrição do fundo de direito da pretensão da Impetrante, tendo em vista que a lide tem como fundamento ato único da Administração, ao negar a incorporação da referida Gratificação aos proventos na data em que a Impetrante passou à inatividade.

Sustenta que, passados mais de cinco anos do suposto ilícito por parte da Administração, este perfeito em 21/01/09, com a publicação e fixação dos proventos da Impetrante no Diário Oficial do Estado, deve-se aplicar o art. 1º do Decreto nº 20.910/32, restando prescrito o direito alegado.

Contudo, vislumbro que o caso em apreço envolve relação jurídica de caráter continuativo, com prestações periódicas, e, decorrendo a lesão de conduta omissiva por parte do Estado, em não integrar os proventos devidos à Impetrante ao montante percebido mensalmente, perdurar-se-á a lesão porquanto perdurar a omissão.

Desse modo, sendo prestação de trato sucessivo, o ato lesivo renova-se mês a mês, renovando-se também o prazo prescricional.

Neste sentido, o posicionamento Jurisprudencial.

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. PENSÃO POR MORTE. PAGAMENTO A MENOR. MANDADO DE SEGURANÇA. DECADÊNCIA E PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. ATO OMISSIVO CONTINUADO. RELAÇÃO DE TRATO SUCESSIVO. ALEGAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO E DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ. DIVERGÊNCIA JURISPRUDÊNCIA. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA.

1. Consoante a jurisprudência desta Corte, o prazo para impetrar mandado de segurança contra ato omissivo continuado (o pagamento a menor de pensão por morte) se renova mês a mês. Dessa forma, a relação configurada é de trato sucessivo, não havendo que se falar em decadência do direito à impetração, nem em prescrição do fundo de direito.

2. No caso, a aferição da alegada inexistência de direito líquido e certo e de prova pré-constituída, tal como afirmado pelo agravante, demandaria, necessariamente, reexame do conjunto probatório dos presentes autos, providências vedadas em recurso especial a teor das Súmulas 7/STJ.

3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no REsp 730.016/MG, Rel. Ministra ALDERITA RAMOS DE OLIVEIRA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/PE), SEXTA TURMA, julgado em 15/08/2013, DJe 27/08/2013) Grifamos

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. SERVIDORA PÚBLICA APOSENTADA. REVISÃO DE PROVENTOS. INCORPORAÇÃO DA GRATIFICAÇÃO POR CONDIÇÃO ESPECIAL E REGIME DE TEMPO INTEGRAL. ALEGAÇÃO GENÉRICA DE VIOLAÇÃO AOS ARTS. 128, 460 E 535, I E II DO CPC. **NÃO OCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO DO FUNDO DE DIREITO. INEXISTÊNCIA DE NEGATIVA DO DIREITO PELA ADMINISTRAÇÃO. OMISSÃO DA ADMINISTRAÇÃO NO PAGAMENTO DE VANTAGEM. PRESTAÇÃO DE TRATO SUCESSIVO. A ANÁLISE DA TESE RECURSAL RELATIVA À INEXISTÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO E À VIGÊNCIA DE LEIS ESBARRA NO ÓBICE**

DAS SÚMULAS 7/STJ E 280/STF. AGRAVO REGIMENTAL DO ESTADO DA BAHIA DESPROVIDO.

1. O recorrente não demonstrou em que consiste a ofensa ao art.

535 do CPC, tendo se limitado a alegar de forma genérica a existência de supostas omissões no aresto recorrido, sem a indicação específica dos pontos sobre os quais o julgador deveria ter se manifestado, inviabilizando a compreensão da controvérsia. Inafastável, portanto, a aplicação do óbice previsto na Súmula 284/STF.

2. Nas obrigações de trato sucessivo, inexistindo negativa expressa e formal da Administração, como no caso dos autos, não há que se falar em prescrição do fundo de direito, nos termos do art. 1º do Decreto 20.910/32, a teor do disposto na Súmula 85 do STJ.

3. O acolhimento da tese recursal relativa à vigência das leis e inexistência de direito adquirido, sob o argumento de que na data da inatividade a vantagem já estaria extinta pela Lei Estadual 4.794/1988, esbarra nos óbices contidos nas Súmulas 7/STJ e 280/STF, uma vez que, conforme analisado pelo Tribunal de origem, na data da aposentadoria, os servidores haviam preenchido os requisitos para incorporação das vantagens, nos termos da Lei Estadual 2.323/1966, alterada pela Lei Estadual 4.613/1985.

4. É pacífica a orientação do Colendo Superior Tribunal de Justiça de que os princípios contidos na LICC - direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada - apesar de previstos em norma infraconstitucional, não podem ser analisados em sede de Recurso Especial, pois são institutos de natureza eminentemente constitucional.

5. Agravo Regimental do ESTADO DA BAHIA desprovido.

(AgRg no REsp 1284668/BA, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/06/2014, DJe 04/08/2014) **Grifamos** AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL APOSENTADO. COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. NÃO OCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO DO FUNDO DE DIREITO.

RELAÇÃO DE TRATO SUCESSIVO. SÚMULA 85/STJ.

1. Nas demandas em que se busca a revisão de benefício previdenciário, inclusive a complementação de aposentadoria, a relação é de trato sucessivo, de modo que a prescrição não atinge o fundo de direito, mas apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação, nos termos da Súmula 85/STJ.

2. Agravo Regimental da FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO desprovido.

(AgRg no AREsp 412.123/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10/06/2014, DJe 04/08/2014) **Grifamos**.

REJEITO, assim, a preliminar de prescrição aventada pelo Estado da Bahia às fls. 75-78.

No **mérito**, sustentam tanto as Autoridades Coatoras, quanto o Estado da Bahia, que a Impetrante não assiste o direito de recebimento da Gratificação Especial de Produtividade, visto que esta somente é devida aos servidores enquanto em exercício nas autarquias e fundações.

Aduzem que, sendo a Impetrante servidora da Secretaria da Fazenda, cedida para ter exercício na AGERBA, a referida vantagem não pode ser computada aos seus proventos de aposentadoria, pois estes devem se limitar ao cargo efetivo ocupado pelo servidor, dentre os quais não consta a pleiteada Gratificação Especial de Produtividade.

Conforme se afere dos documentos juntados aos autos, a Impetrante é servidora pública estadual, aposentada no Cargo de Técnica Administrativa, de lotação na Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia.

Tendo sido cedida à Agência Estadual de Regulação de Serviços – AGERBA, exerceu no período de 01/04/2000 a 18/01/2007 (fls. 17) o cargo comissionado de Secretário de Gabinete, símbolos DAS-3, pelo qual percebeu Gratificação Especial de Produtividade de 150% (cento e cinquenta por cento).

Afere-se também que a Impetrante adquiriu Estabilidade Econômica no símbolo DAS-3, percebendo em seus proventos de aposentadoria o valor de R\$ 1.146,79 (mil reais, cento e quarenta e seis centavos e setenta e nove centavos).

Contudo, nos referidos proventos de inatividade, não foi incluída a Gratificação Especial de Produtividade – GEP, a qual vislumbro ser direito líquido e certo da Impetrante.

A Gratificação Especial de Produtividade – GEP possui previsão no art. 4º da Lei Estadual nº 023/97, sendo regulamentada, no que concerne aos servidores da Agência Estadual de Regulação de Serviços Públicos de Energia, Transportes e Comunicações da Bahia – AGERBA, através do Decreto nº 7.695, de 04 de novembro de 1999. Vejamos:

Lei 7.023/97. Art. 4º. *As entidades autárquicas e fundacionais da estrutura do Poder Executivo Estadual, que tenham receita própria, proveniente da arrecadação de taxa ou contribuição, poderão destinar até 30% (trinta por cento) desta receita, realizada mensalmente, ao pagamento de gratificação especial de produtividade, a ser concedida aos servidores que estejam no efetivo desempenho de encargos inerentes às atividades geradoras dos referidos recursos, segundo critérios definidos em regulamento.*

Decreto 7.695/99. Art. 1º. *A Gratificação Especial de Produtividade de que trata o art. 4º, da Lei nº 7.023, de 23 de janeiro de 1997, poderá ser concedida aos servidores que estejam em exercício na Agência Estadual de Regulação de Serviços Públicos de Energia, Transportes e Comunicações da Bahia?” AGERBA, com a finalidade de estimular a elevação da produtividade e qualidade dos serviços prestados pela entidade.*

Art. 2º. *A Gratificação de que trata este Decreto será atribuída aos servidores em exercício na AGERBA e será custeada mediante a destinação de, no máximo, 30% (trinta por cento) do total da arrecadação mensal proveniente da prestação dos seus serviços.*

A *latere*, nos ditames do § 1º do art. 132 do Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Estado da Bahia, Lei nº 6677/94, integrar-se-ão aos proventos integrais ou proporcionais do servidor, **as gratificações e vantagens percebidas por 5 (cinco) anos consecutivos ou 10 (dez) anos interpolados**, calculados pela média percentual dos últimos 12 (doze) meses imediatamente anteriores ao mês civil em que for protocolado o pedido de aposentadoria ou àquele em que for adquirido o direito à aposentação, salvo disposição prevista em legislação específica.

Alegam que o § 2º do art. 40 da Constituição Federal impede a percepção da referida Gratificação, visto que a verba não está inserida na remuneração da Impetrante no cargo efetivo no qual se deu seu jubileamento, Técnica Administrativa lotada na Secretaria da Fazenda Estadual, sendo-a devida apenas aos servidores enquanto nas fundações e autarquias, como é o caso da AGERBA.

Na espécie, a Gratificação Especial de Produtividade, de fato, é verba a ser percebida quando do exercício nas Autarquias e Fundações estaduais, contudo, tendo a Impetrante a percebido, em função de seu exercício na AGERBA, por mais de cinco anos consecutivos, esta verba está devidamente incorporada ao seu vencimento, não havendo que se falar em exclusão quando do trespasse à inatividade em razão de a aposentadoria ter se dado no seu cargo de origem no órgão cedente.

Portanto, ainda que a referida Gratificação não seja uma vantagem extensiva aos servidores do órgão cedente, assiste razão à Impetrante, visto que a verba está devidamente incorporada ao seu vencimento, sendo direito adquirido em razão do lapso temporal superior aos cinco anos consecutivos em exercício na AGERBA.

No mesmo sentido, o posicionamento deste Egrégio Tribunal de Justiça.

MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO CEDIDO AO TRIBUNAL DE CONTAS DOS MUNICÍPIOS. GRATIFICAÇÃO POR DESEMPENHO FUNCIONAL – GDF. INCORPORAÇÃO AOS PROVENTOS DE INATIVIDADE. POSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 13 DA LEI 7.976/2001 E ART. 132 DA LEI 6.677/1994. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. 1. Da leitura DA LEI 7.976/2001, bem como do Estatuto dos Servidores Civis do Estado da Bahia, lei 6.677/1994, nota-se ser possível a concessão e extensão da referida gratificação a todos os “ocupantes de cargos de provimento permanente e temporário, sejam servidores estatutários ou celetistas, dos quadros do órgão ou que nele estejam à disposição”, sendo permitida a sua incorporação aos proventos de inatividade da Autora. 2. Na esteira dos entendimentos jurisprudenciais das Cortes Superiores e deste Egrégio

Tribunal, não é aplicável, *in casu*, a interpretação que o Impetrado se pretende dar à norma que regulamenta a aludida vantagem, quando se remete à natureza “*pro labore faciendo*” da gratificação, de modo a fazer prevalecer a absurda situação em que servidores da ativa, auferindo indistintamente a Gratificação por Desempenho Funcional, não poderiam incorporar - la quando de sua aposentadoria. SEGURANÇA CONCEDIDA (Classe: Mandado de Segurança, Número do Processo: 0004405-11.2016.8.05.0000, Relator (a): Sandra Inês Moraes Rusciolelli Azevedo, Seção Cível de Direito Público, Publicado em: 21/03/2017) (TJ-BA - MS: 00044051120168050000, Relator: Sandra Inês Moraes Rusciolelli Azevedo, Seção Cível de Direito Público, Data de Publicação: 21/03/2017)

MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO. DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM E INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DO JUÍZO, REJEITADAS. INSURGÊNCIA CONTRA POSSÍVEL REDUÇÃO DE PROVENTOS DECORRENTE DA NÃO INCORPORAÇÃO DE GRATIFICAÇÕES. ALEGAÇÃO DE VEDAÇÃO LEGAL E CONSTITUCIONAL E DE AFRONTA À DIREITO LÍQUIDO E CERTO. PAGAMENTO DE GRATIFICAÇÕES DE FORMA HABITUAL E ININTERROMPTA POR MAIS DE 5 (CINCO) ANOS CONSECUTIVOS. PREENCHIMENTO DE REQUISITO TEMPORAL. DIREITO ADQUIRIDO. SEGURANÇA CONCEDIDA. O Secretário da Cultura e Turismo, na condição de presidente do Conselho Tutelar, órgão deliberativo que compõe a estrutura administrativa da FUNCEB, instituição vinculada à Secretária da Cultura e Turismo do Estado da Bahia, possui legitimidade para figurar no polo passivo da presente relação processual. O reconhecimento da legitimidade passiva ad causam do Secretário da Cultura e Turismo importa no afastamento da preliminar de incompetência absoluta do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia por força do art. 92, inciso IX, alínea g do Regimento Interno desse Tribunal. As gratificações percebidas pelo servidor público estadual, em caráter contínuo e estável, por 5 (cinco) anos consecutivos ou 10 (dez) anos intercalados, devem ser incorporadas ao seu vencimento base, inclusive para efeito de aposentadoria, desde que observados os limites impostos no art. 37, inciso XI da CF/88. Inteligência do art. 132, §1ª da Lei nº 6677/94. (Classe: Mandado de Segurança, Número do Processo: 0008988-10.2014.8.05.0000, Relator (a): Edmilson Jatahy Fonseca Júnior, Seção Cível de Direito Público, Publicado em: 29/01/2015) (TJ-BA - MS: 00089881020148050000, Relator: Edmilson Jatahy Fonseca Júnior, Seção Cível de Direito Público, Data de Publicação: 29/01/2015)

MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO ADMINISTRATIVO. PRELIMINARES. CARÊNCIA DE AÇÃO E ILEGITIMIDADE PASSIVA. REJEITADAS. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. FUNCEB. SISTEMA REMUNERATÓRIO. INCORPORAÇÃO DE GRATIFICAÇÕES AO VENCIMENTO. POSSIBILIDADE. ARTIGO 132, 1º, DO ESTATUTO DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS DO ESTADO DA BAHIA. REQUISITOS. PERCEPÇÃO DA GRATIFICAÇÃO POR CINCO ANOS CONSECUTIVOS OU DEZ INTERPOLADOS. ATENDIMENTO PARCIAL. A GRATIFICAÇÃO É VANTAGEM PECUNIÁRIA TEMPORÁRIA, DEVIDA AO SERVIDOR ENQUANTO PERDURAR O DESEMPENHO DA ATIVIDADE QUE LHE CONFERIU O ACRÉSCIMO REMUNERATÓRIO, PODENDO SER INCORPORADA AO VENCIMENTO QUANDO EXISTENTE EXPRESSA PREVISÃO LEGAL. O DIREITO LÍQUIDO E CERTO À INCORPORAÇÃO DAS GRATIFICAÇÕES PERCEBIDAS PELOS SERVIDORES PÚBLICOS DO ESTADO DA BAHIA ENCONTRA GUARIDA NO ARTIGO 13. (TJ-BA - MS: 349882009 BA 3498-8/2009, Relator: CARLOS ALBERTO DULTRA CINTRA, Data de Julgamento: 29/04/2010, SEÇÃO CÍVEL DE DIREITO PÚBLICO)

DO EXPOSTO, Por tais fundamentos, o **VOTO** é no sentido de **CONCEDER A SEGURANÇA** pleiteada, determinando aos Impetrados a integração aos proventos de aposentadoria da Impetrante, do valor referente à Gratificação Especial de Produtividade (GEP), no importe de 150% (cento e cinquenta por cento) sobre seu vencimento básico, com efeitos patrimoniais a partir da impetração do *writ*, conforme art. 14, § 4º, da Lei nº 12.016/2009.

Deixo de condenar os Impetrados ao pagamento das custas processuais, face a isenção legal esculpida no 10, inciso IV, da Lei Estadual nº 12.373/2011, bem como quanto aos honorários advocatícios, de acordo com o art. 25, da Lei do Mandado de Segurança.

TJBA – Apelação Cível nº 0056876-74.2011.8.05.0001, Segunda Câmara Cível, Relator(a): Des. Jatahy Júnior, julgado em 12/04/2016.

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. APLICAÇÃO DE PENALIDADE DE DEMISSÃO A POLICIAL MILITAR. PREJUDICIAL. PRESCRIÇÃO. AFASTADA. MÉRITO. CRIME DE RECEPÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. CONTROLE JURISDICIONAL. PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. DEMISSÃO. INSUBSISTÊNCIA. REINTEGRAÇÃO. EFEITOS RETROATIVOS. SÚMULA 271 DO STF. SENTENÇA REFORMADA. CONCESSÃO DO *Writ*. APELO PROVIDO.

A prescrição do ilícito administrativo acompanha a prescrição penal nos casos de faltas administrativas que também sejam capituladas como crime.

Desta forma, afasta-se a preliminar de prescrição da pretensão punitiva da administração em relação aos fatos capitulados como receptação.

A administração pública deve atuar pautada na legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, cabendo ao Poder Judiciário realizar o controle da legalidade de atuação da administração.

In casu, a autoridade julgadora aplicou a sanção de demissão ao policial militar, por suposto cometimento do crime de receptação.

Os elementos constantes dos autos indicam que o impetrante não sabia e não tinha como saber da origem ilícita dos bens. O policial militar atuou com zelo, não infringindo normas do Estatuto da Polícia Militar do Estado da Bahia.

Tendo a decisão sido proferida em confronto com as provas dos autos, a aplicação da pena está eivada de nulidade, devendo, por isso, ser cancelada com a consequentemente reintegração do apelante aos assentos da Polícia Militar. Ressarcimento dos vencimentos e demais vantagens do cargo desde a data da propositura desta ação, de acordo com a Súmula n.º 271 do Supremo Tribunal Federal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação Cível em Mandado de Segurança nº. 0056876-74.2011.8.05.0001, em que figuram como apelante Adailton Batista Ferreira e apelado o Estado da Bahia.

Em primeiro julgamento, ACORDARAM os Desembargadores integrantes da Segunda Câmara Cível do egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, por maioria, **REJEITAR A PRELIMINAR** e, no mérito, **DAR PROVIMENTO AO APELO**.

Diante do julgamento não unânime, nos termos do art. 942 do Novo Código de Processo Civil, o mesmo teve prosseguimento sendo chamados a proferir voto os dois Desembargadores que sucedem o Terceiro Julgador na ordem decrescente de antiguidade e que estavam presentes na sessão de julgamento, **ACORDANDO, por maioria de votos, REJEITAR A PRELIMINAR e, no mérito, DAR PROVIMENTO AO APELO**, para anular a penalidade da demissão, reintegrando o Impetrante/apelante aos quadros da Policial Militar, com a devida retificação no assento funcional, assegurando o pagamento dos vencimentos desde a impetração do presente.

RELATÓRIO

Cuida-se de apelação em ação mandamental, com pedido liminar, impetrada por Adailton Batista Ferreira, contra ato supostamente ilegal praticado pelo e do Comandante Geral da Polícia

Militar do Estado da Bahia, autoridade apontada como coatora, em razão da demissão do impetrante dos quadros da Polícia Militar do Estado.

O Juiz de Direito da Vara de Auditoria Militar da Comarca de Salvador, denegou a segurança, mantendo o ato impugnado, nos termos da sentença de fls. 624 a 632.

O impetrante, então, interpôs apelação, arguindo, preliminarmente, a prescrição da pretensão punitiva estatal. Em síntese, o Impetrante alega que respondeu a Processo Administrativo Disciplinar para apuração de suposto cometimento de crime de receptação de veículos, tendo a comissão processante opinado pela sua absolvição. Contudo, contrariando a deliberação da comissão e as provas dos autos, a autoridade coatora teria infligido a pena capital de demissão ao servidor. Afirma que a administração agiu em detrimento dos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e eficiência.

O voto proferido pela eminente Desembargadora Lisbete Maria Teixeira Almeida César Santos foi pelo não provimento do recurso, com a manutenção da sentença denegando a segurança pleiteada.

Em que pese o digno voto da douta Desembargadora, divergi de seu posicionamento e, assim, em primeiro julgamento, fui acompanhado pelo digno Terceiro Julgador. Considerando o julgamento não unânime, em consonância com o procedimento previsto no art. 942 do Novo Código de Processo Civil, o julgamento teve prosseguimento, sendo chamados a proferir voto dois Desembargadores que sucedem o Terceiro Julgador na ordem decrescente de antiguidade e que estavam presentes na sessão de julgamento, nos termos do art. 196 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça da Bahia, alterado pela Emenda Regimental nº 12, de 30 de março de 2016.

Tornei-me Relator Designado para a lavratura desse voto vencedor, consoante art. 44, I, do Regimento Interno.

VOTO

Trata-se de apelação cível interposta em face da sentença que negou a segurança nos autos do mandato de segurança impetrado por Adailton Batista Ferreira, reconhecendo a legalidade do ato de demissão do impetrante dos quadros da Polícia Militar do Estado da Bahia.

A questão discutida nos autos diz respeito ao ato de demissão do Policial Militar Adailton Batista Ferreira que foi acusado de estar de posse do veículo Golf, cor bege, placa de identificação HZU 1876, produto de furto, e da motocicleta Honda, Falcon, cor preta, placa de identificação MSJ 2670, nos termos da decisão em sindicância que instaurou o processo administrativo disciplinar de fls. 68 e 69.

O impetrante alegou, preliminarmente, a prescrição da pretensão punitiva estatal.

Analisando atentamente os autos, verifica-se que a administração tomou conhecimento do possível cometimento dos ilícitos previstos nos artigos 180 e 171 do Código Penal, pelo impetrante, em 04.08.2005, por meio do Ofício nº 396/2005 – DECARG, da lavra do Delegado Titular da DECARG, constante à fl. 30.

A sindicância para apuração dos fatos apontados foi instaurada pela Portaria nº Correg. Set – Sind 002/08/2005, datada de 18 de agosto de 2005 (fl. 28). Após a conclusão da apuração sumária, a administração instaurou o devido Processo Administrativo Disciplinar por meio da Portaria nº CORREG. SETORIAL PAD – 001/06/2006, datada de 27/03/2006, conforme se vê às fls. 72 e 73.

Ultrapassada a instrução do PAD, foi aplicada a pena de demissão ao Policial Militar, ora impetrante, publicada no BGO do dia 28 de março de 2011, conforme decisão de fls. 273 a 281.

Nos termos do art. 50, §5º, “d” do Estatuto da Polícia Militar, a prescrição das infrações disciplinares também capituladas como crime deverão acompanhar a prescrição penal. No caso dos autos, a prescrição para o crime de receptação (art. 180 do CP) é de 08 anos, consoante previsão do art. 109 do Código Penal Brasileiro.

Neste aspecto, é imperioso trazer à baila dispositivo estatutário que prevê que a instauração de sindicância ou processo administrativo disciplinar interrompe o prazo prescricional (art. 50, §5º, “e”).

Portanto, diante das datas apontadas entre o conhecimento dos fatos da administração, instauração do processo administrativo disciplinar e a aplicação da penalidade, não decorreu o prazo de 08 anos, não havendo a prescrição geral, nem a intercorrente, motivo pelo qual **rejeita-se a preliminar de prescrição.**

No mérito, análise dos autos demonstra que o processo administrativo disciplinar transcorreu regularmente, sem nulidades que o maculassem e, ao final da instrução, a Comissão processante, que esteve mais próxima da produção das provas, opinou, por maioria, pela absolvição do servidor, por não verificar atitude passível de sanção administrativa, consoante relatório de fls. 251 a 259.

O Corregedor Chefe, contudo, no uso das atribuições previstas no Estatuto, discordou do opinativo da Comissão processante e concluiu pela incidência do processado nos incisos I, IV, X, XIII e VVI do artigo 39 e o inciso XI do art. 57, todos do Estatuto da Polícia Militar do Estado da Bahia, entretanto o fez contrário à prova dos autos, conforme se verá abaixo.

A instrução realizada no processo administrativo disciplinar demonstrou que o policial militar processado adquiriu o veículo Golf, objeto da apuração, de um vendedor chamado Cláudio, com a intermediação de Antônio Carlos de Jesus, de alcunha “Poeira”, pelo valor de R\$ 9.000,00 (nove mil reais), e a motocicleta pelo valor de R\$ 3.500,00 (três mil e quinhentos reais).

O apelante afirma que, à época da transação, recebeu os documentos do veículo adotou a cautela de verificar a regularidade perante os órgãos de trânsito de Sergipe, e que o vendedor afirmou que o automóvel encontrava-se alienado, bem como que iria encaminhar os boletos para pagamento das demais parcelas.

A versão apresentada pelo acusado encontra respaldo nos autos, tendo em vista que o laudo pericial de fls. 330 e 331 conclui que o Certificado de Registro de Veículo apresentava adulteração física, com a sobreposição das letras SE no campo referente ao Estado. Desta forma, o policial foi levado a erro ao achar que o carro advinha do Estado de Sergipe.

As testemunhas Pedro Resende de Monfradine (fls. 155 e 156) e Joaquim de Souza Jardim (fls. 159 e 160), afirmaram presenciar a transação entre “Poeira” e o apelante, que teria se comprometido a quitar as parcelas vencidas e vincendas do veículo, a fim de complementar o pagamento. Ademais, Pedro Resende de Monfradine confirmou que o policial militar, ao realizar a compra, adotou a cautela de procurar um despachante para consultar a regularidade do veículo perante o órgão de Trânsito de Sergipe, consulta que não demonstrou qualquer irregularidade.

Assim, não há nenhum elemento dos autos que indique que o Policial Militar sabia ou deveria saber da proveniência ilícita dos veículos adquiridos. Ademais, não poderia atentar ao preço “vil” da mercadoria, tendo em vista que tinha a expectativa de quitar o valor restante mediante boleto.

As provas produzidas nos autos vão além, e comprovam que o acusado, ao detectar que os boletos não foram encaminhados, adotou diversas providências no sentido de localizar o intermediador da venda, a fim de verificar a real regularidade do veículo. Neste aspecto, merece transcrição o depoimento da testemunha Magnos Santos Silva:

[...] que no ano passado, há cerca de um ano o depoente foi procurado pelo Soldado Ferreira a fim de localizar o indivíduo conhecido como Poeira que vende veículo na cidade de Eunápolis na Avenida Duque de Caxias; que o depoente conhece o indivíduo procurado por ser comum fazer ronda no local onde ocorre a venda de veículos; que naquela data não conseguiu localizar Poeira, pois o Soldado Ferreira estava a procura dele pra pegar uns carnês do veículo que comprara do mesmo; que nesse primeiro contato o depoente e seu colega não conseguiram localizar o indivíduo Poeira; que meses após o Soldado Ferreira ligou para o depoente informando que o veículo Golf teria sido apreendido por restrição de furto e que precisava encontrar o vendedor urgentemente o indivíduo vulgo Poeira; que se recorda do problema maior se referia ao veículo golf, pois a moto tinha correspondência as parcelas atrasadas do pagamento; que o depoente conseguiu localizar Poeira tendo se aproximado e questionado sobre o veículo que ele vendera para o Soldado Ferreira, que o Poeira disse que tinha passado pelo Salvador e que a venda feita para o Soldado Ferreira não tinha irregularidade, inclusive na data da venda foi verificada a procedência do veículo nada sendo constatado de irregular, estando pendente apenas as parcelas

em atraso; que o depoente convenceu o indivíduo Poeira a acompanhá-lo até a delegacia para esclarecer os fatos, tendo sido apresentado a Dr. Milton, delegado de plantão, pelo qual tomou o depoimento de Poeira e constatou outras acusações contra ele, que o depoente se recorda por alto de se tratar de clonagens aéreas. [...]

As testemunhas de acusação, por outro lado, não lograram demonstrar dolo ou culpa na ação do processado que pudesse ensejar a aplicação de penalidade disciplinar. Ademais, as certidões de fls. 282 e 283 atestam que o impetrante não responde a ação penal.

A demissão foi embasa na incursão do servidor nas hipóteses previstas no Estatuto da Polícia Militar do Estado da Bahia, abaixo colacionadas:

Art. 39 - O sentimento do dever, a dignidade policial militar e o decoro da classe impõem a cada um dos integrantes da Polícia Militar conduta moral e profissional irrepreensíveis, tanto durante o serviço quanto fora dele, com observância dos seguintes preceitos da ética policial militar: I - amar a verdade e a responsabilidade como fundamento da dignidade pessoal;

IV - cumprir e fazer cumprir as Leis, os regulamentos, as instruções e as ordens das autoridades competentes, à exceção das manifestamente ilegais;

X - cumprir seus deveres de cidadão;

XIII - conduzir-se de modo que não sejam prejudicados os princípios da disciplina, do respeito e do decoro policial militar;

XVI - zelar pelo bom conceito da Polícia Militar;

Art. 57 - A pena de demissão, observada as disposições do art. 53 desta Lei, será aplicada nos seguintes casos:

XI - fazer uso do posto ou da graduação para obter facilidades pessoais de qualquer natureza ou para encaminhar negócios particulares ou de terceiros;

A leitura simples dos diplomas legais que embasaram a demissão permite averiguar a inadequação da tipificação aos fatos apontados, tendo em vista que não restou comprovada qualquer ocorrência ou infração de qualquer das hipóteses indicadas pela autoridade impetrada.

Por óbvio, estando a Administração limitada à imposição legal e como o principal argumento do presente *mandamus* é a ilegalidade demissão do impetrante, percebo que a penalidade revelou-se ilegítima ao caso vertente.

A demissão não se adequa à conduta do impetrante, o que reflete a não observância da Administração ao princípio da legalidade, qual seja, posto que a comissão julgadora sugere a absolvição do processado, e a autoridade discorda do posicionamento, contudo, contrário às provas dos autos.

Sabe-se que não é dado ao Poder Judiciário o controle meritório do ato administrativo de cunho discricionário, vale dizer, descabe a emissão de qualquer juízo acerca da conveniência e oportunidade das decisões tomadas pela Administração Pública.

Todavia, sem que importe na invasão do mérito, o magistrado pode analisar a legalidade dos atos administrativos, haja vista que a “*lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*”, nos termos do inciso XXXV, do artigo 5º, da Constituição Federal.

Como corolário do inciso II, do mesmo artigo 5º, o princípio da legalidade é que valida as atividades administrativas. Assim, a Administração apenas realiza aquilo que a norma determina ou autoriza fazer, em razão da sua vinculação aos termos da Lei, pois o sistema jurídico não lhe cede autonomia privada.

Dessa forma, “*a legalidade traduz a ideia de que a Administração Pública somente tem possibilidade de atuar quando existe lei que o determine (atuação vinculada) ou autorize (atuação discricionária), devendo obedecer estritamente ao estipulado na lei, ou, sendo discricionária a atuação, observar os termos, condições e limites autorizados na lei*”. (Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo,

em Direito Administrativo Descomplicado, 20ª ed. Rev. E atual. Rio de Janeiro – ed. Método, 2012: p.192)

Sobre o tema, o STJ já decidiu que não há a presença de discricionariedade no exercício do poder disciplinar pela autoridade pública, sobretudo no que tange à imposição de sanção disciplinar, cabendo o controle judicial de tais atos administrativos de forma ampla.

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. CONCURSO PÚBLICO. PAPIOSCOPISTA POLICIAL 3ª CLASSE. AUSÊNCIA DE OMISSÃO NO ACÓRDÃO RECORRIDO. DECISÃO SUFICIENTEMENTE FUNDAMENTADA. EXERCÍCIO DO PODER DISCIPLINAR. DISCRICIONARIEDADE INEXISTENTE. CONTROLE JURISDICIONAL AMPLO. PRECEDENTES DO STJ. FRAUDE AO CONCURSO. NÃO-COMPROVAÇÃO. LAUDO ESTATÍSTICO. INSUFICIÊNCIA. RECURSO PROVIDO. 1. Não há que se falar em violação do art. 535 do CPC quando o acórdão recorrido aborda de forma suficientemente fundamentada todas as questões necessárias para o deslinde da controvérsia sub examine. 2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça orienta no sentido de que não há que se falar na presença de discricionariedade no exercício do poder disciplinar pela autoridade pública, sobretudo no que tange à imposição de sanção disciplinar. Por esse motivo, possível o controle judicial de tais atos administrativos de forma ampla. 3. No caso em concreto, a autoridade pública, com base exclusivamente em laudo estatístico, mera prova indiciária, determinou a exclusão da parte recorrente do certame. Este ato extrapolou os limites da razoabilidade e da proporcionalidade porquanto o referido meio de prova não é suficiente para a demonstração da autoria e da materialidade de que tenha efetivamente se valido da fraude perpetrada. 4. Prejudicada a análise da divergência jurisprudencial, ante o deficiente cotejo analítico necessário para o provimento do recurso especial interposto com fundamento na alínea c do permissivo constitucional. 5. Recurso especial parcialmente provido. (STJ - REsp: 1307532 RJ 2011/0296468-3, Relator: Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Data de Julgamento: 09/04/2013, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 16/04/2013)

O Superior Tribunal de Justiça decidiu, também, que a demissão de servidor deve respaldar-se em prova convincente e indubitável. Se houver dúvidas, não se deve demitir, já tendo anulado demissão de delegado flagrado dirigindo carro roubado, quando não havia prova do dolo ou do crime de receptação – RMS 23143⁹. Neste sentido, é válida a transcrição de excerto do julgado abaixo:

4. Em se tratando dos limites da atuação do poder judiciário no âmbito do processo administrativo disciplinar, este Superior Tribunal de Justiça, à luz dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, firmou orientação de que a pena de demissão imposta a servidor público submetido a processo administrativo disciplinar deve encontrar fundamento em provas convincentes que demonstrem, de modo cabal e indubitável, a prática da infração pelo acusado. (STJ, RMS 19.498/SP, 5ª Turma, DJe 22/03/2010)

Portanto, tendo a punição sido aplicada em desconformidade com a legislação em vigor e diante dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, outra solução não resta ao caso senão anular a pena de demissão e determinar a reintegração do impetrante aos quadros da Polícia Militar do Estado da Bahia.

A não concessão da segurança acarretaria lesão grave e de difícil reparação, já que há fundamento relevante e acaso não seja concedida, poderá resultar em grande lesão ao Impetrante, pois estar-se-ia deixando de distribuir a boa JUSTIÇA.

Atinente ao pedido de ressarcimento dos vencimentos e demais vantagens do cargo desde a data da publicação do ato demissório há óbice legal. Pois, no caso, as verbas financeiras somente poderão ser pagas partir da propositura desta ação, visto que em sede de ação mandamental a concessão da segurança não produz efeitos patrimoniais em relação a período pretérito, de acordo com a Súmula n.º 271 do Supremo Tribunal Federal.

9 Precedentes: STJ: MS 12957; MS 7260; RMS 23143; MS 11124

Diante do exposto, pedindo as vênias de estilo à eminente Desembargadora Relatora, no sentido de **REJEITAR A PRELIMINAR e, no mérito, DAR PROVIMENTO AO APELO** anular a penalidade da demissão, reintegrando o Impetrante/apelante aos quadros da Policial Militar, com a devida retificação no assento funcional, assegurando o pagamento dos vencimentos desde a impetração do presente.

TJBA – Apelação Cível nº 0387075-69.2012.8.05.0001, Quinta Câmara Cível, Relator(a): Desª. Carmem Lúcia Santos Pinheiro, julgado em 11/07/2017.

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA. SERVIDOR PÚBLICO. AÇÃO ANULATÓRIA DE ATO ADMINISTRATIVO C/C REINTEGRAÇÃO NO CARGO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE POR PRESCRIÇÃO. AUSÊNCIA DE COMUNICABILIDADE ENTRE AS INSTÂNCIAS PENAL E ADMINISTRATIVA NA ESPÉCIE. PRECEDENTES STJ E STF. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

I. Inviável a discussão acerca da higidez do ato administrativo que excluiu o apelante das fileiras da polícia militar no ano de 1998, em virtude da ocorrência da prescrição. Exegese da regra contida no art. 1º do decreto 20.910/32.

II. Ademais, em que pese a alegação do recorrente acerca da existência de sentença penal absolutória, verifica-se que a extinção da punibilidade ocorreu em virtude da prescrição punitiva do Estado. *In casu*, não há que se falar em comunicabilidade entre as instâncias penal e administrativa, o que somente seria possível nas hipóteses dos incisos I e IV do art. 386, do CPP. Precedentes: STJ. MS 20.902/DF, Rel. Ministro OG FERNANDES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/02/2015, DJe 23/03/2015; STF. RE 640972 SP. Relatora: Ministra Carmem Lúcia. DJe-060 DIVULG 22/03/2012 PUBLIC 23/03/2012.

III. Quanto à condenação do apelante em litigância de má-fé, reputa-se correta a subsunção feita pelo magistrado *a quo*, não merecendo reparos a sentença vergastada.

IV. APELO CONHECIDO E IMPROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de **Apelação nº 0387075-69.2012.8.05.0001**, originário da Vara da Auditoria Militar da Comarca de Salvador-Bahia, figurando como apelante **MILTON SANTANA SANTOS**, e como apelado o **ESTADO DA BAHIA**.

Acordam os Desembargadores integrantes da Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Bahia, à unanimidade de votos, em **NEGAR PROVIMENTO** ao recurso.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Apelação interposto contra sentença proferida pelo MM Juiz de Direito da Vara da Auditoria Militar da Comarca de Salvador, Bahia, que nos autos da Ação Ordinária de Anulação de Ato Administrativo com pedido de reintegração, julgou improcedente o pedido autoral.

Em virtude de refletir satisfatoriamente a realidade dos atos processuais até então realizados, adota-se o relatório da sentença de fls. 92/96, acrescentando-se os termos finais do comando sentencial vergastado:

“Por todo o exposto, e o que mais dos autos consta, face o acolhimento do instituto da prescrição, declaro extinto o processo com julgamento do mérito, nos termos do art. 269, inciso IV, do Código de Processo Civil [1973].

Ademais, o juízo *a quo* condenou o requerente pela litigância de má-fé, aplicando-lhe pena de multa de 03 (três) salários mínimos.

Na sequência, foram opostos Embargos de Declaração pelo autor (fls. 134/143), os quais foram rejeitados pelo magistrado *a quo* às fls. 150/152.

Irresignado, **MILTON SANTANA SANTOS interpôs Recurso de Apelação às fls. 155/161.**

Asseverou o apelante acerca da não ocorrência de prescrição, defendendo que a contagem do prazo prescricional, na espécie, deve ocorrer a partir do trânsito em julgado da sentença penal absolutória, salientando que o prazo para interposição da presente ação, com base na extinção da punibilidade pelo mesmo fato que motivou a decisão administrativa, inicia a partir do momento em que foi julgada a Ação Penal que se deu na data de 24 de novembro de 2008.

Ademais, defendeu a ausência de litigância de má-fé, salientando que de uma simples análise processual constata-se que em momento algum tentou o apelante burlar a legislação processual. Aduziu o recorrente que a demanda anteriormente proposta tinha com intento discutir a sindicância administrativa, enquanto que a presente Ação fundamenta-se em ulterior sentença absolutória na esfera criminal.

Concluiu pugnando pelo provimento do recurso, com a modificação da sentença vergastada.

Devidamente intimado, o Estado da Bahia ofereceu contrarrazões às fls. 164/174.

VOTO

1. PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE

Conheço do recurso porque presentes os requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade.

2. DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO DE REDISCUTIR O CONTEÚDO DO ATO ADMINISTRATIVO QUE CULMINOU COM A DEMISSÃO DO APELANTE

Colhe-se dos autos que ao apelante foi aplicada a pena de demissão dos quadros da Polícia Civil após instauração de procedimento administrativo apuratório, no ano de 1998 (fl. 40/41).

Neste ponto não merece reparos a sentença *a quo*, na medida em que reconheceu a prescrição quanto à possibilidade de revisitação do mencionado ato, já que transcorridos mais de 5 (cinco) anos entre a sua publicação e propositura da presente demanda.

Deste modo, não é cabível, neste momento, discutir acerca da lisura do referido procedimento apuratório, uma vez que já não se mostra possível a sua análise por força de incidência do prazo prescricional previsto no Decreto Lei 20.910/32.

3. DA ULTERIOR SENTENÇA EXTINTIVA DA PUNIBILIDADE- RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO- AUSÊNCIA DE COMUNICABILIDADE COM A INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA- PRECEDENTES DO STJ E STF

Neste contexto, deve-se analisar a ocorrência de sentença que extinguiu a punibilidade na esfera criminal, bem como se é hipótese de comunicabilidade entre as instâncias penal e administrativa.

Com efeito, nesta linha de intelecção não há que se falar acerca do advento do prazo prescricional, uma vez que a referida sentença penal somente transitou em julgado no ano de 2008 (fl. 21/22).

Como é sabido, a regra é que as instâncias penal e administrativa sejam independentes entre si, ressaltando-se, todavia, a comunicabilidade entre as esferas na hipótese da sentença proferida no âmbito criminal reconhecer a inexistência material do fato ou a negativa da sua autoria (STJ- AR 3694 SP 2006/0284281-0, Ministro ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ, Data de Julgamento: 27/05/2015, s3- Terceira Seção, Data de Publicação: DJe 10/06/2015).

Na espécie, alega o apelante que seria o caso de comunicabilidade entre as instâncias, defendendo que a sentença penal julgou extinta a punibilidade com base na ocorrência de prescrição, quanto ao mesmo fato que ensejou a aplicação da penalidade administrativa.

Não obstante, da atenta análise dos elementos trazidos à cognição, verifica-se que tal tese não merece prosperar.

Isto porque, da leitura da sentença prolatada no Ação Penal nº 14998617753-7 deflagrada contra o apelante, conclui-se que a extinção da punibilidade do acusado se deu com base na configuração da prescrição punitiva do Estado.

Destarte, assentada a premissa de que a comunicabilidade entre as instâncias somente terá lugar quando da ocorrência de sentença absolutória com suporte nos incisos I e V do Código de Processo Penal (Precedentes: STF, RE nº 94.590/SP; STJ, REsp. nº 6147/SP, REsp. nº 279086/MG e REsp. nº 122022/BA), não há que se falar em interferência na esfera administrativa quando a sentença absolveu o acusado por ocorrência de prescrição.

Neste sentido é posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, consoante arestos a seguir ementados:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO DISCIPLINAR. AFASTAMENTO DA RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA. ABSOLVIÇÃO PENAL POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS (ART. 386, II, DO CPP). ART. 126 DA LEI N. 8.112/1990. INAPLICABILIDADE. CONSONÂNCIA ENTRE O MATERIAL PROBATORIO COLHIDO E AS CONCLUSÕES DA COMISSÃO PROCESSANTE. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE DO ATO DEMISSÓRIO. 1. Além de vigorar a independência das instâncias civil, penal e administrativa (arts. 125 da Lei n. 8.112/1990 e 12 da Lei n. 8.429/1992), a discussão sobre eventual desdobramento, na esfera disciplinar, de absolvição criminal, deve considerar a inexistência do fato ou a negativa de autoria pelo servidor processado, como previsto no art. 126 do mencionado RJU. 2. Existência de sentença prolatada pelo Juízo da 2ª Vara Federal de Campos, integralmente mantida pelo respectivo Tribunal Regional Federal, e transitada em julgado, que absolveu o impetrante com fulcro no art. 386, II, do Código de Processo Penal, isto é, por não haver prova da existência do crime correlato (art. 317 do CP) às infrações administrativas. 3. Não incide, ao caso, o disposto no art. 126 da Lei n.8.112/1990, porquanto o normativo em questão somente é aplicável nas hipóteses dos incisos I (estar provada a inexistência do fato) e IV (estar provado que o réu não concorreu para a infração penal) do art. 386 do CPP. 4. Ausência de direito líquido e certo à reintegração ao cargo de Policial Rodoviário Federal, porquanto há consonância entre as provas produzidas na seara administrativa e as conclusões da Comissão Processante, que ampararam o ato demissório. 5. “Não há violação aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, pois, em casos similares, a Primeira Seção do STJ já consignou que a percepção de vantagem para liberação de veículos, por parte de policial rodoviário federal, corretamente enseja a aplicação da penalidade de demissão. Precedentes: MS 17.333/DF, Rel. Ministro Herman Benjamin, DJe 31.5.2013; e MS 18.106/DF, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, DJe 4.5.2012” (MS 19.239/DF, Rel. Ministro Humberto Martins, Primeira Seção, DJe 1º/4/2014) 6. Segurança denegada. Prejudicado pedido de reconsideração da decisão liminar. (STJ. MS 20.902/DF, Rel. Ministro OG FERNANDES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/02/2015, DJe 23/03/2015). RECURSO ESPECIAL Nº 1.367.482 - SC (2013/0042537-2) EMENTA RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSO PENAL. ALTERAÇÃO DO FUNDAMENTO DA ABSOLVIÇÃO. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. INCISOS III E V DO ARTIGO 386 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. AMBOS FUNDAMENTOS QUE NÃO REPERCUTEM NAS ESFERAS CIVIL E ADMINISTRATIVA. 1. **A absolvição criminal somente tem repercussão nas instâncias civil e administrativa quando a sentença penal absolutória afasta a existência do fato (art. 386, inc. I, CPP) ou a concorrência do réu para a infração penal (art. 386, inc. IV, CPP).** 2. Sendo igualmente indiferente, à luz da independência das esferas, se a absolvição se deu com fundamento no inciso V ou no inciso III do artigo 386 do Código de Processo Penal porque ambos os casos não impedem a futura responsabilização civil e administrativa, resta ausente o interesse recursal que autorize a admissão do apelo na instância ordinária, nos termos do parágrafo único do artigo 577 do Código de Processo Penal. 3. Recurso improvido. STJ. RECURSO ESPECIAL Nº 1.367.482 - SC (2013/0042537-2) RELATORA: MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA. Julgamento: 02/10/2014.

Ademais, também o Supremo Tribunal Federal já se posicionou neste sentido, mantendo decisão do Superior Tribunal de Justiça, destacando, inclusive, trecho do *decisum* recorrido, que ora se reproduz:

“[...] Relevante salientar que a sanção administrativa é aplicada para salvaguardar os interesses exclusivamente funcionais da Administração Pública, enquanto a sanção criminal destina-se à proteção da coletividade. Ademais, colaciona-se a seguinte lição doutrinária tecendo comentários acerca da comunicabilidade das instâncias penal e administrativa, oportunidade em que se esclarece que a absolvição com base no inciso II do art. 386 do Código de Processo Penal, como é a hipótese dos autos, não repercute na esfera administrativa, ‘verbis’: (...). Neste diapasão, a independência entre as instâncias penal, civil e administrativa, também consagrada na doutrina e na jurisprudência, permite à Administração impor punição disciplinar ao servidor faltoso à revelia de anterior julgamento no âmbito criminal, ou em sede de ação civil, mesmo que a conduta imputada configure crime em tese. Ademais, somente em hipóteses excepcionais, a sentença criminal produzirá frutos na seara administrativa. Neste sentido: (...). **Neste contexto, a comunicação entre as instâncias penal e administrativa somente deve ocorrer nas hipóteses de inexistência do fato ou negativa de autoria.** Na hipótese dos autos, o ora recorrente foi absolvido na instância criminal, com base no art. 386, II, do Código de Processo Penal não haver prova da existência do fato. Assim, como bem consignou o aresto hostilizado, não há que se falar em impossibilidade de aplicação de sanção administrativa” [...]. STF. RE 640972 SP. Relatora: Ministra Carmem Lúcia. DJe-060 DIVULG 22/03/2012 PUBLIC 23/03/2012. Julgamento 12 de março de 2012. (Grifos adicionados)

Portanto, o que se conclui é que a extinção da punibilidade pela ocorrência da prescrição não tem o condão de afastar a punição imposta na via administrativa.

4. DA CONDENAÇÃO DO APELANTE EM LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ – SENTENÇA QUE NÃO MERECE SER MODIFICADA TAMBÉM QUANTO A ESTE PONTO

Em relação à litigância de má-fé, válida a transcrição de trecho da sentença recorrida:

“Por seu turno, destaca-se que o autor na tentativa de burlar a legislação processual vigente informou na inicial que já havia ajuizado uma ação ordinária nessa Vara com pedido julgado improcedente e confirmado pelo Tribunal de Justiça, sob a alegação de que o pedido desta ação era totalmente diverso da ação anterior, posto que foi inovado em virtude de superveniência de sentença penal absolutória proferida em 24/11/2008 pelo juízo criminal nos autos da ação nº 14098617753-7 colacionada às fls. 21, que extinguiu o feito com resolução de mérito em razão da ocorrência de prescrição. Devendo, portanto, responder nas penas da litigância de má-fé, nos termos do art. 17, inciso I, do CPC [1973]” (Fl. 129).

Com efeito, extrai-se do mencionado dispositivo legal (art. 17, I, CPC 73) que reputa-se litigante de má-fé aquele que deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso.

Destarte, da análise dos fatos apresentados na demanda, verifica-se que o apelante já havia intentado, sem êxito, ação ordinária para a discussão do mesmo ato administrativo que pretende impugnar novamente por esta via.

Ademais, pretendeu induzir o julgador a erro ao suscitar a existência de nova causa de pedir, lastreada na superveniência de sentença penal absolutória, todavia, fora das hipóteses de comunicabilidade de instância, uma vez que a extinção da punibilidade decorreu da prescrição, configurando-se, assim, pretensão frontalmente contrária ao texto expresso da Lei 7990/01, especialmente o dispositivo a seguir transcrito:

Art. 50 - O policial militar responde civil, penal e administrativamente pelo exercício irregular de suas atribuições.

[...]

§ 5º - A responsabilidade administrativa do policial militar policial militar sujeita-se aos efeitos da elisão e da prescrição na seguinte forma:

a) será elidida no caso de absolvição criminal **que negue a existência do fato ou de sua autoria;** (Grifos adicionados)

Assim, o que se percebe é uma atitude grave por parte do requerente, ora apelante, de tentar renovar uma pretensão que já foi apreciada por este Poder, mormente quando a alegada inovação da causa de pedir esbarra em vedação expressa do texto legal, de modo que não merece reparos também neste ponto a sentença vergastada.

Neste sentido:

APELAÇÃO CÍVEL. SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR QUE CULMINOU NA CASSAÇÃO DA APOSENTADORIA. LEGALIDADE DO PROCEDIMENTO. INDEPENDÊNCIA DAS ESFERAS CRIMINAL E ADMINISTRATIVA. DISTORÇÃO DOS FATOS PELA PARTE APELANTE. CONDENAÇÃO NA ESFERA CRIMINAL QUE RESTA EVIDENCIADA. APLICAÇÃO DE PENA POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. - Hipótese em que a cassação da aposentadoria do servidor se deu mediante procedimento administrativo disciplinar em que lhe foi assegurada ampla defesa, com base na Lei Estadual nº 7.366/80. - Tentativa do autor de alterar a verdade dos fatos mediante afirmação de que fora absolvido na esfera criminal. Multa por litigância de má-fé. NEGARAM PROVIMENTO À APELAÇÃO. (Apelação Cível Nº 70043013267, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Matilde Chabar Maia, Julgado em 04/04/2013) (TJ-RS - AC: 70043013267 RS, Relator: Matilde Chabar Maia, Data de Julgamento: 04/04/2013, Terceira Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 22/04/2013)

5. CONCLUSÃO

Ante o exposto, voto no sentido de **CONHECER DO RECURSO E, NO MÉRITO, NEGAR-LHE PROVIMENTO.**

TJBA – Apelação Cível nº 0500024-65.2014.8.05.0001, Quarta Câmara Cível, Relator(a): Desª. Lícia de Castro Laranjeira Carvalho, julgado em 02/05/2017.

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. EXPOLICIAL MILITAR. AÇÃO DE PROCEDIMENTO ORDINÁRIO. PRETENSÃO DE REINTEGRAÇÃO AOS QUADROS DA POLÍCIA MILITAR E RECEBIMENTO DE SALÁRIOS REFERENTES AO PERÍODO DE AFASTAMENTO. PRESCRIÇÃO DO FUNDO DE DIREITO. RECONHECIMENTO. DECRETO FEDERAL Nº. 20.910/32. INCIDÊNCIA, AINDA QUE SE TRATE DE AÇÃO AJUIZADA EM DECORRÊNCIA DE ATO NULO. PROCESSO EXTINTO, COM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. APELAÇÃO. PRESENÇA DOS PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE. SENTENÇA PRÓFERIDA EM CONSONÂNCIA COM ELEMENTOS CARREADOS PARA OS AUTOS E LEGISLAÇÃO EM VIGOR. IRRESIGNAÇÃO IMOTIVADA. RECURSO IMPRÓVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos da **APELAÇÃO CÍVEL Nº.0500024-65.2014.8.05.0001**, da Comarca de **SALVADOR**, sendo apelante **Jorge Marques de Castro** e apelado, **Estado da Bahia**.

Acordam os Desembargadores componentes da Turma Julgadora da Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade, negar **provimento ao recurso**.

RELATÓRIO

A sentença de **fls.399/405**, adotado o relatório, proferida nos autos da ação de procedimento ordinário visando “*Reintegração de cargo com pedido de tutela antecipada*”, tombada sob nº 0500024-65.2014.8.05.0001, proposta por **JORGE MARQUES DE CASTRO** em face do **ESTADO DA BAHIA** julga extinto o processo, com resolução de mérito, à luz do art. 269, IV do CPC/73 c/c art. 1º do Decreto Federal nº 20.910/32, dispensando o postulante do pagamento de custas processuais enquanto beneficiário da assistência judiciária gratuita.

O demandante, representado, interpõe recurso de apelação (fls.407/417), preparado, visando reforma da sentença a julgar procedente a ação. Alega, em síntese, ser ex policial militar, haver ingressado na corporação em 12/07/1992 da qual veio a ser excluído a bem da disciplina, em 29/07/2004, por meio de ato “desprovido de formalidade essencial”, emanado de autoridade incompetente, portanto nulo e inexistente desde a origem, não podendo ser convalidado “*nem mesmo pelo decurso do tempo*”. Invoca jurisprudência e legislação (Leis 7.990/01 e 8112/90).

Na resposta **ESTADO DA BAHIA** pugna pela confirmação da sentença. (Fls. 425/437)

Recurso encaminhado a esta instância, distribuído para a **Quarta Câmara Cível**, cabendo-me a função de relatora.

VOTO

Não assiste razão ao recorrente.

Prescreve em 05 (cinco) anos, contados do ato ou fato que o originou, todo ou qualquer direito ou ação contra Fazenda Pública. Inteligência do art. 1º do Decreto nº 20.910/32.

Considerando jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça a ação visando reintegração de servidor público deve ser proposta no prazo de cinco anos (artigo 1º do Decreto 20.910/32) do ato de demissão, ainda que se trate de ação ajuizada em face de ato nulo.

Decorridos mais de 05(cinco) anos entre o ato de demissão e a propositura da ação resta caracterizada a prescrição, nos termos do referido Decreto.

A Ação em tela, proposta em 01 DE JANEIRO DE 2014, visa anulação de ato administrativo consubstanciado em “Despacho em Solução de Processo Administrativo Disciplinar”, publicado em Boletim Geral Ostensivo nº139, em 29 de julho de 2004 (fls.106/120), que demitiu o autor dos quadros da corporação Policial Militar por prática de falta disciplinar de natureza grave.

Não merece reforma, nem censura, a sentença guerreada, proferida com fundamentação adequada, em consonância com elementos carreados para os Autos e legislação em vigor concluindo pela ocorrência de prescrição do fundo de direito, nos seguintes termos:

“ (...) **Examinados**, decido. Não acolho a litispendência suscitada pelo réu, posto que o próprio autor narrou na inicial a existência do MS nº 0118288-50.2004.8.05.0001, que tramitou inicialmente na 7ª Vara da Fazenda Pública sendo os autos encaminhados para essa Vara e proferida sentença consoante fls. 182/185, julgando improcedente o pedido de reintegração, tendo como Impetrantes inicialmente o autor e o Ex-SD PM JOEL MARQUES DE CASTRO. Vê-se da própria sentença colacionada pelo réu que no curso da referida ação mandamental, às fls. 183, o autor da presente ação ordinária pleiteou sua exclusão, sendo o pleito atendido e o mencionado MS julgado tão somente em relação ao EX-SD PM JOEL MARQUES DE CASTRO. Ainda nessa senda, observa-se que o Acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado da Bahia através da interposição do recurso da Apelação nº 0118288-50.805.0001, colacionado às fls. 38/47, o qual traria a prorrogação da litispendência, so produzira esse efeito com relação ao Impetrante JOEL MARQUES DE CASTRO, face a exclusão a pedido do demandante da presente ação no curso da ação mandamental do polo ativo do mencionado mandado de segurança, motivo pelo qual deve ser rejeitada a primeira preliminar. Com relação a preliminar de prescrição da pretensão do autor suscitada pelo réu merece acolhimento, uma vez que a presente ação foi ajuizada tão somente no ano de 2014, contra ato demissional publicado em 29/07/2004, ou seja, mais de 09 (nove) anos depois da publicação do ato questionado. Com efeito, operou-se a prescrição quinquenal do fundo de direito pelo transcurso do lapso de mais de cinco anos, contra o qual se insurge o Autor e que, ante a sua inércia ocasionou não

só a extinção da própria pretensão à reintegração, como também dos efeitos pecuniários pertinentes, por tratar-se de direito de ação contra a Administração Pública, veja-se a dicção do art. 1º, Decreto nº. 20.910/32: Art. 1º. As dívidas passivas da União, dos Estados e Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, seja qual for a natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem. (grifamos) Nesse entendimento, quanto à ocorrência da prescrição quinquenal dos direitos contra a Administração Pública, os tribunais pátrios têm o mesmo entendimento: DIREITO ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE NULIDADE DE ATO ADMINISTRATIVO C/C REINTEGRAÇÃO EM CARGO PÚBLICO E INDENIZAÇÃO. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. OCORRÊNCIA. DECRETO Nº 20.910/32. SENTENÇA REFORMADA. - Não se tratando de prestações de trato sucessivo, havendo o decurso do prazo de mais de 5 (cinco) anos entre o ato administrativo impugnado e o ajuizamento da demanda, incide a prescrição quinquenal sobre todo e qualquer direito ou ação contra a fazenda pública, inclusive no que concerne a direitos oriundos das relações estatutárias, bem como sobre ato administrativo nulo ou inexistente, conforme o disposto no art. 1º, do Decreto 20.910/32. - Recurso de Apelação conhecido e provido - A Unanimidade. PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. NOMEAÇÃO PARA O CARGO DE AGENTE DA POLÍCIA CIVIL DO DF. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. OCORRÊNCIA. DECRETO Nº 20.910/32. 1. A prescrição quinquenal, prevista no Decreto nº 20.910/32, aplica-se a qualquer direito ou ação contra a Fazenda Pública, inclusive, o Distrito Federal, eis que constitui uma regra para todas as Fazendas Públicas. (grifamos) ADMINISTRATIVO. AÇÃO ANULATÓRIA DE ATO PUNITIVO. PRESCRIÇÃO. 1 - Verifica-se a prescrição quinquenal quando ajuizada a ação, visando a anulação de ato da administração, mais de cinco anos depois da ciência pelo servidor do ato que o puniu. (grifamos). 2 - Consumada a prescrição, inviável o exame de questões atinentes ao mérito, inclusive irregularidades que se diz ocorridas no procedimento que resultou na punição. 3 - Apelo não provido. (APC5218599, Relator JAIR SOARES, 5ª Turma Cível, julgado em 18/10/1999, DJ 15/12/1999 p. 51). Ademais, forçoso é salientar que a prescrição ocorrente na presente demanda não oferece nenhuma dificuldade para ser verificada de logo, sendo de fácil constatação que o direito de fundo pleiteado encontrava-se prescrito desde muito antes da propositura da demanda. Por outro lado, ainda que não tivesse ocorrido a prescrição da pretensão do autor, a arguição do demandante de que o ato inquinado teria sido praticado por autoridade incompetente, ao invés de ter sido proferido pelo Comandante Geral da Corporação fora emanado pelo então Corregedor Chefe da Polícia Militar, não se sustenta. Com efeito a decisão objurgada colacionada as fls. 106/120 foi publicada em documento próprio denominado Boletim Geral Ostensivo através da Separata nº 139, em 29/07/2004. Ao contrário do quanto esposado pelo Autor na inicial, o ato foi praticado por autoridade competente, não havendo o que ser reformado. Ainda nesse espeque observa-se que o apuratório foi instaurado pelo então Comandante do Batalhão e após a conclusão dos trabalhos pela comissão processante, concordando com o relatório do colegiado e como a autoridade que instaurou o apuratório não tem competência para aplicar-lhe a sanção inquinada remeteu os autos a Corregedoria para fins de solução. Determina os arts. 193 e 194 da Lei nº 7.990/2001, in verbis: Art. 193. A demissão será aplicada como sanção aos policiais militares de carreira, após a instauração de processo administrativo em que seja assegurada a ampla defesa e o contraditório nos seguintes casos: I- incursão numa das situações constantes do Art. 57 desta Lei; (...) Art. 194 (...) Parágrafo Único. A competência para o ato de demissão do Praça é do comandante Geral da Polícia Militar. Por todo o exposto e o que mais dos autos consta, declaro PRESCRITO o direito da presente demanda, com base no art. 1º do Decreto Federal de nº 20.910/32, para extinguir o feito com julgamento do mérito, conforme dicção do art. 269, IV do CPC. (...)."

Prescreve em 05 (cinco) anos contado do ato ou fato que o originou, todo ou qualquer direito ou ação contra Fazenda Pública. Inteligência do art. 1º do Decreto nº 20. 910/32, in verbis, "As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem."

A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça consolidou-se no sentido de que a ação que objetiva reintegração de servidor público deve ser proposta no prazo de cinco anos (artigo 1º do Decreto 20.910/32) do ato de demissão, ainda que se trate de ação ajuizada em face de ato nulo.

Decorridos mais de 05(cinco) anos entre o ato de demissão e a propositura da presente ação, resta caracterizada a prescrição, nos termos do referido decreto. **Ademais, não socorre ao apelante o reconhecimento da nulidade do ato administrativo demissório por força de sentença proferida nos autos idos de 2000 em favor do impetrante Jorge Marques de Castro, que juntamente com ele respondera ao mesmo processo administrativo. Isto porque o ora recorrente, além de ter requerido oportunamente sua exclusão daquela lide, não pode ser atingido por seus efeitos, produzidos 'inter partes' e não 'erga omnes'.**

O apelante não pode ignorar a prescrição de fundo de direito consumada, consistente na perda de ação atribuída a um direito, pelo não uso, por mais de cinco anos.

Consoante jurisprudência pacificada do STJ:

"O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que, nos termos do Decreto n. 20.910/32, o prazo para a propositura da ação de reintegração de cargo público é de cinco anos, a contar do ato que excluiu o servidor público, ainda que o ato seja nulo" (AgRg no REsp 1.158.353/AM, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 19/08/2014).

"EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. REINTEGRAÇÃO. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. DECRETO Nº 20.910/32.

1. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça consolidou-se no sentido de que a ação que objetiva reintegração de servidor público deve ser proposta no prazo de cinco anos (artigo 1º do Decreto nº 20.910/32) do ato de demissão, ainda que se trate de ação ajuizada em face de ato nulo. 2. Agravo regimental improvido." (AgRg nos EREsp 545.538/SC, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 28/10/2009, DJe 05/11/2009).

Por tais razões nega-se provimento ao recurso.

TJBA – Mandado de Segurança nº 0024116-36.2015.8.05.0000, Seção Cível de Direito Público, Relator(a): Desª. Dinalva Gomes Laranjeira Pimentel, julgado em 09/02/2017.

DIREITO ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDORES CONTRATADOS PELO REGIME ESPECIAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO – REDA. PRELIMINAR. FALTA DE INTERESSE DE AGIR, POR INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA DO DIREITO LÍQUIDO E CERTO. INOCORRÊNCIA. MÉRITO. DESLIGAMENTO DOS FUNCIONÁRIOS TEMPORÁRIOS DOS QUADROS DE PESSOAL DO SERVIÇO PÚBLICO, APÓS O TÉRMINO DO PRAZO CONTRATUAL. LEGALIDADE DO ATO. CONVERSÃO DE CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA PELO REDA EM VÍNCULO EFETIVO. IMPOSSIBILIDADE. SEGURANÇA DENEGADA.

1. Não prospera a prefacial de falta de interesse de agir, por inadequação da via eleita, haja vista ter sido a ação mandamental municiada com a documentação necessária a amparar, em tese, o direito vindicado pelos Impetrantes, sem necessidade de dilação probatória.

2. A Constituição Federal faculta à administração, em seu art. 37, IX, a contratação temporária de servidor para atender à excepcional interesse público, hipótese em que não há perenização da relação jurídica instaurada entre o particular e o Poder Público.

3. *In casu*, os impetrantes foram contratados, por intermédio do processo seletivo simplificado instituído pelo Edital nº 01/2014, para o exercício do cargo de Agente Penitenciário do Estado da Bahia, com prazo de duração de 12 (doze) meses.

4. As atividades dos impetrantes iniciaram-se entre 11.08.14 e 28.10.14 (fls. 129/141), razão pela quais seus vínculos com a administração perduraram, apenas, entre 10.08.15 e 27.10.15, justificando-se, destarte, a rescisão contratual que culminou com o desligamento dos referidos funcionários dos quadros do serviço público estadual.

5. Inexistindo, portanto, encerramento precoce do vínculo laboral, tampouco direito líquido e certo à manutenção dos impetrantes no serviço público após o término do prazo de contratação, mostra-se legítimo o ato de desligamento promovido pelo Ente Estadual.

6. Rejeita-se a preliminar suscitada e, no mérito, denega-se a segurança pleiteada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, preambularmente identificados, **ACORDAM** os Desembargadores integrantes da Seção Cível de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, **à unanimidade** de votos, em **rejeitar a preliminar** suscitada no *writ* e, **no mérito, por maioria de votos, DENEGAR A SEGURANÇA**, na forma do quanto fundamentado no **voto** da excelentíssima Relatora, **adiante registrado e que a este se integra**.

RELATÓRIO

Trata-se de Mandado de Segurança impetrado por **MÁRCIO DOS SANTOS SOUZA E OUTROS**, em face de ato ilegal atribuído ao Sr. **SECRETÁRIO DE ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA E RESSOCIALIZAÇÃO DO ESTADO DA BAHIA**, aduzindo, em síntese, que foram contratados, pelo regime especial de direito administrativo, para o exercício do cargo de agente penitenciário estadual, com prazo certo de duração, mas que não obtiveram a prorrogação de seus contratos, apesar da necessidade premente da Administração Pública nesse setor.

Alegam os impetrantes, em síntese, que tomaram posse no cargo de Agente Penitenciário do Estado da Bahia entre 11.08.14 e 28.10.14, após regular aprovação em processo seletivo simplificado, instituído pelo Edital nº 01/2014.

Ocorre que, em agosto de 2015, após o término da vigência do prazo da avença com o Poder Público, de 12 (doze) meses, os impetrantes tiveram seus contratos rescindidos, que culminou com o desligamento dos referidos funcionários dos quadros do serviço público estadual.

Segundo os impetrantes, o ato indigitado coator é ilegal, pois, conquanto o Estado da Bahia possa deixar de prorrogar o vínculo mantido com servidores contratados por regime precário, deve motivar suas decisões, sob pena de nulidade.

Afirmam que, diante da ilegalidade do ato administrativo impugnado, reforçada pela ausência de publicidade da decisão que não prorrogou os contratos, os impetrantes fazem jus à reintegração no cargo então exercido.

Com base nos argumentos expendidos, pedem o deferimento de liminar, para que sejam, os impetrantes, mantidos nos quadros da administração.

No mérito, pugnam pela confirmação da liminar requerida. Com a inicial vieram encartados os documentos de fls. 16/119.

Preambularmente, no que tange ao requerimento de concessão da assistência judiciária gratuita, objeto da decisão lançada às fls. 121/122, fora deferido tal benefício pela Eminentíssima 1ª Vice-Presidente, Des. Vera Lúcia Freire de Carvalho.

Intimados, pelo despacho de fls. 125/125-v, para emendarem a inicial da demanda, os Impetrantes apresentaram a petição de fls. 127/150, por meio da qual demonstraram o vínculo contratual existente entre as partes, com fulcro no art. 284, parágrafo único, do CPC, e art. 10, da Lei 12.016/2009.

O pleito antecipatório foi indeferido por conduto da decisão de fls. 152/153.

A autoridade coatora manifestou-se às fls. 157/158, defendendo a legalidade do ato administrativo impugnado, uma vez que o “*Estado da Bahia poderá rescindir os contratos desde que haja justificativa do serviço público (...)*”.

O Estado da Bahia interveio no feito às fls. 159/163, aduzindo, síntese, que em “*janeiro de 2016 convocou 86 (oitenta e seis) agentes penitenciários do concurso para provimento para cargo efetivo realizado em 2014, além de nomear em 24.05.2016 mais 101 (cento e um) agentes penitenciários do referido concurso, além do exposto houve ação civil pública impedindo a prorrogação dos contratos em Regime Especial de Direito Administrativo em detrimento aos candidatos aprovados no concurso para cargo efetivo de agente penitenciário*”.

No mérito, alega o Ente Estatal, essencialmente, que não há direito líquido e certo à permanência dos impetrantes no serviço público, dada a precariedade do vínculo jurídico mantido com a administração, assim como configura-se a impossibilidade da conversão do processo seletivo simplificado – REDA-, em concurso público, por expressa vedação constitucional.

Pede, nestes termos, a denegação da ordem mandamental vindicada.

A Douta Procuradoria de Justiça, na promoção de fls. 168/174, opinou pela denegação da segurança vindicada.

Conclusos os autos a esta Relatoria, estando em ordem para julgamento, determinei, na forma regimental, sua inclusão em pauta, em face de ser, no caso, desnecessária a atuação de Revisor.

No que relevante se apresenta, é o **bastante a relatar** para a apresentação do *writ* a julgamento.

VOTO

No mérito, há de ser denegada a segurança pretendida pelos Impetrantes.

I. PRELIMINAR - FALTA DE INTERESSE DE AGIR, POR INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. DILAÇÃO PROBATÓRIA.

Consoante relatado, pretendem, os impetrantes, impor à autoridade coatora a manutenção do vínculo contratual para o cargo de Agente Penitenciário Estadual, em virtude da aprovação no Processo Seletivo Simplificado regido pelo Edital nº 01/2014.

A tese é insubsistente.

Inicialmente, entendo que não prospera a preliminar de falta de condição da ação mandamental, por ausência de prova do direito líquido e certo invocado, porquanto as questões de fato objeto da impetração estão suficientemente comprovadas pelos documentos que instruem a inicial do *mandamus*.

Pois bem, sabe-se que o mandado de segurança, pela sua própria natureza, pressupõe a existência nos autos de prova pré-constituída do direito que se defende violado. Em outras palavras, é imprescindível a demonstração, de plano, da ocorrência dos fatos alegados que comprovem a existência de direito líquido e certo dos Impetrantes.

A despeito das argumentações do Impetrado, evidencia-se que os Impetrantes cuidaram de instruir a inicial, deste Mandado de Segurança, com elementos de provas suficientes a amparar, em tese, o direito que diz violado pelo ato ilegal atribuído à autoridade coatora, sem que haja a necessidade de dilação probatória para comprovar o aduzido.

Com efeito, a demonstração da existência de direito líquido e certo não é requisito para a propositura da ação mandamental, mas, sim, de seu julgamento meritório, no qual se pode verificar se os elementos de prova colacionados aos autos são suficientes, ou não, para configuração do direito vindicado.

A discussão que se trava em sede do juízo de admissibilidade do *mandamus* refere-se, apenas, à existência, em tese, de conduta administrativa capaz de violar direito líquido e certo dos impetrantes e, ainda, da possibilidade de comprovação dessa violação, sem necessidade de dilação probatória, essa sim inviável na via estreita do mandado de segurança.

In casu, os impetrantes lograram demonstrar, a partir dos documentos que instruem a exordial, que foram contratados pelo Regime Especial de Direito Administrativo – REDA, em

atendimento de necessidade de serviço temporário e excepcional, pelo prazo de 01 (um) ano, mas que, apesar da premência do trabalho, a administração pública não prorrogou o vínculo dos servidores admitidos por processo precário.

Restaram cumpridos, portanto, os requisitos legais do writ, pois a análise da efetiva ocorrência do término dos vínculos laborais está adstrita aos documentos que instruem a exordial, sendo certo que eventual afastamento da tese importará em denegação da ordem, não em extinção do *mandamus*. De outro turno, acaso se entenda que os elementos de convicção que dimanam dos autos comprovam a ilegalidade do ato indigitado coator conforme alegado, restará, ao julgador, atribuir aos fatos consequência jurídica própria, à luz dos princípios constitucionais e das normas legais que regem a matéria.

É esse, aliás, o entendimento desta Corte Estadual, segundo a qual **“o cabimento do writ não está vinculado à existência de prova pré-constituída acerca do direito evocado, que ausentes apenas conduziriam à inevitável denegação da segurança e não à carência da ação”**. (TJ/BA, Ap. 0110282-15.2008.8.05.0001, Rel. Des. Carmem Lucia Santos Pinheiro, Primeira Câmara Cível, J. 29/10/2012)

Afere-se, portanto, que os Impetrantes cuidaram de instruir esta ação mandamental com documentos e provas suficientes a amparar, teoricamente, o direito que diz violado pelo ato ilegal atribuído à autoridade coatora, sem que haja a necessidade de dilação probatória para comprovar a sua tese, independentemente do resultado que vier a ser logrado neste caso concreto.

Rejeita-se, por tais fundamentos, a prefacial arguida.

II. MÉRITO

Analizada a preliminar, impõe-se, neste momento, o exame do mérito da causa.

Pois bem.

Preambularmente, convém registrar, que a Constituição Federal faculta à administração, em seu art. 37, IX, a contratação temporária de servidor, para atender a excepcional interesse público, hipótese em que não há perenização da relação jurídica instaurada entre o particular e o Poder Público. O dispositivo constitucional em epígrafe possui a seguinte redação:

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

IX - a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público;”

In casu, os impetrantes foram contratados, por intermédio do processo seletivo simplificado instituído pelo Edital nº 01/2014 (fls. 96/106), para o exercício do cargo de Agente Penitenciário do Estado da Bahia, com prazo de duração de 12 (doze) meses, conforme expressamente previsto no item 1.2, das disposições preliminares da lei do certame.

A instituição do prazo de duração do vínculo objeto da lide, além de decorrer de imposição constitucional, possui previsão na Lei Estadual nº 6.677/94, especificamente em seu artigo 252, *In verbis*:

“Art. 252 - Para atender a necessidades temporárias de excepcional interesse público, poderá haver contratação de pessoal, por tempo determinado e sob regime de direito administrativo.”

Assim, as atividades dos impetrantes iniciaram-se, regularmente, entre 11.08.14 e 28.10.14 (fls. 129/141), razão pela qual o vínculo com a administração poderia perdurar entre 10.08.15 e 27.10.15, último dia do prazo previsto no Edital nº 01/2014, salvo se houvesse prorrogação do contrato, diante da manutenção dos fundamentos constitucionais para sua celebração originária, o que não ocorreu no presente caso. É o que se infere da cláusula 3ª, do édito, vazado nos seguintes termos:

(...) **PERÍODO: 11/08/2014 A 10/08/2015**

CLÁUSULA TERCEIRA: O presente contrato terá o prazo acima indicado, de acordo com o disposto no art. 255 da lei 6.677/94, alterado pelo art. 4º da lei n.º 7.992 e decreto 11.571/2009 e a critério do estado.

Destarte, o término do contrato de trabalho, no prazo de validade da norma editalícia, demonstra a lisura e a legalidade do ato administrativo impugnado pela via mandamental, de modo que mostra-se legítimo o desligamento promovido pelo Ente Estadual.

Sobre o tema, é pacífica a jurisprudência pátria, consoante se infere dos arestos a seguir transcritos:

CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. TRANSITORIEDADE DO VÍNCULO. EXCEPCIONAL INTERESSE PÚBLICO. PRECARIEDADE. RESCISÃO JUSTIFICADA. DISPENSA DO CONTRATADO. A contratação temporária, diante dos próprios elementos que lhes são intrínsecos, transitoriedade da situação excepcional a ensejar um vínculo com prazo determinado, releva um regime de precariedade a que está submetido o servidor. É dizer: somente pode persistir a contratação quando, além do embasamento legal, existir os três elementos destacados: situação transitória, excepcional interesse público e prazo determinado (...). (TJ/MG, AC 10024120494059001, Relatora Des. Selma Marques, 6ª Câmara Cível, J. 04/06/2013)

DIREITO ADMINISTRATIVO - CERCEAMENTO DE DEFESA - NÃO CONFIGURAÇÃO - CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA - CARGO DE LIVRE EXONERAÇÃO - DESNECESSIDADE DE PROCESSO ADMINISTRATIVO - REALIZAÇÃO DE CONCURSO - ATO MOTIVADO. A valoração das provas é de livre apreciação pelo juiz, que pode, diante dos fatos, da experiência comum e dos ditames da Justiça, atribuir a uma ou a algumas delas maior ou menor valor probatório, desde que o faça motivadamente. A Constituição da República de 1988 autoriza o desligamento ad nutum dos contratados temporariamente, já que tais funcionários não detêm a estabilidade no cargo, não sendo necessário a realização de qualquer procedimento administrativo formal para sua dispensa. O servidor designado a título precário pode ser demitido livremente, pelo agente público que o nomeou, visto que tal designação possui natureza claramente provisória, e é realizada no interesse da Administração Pública. (TJ/MG, Ap. 106860821791080021, Relator Des. Dárcio Lopardi Mendes, J. 11/03/2010)

Quanto a alegação de que a **“Administração transferiu 25 (vinte e cinco) agentes penitenciários para outros estabelecimentos prisionais do estado, numa clara demonstração de que não havia urgência ou excepcional interesse público, pois o que ocorreu efetivamente foi o emprego de recém-formados para o exercício da função em substituição àqueles que ocupavam cargo efetivo”**, não prospera. Veja-se.

No que toca a este ponto, é imprescindível a demonstração, de plano, da ocorrência dos fatos alegados que comprovem a existência de direito líquido e certo dos Impetrantes, uma vez que o mandado de segurança, pela sua própria natureza, pressupõe, como dito alhures, a existência nos autos de prova pré-constituída do direito que se defende violado.

Dúvidas inexistem quanto ao alcance da expressão **“direito líquido e certo”**, sendo pacífica a compreensão de que se trata de um direito cujos fatos encontram-se demonstrados de plano com a impetração, independente de atividade instrutória, é dizer: **“Direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração”**, na conceituação formulada por Hely Lopes Meirelles.

Neste contexto, atente-se para o magistério de Alexandre de Moraes:

“Direito líquido e certo é o que resulta de fato certo, ou seja, é aquele capaz de ser comprovado, de plano, por documentação inequívoca. Note-se que o direito é sempre líquido e certo. A caracterização de imprecisão e incerteza recai sobre os fatos, que necessitam de comprovação. Importante notar que está englobado na conceituação de direito líquido e certo o fato que para tornar-se incontroverso necessite somente de adequada interpretação do direito, não havendo possibilidades de o juiz denegá-lo, sob o pretexto de tratar-se de questão de grande complexidade jurídica.

Assim, a impetração do mandado de segurança não pode fundamentar-se em simples conjecturas ou em alegações que dependam de dilação probatória incompatível com o procedimento do mandado de segurança. (MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 15. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2004, p. 167)."

Urge registrar que toda a comprovação derredor do direito líquido e certo, que se aponta violado, há de ser promovida de plano, ou seja, a prova há de ser pré-constituída.

"MANDADO DE SEGURANÇA - AGRAVO REGIMENTAL – DUPLA APOSENTADO-RIA - ESPECIALISTA E CONTRATO DE SERVIÇOS TÉCNICOS ESPECIALIZADOS - PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA - 1. Não há que se confundir a simples nomenclatura de especialista, usada em Decreto, com a relação contratual de prestação de serviços técnicos e especializados prevista na norma constitucional (art. 99, § 4º, CF/69). 2. *Assim como a jurisprudência, também a doutrina é pacífica no sentido de que o mandamus não admite dilação probatória. A prova do alegado direito líquido e certo deve ser pré-constituída.* 3. Agravo improvido". (STF - MS-AgR 25054 - DF - TP - Relª Min. Ellen Gracie - DJU 26.05.2006 - p. 8) (grifo nosso)

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PENA DE DEMISSÃO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. CONJUNTO PROBATÓRIO DEFICITARIAMENTE INSTRUÍDO. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO NÃO EVIDENCIADO. ANÁLISE DE MATÉRIA NÃO DISCUTIDA NO TRIBUNAL DE ORIGEM, NEM SEQUER SUSCITADA NA INICIAL. IMPOSSIBILIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. DECISÃO MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. 1. O mandado de segurança, por se tratar de ação de rito célere, exige a comprovação, de plano e de forma incontestável, do direito vindicado, através de prova pré-constituída, o que não ocorre no caso dos autos, pois não foi juntada cópia integral do procedimento administrativo, imprescindível à aferição das razões que fundamentaram a aplicação da penalidade e de eventuais transgressões às garantias constitucionais aplicáveis. 2. É vedado ao Superior Tribunal de Justiça a análise, em sede de recurso ordinário, de matéria não debatida na origem, por caracterizar supressão de instância. 3. Agravo regimental desprovido. (AgRg no RMS 27.626/RJ, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 02/12/2008, DJe 19/12/2008) (grifo nosso)

A jurisprudência firmada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça reafirma a necessidade, para configuração dessa específica condição do mandado de segurança, da existência de prova pré-constituída a embasar o direito postulado pelos impetrantes, haja vista que *"a dilação probatória mostra-se incompatível com a natureza da ação mandamental"* (RMS 32.431/RO, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, 1ª T, julgado em 02/09/2010, DJe 22/09/2010 e AgRg no RMS 31.552/GO, Rel. Min. Celso Limongi (Desembargador Convocado TJ/SP), 6ª T, julgado em 24/08/2010, DJe 13/09/2010).

Ocorre que, a despeito do quanto afirmado, não vislumbro nos autos prova pré-constituída a embasar a pretensão dos Impetrantes, visto que, não há demonstração de que houve a transferência de vinte e cinco servidores do quadro de Agentes Penitenciários da Unidade Prisional de Teixeira de Freitas. A comprovação do surgimento de vagas nesse quantitativo demandaria dilação probatória, que não se afigura cabível em sede de Mandado de Segurança.

Neste sentido, o entendimento do ilustre Procurador de Justiça, às fls. 168/174-v, a que me filio:

"...Nenhum desses documentos é apto a demonstrar circunstância fática basilar do direito postulado: a contratação dos impetrantes em substituição a vinte e cinco servidores que ocupavam cargos efetivos na Unidade Prisional de Teixeira de Freitas.

Com efeito, os autos não trazem prova pré-constituída de que houve, de fato, a transferência de vinte e cinco servidores do quadro de Agentes Penitenciários da Unidade Prisional de Teixeira de Freitas e, tampouco, o surgimento de vagas nesse quantitativo.

Ademais, não há qualquer elemento probatório que evidencie a identidade de funções entre os agentes penitenciários de cargo efetivo e aqueles contratos através de REDA, ou, ainda, a intenção do

Poder Público em promover a substituição dos servidores.

Forçoso, pois, reconhecer a inexistência de prova documental do fato alegado: deturpação da finalidade do processo seletivo simplificado promovido pela Secretaria de Administração Penitenciária e Ressocialização do Estado da Bahia – Edital n.º 01/2014".

Por fim, no que toca ao pedido de conversão do processo seletivo simplificado em concurso público, também, não há que prosperar. Veja-se.

Resta evidente, que a pretensão dos impetrantes não está amparada por direito líquido e certo, seja porque inexistiu encerramento precoce do vínculo laboral, seja porque a relação jurídica mantida com o Poder Público possui natureza precária, que foi extinta tão logo terminou o prazo de duração do contrato.

Com efeito, a despeito de a contratação precária referir-se a uma solução excepcional e temporária adotada pela Administração, esta circunstância vai de encontro ao posicionamento jurisprudencial que considera tal fato como preterição de candidatos prontos para exercer o cargo, após serem cuidadosamente selecionados através da exigência da realização do concurso público, insere na Constituição Federal, no art. 37, inciso I, *in verbis*:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

I - os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei;

In specie, verifica-se que a autoridade coatora em *"janeiro de 2016 convocou 86 (oitenta e seis) agentes penitenciários do concurso para provimento para cargo efetivo realizado em 2014, além de nomear em 24.05.2016 mais 101 (cento e um) agentes penitenciários do referido concurso, além do exposto houve ação civil pública impedindo a prorrogação dos contratos em Regime Especial de Direito Administrativo em detrimento aos candidatos aprovados no concurso para cargo efetivo de agente penitenciário"*.

Conclui-se, portanto, resta impossibilitado o pleito dos impetrantes em converter o processo seletivo simplificado em concurso público.

À vista do delineado, entendendo suficientes os elementos para a denegação da ordem mandamental, por ser evidente, da análise dos autos, a inexistência do direito líquido e certo com que esgrime os impetrantes.

Confluentes às razões expostas, voto no sentido de **rejeitar a preliminar suscitada**, e, no mérito, **DENEGAR A SEGURANÇA** vindicada.

TJBA – Mandado de Segurança nº 0025502-04.2015.8.05.0000, Tribunal Pleno, Relator(a): Des. Baltazar Miranda Saraiva, julgado em 14/12/2016.

MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO SELETIVO PARA OUTORGA DE DELEGAÇÕES DE SERVENTIAS EXTRAJUDICIAIS DE NOTAS E DE REGISTROS DA BAHIA, REGIDO PELO EDITAL Nº 01/2013. CANDIDATO CONVOCADO PARA APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTOS EXCLUSIVAMENTE POR DIÁRIO OFICIAL. JUSTA EXPECTATIVA DE COMUNICAÇÃO DA CONVOCAÇÃO POR OUTROS MEIOS ELETRÔNICOS, JÁ QUE MORA EM OUTRO ESTADO DA FEDERAÇÃO. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA, DA CONFIANÇA LÉGÍTIMA, DA RAZOABILIDADE E DA PUBLICIDADE. ANULAÇÃO DO ATO QUE ELIMINOU O CANDIDATO DO CERTAME. DIREITO LÍQUIDO E CERTO CONFIGURADO. AGRAVO REGIMENTAL PREJUDICADO. SEGURANÇA CONCEDIDA.

1. O Impetrante foi aprovado nas três primeiras etapas do concurso, sendo impedido de entregar os documentos referentes à quarta etapa do certame por ato da autoridade impetrada, sob o argumento de a entrega ser fora do prazo, haja vista sua convocação por edital publicado no Diário Oficial.
2. Não se pode aceitar como válida uma convocação feita exclusivamente por edital, mormente por residir o Impetrante em outro estado da federação.
3. Agravo Regimental prejudicado.
4. Segurança concedida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de **Mandado de Segurança nº 0025502-04.2015.8.05.0000**, em que figuram, como Impetrante, **HERMANY SANTOS DE MORAES LIMA**, e, como Impetrado, o **PRESIDENTE DA COMISSÃO DO CONCURSO PÚBLICO PARA OUTORGA DE DELEGAÇÕES DE SERVENTIAS EXTRAJUDICIAIS DE NOTAS E DE REGISTRO DO ESTADO DA BAHIA**,

ACORDAM os Senhores Desembargadores componentes do Tribunal Pleno do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, por maioria de votos, em julgar **PREJUDICADO** o Agravo Regimental interposto pelo Estado da Bahia e, no mérito, **CONCEDER A SEGURANÇA** pleiteada para determinar que o Impetrado proceda a imediata convocação do Impetrante para apresentação e entrega dos documentos a que alude a quarta etapa do concurso no prazo de dez dias, garantindo-lhe sua permanência nas demais etapas do certame e, em caso de aprovação, sua investidura no cargo para o qual foi aprovado, e assim o fazem pelas razões que integram o voto do eminente Desembargador Relator.

RELATÓRIO

HERMANY SANTOS DE MORAES LIMA, devidamente qualificado nos autos, impetrou o presente Mandado de Segurança, com pedido liminar, em face de ato supostamente ilegal praticado pelo **PRESIDENTE DA COMISSÃO DE CONCURSO PÚBLICO PARA OUTORGA DE DELEGAÇÕES DE SERVENTIAS EXTRAJUDICIAIS DE NOTAS E DE REGISTROS DA BAHIA**, consistente no impedimento do Impetrante de continuar participando do concurso público regido pelo Edital nº 01/2013, para provimento das unidades dos Serviços Extrajudiciais de Notas e de Registro do Estado da Bahia, em razão de não ter comparecido à quarta etapa do certame que prevê a realização de exame psicotécnico e entrega de laudo neurológico e psiquiátrico, entrevista pessoal e análise da vida pregressa, de caráter eliminatório.

Alega que foi aprovado nas três primeiras etapas do certame, referentes às provas objetiva, discursiva e comprovação dos requisitos legais. Aduz que, após paralisação do trâmite do concurso por aproximadamente cinco (05) meses, foi publicado o Edital nº 52/2015, em 21/10/2015, no Diário Oficial e no site da empresa promotora do concurso, convocando os candidatos para exame psicotécnico e entrega do laudo neurológico e do laudo psiquiátrico no dia 04/11/2015, e para entrevista pessoal no dia 30/11/2015. O Impetrante estava inserido no rol dos convocados.

Aduz, ainda, que reside em outro Estado da Federação e que só tomou conhecimento da convocação após 04/11/2015, visto que sua publicação se deu em curto prazo, ou seja, após a realização do psicoteste, e que, diante disso, não foi observado o princípio da razoabilidade.

Assevera que, no dia 30/11/2015, compareceu para fazer a entrevista pessoal, mas foi impedido de fazê-la sob o argumento de que não comparecera aos exames anteriores, realizados em 04/11/2015.

Em consequência, alega que teve um enorme prejuízo, visto que já houve sorteio da arguição oral, e que, tendo sido impedido de fazer as etapas anteriores, certamente seria prejudicado com a exclusão de sua pessoa do concurso.

Este relator, ao examinar o feito, decidiu pela concessão da liminar, determinando à Impetrada que procedesse à convocação do Impetrante por e-mail ou por correspondência para que

o mesmo pudesse realizar o exame psicotécnico bem como a entrega dos laudos neurológico e psiquiátrico e, caso aprovado, continuar participando das demais etapas do certame.

Esta, por sua vez, prestou as informações requeridas salientando que o Impetrante não observou as regras do edital, de maneira que não se apresentou, no prazo, para as etapas para as quais foi convocado, o que não implicaria na violação do princípio da publicidade.

Chama a atenção para o fato de que, segundo o seu entendimento, atender a pretensão do Impetrante seria violar o princípio da isonomia, princípio esse observado pela Impetrada, pois trata todos os candidatos de maneira uniforme e igual.

O Impetrante, por petição de **fls. 235/237**, chama a atenção para o fato de que a autoridade coatora não cumpriu com a determinação dada por este relator ao conceder a liminar pleiteada, face não ter convocado o Impetrante conforme determinado, motivo pelo qual pediu que fosse concedido um prazo para que a autoridade coatora cumpra a liminar, dando-lhe, inclusive, o prazo de 24 horas para cumprimento. Pede, também, a suspensão do concurso, pois, caso este avance, o Impetrante ficará prejudicado, ao ponto de se inviabilizar qualquer decisão desta Egrégia Corte.

O Estado da Bahia, em petição de **fls. 239/248**, ingressou na lide praticamente apresentando as mesmas razões apresentadas pela presidência da Comissão do Concurso, notadamente no que se refere ao cumprimento das regras do edital, pugnando, ao final pela revogação da liminar concedida e, ao final, pela denegação da segurança, por não se tratar de hipótese em que haja sido demonstrado o preenchimento dos requisitos legais presentes no artigo 1º da Lei Federal nº 12.016/2009.

Por petição de **fls. 250/259**, o Estado da Bahia interpôs Agravo Interno alegando que este relator deferiu liminar para o Impetrante - considerado pelo Peticionante como eliminado do concurso por não ter comparecido para a etapa dos exames pré-admissionais -, apesar de convocado pelo Diário Oficial do Estado, e que, tal concessão deve ser revogada através de retratação, e caso mantida, que seja cassada pelo Colegiado.

Ao citar várias jurisprudências em suporte de suas razões, pede que se dê vista ao Agravado para que se manifeste sobre o recurso, ao tempo em que solicita o julgamento do Agravo, revogando a liminar concedida em reconsideração e, ao final, a sua cassação.

O ilustre presidente da Comissão do Concurso encaminhou petição esclarecendo que convocou o Impetrante para entrega da documentação constante da quarta etapa do certame por Diário Oficial e por e-mail, inclusive respondido pelo Impetrante.

A douta Procuradoria de Justiça, em Parecer de nº 145/2016, juntado às **fls. 272/282**, manifestou-se no sentido de considerar meritórias a motivação apresentada pelo Impetrante como direito líquido e certo à restituição do prazo para a realização do exame psicotécnico, entrega dos laudos neurológicos e psiquiátricos e entrevista pessoal em face do lapso temporal de suspensão do concurso e a convocação pela Imprensa Oficial.

Nesse passo, reconhece que o Impetrante foi aprovado regularmente no certame e que, após a realização das provas, o certame ficou suspenso por vários meses, sendo que os candidatos aprovados somente foram convocados meses depois da paralisação pela imprensa oficial, sem qualquer convocação pessoal.

Pontua o ilustre Procurador que não parece razoável que após vários meses de realização das provas do certame fosse crível ou razoável esperar que os candidatos aprovados estivessem acompanhando a publicação pelo Diário Oficial.

Chama a atenção para o fato de que o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que o largo espaço sem a convocação dos candidatos aprovados faz cessar a razoabilidade da convocação pela imprensa oficial, impondo a convocação pessoal dos aprovados, conforme jurisprudência que colaciona.

Com isso, aduz, que se faz necessário reforçar o entendimento de que a segurança pretendida tem de ser concedida, pela absoluta convicção de reconhecimento de direito líquido e certo do Impetrante (**fl. 279**).

Chama a atenção para o fato de que a tentativa de enquadrar o presente writ em precedentes jurisprudenciais que não servem de paradigma, haja vista as peculiaridades do quadro fático,

evidencia uma tentativa retórica e sem nenhum anteparo jurídico para **induzir este egrégio Tribunal em erro (fl. 281)**.

Ao final, opina pela concessão da segurança tendo em vista a absoluta falta de razoabilidade da convocação do Impetrante pela Imprensa Oficial depois de longos meses da publicação do resultado do certame.

Com este relato, nos termos do art. 931 do CPC/2015, encaminhem-se os autos à Secretaria, para inclusão em pauta.

Destaca-se que neste processo cabe sustentação oral com base no art. 937, inciso VI, do CPC/2015.

VOTO

Cuida-se de Mandado de Segurança impetrado por **HERMANY SANTOS DE MORAES LIMA** em face de ato dito ilegal do **PRESIDENTE DA COMISSÃO DO CONCURSO PÚBLICO PARA OUTORGA DE DELEGAÇÕES DE SERVENTIAS EXTRAJUDICIAIS DE NOTAS E DE REGISTROS DA BAHIA**, que não o convocou, corretamente, para participar da quarta etapa do certame, consistente na feitura do exame psicotécnico e entrega de laudo neurológico e do laudo psiquiátrico, entrevista pessoal e análise da vida pregressa do candidato, de caráter eliminatório.

Inicialmente, impõe-se o reconhecimento da perda do objeto do Agravo Regimental interposto pelo Estado da Bahia contra a decisão que deferiu o pedido liminar formulado na exordial, haja vista a análise do mérito do presente mandado de segurança. Prejudicado, assim, o referido recurso.

No mérito, analisando o conjunto fático-probatório dos autos, e considerando, ainda, as dissidências jurisprudenciais, entendo que, assim, razão assiste ao Impetrante.

O Impetrante foi aprovado nas três primeiras etapas do certame, referentes às provas objetiva, discursiva e comprovação dos requisitos legais, mas, devido a paralisação do concurso por mais de 05 (cinco) meses, foi publicado no Diário Oficial do Estado e no site oficial da empresa promotora do concurso, o Edital nº 52/2015, em 21/10/2015, convocando os candidatos, inclusive o impetrante, para apresentar os laudos acima referidos e prestar o exame psicotécnico.

A convocação do Impetrante para a quarta fase do certame ocorreu através da publicação do Edital nº 05/2015, dividida em duas etapas com datas distintas, dificultando, ainda mais, o conhecimento do fato por parte do Impetrante, que, inclusive, reside em outro estado da federação.

Assim, e considerando as peculiaridades do caso em tela, considero insuficiente a divulgação da convocação do Impetrante para a quarta fase do certame, feita, exclusivamente, por Edital, que, repita-se, não chegou ao estado da federação onde reside o Impetrante.

Ressalte-se que a Administração Pública está estritamente vinculada à observação dos princípios constitucionais explícitos e implícitos que regem a sua atuação, dentre eles, o Princípio da Publicidade.

A esse respeito, cumpre referir os ensinamentos de Maria Sylvia Zanella di Pietro (Direito Administrativo, 2010, p. 271), do seguinte teor: *“O princípio da publicidade, que vem agora inserido no artigo 37 da Constituição, exige ampla divulgação dos atos praticados pela Administração Pública, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas em lei”*.

Na hipótese dos autos, a Administração Pública deixou de prestigiar o aludido princípio quando, a despeito de ter efetuado a convocação pela imprensa oficial, quedou-se inerte em disponibilizar a convocação do impetrante por outros meios eletrônicos, haja vista que o mesmo reside em outro estado da federação.

Tal atitude viola o princípio da confiança legítima, pautado na segurança jurídica, apta a permitir a convocação do impetrante por outros meios que não apenas o Edital.

Assim, verifica-se que a convocação do Impetrante, feita apenas pelo Diário Oficial, não atingiu o fim desejado de dar-lhe conhecimento de que estava sendo convocado para a entrega dos documentos acima indicados.

Convém ressaltar a jurisprudência deste tribunal, referendada pelo Superior Tribunal de Justiça, de que os atos administrativos devem se revestir da mais ampla publicidade possível, mormente quando é sabido o alcance restrito da publicação no Diário Oficial.

Nesse sentido, o STJ já se posicionou reconhecendo a ilegitimidade da convocação exclusivamente pelo Diário Oficial, sem qualquer esforço de se utilizar outras comunicações por meio eletrônico.

AGRAVO REGIMENTAL. CONCURSO PÚBLICO. CONVOCAÇÃO DE CANDIDATO PARA FASE SUPERVENIENTE APENAS PELO DIÁRIO OFICIAL. INSUFICIÊNCIA. CONVOCAÇÕES ANTERIORES POR OUTROS MEIOS PREVISTOS NO EDITAL. JUSTA EXPECTATIVA DE MANUTENÇÃO DAS COMUNICAÇÕES PELA INTERNET. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. Em concurso público, viola os princípios da publicidade e da razoabilidade a convocação de candidato para fase posterior apenas pelo diário oficial quando todas as comunicações anteriores haviam se dado também via internet. Precedentes. 2. Agravo Regimental não provido. (STJ, AgRg no RMS nº 33696/RN, Segunda Turma, Relatora Ministra ELIANA CALMON, Data de Julgamento: 16/04/2013, Data de Publicação: 22/04/2013).

Ademais, é firme a orientação jurisprudencial da referida Corte Superior de que *“a convocação para participação em fase posterior, decorrido longo lapso temporal, tão somente por convocação pelo Diário Oficial, havendo previsão de divulgação pela Internet no Edital, viola o princípio da publicidade e a vinculação ao Edital”* (STJ, AgRg no RMS nº 33.840/RN, Relator Ministro Humberto Martins, Data de Publicação: 25/05/2011).

Em hipóteses semelhantes, confirmam-se os seguintes julgados do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul:

MANDADO DE SEGURANÇA - CONVOCAÇÃO DE CANDIDATO PARA ETAPA SEGUINTE APENAS PELO DIÁRIO OFICIAL - INSUFICIÊNCIA - CONVOCAÇÕES ANTERIORES POR OUTROS MEIOS - JUSTA EXPECTATIVA DE CONTINUIDADE DE COMUNICAÇÕES POR MEIO DE SITE OFICIAL DISPONIBILIZADO NA INTERNET - SEGURANÇA CONCEDIDA. Em se tratando de concurso público, viola os princípios da publicidade e da razoabilidade a convocação de candidato para fase posterior apenas pelo diário oficial quando todas as comunicações anteriores haviam se dado, também, por site oficial disponibilizado na internet. Precedentes. (TJMS, Mandado de Segurança nº 1404889-17.2014.8.12.0000, 4ª Seção Cível, Relator: LUIZ TADEU BARBOSA SILVA, Data de Julgamento: 30/06/2014, Data de Publicação: 01/07/2014).

MANDADO DE SEGURANÇA - CONCURSO PÚBLICO - PRINCÍPIOS DA PUBLICIDADE E DA RAZOABILIDADE - CONVOCAÇÃO DE CANDIDATA PARA INSPEÇÃO MÉDICA APENAS PELO DIÁRIO OFICIAL - INSUFICIÊNCIA - CONVOCAÇÕES ANTERIORES POR OUTROS MEIOS PREVISTOS NO EDITAL - JUSTA EXPECTATIVA DE MANUTENÇÃO DAS COMUNICAÇÕES PELA REDE MUNDIAL DE COMPUTADORES - SEGURANÇA CONCEDIDA Viola os princípios da publicidade e da razoabilidade a convocação de candidato para fase posterior apenas pelo diário oficial quando as comunicações anteriores se deram também pelo sítio de internet. (TJMS, Mandado de Segurança nº 1409933-17.2014.8.12.0000, Órgão Especial, Relator: ROMERO OSME DIAS LOPES, Data de Julgamento: 26/11/2014, Data de Publicação: 02/12/2014).

De igual forma, já se posicionou este Colegiado:

MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. EDITAL Nº SAEB/PM/2012. CARGO SOLDADO DA POLÍCIA MILITAR. CONVOCAÇÃO PARA APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTOS EXCLUSIVAMENTE PELO DIÁRIO OFICIAL. CONSIDERÁVEL LAPSO TEMPORAL COMPREENDIDO ENTRE A HOMOLOGAÇÃO DO CERTAME E A DATA DA CONVOCAÇÃO. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PUBLICIDADE. ANULAÇÃO DO ATO QUE ELIMINOU A CONCORRENTE. JURISPRUDÊNCIA DO STJ E DESTA

CORTE. SEGURANÇA CONCEDIDA. 1. A convocação dirigida ao candidato exclusivamente pelo periódico oficial viola os princípios da publicidade e da razoabilidade, sobremaneira quando considerável o lapso temporal compreendido entre a homologação do concurso e o momento da convocação – no caso em apreço, quase 05 meses. 2. Nesta senda, objetivamente dispondo, vejamos precedentes do Superior Tribunal de Justiça, reconhecendo a ilegitimidade da notificação pelo diário, tanto por conta do considerável lapso temporal compreendido desde a homologação do certame – cerca de cinco meses –, como pela exigência comum inserida no edital de concursos públicos de que deve manter o participante seus dados atualizados. 3. Segurança concedida para anular o ato que excluiu a Impetrante do certame, determinando que lhe seja restituído o prazo para sua apresentação e prosseguimento no certame. (TJBA, Mandado de Segurança nº 0013441-14.2015.8.05.0000, Seção Cível de Direito Público, Relatora: MÁRCIA BORGES FARIA, Data de Julgamento: 19/04/2016, Data da Publicação: 02/05/2016) (Grifo nosso).

MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO PARA SELEÇÃO DE CANDIDATOS AO CURSO DE FORMAÇÃO DE SOLDADOS DA POLÍCIA MILITAR DO ESTADO DA BAHIA. MATRÍCULA NO CURSO DE FORMAÇÃO DE SOLDADOS PMBA. DIVULGAÇÃO DO RESULTADO 15 (QUINZE) MESES APÓS O PRAZO PREVISTO NO EDITAL. NÃO ATENDIMENTO À CONVOCAÇÃO PARA O CURSO DE FORMAÇÃO PELO CANDIDATO. PUBLICAÇÃO EXCLUSIVAMENTE EM DIÁRIO OFICIAL QUE FERE AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PUBLICIDADE. PRECEDENTES. AGRAVO PREJUDICADO. SEGURANÇA CONCEDIDA. 1. A homologação do resultado final do concurso para convocação para o curso de formação foi procedida 15 (quinze) meses após o prazo inicialmente previsto no edital. 2. A publicidade, princípio constitucional previsto no art. 37 da Carta Magna, constitui mais do que um dever imposto ao poder público, mas um verdadeiro requisito de validade e eficácia dos atos administrativos, ressalvadas as hipóteses em que o interesse público justifique o sigilo. 3. Da mesma forma, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade constituem instrumentos de controle dos atos emanados do poder público. 4. Na análise da razoabilidade deve-se observar o trinômio adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. 5. Publicado exclusiva no DOE – Diário Oficial do Estado, resta claro que embora devidamente publicado no órgão competente, o Edital de convocação não atingiu o fim colimado de verdadeiramente dar conhecimento aos interessados. 6. Segurança Concedida. (TJBA, Mandado de Segurança nº 0016755-02.2014.8.05.0000, Seção Cível de Direito Público, Relator: MAURÍCIO KERTZMAN SZPORDER, Data de Julgamento: 26/02/2015, Data de Publicação: 27/02/2015).

MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. AGRAVO REGIMENTAL PREJUDICADO. DECADÊNCIA INCONFIGURADA. CONVOCAÇÃO PARA APRESENTAR DOCUMENTOS. PUBLICAÇÃO PELO DIÁRIO OFICIAL. UM ANO EM MEIO APÓS A PUBLICAÇÃO DA ETAPA ANTERIOR. IRRAZOABILIDADE. VIOLAÇÃO AO POSTULADO DA PUBLICIDADE. SEGURANÇA CONCEDIDA. Resta prejudicado o agravo regimental colacionado às fls. 76/83, pois os temas nele deduzidos serão enfrentados e decididos neste mandamus. Publicado o ato impugnado em 14/02/2012 e impetrado este mandamus antes de 17/05/2012, conclui-se que não houve extrapolação do prazo de 120 dias previstos no art. 23 da Lei 12.016/2009. Escapa aos limites da sensatez e da razoabilidade, além de violar o postulado da publicidade dos atos administrativos, esperar que um cidadão permaneça, dia após dia, durante um ano e meio, folheando os cadernos do Diário Oficial, em busca de sua convocação para prosseguir no concurso. Precedentes desta Corte e do STJ. Não que a publicação no diário oficial seja impréstável a servir de instrumento de convocação. O que a torna ineficiente nesta demanda é o grande lapso temporal entre o resultado da etapa anterior e a sua veiculação no Diário Oficial convocando o impetrante para prosseguir no certame. (TJBA, Mandado de Segurança nº 0311175-83.2012.8.05.0000, Seção Cível de Direito Público, Relator: EDMILSON JATAHY FONSECA JUNIOR, Data do Julgamento: 04/10/2012, Data da publicação: 05/10/2012) (Grifo nosso).

Assim, cumpre a esta Corte observar a congruência e a coerência das suas decisões, restando evidente que conceder a segurança pleiteada é um ato de justiça.

Ante o exposto, **VOTO** no sentido de julgar **PREJUDICADO** o Agravo Regimental interposto pelo Estado do Bahia e, no mérito, **CONCEDER A SEGURANÇA PLEITEADA**

para determinar que o Impetrado proceda a imediata convocação do Impetrante **HERMANY SANTOS DE MORAES LIMA** mediante intimação pessoal para apresentação dos documentos declinados no Edital referente à quarta etapa do certame, bem como sua continuidade nas demais etapas do concurso objeto do presente *mandamus*, e, em caso de aprovação, a sua nomeação e investidura no cargo de para o qual foi aprovado.

TJBA – Agravo de Instrumento nº 0018935-20.2016.8.05.0000, Segunda Câmara Cível, Relator(a): Des^a. Dinalva Gomes Laranjeira Pimentel, julgado em 18/07/2017.

DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ORDINÁRIA. ANULAÇÃO DE ATO ADMINISTRATIVO. CANDIDATA APROVADA DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. CONVOCAÇÃO PARA NOMEAÇÃO APÓS O DECURSO DE QUASE 2 (DOIS) ANOS DA DIVULGAÇÃO DO RESULTADO FINAL DO CERTAME. PUBLICAÇÃO REALIZADA EXCLUSIVAMENTE PELO DIÁRIO OFICIAL. APARENTE ILEGALIDADE, DADO O SIGNIFICATIVO DECURSO DE TEMPO. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA PUBLICIDADE, TRANSPARÊNCIA E RAZOABILIDADE. PRECEDENTES. NECESSIDADE DE CONVOCAÇÃO PESSOAL. RECURSO PROVIDO.

I – Inexiste vedação legal para a concessão de liminares contra a Fazenda Pública, na hipótese em que a demandante pretende sua nomeação e posse para cargo público. Precedentes do STJ.

II – Na especificidade dos autos, extrai-se que a recorrente não logrou tomar posse no cargo público litigioso, devido à conduta aparentemente desarrazoada do Estado da Bahia, consistente na divulgação de sua nomeação, após quase dois anos da publicação do resultado final do concurso, tão somente através do Diário Oficial.

III – Não obstante as disposições editalícias estejam inseridas no âmbito do poder discricionário da Administração, isto não impede a apreciação pelo Poder Judiciário, se comprovada ilegalidade ou inconstitucionalidade nos juízos de oportunidade e conveniência à cargo do Ente Público.

IV – Assim, conquanto o instrumento editalício dispusesse sobre a convocação dos candidatos, para nomeação, por meio da imprensa oficial do Estado, é certo que a adoção de tal prática, após transcorridos quase dois anos do resultado final, representa violação aos princípios constitucionais da publicidade e da razoabilidade.

V – Na linha da orientação firmada pelo Superior Tribunal de Justiça, “*a nomeação em concurso público após considerável lapso temporal da homologação do resultado final, sem a notificação pessoal do interessado, viola o princípio da publicidade e da razoabilidade, não sendo suficiente a convocação para a fase posterior do certame por meio do Diário Oficial*” (AgRg no AREsp 345.191/PI, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 18/9/2013).

VI – Nestes termos, há aparente desbordamento dos limites da razoabilidade na imposição ao candidato do dever de se manter atualizado das publicações do diário oficial do Estado, durante quase dois anos, diariamente, na esperança de se deparar com sua nomeação para o cargo público pretendido. Não que a publicação, tal como realizada, seja sempre impréstável para fins de comunicação aos candidatos, mas se torna ineficaz nas circunstâncias peculiares do caso concreto, o que justifica a concessão da tutela de urgência pretendida.

VII – RECURSO PROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, preambularmente identificados, **ACORDAM** os Desembargadores integrantes da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à **unanimidade** de votos, em **DAR PROVIMENTO AO RECURSO**, na forma do quanto fundamentado no voto da excelentíssima Relatora, **adiante registrado e que a este se integra**.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal, interposto por **Thais de Andrade Britto**, contra decisão proferida pelo MM. Juízo da 7ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador, que, nos autos da ação proposta, pela ora agravante, contra o **Estado da Bahia**, indeferiu a medida liminar vindicada.

Em suas razões recursais, a recorrente informa que foi aprovada, em definitivo, no concurso público para provimento de cargo de Psicóloga, vinculado ao quadro de pessoal do Estado da Bahia, tendo sido convocada, para nomeação, por meio de ato publicado, apenas, na Imprensa Oficial.

Alega que não compareceu para tomar posse no cargo pretendido, porquanto jamais recebeu comunicação pessoal para tanto. Defende, no particular, que a notificação dos candidatos, exclusivamente pelo Diário Oficial, conquanto estivesse amparada pelas regras editalícias, mostra-se inadmissível no caso concreto, haja vista o grande lapso temporal que intermediou a aprovação da candidata no concurso e sua efetiva nomeação.

Pede, com base nesses argumentos, a concessão de liminar, a fim de que o Poder Público seja compelido a promover sua imediata nomeação para o cargo em que logrou aprovação. No mérito, pugna pela reforma da decisão vergastada.

A tutela de urgência recursal foi indeferida às fls. 177/178.

Devidamente intimado para apresentar contrarrazões, quedou-se inerte o Estado da Bahia, consoante se infere da certidão de fls. 185.

Este é o relatório que encaminho à Secretaria da Segunda Câmara Cível, para oportuna inclusão em pauta de julgamento, nos termos dos artigos 931, *caput* e 934, *caput*, ambos do CPC/15.

VOTO

Consoante relatado, pretende a agravante obter a reforma da decisão primeva, que indeferiu a tutela de urgência vindicada na ação ordinária ajuizada pela ora recorrente, contra o Estado da Bahia, consistente em sua nomeação para o cargo de Psicóloga, para o qual foi aprovada em concurso público, considerando a ilegalidade do ato administrativo que a convocou, apenas, através da Imprensa Oficial.

Argumenta que, conquanto a notificação dos candidatos, exclusivamente pelo Diário do Estado, estivesse amparada pelas regras editalícias, revela-se ilegal no caso dos autos, haja vista o grande lapso temporal que intermediou a aprovação da candidata no concurso e sua efetiva nomeação.

Ao indeferir o pedido, o julgador de primeira instância reputou presente o perigo de dano à demandante, mas ausente a probabilidade de êxito de sua pretensão, considerando que “**o edital do concurso prestado pela autora deixou claro que todas as publicações, aqui inseridas convocações e nomeações, seriam realizadas pelo Diário oficial do Estado da Bahia (fl. 38, item 8, cláusula XIV). E a tal regra ela aderiu expressamente ao se inscrever no concurso e aceitar as condições dispostas no edital do certame**”.

Da análise dos autos, entendo que assiste razão à recorrente.

Em primeiro lugar, registre-se que o pedido liminar formulado pela recorrente contém elevado grau de satisfatividade, por se confundir com o próprio pedido principal formulado na ação de origem. Tal circunstância é, entretanto, insuficiente para obstar o deferimento da medida.

Com efeito, ao interpretar o disposto no art. 1º, §3º, da Lei nº 8.437/92, bem como nos arts. 2º-B, da Lei 9.494/97 e XX, da Lei nº 12.016/2009, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que a vedação contida em tal norma, “**quanto à concessão de antecipação de tutela contra a Fazenda Pública nos casos de aumento ou extensão de vantagens a servidor público, não se aplica nas hipóteses em que o autor busca sua nomeação e posse em cargo público, em razão da sua aprovação no concurso público**” (AgRg no AREsp 15.804/GO, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 11/03/2013).

São diversos os precedentes neste sentido, consoante se infere dos seguintes arestos, *in verbis*:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. MÚSICO DA ORQUESTRA SINFÔNICA DO TEATRO NACIONAL CLÁUDIO SANTORO, ESPECIALIDADE VIOLONCELO. APROVAÇÃO. CONTRATAÇÕES TEMPORÁRIAS DURANTE A VALIDADE DO CERTAME. DIREITO LÍQUIDO E CERTO À NOMEAÇÃO E POSSE. SEGURANÇA CONCEDIDA. AGRAVO REGIMENTAL DO DISTRITO FEDERAL DESPROVIDO.

(...)

3. A jurisprudência é firme ao afirmar que não incide a proibição contida no art. 2º-B da Lei 9.494/97 na hipótese em que o autor busca sua nomeação e posse em razão de aprovação em concurso público, como no caso, observada a ordem de classificação.

4. Agravo Regimental do DISTRITO FEDERAL desprovido. (AgRg no REsp 1279161/DF, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 25/10/2016, DJe 16/11/2016)

ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL. INTERPOSIÇÃO DE DOIS AGRAVOS REGIMENTAIS. PRINCÍPIO DA UNIRRECORRIBILIDADE RECURSAL. PRECLUSÃO CONSUMATIVA. NÃO CONHECIMENTO DO SEGUNDO AGRAVO. NÃO OCORRÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 535, II DO CPC. CANDIDATA APROVADA DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS. DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO DURANTE O PRAZO DE VALIDADE DO CERTAME. AGRAVO REGIMENTAL DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO DESPROVIDO.

(...)

3. No tocante aos arts. 1º, 2º-B da Lei 9.494/1997, 7º, § 2º, da Lei 12.016/2009, o entendimento jurisprudencial desta Corte é o de que não incide a proibição neles prevista na hipótese em que o autor busca sua nomeação e posse em razão de aprovação em concurso público, como no caso.

4. O candidato aprovado dentro do número de vagas previsto no edital do certame possui direito subjetivo à nomeação no prazo de validade do concurso. (...) (AgRg no AREsp 34.532/RJ, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/09/2014, DJe 19/09/2014)

Pois bem. Superados os obstáculos legais ao deferimento do pedido, deve-se perquirir sobre a presença dos requisitos específicos para a concessão da medida, consistentes na relevância das teses jurídicas, em cotejo com os elementos de prova coligidos ao caderno processual, bem como no perigo de dano que decorre da delonga na tramitação processual.

Entendo que a recorrente logrou demonstrar, de forma satisfatória, o cumprimento dos pressupostos legais em epígrafe.

De acordo com os documentos adunados aos autos, constata-se que a Administração Pública publicou o resultado final do concurso e o homologou em novembro de 2010, tendo a agravante se classificado na posição 289, conforme publicação levada a efeito através da Portaria Conjunta SAEB/SESAB nº 85/2010 (fls. 640/907).

Em agosto de 2012, o Ente Estatal publicou novo Edital na imprensa oficial, desta feita nomeando a agravante para tomar posse no cargo público (fls. 108/155). Registre-se que o chamamento realizado pelo agravado ocorreu quase dois anos depois da divulgação do resultado

final do certame, e foi realizado, apenas e tão somente, pelo Diário Oficial, caracterizando, por conseguinte, aparente violação ao preceito constitucional da razoabilidade.

Nessa esteira, destaco precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. ATO DO GOVERNADOR QUE TORNA SEM EFEITO A NOMEAÇÃO DO CANDIDATO EM RAZÃO DE A POSSE NÃO TER-SE DADO EM TEMPO HÁBIL. **AUSÊNCIA DE PUBLICAÇÃO DO ATO DE NOMEAÇÃO NO SÍTIO ELETRÔNICO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. AGIR ADMINISTRATIVO. PRINCÍPIOS DA IMPESSOALIDADE, MORALIDADE, PUBLICIDADE, EFICIÊNCIA E SEGURANÇA JURÍDICA. DESSARAZOABILIDADE DA EXIGÊNCIA DE ACOMPANHAMENTO PELO DIÁRIO OFICIAL.** 1. O STJ firmou orientação no sentido de que a publicação da convocação de candidato somente no Diário Oficial, após o transcurso de considerável lapso temporal entre uma fase e outra, para a qual houve a convocação, contraria o princípio da publicidade dos atos administrativos, mesmo que o edital preveja a convocação por meio do Diário Oficial, porquanto, nessa hipótese, não é razoável impor aos candidatos a exigência de leitura diária do diário oficial, por tempo indeterminado, para tomarem conhecimento de sua convocação. A respeito, vide: MS 16.603/DF, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Rel. p/ Acórdão Ministro Cesar Asfor Rocha, Primeira Seção, DJe 02/12/2011; RMS 33077/DF, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 04/03/2011. “ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. CONCURSO PÚBLICO. NOMEAÇÃO. PUBLICAÇÃO NA IMPRENSA OFICIAL E DIVULGAÇÃO NA INTERNET. LONGO LAPSO TEMPORAL ENTRE A HOMOLOGAÇÃO DO RESULTADO FINAL DO CONCURSO E A NOMEAÇÃO. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. Trata-se na origem de mandado de segurança impetrado pela ora recorrente objetivando o seu direito de tomar posse no cargo público de Educadora Infantil para o qual concorreu, ao argumento de que foi nomeada, contudo, por não ter sido comunicada pessoalmente, só tomou conhecimento de tal ato quando transcorrido o prazo para a apresentação dos documentos. 2. É incontroverso que a nomeação da recorrente foi publicada no sítio www.Natal.Rn.gov.br/sme, na internet, e no Diário Oficial do Município, órgão de divulgação dos atos do Poder Executivo Municipal, conforme previa o Edital do concurso. **Ocorre que transcorreu mais de um ano entre a nomeação (1º.1.2009 - fl. 29) e a data em que foi publicada a homologação do resultado final do certame (28.12.2007 - fl. 29).** 3. Ora, caracteriza violação ao princípio da razoabilidade a convocação para determinada fase de concurso público, mediante publicação do chamamento em diário oficial e pela internet, quando passado considerável lapso temporal entre a homologação final do certame e a publicação da nomeação, uma vez que é inviável exigir que o candidato acompanhe, diariamente, durante longo lapso temporal, as publicações no Diário Oficial e na internet. 4. **E mesmo não havendo previsão expressa no edital do certame de intimação pessoal do candidato acerca de sua nomeação, em observância aos princípios constitucionais da publicidade e da razoabilidade, a Administração Pública deveria, mormente em face do longo lapso temporal decorrido entre as fases do concurso (mais de 1 ano), comunicar pessoalmente o candidato sobre a nova fase, para que pudesse exercer, se fosse de seu interesse, o exame médico.** Recurso especial provido. (REsp 1308588/RN, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, 2ª T, julgado em 16/08/2012, DJe 22/08/2012)”.

Há que se ter presente que a Administração Pública está adstrita ao princípio da legalidade, insculpido no art. 37, *caput*, da CF, que não lhe permite atuar sem autorização legal, conforme, ainda, lição de Hely Lopes Meirelles (*Direito Administrativo Brasileiro*, 20. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 82/83):

“A legalidade, como princípio de administração (CF, art. 37, caput), significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e dele não pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se à responsabilidade disciplinar, civil ou criminal, conforme o caso.
(...)”

Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa ‘poder fazer assim’; para o administrador público significa ‘deve fazer assim’.”

Impõe-se, ainda, observar que o edital é a lei do concurso, máxima que se consubstancia no princípio da vinculação ao edital, segundo o qual todos os atos regentes do concurso público ligam-se e devem obediência às normas editalícias.

Desta forma, estabelece-se um vínculo entre a Administração e os candidatos, já que o escopo principal do certame é proporcionar a toda a coletividade igualdade de condições de acesso ao serviço público. Pactuam-se, assim, normas preexistentes entre os dois sujeitos da relação editalícia. De um lado, a Administração; de outro, os candidatos.

Segundo ensinamentos de Fábio Henrique Alves Dias:

“O concurso público, entendido como o conjunto de atos administrativos que visa à aferição das aptidões de candidatos ao fim de selecionar os melhores para o provimento dos cargos públicos, por se tratar de procedimento marcado por acirradas disputas entre os candidatos, deve ter suas regras disciplinadoras minuciosamente traçadas no edital que lhe dá publicidade. E isso porque à Administração, em nome da segurança jurídica, não é lícito agir incoerentemente com as diretrizes adotadas, de modo a exigir do candidato determinada postura a que não fez referência no edital, uma vez que suas opções geram na coletividade a expectativa do seu cumprimento, e nunca o contrário” (in DIAS, Fábio Henrique Alves. Concurso público: uma vinculação recíproca. O direito subjetivo à nomeação de candidatos aprovados em concurso público. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1844, 19 jul. 2008. Disponível em: Acesso em: 23 out. 2010).

Por outro lado, não obstante as disposições editalícias se inserirem no âmbito do poder discricionário da Administração, isto não impede sua apreciação pelo Poder Judiciário, se houver indícios de ilegalidade ou inconstitucionalidade nos juízos de oportunidade e conveniência.

Assim, analisando os presentes autos, vê-se que houve aparente violação a direito subjetivo da agravante, consistente na sua nomeação apenas por meio da imprensa oficial, causando prejuízo à esfera jurídica da candidata, de modo que é possível concluir que sua exclusão, por tal motivo, é ilegal, dada a provável violação ao princípio da publicidade, consagrado no *caput* artigo 37 da Constituição Federal.

A propósito:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CONVOCAÇÃO PARA POSSE APENAS MEDIANTE PUBLICAÇÃO NO DIÁRIO OFICIAL. LAPSO DE QUATRO ANOS. OFENSA AO PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS. 1. Apesar de as disposições editalícias preverem que as comunicações com os candidatos ocorrerão unicamente por meio da Imprensa Oficial, não é razoável exigir que o recorrente acompanhe o DOE, diariamente, durante a vigência do concurso (no caso, quatro anos), até verificar a referência a seu nome. 2. Tal exigência, além de desproporcional, fere o princípio da publicidade, que deve ser interpretado de forma mais ampla do que entende a Administração no caso concreto. Precedentes. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no RMS 27.060/RN, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 19/09/2013, DJe 01/10/2013).

EMENTA: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. AGENTE DE POLÍCIA CIVIL DO ESTADO DA BAHIA. PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE. NÃO OBSERVÂNCIA. RECURSO PROVIDO. 1. O edital, em regra, deve prever a forma como tornará pública a convocação dos candidatos para as etapas do concurso público e, se possível, a data em que ocorrerá tal ato, considerando o princípio da publicidade e a circunstância de não ser razoável exigir do cidadão que, diariamente, leia o Diário Oficial. 2. Hipótese em que, no concurso público para provimento do cargo de Agente de Polícia Civil do Estado da Bahia, regido pelo Edital SAEB/001-97, não existe essa previsão editalícia. Houve tão-somente a simples publicação do ato convocatório para 3ª etapa

no Diário Oficial, não havendo notícia de que tenha ocorrido nenhuma outra forma de chamamento. Dessa forma, houve violação do princípio da publicidade. Ademais, o ato de convocação publicado no Diário Oficial em novembro de 1999 foi para que o candidato habilitado manifestasse interesse por vagas existentes para as regiões de Barreiras/BA e Porto Seguro/BA. Ocorre que o ora recorrente concorreu para a região de Salvador/BA, não havendo, também, nenhuma regra editalícia que o obrigasse a se manifestar a respeito de convocação para região diversa. 4. Recurso ordinário provido". (RMS 22.508/BA, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJU 02.06.2008). (grifo nosso)

Relativamente ao tema, revelam-se importantes os ensinamentos de **HELY LOPES MEIRELLES**:

"[...] Publicidade é a divulgação oficial do ato para conhecimento público e início de seus efeitos externos. Daí porque as leis, atos e contratos administrativos que produzem consequências jurídicas fora dos órgãos que os emitem exigem publicidade para adquirirem validade universal, isto é, perante as partes e terceiros. A publicidade não é elemento formativo do ato; é requisito de eficácia e moralidade." (*in ADMINISTRATIVO BRASILEIRO*, 33ª. ed., São : Malheiros, 2007, p. 94).

Nestes termos, escapa aos limites da sensatez e da razoabilidade, além de possivelmente violar o postulado da publicidade dos atos administrativos, esperar que o candidato se mantenha atualizado das publicações do diário oficial do Estado, durante quase dois anos, diariamente, na esperança de se deparar com sua convocação para ingressar no serviço público.

Não que a publicação no diário oficial seja imprestável a servir de instrumento de convocação. O que a torna provavelmente ineficiente, nesta demanda, é o grande lapso temporal entre o resultado da etapa anterior e a sua veiculação no Diário Oficial, convocando a agravante para prosseguir no certame.

Nesse sentido:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CONVOCAÇÃO PARA EXAMES FÍSICO E DE SAÚDE. MERA PUBLICAÇÃO NO DIÁRIO OFICIAL. LAPSO TEMPORAL DE QUATRO ANOS. OFENSA AO PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS. 1. Em obsequio ao princípio constitucional da publicidade, a convocação do ora recorrente, candidato aprovado na primeira fase do concurso público, para a realização das subseqüentes etapas não poderia se dar por meio de simples publicação no Diário Oficial, cuja leitura diária por mais de 4 (quatro) anos - período decorrido desde a inscrição até o malfadado chamamento para o exame de avaliação física - é tarefa desarrazoada e que não se revela exigível em absoluto. Precedentes. 2. A segurança deve ser concedida para assegurar ao ora recorrente o direito de ser novamente convocado para avaliação física e de saúde e, caso aprovado, submeter-se às etapas seguintes do certame, atendidos os requisitos exigidos dos demais candidatos convocados. 2. Recurso ordinário provido. (STJ - RMS: 37910 RN 2012/0097097-1, Relator: Ministro CASTRO MEIRA, Data de Julgamento: 16/04/2013, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 26/04/2013)

Diante dessas premissas, entendo que os documentos acostados aos autos são aptos a comprovar, de forma liminar, que o ato administrativo de convocação do candidato por meio do Diário Oficial, após quase dois anos, não ocorreu de forma satisfatória, uma vez que a Administração Pública deveria ter adotado outras formas de comunicação aos candidatos, chamando-os para prosseguirem no concurso, de forma a obstar dúvidas quanto ao legítimo conhecimento do ato convocatório – aspecto material do princípio da publicidade.

Ante o exposto, voto no sentido de **DAR PROVIMENTO AO RECURSO** interposto, para reformar a decisão vergastada e deferir a tutela de urgência vindicada pela agravante, determinando ao Estado da Bahia que promova sua convocação, através de comunicação pessoal, para fins de nomeação e posse no cargo público objeto da lide.

TJBA – Apelação Cível nº 0111089-45.2002.8.05.0001, Terceira Câmara Cível, Relator(a): Des. Moacyr Montenegro Souto, julgado em 06/06/2017.

APELAÇÕES CÍVEIS SIMULTÂNEAS. PRELIMINAR. NULIDADE DA SENTENÇA. REJEITADA. EXCLUSÃO DO LITISDENUNCIANTE DA LIDE. ILEGITIMIDADE PASSIVA. POSSIBILIDADE. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. ESBULHO PRATICADO PELO ESTADO DA BAHIA. ÁREA DE INTERESSE PÚBLICO. DESAPROPRIAÇÃO ANTERIOR QUE PREJUDICOU TERCEIROS. ALTERAÇÃO DA SITUAÇÃO FÁTICA. REINTEGRAÇÃO ATUAL DA POSSE INVIÁVEL. CONVERSÃO DA PRESTAÇÃO ORIGINÁRIA EM ALTERNATIVA. INDENIZAÇÃO. FIXAÇÃO NOS TERMOS DO DECRETO-LEI Nº 3.365/1941. APELO DO AUTOR IMPROVIDO. APELO DO RÉU PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Rejeita-se a preliminar de nulidade da sentença por negativa de prestação jurisdicional, pois foi observado o devido processo legal, tendo sido oportunizada às partes a produção de todos os meios de prova requeridos, assegurando-lhes a manifestação acerca da perícia realizada, com a prolação da sentença em plena conformidade com as provas e argumentos produzidos nos autos. Mantém-se incólume a exclusão da URBIS (litisdenunciante) da lide, por ilegitimidade passiva, posto que o Estado da Bahia encampou a defesa do ato atacado, não subsistindo qualquer prejuízo processual ou econômico aos autores em decorrência da exclusão da referida sociedade de economia mista do feito.

2. Ao reconhecer a procedência da Ação Possessória manejada, mas determinar a conversão da reintegração e posse em pagamento de indenização no valor referente às áreas de terra de propriedade das autoras, a sentença apresentou conformidade com a constatação feita pela perícia, de que a área do decreto expropriatório abrangeu patrimônio de terceiro não integrante da Ação de Desapropriação, reconhecendo ainda que, dado o interesse público existente na desapropriação, tornou-se inviável a reintegração da posse requerida. Malgrado a expropriação pelo Estado da Bahia tenha se iniciado em meados da década de 70, a ocupação efetiva da área pelo ente público e consequente manejo da ação somente ocorreu no ano de 1991, quando os apelados exerciam a posse mansa e pacífica da área em questão, e sofreram o esbulho pelo ora apelante, com a reconhecida ocupação da área, devidamente cercada, por prepostos do Estado da Bahia, com o auxílio de maquinários pesados. Assim, decorrido longo tempo desde o ajuizamento e completamente alterada a realidade local, posto que hoje funciona no terreno uma estação de transporte coletivo, agiu com acerto o Magistrado ao fixar a indenização.

3. Dá-se provimento ao recurso do réu, apenas para ordenar que a indenização fixada na sentença, a ser apurada em sede de liquidação, siga os parâmetros delineados no artigo 15-A do Decreto-Lei nº 3.365/41 para a desapropriação indireta, determinando ainda a observância do quanto determinado pelo STF no julgamento da ADIN nº 2332 em relação à limitação da taxa de juros compensatórios no percentual de até 6%, mantendo-se a sentença recorrida em seus demais termos. **RECURSO DO AUTOR IMPROVIDO. RECURSO DO RÉU PARCIALMENTE PROVIDO.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de **Apelação n.º 0111089-45.2002.8.05.0001**, em que figuram como Apelantes o **Estado da Bahia e Americar Veículos Ltda** e como Apelados o **Estado da Bahia, Astro Centro Automotivo e Locação de Veículos Ltda, Americar Veículos Ltda**

ACORDAM os Desembargadores integrantes da Turma Julgadora da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Bahia em **REJEITAR A PRELIMINAR, NEGAR PROVIMENTO AO APELO DO AUTOR E DAR PARCIAL PROVIMENTO AO APELO DO RÉU**, nos termos do relatório e voto do Relator:

RELATÓRIO

Trata-se de Apelações simultâneas manejadas em face da sentença de fls. 377/378-verso, integrada pela decisão de fls. 408/411, proferida pelo Juízo da 7ª Vara da Fazenda Pública de Salvador, que julgou concomitantemente as ações possessórias ajuizadas por ambas as partes, dando procedência ao pedido formulado por **Astro Centro Automotivo e Locação de Veículos Ltda** na Ação de Reintegração de Posse, para condenar o **Estado da Bahia** ao pagamento de indenização no valor referente às áreas de terra de propriedade das autoras, acrescidos de rendas, danos emergentes, juros compensatórios e moratórios, despesas judiciais e atualização monetária, a ser apurado em sede de liquidação. A sentença, ademais, julgou improcedente o pedido formulado pelo Estado da Bahia nos autos da Ação de Manutenção de Posse, condenando o ente público ao pagamento dos honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da condenação.

Adoto o relatório da sentença recorrida, acrescentando que, irrisignadas, ambas as partes apelaram. Em seu recurso de fls. 414/417, insurgiu-se o autor contra a exclusão da URBIS da lide, aduzindo que a denúncia à lide importa em formação de litisconsórcio necessário e requerendo que a condenação seja estendida à referida ré, afastando-se a substituição processual operada.

Às fls. 419/441 o Estado da Bahia apelou, narrando que houve desapropriação por interesse social de uma área total de 2.500.000 metros quadrados, situada na conhecida Fazenda Mussurunga, por meio dos Decretos Estaduais nº 24.974/1975 e 25.999-A/1976, com regular imissão na posse em 24/05/1977 mediante justa indenização, ocorrendo o desmembramento da área com cessão de parte à URBIS, não se encontrando as apeladas na posse do imóvel. Arguiu que a defesa da posse das recorridas fundou-se no domínio e na suposta caducidade do decreto expropriatório. Informou que as apeladas sustentaram que os imóveis a elas pertencentes não integrariam o decreto expropriatório, pois o Estado da Bahia teria ampliado indevidamente a área original pertencente a Edmundo da Silva Visco, que embora descrita no decreto expropriatório, não foi devidamente desapropriada, tendo em vista que os apelados não fizeram parte do processo. Aduziu que a perícia reconheceu tratar-se de área de utilidade pública descrita tanto como área de Edmundo da Silva Visco como também como área adquirida de Pedro Cachoeiro pelos recorridos, defendeu tratar-se de título inválido por ter havido retificação dos limites da área original, alegou que apresentou acordo realizado em desapropriação judicial, pelo qual fora excluído o imóvel objeto da lide, que, por sua vez, foi expropriado pelo Município do Salvador para a construção da Estação Mussurunga. Arguiu a negativa de prestação jurisdicional, que a perícia serviu à delimitação e identificação da área nos títulos apresentados, cabendo ao órgão julgador a análise técnico-jurídica dos títulos para declarar o título realmente válido, invocou a invalidade do registro dominial das apeladas diante da superposição imobiliária e invasão de terras vizinhas, com a consequente ilicitude da posse das mesmas, uma vez que os limites não foram atualizados, alienando-se porções de terras menores com aberturas de matrículas e definição de limites sem intimação dos vizinhos. Sustentou que a sentença não se ateu à condenação por desapropriação indireta nos moldes descritos no Decreto-Lei 3.365/41, que é válida a titulação de posse apresentada pelo Estado da Bahia, que em razão de acordo o apelante devolveu a área em questão a Edmundo da Silva Visco, que por sua vez alienou ao Bradesco, tendo havido desapropriação pelo Município do Salvador consoante Decreto Municipal nº 12.877/2000, permanecendo o Estado da Bahia no feito por força do artigo 42, CPC/73. afirmou que a posse temporária do Estado da Bahia sobre a área decorreu de imissão provisória na posse em ação de desapropriação judicial, não configurando-se esbulho ante a natureza real da desapropriação, que obriga a habilitação de todos os interessados nos autos, que dita imissão ocorreu em 1977, enquanto as apeladas adquiriram a área apenas em 1989, sendo injusta esta posse, a caracterizar o esbulho. Alegou que a área

foi ocupada pelo Município, não havendo como se atribuir a responsabilidade civil ao Estado, que não ocupou a área após o acordo nem construiu a Estação Mussurunga. Salientou a necessidade de fixação do valor indenizatório nos termos do Decreto-Lei nº 3.365/41, por tratar-se de desapropriação indireta. Nestes termos, requereu o provimento do recurso para que seja acolhida a preliminar de nulidade da sentença, devolvendo-se os autos ao 1º grau para completo pronunciamento, ou que seja reformada a sentença recorrida para julgar-se improcedente a ação possessória movida pelos apelados, ou ainda para afastar a condenação imputada ao Estado, tendo em vista a ocupação da área pelo Município do Salvador ou, por fim, para que seja adotado como parâmetro para a fixação do valor indenizatório o quanto disposto no Decreto-Lei nº 3.365/41, declarando-se a sucumbência recíproca.

Contrarrazões às fls. 445/452, 456/460, 462/465, defendendo o improvimento dos apelos manejados.

Ambos os recursos são próprios e tempestivos, o autor recolheu as custas à fl. 418 e o Estado da Bahia está dispensado do recolhimento.

Conclusos os autos, elaborei o presente relatório e solicitei inclusão em pauta para julgamento, na forma do artigo 931 do CPC/2015 c/c 173, §1º do RITJBA, salientando a existência do direito à sustentação oral.

VOTO

Como visto, trata-se de Apelações simultâneas manejadas em face da sentença de fls. 377/378-verso, integrada pela decisão de fls. 408/411, proferida pelo Juízo da 7ª Vara da Fazenda Pública de Salvador, que julgou concomitantemente as ações possessórias ajuizadas por ambas as partes, dando procedência ao pedido formulado por **Astro Centro Automotivo e Locação de Veículos Ltda** na Ação de Reintegração de Posse, para condenar o **Estado da Bahia** ao pagamento de indenização no valor referente às áreas de terra de propriedade das autoras, com os acréscimos legais a serem apurados em sede de liquidação. A sentença também julgou improcedente o pedido formulado pelo Estado da Bahia nos autos da Ação de Manutenção de Posse, condenando o ente público ao pagamento dos honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da condenação.

Em seu recurso, limitou-se o autor da ação de origem em impugnar a exclusão da URBIS da lide, requerendo que a condenação se estendesse ao denunciante e ao denunciado.

Todavia, não merece provimento o referido apelo, posto que o Estado da Bahia sustentou, em sede de memoriais, a ilegitimidade passiva da URBIS, aduzindo que todos os fatos elencados na exordial, referentes ao suposto esbulho praticado na área do litígio, ocorreram por prepostos do Estado da Bahia, não havendo qualquer empecilho ao acolhimento da referida tese pelo Juízo singular, mormente porque durante todo o feito o Estado da Bahia encampou a defesa do ato atacado, não subsistindo qualquer prejuízo processual ou econômico aos autores em decorrência da exclusão da referida sociedade de economia mista do feito, que inclusive se encontra em liquidação, tendo sido autorizada pela Lei 13.204/2014 a transferência total ou parcial do seu patrimônio imobiliário livre e desimpedido para o Estado da Bahia, único responsável pela execução de eventual indenização reconhecida nos presentes autos.

Ante o exposto, voto no sentido de **NEGAR PROVIMENTO AO APELO** movido por Astro Centro Automotivo e Locação de Veículos Ltda.

No que tange ao recurso manejado pelo Estado, prefacialmente cumpre apreciar a preliminar de nulidade da sentença, porque prejudicial ao exame do mérito. Não merece prosperar a referida preliminar, suscitada sob o argumento da negativa de prestação jurisdicional, pois o processo de 1º grau observou o devido processo legal, especialmente após a anulação da primeira sentença por este Tribunal, ocasião em que os autos retornaram para instrução, tendo sido oportunizada às partes a produção de todos os meios de prova requeridos, assegurando-lhes a manifestação acerca da perícia realizada, com a prolação da sentença em plena conformidade com as provas e argumentos produzidos nos autos, não havendo falar, pois, em anulação do julgamento em questão.

Ante o exposto, voto no sentido de rejeitar a preliminar ventilada.

Quanto ao mérito, parcial razão assiste ao apelante apenas em relação aos critérios para a fixação da indenização decorrente da desapropriação indireta.

Consoante apurado em sede de perícia judicial, ficou comprovado nos autos que a área desapropriada pelo Estado da Bahia, por força dos Decretos Estaduais nº 24.974/1975 e 25.999-A/1976, extrapolou a extensão da propriedade pertencente ao Sr. Edmundo da Silva Visco, abrangendo áreas de terceiros, correspondentes a 333.512m², que não foram partes no processo de desapropriação correspondente. Eis a transcrição das conclusões do Perito:

“No documento emitido pelo 2º Ofício do Registro de Imóveis e Hipotecas, referente ao imóvel de propriedade do Sr. Edmundo da Silva Visco, matrícula 57.363, situado na Fazenda Itapuã, com área original de de 5.431.829,85m², após várias áreas desmembradas, conforme averbações registradas, foi averbado a desapropriação da área remanescente de 2.166.448m², em 14 de novembro de 1975.

Comparando a Ação Expropriatória, datada de agosto de 1976, proposta pelo Estado da Bahia contra o Sr. Edmundo da Silva Visco, desapropriando a área de 2.500.000m², com o documento de registro do imóvel emitido pelo 2º Ofício de Registro de Imóveis e Hipotecas, chegamos à conclusão que o Sr. Edmundo da Silva Visco não possuía a área a ser desapropriada, faltando 333.512m² de propriedade de terceiros.” (fl. 289)

A despeito de o Estado da Bahia impugnar a conclusão do Perito, aduzindo que cabe ao Magistrado a emissão do juízo de valor acerca da titularidade da área em questão, a constatação consignada pelo *expert* está em conformidade com a própria defesa oferecida nos autos pelo Estado da Bahia, que em sede de contestação afirmou a possibilidade de ter ocorrido a desapropriação de uma área não pertencente ao expropriado Edmundo da Silva Visco, fenômeno que ensejaria em favor dos terceiros prejudicados não a restituição da posse, mas o direito à indenização patrimonial. Transcreve-se, pois, o trecho correspondente da defesa do réu:

“A desapropriação constitui ato administrativo unilateral que provoca a perda da propriedade privada e sua transferência forçada ao domínio público, em virtude de interesse público sobre o bem. Trata-se de fato do príncipe, que recai sobre o bem em si mesmo, pouco importando a titularidade do domínio ou de qualquer outro direito real, e que acompanha a coisa, independentemente de alienações posteriores (direito de sequência). Ao proprietário ou ao terceiro titular de outro direito restará tão somente o direito à indenização patrimonial.” (fl.100) (grifo original)

Neste sentido, ao reconhecer a procedência da Ação Possessória manejada, mas determinar a conversão da reintegração e posse em pagamento de indenização no valor referente às áreas de terra de propriedade das autoras, o Magistrado singular atuou em consonância com a constatação feita pela perícia, de que a área do decreto expropriatório abrangia patrimônio de terceiro não integrante da Ação de Desapropriação, reconhecendo ainda que, dado o interesse público existente na desapropriação, tornou-se inviável a reintegração da posse requerida. Inclusive, insta salientar que, malgrado a expropriação pelo Estado da Bahia tenha se iniciado em meados da década de 70, a ocupação efetiva da área e consequente manejo da ação somente ocorreu no ano de 1991, quando os apelados exerciam a posse mansa e pacífica da área em questão, e sofreram o esbulho pelo ora apelante, com a reconhecida ocupação da área, devidamente cercada, por prepostos do Estado da Bahia, com o auxílio de maquinários pesados. Assim, decorrido longo tempo desde o ajuizamento e completamente alterada a realidade local, posto que hoje funciona no terreno uma estação de transporte coletivo, agiu com acerto o Magistrado ao fixar a indenização, dada a impossibilidade da reintegração. Confira-se o entendimento do STJ, neste mesmo sentido:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC/1973. NÃO OCORRÊNCIA. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. REQUISITOS DO ART. 927 DO CPC/1973 E 561 DO NOVO CPC. REALIDADE FÁTICA DO IMÓVEL MODIFICADA. IMÓVEL QUE SE TRANSFORMOU EM BAIRRO URBANO POPULOSO. IMPOSSIBILIDADE DE DESCONSIDERAÇÃO DA NOVA REALIDADE NA

SOLUÇÃO DA CONTENDA. FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E DA POSSE. DIREITO À MORADIA E MÍNIMO EXISTENCIAL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PONDERAÇÃO DE VALORES. NEGATIVA DA REINTEGRAÇÃO. POSSIBILIDADE DE CONVERSÃO DA PRESTAÇÃO ORIGINÁRIA EM ALTERNATIVA. ART. 461-A DO CPC/1973. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. “Havendo no acórdão declaração expressa quanto aos fatos e fundamentos que embasaram suas conclusões, não há como vislumbrar-se ofensa aos arts. 458 e 535, CPC, por negar-se o colegiado, em embargos declaratórios, a explicitar as razões pelas quais preferiu apoiar-se em certas provas, em detrimento de outras. O princípio do livre convencimento motivado é um dos postulados do nosso sistema processual”. (Resp 50936/SP, DJ 19/09/94).

2. O art. 927 do CPC/1973, reproduzido no art. 561 do novo diploma, previa competir ao autor da ação possessória de reintegração a comprovação dos seguintes requisitos: a posse; a turbacão ou esbulho pela parte ré; a data da turbacão ou do esbulho e a perda da posse.

3. Ainda que verificados os requisitos dispostos no item antecedente, o julgador, diante do caso concreto, não poderá se furtar da análise de todas as implicações a que estará sujeita a realidade, na subsunção insensível da norma. É que a evolução do direito não permite mais conceber a proteção do direito à propriedade e posse no interesse exclusivo do particular, uma vez que os princípios da dignidade humana e da função social esperam proteção mais efetiva.

4. O Supremo Tribunal Federal orienta que, tendo em vista a impossibilidade de haver antinomia entre normas constitucionais, sem a exclusão de quaisquer dos direitos em causa, deve prevalecer, no caso concreto, o valor que se apresenta consentâneo com uma solução razoável e prudente, expandindo-se o raio de ação do direito prevalente, mantendo-se, contudo, o núcleo essencial do outro. Para esse desiderato, recomenda-se a aplicação de três máximas norteadoras da proporcionalidade: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

5. No caso dos autos, o imóvel originalmente reivindicado, na verdade, não existe mais. O bairro hoje, no lugar do terreno antes objeto de comodato, tem vida própria, dotado de infraestrutura urbana, onde serviços são prestados, levando-se à conclusão de que o cumprimento da ordem judicial de reintegração na posse, com satisfação do interesse da empresa de empreendimentos imobiliários, será à custa de graves danos à esfera privada de muitas famílias que há anos construíram suas vidas naquela localidade, fazendo dela uma comunidade, irmanada por idêntica herança cultural e histórica, razão pela qual não é adequada a ordem de reintegração.

6. Recurso especial a que se nega provimento. (STJ - REsp 1302736/MG, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 12/04/2016, DJe 23/05/2016)

Outrossim, no que tange à arguição do Estado da Bahia de que a área em litígio atualmente pertence ao Município do Salvador, em decorrência de desapropriação posterior ao ajuizamento, insta salientar que todos os atos e contratos que conduziram à posterior desapropriação do bem pelo Município foram encetados após o ajuizamento da presente demanda, respondendo integralmente o Estado da Bahia pelos danos dele decorrentes. É dizer, mesmo sabendo da possibilidade de ter desapropriado área superior àquela da propriedade do Sr. Edmundo da Silva Visco, em 21 de agosto de 1992 (após o ajuizamento, ocorrido em 11/10/1991 – fl. 09), o Estado da Bahia promulgou a Lei 6.145/1992, na qual consignou que estava “o Poder Executivo autorizado a celebrar transação, reduzindo em 441.651,84 m² (quatrocentos e quarenta e um mil, seiscentos e cinquenta e um e oitenta e quatro metros quadrados) a área de que cuida o Decreto nº 24.974, de 14 de novembro de 1975, alterado pelo Decreto nº 25.299, de 20 de julho de 1976, obtendo, em contrapartida, a quitação plena da área, para nada mais pagar pela desapropriação.” (fl. 341). É dizer, mais uma vez, o Estado da Bahia atingiu direito de terceiros, dando quitação pela desapropriação a sujeito que não era detentor de toda a área, permanecendo, pois, responsável pelo imbróglio que se sucedeu.

Inclusive, devidamente intimado para se manifestar sobre a suposta fraude na comercialização do terreno para o Banco Bradesco pelo Espólio do Sr. Edmundo da Silva Visco, e do consequente defeito na desapropriação operada pelo Município do Salvador, comunicada no feito pelos apelados, manifestou-se o Estado da Bahia em sede de réplica, afirmando:

“Por fim, de referência às supostas denúncias sobre fraude perpetrada por Francisco José Pitanga Bastos, Espólio de Edmundo da Silva Visco e Banco Bradesco (docs. N.ºs. 113 a 127), cuidam elas de

fatos totalmente estranhos à lide, sobre os quais não há como o Estado da Bahia se pronunciar. No máximo, poder-se-ia apurar administrativamente o denunciado, e se efetivamente houve incorreta invasão de terra pública estadual, isto ensejaria procedimentos outros, a envolver outros sujeitos e não os atuais litisconsortes.” (fl. 245)

Neste sentido, tendo o próprio Estado da Bahia reconhecido a inexistência de afinidade entre a questão da desapropriação procedida pelo Município do Salvador e a discussão travada nos presentes autos, não pode agora se furtar da sua responsabilidade sobre os atos praticados em derredor da área do litígio, sendo inafastável, pois, o direito à indenização pretendida nos presentes autos.

A devida comprovação dos requisitos para a proteção possessória ao tempo do ajuizamento (1991), aliada ao sumiço dos autos por longos dez anos, fato que culminou em sua restauração no ano de 2002, acompanhado da significativa alteração fática da área discutida durante este período de tempo, não podem prejudicar o direito dos proprietários e possuidores, constituindo a solução mais adequada a conversão da prestação originária (reintegração de posse) em alternativa (indenização), dado o interesse público configurado no caso concreto.

Neste ponto, razão assiste ao apelante no que pertine especificamente à forma de cálculo da indenização a ser paga aos apelados, posto que cuida-se de verdadeira desapropriação indireta, já que o Estado da Bahia manifestou a existência de interesse público na área em litígio em 1976, antes mesmo da sua aquisição pelos apelados, em 1989, tendo havido, em verdade, defeito no processo de desapropriação por falta de citação de todos os interessados.

Segundo preleciona Marçal Justen Filho:

“A configuração da desapropriação indireta: A desapropriação indireta consiste no apossamento fático pelo Poder Público, sem autorização legal nem judicial, de bens privados. Trata-se, em última análise, de prática inconstitucional, cuja solução haveria de ser a restituição do bem ao particular, acompanhada da indenização por perdas e danos, e a punição draconiana para os responsáveis pela ilicitude.” (Justen Filho, Marçal. In Curso de Direito Administrativo, Ed. Revista dos Tribunais, 2013, p. 673)

Neste sentido, a indenização fixada nestes autos deve seguir o regime descrito no Decreto-Lei nº 3.365/41, revelando-se excessivo o comando judicial que determina o pagamento de indenização no valor referente às áreas de terra de propriedade das autoras, acrescidos de rendas, danos emergentes, juros compensatórios e moratórios, despesas judiciais e atualização monetária, a ser apurado em sede de liquidação, tendo em vista que as expressões “rendas e danos emergentes” já estão englobadas no conceito de juros compensatórios, fixado pelo artigo 15-A, §1º do Decreto-Lei nº 3.365/41:

Art. 15-A No caso de imissão prévia na posse, na desapropriação por necessidade ou utilidade pública e interesse social, inclusive para fins de reforma agrária, havendo divergência entre o preço ofertado em juízo e o valor do bem, fixado na sentença, expressos em termos reais, incidirão juros compensatórios de até seis por cento ao ano sobre o valor da diferença eventualmente apurada, a contar da imissão na posse, vedado o cálculo de juros compostos.

§ 1º Os juros compensatórios destinam-se, apenas, a compensar a perda de renda comprovadamente sofrida pelo proprietário.

§ 2º Não serão devidos juros compensatórios quando o imóvel possuir graus de utilização da terra e de eficiência na exploração iguais a zero.

§ 3º O disposto no caput deste artigo aplica-se também às ações ordinárias de indenização por apossamento administrativo ou desapropriação indireta, bem assim às ações que visem a indenização por restrições decorrentes de atos do Poder Público, em especial aqueles destinados à proteção ambiental, incidindo os juros sobre o valor fixado na sentença.

§ 4º Nas ações referidas no § 3º, não será o Poder Público onerado por juros compensatórios relativos a período anterior à aquisição da propriedade ou posse titulada pelo autor da ação.

Art. 15-B Nas ações a que se refere o art. 15-A, os juros moratórios destinam-se a recompor a perda decorrente do atraso no efetivo pagamento da indenização fixada na decisão final de

mérito, e somente serão devidos à razão de até seis por cento ao ano, a partir de 1º de janeiro do exercício seguinte àquele em que o pagamento deveria ser feito, nos termos do art. 100 da Constituição.

Outrossim, em sede de liquidação, os referidos requisitos, insculpidos no Decreto acima transcrito, devem ser interpretados à luz do entendimento exarado pelo STF no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2332, especialmente no que tange à limitação da taxa de juros compensatórios no percentual de até 6% ao ano, cujo teor do Acórdão se transcreve:

EMENTA: - Ação direta de inconstitucionalidade. Artigo 1º da Medida Provisória nº 2.027-43, de 27 de setembro de 2000, na parte que altera o Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941, introduzindo o artigo 15-A, com seus parágrafos, e alterando a redação do parágrafo primeiro do artigo 27. - Esta Corte já firmou o entendimento de que é excepcional o controle judicial dos requisitos da urgência e da relevância de Medida Provisória, só sendo esse controle admitido quando a falta de um deles se apresente objetivamente, o que, no caso, não ocorre. - Relevância da arguição de inconstitucionalidade da expressão “de até seis por cento ao ano” no “caput” do artigo 15-A em causa em face do enunciado da súmula 618 desta Corte. - Quanto à base de cálculo dos juros compensatórios contida também no “caput” desse artigo 15-A, para que não fira o princípio constitucional do prévio e justo preço, deve-se dar a ela interpretação conforme à Constituição, para se ter como constitucional o entendimento de que essa base de cálculo será a diferença eventualmente apurada entre 80% do preço ofertado em juízo e o valor do bem fixado na sentença. - Relevância da arguição de inconstitucionalidade dos parágrafos 1º e 2º do mesmo artigo 15-A, com fundamento em ofensa ao princípio constitucional da prévia e justa indenização. - A única consequência normativa relevante da remissão, feita pelo § 3º do aludido artigo 15-A está na fixação dos juros no percentual de 6% ao ano, o que já foi decidido a respeito dessa taxa de juros. - É relevante a alegação de que a restrição decorrente do § 4º do mencionado artigo 15-A entra em choque com o princípio constitucional da garantia do justo preço na desapropriação. - Relevância da arguição de inconstitucionalidade do parágrafo 1º do artigo 27 em sua nova redação, no tocante à expressão “não podendo os honorários ultrapassar R\$ 151.000,00 (cento e cinquenta e um mil reais)”. Deferiu-se em parte o pedido de liminar, para suspender, no “caput” do artigo 15-A do Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941, introduzido pelo artigo 1º da Medida Provisória nº 2.027-43, de 27 de setembro de 2000, e suas sucessivas reedições, a eficácia da expressão “de até seis por cento ao ano”; para dar ao final desse “caput” interpretação conforme a Constituição no sentido de que a base de cálculo dos juros compensatórios será a diferença eventualmente apurada entre 80% do preço ofertado em juízo e o valor do bem fixado na sentença; e para suspender os parágrafos 1º e 2º e 4º do mesmo artigo 15-A e a expressão “não podendo os honorários ultrapassar R\$ 151.000,00 (cento e cinquenta e um mil reais)” do parágrafo 1º do artigo 27 em sua nova redação. (STF - ADI 2332 MC, Rel. Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 05/09/2001)

Ante o exposto, voto no sentido de **NEGAR PROVIMENTO** ao recurso do autor e **DAR PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso do réu, apenas para ordenar que a indenização fixada na sentença, a ser apurada em sede de liquidação, siga os parâmetros delineados no artigo 15-A do Decreto-Lei nº 3.365/41 para a desapropriação indireta, decotando-se, pois, o pagamento de rendas e danos emergentes por estarem embutidos no conceito de juros compensatórios, determinando ainda a observância do quanto determinado pelo STF no julgamento da ADIN nº 2332 em relação à limitação da taxa de juros compensatórios de até 6% ao ano, mantendo-se a sentença recorrida em seus demais termos. Deixo de alterar a condenação ao pagamento de honorários advocatícios pelo Estado da Bahia, fixados no percentual de 10% sobre o valor da condenação, tendo em vista que a ação continua a ser procedente, tendo se alterado tão-somente o critério para a fixação da indenização.

TJBA – Apelação Cível nº 0012058-59.2007.8.05.0039, Quinta Câmara Cível, Relator(a): Des^a. Carmem Lucia Santos Pinheiro, julgado em 12/05/2017.

EMENTA: RECURSO DE APELAÇÃO. DESAPROPRIAÇÃO POR UTILIDADE PÚBLICA. INDENIZAÇÃO EM CONFORMIDADE COM O LAUDO. INCIDÊNCIA DA CORREÇÃO MONETÁRIA A PARTIR DA APRESENTAÇÃO DO LAUDO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS REDUZIDOS EM CONFORMIDADE COM O TEMA 184 DOS RR DO STJ. APELO PROVIDO EM PARTE

1. “O direito de extensão ocorre quando o Poder Público invade parte de imóvel (desapropriação indireta), deixando a área remanescente de exercer qualquer atrativo em termos imobiliários, hipótese em que o expropriante deverá indenizar a totalidade do bem.” (STJ - REsp 617.503/RS);
2. No caso concreto, o mau cheiro da Estação de Tratamento de Esgoto da EMBASA inviabilizou o uso do restante do imóvel, sendo aplicável o direito de extensão, na forma reconhecida pela sentença;
3. Segundo o STJ, “o valor da indenização deve ser contemporâneo à avaliação, tendo como base o laudo adotado pelo juiz para a fixação do justo preço, pouco importando a data da imissão na posse ou mesmo a da avaliação administrativa” (AgRg no REsp 1459124/CE). Sentença reformada para definir o termo inicial da correção monetária na data de apresentação do laudo pericial;
4. Adequação do valor dos honorários advocatícios à tese fixada no Tema 184 dos Recursos Repetitivos do STJ. Fixação em 5% sobre a diferença entre o valor proposto inicialmente pelo imóvel e a indenização imposta judicialmente.
5. **RECURSO DE APELAÇÃO CONHECIDO E PROVIDO EM PARTE.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de **Apelação Cível nº. 0012058-59.2007.8.05.0039**, originário da 1ª Vara Fazenda Pública da Comarca de Camaçari/BA, tendo como Apelante, **EMPRESA BAIANA DE ÁGUAS E SANEAMENTO S/A - EMBASA**, e, como Apelado, **AILTON DOS SANTOS BRITO**.

Acordam os Desembargadores integrantes da Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, **à unanimidade de votos, em CONHECER DO RECURSO DE APELAÇÃO E DAR-LHE PROVIMENTO EM PARTE**, nos termos do voto condutor.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Apelação interposto por **EMPRESA BAIANA DE ÁGUAS E SANEAMENTO S/A - EMBASA** impugnando a sentença do juízo da 1ª Vara Fazenda Pública da Comarca de Camaçari/BA, que julgou parcialmente procedentes os pedidos da “Ação de Desapropriação” ajuizada contra **AILTON DOS SANTOS BRITO**, definindo a indenização da área expropriada, incluindo as benfeitorias, no “valor de R\$ 199.450,82 (cento e noventa e nove mil, quatrocentos e cinquenta reais e oitenta e dois centavos), com as devidas correções na forma da lei, desde a imissão provisória na posse do imóvel pela autora, em 29 de outubro de 2008” (fl. 257).

A sentença de fls. 253/257, além de definir o valor da indenização, condenou a Apelante no ônus da sucumbência, fixando os honorários advocatícios em 10% (dez por cento) sobre a totalidade da condenação.

Irresignada, a **EMPRESA BAIANA DE ÁGUAS E SANEAMENTO S/A - EMBASA** interpôs recurso de apelação (fls. 258/267), sem preliminares. Requeru (I) a redução do valor da indenização pela área expropriada para R\$ 25.256,25 (vinte e cinco mil, duzentos e cinquenta e seis reais e vinte e cinco centavos), supostamente com base em laudo técnico; (II) a definição de que a correção monetária sobre o valor da condenação deve incidir a partir da data de apresentação do laudo pericial; e (III) a redução dos honorários advocatícios para um valor entre meio e

cinco por cento sobre a diferença entre o valor da condenação e o valor oferecido pela expropriante, nos termos no do §1º do art. 27 do Decreto-lei 3.365/1941.

Devidamente intimado, o Apelado **AILTON DOS SANTOS BRITO** apresentou contrarrazões às fls. 274/280, sem preliminares. Pugnou pelo improvimento do recurso.

Inclua-se em pauta para julgamento.

VOTO

I. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE DO RECURSO

Conheço o Recurso de Apelação, porque presentes os requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade.

II. SENTENÇA MANTIDA – VALOR DA INDENIZAÇÃO ARBITRADO EM CONFORMIDADE COM O LAUDO TÉCNICO – O USO DO RESTANTE DA EXTENSÃO DO IMÓVEL FOI INVIABILIZADO EM RAZÃO DO MAU CHEIRO DA ESTAÇÃO DE TRATAMENTO DE ESGOTO

O laudo técnico presente nos autos dá suporte ao valor da indenização definido na sentença, no importe de R\$ 199.450,82 (cento e noventa e nove mil, quatrocentos e cinquenta reais e oitenta e dois centavos) [fl. 147]. A pretendida redução para o valor de R\$ 25.256,25 (vinte e cinco mil, duzentos e cinquenta e seis reais e vinte e cinco centavos) baseia-se exclusivamente no pedaço da área do imóvel que a Apelante pretendia expropriar inicialmente. Entretanto, o laudo pericial foi claro sobre o restante da área do imóvel controvertido:

“Observamos na vistoria que **toda a área do imóvel avaliando**, 5.057,24 m² encontra-se inadequada e inutilizada para moradia/lazer devido ao forte odor desagradável proveniente da ETE – Estação de Tratamento de Esgoto da EMBASA, construída em parte da área do Réu, 748,99 m², objeto da presente desapropriação. A casa existente na área remanescente está localizada a 10,00 (dez) metro do limite da ETE da EMBASA, e o vento predominante proveniente do mar atinge a casa constantemente emanando o mau cheiro em toda a sua extensão, e também em toda a área remanescente do Réu.”

(fl. 146 – Excerto do laudo técnico – grifos adotados)

Diante da comprovação de que o uso do restante da área foi inviabilizado pelo mau cheiro proveniente da Estação de Tratamento de Esgoto da Apelante, decidi com acerto o juízo a quo ao reconhecer o direito de extensão com base no aludido laudo:

“Na espécie relatada nos autos aplica-se o denominado direito de extensão, haja vista que restou demonstrado de que o imóvel do requerido sofrera brusca desvalorização com o equipamento público edificado no local, inclusive com a possibilidade de emissão de mau cheiro no tratamento de resíduos do esgoto, que inviabilizou a utilização residencial e comercial da área remanescente do expropriado, portanto, deverá ser indenizado pela totalidade da área do imóvel incluindo as benfeitorias existentes.”

(fl. 256 – Excerto da sentença – grifos adotados)

O posicionamento da sentença, ora ratificado, está em perfeita consonância com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. É ilustrativo o seguinte acórdão da Primeira Turma do STJ, de relatoria do Exmo. Ministro Luiz Fux, quando atuava naquele Tribunal:

ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO. DIREITO DE EXTENSÃO. DECRETO Nº 4.956/1903. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 07/STJ.

1. O direito de extensão ocorre quando o Poder Público invade parte de imóvel (desapropriação indireta), deixando a área remanescente de exercer qualquer atrativo em termos imobiliários, hipótese em que o expropriante deverá indenizar a totalidade do bem.

2. Os critérios de aferimento do Direito de Extensão previsto no Decreto 4.956/1903 estão adstritos às instâncias ordinárias, ante a necessária análise do conjunto fático-probatório, atraindo a incidência da Súmula 07/STJ.

3. Recurso especial não conhecido.
(REsp 617.503/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/04/2004, DJ 14/06/2004, p. 183 – Ementa integral com grifos aditados)

Ressalte-se que, no campo probatório, não houve qualquer impugnação substancial em relação ao laudo apontado. Tanto em primeiro grau, quanto nas razões recursais, as irresignações são genéricas. Não há qualquer razão objetiva para afastar o valor apurado pelo Sr. Perito. Por isso, INDEFIRO o pedido de redução do valor da indenização da área expropriada.

III. MODIFICAÇÃO DA SENTENÇA – NA DESAPROPRIAÇÃO, O TERMO INICIAL DA CORREÇÃO MONETÁRIA É A DATA DE APRESENTAÇÃO DO LAUDO PERICIAL

O juízo *a quo* decidiu que a correção monetária seria devida “*desde a imissão provisória na posse do imóvel* pela autora, em 29 de outubro de 2008” (fl. 257). Verifica-se a ocorrência de *error in iudicando*.

Assiste razão à Apelante ao afirmar que o marco temporal para a correção monetária é a apresentação do laudo técnico, que ocorreu em 18 de outubro de 2010 (fl. 148). Trata-se de imperativo lógico, uma vez que o laudo foi elaborado com o valor da época de sua realização. Ademais, é o entendimento consolidado na jurisprudência do STJ:

4. O valor da indenização deve ser contemporâneo à avaliação, tendo como base o laudo adotado pelo juiz para a fixação do justo preço, pouco importando a data da imissão na posse ou mesmo a da avaliação administrativa. Resp 1.314.758/CE, Relator Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 24/10/2013) e AgRg no Resp 1.395.872/CE, Relator Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 25/10/2013).
(AgRg no REsp 1459124/CE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/09/2014, DJe 10/10/2014 – Excerto da ementa com grifos aditados)

Tendo em vista a incorreção presente na sentença, DEFERE-SE o pedido de reforma pertinente, para definir o termo inicial da correção monetária na data constante no laudo técnico, 18 de outubro de 2010 (fl. 148).

IV. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS REDUZIDOS EM CONFORMIDADE COM A TESE DEFINIDA NO TEMA 184 DOS RECURSOS REPETITIVOS DO STJ – FIXAÇÃO EM 5% DA DIFERENÇA ENTRE O VALOR PROPOSTO INICIALMENTE PELO IMÓVEL E A INDENIZAÇÃO IMPOSTA JUDICIALMENTE

A Apelante alega que o juízo *a quo* teria se equivocado ao fixar os honorários advocatícios em 10% (dez por cento) sobre a totalidade da condenação. Aduziu que a verba deveria ser adequada aos parâmetros do §1º do art. 27 do Decreto-lei 3.365/1941:

Art. 27...

§ 1º A sentença que fixar o valor da indenização quando este for superior ao preço oferecido condenará o desapropriante a pagar honorários do advogado, que serão fixados entre meio e cinco por cento do valor da diferença, observado o disposto no § 4º do art. 20 do Código de Processo Civil, não podendo os honorários ultrapassar R\$ 151.000,00 (cento e cinquenta e um mil reais). (Redação dada Medida Provisória nº 2.183-56, de 2001)

Efetivamente, a decisão do juízo *a quo* contrariou entendimento fixado pelo Superior Tribunal de Justiça, em julgamento sob o rito dos recursos repetitivos, no ano de 2009. Trata-se do Tema 184 dos Recursos Repetitivos, cuja observância é obrigatória em todo o território nacional:

Tema 184 dos Recursos Repetitivos do STJ

Tese fixada: “O valor dos honorários advocatícios em sede de desapropriação deve respeitar os limites impostos pelo artigo 27, § 1º, do Decreto-lei 3.365/41 - qual seja: entre 0,5% e 5% da diferença entre o valor proposto inicialmente pelo imóvel e a indenização imposta judicialmente”.

Mesmo antes da fixação da referida tese, o STJ já havia sumulado, desde o ano de 1995, o entendimento de que, na desapropriação, os honorários advocatícios apenas incidem sobre a diferença entre a indenização e a oferta. Trata-se do enunciado 141 da súmula do STJ:

Súmula 141 do STJ - “Os honorários de advogado em desapropriação direta são calculados sobre a diferença entre a indenização e a oferta, corrigidas monetariamente”.

Diante do trabalho efetuado pelos patronos do Apelado e da importância da causa, em conformidade com a tese fixada no Tema 184 dos Recursos Repetitivos do STJ, DEFIRO o pedido de reforma da sentença para definir os honorários advocatícios sucumbenciais em 5% da diferença entre o valor proposto inicialmente pelo imóvel e a indenização imposta judicialmente.

V. CONCLUSÃO

Ante o exposto, o **VOTO É NO SENTIDO DE CONHECER DO RECURSO DE APELAÇÃO E DAR-LHE PROVIMENTO EM PARTE**, reformando parcialmente a sentença, para definir o termo inicial da correção monetária na data de apresentação do laudo técnico (18 de outubro de 2010) e reduzir os honorários advocatícios sucumbenciais para 5% da diferença entre o valor proposto inicialmente pelo imóvel e a indenização imposta judicialmente. Os demais capítulos da sentença são mantidos inalterados.

TJBA – Apelação Cível nº 0115371-34.1999.8.05.0001, Segunda Câmara Cível, Relator(a): Des. Jatahy Júnior, julgado em 20/06/2017.

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. BALA PERDIDA. PERSEGUIÇÃO POLICIAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. RISCO ADMINISTRATIVO. ÔNUS DA PROVA DO RÉU. FATO EXTINTIVO. DANO MORAL. CONFIGURADO. FIXAÇÃO. CRITÉRIO DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. DANO MATERIAL. COMPROVAÇÃO COM GASTOS MÉDICOS. DANOS ESTÉTICOS E LUCROS EMERGENTES. NÃO COMPROVADOS. JUROS MORATÓRIOS E CORREÇÃO MONETÁRIA. FIXAÇÃO. ÍNDICES LEGALMENTE PREVISTOS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ART. 85, §3º, I, DO CPC. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. SENTENÇA REFORMADA EM PARTE.

O Estado responde objetivamente pelos danos causados ao administrado em razão de ser atingido por bala perdida, decorrente de perseguição policial.

Tratando-se de responsabilidade objetiva, é ônus do réu a prova de alguma das excludentes do nexo de causalidade, de modo a afastar sua responsabilidade pelo evento danoso. Assim, quedando-se inerte quanto à prova nesse sentido, não há como afastar a responsabilidade do Estado a indenizar o autor pelos prejuízos experimentados.

É inconteste que os policiais militares ao dispararem em via pública, mesmo em perseguição, colocam em risco a segurança dos cidadãos, devendo o Estado responder objetivamente pelos danos causados aos jurisdicionados, diante da teoria do risco administrativo.

Na concepção da reparação do dano moral prevalece a orientação de que a responsabilização do agente se opera por força do simples fato da violação (*in re ipsa*), de modo a tornar-se desnecessária a prova do prejuízo em concreto.

No *quantum* da indenização, fixado ao prudente arbítrio do juiz, não há de ser considerada apenas a situação econômica do causador do dano, mas os efeitos ocorridos no patrimônio moral do ofendido, aplicável, *in casu*, a fixação da indenização, de acordo com os critérios da razoabilidade e proporcionalidade. Havendo comprovação do dano material pelos gastos com medicamentos

cabe o ressarcimento, acrescidos de juros e correção monetária do evento danoso (Súmula 43 do STJ).

O dano estético pode ser cumulado com o dano moral, nos termos da súmula 387 do STJ, contudo, inexistindo prova acerca da dimensão e aparência de possível deformidade física permanente em decorrência do projétil, capaz de causar-lhe sofrimento pela deformação, não merece acolhimento.

Os lucros cessantes mesmo imagináveis, requerem a comprovação da efetiva lesão ao patrimônio da vítima, desprezando-se para a sua constatação meras aspirações e suposições.

Os juros de mora e correção monetária devem incidir nos termos legais definidos.

O Estado da Bahia deve arcar com os honorários advocatícios de sucumbência, na forma do inciso I, §3º do art. 85 do CPC.

ACÓRDÃO

Vistos, examinados, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação Cível nº **0115371-34.1999.8.05.0001**, tendo como apelante, **Ariovaldo Albino dos Santos** e apelado, o **Estado da Bahia**.

Acordam os Desembargadores componentes da Segunda Câmara Cível do egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade de sua Turma Julgadora, em **DAR PROVIMENTO EM PARTE À APELAÇÃO** para condenar o Estado da Bahia a indenizar o autor em danos morais no valor de R\$25.000,00 (vinte e cinco mil reais), corrigido monetariamente do arbitramento (Súmula 362, STJ) e os juros de mora, a partir do evento danoso (Súmula 54, STJ) e a quantia de R\$109,12 (cento e nove reais e doze centavos), a título de danos materiais, acrescidos de juros e correção monetária do evento danoso (Súmula 43, STJ), nos índices legalmente fixados, condenando, ainda o réu a arcar com os honorários advocatícios sucumbenciais de 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação, em conformidade com o inciso I, §3º, do art. 85 do CPC, de acordo com o Voto do Relator.

RELATÓRIO

Trata-se de apelação cível interposta por Ariovaldo Albino dos Santos, em desfavor do Estado da Bahia, em face da sentença às fls. 154/157, proferida pelo MM. Juízo da 8ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador, que, nos autos da Ação Ordinária, julgou improcedente os pedidos, condenando o autor a pagar ao réu honorários advocatícios arbitrados em dois salários mínimos.

Irresignado o autor recorre às fls. 161/164, ressaltando que restou comprovado nos autos ter sido atingido por uma “bala perdida”, decorrente de uma perseguição policial, ocasionando-lhe lesões irreparáveis.

Desta forma, requer o provimento do recurso, para que o Estado da Bahia seja compelido a indenizá-lo pelos danos morais e materiais sofridos.

O apelado apresentou contrarrazões às fls. 169/173, pugnando pela manutenção do *decisum*.

Examinados os autos, trouxe-os a julgamento na presente sessão.

VOTO

Cuida-se de Apelação Cível interposta pelo autor contra a sentença que julgou improcedentes os pedidos, condenando-o a pagar ao réu honorários advocatícios arbitrados em dois salários mínimos.

A controvérsia dos autos cinge-se quanto a responsabilidade do Estado em indenizar a parte autora, após ter sido atingida por uma “bala perdida”, em virtude de suposta perseguição policial.

O Magistrado *a quo*, apesar de ter reconhecido o dano moral sofrido pela parte autora, entendeu que não restou comprovado que o causador do dano tivesse sido um preposto do Ente Estatal, afastando a pretensão indenizatória.

Isso porque, na reportagem jornalística constante à fl. 33 dos autos, não constam os nomes de quaisquer policiais militares; notícia acerca da finalização de inquérito policial afirmando a responsabilidade dos agentes nem a realização de perícia técnica de balística, a fim de revelar a origem do projétil.

Acerca da responsabilidade civil da administração pública, a Constituição Federal de 1988 consagra a teoria da responsabilidade objetiva do Estado, no artigo 37, § 6º, que dispõe: “*as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa*”, impondo-lhe o dever de indenizar se se verificar dano ao patrimônio de outrem e nexo causal entre o dano e o comportamento do preposto.

Neste aspecto, analisando os autos verifica-se que apelado comprovou ter sido atingido por um projétil desconhecido na noite do dia 14.12.1997 na região do abdômen, no interior do “bar capitão”, sendo socorrido por policiais militares, que estariam em operação no local.

O fato tornou-se público por meio da notícia jornalística publicada pelo Jornal A TARDE, sob o título: “*bala perdida de soldado PM atinge barriga de segurança*”, do dia 28.12.1997, conforme consta à fl. 33 dos autos.

Da mesma forma, a guia para exame médico-legal (fl. 38) e o laudo médico de fls. 43 atestam que o paciente/apelante foi submetido a “laparotomia exploradora por abdome agudo hemorrágico”, posto que atingido por disparo de arma de fogo.

Ao contrário do quanto afirmado pelo julgador *a quo*, tratando-se de responsabilidade objetiva era ônus do réu a prova de alguma das excludentes do nexo de causalidade, de modo a afastar sua responsabilidade pelo evento danoso. Assim, quedando-se inerte quanto à prova nesse sentido, não há como afastar de plano a responsabilidade do Estado a indenizar o autor pelos prejuízos experimentados.

Decerto, a tese de que o projétil de arma de fogo que causou a lesão não teria sido disparado por policiais militares não restou comprovada nos autos, ônus esse que competiria, como dito, ao Estado. Isso porque, o ônus cabe à parte que o invoca, haja vista tratar-se de fato extintivo do direito do autor, a teor do art. 373 do CPC.

Sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DISPAROS EM VIA PÚBLICA EFETUADOS EM PERSEGUIÇÃO POLICIAL. “BALA PERDIDA” QUE ATINGIU ADOLESCENTE. DANOS ESTÉTICOS. JULGAMENTO EXTRA PETITA. NÃO OCORRÊNCIA. NEXO DE CAUSALIDADE. PROVA TESTEMUNHAL E CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. PERÍCIA TÉCNICA INEXISTENTE. VENIRE CONTRA FACTUM PRÓPRIO. INADMISSÍVEL. ALTERAÇÃO DO ACÓRDÃO. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME FÁTICO PROBATÓRIO. SÚMULA 07/STJ. VALOR DA INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E ESTÉTICOS. RAZOABILIDADE. 1. Cuida-se, na origem, de ação de indenização proposta pela ora recorrida em face do Estado do Espírito Santo, em decorrência de evento ocorrido em 15 de abril de 1982, que a deixou gravemente ferida após confronto entre policiais civis daquele Estado e um fugitivo. 2. Os recursos de apelação interpostos pelas partes devolveram ao Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo o conhecimento de toda a matéria discutida nos autos. Com isso, essa Corte pôde reexaminar o ponto atinente à indenização por danos estéticos, de modo que não há que se cogitar de julgamento extra petita no caso concreto. 3. Ao efetuar incontáveis disparos em via pública, ainda que em virtude de perseguição policial, os agentes estatais colocaram em risco a segurança dos transeuntes, e, por isso, em casos assim, devem responder objetivamente pelos danos causados. 4. O Estado, competente para a conclusão do inquérito policial, alega que, diante da inexistência de exame de balística do projétil que atingiu a autora, há mais de 29 anos, não há meios de lhe imputar a responsabilidade pelo fato, todavia, inadmissível na espécie venire contra factum proprium. 5. Esta Corte já se pronunciou acerca do dever da parte autora em demonstrar o nexo de causalidade e do Estado em provar a sua inexistência (REsp 944.884/RS, relator

para o acórdão Ministro Luiz Fux, DJe 17/04/2008). Sendo assim, é justamente pela falta da referida perícia, que o recorrente não possui meios de comprovar a ausência de tal requisito, sendo assim, bastante para tanto as provas trazidas pela recorrida. [...] Recurso especial conhecido em parte e não provido. (REsp 1236412/ES, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/02/2012, DJe 17/02/2012) [grifei]

Nesse ponto, observa-se que não há nos autos notícia de que o Estado, ora detentor das informações, tenha dignado-se em trazer à tona os boletins de ocorrência na região onde o autor foi atingido a fim de afastar a tese de que os policiais militares não estariam em atividade no momento; que o projétil não pertenceria a qualquer de suas armas; que tenha concluído inquérito policial com o objetivo de apurar os fatos nem arrolou testemunhas, a fim de afastar sua responsabilidade no infortúnio alegado pelo recorrente.

Por outro lado, as testemunhas do autor comprovam a ocorrência de perseguição no local e a lesão ocorrida em virtude perseguição policial, convergindo com o depoimento do autor e as demais provas dos autos.

Veja-se um trecho do quanto afirmado pela Sra. Hilda Maria Silva Souza, fl. 119:

[...] que logo que chegou no bar, em Pernambués, ouviu tiros e uma viatura da PM com policiais atirando, perseguindo outro carro;

Nesse caminho, as declarações do Sr. Salvador da Costa Alves Neto, fl. 118:

[...] soube que o autor estava no “Bar do Capitão” e que veio uma turma em perseguição a bandidos e que ele foi atingido por projétil deflagrado por policiais [...]

Desse modo, restou devidamente comprovado nos autos que o autor foi atingido por disparo de arma de fogo por prepostos do Ente Estatal, decorrente de perseguição policial, o dano sofrido e o nexo causal.

É incontestado que os policiais militares ao dispararem em via pública, mesmo em perseguição, colocam em risco a segurança dos cidadãos, devendo o Estado responder objetivamente pelos danos causados aos jurisdicionados, diante da teoria do risco administrativo adotada pela doutrina e a jurisprudência Pátria. Veja-se:

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. “BALA PERDIDA”. LESÃO AO AUTOR. ORIGEM DO PROJÉTEL. IRRELEVÂNCIA. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO. TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO. NEXO DE CAUSALIDADE. DEVER DE INDENIZAR. Cuida-se de ação de responsabilidade civil em face do Estado do Rio de Janeiro na qual o autor objetiva a condenação por danos morais em razão de ferimento causado por bala perdida durante um confronto entre Policiais militares e meliantes. A bala ficou alojada no peito e não pode ser retirada por recomendações médicas, para evitar eventuais sequelas. O art. 5º, X da Lei Maior positivou o princípio impositivo do dever de cuidado (*neminem laedere*) como norma de conduta, assegurando proteção à integridade patrimonial e extrapatrimonial de pessoa inocente, e estabelece como sanção a obrigação de reparar os danos, sem falar em culpa. A CRFB/88, em seu art. 37, §6º, prestigiou a Teoria do Risco Administrativo como fundamento para a responsabilidade civil do Estado, seja por ato ilícito da Administração Pública, seja por ato lícito. A troca de disparos de arma de fogo efetuada entre policiais e bandidos conforme prova dos autos impõe à Administração Pública o dever de indenizar, sendo irrelevante a proveniência da bala. A conduta comissiva perpetrada, qual seja, a participação no evento danoso causando dano injusto à vítima inocente conduz à sua responsabilização, mesmo com um atuar lícito, estabelecendo-se, assim, o nexos causal necessário. Quantum reparatório arbitrado a título de danos morais em R\$ 20.000,00 se afigura correto e razoável para a reparação do dano extrapatrimonial sofrido. PROVIMENTO DO RECURSO. (TJRJ, APL 00372046120098190001, Des. Roberto de Abreu e Silva, Nona Câmara Cível, Publicado em 24/04/2014)

DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO E APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS COM PEDIDO DE PENSÃO. PERSEGUIÇÃO POLICIAL. TROCA DE TIROS. VÍTIMA ATINGIDA POR BALAS PERDIDAS. RES-

PONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. 1- O Estado responde objetivamente, na seara civil, pelos atos ilícitos praticados por seus agentes no exercício da função ou em razão dela. Incidência do art. 37, § 6º, da CF. NEXO CAUSAL. COMPROVAÇÃO. 2- Não há falar em exclusão do nexos causal, quando demonstrado o dano sofrido pela vítima, em virtude da conduta inadequada e despropositada atribuível ao agente estatal, policial militar que encetou perseguição e troca de tiros com indivíduo suspeito em plena via pública, sem adotar as cautelas devidas, causando risco potencial aos transeuntes e dano concreto e efetivo à vítima, que foi atingida por disparos de arma de fogo e sofreu lesões corporais e sequelas deles decorrentes. EXCLUDENTE DO ESTRITO CUMPRIMENTO DO DEVER LEGAL. 3- Ao efetuar disparos em via pública, ainda que em virtude de perseguição policial, os agentes estatais colocaram em risco a segurança dos transeuntes e, por isso, em casos assim, devem responder objetivamente pelos danos causados. AUTORIA DOS DISPAROS. IRRELEVÂNCIA. 4- Em virtude da falha na prestação do serviço de segurança pública pelos policiais militares, os quais, no exercício de suas funções, devem pautar suas condutas de modo a garantir a integridade física dos indivíduos, em casos tais, torna-se irrelevante a autoria dos disparos. INCAPACIDADE. LAUDO MÉDICO. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO. 5- Não tendo o apelante impugnado o laudo médico quando intimado para se manifestar nos autos, ocorreu a preclusão temporal, restando impossível a rediscussão da matéria. DANO MORAL. CONFIGURAÇÃO. 6- O trauma causado à vítima, aliado às cicatrizes em seu corpo, são aptos, extreme de dúvidas, a impingir-lhe grave sofrimento e abalo psíquico, suficientes à caracterização do dano moral. QUANTUM INDENIZATÓRIO. REDUÇÃO. 7- A fixação dos danos morais encontra-se atrelada ao prudente arbitrio do julgador, em função das circunstâncias e particularidades da ocorrência, não podendo ser fixado em valor elevado que importe em enriquecimento sem causa da parte ofendida, devendo ater-se aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, razão pela qual é de rigor a sua redução. PENSÃO MENSAL. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE RENDA. 8- Inexistindo nos autos provas da quantia percebida mensalmente pela vítima, a pensão mensal deverá ser fixada em um salário-mínimo mensal, devida até que se restabeleça. CONDENAÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA. JUROS DE MORA E CORREÇÃO MONETÁRIA. 9- Sobre a condenação deverá incidir os índices oficiais de remuneração básica, a contar do arbitramento (Súmula nº 362 do STJ), e os juros aplicados à caderneta de poupança, devidos desde o evento danoso (responsabilidade extracontratual), por força do artigo 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, não obstante a declaração de inconstitucionalidade, pelo STF, do artigo art. 100, §12º, da CF. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 5º DA LEI 11.960/09 DECLARADA PELO STF. PENDÊNCIA DE JULGAMENTO DO RE Nº 870947. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. 10- Apesar de o STF ter proferido decisão modulando os efeitos da inconstitucionalidade parcial do artigo 1º-F da Lei federal nº 9.494/2009, reconhecida na ADI nº 4.357/DF, deixo de reformar a decisão monocrática, pois, aos 16/04/2015, a Suprema Corte, no Recurso Extraordinário nº 870947, reconheceu a existência de repercussão geral da questão jurídico-constitucional. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REDUÇÃO. 11- Nas causas em que fosse vencida a Fazenda Pública, os honorários devem ser fixados com base no artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil de 1973, respeitados os critérios elencados nas alíneas do § 3º do mesmo dispositivo legal, quais sejam: a) o grau de zelo do profissional; b) o lugar de prestação do serviço; c) a natureza e a importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço. Revelando-se desproporcional o valor da verba honorária, é de rigor a sua redução. RECURSO VOLUNTÁRIO E REMESSA OBRIGATÓRIA CONHECIDOS E PARCIALMENTE PROVIDOS. SENTENÇA REFORMADA, EM PARTE. (TJGO, DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO 405078-24.2013.8.09.0002, Rel. DR(A). SEBASTIAO LUIZ FLEURY, 4ª CAMARA CIVEL, julgado em 08/09/2016, DJe de 19/09/2016) [grifei]

A pretensão punitiva do Estado deve ser harmonizada com o direito do administrado à honra e à moral. Decerto, a lesão sofrida por arma de fogo enseja prejuízos de ordem moral que são presumíveis, independentemente de prova.

Reconhecidos a responsabilidade Estatal e os danos morais, resta examinar-se a *vexata quaestio* que diz com a fixação do valor da indenização.

É de se ressaltar que a lei não fixa valores ou critérios para a quantificação do valor. Por isso, os Tribunais Superiores têm se pronunciado reiteradamente no sentido de que o valor da

reparação do dano deve ser arbitrado em montante que desestime o ofensor a repetir a falta, sem constituir, de outro lado, enriquecimento indevido.

No que se refere à indenização por danos morais, esta objetiva a reparação de um dano causado, com a consequente diminuição do patrimônio do responsável, de forma a desestimular a repetição do ato ilícito praticado.

A circunstância versada nos autos supera um mero dissabor ou aborrecimento cotidiano, ela atinge a esfera da personalidade. Assim, quanto ao valor a ser fixado, Carlos Alberto Bittar ensina que “na fixação da indenização por dano moral, o julgador deve atentar para as condições das partes, a gravidade da lesão e sua repercussão e as circunstâncias fáticas”. (in *Reparação Civil por Danos Morais*: a questão da fixação do valor, Tribuna da Magistratura, caderno de doutrina, jul/96, p. 36).

Nesse sentido o entendimento do Eminentíssimo Des. SIDNEI BENETI, em voto AgRg no Agravo de Instrumento Nº1.082.051 - SC (2008/0161071-0):

A indenização por danos morais tem como objetivo compensar a dor causada à vítima e desestimular o ofensor de cometer atos da mesma natureza. Não é razoável o arbitramento que importe em uma indenização irrisória, de pouco significado para o ofendido, nem uma indenização excessiva, de gravame demasiado ao ofensor. Por esse motivo, a jurisprudência deste Superior Tribunal orienta que o valor da indenização por dano moral não escapa ao seu controle, devendo ser fixado com temperança.

Outrossim, não se pode cogitar que a intensidade do sofrimento íntimo do autor tenha sido leve, haja vista que na hipótese, tendo sido lesionado por projétil de arma de fogo restaram sequelas além de físicas também psicológicas, necessitando de cirurgia reparadora (fl. 35) e atendimento neurológico (fl. 42). Decerto, é reprovável a atuação negligente de agente do Estado, pois agiu com a falta de cautela devida.

Dentro desses critérios, entendo que o *quantum* indenizatório deve ser fixado em **R\$ 25.000,00** (vinte e cinco mil reais), em conformidade com os critérios da razoabilidade e da proporcionalidade, de acordo com a realidade demonstrada nos autos.

Nos casos de condenação por danos morais, aplica-se a Súmula 362/STJ quanto à correção monetária, a qual deverá incidir desde a data do arbitramento e os juros de mora, a partir do evento danoso, a teor da Súmula 54/STJ, é o entendimento do STJ:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. JUROS MORATÓRIOS E CORREÇÃO MONETÁRIA. OMISSÕES CONFIGURADAS. SÚMULAS 54 E 362/STJ. PRECEDENTES DO STJ. EMBARGOS DECLARATÓRIOS ACOLHIDOS, APENAS COM EFEITOS INTEGRATIVOS. 1. Está pacificado nesta Corte Superior o entendimento de que para as hipóteses de condenação em ações de responsabilidade extracontratual os juros de mora incidem desde a data do evento danoso, nos termos da Súmula 54/STJ. 2. A correção monetária para os valores fixados a título de danos morais deve incidir desde a data da prolação da decisão que estipulou essas indenizações, conforme orientação da Súmula 362/STJ: “A correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento”. 3. Embargos declaratórios acolhidos, apenas com efeitos integrativos. (STJ - EDcl no REsp: 976059 SP 2007/0186830-6. Relator: Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Data de Julgamento: 22/06/2010, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 05/08/2010).

No tocante ao **dano estético**, é possível a cumulação da indenização com dano moral, nos termos da súmula 387 do STJ, contudo, o autor não fez prova acerca da dimensão e aparência de possível deformidade física permanente em decorrência do projétil, capaz de causar-lhe sofrimento pela deformação.

Pelo contrário, o laudo de exame de lesões corporais fls. 91 e verso, faz referência apenas a uma “ferida de formato ovalar infectada, medindo 1,33 centímetros no maior diâmetro”, sem maiores especificações.

Na verdade, deveria o recorrente ter ao menos colacionado ao processo, fotografias ou laudos médicos atestando a presença da lesão e a extensão, capaz de indicar a alteração substancial e duradoura na sua aparência corporal. É o entendimento jurisprudencial:

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - RESPONSABILIDADE OBJETIVA - ACIDENTE COM ÔNIBUS DO MUNICÍPIO - DANO E NEXO DE CAUSALIDADE DEMONSTRADOS - INDENIZAÇÃO - DANOS MORAIS - POSSIBILIDADE - DANO ESTÉTICO - AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE DEFORMIDADE PERMANENTE - IMPOSSIBILIDADE. 1. O Município de Raul Soares sujeita-se à norma prevista no art. 37, § 6º, da Constituição da República, que prevê a responsabilidade objetiva dos entes públicos por atos próprios ou de seus servidores que causem dano ressarcível. 2. Restando comprovado que o acidente ocorreu quando a autora era transportada em veículo fornecido pelo réu e conduzido por servidor público municipal e que as lesões que sofreu foram motivadas pela saída do ônibus da pista e queda na ribanceira, o dever de indenizar é imperativo. 3. Para fixação dos danos morais deve-se levar em conta as condições econômicas das partes, as circunstâncias em que ocorreu o fato, o grau de culpa do ofensor, a intensidade do sofrimento da vítima, devendo-se ainda considerar o caráter repressivo e pedagógico da reparação. 4. Não há que se falar em dano estético quando não comprovada a deformidade física permanente sofrida. (TJMG - Apelação Cível nº 1.0540.07.010628-6/002, Relator(a): Des.(a) Edilson Fernandes, 6ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 12/07/2016, publicação da súmula em 22/07/2016) [grifei]

O **dano material**, como sabido, também depende de prova, o que restou comprovado apenas pelos gastos com medicamentos às fls. 51/54, totalizando a quantia de R\$ 109,12 (cento e nove reais e doze centavos), acrescidos de juros e correção monetária do evento danoso (Súmula 43 do STJ).

Atinente aos **lucros cessantes** sustenta o autor que ficou impedido de trabalhar, fazendo jus à respectiva reparação. O alegado prejuízo patrimonial, apesar de ser imaginável, não ficou evidenciado, posto que, como dito, requer a comprovação da efetiva lesão ao patrimônio da vítima, desprezando-se para a sua constatação meras aspirações e suposições.

O contrato de pugilista apresentado às fls. 81/82 é desprezível, haja vista ser anterior à data do sinistro, mesmo porque, se trata de contrato por obra certa. Na verdade, o autor não demonstrou o recebimento de quantia mensal como pugilista nem qualquer outra atividade, apenas mencionou em seu depoimento à fl. 117, receber supostamente entre R\$ 4.000,00 e R\$ 5.000,00 como segurança esporadicamente. Tal afirmativa sequer foi confirmada por suas testemunhas.

Por fim, tratando-se de condenação imposta à Fazenda Pública, os juros de mora serão calculados, a partir da citação, nos seguintes moldes: (a) no percentual de 1% ao mês, nos termos do Decreto nº 2.322/87, até 27 de agosto de 2001, data de publicação da Medida Provisória nº 2.180-35, que acresceu o art. 1º-F à Lei nº 9.494/97; (b) no percentual de 0,5% ao mês, a partir da MP nº 2.180-35/2001 até o advento da Lei nº 11.960 de 30/06/2009, que alterou o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97; (c) a partir de 29/06/2009, com base no índice oficial de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, nos termos da regra do art. 1º-F da Lei nº 9.494/1997, com redação da Lei 11.960/09.

A correção monetária a incidir utilizando-se o índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança, qual seja, o índice da TR - Taxa Referencial.

Do exposto, voto no sentido de **DAR PROVIMENTO EM PARTE À APELAÇÃO**, para condenar o Estado da Bahia a indenizar o autor em danos morais no valor de R\$25.000,00 (vinte e cinco mil reais), corrigido monetariamente do arbitramento (Súmula 362, STJ) e os juros de mora, a partir do evento danoso (Súmula 54, STJ) e a quantia de R\$ 109,12 (cento e nove reais e doze centavos), a título de danos materiais, acrescidos de juros e correção monetária do evento danoso (Súmula 43, STJ), nos índices legalmente fixados.

Condene, ainda, o réu a arcar com os honorários advocatícios de 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação, em conformidade com o inciso I, §3º, do art. 85 do CPC.

TJBA – Remessa Necessária nº 0516790-62.2015.8.05.0001, Quarta Câmara Cível, Relator(a): Des. José Olegário Monção Caldas, julgado em 06/09/2016.

REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO TRIBUTÁRIO. IPTU. SENTENÇA QUE DECLARA INCONSTITUCIONAL A LEI MUNICIPAL Nº 8464/2013 E A INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 12/2013. AFRONTA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA LEGALIDADE E ANTERIORIDADE NONAGESIMAL. AUMENTO DA BASE DE CÁLCULO DO IPTU. UTILIZAÇÃO DE TABELAS COMPOSTAS DE FAIXAS QUE NÃO ESPECIFICAM VALORES. DETERMINAÇÃO FINAL DOS VALORES VENAIS DOS IMÓVEIS PELO ÓRGÃO MUNICIPAL. AUMENTO DO IMPOSTO NO PERCENTUAL DE 100%. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA. IMPOSSIBILIDADE.

O Apelado foi surpreendido com o aumento de 100% do valor do seu IPTU dos exercícios de 2014 e 2015, através de tabelas de receita, instituídas pela Lei Municipal nº 8464/2013, que determinam intervalos de valores venais e não os explicita numericamente. Para que o contribuinte identifique em que faixa se encontra seu imóvel necessário se faz recorrer à Instrução Normativa nº 12/2013.

É cediço que a Administração Pública deve atender ao princípio da legalidade estrita, sendo suas ações pautadas na legislação.

In casu, a Municipalidade majora a alíquota do tributo classificando os imóveis em “Faixas”, o que se revela inconstitucional, pois apenas lei em sentido estrito pode prever critérios aplicados quando da avaliação do imóvel.

Destarte, não poderia o Poder Executivo adentrar nessa seara, seja para definir, seja para modificar qualquer dos elementos da relação tributária. Ademais, referida IN nº 12/2013 foi publicada em 20.12.2013, portanto, menos de 90 (noventa) dias antes da cobrança da exação, afrontando o princípio da anterioridade nonagesimal disposto no artigo 150, inciso III, c, da Constituição Federal.

Não merece qualquer retoque a sentença apelada.

APELAÇÃO NÃO PROVIDA.

SENTENÇA MANTIDA EM REEXAME NECESSÁRIO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de **Remessa Necessária nº 0516790-62.2015.8.05.0001**, da Comarca de Salvador, em que litigam **MUNICÍPIO DO SALVADOR E ITAJUBÁ HOTEIS E TURISMO LTDA.**

Acordam os Desembargadores integrantes da Turma Julgadora da Quarta Câmara Cível deste Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à **unanimidade**, nos termos do voto do Relator, parte integrante deste acórdão **em negar provimento ao apelo e manter a sentença em reexame necessário**, pelas razões explicitadas abaixo.

RELATÓRIO

Cuida-se de Reexame Necessário encaminhado pelo MM juiz de Direito da 1ª Vara da Fazenda Pública de Salvador e Apelação Cível interposta pelo **Município do Salvador** em face de **Itajubá Hotéis e Turismo Ltda.** A sentença julgou procedentes em parte os pedidos formulados pelo autor na exordial, determinando que o Município se abstenha da cobrança do IPTU do Imóvel do demandante de inscrição imobiliária nº 61634-6, na forma como lançados nos exercícios de 2014 e 2015, que seja cancelado esse lançamento para que outro seja efetuado, tendo como base o montante cobrado no exercício de 2013, acrescido do percentual correspondente

ao Índice Nacional de Preços ao Consumidor (INPC) no período. Ainda decidiu que na hipótese do imposto ter sido pago, reconheceu à Autora o direito à restituição ou compensação dos valores pagos a maior. Condenou ainda a Municipalidade no pagamento das custas processuais e honorários advocatícios arbitrados em 5% (cinco por cento) sobre o valor da causa, nos termos do artigo 20, §4º do CPC/73.

Inconformado, o Município do Salvador interpõe recurso de Apelação Cível aduzindo a constitucionalidade da Lei Municipal nº 8464/2013, estando todas as alíquotas previstas na Lei e modificado apenas o critério de progressividade. Sustenta que os regulamentos e instruções normativas a partir de então editados compreendem o regular procedimento administrativo de aplicação da lei, que traz todos os parâmetros e critérios definidores da alíquota, cabendo aos atos regulamentares sua mera explicitação.

Acrescenta que o critério da Planta Genérica de Valores é extremamente técnico e busca individualizar características do imóvel, que permite a prática dos atos administrativos individuais de lançamento de modo adequado. Afirma que a legitimidade do fim perseguido é evidente, já que se trata de plena exploração da base de impostos pelo ente federado municipal. Assevera a adequação dos meios utilizados, de modo a adotar uma base de cálculo condizente com a realidade atual do mercado imobiliário e pela mudança de regime de progressividade das alíquotas.

Por fim requer o provimento da Apelação e a reforma da sentença, reconhecendo a legalidade e constitucionalidade do lançamento fiscal, em derredor do IPTU cobrado pelo Município do Salvador.

Contrarrazões apresentadas às fls. 273-299.

Os autos vieram-me conclusos.

VOTO

Inicialmente, vale registrar que a sentença foi proferida em 30.07.2015, momento em que o ato torna-se perfeito e acabado, surgindo para as partes o direito ao recurso, motivo pelo qual aplica-se a legislação vigente à época, o Código de Processo Civil de 1973.

Trata-se de Reexame Necessário e recurso de Apelação Cível em que litigam o **Município do Salvador e Itajubá Hotéis e Turismo Ltda** contra a sentença proferida pelo MM juiz singular que reconheceu ao contribuinte, proprietário do imóvel de inscrição imobiliária nº 61634-6, localizado na Rua Doutor João Mendes da Costa Filho, nº 125, Jardim Armação, nesta Capital, o direito a ter o lançamento do respectivo IPTU com base no exercício anterior acrescido de atualização pelo INPC.

O imóvel em tela teve o IPTU do exercício de 2013 no valor de R\$ 125.231,69 (cento e vinte e cinco mil, duzentos e trinta e um reais e sessenta e nove centavos), no exercício de 2014, o imposto cobrado foi de R\$ 258.185,35 (duzentos e cinquenta e oito mil, cento e oitenta e cinco reais e trinta e cinco centavos), e no exercício de 2015, o IPTU foi de R\$ 274.451,03 (duzentos e setenta e quatro mil, quatrocentos e um reais e três centavos).

Verifica-se de forma evidente a afronta aos princípios constitucionais da legalidade, razoabilidade e proporcionalidade. O artigo 150, inciso I, da Constituição Federal é expressão do princípio da legalidade, pois veda a União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios exigir ou aumentar tributos sem lei que o estabeleça.

O artigo 97 do Código Tributário Nacional também é expreso:

Art. 97. Somente a lei pode estabelecer:

I - a instituição de tributos, ou a sua extinção;

II - a majoração de tributos, ou sua redução, ressalvado o disposto nos artigos 21, 26, 39, 57 e 65;

II - a definição do fato gerador da obrigação tributária principal, ressalvado o disposto no inciso I do §3º do artigo 52, e do seu sujeito passivo;

IV - a fixação de alíquota do tributo e da sua base de cálculo, ressalvado o disposto nos artigos 21, 26, 39, 57 e 65;

V - a cominação de penalidades para as ações ou omissões contrárias a seus dispositivos, ou para outras infrações nela definidas;

VI - as hipóteses de exclusão, suspensão e extinção de créditos tributários, ou de dispensa ou redução de penalidades.

§ 1º Equipara-se à majoração do tributo a modificação da sua base de cálculo, que importe em torná-lo mais oneroso.

§2º Não constitui majoração de tributo, para os fins do disposto no inciso II deste artigo, a atualização do valor monetário da respectiva base de cálculo.

Destarte, o princípio da legalidade tributária determina que lei especifique os critérios para determinação das circunstâncias e o valor do tributo. Referido princípio atinge todos os tributos, garantindo aos contribuintes segurança jurídica quanto aos elementos que devem estar presentes na incidência tributária, possibilitando ao cidadão prévio conhecimento do valor devido.

In casu, a Lei Municipal nº 8.464/2013, em seu artigo 2º alterou o artigo 73 do Código Tributário do Município de Salvador, Lei nº 7.186/2006, acrescentando os parágrafos 2º e 3º:

Art. 73.

(...)

§ 2º A Secretaria Municipal da Fazenda publicará até 31 de dezembro de cada ano, para vigência no exercício seguinte, as tabelas de alíquotas progressivas para imóveis de uso residencial, não residencial e de terrenos, constantes na Tabela de Receita nº I de que trata o caput deste artigo, bem como o valor das parcelas a deduzir de cada faixa, em função da progressividade da incidência das alíquotas sobre a base de cálculo.

§ 3º Os intervalos de valores venais constantes das tabelas progressivas referidas no parágrafo anterior serão calculadas conforme metodologia constante das correspondentes notas explicativas, tomando-se por base a situação do cadastro imobiliário em 30 de novembro de cada ano.

Assim, com base na alteração promovida pela Lei Municipal nº 8.464/2013, o Secretário da Fazenda deste Município expediu a Instrução Normativa nº 12/2013 que contém em seu anexo as tabelas de alíquotas progressivas do IPTU e os valores das parcelas a deduzir em cada faixa. Percebe-se que a referida lei delegou à Secretaria da Fazenda do Município a atribuição de majorar o tributo pela determinação da alíquota aplicável, ferindo o princípio da reserva legal.

A legislação pátria não permite que decretos e instruções normativas disponham sobre base de cálculo e alíquotas, com alterações que tornem o tributo mais oneroso para o contribuinte, o que apenas lei em sentido formal pode fazê-lo.

A jurisprudência pátria é assente acerca do tema:

TRIBUTÁRIO. IPTU. MAJORAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO POR MEIO DE DECRETOMUNICIPAL. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 160/STJ. 1. Nos termos da jurisprudência pacífica desta Corte, a majoração da base de cálculo do IPTU depende da elaboração de lei, não podendo um simples decreto atualizar o valor venal dos imóveis sobre os quais incide tal imposto com base em uma planta de valores, salvo no caso de simples correção monetária. 2. Não há que se confundir a simples atualização monetária da base de cálculo do imposto com a majoração da própria base de cálculo. A primeira encontra-se autorizada independentemente de lei, a teor do que preceitua o art. 97, § 2º, do CTN, podendo ser realizada mediante decreto do Poder Executivo; a segunda somente poderá ser realizada por meio de lei. 3. Incidência da Súmula 160/STJ: “é defeso, ao município, atualizar o IPTU, mediante decreto, em percentual superior ao índice oficial de correção monetária.” Agravo regimental improvido. (STJ - AgRg no AREsp: 66849 MG 2011/0174910-2, Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS, Data de Julgamento: 06/12/2011, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 14/12/2011).

Vistos etc. Contra o juízo negativo de admissibilidade do recurso extraordinário, exarado pela Presidência do Tribunal a quo, foi manejado agravo. Na minuta, sustenta-se que o recurso extraordinário reúne todos os requisitos para sua admissão. Aparentado o recurso na afronta aos arts. 150, I, e 156, da Lei Maior. É o relatório. Decido. Preenchidos os pressupostos extrínsecos. Da detida análise dos fundamentos da decisão denegatória de seguimento do recurso extraordinário, bem como à luz das razões de decidir adotadas pelo Tribunal de origem, por ocasião do julgamento do recurso veicu-

lado na instância ordinária, concluo que nada colhe o agravo. O entendimento adotado no acórdão recorrido não diverge da jurisprudência firmada no âmbito deste Supremo Tribunal Federal, razão pela qual não se divisa a alegada ofensa aos dispositivos constitucionais suscitados. Nesse sentido: “Recurso extraordinário. 2. Tributário. 3. Legalidade. 4. IPTU. Majoração da base de cálculo. Necessidade de lei em sentido formal. 5. Atualização monetária. Possibilidade. 6. É inconstitucional a majoração do IPTU sem edição de lei em sentido formal, vedada a atualização, por ato do Executivo, em percentual superior aos índices oficiais. 7. Recurso extraordinário não provido.” (RE 648.245/MG, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe 24.02.2014.) Ressalte-se que o Tribunal de origem lastreou-se na prova produzida para firmar seu convencimento acerca da existência, na espécie, de efetiva majoração da base de cálculo do IPTU por meio da Instrução Normativa em questão. Nesse contexto, somente mediante o revolvimento do quadro fático delineado seria possível aferir a ocorrência de eventual afronta aos preceitos constitucionais invocados no apelo extremo. Inadmissível, pois, o recurso extraordinário, em face do óbice da Súmula 279/STF: “Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário.” Nesse sentir, não merece processamento o apelo extremo, consoante também se denota dos fundamentos da decisão que desafiou o recurso, aos quais me reporto e cuja detida análise conduz à conclusão pela ausência de ofensa direta e literal a preceito da Constituição da República. Nego seguimento (art. 21, § 1º, do RISTF). Publique-se. Brasília, 11 de março de 2014. Ministra Rosa Weber Relatora (STF - ARE: 792219 PE, Relator: Min. ROSA WEBER, Data de Julgamento: 11/03/2014, Data de Publicação: DJe-051 DIVULG 14/03/2014 PUBLIC 17/03/2014).

Ademais, referida Instrução Normativa nº 12/2013 foi publicada em 20.12.2013, menos de 90 (noventa) dias antes da cobrança do tributo, afrontando o princípio da anterioridade nagesimal insculpido no artigo 150, inciso III, alínea c, da Constituição Federal:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça;

II - instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos;

III - cobrar tributos:

a) em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado;

b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou;

c) antes de decorridos noventa dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou, observado o disposto na alínea b.

Constata-se no caso dos autos evidente violação a princípios consagrados pela Carta Magna, ferindo a segurança jurídica que deve pautar a relação entre cidadãos e Administração Pública. A majoração abrupta da base de cálculo do IPTU, inclusive desproporcional à inflação e ao aumento do poder aquisitivo do contribuinte refletem a violação supramencionada nos seus aspectos de previsibilidade, estabilidade e confiança.

Portanto, acertada a decisão singular, bem fundamentada em todos os seus termos, detalhando as violações perpetradas pelo Município recorrente.

Diante do exposto, voto no sentido de **negar provimento à Apelação Cível, mantendo a sentença em reexame necessário.**

TJBA – Remessa Necessária n.º 0518592-32.2014.8.05.0001, Quarta Câmara Cível, Relator(a): Desª. Heloísa Pinto de Freitas Vieira Graddi, julgado em 07/06/2016.

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ICMS. LEITE EM PÓ. BASE DE CÁLCULO. REDUÇÃO. COMPOSTO LÁCTEO. EXTENSÃO.

CTN, ART. 111, II. VEDAÇÃO. SENTENÇA. REEXAME NECESSÁRIO. MODIFICAÇÃO.

I – A teor do disposto no artigo 87, inciso XXI, do Decreto nº 6.284/1997, dentre as hipóteses de redução da base de cálculo do ICMS, estavam previstas as operações internas que envolvessem leite em pó.

II – A norma que dispõe acerca de isenção tributária deve ser interpretada literalmente, conforme estabelece o artigo 111, inciso II, do Código Tributário Nacional.

III – A redução da base de cálculo equivale à isenção tributária parcial, razão porque o benefício concedido ao leite em pó não pode ser estendido ao composto lácteo em pó, por interpretação extensiva realizada pelo Judiciário, vez que compete, tão somente, ao Executivo abdicar de sua própria receita.

IV – Evidenciada a realização de pagamento a menor do ICMS incidente sobre o composto lácteo em pó, imperativa é a improcedência da demanda.

V – Modificada a sentença em reexame necessário, impõe-se a inversão do ônus da sucumbência.

SENTENÇA MODIFICADA.**ACÓRDÃO**

VISTOS, relatados e discutidos estes autos do **REEXAME NECESSÁRIO nº 0518592-32.2014.8.05.0001**, em que é **remetente** o JUIZ DE DIREITO DE SALVADOR 11ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA e **interessados** o ESTADO DA BAHIA E A NESTLÉ BRASIL LTDA,

ACORDAM os Desembargadores componentes da Turma Julgadora da Quarta Câmara Cível, do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade, em **MODIFICAR A SENTENÇA EM NECESSÁRIO REEXAME** e o fazem pelas razões que integram o voto.

RELATÓRIO

A NESTLÉ BRASIL LTDA., ajuizou ação anulatória de débito fiscal, com pedido de antecipação dos efeitos da tutela, contra o ESTADO DA BAHIA, processo com trâmite na 11ª Vara da Fazenda Pública de Salvador.

Relatou que, no auto de infração nº 206900.0075/12-2, restou consignado recolhimento a menor de ICMS em operação de saída do leite em pó IDEAL, sachê 50x200g, realizada no período de novembro de 2007 a dezembro de 2009.

Sustentou que, em razão da mercadoria ser leite em pó, conforme parecer do INT – Instituto Nacional de Tecnologia, recolheu o imposto com a alíquota de 7%, com respaldo no artigo 87, inciso XXI do RICMS/Ba, inexistindo, a seu ver, diferença a ser restituída.

Requeru, em antecipação da tutela recursal, a suspensão da exigibilidade do referido débito e a não cessação dos benefícios fiscais, no âmbito do programa DESENVOLVE, em razão da mencionada dívida. No mérito, requereu a procedência da demanda, com o cancelamento definitivo do débito fiscal objeto do auto de infração nº 206900.0075/12-2.

Instruiu a inicial com documentos de fls. 30/117.

Em petição de fls. 118/125, a Autora requereu a admissão da caução, prestada mediante carta de fiança, no valor de R\$2.366.755,10 (dois milhões, trezentos e sessenta e seis mil, setecentos e cinquenta e cinco reais e dez centavos); pediu, ainda, que o suposto crédito tributário não fosse motivo para eventual suspensão dos benefícios fiscais recebidos pelo programa DESENVOLVE; e, além disso, pleiteou a comprovação da sua regularidade fiscal e a emissão de certidão positiva com efeitos de negativa de tributos estaduais.

Anexou os documentos de fls. 126/136.

Às fls. 139/140, o magistrado deferiu, em parte, a antecipação da tutela e determinou ao Réu a expedição da certidão positiva com efeito de negativa para a Autora.

Em defesa de fls. 151/166, o Réu pugnou pela a revogação da antecipação da tutela e, no mérito, requereu a improcedência da demanda.

A réplica foi apresentada às fls. 168/180.

Às fls. 185/187, o Réu impugnou o parecer técnico da INT – Instituto Nacional de Tecnologia (fls. 65/78) e os documentos de fls. 79/92, por não substituírem o parecer do perito do Juízo.

A sentença de fls. 191/193 confirmou os efeitos da tutela deferida antecipadamente e julgou procedente a ação, determinando o cancelamento definitivo do referido débito fiscal. Por fim, condenou o Réu ao ressarcimento das custas judiciais e ao pagamento dos honorários advocatícios, fixados em R\$10.000,00 (dez mil reais).

Conforme a certidão de fl. 205, as partes não se insurgiram contra o *decisum*.

Os autos subiram por força de remessa necessária.

Às fls. 211/215, a Procuradoria da Justiça informou não ter interesse em intervir no feito.

VOTO

Submete-se à apreciação desta Corte o necessário reexame da pretensão da NESTLÉ BRASIL LTDA de cancelamento do débito fiscal objeto do auto de infração nº 206900.0075/12-2, sob o argumento de que o ICMS foi devidamente recolhido.

O Decreto nº 6.284/1997, que regulamentava o ICMS no âmbito do Estado da Bahia, especificamente no artigo 87, inciso XXI, incluiu, dentre as hipóteses de redução da base de cálculo, as operações internas envolvendo leite em pó.

A redução da base de cálculo foi fixada em 58,825% (cinquenta e oito inteiros e oitocentos e vinte e cinco milésimos por cento), de forma que a carga tributária incidente passou a corresponder a 7% (sete por cento).

Eis o dispositivo:

Art. 87. É reduzida a base de cálculo:

[...]

XXI - das operações internas com leite em pó em 58,825% (cinquenta e oito inteiros e oitocentos e vinte e cinco milésimos por cento), de forma que a carga tributária incidente corresponda a 7% (sete por cento);

Com o advento do Decreto nº 13.780/2012, em seu artigo 268, inciso XXV, foi mantida, no mesmo percentual, a previsão de redução da base de cálculo do ICMS para as operações internas envolvendo o leite em pó, *in litteris*:

Art. 268. É reduzida a base de cálculo:

[...]

XXV - das operações internas com leite em pó, de forma que a carga tributária incidente corresponda a 7% (sete por cento);

Já o Decreto nº 14.681/2013, por sua vez, alterou a redação do mencionado dispositivo normativo, e passou a prever a redução da base de cálculo do referido imposto, no mesmo percentual, tanto ao leite em pó quanto ao composto lácteo em pó.

Confira-se:

Art. 268. É reduzida a base de cálculo:

[...]

XXV - das operações internas com leite em pó e composto lácteo em pó, de forma que a carga tributária incidente corresponda a 7% (sete por cento);

Na hipótese, sustenta o ESTADO DA BAHIA que o recolhimento do ICMS para o produto NESTLÉ IDEAL deveria corresponder ao percentual de 17% (dezessete por cento), vez

que, à época do fato gerador, a redução da base de cálculo do referido imposto não se estendia às bebidas lácteas em pó.

Importa-nos, portanto, no caso *sub judice*, verificar se, no período de novembro de 2007 a dezembro de 2009, o recolhimento do ICMS foi realizado de maneira adequada.

Vejamos:

Naquela época vigorava a norma disposta no Decreto nº 6.284/1997, que, como já mencionado, estabelecia a redução da base de cálculo apenas para as operações internas envolvendo leite em pó.

Posteriormente, em 2013, o referido Decreto foi alterado e a redução da base de cálculo do ICMS se estendeu também aos compostos lácteos em pó. Todavia, a benesse não pode ser aplicada à circulação de produtos lácteos em pó no período pretérito (2007/2009) ora discutido, porque a lei material não pode retroagir para beneficiar o postulante.

Assim, devido é o pagamento do ICMS com a carga tributária de 17% (dezessete por cento).

Conforme estabelece o artigo 665 do Decreto 30.691/52, “*entende-se por Leite em Pó o produto obtido por desidratação do leite de vaca integral, desnatado ou parcialmente desnatado e apto para alimentação humana, mediante processos tecnologicamente adequados.*”

Em parecer elaborado pelo Instituto Nacional de Tecnologia – INT, ligado ao Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação, concluiu-se que o produto NESTLÉ IDEAL guarda harmonia com a definição de “*leite em pó, grânulos ou outras formas sólidas, com um teor, em peso, de matérias gordas, superior a 1,5%*”, vez que é produzido a partir de leite em pó, possuindo em sua composição um teor de matéria gorda de 21,1%. (fl. 77).

Saliente-se, entretanto, que, apesar da similitude do referido produto ao leite em pó, o mesmo não o é, tratando-se de composto lácteo em pó.

O artigo 675 do referido Decreto 30.691/52 define o composto lácteo como “*produtos oriundos de misturas de leite em natureza ou evaporados, com farináceos, ovos, açúcares, sais minerais, vitaminas naturais ou sintéticas e outros permitidos, com denominação ou não de fantasia.*”

A instrução normativa nº 28, de 12/06/2007, do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, por sua vez, define, no item 2 do seu anexo, o composto lácteo nos seguintes termos:

2.1.1. Composto Lácteo: é o produto em pó resultante da mistura do leite (1) e produto(s) ou substância(s) alimentícia(s) láctea(s) (2) ou não láctea(s) (3), ou ambas (4), adicionado ou não de produto(s) ou substância(s) alimentícia(s) láctea(s) ou não láctea(s) ou ambas permitida(s) no presente Regulamento, apta(s) para alimentação humana, mediante processo tecnologicamente adequado. Segundo tal Regulamento, os ingrediente lácteos devem representar no mínimo 51% (cinquenta por cento) massa/massa (m/m) do total de ingredientes (obrigatórios ou matéria-prima) do produto).

O produto NESTLÉ IDEAL, **como indicado em sua embalagem**, é composto lácteo, que não se confunde com leite, pelas razões já expostas, não podendo, consequentemente, ter os benefícios fiscais estabelecidos àquele.

Inobstante a proximidade da definição do composto lácteo em pó com a do leite em pó, detectada pelo INT, o artigo 111, inciso II, do Código Tributário Nacional estabelece que a legislação tributária, que dispõe sobre outorga de isenção, seja interpretada literalmente, o que veda a concessão do benefício tributário à hipótese não prevista na norma.

Confira-se:

Art. 111. Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre:

I - suspensão ou exclusão do crédito tributário;

II - outorga de isenção;

III - dispensa do cumprimento de obrigações tributárias acessórias.

Registre-se que, segundo a inteligência do Supremo Tribunal Federal, a redução da base de cálculo do tributo corresponde à outorga de isenção parcial, o que possibilita a aplicação do referido dispositivo à hipótese em exame.

Observe-se:

TRIBUTO. Imposto sobre Circulação de Mercadorias. ICMS. Créditos relativos à entrada de insumos usados em industrialização de produtos cujas saídas foram realizadas com redução da base de cálculo. Caso de isenção fiscal parcial. Previsão de estorno proporcional. Art. 41, inc. IV, da Lei estadual nº 6.374/89, e art. 32, inc. II, do Convênio ICMS nº 66/88. Constitucionalidade reconhecida. Segurança denegada. Improvimento ao recurso. Aplicação do art. 155, §2º, inc. II, letra “b”, da CF. Alegação de mudança da orientação da Corte sobre os institutos da redução da base de cálculo e da isenção parcial. Distinção irrelevante segundo a nova postura jurisprudencial. Acórdão carente de vício lógico. Embargos de declaração rejeitados. **O Supremo Tribunal Federal entrou a aproximar as figuras da redução da base de cálculo do ICMS e da isenção parcial, a ponto de as equiparar, na interpretação do art. 155, § 2º, II, “b”, da Constituição da República.**

(STF, RE 174478 ED, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 14/04/2008, DJe-097 DIVULG 29-05-2008 PUBLIC 30-05-2008 EMENT VOL-02321-02 PP-00243)

Em situações similares, onde a pretensão do contribuinte é a extensão da redução da base de cálculo a produtos não descritos nas Resoluções do ICMS, os Tribunais de Justiça têm julgado improcedente a demanda, com respaldo na referida norma tributária, que veda a interpretação ampliativa da outorga de isenção parcial.

Neste sentido:

MANDADO DE SEGURANÇA - APELAÇÃO CÍVEL - ICMS - REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO NA IMPORTAÇÃO DE AERONAVES USADAS - IMPORTAÇÃO POR CONTA E ORDEM DE TERCEIROS - REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO - IMPOSSIBILIDADE DE EXTENSÃO DO BENEFÍCIO FISCAL A HIPÓTESES NÃO ABRANGIDAS PELA CLÁUSULA PRIMEIRA, IX E X, DO CONVÊNIO ICMS Nº 75/91 - TRATADO INTERNACIONAL - APLICAÇÃO CONFORME MERCADORIAS NACIONAIS - IGUALDADE NO TRATAMENTO - DECISÃO REFORMADA. **1. Estabelece o Convênio ICMS nº 75/91, regulamentado pelo Anexo IV do RICMS/02 que a redução da base de cálculo incidirá na importação por conta e ordem de terceiros somente nas hipóteses elencadas na cláusula 1ª, IX e X e § 1º. Admitir a redução da base de cálculo nessa modalidade de importação fora das hipóteses legais importa em violação ao art. 111, II, do CTN, que expressa e excepcionalmente, determina a interpretação literal da legislação tributária que disponha sobre a outorga de isenção.** 2. Os países signatários do GATT se comprometeram a dar ao produto estrangeiro equivalência de tratamento comercial e tributário ao produto similar nacional. 3. A redução da base de cálculo do ICMS não se aplica a todas as mercadorias usadas. 4. A mercadoria usada nacional somente tem direito ao benefício se já tiver sido tributada integralmente pelo ICMS, condição que a mercadoria importada não cumpre. 5. No presente caso, conceder a redução da base de cálculo resultaria em tratamento mais benéfico ao produto importado, em detrimento do similar nacional. 6. Segurança denegada. (TJMG - Mandado de Segurança 1.0000.14.043282-4/000, Relator(a): Des.(a) Raimundo Messias Júnior, 2ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 08/04/2015, publicação da súmula em 15/04/2015)

MANDADO DE SEGURANÇA ALEGAÇÃO DE ILEGALIDADE DECORRENTE DA RECUSA DE ISENÇÃO FISCAL QUANTO A RECOLHIMENTO DE ICMS SOBRE OPERAÇÃO IMPORTAÇÃO DE MOTOR, PARA USO EM EMBARCAÇÃO INSCRITA NO REGISTRO ESPECIAL BRASILEIRO PLEITO PELA EQUIPARAÇÃO À ATIVIDADE DE EXPORTAÇÃO COM BASE NA LEI Nº 9.432/97 A **DEVE PREVALECER A INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA DA LEI, CONFORME DISPOSTO NO ART. 111 DO CTN O § 9º, DO ART. 11 DA LEI Nº 9.432/97 NÃO EXPLÍCITA A IMPORTAÇÃO DE PARTES, PEÇAS, COMPONENTES, AINDA QUE SEJAM PARA EMPREGO EM CONSTRUÇÃO NAVAL NÃO SE PODE INTERPRETAR A PREVISÃO DE ISENÇÃO**

DE FORMA AMPLIATIVA SITUAÇÃO NÃO PREVISTA EM LEI INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE NA EXIGÊNCIA DO ICMS SEGURANÇA DENEGADA PELOS FUNDAMENTOS CONSTANTES DO VOTO RELATOR UNANIMIDADE.

(TJPA - MS: 201030025519 PA, Relator: MARIA DE NAZARE SAAVEDRA GUIMARAES, Data de Julgamento: 29/10/2010, CÂMARAS CÍVEIS REUNIDAS, Data de Publicação: 06/11/2013)

Evidenciado que o produto NESTLÉ IDEAL não é leite em pó, vedada é a intervenção do Judiciário, por meio de técnica de interpretação ampliativa, para realizar tarefa reservada ao Executivo, que, na condição de ente tributante, é quem detém, exclusivamente, autonomia para abdicar de sua receita.

Com tais razões, imperiosa é a modificação da sentença, a fim de julgar improcedente a demanda.

Reformada a sentença em reexame necessário, impositiva é a inversão do ônus da sucumbência, competindo à NESTLÉ BRASIL LTDA arcar com o pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, nos moldes fixados pelo julgador precedente.

Nestes termos, **MODIFICO A SENTENÇA EM REEXAME NECESSÁRIO.**

TJBA – Apelação Cível nº 0066836-25.2009.8.05.0001, Quarta Câmara Cível, Relator(a): Des. Emílio Salomão Pinto Resedá, julgado em 16/12/2016.

APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO. TRIBUTÁRIO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO TRIBUTÁRIO. ISSQN. RETENÇÃO. PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. SENTENÇA MINIMAMENTE FUNDAMENTADA. PRELIMINAR. REJEIÇÃO. LANÇAMENTO POR ARBITRAMENTO. ALEGADA SONEGAÇÃO FISCAL. INOCORRÊNCIA. O ARBITRAMENTO É O RECURSO EXTREMO E RADICAL DE QUE SE PODE VALER O FISCO, EM SUA ATIVIDADE FISCALIZADORA E LANÇADORA DE OFÍCIO, NA IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECER A VERDADE FISCAL DO CONTRIBUINTE, EM FACE DE ARTIFÍCIOS USADOS PELO MESMO. FICÇÃO FISCAL, QUE DEVE APROXIMAR-SE O QUANTO POSSÍVEL DA SITUAÇÃO REAL QUE SE TEM POR ALVO DE EXAME E TRIBUTAÇÃO. ART. 148, DO CTN. PERÍCIA JUDICIAL. ELEMENTOS DE CONVENCIMENTO. AUTOS. NÃO DEMONSTRAÇÃO DAS IRREGULARIDADES APONTADAS PELO RECORRENTE, COM A SUPOSTA SONEGAÇÃO TRIBUTÁRIA DO RECORRIDO. PRESUNÇÕES. BENEFÍCIO. FISCO. INAPROVEITAMENTO. CONDUTA ADMINISTRATIVA E FISCAL EM RECORRER AO CAMINHO MAIS CURTO, AO INVÉS DE PROCEDER A UM EXAME MINUCIOSO NAS CONTAS DO APELADO. DOCUMENTOS NECESSÁRIOS. DISPOSIÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS ARBITRADOS DE ACORDO COM A REGRA DO ARTIGO 20, §3º, DO CPC. APELO DESPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA EM REEXAME NECESSÁRIO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação nº 0066836-25.2009.8.05.0001, de Salvador, em que são partes as acima nominadas.

ACORDAM os Desembargadores componentes da Turma Julgadora da Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Bahia, à unanimidade, **REJEITAR A PRELIMINAR DE NU-**

LIDADE DA SENTENÇA, NEGAR PROVIMENTO ao apelo e **CONFIRMAR A SENTENÇA**, em reexame necessário, pelas razões adiante expostas:

RELATÓRIO

Adoto o relatório da sentença de fls. 2404/2410, que julgou procedente o pleito inicial, reconhecendo a nulidade do auto de infração nº 2592U, cujo julgado foi submetido a reexame necessário, por força do art. 475, II, do CPC, acrescentando que não se conformando com a mesma, o Município do Salvador apelou, fls. 2412/2424, alegando, em síntese, que o “*decisum não indica com precisão o porque de “o procedimento adotado pelo Fisco ter apresentado falhas”, tampouco os motivos que levaram este juízo a entender que as conclusões do perito “contrariam o quanto apurado pelo agente fiscalizador”, deixando de trazer aos autos uma correlação com o laudo pericial, apontando em que pontos e em que documentações apresentadas no laudo se fundamenta sua decisão*”, razão pela qual afirmou ser a sentença nula. Afirma que o objeto da autuação é a diferença por ele apurada, deduzida a importância já retida e recolhida aos cofres públicos e que, consoante dispõe o parágrafo único, do art. 3º, da Lei Federal 6.830/80, a presunção de certeza e liquidez que escuda o título somente pode ser ilidida por prova inequívoca, a cargo do executado ou de terceiro, a quem aproveite e, nesse sentido, sustenta que a fundamentação da sentença é insuficiente e rasa, mormente em face da complexidade da causa. Meritoriamente, aponta a possibilidade de adoção da técnica de arbitramento da base de cálculo, conforme arts. 148, do CTN e 248, §3º, da Lei Municipal nº 4.279/90, acrescentando que foi necessário o perito circularizar com os prestadores de serviços em razão da inexatidão dos dados constantes na contabilidade fiscal do recorrido, constatando, também, a falta de escrituração do livro de ISSQN para registrar obrigações acessórias, tanto na data da perícia administrativa fiscal decorrente da lavratura do auto, quanto no momento da realização da perícia judicial. Afirma, ainda, que o diário do ano de 1993 não foi examinado na perícia e somente foram disponibilizados quatro dos contratos relacionados no auto de infração, além de que “*o próprio Apelado admite que deixou de expedir notas fiscais, emitindo em lugar delas autorizações e recibos de receitas de serviços, o que, por si só, caracteriza sonegação fiscal*”, acrescentando que o próprio perito informa que as notas fiscais apresentadas não possuem retenções do ISSQN e que a perícia administrativa indicou a retenção/recolhimento parcial, sem o volume total das retenções e não representou todos os contratos listados no processo administrativo fiscal. Assim, não lhe restou outra alternativa senão a de se adotar a técnica de arbitramento da base de cálculo do ISSQN. Irresignou-se, por fim, quanto à condenação em honorários, alegando a ocorrência de ofensa ao §4º, do art. 20, do CPC, requerendo a sua minoração para o percentual de 0,5% do valor da causa.

Nas contrarrazões, fls. 2437/2471, o apelado pugna pelo improvimento do recurso.

Na condição de relator elaborei este relatório que o submeto à Douta consideração do Eminentíssimo Revisor.

VOTO

Trata-se de apelação interposta em face da sentença que julgou procedente o pleito anulatório de débito fiscal, formulado em feito onde restou demonstrado o equivocadamente lançamento tributário com esteio na técnica de arbitramento, reconhecendo-se a nulidade do auto de infração.

A preliminar de nulidade da sentença por falta de fundamentação não merece acatamento, pois é certo que a exigência de fundamentação das decisões judiciais tem previsão constitucional - art. 93, inciso IX da CF/88 -, obrigando que o julgador exponha os motivos que o levaram a decidir a favor ou contra a pretensão deduzida, indicando as razões do seu convencimento.

Ao magistrado é dado o poder para decidir, todavia, para conferir racionalismo e legitimidade a toda essa independência de que goza o juiz, é preciso exigir que preste contas do que decide, explicitando as razões pelas quais chega às conclusões adotadas.

No caso, atendeu o MM. *a quo*, embora minimamente, o preceito acima, pois do julgador não se exige fundamentação exaustiva.

Na linha desse entendimento já sedimentou o Excelso Pretório, “*verbis*”:

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. DEVIDO PROCESSO LEGAL, AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO. OFENSA REFLEXA AO TEXTO CONSTITUCIONAL ART 93, INCISO IX DA CONSTITUIÇÃO. DECISÃO SUFICIENTEMENTE FUNDAMENTADA. ANÁLISE DE FATOS E PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 279 DO STF. AGRAVO IMPROVIDO. I - A alegada violação aos postulados constitucionais do devido processo legal, ampla defesa e contraditório, em regra, configura ofensa reflexa ao texto constitucional. II - A exigência do art. 93, IX da Constituição, não impõe seja a decisão exaustivamente fundamentada, bastando que o julgador informe, de forma clara e concisa, as razões de seu convencimento, tal como ocorreu no caso em tela. III - Necessidade do reexame do contexto fático probatório que envolve a matéria, o que é inadmissível em recurso extraordinário. Incidência da Súmula 279 do STF. IV - Agravo regimental improvido” (AgRg no AI nº 653.010/DF - Primeira Turma do STF, Min. Rel. RICARDO LEWANDOWSKI, publicação no DJ de 29/08/08).

Descabe, pois, a anulação da sentença por tal motivo, pelo que fica rejeitada a mencionada preliminar.

De referência ao mérito, a controvérsia cinge-se ao exame da legitimidade da cobrança de créditos relativos a ISSQN, pelo Município de Salvador, pela técnica do arbitramento, em face do apelado, em razão de serviços tributáveis prestados no mesmo Município.

Com efeito, segundo a dicção do art. 156, inc. III, da CF/88, os Municípios têm competência para instituir imposto sobre os serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, inc. II, do mesmo diploma legal, a serem definidos em lei complementar.

Alega o apelante que o auto de infração nº 2592U, fl. 31, seria certo e exigível, pois o recorrido teria desconsiderado os procedimentos legais previstos na lei de regência e que o arbitramento da base de cálculo, quando da lavratura do mesmo, ocorreu diante da falta de elementos capazes de comprovar a exatidão da matéria tributável e os elementos contábeis traduzirem a existência de fraude ou sonegação, aplicando-se, então, o regramento contido no art. 148, do CTN e no art. 248, da Lei 4279/90, vigente à época.

Acontece que da análise das provas dos autos, em especial da pericial de fls. 1135 a 1162 e demais documentos de fls. 1163 a 2224, indubitavelmente prova maior que pôde se valer o Magistrado de piso diante da complexidade da questão aqui debatida, verifica-se que o *expert* do Juízo, quando da elaboração do laudo, tomou conhecimento do processo administrativo fiscal, cópias de registros fiscais (ISS), *dam's* quitados, notas fiscais de serviços adquiridos de terceiros (perícia em livros de terceiros), dos fornecedores de serviços que mantiveram contrato de prestação de serviços com o apelado, e outros, por serviços prestados regularmente, “*Todos constantes no motivo do A.I em questão – Notas Fiscais emitidas em nome do HSR, com retenção do ISS, além de ter trabalhado do Autor, o “Razão Contábil de nº 2.1.2.03.0003 – Retenções do ISS. Na falta deste, foram levantados os lançamentos nesta com base na escrituração dos Diários de 1990 a 1995 (julho) com exceção do Diário de 1993, solicitado ao Autor, este informando que encontrava-se em poder da Justiça em processo da Receita Federal do Brasil, fornecendo assim, o Razão Contábil e Balancetes no período*”, palavras do perito, fl.1140.

Assim, verifica-se que o laudo, em que pese posição contrária do recorrente, foi elaborado levando-se em consideração todos os documentos constantes do auto de infração, em cotejo com os documentos apresentados pelo recorrido, para, em seu encerramento, concluir, resumidamente, que o apelado foi autuado pelas seguintes irregularidades fiscais: i) Arbitramento em razão de não dispor de elementos e/ou dados capazes de comprovar a exatidão da matéria tributável; ii) O exame dos elementos contábeis e fiscais levar à convicção de existência de fraude ou sonegação fiscal e iii) O contribuinte em lide mantém escrituração de suas despesas e receitas em livros desprovidos do revestimento de formalidades legais exigidas, capazes de assegurar sua exatidão (fl.1159).

O resultado do exame desses itens específicos, restou assim resumido pela perícia:

Quanto ao item “i”:

“- o Autor forneceu os livros Diários, no período autuado, e através dos lançamentos desses livros foram criados mapas demonstrativos que levantou os créditos de retenções ISS e os *Dam's* quitados, os quais referem-se às retenções.

A conta base para os trabalhos, possui códigos 2.1.2.03.00003 e 2.1.2.03.0003, título Retenções do ISS.

- as notas fiscais de serviços, faturadas contra o HSR, de prestadores com Contratos e outros, foram adquiridas dos prestadores de serviços e do próprio Autor. Essas notas para aqueles fornecedores que enviaram cópias dos registros ISS, foram identificadas, pois estavam registradas nesses livros. Observou-se que a maioria das notas acima mencionadas possuem destaque do ISS, e aqueles prestadores cujos registros foram fornecidos cópias, as notas fiscais em nome do HSR, estão escrituradas. Logo, se os fornecedores destacaram em suas notas o ISS o tributo consta no custo do serviço, (a exemplo as notas fiscais da Xerox do Brasil -Ver Anexos I, III e VII deste Laudo), estando o ISS pago pelo Autor” (fl. 1159). Grifo original.

Quanto ao item “ii”:

“- o item ii) trata de fraude ou sonegação fiscal.

Na Contestação do Sr. Procurador (fls. 1044/5 dos autos) a existência de indícios de fraude foi discutida no A.I nº 2593U. O Auto de Infração em questão é o de nº 2592U.

Na Contestação se discute a falta de autenticação do livro diário de 1995, sendo que o PAF que trata deste assunto é o de nº 10471U.

A título de informação este Perito declara que os Diários de 1995 (janeiro a julho) estão autenticados com a data de 23 de outubro e 15 de dezembro de 1995 – Anexo IX deste Laudo) (fl. 1160). Grifo original.

Quanto ao item “iii”:

“o item iii) trata de livros contábeis que não constam de formalidades legais para escrituração de suas Receitas e Despesas.

Na época da Perícia, o Autor apresentou os seus registros contábeis com as formalidades legais. É o que demonstra o Anexo VIII deste Laudo e a resposta ao quesito 01, série Autor” (fl. 1160). Grifo original.

E, em conclusão final, posicionou-se o perito:

A Perícia revelou nos procedimentos adotados na presente questão que foi utilizado no arbitramento o critério de 60% e 40% de 100% sobre os Saldos das Contas de Custos de Serviços (40%) e Despesas/Utilidades/Serviços (60%), encontrando o valor da base de cálculo do arbitramento. Tendo as notas fiscais dos fornecedores de serviços com contrato ou não com o Autor, na sua maioria com destaque do ISS, significa dizer que as notas fiscais com retenções deste tributo, possuem um percentual mínimo em relação as demais notas com destaque do ISS, ou seja, com o ISS pago pelo Autor.

...

Assim, concluídos os trabalhos periciais, pede vênica a V.Exa. para apresentar o resultado da pesquisa, e em quanto totalizou o saldo da Conta do Razão de nº 2.1.2.03.003 – Retenções do ISS, no período de autuação, R\$ 66.176,77 (Sessenta e seis mil cento e setenta e seis reais e setenta e sete centavos), como imposto devido. (Ver Anexo XVII deste Laudo)”

Pois bem, com efeito, sem dúvida, ficou evidenciado que o apelado, em nenhum momento evadiu-se do dever de prestar esclarecimentos e mantinha a sua escrituração contábil como exigido pela lei, demonstrando ter procedido conforme a regra tributária na espécie - retenção de ISSQN - com o que, o arbitramento fiscal deu-se de forma injustificada.

O arbitramento é o recurso extremo e radical de que se pode valer o Fisco, em sua atividade fiscalizadora e lançadora de ofício, na impossibilidade de reconhecer a verdade fiscal do contribuinte, em face de artifícios usados pelo mesmo.

Sem dúvida, trata-se de uma ficção fiscal, que deve se aproximar o quanto possível da situação real que se tem por alvo de exame e tributação, encontrando tal medida previsão no art. 148, do CTN.

A regra do dispositivo acima mencionado, como exceção que é, disciplina os casos específicos sujeito ao exercício arbitrário do Fisco, quais sejam, quando omissos documentos expedidos pelo sujeito passivo, ou não mereçam fé suas declarações ou os esclarecimentos prestados.

Cabia ao recorrente, assim, demonstrar, ou ao menos justificar, a necessidade do arbitramento fiscal, declinando as razões e os documentos que restaram desconsiderados pela autoridade fiscal.

Por outro lado, ainda que fosse o caso de proceder ao arbitramento fiscal, previsto no mencionado art. 148, do CTN, cabia ao apelante, e somente a ele, na forma do art. 142, daquele diploma legal, determinar a matéria tributável, indicando, pormenorizadamente, os critérios técnicos adotados para a obtenção da base de cálculo do tributo, pois “*Cabe à autoridade fiscal dar a certeza jurídica sobre a dívida tributária, bem como fazer a liquidação do seu valor e da eventual sanção a que esteja sujeito o contribuinte em razão da prática de algum ilícito (conforme SEIXAS FILHO, in Com. ao CTN, III v. Hugo de Brito Machado, p. 57).*”

Só assim restará regularmente constituído o crédito tributário, com o que estará a Fazenda Pública habilitada à cobrança, porque lastreada em título executivo dotado de certeza e liquidez.

Contudo, na espécie, não é o que se tem.

Em verdade o recorrente, na tentativa de apuração do valor real, ou aproximado, ao invés de proceder aos mecanismos atinentes à essa apuração, como realizado pelo perito judicial, alegando sonegação e omissão no recolhimento do tributo, preferiu valer-se da técnica do arbitramento.

Não fosse assim e se reconhecesse não dispor dos elementos necessários à sua fiscalização, restaria a seguinte indagação: quais foram os critérios técnicos e idôneos para a obtenção do resultado arbitrado?

Daí porque, nulo de pleno direito o auto de infração e, conseqüentemente, a CDA que dele decorreu.

Em sendo assim, os elementos de convencimento trazidos ao bojo dos autos, não demonstraram as irregularidades apontadas pelo recorrente, com a suposta sonegação tributária do recorrido.

Ao revés, a ordem das presunções, a respeito, não militam em favor do apelante, justamente pela sua conduta administrativa e fiscal em recorrer ao caminho mais curto – técnica do arbitramento –, ao invés de proceder a um exame minucioso nas contas do apelado, até em respeito aos princípios do devido processo legal e ampla defesa, uma vez que os documentos contábeis necessários encontravam-se à sua disposição, de cuja exibição não se furtou o apelado.

Outrossim, diante das meras alegações do apelante, sem sustentação, não se pode manter o arbitramento fiscal, amparado em lançamento baseado em presunções, não indicando, de forma concreta, as razões de tal procedimento, inclusive por não permitir que o contribuinte demonstrasse o desacerto do procedimento.

Por este conjunto de fatores, a manutenção da sentença que julgou procedente o pedido inicial é medida que se impõe, pois outra interpretação iria fecundar e beneficiar a ilicitude, com o que o Direito não se compadece.

Quanto ao pedido de minoração dos honorários de advogado, também não procede.

Com efeito, a regra firmada no artigo 20, do CPC, vem merecendo críticas ao longo dos anos, diante do estabelecido no seu parágrafo 4º, que autoriza o juiz a fixar a verba de patrocínio, após verificar o grau de zelo profissional, o lugar da prestação de serviço, a natureza e a importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido na realização do serviço, quando for condenada a Fazenda Pública, sem referência percentual alguma.

A jurisprudência do STJ, atenta ao fato, corrigiu a diversidade de tratamento, aplicando conjuntamente os dois parágrafos, ou seja: nas causas em que for condenada a Fazenda Pública, cabe ao juiz fixar os honorários de forma equitativa, como determinado no § 4º, mas observando sempre os limites máximo e mínimo indicados no § 3º, do sobredito dispositivo legal.

Portanto, mantém-se o quanto decidido no Juízo *a quo*, pois o percentual de 10% sobre o valor da causa, atende aos critérios definidos no art. 20, do CPC, como de resto, toda a sentença.

Ante o exposto, **REJEITA-SE A PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA, NEGA-SE PROVIMENTO AO RECURSO e, EM NECESSÁRIO REEXAME, CONFIRMA-SE A SENTENÇA.**

TJBA – Apelação Cível nº 0048206-86.2007.8.05.0001, Primeira Câmara Cível, Relator(a): Des. Augusto de Lima Bispo, julgado em 29/05/2017.

APELAÇÃO CÍVEL. EXECUÇÃO FISCAL. IPTU E TL. EXTINÇÃO DA AÇÃO. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE DECRETADA DE OFÍCIO. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PRÉVIA DO PROCURADOR. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO PARA A FAZENDA PÚBLICA QUE NÃO ARGUIU QUALQUER CAUSA SUSPENSIVA OU INTERRUPTIVA DA PRESCRIÇÃO NAS RAZÕES DE RECURSO. FLEXIBILIZAÇÃO DO ART. 40, § 4º, DA LEI 6.830/1980. PRECEDENTES DO STJ. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. SENTENÇA MANTIDA.

A prescrição intercorrente, passível de ocorrência no bojo do processo executivo, conta-se da data do arquivamento da execução fiscal, após findo o prazo de um ano da suspensão determinada pelo magistrado. Inteligência da Súmula nº 314/STJ.

O STJ vem flexibilizando a literalidade do disposto no art. 40, § 4º, da Lei 6.830/1980 para manter a decisão que decreta a prescrição intercorrente sem oitiva prévia da Fazenda Pública quando esta, no recurso interposto contra a sentença de extinção do feito, não demonstra o prejuízo suportado (compatibilização com o princípio processual *pas de nullité sans grief*).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de **APELAÇÃO CÍVEL nº 0048206-86.2007.8.05.0001**, em que figura como apelante **MUNICÍPIO DE SALVADOR**, e apelada **HELENA FIGUEIRA RIBEIRO**,

ACORDAM os Desembargadores integrantes da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, **à unanimidade de votos, em conhecer e negar provimento ao apelo**, pelas razões adiante alinhadas.

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação interposta pelo **MUNICÍPIO DE SALVADOR** contra decisão prolatada pelo Juízo da 2ª Vara da Fazenda Pública desta Comarca que, na **AÇÃO DE EXECUÇÃO FISCAL nº 0048206-86.2007.8.05.0001**, proposta em face de **HELENA FIGUEIRA RIBEIRO**, ora apelada, extinguiu o processo com resolução de mérito, **reconhecendo a prescrição intercorrente dos créditos** de IPTU e TL referentes aos exercícios de 2003 e 2004.

Irresignado com a decisão de extinção do processo, o Município de Salvador interpôs tempestivamente **recurso de apelação**, às fls. 22/24, alegando a ausência de intimação do Município para informar acerca da ocorrência de causa suspensiva ou interruptiva da prescrição; não ter ocorrido a prescrição da pretensão executiva; não ter agido com desídia.

Ao final, requereu a modificação do *decisum a quo* para afastar a prescrição de crédito tributário e, por conseguinte, dar regular prosseguimento à execução fiscal.

Sem contrarrazões, pois não houve a triangulação da relação processual.

Os autos foram remetidos à Segunda Instância, e uma vez distribuídos a esta Primeira Câmara Cível, coube-me, por sorteio, a relatoria do feito.

Em cumprimento ao art. 931 do NCPC, restituo os autos à Secretaria, com relatório, ao tempo em que solicito dia para julgamento, salientando tratar-se de recurso passível de sustentação oral, nos termos do art. 937 do NCPC.

VOTO

A presente apelação preenche os pressupostos recursais intrínsecos, quais sejam: cabimento, legitimidade, interesse recursal e inexistência de fato impeditivo ou extintivo ao direito de recorrer.

De igual maneira, o recurso possui os pressupostos extrínsecos: regularidade formal e tempestividade, merecendo, portanto, ser conhecido.

Cuidam os presentes autos de cobrança de IPTU e TL, referentes aos exercícios de 2003 a 2004, tendo o juízo *a quo* prolatado sentença de extinção do processo com resolução de mérito, reconhecendo, de ofício, a prescrição intercorrente.

Sobre a prescrição em matéria tributária, sustenta abalizada doutrina o seguinte:

“Dizer que a ação para cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos significa dizer que a Fazenda Pública tem o prazo de cinco anos para cobrar judicialmente, para propor a execução do crédito tributário. (MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário, 27ª ed. Malheiros: São Paulo. 2006. p. 235).” grifou-se.

Observando a sentença recorrida, verifica-se que a mesma entendeu ocorrente, no caso dos autos, a prescrição intercorrente.

Compulsando-se os autos, consta-se que após o retorno do AR sem cumprimento, o juízo suspendeu a ação por um ano e, intimado para se manifestar, o exequente requereu o arresto do imóvel e a citação pessoal da executada no endereço do imóvel, o que foi diligenciado à fl. 15, porém sem êxito.

Após audiência realizada no dia 15/10/2012, na qual o exequente se fez representado por sua Procuradora Municipal que ficou ciente de todos os autos processuais, inclusive, a ausência de citação da executada, a execução ficou paralisada por 05 (cinco) anos, sendo declarada pelo Juízo *a quo* a **prescrição intercorrente**, com extinção do feito com resolução de mérito.

Sabe-se que a prescrição intercorrente é aquela que “sobrevém à propositura da pretensão de direito material. Caracteriza-se pela inércia do titular, de que também decorre a prescrição”. (Vilson Rodrigues Alves, in Da prescrição e da Decadência no Novo Código Civil, Ed. Bookseller, 1ª edição, 2003, pág. 666).

Com efeito, a prescrição intercorrente ocorre somente quando o processo de execução encontra-se parado, sem andamento, em razão de fato que possa ser atribuído ao exequente, que deixa de diligenciar no sentido de fazer o processo prosseguir, a fim de manifestar interesse no seguimento do feito, permitindo o escoamento de prazo superior ao previsto em lei para o exercício da ação.

De fato, tratando-se de execução Fiscal, o art. 40, da LEF, determina, que não localizado o executado ou não encontrado bens seus, o Juiz suspenderá o curso da execução fiscal durante o máximo de um ano, não correndo, nesse período, o prazo de prescrição. Ultrapassado esse período de um ano, e não sendo encontrado o executado ou bens seus, o Juiz ordenará o arquivamento dos autos, começando, a partir daí, a correr o prazo da prescrição intercorrente.

A súmula 314 do STJ, por sua vez, dispõe que:

Em execução fiscal, não localizados bens penhoráveis, suspende-se o processo por um ano, findo o qual se inicia o prazo da prescrição quinquenal intercorrente.

Ocorre que o texto da norma insere no art. 40, § 4º, da LEF, estabelece que o Magistrado, somente poderá reconhecer, de ofício, a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato, após ouvir a Fazenda Pública. Leia-se o dispositivo:

Art. 40 - O Juiz suspenderá o curso da execução, enquanto não for localizado o devedor ou encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora, e, nesses casos, não correrá o prazo de prescrição.

*§ 4º Se da decisão que ordenar o arquivamento tiver decorrido o prazo prescricional, o juiz, **depois de ouvida a Fazenda Pública**, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato.*

Adotando uma interpretação literal da aludida norma, este E. Tribunal de Justiça, assim como vários outros, aplicava rigidamente a regra, anulando as sentenças de prescrição intercorrente, proferidas sem a oitiva prévia da Fazenda Pública.

Esse era, também, o posicionamento seguido por este relator, entretanto, inquieto com a possibilidade de eternização de procedimentos judiciais sem qualquer perspectiva de êxito, dei início a uma pesquisa mais detida sobre o tema, e, após análise de diversos escritos e de recentes jurisprudências, me convenci de que a interpretação literal da norma contida no art. 40, § 4º, da LEF, não se coaduna com as diretrizes e princípios que norteiam o Direito Processual contemporâneo, razão pela qual revejo meu posicionamento.

O Superior Tribunal de Justiça, em recentes julgados, flexibilizou a aplicação do art. 40, § 4º, da lei 6.830/1980, determinando que só haverá nulidade na sentença que declarar a prescrição intercorrente, sem a oitiva prévia da Fazenda Pública, nos casos em que o ente público comprovar, nas razões de recurso, a existência de prejuízo efetivo, ou seja, quando apresentar na apelação interposta, a existência de causas suspensivas ou interruptivas da prescrição. *In verbis*:

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. DECRETAÇÃO DE OFÍCIO, SEM PRÉVIA OITIVA DA FAZENDA PÚBLICA.

1. O STJ vem flexibilizando a literalidade do disposto no art. 40, § 4º, da Lei 6.830/1980 para manter a decisão que decreta a prescrição intercorrente sem oitiva prévia da Fazenda Pública quando esta, no recurso interposto contra a sentença de extinção do feito, não demonstra o prejuízo suportado (compatibilização com o princípio processual *pas des nullités sans grief*).

2. A orientação acima, no entanto, é inaplicável no âmbito do Recurso Especial, conforme será abaixo exposto.

3. No caso concreto, o Tribunal de origem introduziu ex officio o aludido fundamento (prescrição intercorrente) para solucionar os Embargos Infringentes, sem que as partes pudessem se manifestar a respeito.

4. O Recurso Especial, in casu, não se presta a comprovar o dano supostamente sofrido, dado o impedimento à incursão no acervo fático-probatório.

5. Por essa razão, a decretação da prescrição intercorrente, sem que a Fazenda Pública possa previamente se manifestar, torna nulo o acórdão hostilizado, por violar o art. 40, § 4º, da Lei 6.830/1980.

6. Agravo Regimental não provido (AgRg no REsp 1236887/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/10/2011, DJe 17/10/2011).

PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. ART. 40, § 4º, DA LEI N. 6.830/80. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PRÉVIA DA FAZENDA PÚBLICA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. NULIDADE SUPRIDA. PRINCÍPIOS DA CELERIDADE PROCESSUAL, INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS E PAS DES NULLITÉS SANS GRIEF. PRECEDENTES.

1. Não havendo no acórdão omissão, contradição ou obscuridade capaz de ensejar o acolhimento da medida integrativa, tal não é servil para forçar a reforma do julgado nesta instância extraordinária.

2. Conforme asseverado pelo Tribunal de origem, muito embora o juízo de primeiro grau não tenha intimado previamente a exequente, não houve qualquer prejuízo para a Fazenda Pública na hipótese. Dessa forma, em não havendo prejuízo demonstrado pela Fazenda Pública, não há que se falar em nulidade da sentença, e nem, ainda, em cerceamento de defesa, o que se faz em homenagem aos princípios da celeridade processual, instrumentalidade das formas e *pas des nullités sans grief*. Precedentes.

3. Recurso especial não provido (REsp 1217291/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/12/2010, DJe 03/02/2011). TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. ARQUIVAMENTO DO FEITO. DESPACHO. PRESCINDIBILIDADE. OITIVA DA FAZENDA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE CAUSAS SUSPENSIVAS OU INTERRUPTIVAS. PRINCÍPIOS DA CELERIDADE PROCESSUAL E DA INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS. NULIDADE SUPRIDA ANTE AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. OCORRÊNCIA. INÉRCIA DA FAZENDA PÚBLICA. SÚMULA 7 DO STJ.

1. É firme a jurisprudência desta Corte no sentido de que, em sede de execução fiscal, é despicienda a intimação pessoal da Fazenda Pública acerca da suspensão do processo por ela mesma requerida, bem como do arquivamento da execução, pois este último decorre automaticamente do transcurso do prazo de um ano, conforme dispõe a Súmula 314/STJ.

2. Há entendimento nesta Corte Superior no sentido de que, uma vez registrado pelo Tribunal de origem que o exequente, no recurso de apelação, não demonstrou a existência de causa suspensiva ou interruptiva que impedisse o reconhecimento da prescrição, não deve ser reconhecida a nulidade da decisão recorrida, em atenção aos princípios da celeridade processual e da instrumentalidade das formas.

3. A jurisprudência desta Corte reconhece que somente a inércia injustificada do credor caracteriza a prescrição intercorrente na execução fiscal, não bastando o mero lapso temporal.

4. Se a conclusão da Corte a quo foi no sentido de que a prescrição ocorreu por culpa exclusiva do exequente, que não conseguiu em tempo razoável promover o regular andamento do feito com a realização de diligência simples, no sentido de localizar a empresa executada ou bens aptos à penhora, conclusão em sentido contrário é inviável em recurso especial, por demandar reexame da seara fático-probatória dos autos, conforme destacou o precedente acima citado, o que atrai a incidência da Súmula 7 do STJ.

Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp 540.259/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/10/2014, DJe 14/10/2014)

Na senda deste entendimento, diversos Tribunais têm modificado sua jurisprudência, a fim de compatibilizá-la com a mais moderna doutrina processualista. Transcrevo, em seguida, alguns julgados representativos desta tendência:

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. IPTU. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. CABIMENTO. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. OCORRÊNCIA. DESPACHO QUE ORDENA A CITAÇÃO INTERROMPE A PRESCRIÇÃO. INTIMAÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA. CAUSAS SUSPENSIVAS OU INTERRUPTIVAS NÃO ALEGADAS EM APELAÇÃO. PREJUÍZO E NULIDADE NÃO CONFIGURADOS. I. O Superior Tribunal de Justiça, por meio da Súmula n. 393, firmou orientação no sentido de que “A exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória”. Caso concreto, entendo possível a análise, em sede de exceção de pré-executividade, da prescrição intercorrente, bem como possível nulidade das CDA s, porquanto presente nos autos os documentos necessários à sua verificação. II. Ausente prejuízo demonstrado pela Fazenda pública em apelação, não há falar em nulidade, tampouco cerceamento de defesa, em homenagem aos Princípios da Celeridade Processual e Instrumentalidade das Formas. Precedente do STJ. III. O despacho que determina a citação interrompe a prescrição, a partir da Lei Complementar n. 118, de 09 de fevereiro de 2005, que deu nova redação ao art. 174, inciso I, do Código Tributário Nacional. Na hipótese dos autos, transcorridos mais de 08 (oito) anos entre o despacho que ordenou a citação do executado até a data da sentença, sem a satisfação do crédito tributário, operou-se a prescrição. Preliminar rejeitada. Apelo desprovido. (Apelação Cível Nº 70073237083, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marco Aurélio Heinz, julgado em 26/04/2017)

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. IPTU. PRESCRIÇÃO DIRETA E INTERCORRENTE. OCORRÊNCIA. INTIMAÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA. CAUSAS SUSPENSIVAS OU INTERRUPTIVAS NÃO ALEGADAS EM APELAÇÃO. PREJUÍZO E NULIDADE NÃO CONFIGURADOS. Transcorridos mais de 05 (cinco) anos entre o lançamento tributário até a data do ajuizamento da ação, há prescrição direta do crédito tributário relativo ao exercício de 1993. Outrossim, na hipótese dos autos, a citação do devedor

tem o condão de interromper o prazo prescricional, visto que proposta a execução fiscal em data anterior à Lei Complementar nº 118/2005, que alterou a redação do art. 174, parágrafo único, inciso I, do CTN. Logo, decorridos mais de 06 (seis) anos desde a citação do executado até a data da sentença, sem que tenham sido localizados bens passíveis de penhora, operou-se a prescrição intercorrente. A prescrição extingue o crédito tributário, nos termos do art. 156, V, do CTN. Ausente prejuízo demonstrado pela Fazenda pública em apelação, não há falar em nulidade, tampouco cerceamento de defesa, em homenagem aos Princípios da Celeridade Processual e Instrumentalidade das Formas. Precedente do STJ. Apelação desprovida. (Apelação Cível Nº 70073003758, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marco Aurélio Heinz, julgado em 12/04/2017) APELAÇÃO CÍVEL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. PARALISAÇÃO DO FEITO POR MAIS DE 10 (DEZ) ANOS APÓS SUA SUSPENSÃO. AUSÊNCIA DE PRÉVIA INTIMAÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA. ART. 40, § 4º, DA LEI N. 6.830/80. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO. PRECEDENTES DESTA CORTE E DO STJ. RECURSO DESPROVIDO. “Dispensável, [...], a intimação do credor da suspensão da execução por ele mesmo solicitada, bem como do arquivamento do feito executivo, decorrência automática do transcurso do prazo de um ano de suspensão e termo inicial da prescrição.” (AgRg no REsp Nº 1.250.257 - SC, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 1ª Turma, j. 18.9.2012) “A finalidade da prévia oitiva da Fazenda Pública, prevista no art. 40, § 4º, da Lei n. 6.830/80, é a de possibilitar à Fazenda a arguição de eventuais causas de suspensão ou interrupção da prescrição do crédito tributário. Não havendo prejuízo demonstrado pela Fazenda pública em apelação, não há que se falar em nulidade, tampouco cerceamento de defesa, em homenagem aos Princípios da Celeridade Processual e Instrumentalidade das Formas. Precedentes” (STJ, AgRg no REsp n. 1247737/BA, rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, j. 21.6.11) (Apelação Cível n. 2012.054967-1, de Balneário Piçarras, rel. Des. Francisco Oliveira Neto, j. 20.11.2012). (TJSC, Apelação Cível n. 0001264-22.2000.8.24.0030, de Imbituba, rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, j. 23-05-2017). EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO DE AGRAVO. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. ARQUIVAMENTO DO FEITO. AUSÊNCIA DE OITIVA DA FAZENDA ANTES DA DECLARAÇÃO DA PRESCRIÇÃO. NÃO DEMONSTRAÇÃO DE CAUSAS SUSPENSIVAS OU INTERRUPTIVAS DO CRÉDITO. NÃO DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. NULIDADE SUPRIDA. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. OCORRÊNCIA. RECURSO IMPROVIDO. 1. Embargos de declaração manejados contra acórdão argumentando haver omissão em relação à necessidade de intimação prévia da Fazenda Pública, antes da decretação da prescrição intercorrente (art. 40, § 4º da Lei nº 6.830/80). 2. O decisor foi claro ao estabelecer que “Muito embora o art. 40, § 4º da lei nº 6.830/80 preveja a necessidade de intimação prévia da fazenda pública, antes da prolação da sentença declaratória da prescrição, a jurisprudência tem relativizado a declaração de nulidade do julgado, prestigiando os princípios da celeridade e da instrumentalidade das formas, quando, no recurso, o apelante não demonstra a existência efetiva de causa suspensiva ou interruptiva da prescrição, capaz de causar-lhe dano (STJ - AgRg no AREsp 540259).”. 3. Embargos conhecidos apenas para fins de prequestionamento do contido nos arts. 269, IV, e 557 do CPC, os quais não foram vulnerados. 4. Recurso improvido à unanimidade. (TJPE, Embargos de declaração no recurso de agravo na apelação cível nº 0327012-0, Jaboatão dos Guararapes, rel. Des. Itamar Pereira Da Silva Junior, 18/09/2015)

Sucede que a *mens legis* da norma introduzida pela Lei 11.051/2004 a qual conferiu a atual redação do § 4º do art. 40 é permitir que, antes da decisão judicial a respeito da prescrição da dívida, haja oportunidade de o credor se manifestar sobre eventuais causas suspensivas ou interruptivas do prazo prescricional, evitando, dessa forma, uma decisão equivocada por parte do magistrado. No caso dos autos, é certo que o juiz de primeira instância extinguiu a execução sem antes intimar a Fazenda Pública.

No entanto, quando da interposição do recurso de apelação, a exequente teve a oportunidade de alegar todas as causas de suspensão ou interrupção acaso existentes, ante o efeito devolutivo pleno deste recurso.

Ocorre que mesmo com essa possibilidade, não logrou êxito em demonstrar a existência de tais fatos, não havendo, portanto, prejuízo que dê causa a nulidade da sentença.

Prover uma apelação na qual a Fazenda Pública se limita a alegar o vício formal quanto à ausência de sua prévia intimação, sem, contudo, indicar qualquer causa que pudesse obstar o

transcurso do prazo prescricional, é conduta que não se mostra em harmonia com o espírito que norteia a norma processual.

Assim, não tendo o apelante suscitado fatos concretos capazes de evitar a configuração da prescrição intercorrente, no momento em que lhe foi dada a oportunidade de fazê-lo, não há que se falar em ofensa ao princípio do contraditório, tampouco, em nulidade da sentença recorrida.

Não há dúvidas de que este novo posicionamento se alinha perfeitamente com o princípio da instrumentalidade das formas.

Para explicar melhor, trago a lição de **Fredie Didier Jr.** acerca do que significa a instrumentalidade do processo:

O processo não é um fim em si mesmo, mas técnica desenvolvida para a tutela do direito material. O processo é realidade formal – conjunto de formas preestabelecidas. Sucede que a forma só deve prevalecer se o fim para o qual ela foi desenvolvida não lograr ter sido atingido. A separação entre direito e processo – desejo dos autonomistas – não pode implicar um processo neutro em relação ao direito material que está sob tutela. A visão instrumentalista do processo estabelece a ponte entre o direito processual e o direito material. (Didier Jr., Fredie, Curso de Direito Processual Civil, volume 1, 6ª edição, Editora Jus Podivm, Salvador, 2006, p. 70).

Ante o exposto, o voto é no sentido de **conhecer e negar provimento ao presente recurso**, mantendo a sentença hostilizada em todos os seus termos.

TJBA – Apelação Cível nº 0516968-79.2013.8.05.0001, Quinta Câmara Cível, Relator(a): Desª. Lígia Maria Ramos Cunha Lima, julgado em 31/01/2017.

APELAÇÃO E REMESSA NECESSÁRIA. AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL. SENTENÇA QUE JULGOU PROCEDENTE O PEDIDO AUTURAL E DECLAROU NULO O CRÉDITO FISCAL REFERENTE À TAXA DE COMBATE A INCÊNDIO - EXERCÍCIO DE 2013. ARGUIÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE DO TRIBUTO. PERTINÊNCIA. ART. 145, II E § 2º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. TAXA DE PREVENÇÃO A INCÊNDIO, PREVISTA NA LEI ESTADUAL Nº 11.631/2009, COM A ALTERAÇÃO DA LEI Nº 12.609/2012, QUE CORRESPONDE A UM SERVIÇO PÚBLICO DIVISÍVEL E ESPECÍFICO. BASE DE CÁLCULO DA TAXA DE INCÊNDIO QUE NÃO É IDÊNTICA À DO ICMS INCIDENTE SOBRE OPERAÇÕES DE ENERGIA ELÉTRICA. ATENDIMENTO AOS DITAMES CONSTITUCIONAIS. PRECEDENTES DO TJBA. RECURSO DE APELAÇÃO PROVIDO COM A REFORMA DA SENTENÇA, TAMBÉM EM SEDE DE REEXAME NECESSÁRIO, PARA RECONHECER A CONSTITUCIONALIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO E JULGAR IMPROCEDENTE A AÇÃO.

1. As taxas devem ser cobradas pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição (art. 145, II, da CF), sem utilizar a base de cálculos própria de impostos (art. 145, § 2º, da CF).

2. *In casu*, a Taxa de Combate a Incêndio, prevista na Lei Estadual nº 11.631/2009, de incidência anual, foi instituída como contraprestação a um serviço potencialmente utilizado pelo contribuinte, marcado pelas características da especificidade e divisibilidade. Isto porque, corresponde a um serviço específico de pronto atendimento pelo Corpo de Bombeiros para extinguir incêndios em imóveis urbanos ou rurais, que depende de aparelhamento próprio pelo Estado e que pode ser, separadamente, fruído por cada um dos usuários.

3. A Taxa de Prevenção a Incêndio, à época do lançamento, incidia “*por cada 100 kwh de consumo de energia elétrica no ano imediatamente anterior*” (art. 10, da Lei nº. 12.609/2012) – uma vez que a eletricidade é considerada fator de risco para ocorrência de incêndios – ao passo que, pela redação da Súmula nº 391, do STJ, o “*ICMS incide sobre o valor da tarifa de energia elétrica correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada*”.

4. A Lei Estadual nº. 12.929, publicada em dezembro de 2013, modificou a base de cálculo da taxa de incêndio, substituindo a quantidade de energia consumida pelo “*Coefficiente de Risco de Incêndio, expresso em megajoule – MJ, por imóvel*” e retroagindo a sua aplicação aos tributos relativos ao exercício de 2013 assegurando aos contribuintes, inclusive o direito à restituição de valores eventualmente recolhidos a maior – o que afasta por completo qualquer alegação de incompatibilidade com o art. 145, § 2º, da Constituição Federal. **RECURSO DE APELAÇÃO PROVIDO COM A REFORMA DA SENTENÇA, TAMBÉM EM SEDE DE REEXAME NECESSÁRIO, PARA RECONHECER A CONSTITUCIONALIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO E JULGAR IMPROCEDENTE A AÇÃO.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de **Apelação e Remessa Necessária nº 0516968-79.2013.8.05.0001**, de Salvador, em que são Apelante **FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA** e Apelada **DASS NORDESTE CALÇADOS E ARTIGOS ESPORTIVOS S.A.**

ACORDAM os Desembargadores integrantes da Quinta Câmara Cível, à unanimidade, **DAR PROVIMENTO À APELAÇÃO E REFORMAR A SENTENÇA, TAMBÉM EM REEXAME NECESSÁRIO**, para julgar improcedente o pedido autoral, de acordo com o voto desta Relatora.

RELATÓRIO

Trata-se de Ação Anulatória de Débito Fiscal ajuizada por **DASS NORDESTE CALÇADOS E ARTIGOS ESPORTIVOS S.A.** em face da **FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA**, na qual se pleiteia a desconstituição do crédito tributário que decorre da Taxa de Combate a Incêndio, instituída pela Lei Estadual nº 12.609/2012, correspondente ao exercício de 2013.

A Sentença recorrida (fls. 137-138) assentou que a Lei Estadual nº 11.631/2009, Anexo I, com a alteração dada pela Lei Estadual nº 12.609/2012, é inconstitucional, porque a base de cálculo da Taxa de Prevenção a Incêndios não mantém correspondência com o custo do serviço prestado, não sendo o seu valor calculado em função do grau de risco de incêndio no imóvel, nem considerando a atividade desenvolvida e a área de construção.

Na parte dispositiva, julgou procedente a Ação, para tornar nulo o crédito fiscal referente à Taxa de Combate a Incêndio, relativo ao exercício de 2013, e condenou a Ré ao ressarcimento das custas processuais e pagamento de honorários advocatícios à base de 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, devidamente corrigido.

Irresignado com o *decisum*, a Fazenda Pública do Estado da Bahia interpôs Recurso de Apelação às fls. 144-164, arguindo que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça já firmaram posicionamento pela constitucionalidade das Taxas de Combate a Incêndio, reconhecendo que se trata de serviço específico e divisível.

Afirma que a taxa de utilização potencial do serviço de extinção de incêndios adota, como parâmetro para o cálculo e cobrança, o consumo de energia elétrica em imóvel (medido em kWh). Diante disto, sustenta que não há violação ao art. 145, § 2º, da Constituição Federal, uma vez que o ICMS relativo ao fornecimento de energia elétrica vai incidir sobre o valor total da operação e não sobre o consumo em kWh.

Alega que o consumo de energia elétrica de um determinado imóvel é o elemento mais relevante para ser considerado como base de cálculo da taxa, em virtude do risco potencial de incêndio avindo do uso da eletricidade.

Destaca, ademais, que a taxa descrita no item 1.10.5 do Anexo II da Lei nº 11.631/2009, referente à “Assistência do Corpo de Bombeiros por meio de veículos com guarnição incluída (por hora ou fração)” possui caráter eventual e voluntário, diferentemente da Taxa de Combate a Incêndio, que tem caráter permanente e compulsório. Por se tratarem de taxas distintas e aplicadas a serviços diversos, não há que se falar de *bis in idem*.

Aduz, ainda, que o serviço público tributado é específico, na medida em que atende a uma necessidade singular do usuário de extinguir o incêndio em sua residência ou estabelecimento comercial, e divisível, pois pode ser utilizado separadamente pelos contribuintes. Em arremate, ressalta que “o fato do serviço ser de utilização potencial não afasta da possibilidade de sua mensuração individual”.

Ao final, requer o provimento do Apelo para julgar improcedente a demanda, invertendo-se o ônus de sucumbência.

Devidamente intimada, a Apelada apresentou contrarrazões às fls. 188-190, rechaçando as alegações do Apelante e pugnando pelo improvimento do Recurso.

Por restar configurada a hipótese do art. 475, I, do Código de Processo Civil, recebo os autos também como Reexame Necessário.

Regularmente distribuídos, vieram os autos à minha Relatoria.

VOTO

De logo, cumpre destacar que, consoante o Enunciado Administrativo nº 02, do Superior Tribunal de Justiça, de 16 de março de 2016, aos Recursos interpostos com fundamento no Código de Processo Civil de 1973, relativos às decisões publicadas até 17 de março de 2016, devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma prevista na legislação processual vigente à época.

Enunciado Administrativo nº 2 - “Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.”

Presentes os requisitos de admissibilidade, conheço do Recurso de Apelação e passo ao exame do mérito.

Cinge-se a controvérsia na nulidade do crédito tributário referente à Taxa de Combate a Incêndio do exercício de 2013, por suposta inconstitucionalidade da Lei Estadual nº 12.609/2012, que alterou a Lei Estadual nº 11.631/2009.

Sobre o tema, o art. 145, II, e § 2º, da Constituição Federal estabelece que:

Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

(...)

II - taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição;

(...)

§ 2º As taxas não poderão ter base de cálculo própria de impostos.

No que se refere à instituição de taxas sobre serviços públicos, os requisitos constitucionais são regulamentados pelo art. 79, do Código Tributário Nacional, *in verbis*:

Art. 79. Os serviços públicos a que se refere o artigo 77 consideram-se:

I - utilizados pelo contribuinte:

a) efetivamente, quando por ele usufruídos a qualquer título;

b) potencialmente, quando, sendo de utilização compulsória, sejam postos à sua disposição mediante atividade administrativa em efetivo funcionamento;

II - específicos, quando possam ser destacados em unidades autônomas de intervenção, de utilidade, ou de necessidades públicas;

III - divisíveis, quando suscetíveis de utilização, separadamente, por parte de cada um dos seus usuários.

Da leitura dos dispositivos, extrai-se que as taxas devem ser cobradas pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição, sem utilizar a base de cálculos própria de impostos.

Os serviços públicos são *específicos*, quando possam ser destacados em unidades autônomas de intervenção, de utilidade, ou de necessidades públicas, e *divisíveis*, quando suscetíveis de utilização, separadamente, por parte de cada um dos seus usuários.

Notadamente quanto à Taxa de Combate a Incêndio no âmbito do Estado da Bahia, a Lei nº 11.631/2009, com as alterações trazidas pela Lei nº 12.609/2012, dispõe que:

Art. 1º As taxas estaduais têm como hipóteses de incidência:

(...)

§ 2º A taxa anual pela utilização potencial do serviço de extinção de incêndios será exigida relativamente a imóveis localizados em Municípios do Estado que possuam Unidade do Corpo de Bombeiros que preste serviço de prevenção e extinção de incêndio, estendendo-se aos seus Distritos e aos Municípios vizinhos, desde que distem até 35km da sede do Município em que esteja localizada a referida Unidade. (...)

(...)

Art. 4º São contribuintes:

(...)

§ 2º Tratando-se da taxa devida pela utilização potencial do serviço de extinção de incêndio prestado no âmbito do Corpo de Bombeiros, o contribuinte será a pessoa física ou jurídica que esteja na posse de bem imóvel, a qualquer título, inclusive como locatário.

In casu, a Taxa de Combate a Incêndio, prevista na Lei Estadual nº 11.631/2009, de incidência anual, foi instituída como contraprestação a um serviço potencialmente utilizado pelo contribuinte, marcado pelas características da especificidade e divisibilidade. Isto porque, corresponde a um serviço específico de pronto atendimento pelo Corpo de Bombeiros para extinguir incêndios em imóveis urbanos ou rurais, que depende de aparelhamento próprio pelo Estado e que pode ser, separadamente, fruído por cada um dos usuários.

Por outro lado, no que concerne à vedação do art. 145, § 2º, da CF, entendo que a base de cálculo da Taxa de Prevenção a Incêndio, não é idêntica à base de cálculo do ICMS de operações envolvendo energia elétrica.

A referida taxa, à época do lançamento, incidia “por cada 100 kwh de consumo de energia elétrica no ano imediatamente anterior” (art. 10, da Lei nº. 12.609/2012) – uma vez que a eletricidade é considerada fator de risco para ocorrência de incêndios – ao passo que, pela redação da Súmula nº 391, do STJ, o “ICMS incide sobre o valor da tarifa de energia elétrica correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada”.

Nesta senda, registre-se que a Lei Estadual nº. 12.929, publicada em dezembro de 2013, modificou a base de cálculo da taxa de incêndio, substituindo a quantidade de energia consumida pelo “Coeficiente de Risco de Incêndio, expresso em megajoule – MJ, por imóvel”, o que afasta por completo qualquer alegação de incompatibilidade com o art. 145, § 2º, da Constituição Federal.

Por disposição expressa do art. 25, da citada Lei Estadual, a nova base de cálculo foi aplicada para limitar o valor dos tributos relativos ao próprio exercício de 2013 (questionado pela Apelada), assegurando-se aos contribuintes o direito à restituição de valores eventualmente recolhidos a maior, vejamos:

Art. 25 - O valor da taxa pela utilização potencial do serviço de extinção de incêndio relativo ao exercício de 2013 fica limitado ao valor apurado utilizando-se os critérios definidos nesta Lei, cabendo restituição de valores porventura recolhidos a maior.

[...]

Parágrafo único - As isenções previstas na alínea “i” do inciso II do art. 5º da Lei nº 11.631, de 30 de dezembro de 2009, produzirão efeitos para o exercício de 2013.

Dessa forma não há como considerar inconstitucional a Lei nº 11.631/2009, com a alteração da Lei nº 12.609/2012, devendo a Sentença recorrida ser reformada para reconhecer a legalidade da cobrança da Taxa de Combate à Incêndio pelo Estado da Bahia relativa ao exercício de 2013.

Na mesma linha de entendimento, jurisprudência pacífica desta Corte de Justiça, *in verbis*:

Apelação Simultâneas e Reexame Necessário. Ação Anulatória de Débito Fiscal. Taxa de Extinção de Incêndio. **Sentença que reconheceu incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 10 e Anexo da Lei Estadual n. 12.609/2012 e cancelou a exigibilidade do crédito tributário decorrente da cobrança da taxa anual pela utilização potencial do serviço de extinção de incêndio, referente ao exercício de 2013. [...] Mérito. O posicionamento do Supremo Tribunal Federal, bem como do Superior Tribunal de Justiça é pacífico no sentido da legalidade da taxa de incêndio, pois instituída como contraprestação de serviço essencial, específico e divisível, não havendo porque questionar a constitucionalidade do tributo.** Necessário, portanto, reformar a Sentença para julgar improcedente o pedido da inicial. O recurso da CLÍNICA SANTA HELENA S/C LTDA e outra cinge apenas à fixação dos honorários advocatícios. Entretanto, ante a total reforma da Sentença, restou prejudicada a Apelação Cível por elas interposta. Sentença reformada, inclusive em Reexame necessário. Apelação interposta pelo Estado da Bahia provida. Apelação interposta pela CLÍNICA SANTA HELENA S/C LTDA e outra prejudicada. (Classe: Apelação, Número do Processo: 0518089-11.2014.8.05.0001, Relator (a): José Cícero Landin Neto, Quinta Câmara Cível, Publicado em: 01/09/2015)

MANDADO DE SEGURANÇA. REEXAME NECESSÁRIO. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE DA AUTORIDADE COATORA AFASTADA. **NO MÉRITO, SENTENÇA QUE RECONHECEU A INCONSTITUCIONALIDADE DA TAXA DE COMBATE À PREVENÇÃO DE INCÊNDIOS. CONTRARIEDADE À JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. CONSTITUCIONALIDADE DA TAXA NA FORMA COMO ELEITA. DIVISIBILIDADE CONFIGURADA. NÃO EXISTÊNCIA DE ELEIÇÃO DE FATO GERADOR EXCLUSIVO DE IMPOSTO. CONSUMO DE ENERGIA QUE MEDE O POTENCIAL DE RISCO DE INCÊNDIO. NECESSIDADE DE ALTERAÇÃO DA SENTENÇA. SENTENÇA REFORMADA EM REEXAME NECESSÁRIO. SEGURANÇA DENEGADA.** (Classe: Remessa Necessária, Número do Processo: 0503636-11.2014.8.05.0001, Relator (a): Roberto Maynard Frank, Quarta Câmara Cível, Publicado em: 29/04/2015)

APELAÇÃO CÍVEL. REEXAME NECESSÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. **“TAXA DE EXTINÇÃO DE INCÊNDIOS”. ART. 10, DA LEI ESTADUAL Nº. 12.609/12. CONSTITUCIONALIDADE.** ART. 145, II e § 2º, DA CF/88. LEI ESTADUAL Nº. 12.929/2013. MODIFICAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. RESTITUIÇÃO DOS VALORES PAGOS A MAIOR.

É constitucional o art. 10, da Lei Estadual nº. 12.609/2012, que instituiu a taxa anual pela utilização potencial do serviço de extinção de incêndios, na medida em que o tributo preenche os requisitos constitucionais da divisibilidade e da especificidade e a sua base de cálculo não é idêntica à base de cálculo de nenhum imposto (art. 145, II e § 2º, da CF/88), inclusive o ICMS – energia (aplicação da Súmula Vinculante nº. 29). Precedentes. **A Lei Estadual nº. 12.929/2013 modificou a base de cálculo da taxa de incêndio, substituindo-a pelo “Coeficiente de Risco de Incêndio, expresso em megajoule – MJ, por imóvel”, inclusive em relação ao exercício de 2013, e assegurou aos contribuintes o direito à restituição de**

valores eventualmente recolhidos a maior, o que afasta por completo qualquer alegação de inconstitucionalidade da cobrança. Apelo provido. Sentença reformada. (Classe: Apelação, Número do Processo: 0402946-08.2013.8.05.0001, Relator (a): Rosita Falcão de Almeida Maia, Terceira Câmara Cível, Publicado em: 30/07/2015)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA REJEITADA. **TAXA DE COMBATE A INCÊNDIO. LEI ESTADUAL Nº. 11.631/09 ALTERADA PELA LEI 12.609/12. COBRANÇA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STF. DECISÃO REFORMADA. AGRAVO PROVIDO.**

Entende-se possível a cobrança da taxa de combate a incêndio, visto que instituída como contraprestação a um serviço essencial, específico e divisível. Precedentes jurisprudenciais. (Classe: Agravo de Instrumento, Número do Processo: 0023653-65.2013.8.05.0000, Relator (a): Augusto de Lima Bispo, Primeira Câmara Cível, Publicado em: 28/01/2015)

Diante do exposto, voto no sentido de **DAR PROVIMENTO À APELAÇÃO E REFORMAR A SENTENÇA, TAMBÉM EM REEXAME NECESSÁRIO**, para julgar improcedente o pedido autoral, invertendo-se o ônus de sucumbência.

Deixo de majorar o valor dos honorários advocatícios, como previsto no artigo 85, § 11, do CPC/2015, em atenção ao Enunciado nº 07, do Superior Tribunal de Justiça, de 16 de março de 2016.

TJBA – Agravo de Instrumento n.º 0007074-37.2016.8.05.0000, Quinta Câmara Cível, Relator(a): Desª. Carmem Lúcia Santos Pinheiro, julgado em 27/09/2016.

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO TRIBUTÁRIO. IPTU. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA DE TEMPLOS RELIGIOSOS. CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, ART. 150, INCISO VI, ALÍNEA “B”. IMÓVEIS QUE ATENDEM ÀS FINALIDADES ESSENCIAIS DA ENTIDADE RELIGIOSA. ÔNUS DO ENTE FEDERATIVO DE COMPROVAR EVENTUAL DESVIO DE FINALIDADE. DECISÃO AGRAVADA EM DISSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (ARE 800395 AGR/2014, RELATOR MIN. ROBERTO BARROSO E ARE: 841212 RJ/2014, RELATOR MIN. LUIZ FUX). REFORMA DO DECISUM RECORRIDO. NECESSIDADE.

I - O Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento de que “a imunidade tributária em questão alcança não somente imóveis alugados, mas também imóveis vagos”, desde que comprovado que o imóvel é utilizado de acordo com a finalidade essencial da instituição religiosa.

II - Consoante entendimento jurisprudencial assentado pelo STJ e pelo STF, em regra, há uma presunção relativa de que os imóveis da entidade religiosa são destinados à sua finalidade essencial, **sendo ônus do ente federativo provar eventual desvio de finalidade (tredestinação).**

III - Impositiva é a reforma da decisão recorrida, no sentido de determinar a suspensão da exigibilidade dos créditos tributários relativos ao IPTU dos imóveis que foram objeto das Notificações Fiscais de Débitos descritos na ação originária, em virtude da imunidade tributária de que trata o art. 150, inciso VI, alínea “b”, da Constituição Federal/1988.

AGRAVO DE INSTRUMENTO CONHECIDO E PROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos do AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0007074-37.2016.8.05.0000, tendo, como Agravante, a DIOCESE DE JUAZEIRO BAHIA e, como Agravado, o MUNICÍPIO DE JUAZEIRO.

Acordam os Desembargadores integrantes da Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Bahia, à unanimidade de votos, em DAR PROVIMENTO ao AGRAVO DE INSTRUMENTO.

RELATÓRIO

Cuida-se de Agravo de Instrumento com pedido de atribuição de efeito suspensivo interposto pela **DIOCESE DE JUAZEIRO BAHIA** contra decisão proferida pelo Juiz de Direito da 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Juazeiro/BA, que nos autos da *Ação Declaratória de Imunidade Tributária c/c Anulatória de Débito Tributário, Obrigação de Não Fazer, de Ressarcimento e Pedido de Tutela Antecipada* nº 0500965-65.2014.8.05.0146, **proposta pela própria Agravante** em face do **MUNICÍPIO DE JUAZEIRO**, indeferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela, nos seguintes termos:

“(...)Extrai-se dos documentos acostados aos autos que os imóveis objeto de cobrança do imposto não são os vedados pela Carta Maior, razão pela qual, INDEFIRO o pedido de antecipação de tutela. Sendo as partes legítimas e estando bem representadas, todas demonstrando interesse de agir. Dou o feito por saneado.

Digam as partes, no prazo comum de 10 (dez) dias se pretendem produção de outras provas, dizendo quais.

Havendo manifestação, voltem-me conclusos.

Decorrido o prazo, sem manifestação, anuncio às partes que irei julgar oportunamente o feito no estado em que se encontra.

Publique-se e intem-se.” (decisão agravada de fl. 78)

Irresignada com o decisum, a Agravante (DIOCESE DE JUAZEIRO BAHIA) interpõe o presente recurso instrumental.

A Agravante alegou, em síntese, que o art. 150, inciso VI, alínea “b”, da Constituição Federal de 1988, estabelece expressamente imunidade tributária aos templos de qualquer culto.

Defendeu que “templo”, segundo a doutrina, seria a entidade mantenedora da instituição religiosa, devendo-se fazer uma interpretação extensiva, e não restritiva deste conceito.

Aduziu que é vedada a cobrança de impostos aos templos de qualquer culto, abrangendo-se o patrimônio, a renda e os serviços relacionados com a entidade religiosa.

Argumentou que toda renda auferida pela Agravante, por meio de seus imóveis, tem como fim a realização de atividades beneficentes, sendo vedada a cobrança de IPTU (Imposto sobre a Propriedade Predial Urbana).

Concluiu pugnando pela atribuição de efeito suspensivo ativo, para determinar a suspensão da exigibilidade do crédito tributário discutido em juízo. Ao final, requereu o provimento do agravo de instrumento.

Instruiu a minuta com os documentos de fls. 21/81.

Às fls. 98/99 verso, deferi o efeito suspensivo postulado para o recurso, determinei a cientificação do Julgador precedente sobre o teor da decisão proferida nesta instância, assim como que o Município Agravado fosse intimado para apresentar suas contrarrazões recursais, no prazo legal.

O Município Recorrido, devidamente intimado, apresentou suas contrarrazões recursais às fls. 115/144.

À Secretaria para inclusão em pauta de julgamento.

VOTO

Examinando o que dos autos consta, verifica-se que o recurso instrumental atende aos requisitos de admissibilidade, devendo, portanto, ser conhecido.

Submete-se à apreciação desta Corte a pretensão da Agravante DIOCESE DE JUAZEIRO BAHIA de reformar a decisão agravada em que o Juízo *a quo*, nos autos da *Ação Declaratória de Imunidade Tributária c/c Anulatória de Débito Tributário, Obrigação de Não Fazer, de Ressarcimento e Pedido de Tutela Antecipada* nº 0500965-65.2014.8.05.0146, proposta pela própria Agravante em face do MUNICÍPIO DE JUAZEIRO, indeferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela, não reconhecendo a imunidade tributária de IPTU dos imóveis descritos na exordial da ação originária.

Inicialmente, cumpre ponderar que o agravo de instrumento deve restringir-se à análise dos requisitos autorizadores da tutela liminar.

Desse modo, o artigo 273, inciso I, do CPC/1973 (cuja correspondência no CPC/2015 encontra-se nos arts. 300/311), prevê como requisitos indispensáveis para a concessão da tutela antecipadamente, o *periculum in mora* e a existência de prova inequívoca das alegações, nos seguintes termos:

Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou

Comentando o referido dispositivo, Luiz Guilherme Marinoni ensina o seguinte:

8. Verossimilhança e Prova Inequívoca. O art. 273, CPC, faz referência à prova inequívoca, capaz de convencer o juiz da verossimilhança das alegações, como requisito para a concessão da antecipação da tutela. Não está, como é óbvio, fazendo referência a uma modalidade de prova, que possa colocar-se, por exemplo, ao lado das provas documental, testemunhal e pericial. Inequívoca é uma qualidade atribuída à prova. Melhor explicando: **o legislador pretendeu deixar claro que o juiz somente deve conceder a tutela antecipatória quando for provável que aquele que a postula obterá um resultado final favorável. A chamada “prova inequívoca”, capaz de convencer o julgador da “verossimilhança da alegação”, apenas pode ser compreendida como a prova suficiente para o surgimento do verossímil, situação que tem apenas ligação com o fato de que o juiz tem, nesse caso, um juízo que é formado quando ainda não foi realizado plenamente o contraditório em primeiro grau de jurisdição.** (Grifou-se) (MARINONI, Luiz Guilherme. Código de Processo Civil comentado artigo por artigo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 270/271).

Examinando os fólios, constato que tais requisitos foram devidamente cumpridos pela Agravante, merecendo reforma a decisão agravada, consoante fundamentação jurídica a seguir disposta.

Consabido, a Constituição Federal de 1988, no art. 150, inciso VI, alínea “b”, na Seção referente às Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar, estabelece expressamente imunidade tributária aos templos de qualquer culto, nos seguintes termos:

“Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

VI - instituir impostos sobre:

(...)

b) templos de qualquer culto;”

Ademais, o § 4º, da Carta Magna preceitua que a vedação constante no inciso VI, alínea “b”, **compreende somente o patrimônio, a renda e os serviços, relacionados com as finalidades essenciais das entidades religiosas.**

As instituições religiosas regularmente constituídas possuem algumas prerrogativas legais e constitucionais, gozando de imunidade tributária quanto aos imóveis destinados às suas finalidades essenciais, sobre os quais não pode incidir a cobrança de impostos, no caso, do IPTU.

De acordo com os tributaristas Leandro Paulsen e José Eduardo Soares de Melo, na obra “*Impostos Federais, Estaduais e Municipais*”, “os imóveis onde são celebrados os ofícios religiosos não se sujeitarão ao IPTU”. Nessa esteira, “a imunidade deve abranger também os imóveis locados (RE 257.700) ou utilizados como escritório e residência de membros da entidade (RE 221.395)”.

Acerca da matéria, o Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento de que “a **imunidade tributária em questão alcança não somente imóveis alugados, mas também imóveis vagos**”, desde que comprovado que o imóvel é utilizado de acordo com a finalidade essencial da instituição religiosa, a saber:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA DE TEMPLOS RELIGIOSOS. IPTU. IMÓVEL VAGO. DESONERAÇÃO RECONHECIDA. O Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento de que não cabe à entidade religiosa demonstrar que utiliza o bem de acordo com suas finalidades institucionais. Ao contrário, compete à Administração tributária demonstrar a eventual tredestinação do bem gravado pela imunidade. Nos termos da jurisprudência da Corte, a imunidade tributária em questão alcança não somente imóveis alugados, mas também imóveis vagos. Agravo regimental a que se nega provimento.

(ARE 800395 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 28/10/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-224 DIVULG 13-11-2014 PUBLIC 14-11-2014)

Cumprir acrescentar, por oportuno, consoante entendimento jurisprudencial assentado pelo STJ e pelo STF **que, em regra, há uma presunção relativa de que os imóveis da entidade religiosa são destinados à sua finalidade essencial, sendo ônus do ente federativo provar eventual desvio de finalidade (tredestinação).** Corroborando a tese ora esposada, colaciona-se o aresto a seguir:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. TRIBUTÁRIO. IPTU. IMUNIDADE. TEMPLO DE QUALQUER CULTO. DESTINAÇÃO DO IMÓVEL. ANÁLISE DE LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL E INCURSÃO NO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. SÚMULA Nº 279 DO STF. INCIDÊNCIA. 1. A imunidade do IPTU deferida aos templos de qualquer culto, quando controversa a comprovação da finalidade do imóvel, não enseja o cabimento de recurso extraordinário, por demandar a análise da legislação infraconstitucional, bem como, a incursão no acervo fático-probatório dos autos. Precedentes: AI 595.479-AgR, Rel. Min. Ayres Britto, Primeira Turma, DJe 6/8/2010, e AI 651.138-AgR, Rel. Min. Eros Grau, Segunda Turma, DJe 17/8/2007. (...) 4. In casu, o acórdão recorrido assentou: “Direito Tributário. Imunidade de templos religiosos (art. 150, VI, “b” da Constituição Federal). Agravo interno contra decisão que reconheceu a imunidade do imóvel da demandante. Irregularidade da representação que pode ser sanada a qualquer tempo, ratificando-se os atos anteriormente praticados, segundo jurisprudência pacífica do STJ e TJRJ. Imunidade tributária que deve ser reconhecida. De acordo com a jurisprudência mais recente do STF e STJ, milita presunção relativa de que os imóveis da entidade religiosa seriam destinados às finalidades essenciais da instituição (art. 150, § 4º da Constituição), sendo ônus do ente federativo provar eventual desvio de finalidade. Recurso desprovido.” 5. Agravo regimental DESPROVIDO.

(STF - ARE: 841212 RJ, Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 18/11/2014, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-240 DIVULG 05-12-2014 PUBLIC 09-12-2014) (Grifou-se)

No caso vertente, em cognição sumária, própria deste momento processual, não há elementos que comprovem que os imóveis de propriedade da Diocese de Juazeiro Bahia não foram

destinados à finalidade essencial da instituição, sendo ônus do Município de Juazeiro comprovar eventual desvio de finalidade, a fim de ensejar a cobrança do IPTU.

Assim, ao menos neste instante processual, a medida que se impõe é a suspensão da exigibilidade dos créditos tributários em questão, relativos ao IPTU, haja vista que os imóveis que estão sendo discutidos na lide originária, em exame perfunctório dos fôlios, foram alcançados pela imunidade tributária de que trata o art. 150, inciso VI, alínea “b”, da Constituição Federal/1988.

CONCLUSÃO

Desse modo, impositiva é a reforma da decisão recorrida, no sentido de determinar a suspensão da exigibilidade dos créditos tributários relativos ao IPTU dos imóveis que foram objeto das Notificações Fiscais de Débitos constantes dos autos, em virtude da imunidade tributária de que trata o art. 150, inciso VI, alínea “b”, da Constituição Federal/1988.

Sendo assim, **DÁ-SE PROVIMENTO ao presente Agravo de Instrumento, reformando-se a decisão agravada para determinar a suspensão da exigibilidade dos créditos tributários relativos ao IPTU descritos na ação originária nº 0500965-65.2014.8.05.0146.**

TJBA – Agravo de Instrumento nº 0006456-58.2017.8.05.0000, Terceira Câmara Cível, Relator(a): Desª. Rosita Falcão de Almeida Maia, julgado em 13/06/2017.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA SOBRE FATURAMENTO DA EMPRESA. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA MENOR ONEROSIDADE.

A jurisprudência do Tribunal Superior entende ser possível a penhora do faturamento da empresa, desde que observadas as cautelas necessárias para o bom andamento da mesma, sem que isso caracterize violação do arts. 655 (atual 835 do CPC), tampouco afronta ao princípio da menor onerosidade da execução.

Diante da inércia da agravante em pagar o débito, muito menos oferecer bens a penhora, até como forma de demonstrar através dos Embargos a possível insubsistência do crédito, como alega, não merece reforma a decisão que determinou a penhora no percentual de 10% do seu faturamento, quantia que não afeta o livre desempenho da atividade empresarial da agravante.

Agravo de Instrumento improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº. **0006456.2017.8.05.0000**, sendo agravante **Fiapavio Serviços Ltda** e agravado **Estado da Bahia**.

ACORDAM os MM. Desembargadores componentes da **Terceira Câmara Cível** do Tribunal de Justiça da Bahia, à unanimidade de votos, **CONHECER E NEGAR PROVIMENTO** ao agravo de instrumento, e o fazem de acordo com o voto de sua relatora.

RELATÓRIO

Fiapavio Serviços Ltda interpôs agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo contra decisão proferida pelo M.M. Juiz de Direito da 11ª Vara da Fazenda Pública desta Comarca que, nos autos da ação de execução fiscal tombada sob nº. 0527375-13.2014.8.05.0001, movida pelo **Estado da Bahia**, deferiu o pedido de penhora de 10% (dez por cento) do faturamento mensal da empresa agravante (decisão transladada fls.17/18).

Em suas razões, narra em síntese, que a Fazenda Estadual ajuizou Execução Fiscal buscando o adimplemento de suposto crédito tributário, apurado a partir da CDA nº. 10663-17-0000-12, extraída do PAF nº. 8000000563122; que com o objetivo de comprovar que o crédito está sendo cobrado erroneamente, ofereceu bem imóvel em garantia, entretanto a agravada recusou-o,

requerendo a penhora sobre o faturamento, o que foi acolhido pelo douto *a quo*, no percentual de 10%.

Nesse sentido, advoga que a decisão recorrida merece reforma, vez que o fisco pretende forçar um parcelamento que não foi em momento algum acordado pela agravante; que o bem ofertado é um imóvel situado em ótima localização, livre e desembaraçado de ônus, e capaz de garantir o suposto crédito tributário, devendo, portanto, ser aplicado o princípio da menor onerosidade, principalmente, em meio a tamanha crise financeira e dificuldade que as empresas vêm enfrentando.

Por fim, requer a concessão de efeito suspensivo, suspendendo-se os efeitos da decisão agravada. Juntou documentos de fls. 17/190. O feito foi distribuído, por sorteio, à minha Relatoria.

Em decisão de fls. 193/196, indeferi a suspensividade requerida.

A agravada apresentou contraminuta às fls.199/213, pugnado em síntese, pelo improviamento do recurso.

Em cumprimento ao art. 931, do NCPC, restituo os autos à Secretaria, com relatório, ao tempo em que peço dia para julgamento, ressaltando a impossibilidade de sustentação oral, nos termos do art. 937, VIII, do mesmo diploma legal.

VOTO

Devidamente analisados, encontram-se regularmente preenchidos os pressupostos de admissibilidade, motivo pelo qual conheço do recurso.

Como é cediço, o art. 1.019, I, do CPC/2015, prevê que, recebido o agravo de instrumento no tribunal, o relator poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão; para tanto, faz-se necessária a demonstração da probabilidade do direito (*fumus boni iuris*) e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo (*periculum in mora*):

Art. 1.019. Recebido o agravo de instrumento no tribunal e distribuído imediatamente, se não for o caso de aplicação do art. 932, incisos III e IV, o relator, no prazo de 5 (cinco) dias:

I - poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão;

Eis o teor do trecho do *decisum* contra a qual se insurge o agravante:

“Compulsando os autos, verifico que já foram realizadas diversas tentativas de penhora de bens a fim de garantir o débito tributário, BACENJUD, RENAJUD, penhora sobre recebíveis junto às instituições credenciadoras de meio de pagamento, todas infrutíferas.

Ademais, o bem indicado à penhora pela parte executada não foi aceito pelo exequente. Intimada, a parte executada também não garantiu a dívida dentro dos moldes legais.

Assim, vislumbro que deve ser acolhido o pedido de penhora sobre o faturamento da executada. A penhora de 10% (dez por cento) sobre o faturamento é percentual razoável e que não torna inviável o exercício da atividade empresarial.

O exequente pode indicar o administrador-depositário, que poderá ser nomeado por este magistrado e deverá prestar contas mensais a este Juízo das quantias recebidas, a fim de efetuar o abatimento do saldo devedor.

Ante o exposto, defiro a penhora de 10% (dez por cento) do faturamento mensal da empresa executada, até a satisfação do crédito exequendo.

Intime-se o exequente para, no prazo de 15 (quinze) dias, informar o nome da pessoa que exercerá o *munus* de administrador”.

Trata-se de Execução Fiscal em que o magistrado “*a quo*” determinou a penhora de faturamento mensal da empresa executada, no percentual de 10% (dez por cento) até a satisfação do crédito exequendo.

A decisão *a quo* não merece qualquer reforma, pelo contrário, a sua fundamentação esclarece a situação apresentada aos autos.

Isto porque, de acordo com a sistemática adotada pela Lei nº.13.105/2015, a preferência na penhora para satisfação da execução seguirá a ordem de gradação do do art. 835 do CPC e art. 11 da LEF (6.830/80) *verbis*:

Art. 835. A penhora observará, preferencialmente, a seguinte ordem:

I - dinheiro, em espécie ou em depósito ou aplicação em instituição financeira;

[]

§1o É prioritária a penhora em dinheiro, podendo o juiz, nas demais hipóteses, alterar a ordem prevista no caput de acordo com as circunstâncias do caso concreto.

Art. 11 - A penhora ou arresto de bens obedecerá à seguinte ordem:

I - dinheiro;

II - título da dívida pública, bem como título de crédito, que tenham cotação em bolsa;

III - pedras e metais preciosos;

IV - imóveis;

V - navios e aeronaves;

VI - veículos;

VII - móveis ou semoventes; e

VIII - direitos e ações.

Quando o legislador estabeleceu a ordem preferencial de penhora, o fez como forma de evitar postergação injustificada do pagamento, tão corriqueira em processos desse jaez, ocasionada, muitas vezes, pelas próprias dificuldades e limites impostos pelos meios judiciais para excutir bens do devedor, como acontece no caso, visto que o processo já se arrasta por quase 4 (quatro) anos.

Não se olvida que o julgador deve observar o princípio da execução menos gravosa para o devedor, bem assim o princípio da efetividade do processo.

O artigo 805, do CPC, assim dispõe: “Quando por vários meios o exequente puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o executado”.

Por seu turno o art. 824 também do CPC, dispõe que: A execução por quantia certa realiza-se pela expropriação de bens do executado, ressalvadas as execuções especiais.

A alegação da agravante de que a penhora de 10% do faturamento fatalmente comprometerá a continuidade do seu funcionamento, não encontra respaldo nas provas colacionadas aos autos. Demais disso, vê-se que desde o ano de 2014 o Fisco Estadual busca por todos os meios a satisfação do seu crédito, a exemplo das diversas tentativas de penhora via Bacenjud, Renajud e recebíveis juntos às operadoras de crédito, bem como que a agravante, apesar de citada (14.08.14), não pagou o débito, tampouco nomeou bens à penhora, somente comparecendo em Juízo em 10.06.2016 para ofertar a penhora o bem recusado pelo Fisco.

Com efeito, diante da inércia da agravante em pagar o débito, muito menos oferecer bens a penhora, até como forma de demonstrar através dos Embargos a possível insubsistência do crédito, como alega, não merece reforma a decisão que determinou a penhora no percentual de 10% do seu faturamento, quantia que não afeta o livre desempenho da atividade empresarial da agravante.

Demais disso, a jurisprudência do Tribunal Superior entende ser possível a penhora do faturamento da empresa, desde que observadas as cautelas necessárias para o bom andamento da mesma, sem que isso caracterize violação do arts. 655 (atual 835 do CPC), tampouco afronta ao princípio da menor onerosidade da execução. *Verbis*:

Ementa

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA SOBRE O FATURAMENTO DA EMPRESA. SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS. MATÉRIA FÁTICA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ.

1. A jurisprudência desta Corte Superior é assente quanto à possibilidade de a penhora recair, em caráter excepcional, sobre o faturamento da empresa, desde que observadas, cumulativamente, as condições previstas na legislação processual (art. 655-A, §3º, do

CPC) e que o percentual fixado não torne inviável o exercício da atividade empresarial.

2. A ausência de imposição de limite legal no dispositivo que permite a penhora do faturamento da empresa executada não pode conduzir à conclusão de que se deva penhorar a integralidade dos numerários de que dispõe, pois figura também como interesse público o livre exercício da atividade econômica no território brasileiro, de onde advém a geração de empregos, receita e riqueza, em nada interessando, nem mesmo ao FISCO, o fechamento das empresas, ainda que para adimplir o Erário.

O Tribunal de origem, soberano na apreciação das circunstâncias fáticas, deferiu a penhora limitando-a à fração de 10% dos valores depositados na conta-corrente da empresa executada, com vistas à função social da empresa e à continuidade de suas atividades, levando em consideração sua precária situação financeira. Processo AgInt no REsp 1588496 / SP AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL 2015/0213562-2 Relator(a) Ministro OG FERNANDES (1139) Órgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA Data do Julgamento 15/12/2016 Data da Publicação/Fonte DJe 19/12/2016)

Por fim, vale salientar, que o poder do livre convencimento do juiz é o que deve prevalecer. Afinal, se magistrado *a quo* entendeu por deferir a penhora no percentual de 10% do faturamento da agravante, os fatos e as provas o convenceram neste sentido. A sua proximidade com a realidade dos fatos o coloca em privilegiada posição para aferir, com maior segurança, a verossimilhança das alegações das partes, até porque, teve acesso aos documentos para formação do seu convencimento.

Diante do exposto, voto no sentido de **CONHECER E NEGAR PROVIMENTO** ao agravo de instrumento interposto, para manter a decisão agravada nos termos em que foi proferida.

TJBA – Apelação Cível nº 0330261-37.2012.8.05.0001, Primeira Câmara Cível, Relator(a): Desª. Maria de Lourdes Pinho Medauar, julgado em 12/06/2017.

EMENTA: APELAÇÃO. ADOÇÃO SIMPLES. PRELIMINARES DE NULIDADE DE SENTENÇA POR AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO E CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA AFASTADAS. CONTRATO DE ADOÇÃO REALIZADO ANTES DA PROMULGAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO E DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. POSSIBILIDADE DE REVOGAÇÃO POSTERIOR. ATO VÁLIDO. RECONHECIMENTO DE MATERNIDADE SOCIOAFETIVA *POST MORTEM*. REQUERIMENTO FEITO APÓS 20 ANOS DA REVOGAÇÃO DA ADOÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DIANTE DAS PROVAS DOS AUTOS. RECURSO IMPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº **00330261-37.2012.8.05.0001**, em que é apelante **ELIZEU ANTONIO VINAGRE FERREIRA DE GODOY JUNIOR** e apelados **ESPÓLIO DE MYRIAM LEMOS DE SANTANA E OUTROS**.

Acordam os Desembargadores, componentes da Primeira Câmara Cível, do Tribunal de Justiça da Bahia, à unanimidade de votos, **NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO, nos termos do voto condutor.**

RELATÓRIO

Trata-se de apelação cível, interposta por **ELIZEU ANTONIO VINAGRE FERREIRA DE GODOY JUNIOR**, contra sentença de fls. 164/169, prolatada pela MM. Juíza de Direito da 14ª Vara de Família da Comarca de Salvador, que nos autos da Ação de Petição de Herança,

julgou improcedentes os pedidos formulados, no sentido de declaração de filiação por adoção ou, subsidiariamente, por vínculo socioafetivo com MYRIAM LUIZA LEMOS DE SANT'ANNA, com efeitos sucessórios e reconhecimento da qualidade de único herdeiro dos bens deixados pela de cujus.

Irresignado, em razões de fls. 192/217, o apelante suscita, preliminarmente, nulidade da sentença, ante a ofensa aos arts. 5º, LV e 93, IX, ambos da Constituição, além dos artigos 165 e 458, III, do CPC/1973, sob a alegação de ter o magistrado *a quo* se omitido sobre a nulidade do ato de revogação da adoção, além de não ter apreciado a suscitada isonomia de tratamento entre filhos biológicos e adotivos.

Ainda em sede preliminar, argui cerceamento ao direito de defesa e violação às garantias constitucionais do contraditório e ampla defesa, por não ter sido realizada audiência de instrução, em que pese ter o apelante protestado pela produção de prova testemunhal.

No mérito, assevera que não pode prevalecer o fundamento da sentença, no sentido de ser a adoção realizada pela de cujus de natureza simples e, portanto, válida a revogação perpetrada, sendo essa absolutamente nula, posto que o atual sistema constitucional unificou os procedimentos da adoção, tornando-a irrevogável, o que foi ratificado no art. 39, § 1º, do ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente.

Afirma que o ato de adoção, ocorrido em 06/1988, foi realizado de livre e espontânea vontade, na forma restrita, aplicável à época, mediante escritura pública registrada no Cartório de Notas do 10º Ofício, desta Capital, e que grande parte da doutrina, de fato, admitia a extinção ou revogação.

Entretanto, lembra que, com o advento da Carta Magna em 1988 e a instituição do princípio da igualdade entre filhos, no art. 227, §6º, vedou-se a possibilidade de desfazimento do vínculo fixado pela adoção, que passou a ser perene, irrevogável e indissolúvel, motivo pelo qual a revogação perpetrada pela *de cujus*, ocorrida em 12/1993, pós Constituição, não produziu qualquer efeito, sendo nula de pleno direito.

Afasta as arguições da defesa, quanto à manutenção do pátrio poder com os pais naturais, diante da manutenção do registro civil de nascimento, com o argumento de que com a adoção restrita, ocorrida *in casu*, não se extinguem os laços com a família “de sangue”, mas ocorre a transferência do pátrio poder ao adotante, além de acarretar efeitos patrimoniais, tornando o adotado herdeiro necessário, na ausência de filhos legítimos.

De forma cautelar, pugna pela observância do testamento deixado pela *de cujus*, onde resta expressa a intenção dessa de dispor de seus bens em favor do autor, após sua morte.

Ainda, em caráter subsidiário, caso não seja reconhecida a validade da adoção e anulado o ato de sua revogação, requer o apelante o reconhecimento de filiação socioafetiva, considerando a convivência durante muitos anos, o amor e afeto filial, não obstante a inclusão do mesmo no plano de saúde da *de cujus* e o *animus* dessa de considerá-lo como filho, evidenciado no testamento.

Diante de tais argumentos, requer a reforma da sentença, para que seja declarada a plena vigência e validade do ato de adoção sob comento, invalidando-se a revogação, ou, subsidiariamente, declarada a filiação socioafetiva, para fins de reconhecimento do estado de filiação do autor com a *de cujus* e, na qualidade de herdeiro único, poder concluir o inventário e ser imitado na posse dos bens da herança.

Os apelados, devidamente intimados, apresentaram contrarrazões ao recurso interposto, fls. 224/254, requerendo a manutenção da sentença.

Às fls. 266/274, o *parquet* ofertou parecer, opinando pelo conhecimento e provimento do recurso, com a anulação da sentença e retorno dos autos ao juízo de origem para realização de audiência de instrução, conforme requerido pelo apelante.

Assim, examinados os autos, lancei o presente relatório, encaminhando-os à Secretaria da Primeira Câmara Cível, nos termos do art. 931, do Novo Código de Processo Civil, para inclusão do feito em pauta de julgamento, salientando que o presente recurso é passível de sustentação oral, nos termos do art. 937, do CPC/2015 e art. 187, I, do RITJBA.

VOTO

Presentes os pressupostos extrínsecos e intrínsecos de sua admissibilidade, conheço do recurso.

Primeiramente, passo a analisar as preliminares suscitadas pelo apelante.

Quanto à arguição de nulidade da sentença, sob a alegação de omissão do magistrado *a quo* acerca da nulidade do ato de revogação da adoção, e da suscitada isonomia de tratamento entre filhos biológicos e adotivos, a mesma não merece prosperar.

Ao contrário do quanto alegado pelo apelante, houve clara exposição de fundamento pelo magistrado *a quo* acerca da ausência de nulidade no ato de revogação da adoção perpetrado pela *de cujus*, a saber:

“Não se vislumbra qualquer irregularidade. Decerto, fosse o caso de adoção plena, resultante de sentença judicial, com extinção de vínculos biológicos e inscrição no registro civil, não haveria de se reconhecer a revogação, pois, no ordenamento jurídico atual o sujeito de proteção neste instituto é o menor. No caso dos autos, de adoção simples, em que o requerente teve preservada a sua filiação biológica, está recebendo igual proteção, pois nem sequer houve extinção de vínculos ou inscrição no registro civil.”

Ademais, apesar da nova sistemática, instituída pelo art. 11 do Novo Código de Processo Civil, trazer de forma enfática e expressa a necessidade de fundamentação das decisões judiciais, sob pena de nulidade, e mesmo a sentença apelada tendo sido proferida sob a égide do Código antigo, em recentes julgados, o STJ tem decidido que o julgador não está obrigado a dissertar sobre todos os pontos suscitados, a saber:

“PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA ORIGINÁRIO. INDEFERIMENTO DA INICIAL. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE, ERRO MATERIAL. AUSÊNCIA. 1. Os embargos de declaração, conforme dispõe o art. 1.022 do CPC, destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade, eliminar contradição ou corrigir erro material existente no julgado, o que não ocorre na hipótese em apreço. 2. O julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão. A prescrição trazida pelo art. 489 do CPC/2015 veio confirmar a jurisprudência já sedimentada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, sendo dever do julgador apenas enfrentar as questões capazes de infirmar a conclusão adotada na decisão recorrida. 3. No caso, entendeu-se pela ocorrência de litispendência entre o presente mandamus e a ação ordinária n. 0027812-80.2013.4.01.3400, com base em jurisprudência desta Corte Superior acerca da possibilidade de litispendência entre Mandado de Segurança e Ação Ordinária, na ocasião em que as ações intentadas objetivam, ao final, o mesmo resultado, ainda que o polo passivo seja constituído de pessoas distintas. 4. Percebe-se, pois, que o embargante maneja os presentes aclaratórios em virtude, tão somente, de seu inconformismo com a decisão ora atacada, não se divisando, na hipótese, quaisquer dos vícios previstos no art. 1.022 do Código de Processo Civil, a inquirir tal decisum. Embargos de declaração rejeitados.” (EDcl no MS 21.315/DF, Rel. Ministra DIVA MALERBI (DESEMBARGADORA CONVOCADA TRF 3ª REGIÃO), PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 08/06/2016, DJe 15/06/2016) (grifo nosso)

Assim, verificada a farta fundamentação existente na sentença apelada, não há que falar em ofensa a qualquer dispositivo legal e, portanto, em nulidade do *decisum*.

De igual sorte, não se verifica o cerceamento do direito de defesa arguido, ante à não realização de audiência de instrução e impossibilidade de produção de prova testemunhal pelo apelante.

É que, ao contrário do posicionamento adotado pelo Ministério Público, em parecer de fls. 266/274, o simples requerimento de audiência pela parte não afasta a possibilidade de julgamento antecipado da lide

Sobreleva mencionar que a fundamentação do douto magistrado *a quo* é farta e se coaduna com os termos do art. 330, I, do CPC/1973, que autoriza o julgamento antecipado da lide quando desnecessária a produção de prova em audiência, sendo que tal medida não constitui óbice à ampla e necessária dilação probatória.

Esse modo de julgamento não impossibilita a demonstração do direito pela parte, uma vez que previsto na própria norma.

Vislumbra-se que, foi suficiente a oportunidade conferida ao réu no momento da contestação para anexar provas a fim de refutar as alegações da parte autora.

O Juiz é o destinatário das provas e, estando plenamente convencido, através dos elementos probatórios presentes nos autos e, pelo princípio do livre convencimento motivado, poderá indeferir a produção de diligências que considere inúteis ou meramente protelatórias, sem que isso configure cerceamento de defesa.

Nesse contexto, vale destacar o art. 130, do CPC/1973, considerando a prolação da decisão ainda sob a égide do antigo código:

Art. 130. *Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.*

Assim, considerada desnecessária a produção de outras provas além daquelas já anexadas aos autos, deve o julgador proceder ao julgamento antecipado da lide, sem que tal conduta configure cerceamento de defesa e nulidade processual.

No caso em apreço, como bem identificado pelo juiz prolator da decisão apelada, os elementos de prova constantes dos autos, mais especificamente os de fls. 21/22-v e 121/123v (escritura de revogação da adoção e testamentos, respectivamente), foram suficientes para formar o seu convencimento, diga-se, devidamente fundamentado.

Através dos referidos documentos, identificou o juiz singular atos contrários da *de cujus* à caracterização da desejada declaração de maternidade socioafetiva, que não seriam elididos por qualquer prova testemunhal.

Ante tais premissas, inexistindo motivos para a realização de audiência de instrução, nos termos dos arts. 330, I e 130 do Código de 1973, não há que falar em cerceamento do direito de defesa.

Uma vez rejeitadas as preliminares acima, passo ao exame do mérito recursal.

Em primeiro momento, deseja o apelante o reconhecimento de nulidade do ato de revogação da adoção simples realizado pela *de cujus*, com a consequente manutenção da sua condição de filho adotivo, apto a figurar como herdeiro no processo sucessório, sob o argumento de que o ato revogatório foi realizado após a promulgação da Constituição de 1988, que instituiu o princípio da igualdade entre filhos, no art. 227, §6º, vedando o desfazimento do vínculo fixado pela adoção.

Da análise da Escritura Pública de dissolução de vínculo de adoção simples de fls. 21/21-v, lavrada em 13/12/1993, depreende-se que a mesma guarda as formalidades legais necessárias à sua validade formal, qual seja, lavrada em cartório competente e com a aquiescência de todas as partes envolvidas para a rescisão do “contrato de adoção”, destacando-se que o apelante, à época menor de idade, estava devidamente representado por seus pais biológicos, os quais anuíram ao ato.

É incontroverso que se tratou de adoção simples a perpetrada entre o apelante e a *de cujus*, a qual era regulada pelos arts. 27 e 28, do Código de Menores (Lei nº 6.697/79), revogado pelo ECA (Lei nº 8.069/1990), e destinada a maiores de sete anos; realizada por meio de escritura pública; podendo cessar com a maioridade; não extinguindo os direitos e deveres resultantes da filiação biológica, com exceção do pátrio poder.

E, como bem destacado pelo magistrado singular, a referida modalidade de adoção, “*por não extinguir o vínculo biológico e não atribuir ao adotado a condição de filho do adotante, poderia ser revogada, já que não estaria o adotado em condição de vulnerabilidade familiar*”.

A adoção simples foi realizada em 13/06/1988, anterior à promulgação da Carta Magna e, portanto, observando-se a essência e as diretrizes da lei antiga, de adoção de caráter “simplificado”, resguardando os laços biológicos do adotando, fugindo, portanto, do sentido de igualdade de direitos e qualificações entre filhos sanguíneos e adotados, trazido pelo §6º, do art. 227, da Constituição.

A jurisprudência acerca do tema consagrou os princípios do *tempus regit actum* e o da irretroatividade das leis, segundo os quais os atos jurídicos se regem pela lei da época em que ocorreram e a nova lei não prejudicará o ato jurídico perfeito.

Assim, entende-se que a análise sobre a revogabilidade da adoção simples há de ser feita com base na legislação sob cuja égide foi constituído o vínculo adotivo, *in casu*, do Código de Menores (Lei nº 6.697/79).

Diante disso, não se pode reputar nulo o ato de revogação da adoção do apelante, mesmo tendo sido formalizado posteriormente à entrada em vigor da Constituição e do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Na oportunidade, vale o destaque dos julgados do Superior Tribunal de Justiça que se manifestam expressamente acerca da não aplicação do ECA aos atos de adoção realizados antes do seu advento, a saber:

“Ementa: ADOÇÃO. Adoção simples. Dissolução do vínculo. Possibilidade. Legislação anterior ao ECA. A adoção simples, realizada em 1989, pode ser dissolvida nos termos da legislação anterior ao ECA (Lei 6697/79 e art. 374 do CCivil). Peculiaridades do caso, que recomendam o atendimento do pedido. Recurso conhecido e parcialmente provido. (STJ. REsp 100195 SP 1996/0042022-0. T4 - QUARTA TURMA. Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar. DJ 19/04/2001) (grifo nosso)

Ementa: DIREITO CIVIL. ADOÇÃO SIMPLES CONCRETIZADA EM 1981. REVOGABILIDADE. SUPERVENIÊNCIA DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. IRRETROATIVIDADE. RECURSO NÃO CONHECIDO. O ADVENTO DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (LEI NR. 8.069/90) NÃO TEVE O CONDÃO DE TORNAR IRREVOGAVEL ADOÇÃO SIMPLES DE MENOR IMPÚBERE REALIZADA SOB A EGIDE DO REVOGADO CÓDIGO DE MENORES (LEI NR. 6.697/79). APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS TEMPUS REGIT ACTUM E DA IRRETROATIVIDADE DAS LEIS. (STJ. REsp 26834 RJ 1992/0022223-4. T4 - QUARTA TURMA. Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. DJ 21/08/1995 p. 25368) (grifo nosso)

Ainda, é imperioso destacar parte da fundamentação do acórdão relatado pelo Ministro Luís Felipe Salomão, no REsp 1292620/RJ, publicado em 13/09/2013, onde assevera acerca do ato jurídico perfeito e da retroatividade da Constituição à adoção simples realizada anteriormente, o que se enquadra perfeitamente na situação ora analisada. Veja-se:

“7. A celeuma hospeda-se, portanto, no chamado direito constitucional intertemporal, que possui feição distinta do direito intertemporal comum, e consiste em saber se a Constituição Federal, ao estabelecer, de forma inovadora e mais que acertada, a isonomia entre os filhos biológicos e adotivos, manteve-se fiel a queloutro princípio igualmente importante, relativo à proteção do ato jurídico perfeito, ou se, ao reverso, derramou retroativamente esse novo valor doravante abraçado (isonomia entre filhos adotivos e biológicos) em situações jurídicas concretizadas na ordem jurídica superada. 8. Em direito constitucional intertemporal, adota-se a tese segundo a qual a Constituição Federal, por obra do poder constituinte originário, em regra, possui retroatividade mínima, apanhando apenas os efeitos futuros do ato praticado no passado com ela incompatível, exceto se fizer ressalva quanto a isso, dependendo igualmente de previsão explícita a eventual retroatividade média e máxima. 9. No caso em exame, a pretensão de transformar a chamada “adoção simples” de pessoa maior de idade, realizada por mera escritura pública e com nítido cariz contratual, em adoção plena - para cuja realização desde sempre se exigiu intervenção judicial e propósitos nobres ainda hoje abraçados pelo ordenamento jurídico - não significa simplesmente apanhar os efeitos futuros relativos ao direito sucessório. Em verdade, significa alterar a própria essência do título, perfeito e acabado por ocasião de sua feitura, agregando-se

lhes novos e imprevisíveis efeitos, o que configura a chamada retroatividade máxima, não prevista expressamente pela Constituição para o caso.” (grifo nosso)

Dessa forma, urge ser mantida a sentença que julgou improcedente o pedido de nulidade da revogação da adoção simples realizada pela *de cujus* em desfavor do apelante.

Por conseguinte, e de forma subsidiária, deseja o apelante o reconhecimento de filiação socioafetiva, considerando a convivência, o amor e afeto filial, não obstante a inclusão do mesmo no plano de saúde da *de cujus* e o *animus* dessa de considerá-lo como filho, evidenciado no testamento.

É sabido que a parentalidade socioafetiva, seja ela materna ou paterna, é aquela que se baseia no princípio da afetividade, estabelecendo relação de parentesco baseada em outros fatores, que não a relação genética, tais quais o afeto, a convivência, o tratamento como filho perante terceiros e o exercício efetivo dos direitos e deveres inerentes ao poder familiar. E sendo a paternidade/maternidade socioafetiva um ato de opção, ela está fundada na liberdade de escolha de quem ama e tem afeto.

Exatamente por isso, na hipótese de declaração de parentalidade socioafetiva post mortem, como no caso dos autos, quando não se pode mais ter a declaração de vontade da parte falecida, é necessária a demonstração de ato concreto, que venha a caracterizar o vínculo entre os envolvidos.

Segundo o Des. Rômulo de Araújo Mendes, do TJ-DF, em voto de sua lavra, na apelação 20150510068078, publicado em 02/09/2015, “à semelhança do que ocorre com a adoção regular, a nosso juízo, há possibilidade de vir a ser reconhecido esse vínculo de paternidade afetiva post mortem, mas, de toda sorte, deve-se provar que, quando em vida, o pretenso pai não-biológico tivesse manifestado o inequívoco desejo de assim ser reconhecido”.

No presente feito, como bem identificado pelo juiz prolator da decisão apelada, os elementos dos autos demonstram atos contrários à caracterização da desejada maternidade socioafetiva.

Além de ter a *de cujus* revogado o ato de adoção simples, repita-se, com aquiescência dos pais biológicos do apelante, ainda revogou o testamento mencionado por esse em suas razões, às fls. 123/123-v, em clara intenção de não contemplá-lo, seja com a maternidade, seja com o seu patrimônio.

Não obstante, vale destacar o fato do apelante, possuindo filiação biológica e, consequentemente, todos os direitos daí decorrentes, não ter requerido a substituição de registro civil e sequer incluir a mãe biológica no polo passivo da demanda que visa o reconhecimento de maternidade socioafetiva. A jurisprudência pátria já se manifestou sobre o tema:

Ementa: AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE E DE MATERNIDADE SOCIOAFETIVA C/C PETIÇÃO DE HERANÇA. INEXISTÊNCIA DO VÍNCULO PATRIMONIAL. CARÁTER PATRIMONIAL. PROVA. 1. Se a autora possui pai e mãe biológicos que a registraram como filha, o pedido de declaração de filiação socioafetiva é juridicamente impossível, pois quem já possui pai e mãe não pode buscar o reconhecimento simultâneo de outra paternidade e maternidade, salvo de buscar concomitantemente a desconstituição da paternidade registral. 2. Como nada foi alegado contra a paternidade registral e como o investigado não é pai biológico da autora, sua pretensão é juridicamente impossível. 3. Se o de cujus pretendesse reconhecer a recorrente como filha, certamente teria promovido a sua adoção ou lavrado algum instrumento público neste sentido, mas nada foi feito. 4. Inexistente a relação jurídica de filiação, inexistente título jurídico capaz de albergar qualquer direito sucessório, pois não existe nem mesmo testamento. RECURSO DE APELAÇÃO DESPROVIDO. (Apelação Cível Nº 70045753456, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Munira Hanna, Julgado em 22/05/2013)

Por fim, chama atenção ainda o grande lapso temporal entre a revogação da adoção simples e o pedido de sua nulidade e reconhecimento da maternidade socioafetiva, que se deu após quase 20 anos e apenas quando a pretensa “mãe socioafetiva” faleceu, do que pode se auferir que remanescem apenas interesses patrimoniais em seu requerimento, o que também fora pontuado pela decisão *a quo*.

Ante tais fatos, restando válida a revogação da adoção simples em voga, bem como afastada a pretensão de reconhecimento de maternidade socioafetiva, não há o que modificar na decisão ora apelada.

Diante do exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO** ao recurso, mantendo-se a sentença de mérito em todos os seus termos, por seus próprios fundamentos.

TJBA – Agravo de Instrumento nº 0001964-23.2017.8.05.0000, Quarta Câmara Cível, Relator(a): Des^a. Heloísa Pinto de Freitas Vieira Graddi, julgado em 30/05/2017.

PROCESSUAL CIVIL E CONSUMIDOR. CONTRATO CIVIL. CDC. NÃO INCIDÊNCIA. TEORIA FINALISTA. MITIGAÇÃO. APLICAÇÃO. DESCABIMENTO.

I - A jurisprudência do STJ, tomando por base o conceito de consumidor por equiparação previsto no art. 29 do CDC, vem mitigando a aplicação da teoria finalista frente às pessoas jurídicas, admitindo, em determinadas hipóteses, que a pessoa jurídica adquirente de um produto ou serviço pode ser equiparada à condição de consumidora, quando evidenciada a sua posição de vulnerabilidade.

II - A contratação do serviço de empreitada para ampliação das atividades empresariais não caracteriza relação de consumo tutelável pelo CDC, pois o referido serviço visa fomentar o negócio, não se evidenciando a vulnerabilidade apta a equiparar a Agravante à condição de consumidora frente à Agravada - prestadora do serviço construção civil.

III - Evidenciado que a relação travada entre as partes não se caracteriza como relação de consumo, nem se verifica a vulnerabilidade capaz de mitigar a teoria finalista, de modo a poder enquadrar o Agravante como consumidor por equiparação, impositiva é a manutenção da decisão agravada.

RECURSO NÃO PROVIDO.

ACÓRDÃO

VISTOS, relatados e discutidos estes autos do Agravo de Instrumento nº 0001964-23.2017.805.0000 de Salvador, em que figura como **Agravante** UNIVERSO VERDE AGRO-NEGÓCIOS LTDA. e como **Agravado** LIDERANÇA INDÚSTRIA DA CONSTRUÇÃO CIVIL LTDA.

ACORDAM os Senhores Desembargadores componentes da Turma Julgadora da Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade, em **NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO**, pelas razões que integram o voto condutor.

RELATÓRIO

UNIVERSO VERDE AGRONEGÓCIO LTDA. ajuizou ação contra a LIDERANÇA INDÚSTRIA DA CONSTRUÇÃO CIVIL LTDA., objetivando, em antecipação da tutela, que a ré seja impedida de promover cobrança ou protesto relativos aos boletos bancários nºs 201500097 e 2015000981, alegando descumprimento contratual da demandada, processo com trâmite na 14ª Vara de Relações de Consumo.

Inicialmente, o Juízo precedente deferiu a tutela antecipada, nos termos do pedido.

Após a contestação, a magistrada, em sala de audiência, declinou da competência para uma das Varas Cíveis (fl. 71), por entender não se tratar de relação de consumo.

Contra tal decisão, a parte Autora interpõe o agravo de instrumento, sustentando que o contrato de empreitada celebrado entre as partes não se relaciona com a atividade desenvolvida

pela mesma, sendo a destinatário final do serviço, requerendo a manutenção dos autos na Vara de Relações de Consumo, competente para apreciar e julgar o feito.

Requer a suspensividade da decisão agravada e, ao final, a sua reforma, mantendo o processamento do feito de origem.

Instrui a minuta com os documentos de fls. 12/71.

Às fls. 74/80, foi indeferido o efeito suspensivo postulado para o recurso.

O Agravante ingressou com Agravo Regimental às fls. 84/89, o agravado apresentou as contrarrazões ao Agravo de Instrumento às fls. 91/101 e ao Agravo Regimental às fls. 125/137.

VOTO

Submeto à apreciação desta Turma Julgadora a pretensão da Agravante de que a Ação proposta contra o Agravado seja apreciada pelo Juízo da 14ª Vara de Relações de Consumo, após o mesmo ter declinado da competência para uma das Varas Cíveis.

Enfatize-se que a atividade deste Órgão Julgador se limita à análise quanto ao cabimento ou não da medida antecipatória requerida, nos moldes especificados pelo artigo 995, parágrafo único do Novo CPC, ou seja, desde que fique evidente a probabilidade de provimento do recurso e o perigo de risco de dano grave, de difícil reparação.

No caso em exame, a probabilidade do direito alegado não é subsistente porque, apesar de a Agravante afirmar que a relação travada entre as partes estaria amparada pela Lei Consumerista, **in casu**, trata-se de contrato de empreitada para realização de obras (fls. 27/36), com o claro objetivo de fomentar as atividades do seu ramo de negócios.

Conforme se pode inferir dos documentos, a Agravante, atuante do ramo agropecuário, estabeleceu um contrato para a ampliação das suas instalações, tais como: confecção de um alojamento para quarenta e oito pessoas; confecção de um escritório para a administração; confecção de galpão para defensivos; confecção de um refeitório para setenta pessoas; confecção de um galpão para embalagens vazias, etc.

A Lei 8.078 /90, ao delinear o conceito de consumidor, adotando a teoria finalista, não admite a expansão dos seus efeitos normativos às relações jurídicas de natureza empresarial, ou seja, quando o contratante utiliza os serviços como insumo em sua atividade comercial.

Destarte, muito embora, em situações excepcionais, o Superior Tribunal de Justiça venha mitigando esta teoria, tal circunstância não se adéqua à espécie em exame nos autos.

Confirmam-se os julgados:

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CONSUMIDOR. TEORIA FINALISTA. EMPRESA HIPOSSUFICIENTE. DESTINAÇÃO FINAL. NÃO OCORRÊNCIA. INAPLICABILIDADE DO CDC. ATIVIDADE LUCRATIVA RECONHECIDA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DA SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.”

(AgRg no AREsp 527.979/SC, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/12/2015, DJe 02/02/2016).

“RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. CONTRATO EMPRESARIAL ASSOCIATIVO. INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. AFASTADA. PEDIDO E CAUSA DE PEDIR. TEORIA DA SUBSTANCIAÇÃO. JULGAMENTO EXTRA PETITA. NÃO CARACTERIZADO. EXTINÇÃO DO VÍNCULO CONTRATUAL. CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA. LIMITE TEMPORAL E ESPACIAL. ABUSIVIDADE. NÃO OCORRÊNCIA.

1. Demanda em que se debate a validade e eficácia de cláusula contratual de não-concorrência, inserida em contrato comercial eminentemente associativo.

2. A aplicação do direito ao caso concreto, ainda que com fundamentos jurídicos diversos, não caracteriza julgamento extra petita. 3. Pela teoria finalista, só pode ser considerado consumidor aquele que exaure a função econômica do bem ou serviço, excluindo-o de forma definitiva do mercado de consumo.

4. A jurisprudência do STJ admite a flexibilização da teoria finalista, em caráter excepcional, desde que demonstrada situação de vulnerabilidade de uma das partes, o que não se vislumbra no caso dos autos.

5. A funcionalização dos contratos, positivada no art. 421 do Código Civil, impõe aos contratantes o dever de conduta proba que se estende para além da vigência contratual, vinculando as partes ao atendimento da finalidade contratada de forma plena. Recurso especial provido. (REsp 1203109/MG, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 05/05/2015, DJe 11/05/2015).

Com efeito, a doutrina vem admitido que, em determinadas hipóteses, a pessoa jurídica adquirente de um produto ou serviço seja equiparada à condição de consumidora, quando esta apresentar alguma vulnerabilidade frente ao prestador de serviços, premissa expressamente fixada no art. 4º, I, do CDC, que legitima toda a proteção conferida ao consumidor.

Assim, em se tratando de relação empresarial, além das hipóteses de vulnerabilidade, já consagradas pela doutrina e pela jurisprudência, a relação de dependência de uma das partes frente à outra pode, conforme o caso, caracterizar a vulnerabilidade legitimadora da aplicação do CDC, mitigando os rigores da teoria finalista, equiparando a pessoa jurídica adquirente do serviço à condição de consumidora, contudo, tal circunstância excepcional não logrou evidenciada nos autos.

A ementa do acórdão a seguir reforça a questão da relação de dependência entre as partes, como uma das formas de vulnerabilidade capaz de caracterizar a aplicação da Lei 8.078/90.

“CONSUMIDOR. DEFINIÇÃO. ALCANCE. TEORIA FINALISTA. REGRA. MITIGAÇÃO. FINALISMO APROFUNDADO. CONSUMIDOR POR EQUIPARAÇÃO. VULNERABILIDADE.

1. A jurisprudência do STJ se encontra consolidada no sentido de que a determinação da qualidade de consumidor deve, em regra, ser feita mediante aplicação da teoria finalista, que, numa exegese restritiva do art. 2º do CDC, considera destinatário final tão somente o destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa física ou jurídica.

2. Pela teoria finalista, fica excluído da proteção do CDC o consumo intermediário, assim entendido como aquele cujo produto retorna para as cadeias de produção e distribuição, compondo o custo (e, portanto, o preço final) de um novo bem ou serviço. Vale dizer, só pode ser considerado consumidor, para fins de tutela pela Lei nº 8.078/90, aquele que exaure a função econômica do bem ou serviço, excluindo-o de forma definitiva do mercado de consumo.

3. A jurisprudência do STJ, tomando por base o conceito de consumidor por equiparação previsto no art. 29 do CDC, tem evoluído para uma aplicação temperada da teoria finalista frente às pessoas jurídicas, num processo que a doutrina vem denominando finalismo aprofundado, consistente em se admitir que, em determinadas hipóteses, a pessoa jurídica adquirente de um produto ou serviço pode ser equiparada à condição de consumidora, por apresentar frente ao fornecedor alguma vulnerabilidade, que constitui o princípio-motor da política nacional das relações de consumo, premissa expressamente fixada no art. 4º, I, do CDC, que legitima toda a proteção conferida ao consumidor.

4. A doutrina tradicionalmente aponta a existência de três modalidades de vulnerabilidade: técnica (ausência de conhecimento específico acerca do produto ou serviço objeto de consumo), jurídica (falta de conhecimento jurídico, contábil ou econômico e de seus reflexos na relação de consumo) e fática (situações em que a insuficiência econômica, física ou até mesmo psicológica do consumidor o coloca em pé de desigualdade frente ao fornecedor).

Mais recentemente, tem se incluído também a vulnerabilidade informacional (dados insuficientes sobre o produto ou serviço capazes de influenciar no processo decisório de compra).

5. A despeito da identificação *in abstracto* dessas espécies de vulnerabilidade, a casuística poderá apresentar novas formas de vulnerabilidade aptas a atrair a incidência do CDC à relação de consumo. Numa relação interempresarial, para além das hipóteses de vulnerabilidade já consagradas pela doutrina e pela jurisprudência, a relação de dependência de uma das partes frente à outra pode, conforme o caso, caracterizar uma vulnerabilidade legitimadora da aplicação da Lei nº 8.078/90, mitigando os rigores da teoria finalista e autorizando a equiparação da pessoa jurídica compradora à condição de consumidora.

6. Hipótese em que revendedora de veículos reclama indenização por danos materiais derivados de defeito em suas linhas telefônicas, tornando inócuo o investimento em anúncios publicitários, dada a impossibilidade de atender ligações de potenciais clientes. A contratação do serviço de telefonia não caracteriza relação de consumo tutelável pelo CDC, pois o referido serviço compõe a cadeia produtiva da empresa, sendo essencial à consecução do seu negócio.

7. Também não se verifica nenhuma vulnerabilidade apta a equiparar a empresa à condição de consumidora frente à prestadora do serviço de telefonia. Ainda assim, mediante aplicação do direito à espécie, nos termos do art. 257 do RISTJ, fica mantida a condenação imposta a título de danos materiais, à luz dos arts. 186 e 927 do CC/02 e tendo em vista a conclusão das instâncias ordinárias quanto à existência de culpa da fornecedora pelo defeito apresentado nas linhas telefônicas e a relação direta deste defeito com os prejuízos suportados pela revendedora de veículos.

8. Recurso especial a que se nega provimento.

(REsp 1195642/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/11/2012, DJe 21/11/2012)

Na hipótese, a relação travada entre as partes não se caracteriza como relação de consumo, nem se verifica a vulnerabilidade capaz de mitigar a teoria finalista de modo a poder enquadrar o Agravante como consumidor por equiparação.

Por tais razões, impositiva é a manutenção da decisão agravada, para que o processo tenha o seu processamento em uma das Varas Cíveis.

Nestes termos, **NEGO PROVIMENTO AO RECURSO.**

TJBA – Apelação Cível nº 0000223-29.2011.8.05.0138, Segunda Câmara Cível, Relator(a): Des. Gesivaldo Britto, julgado em 23/08/2016.

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. INAPLICABILIDADE DO CDC. AUTORA QUE ADQUIRIU PRODUTO PARA O FOMENTO DE SUA ATIVIDADE EMPRESARIAL. COMERCIALIZAÇÃO DE MERCADORIA (CIMENTO) PELA RÉ COM PRAZO DE VALIDADE VENCIDO. RESPONSABILIDADE CIVIL. ART. 186, CC/2002. REQUISITOS SATISFEITOS. DANO MATERIAL E MORAL CONFIGURADOS. QUANTUM INDENIZATÓRIO QUE COMPORTA REDUÇÃO.

1 - As regras do Código de Defesa do Consumidor são inaplicáveis ao caso em exame, porquanto a parte autora adquiriu o bem para o fomento de sua atividade empresarial.

2 - Para que se tenha a obrigação de indenizar, é necessário que existam três elementos essenciais: a ofensa a uma norma preexistente ou um erro de conduta, um dano e o nexo de causalidade entre eles, conforme se verifica pelo art. 186 do Código Civil.

3 - Destarte, estando provados a aquisição do produto vencido, o local onde o mesmo foi adquirido, bem como os prejuízos causados à parte autora, tenho como presentes os requisitos da responsabilidade civil, não havendo razão suficiente para alterar a sentença de procedência, devendo, pois, ser mantida a condenação da Ré-Apelante em danos materiais e morais.

4 - O valor a ser fixado pelos danos morais deve ser informado por critérios de proporcionalidade e razoabilidade, observando-se as condições econômicas das partes envolvidas, a natureza e a extensão do dano. Quantum indenizatório que comporta redução.

Apelo conhecido e parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação Cível nº. **0000223-29.2011.8.05.0138**, da Comarca de Jaguaquara/BA, em que é Apelante **VOTORANTIM CIMENTOS N/NE S/A** e Apelada **MARIA DO CARMO SANTOS GONÇALVES ME, ACORDAM** os Desembargadores componentes da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, **em dar provimento parcial ao recurso**, nos termos do voto do Relator.

RELATÓRIO

Adota-se, como próprio, o relatório da sentença hostilizada de fls. 80/84, proferida pelo MM. Juízo da Comarca de Jaguaquara/BA, nos autos da Ação de Indenização por Danos Morais e Materiais proposta por **MARIA DO CARMO SANTOS GONÇALVES –ME**, sob o relato de que adquiriu mercadoria (sacos de cimento) junto à Requerida, **VOTORANTIM CIMENTO NE S/A**, com data de validade vencida.

O MM. Juízo *a quo* julgou procedente a ação, condenando a Ré-Apelante ao pagamento de indenização à Autora, por dano material, no valor de R\$ 5.718,06 (cinco mil setecentos e dezoito reais e seis centavos) e dano moral, no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), além das custas processuais e honorários advocatícios, fixados em 20% (vinte por cento) sobre o valor da indenização.

Em razões recursais, sustenta a Apelante que o processo em epígrafe, em verdade, envolve responsabilidade contratual, porquanto as partes travaram uma relação comercial de compra e venda de cimento, de modo que os juros de mora devem ser contados a partir da citação, e não do evento danoso.

Aduz que não há dever de indenizar da Apelante, ante a inexistência de prova quanto aos fatos constitutivos do direito da Apelada, uma vez que esta não comprovou que o encerramento de suas atividades se deu por conta do episódio retratado nos autos.

Defende a inaplicabilidade da inversão do ônus da prova por ausência dos requisitos autorizadores, notadamente, verossimilhança e hipossuficiência, reclamando, ainda, pelo reconhecimento da inexistência de relação consumerista, sob o fundamento de que a Apelada não era destinatária final do produto, situação que destrói o conceito de consumidor.

Sustenta que, para a configuração de danos morais à pessoa jurídica, é necessário que a violação ao seu direito personalíssimo esteja estreita e inexoravelmente ligada à sua honra objetiva, ressaltando que não restou demonstrada a efetiva ocorrência do dano moral sofrido pela Autora em face de sua clientela e, ainda, que meros aborrecimentos causados com o vício do produto adquirido não são aptos a ofenderem direitos da personalidade que digam respeito ao abalo de seu bom nome, sob pena de banalização do instituto.

Pugna, ainda, pela redução do *quantum* a título de danos morais, asseverando que a condenação em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) contraria o melhor direito, apresentando descompasso com a regra que veda o enriquecimento ilícito.

Ao final, requer o conhecimento e provimento do recurso, para que seja reformada in totum a sentença, com base nas razões ora relatadas.

A Apelada ofertou contrarrazões às fls. 104/114 pugnando pelo não provimento do recurso.

VOTO

De início, importa considerar que, no caso em tela, não se trata de relação abrangida pelo direito consumerista, na medida em que a Autora adquiriu o bem para o fomento de sua atividade empresarial.

Assim, são inaplicáveis, ao caso dos autos, as regras do Código de Defesa do Consumidor, porquanto a parte postulante adquiriu o bem para o incremento de sua atividade empresarial, uma vez que atua no comércio varejista de materiais de construção em geral (fl. 08).

Destaque-se que o artigo 2º do CDC determina, para o enquadramento como consumidor, que os bens sejam adquiridos de um fornecedor e quem os adquiriu seja considerado “destinatário final”, requisito que restou desatendido.

Aliás, a jurisprudência desta Corte está pacificada sobre o tema em exame, tendo deixado assim assentado:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO DE MÚTUO PARA CAPITAL DE GIRO. INAPLICABILIDADE DO CDC. CONTRATO DE ADESÃO. FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO E PRINCÍPIO DA BOA FÉ QUE POSSIBILITAM A REVISÃO DO PACTO PARA FINS DE PRESERVAÇÃO DO EQUILÍBRIO CONTRATUAL. JUROS REMUNERATÓRIOS ACIMA DA TAXA MÉDIA DE MERCADO DIVULGADA PELO BCB. LEGALIDADE DA CAPITALIZAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DA COMISSÃO DE PERMANÊNCIA COM OUTROS ENCARGOS. APELO PARCIALMENTE PROVIDO. I – A utilização de serviços ou aquisição de produtos com o fim de incremento da atividade produtiva – Capital de Giro – não se caracteriza como relação de consumo, mas de insumo, a afastar as normas protetivas do Código de Defesa do Consumidor (...) (TJ-BA - APL: 00546708720118050001, Relator: Pilar Celia Tobio de Claro, Primeira Câmara Cível, Data de Publicação: 24/03/2016) PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CÉDULA RURAL PIGNORATÍCIA E HIPOTECÁRIA. RELAÇÃO DE CONSUMO. INEXISTÊNCIA. INCREMENTO DE ATIVIDADE PRODUTIVA. 1. Para que uma relação seja caracterizada como uma relação de consumo, necessário que a pessoa jurídica ou mesmo física seja parte na relação de consumo, e, logo, identifique-se como destinatária final do produto adquirido ou do serviço prestado, a fim de se enquadrar no conceito de consumidor previsto no art. 2º do Código de Defesa do Consumidor. 2. Inexistindo relação jurídica de consumo, a competência para a apreciação do feito é da praça do pagamento constante do título e não no domicílio do agravado, não sendo possível ao julgador declarar ex officio a incompetência territorial. Recurso conhecido e provido. (TJ-BA - AI: 03035578720128050000 BA 0303557-87.2012.8.05.0000, Relator: Rosita Falcão de Almeida Maia, Data de Julgamento: 23/10/2012, Terceira Câmara Cível, Data de Publicação: 17/11/2012)

No mérito, a parte Autora imputa responsabilidade civil à Demandada, na medida em que esta teria comercializado produto (280 sacos de cimento), dentre os quais 232, estavam com a data de validade expirada e, ainda, com grumos (empedrados).

Com efeito, para que se tenha a obrigação de indenizar, é necessário que existam três elementos essenciais: a ofensa a uma norma preexistente ou um erro de conduta, um dano e o nexo de causalidade entre eles, conforme se verifica pelo art. 186 do Código Civil.

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

A respeito da matéria, confira-se o escólio do renomado jurista Caio Mário da Silva Pereira:

“A teoria da responsabilidade civil assenta, em nosso direito codificado, em torno de que o dever de reparar é uma decorrência daqueles três elementos: antijuridicidade da conduta do agente; dano à pessoa ou coisa da vítima; relação de causalidade entre uma e outra.” (Responsabilidade Civil, ed. Forense, pág. 93).

No caso sob exame, a nota fiscal juntada na fl. 09 comprova que na data de 04.02.2011, a parte Autora adquiriu a mercadoria na distribuidora Ré (VOTORANTIM CIMENTOS NE S/A). Ademais, as fotografias anexadas aos autos nas fls. 18/23, não obstante a irrisignação do Réu, comprovam que os produtos foram entregues à Autora com data de validade expirada.

Tais elementos, conforme dito na sentença, são suficientes para comprovar que o produto foi, efetivamente, adquirido no estabelecimento réu, não sendo a prova produzida pela parte ré suficiente para alterar estas circunstâncias.

A fim de evitar tautologia, peço vênia para transcrever o seguinte trecho da sentença que, atenta à situação fática e aos elementos dos autos, decidiu a lide com percuciência. *In verbis*:

“Pela análise minuciosa dos autos verifica-se que a mercadoria entregue à autora pela empresa requerida, se não vencida, encontrava-se às vésperas do vencimento. A própria ré em sua peça contestatória afirma que a data constante na embalagem refere-se à data de fabricação do produto, com validade de três meses. Pelas fotos de fls. 22/23 consta a data “Novembro de 2010”, sem especificação do “dia” de vencimento e sendo assim, o produto venceria a partir de fevereiro de 2011. E pelo que se verifica na nota fiscal de aquisição da mercadoria, colacionada às fls. 09 dos autos, a mesma saiu da empresa em 04 de fevereiro de 2011, portanto, vencida. Dessa forma, torna-se irrelevante o argumento de que o defeito no produto decorreu do mau armazenamento, sobretudo por não constar qualquer comprovação de ciência do comprador das normas de estocagem do mesmo. (fl. 81)”

Em que pese os esforços do Acionado, não há como negar que o produto foi comercializado com o prazo de validade expirado.

De outra banda, a alegação da empresa Ré de que cabia à Autora não ter recebido a mercadoria ou ter destacado tal observação no canhoto da nota fiscal, afronta os mais mezinhos princípios norteadores do Direito, notadamente o da boa-fé. Não é razoável, pois, exigir que a Apelada previesse que uma empresa “entre as dez maiores produtoras globais de cimento, concreto e agregados, possuindo 50 unidades de produção em praticamente todos os estados brasileiros e 90 centrais de concreto, comercializando mais de 40 produtos”, – como faz questão de enfatizar a Apelante (fl. 38) – pudesse vender aos seus clientes mercadorias vencidas e, portanto, inadequadas ao consumo, frustrando a expectativa e confiança que dele se espera.

Da mesma forma, o prejuízo sofrido pela Autora é evidente nos autos, a começar pelo fato de que a mesma, seguindo orientações da própria empresa Apelante, teve que arcar com o freteamento de um caminhão para transportar os sacos de cimento vencidos ao estabelecimento da Ré, esperando que a mesma imediatamente providenciasse a troca, o que não ocorreu.

Evidente, ainda, os prejuízos causados à Autora na sua relação com seus clientes, uma vez que o vício apresentado pela mercadoria, cujo objetivo era justamente, a revenda, encontrava-se evidente aos olhos do consumidor (cimento empedrado), pondo em dúvida, no mercado, a qualidade dos produtos oferecidos pela Apelada.

Nesse sentido, o conjunto probatório carreado aos autos é suficiente para gerar convencimento inequívoco da existência do dano causado à Apelada, que é da responsabilidade do Apelante, de quem se esperava a qualidade dos produtos comercializados.

Destarte, estando provadas a aquisição do produto vencido, o local onde o mesmo foi adquirido, bem como os prejuízos causados à parte autora, tenho como presentes os requisitos da responsabilidade civil, em especial a comprovação do nexo causal da comercialização do produto vencido e os danos sofridos pelo consumidor, não havendo razão suficiente para alterar a sentença de procedência.

Em relação aos danos materiais, incontroverso que a Autora teve que arcar com o pagamento de caminhão fretado para transportar as mercadorias vencidas ao estabelecimento da Ré, totalizando o montante de R\$ 900,00 (novecentos reais) encontrando-se o mesmo satisfatoriamente provado nos autos pelo documento de fl. 16 e o valor de R\$ 4.818,06 (quatro mil, oitocentos e dezoito reais e seis centavos), referente aos 232 (duzentos e trinta e dois) sacos de cimento que foram entregues impróprios para uso, totalizando R\$ 5.718,06 (cinco mil setecentos e dezoito reais e seis centavos).

Por outro lado, o dano moral referente à pessoa jurídica é o prejuízo decorrente da prática de atos que, indevidamente, ofendem sua honra objetiva, causando-lhe prejuízos que, por vezes, são patrimonialmente imensuráveis, já que denigrem o bom nome e a imagem construída ao longo de anos de atividade.

Sob esse enfoque, o dano suportado pela Apelada consiste no comprometimento do seu nome no mercado e da sua credibilidade perante seus clientes, uma vez que os produtos por si

revendidos foram adquiridos da Ré com prazo de validade vencido, sendo, portanto, impróprios para a revenda.

Com relação à fixação do *quantum* indenizatório a título de danos morais, saliente-se que esta é tarefa cometida ao juiz, devendo o seu arbitramento operar-se com razoabilidade, proporcionalmente ao grau de culpa, ao nível socioeconômico da parte ofendida, o porte do ofensor e, ainda, levando-se em conta as circunstâncias do caso.

In casu, para fixação do valor definitivo do quantum indenizatório, considero as seguintes variáveis: 1) a prova dos autos demonstrou a aquisição do produto vencido na empresa demandada; 2) a conduta da Ré em comercializar produtos impróprios ao uso gerou prejuízos à Autora, desde o pagamento de frete para transportar a mercadora de volta ao estabelecimento da Ré, até o abalo do seu nome e credibilidade perante seus clientes, suficiente para causar o abalo moral alegado; 3) a não contribuição da parte autora para o ocorrido; 4) a situação econômica das partes.

Desse modo, observadas as variáveis do caso concreto referidas, bem como a orientação doutrinária e jurisprudencial no sentido de que a finalidade da sanção pecuniária é a de compensar e punir, revela-se excessivo o valor de R\$50.000,00 (cinquenta mil reais) fixado na sentença. Assim, cabível a redução do valor para R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais), tornando-o definitivo para a reparação dos danos extrapatrimoniais, que é suficiente para reparar a vítima, sem configurar seu enriquecimento ilícito, e punir a ofensora, a fim de que não cometa ilícito que tal novamente.

Por fim, em relação aos juros de mora e correção monetária não há o que reparar na sentença.

Com efeito, os juros deveriam incidir desde a data do evento danoso, segundo Súmula 54 do STJ. Já a correção monetária deverá incidir desde a data da fixação do valor, ou seja, desde a data da sentença, conforme súmula 362 do STJ.

Diante do exposto, **voto no sentido de dar provimento parcial ao recurso de Apelação**, para reduzir o valor da indenização por danos morais para R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais), mantendo a sentença hostilizada nos demais termos.

TJBA – Apelação Cível nº 0301747-22.2015.8.05.0146, Quarta Câmara Cível, Relator(a): Des. José Olegário Monção Caldas, julgado em 06/06/2017.

APELAÇÃO CÍVEL. INDENIZATÓRIA. EMPRÉSTIMOS/SAQUES INDEVIDOS REALIZADOS NA CONTA CORRENTE DA CONSUMIDORA. CRIME COMETIDO DENTRO DO ESTABELECIMENTO BANCÁRIO – CAIXAS ELETRÔNICOS. FORTUITO INTERNO. DEVER DE SEGURANÇA. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. ART. 14 DO CDC. DESCONTOS EM BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. IDOSA (71 ANOS DE IDADE). RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. SÚMULAS Nº 297 E 479 DO STJ. BANCO APELANTE NÃO SE DESINCUMBIU DE APRESENTAR FATOS MODIFICATIVOS, IMPEDITIVOS OU RESTRITIVOS CAPAZES DE REFUTAR O DIREITO AUTENTAL. A instituição bancária, ao falhar na segurança, atrai para si o risco pela imperfeição do serviço em questão, já que causou danos ao consumidor, ao permitir que um terceiro, fraudulentamente, conseguisse realizar uma operação financeira em seu nome. Resta plenamente caracterizada a responsabilidade civil do banco apelado, seja em virtude da ausência de provas que demonstrassem suas teses e/ou culpa da apelante, seja em razão da responsabilidade objetiva que rege a matéria objeto desta lide.

Preliminar de Ilegitimidade Passiva: Não assiste razão ao apelado, sobretudo porque os fatos decorreram de serviço prestado pelo Banco do Brasil, que possui o dever de guarda do capital da apelante, não impor-

tando a origem do recurso, que, *in casu*, refere-se aos proventos de aposentadoria da apelante. Rejeito a preliminar.

Preliminar de falta de interesse de agir: Pelos documentos e narrativas da inicial, os empréstimos/saques foram realizados em agosto e setembro de 2014 e a ação ajuizada em março de 2015 (fl. 14), não sendo verdadeira alegação temporal do apelado.

Quanto ao interesse de agir, merece registro o fato de que todos os empréstimos foram realizados tendo como base a conta corrente da autora, e não de seu pai, conforme demonstram os documentos de fls. 21/29, não havendo se falar em falta de interesse de agir daquela, que foi a própria vítima dos atos aqui analisados. Rejeito a preliminar.

RESTITUIÇÃO DOS VALORES JÁ DESCONTADOS E DOS ENCARGOS INCIDENTES. DEFERIMENTO. CANCELAMENTO DAS PARCELAS VINCENDAS. DEFERIMENTO. DANOS MORAIS. CABIMENTO. DANO IN RE IPSA. DEFERIMENTO. A autora/apelante demonstra seu dano moral ao descrever o caminho que perfaz para ter provado que não realizou as operações indevidas e reaver seu dinheiro. Tais fatos não podem ser considerados como mero aborrecimento, aliás estão longe de serem assim compreendidos.

CUSTAS PROCESSUAIS E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CONDENAÇÃO DO RÉU APELADO. PERCENTUAL DE 15% SOBRE O VALOR DA CONDENAÇÃO. Quanto aos honorários advocatícios, fixo-os em 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação, considerando ser a causa comum, em que pese possua algumas peculiaridades, e a necessidade de dilação probatória relevante, que exigiu do patrono um trabalho de zelo e esforço.

APELAÇÃO PROVIDA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de **APELAÇÃO Nº 0301747-22.2015.805.0146, de SALVADOR**, que tem como Apelante **MARIA JOSÉ DOS SANTOS** e Apelado **BANCO DO BRASIL S/A**.

ACORDAM os Desembargadores integrantes da Turma Julgadora da Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Bahia, em **REJEITAR AS PRELIMINARES DO APELADO E DAR PROVIMENTO Á APELAÇÃO**, pelas razões adiante expostas.

RELATÓRIO

Visa o presente recurso reformar a sentença de fls. 141/149, que julgou improcedente os pedidos, com base no art. 487, I do CPC.

Ante à sucumbência, condenou a parte autora ao pagamento das custas processuais, que teve suspensão a exigibilidade face à gratuidade processual deferida.

Irresignada, a Autora apelou, às 151/170, alegando que não fez qualquer novo empréstimo ou refinanciamento, tendo utilizado o crédito junto ao requerido numa única oportunidade, e o fez de forma presencial, em sua agência, assinando todos os papéis e adquirindo uma parcela mensal de R\$ 186,88 (cento e oitenta e seis reais e oitenta e oito centavos), o qual era pago religiosamente (fls. 18/19); que o fato fora noticiado à Polícia Civil, através de Boletim de Ocorrência, que deu início à Ação Penal nº 0307863-78.2014.8.05.0146, na Comarca de Juazeiro-BA; que fora vítima de estelionato e da imprudência e negligência do apelado, posto que não cuidou em analisar, antes de liberar o crédito, que a apelante era idosa e que não tinha hábito de realizar empréstimos ou de fazer qualquer operação diferente do saque, nos terminais de autoatendimento; que a negativação do seu nome foi indevida, pois não realizou tais operações; que a apelada foi revel; que caberia ao apelado demonstrar nos autos, através de documentos e microfilmagem dos caixas eletrônicos utilizados, que os empréstimos foram realizados com o consentimento da

apelante ou que tenha ele (apelado) se revestido das devidas precauções, a fim de evitar fraudes; que não é compreensível que tantos empréstimos e renovações tenham sido feitos em tão curto período de tempo, sempre em terminais de autoatendimento, sem qualquer anuência ou assinatura de contrato pela apelante, fugindo claramente da rotina e habitualidade de movimentação bancária da apelante, sem que o apelado fizesse qualquer procedimento de segurança, a fim de confirmar a realização dos mesmos antes de liberar valores e procedimentos.

Ainda, afirma que jamais consentiu ou permitiu que a ex-funcionária tivesse acesso ao seu cartão bancário e senha, no entanto, a mesma, ao acompanhá-la ao banco para sacar seu benefício visualizou e guardou a senha, vindo posteriormente a apropriar-se (furtar) do cartão em período que sabia que a apelante não utilizava, ocasião em que realizou tais empréstimos e renovações; pleiteou a aplicação da súmula nº 479 do STJ, sendo tais fatos de responsabilidade da apelada, que, inclusive, propôs acordo de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), mas a sentença foi proferida antes de sua resposta. Pugna pelo provimento do recurso, para que o apelado restitua em dobro os valores descontados, cujo montante alcançou R\$ 13.767,38 (treze mil setecentos e sessenta e sete reais e trinta e oito centavos); que seja a Autora indenizada pelo Apelado por danos morais, no valor de R\$ 50.000,00.

Nas contrarrazões, às fls.173/179, o Banco do Brasil suscita preliminar de ilegitimidade passiva e de falta de interesse de agir e, no mérito, requer a manutenção da sentença e, caso sejam julgados procedentes os pedidos, que haja razoabilidade no arbitramento dos danos morais.

Examinados, lancei o presente relatório.

VOTO

Conheço do recurso porque próprio e tempestivo.

Apelante que goza do benefício da justiça gratuita.

Adoto o relatório da sentença de fls. 142/149.

Trata-se de ação cominatória de obrigação de fazer c/c indenização por danos materiais e morais e repetição de indébito e antecipação de tutela, na qual a Autora relata que foi vítima de estelionato e, mesmo quando informado ao Banco Réu, este, embora tenha suspenso os descontos temporariamente, voltou a fazê-los, inclusive tendo negativado a autora por dívidas que não adquiriu.

Preliminar de Ilegitimidade Passiva

Em sede de contrarrazões, alega a apelada que “há que se verificar se o banco Réu participa da relação jurídica de direito material que ensejou a demanda judicial; sendo possível constatar, inequivocamente, que não o faz, resta patente que não detém legitimidade para figurar no polo passivo da presente demanda e sim, *economus* instituto de seguridade social.”

Não assiste razão ao apelado, sobretudo porque os fatos decorreram de serviço prestado pelo Banco do Brasil, que possui o dever de guarda do capital da apelante, não importando a origem do recurso, que, *in casu*, refere-se aos proventos de aposentadoria da apelante.

Logo, o INSS não participa da presente ação, sendo a análise da responsabilidade realizada apenas em relação ao Banco do Brasil.

Rejeito a preliminar.

Preliminar de Falta de Interesse de Agir

Alega o apelado que a autora veio ingressar em juízo 15 anos após a ocorrência do fato e que esta não faz jus ao benefício do seu pai, que sequer veio a falecer.

Pelos documentos e narrativas da inicial, os empréstimos/saques foram realizados em agosto e setembro de 2014 e a ação ajuizada em março de 2015 (fl. 14), não sendo verdadeira a alegação temporal do apelado.

Quanto ao interesse de agir, merece registro o fato de que todos os empréstimos foram realizados tendo como base a conta corrente da autora, e não de seu pai, conforme demonstram os documentos de fls. 21/29, não havendo se falar em falta de interesse de agir daquela, que foi a própria vítima dos atos aqui analisados.

A autora apenas registra que seu genitor também foi vítima da fraude, mas requer, na presente ação, reparação para si, sendo perfeitamente cabível.

Rejeito a preliminar.

Mérito

A sentença julgou improcedente os pedidos autorais, sob a alegação de ausência de cautela e negligência na guarda da senha, já que os empréstimos foram realizados em caixas eletrônicos com a senha pessoal da parte autora, pela ex funcionária da família, Edvanda Alves de Souza, cuja ação penal já fora deflagrada pelo Ministério Público (fls. 40/42), e está em trâmite.

A referida acusada era cuidadora do genitor da parte autora, Sr. Francisco Bispo dos Santos, e realizou cerca de 04 (quatro) empréstimos em nome da demandante: no dia 11/08/2014, no valor de R\$ 9.924,60 (65 meses; no dia 22.08.2014, no valor de 1.016,30 (60 meses); no dia 25.08.2014, no valor de R\$ 161,00 (16 meses) e no dia 03.09.2014, no valor de R\$ 406,89 (60 meses), findando, este último, em 2016 e os demais com término em 2019.

O magistrado entendeu que “*não se pode deixar de registrar que entregue o cartão ao cliente e fornecida a senha pessoal para sua utilização, a guarda a ele cabe, exclusivamente. Não pode nem deve, em princípio, cedê-lo a quem quer que seja, ou quebrar o sigilo, fornecendo a senha a terceiros. Desse modo, achando-se na posse e guarda do cartão e da senha, a presunção lógica é a de que se houve empréstimos com o emprego de tal documento magnético, cabe à autora provar que a tanto não deu causa. Não basta alegar que dele não fez uso.*”

A relação entre as partes é tipicamente de consumo, devendo ser analisada à luz do Código de Defesa do Consumidor, conforme previsão da súmula nº 297 do STJ.

Súmula 297 do STJ: “O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras”

Ademais, a parte autora requer a inversão do ônus da prova, que deve ser deferido, ante a dificuldade desta produzir provas, considerando que a tecnologia que a Ré tem disponível, a exemplo de câmeras de segurança, afastariam claramente qualquer dúvida, favorecendo sua produção probatória.

Não há prova nenhuma que modifique, extinga ou impeça o direito do Autor/Apelado. Negar os fatos não é suficiente para transformar a situação fática apresentada, tendo o Apelante atraído para si o ônus probatório e dele não se desincumbindo.

A conduta do Banco caracteriza-se como um defeito na prestação do serviço, consistente na falha de segurança dentro de seus estabelecimentos, gerando sua responsabilidade objetiva, conforme prevê o art.14, *caput* e § 1º do CDC, além da súmula nº 479 do STJ:

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, **independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços**, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos. § 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes (...)

Súmula 479 do STJ: “**As instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias.**”

A instituição bancária, ao falhar na segurança, atrai para si o risco pela imperfeição do serviço em questão, já que causou danos ao consumidor, ao permitir que um terceiro, fraudulentamente, conseguisse realizar uma operação financeira em seu nome.

No caso dos autos, o banco apelado tinha o dever de guarda e vigilância da conta corrente da autora, além de não ter se desincumbido do seu ônus de desconstituir os fatos alegados e provar que os empréstimos e renovações foram realizados pela Apelante.

O banco apelado, revel, não produziu provas capazes de modificar, restringir ou extinguir o direito autoral, a exemplo de filmagens do caixa eletrônico, prova do recebimento do dinheiro sacado, dentre outras.

A Autora informa, às fl. 03 da inicial, que mesmo após descobrir o que havia acontecido, realizar um Boletim de Ocorrência (nº 113/2014), que deu origem ao processo judicial nº 0307863-78.2014.805.0146, o Banco suspendeu por um curto período, mas voltou a debitar as parcelas decorrentes do crime em sua conta corrente.

Ressalta, ainda, que as operações foram realizadas em caixas eletrônicos diferentes e externos, que foge à regra da sua conduta habitual.

Ademais, em razão dos descontos indevidos a autora, que tentava manter atualizados seus pagamentos com o cartão de crédito, ficou numa situação difícil e, como não conseguiu arcar com a fatura do cartão, teve seu nome inserido nos órgãos restritivos de crédito, pela Ré, o que lhe causou danos ainda maiores.

Resta plenamente caracterizada a responsabilidade civil do banco apelado, seja em virtude da ausência de provas que demonstrassem suas teses e/ou culpa da apelante, seja em razão da responsabilidade objetiva que rege a matéria objeto desta lide.

A jurisprudência:

AÇÃO DE RESSARCIMENTO DE VALORES CUMULADA COM DANOS MORAIS. FAMIGERADO GOLPE DO CAIXA ELETRÔNICO. CORRENTISTA ABORDADA PARA RETORNAR AO CAIXA E FECHAR O SISTEMA QUE SE ENCONTRAVA ABERTO. SOLICITAÇÃO DE SENHA PARA FINALIZAÇÃO. CÓPIA DOS DADOS SECUNDADA DE TRANSAÇÕES ILÍCITAS. PROCEDÊNCIA. PRESTÍGIO. **RESPONSABILIDADE OBJETIVA. CULPA PELO FORTUITO INTERNO. FRAUDES E DELITOS PRATICADOS POR TERCEIROS, NO ÂMBITO DE OPERAÇÕES BANCÁRIAS, A TEOR DA SÚMULA 479 DO STJ. AS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS DEVEM PROPORCIONAR SEGURANÇA A SEUS CLIENTES NÃO APENAS NO AMBIENTE DE SEUS ESTABELECIMENTOS, MAS, TAMBÉM, EM TODOS OS SÍTIOS EM QUE FORNEÇAM SERVIÇOS. TEORIA DO RISCO DA ATIVIDADE. IMPERIOSA DEVOLUÇÃO DAS QUANTIAS INDEVIDAMENTE RETIRADAS. DANOS MORAIS. PREJUÍZO. JUSTA INDENIZAÇÃO.** (...). SUCUMBÊNCIA DELINEADA A CONTENTO. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO (Processo APL 10142268120148260008 SP 1014226-81.2014.8.26.0008, Órgão Julgador 22ª Câmara de Direito Privado, Publicação 29/02/2016, Julgamento 25 de Fevereiro de 2016, Relator Sérgio Rui).

Neste mesmo julgamento, o Relator afirmou que “*O serviço é defeituoso quando alcança a insegurança, não descortina mácula e sequer desenvolve parâmetro de salvaguarda dos correntistas.*”

Ante tal constatação, imperativa a declaração de inexistência de todos os quatro empréstimos atribuídos à apelante, supracitados, devendo ser cancelados, simultaneamente, todos os encargos deles decorrentes, devendo o banco fazer retornar a situação financeira da apelante ao *status quo* ante, qual seja, apenas realizar descontos referentes ao único empréstimo solicitado, ocorrido presencialmente, no valor de R\$ 186,00 (cento e oitenta e seis reais) mensais.

A restituição dos valores descontados na conta corrente da autora/apelante é medida que se impõe, na forma simples, corrigidos monetariamente desde o desembolso e com juros de mora de 1%, desde a citação, pois a relação é contratual (art. 405 do CC).

Quanto à tal parcela, os valores devem ser apurados em sede de liquidação, mediante análise dos documentos juntados pela autora, relativos aos 04 (quatro) empréstimos atribuídos a esta, detalhados às fls. 21/29, devendo ser retirados dos cálculos as parcelas que a própria apelante afirma ter o banco suspenso durante algum tempo, e contabilizada todas as já descontadas da conta corrente desta.

Ainda, devem ser suspensas todas as parcelas vincendas, uma vez que os empréstimos findam em 2016 e os demais em 2019.

Danos Morais

Comprovada a falha na prestação de serviços é cabível indenização por danos morais.

A autora/apelante demonstra seu dano moral ao descrever o caminho que perfez para ter provado que não realizou as operações indevidas e reaver seus recursos financeiros, dos quais ficou

privada por longo período, até solucionar a questão. Tais fatos não podem ser considerados como mero aborrecimento, aliás estão longe de serem assim compreendidos.

Foi necessário registrar Boletim de ocorrência, realizar atos do inquérito policial, além de ter que participar de uma ação penal, por iniciativa do Ministério Público.

Ademais, é relevante considerar que o capital, objeto dos descontos, é provento de aposentadoria de uma idosa de 71 anos de idade.

A falha na prestação de serviços decorrente de fortuito interno relativo a fraudes e delitos por terceiros, no âmbito de operações bancárias, geram responsabilidade objetiva.

O dano, como demonstrado no caso concreto, prescinde de prova, já que presumido (*in re ipsa*) em casos como o em análise:

SUMÁRIO. APELAÇÃO CÍVEL. CONTRATO NÃO RECONHECIDO. DE CUJUS. SEGURO FIANÇA. FRAUDE. DANO MORAL IN RE IPSA. **Conjunto probatório que evidencia a falha na prestação do serviço. a Apelante não cumprindo o disposto no artigo 14, § 3º, do CDC e do artigo 333, II, do CPC, torna-se verossímil as alegações da Apelada, ensejando a aplicação do artigo 14, caput, do CDC no julgamento da presente lide e o dever de indenizar o dano moral in re ipsa.** Desprovemento ao recurso da Apelante. (Processo: APL 03011793920108190001 RJ 0301179-39.2010.8.19.0001, Relator(a):DES. ANDREA FORTUNA TEIXEIRA, Julgamento:19/03/2015, Órgão Julgador: VIGÉSIMA QUINTA CAMARA CIVEL/ CONSUMIDOR, Publicação: 23/03/2015)

Logo, o pleito de condenação da Ré/apelante ao pagamento dos danos morais deve prosperar, ante à sua inevitável responsabilização.

No que se refere ao *quantum* indenizatório, este deve atender aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, além de ser coerente com o que vem decidindo esta Corte e os Tribunais Superiores.

In casu, o valor do quantum indenizatório merece atenção, em razão das peculiaridades do caso concreto, já mencionadas anteriormente, mas evitando, sempre, o enriquecimento ilícito da parte.

Entendo que valor razoável e justo capaz de compensar os danos sofridos pela Autora e atender à função punitiva e preventiva seja R\$ 10.000,00 (dez mil reais), corrigidos monetariamente, pelo IGP-M, a partir do arbitramento, conforme súmula nº 362 do STJ, e acrescido de juros de mora de 1% ao mês, desde a citação, já que se trata de relação contratual, pois correntista.

STJ: súmula 362: “A correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento”

Custas e Honorários Advocatícios

Quanto aos honorários advocatícios, fixo-os em 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação, considerando ser a causa comum, em que pese possua algumas peculiaridades, e a necessidade de dilação probatória relevante, que exigiu do patrono um trabalho de zelo e esforço.

Ante à sucumbência, condeno o apelado, ainda, ao pagamento das custas processuais.

Desse modo, voto no sentido de **REJEITAR AS PRELIMINARES suscitadas pelo Réu/ Apelado, em contrarrazões, e DAR PROVIMENTO à Apelação**, para julgar procedentes os pedidos autorais, no sentido de declarar inexistentes os empréstimos e renovações atribuídos à apelante referente aos 04 (quatro) empréstimos elencados na inicial, à fl. 21/29; determinar sejam restituídos, pelo Banco do Brasil, todos os valores indevidamente descontados da conta corrente da autora/apelante, de forma simples, bem como todos os encargos decorrentes das referidas dívidas, a serem apurados em liquidação, corrigidos monetariamente desde cada desembolso e acrescidos de juros de mora de 1% desde a citação; determinar o cancelamento dos descontos das parcelas vincendas; e condenar o Banco do Brasil ao pagamento de indenização por danos morais, no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), corrigidos monetariamente, pelo IGP-M, a partir do arbitramento, conforme súmula nº 362 do STJ, e acrescido de juros de mora de 1% ao mês,

desde a citação, já que se trata de relação contratual. Ainda, condeno o réu/apelado ao pagamento das custas e honorários advocatícios, no percentual de 15% sobre o valor da condenação.

TJBA – Apelação Cível nº 0571827-11.2014.8.05.0001, Segunda Câmara Cível, Relator(a): Des. Gesivaldo Britto, julgado em 23/05/2017.

APELAÇÃO CÍVEL EM AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. DIREITO DO CONSUMIDOR. PLANO DE SAÚDE. FERTILIZAÇÃO IN VITRO. NEGATIVA DE COBERTURA. IMPOSSIBILIDADE. REFLEXO POSITIVO NO TRATAMENTO DA ENDOMETRIOSE COMPROVADO. DOENÇA LISTADA PELA OMS. PLANEJAMENTO FAMILIAR. COBERTURA AUTORIZADA. LEI Nº 9656/96. ART.35-C. CF/ART. 227. SENTENÇA REFORMADA. APELAÇÃO PROVIDA.

Plano de saúde. Cobertura contratual para fertilização in vitro. Ausência de exclusão do procedimento na Lei nº 9.656/98. Código de Defesa do Consumidor. Tratamento de doença. Endometriose. Obrigatoriedade. Art. 47 do CDC determina a interpretação de cláusulas contratuais de maneira mais favorável ao consumidor. Planejamento Familiar. Art. 35-C, inc. II da Lei nº 9.656/98, como corolário da inteligência do §7º¹⁰ do art. 226 da CRFB/88. Direito à dignidade da pessoa humana, à saúde e à proteção à maternidade, constitucionalmente resguardados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível 0571827-11.2014.8.05.0001, da Salvador, em que é Apelante Rosana Steinert Coelho, Alexsandro Oliveira Coelho e Apela-do(a) o Bradesco Saúde S/A, ACORDAM os Senhores Desembargadores integrantes da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, **EM DAR PROVIMENTO AO RECURSO**, o que fazem com fundamento no voto do Relator.

RELATÓRIO

Adoto o relatório da sentença de fls. 255/260, que julgou improcedente o pleito exordial da Ação Ordinária de Obrigação de Fazer proposta por ROSANA STEINERT COELHO E ALEXSANDRO OLIVEIRA contra BRADESCO SAÚDE S.A.

Na referenciada demanda, a Autora/Apelante objetivou a autorização e custeio da fertilização *in vitro* pelo Plano de Saúde, pois que recomendada por profissional médico especialista como tratamento capaz de realizar a função reprodutiva obstada pela doença de que é portadora, endometriose grau IV, bem como eliminar os sintomas e riscos desta enfermidade.

Em seu recurso, fls. 265/296, os Apelantes, ROSANA STEINERT COELHO E ALEXSANDRO OLIVEIRA, sustentaram a necessidade do procedimento requerido, assim com base em recomendação médica, destacando, na oportunidade, pertinente legislação e jurisprudência acerca do tema. Pugnaram, então, pela reforma da sentença guerreada.

Contrarrazões apresentadas às fls. 298/312 pelo BRADESCO SAÚDE S/A, em cujos fundamentos ratificou os termos da defesa, salientando a ausência de cobertura contratual e legal para o procedimento em questão, destacando a necessidade de observância do Princípio da legalidade e exclusão legal expressa constante na Lei nº 9.656/98. Declinou, ainda, sobre a ausência

10 Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...]§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

de ilícito a justificar qualquer indenização, bem como sobre a inexistência do dever de restituição de valores pagos em decorrência do pagamento do procedimento.

Pugnaram, enfim, pelo desprovemento do recurso, para que seja mantida a decisão singular.

Autos remetidos a esta Instância **ad quem**, onde foram distribuídos para esta Segunda Câmara Cível, cabendo-me, por sorteio, a função de Relator.

Recurso próprio e tempestivo.

Apelante isento do preparo em decorrência da gratuidade da Justiça.

É o relatório. À Secretaria para sua inclusão em pauta.

VOTO

Objetiva-se na presente demanda a autorização e custeio de tratamento de fertilização *in vitro*.

Neste sentido, consta dos autos relatório médico noticiando o diagnóstico da Apelante, portadora de endometriose extensa e severa desde 2003, submetida a vários tratamentos clínicos e cirúrgicos para controle da doença, porém, sem sucesso, inclusive com última cirurgia realizada em fevereiro/2013, “com evidência de comprometimento intestinal, obstrução tubária bilateral e pelve comprometida por aderências pélvicas extensas”, tendo sido retirada ambas as trompas neste último procedimento em decorrência do avanço da doença.

Diante da realidade configurada foi indicada a fertilização *in vitro* com micromanipulação de gametas (ICSI) como forma de alcançar a gravidez, com reflexo favorável no tratamento da endometriose, acentuando a sintomatologia da doença e permitindo a real possibilidade da gestação.

Ou seja, conclui-se pelo tratamento indicado, fertilização *in vitro*, a solução para duas demandas da paciente; primeiro, pôr a termo o avanço da doença, ao menos naquele período; segundo, realizar o mais importante objetivo da família, que é procriar, o que lhe fora cercado em decorrência da própria doença sobre a qual se discute e se requer tratamento.

Assim, ampliando esta análise, não se esbarra na vedação legal à inseminação artificial, técnica diversa da fertilização *in vitro*. Outrossim, a realidade em tela nos direciona a obrigação de tratamento da doença por plano mantido pelo consumidor, mediante pertinente contraprestação e cuja preservação da saúde é a finalidade a ser alcançada através de métodos adequados e indicados por especialista profissional.

Decerto, muito se discute e se firma o posicionamento acerca da busca judicial ao tratamento da infertilidade, não recepcionado, em sua maioria, pelo Judiciário, sob fundamento da ausência de respaldo em contrato e expressa vedação legal.

No caso em tela, porém, configura-se uma realidade diferenciada, na qual a Autora/Apelante é portadora de endometriose profunda (grau IV), cuja evolução da doença encontra-se comprovada nos autos, inclusive a lhe ocasionar a infertilidade, que, todavia, poderá ser solucionada mediante o apontado tratamento, fertilização *in vitro*, o qual também se apresenta, comprovadamente, como método de tratamento, por obstar o avanço da doença.

A partir desta análise é que se deve fincar a percepção acerca da necessidade da paciente ao tratamento objetivado, sem permissões a dúvidas ou alegação da possibilidade de outros tratamentos para a doença, haja vista a indicação expressa do melhor tratamento por profissional médico especialista, tal como é o caso dos autos.

É válido ressaltar que a presente análise não contraria entendimento outrora declinado por esta Relatoria em recurso julgado anteriormente, Agravo de Instrumento tombado sob nº 0002632-62.2015.8.05.0000. Outrossim, traça-se a presente conclusão, após instrução do feito e consequente ampliação acerca da demanda, diante da realidade apresentada de forma exaustiva por ambas as partes do feito, no pleno exercício do contraditório e ampla defesa.

Destarte, a realidade que se apresenta vem sendo recepcionada de forma cuidadosa, mas vigorosa por parte desta Corte, contanto estejam presentes os elementos fáticos e jurídicos que ensejam a procedência da tutela pleiteada.

Neste sentido, a CRFB-88 dispõe como fundamento do Estado Democrático de Direito a dignidade da pessoa humana e define em seu art. 6º o direito à saúde e à proteção à maternidade como fundamental.

Segue-se o destaque das normas dispostas no Código de Defesa do Consumidor, em cujo art. 4º a Política Nacional das Relações de Consumo assegura o atendimento às necessidades dos consumidores e respeito à sua dignidade, saúde e segurança, ao passo que o art. 47 dispõe que as cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor e o art. 51 declara, de forma expressa, a nulidade de cláusulas incompatíveis com a boa fé e a equidade.

Sendo, pois, a Apelante associada a plano de saúde, parte Apelada, regulamentado pela Lei nº 9.656/98, incluído pela Lei nº 11.935/09, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde, tem-se, portanto, a expressa previsão ao tratamento de doenças, com exigências mínimas dispostas no art. 12, inc. I, alínea b da citada Lei, a cobertura de serviços de apoio diagnóstico, tratamentos e demais procedimentos ambulatoriais, solicitados pelo médico assistente.

Ato contínuo é também expressa a obrigatoriedade de cobertura do atendimento de casos pertinente ao planejamento familiar, tal visto no art. 35-C, inc. II da supracitada legislação, como corolário da inteligência do §7º¹¹ do art. 226 da CRFB/88.

No mesmo sentido, é a salvaguarda constante do art. 2º da Lei nº 9.263/96 que dispõe o planejamento familiar como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal.

Destarte, está a doença da Apelante, endometriose, catalogada na lista da Organização Mundial de Saúde, impondo-se a cobertura e tratamento pelo seguro contratado. Outrossim, a infertilidade deverá também ter o tratamento autorizado como base a concretização do planejamento familiar.

Outrossim, a exceção à obrigatoriedade da cobertura de inseminação artificial disposta no inc. III do art. 10 da citada Lei nº 9.656/98, não restringe o procedimento ora objetivado, fertilização *in vitro*, haja vista tratem-se de técnicas diferenciadas.

Ambos são tratamentos para infertilidade, todavia com indicações e graus de complexidade diferentes. A inseminação artificial é usada quando a mulher tem um problema no colo do útero, e se coloca o espermatozoide diretamente na cavidade uterina da mulher. Na fertilização *in vitro*, a fecundação é feita fora do organismo, o famoso bebê de proveta¹².

Portanto, este é, inclusive, o entendimento desta Corte, no sentido de autorizar o método de fertilização como base ao tratamento de doença e planejamento familiar, senão vejamos:

PLANO DE SAÚDE. FERTILIZAÇÃO IN VITRO. TUTELA DE URGÊNCIA. REQUISITOS PRESENTES. DECISÃO MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO. Plano de saúde. Cobertura contratual para a fertilização *in vitro*. Lei nº 9.656/98. Código de Defesa do Consumidor. Tutela antecipada. Presença dos requisitos autorizadores estabelecidos no art. 1019 do CPC. Decisão mantida.

(www.tjba.jus.br; Agravo de Instrumento nº 0021128-08.2016.8.05.0000; Segunda Câmara Cível; Relator Maurício Kertzman Szporer; DJE 01/02/2017)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO DO CONSUMIDOR. PLANO DE SAÚDE. NEGATIVA DE COBERTURA PARA PROCEDIMENTO. FERTILIZAÇÃO IN VITRO. IMPOSSIBILIDADE. PLANEJAMENTO FAMILIAR. GARANTIA DE CONSTITUIÇÃO DA PROLE PELO HOMEM, PELA MULHER OU PELO CASAL. DEFINIÇÃO INSERTA NO ART. 2º DA LEI 9.263/96. CASAL COM MAIS DE 35 ANOS. DECISÃO INTELUCUTÓRIA QUE NEGOU LIMINAR PLEITEADA. RISCO DE DANO GRAVE OU DE DIFÍCIL REPARAÇÃO. EFEITO SUSPENSIVO CONCEDIDO. RECURSO PROVIDO. 1. De acordo com a redação do art. 300, caput, da nova legislação processual civil – CPC/2015 – a tutela de urgência será concedida quando houver elementos nos autos que

11 Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...]§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

12 //super.abril.com.br/saude/diferencas-entre-inseminacao-artificial-e-fertilizacao-in-vitro/

evidenciem a probabilidade do direito, bem como o perigo de dano ou risco de resultado útil do processo. 2. A probabilidade do direito perseguido revela-se na existência da enfermidade que acomete um dos lados do casal (documento de fl. 32), que precisa ser devidamente tratada pelo plano de saúde para o qual contribuem com regularidade, na indicação do tratamento prescrita por profissional médico capacitado e pela garantia de lei de que o tipo de tratamento pleiteado deve ser coberto pela seguradora contratada. 3. Já o perigo de dano ou risco de resultado útil revelou-se na idade dos recorrentes - 38 anos e 36 anos - o que, segundo a literatura médica, aumenta as chances de problemas clínicos para a futura mãe na chamada gravidez tardia. 4. Efeito suspensivo concedido. 5. Agravo de instrumento a que se dá provimento.

(www.tjba.jus.br; Agravo de Instrumento n.0008216-76.2016.8.05.000; Segunda Câmara Cível; DJE 31/08/2016)

CONSUMIDOR. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. SEGURO SAÚDE. INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL. CONTRATO. EXCLUSÃO. LEI Nº 9656/96. ART.35-C. CF/ART.227. PLANEJAMENTO FAMILIAR. COBERTURA. OBRIGATORIEDADE. OMS. ENDOMETRIOSE. RELAÇÃO. TRATAMENTO. COBERTURA. NECESSIDADE. SENTENÇA. REFORMA. IMPOSIÇÃO. I - As normas previstas no Código de Defesa do Consumidor, sobretudo o artigo 4º, que assegura a boa-fé objetiva, e o artigo 51, que impõe às partes o dever de cuidado, de modo a garantir que o contrato atinja o fim desejado, devem reger as relações travadas entre os planos de saúde e seus consumidores. II - A parte Autora, é associada do seguro saúde, regulamentado pela Lei n. 9.656/98, onde apesar de haver previsão expressa no sentido da exclusão de cobertura para inseminação artificial, a lei prevê em seu artigo 35-C (incluído pela Lei nº 11.935/09), a obrigatoriedade de cobertura de procedimentos relacionados ao Planejamento Familiar, como corolário da inteligência artigo 226, §7º da Constituição Federal. III - Nos termos do artigo 47 do CDC as cláusulas contratuais devem ser interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor, devendo prevalecer, no caso, a norma que prestigia o direito da segurada. IV – Evidencia-se, pois, a necessidade de reforma da sentença para assegurar a cobertura do procedimento de fertilização in vitro a fim de que a autora possa constituir a sua prole e, ao mesmo tempo, reverter o quadro da endometriose, doença que se encontra catalogada na Organização Mundial de Saúde e que deve ter a devida cobertura pelo plano segurado. RECURSO PROVIDO. (Apelação nº. 0513884-02.2015.8.05.0001, Quarta Câmara Cível, Relatora: Heloísa Pinto de Freitas Vieira Graddi, DJE 11/11/2015)

Portanto, dos arestos acima elencados extraem-se fundamentos que ora acrescento ao presente voto e adoto como razões de decidir.

Impõe-se, portanto, a reforma da sentença, de modo a salvaguardar princípios basilares de proteção à dignidade, vida e saúde, assegurando-se a Apelante a cobertura do procedimento pretendido.

Assim sendo, **voto no sentido de dar provimento ao Apelo** para, reformando a sentença, determinar à Seguradora/Apelada a autorização e custeio do tratamento de fertilização in vitro, conforme prescrição médica, limitado a três tentativas, no prazo de trinta(trinta) dias, sob pena de multa diária de R\$500,00 (quinhentos reais).

Em virtude da reforma do julgado, inverte-se o ônus da sucumbência, arbitrada em 10% sobre o valor da causa.

TJBA – Apelação Cível nº 0300096-59.2015.8.05.0079, Quarta Câmara Cível, Relator(a): Desª. Maria de Lourdes Pinho Medauar, julgado em 15/05/2017.

EMENTA. DIREITO DO CONSUMIDOR. 1. VENDA DE MEDICAMENTO ERRADO PELA APELANTE, COM INDICAÇÃO EQUIVOCADA DA FORMA DE UTILIZAÇÃO DA DROGA. SEGUNDA RECORRIDA QUE, CONFIANDO NAS ORIENTAÇÕES REPASSADAS PELO VENDEADOR DA DROGARIA RECORRENTE, ADMITIU ORALMENTE NA PRIMEIRA RECORRIDA, SUA FILHA

MENOR, FÁRMACO DE USO TÓPICO, ACARRETANDO EFEITOS ADVERSOS NO CORPO DA CRIANÇA. 2. MÁ PRESTAÇÃO DO SERVIÇO CONFIGURADA. 3. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA TRANSPARÊNCIA E DA CONFIANÇA, ENCARTADOS NO CDC. 4. DANOS MORAIS FIXADOS PELA SENTENÇA VERGASTADA EM VINTE MIL REAIS PARA CADA RECORRIDA. 5. VALOR DETERMINADO DE ACORDO COM OS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE. 6. HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA MANTIDOS EM 20% DO VALOR DA CONDENAÇÃO. 7. DECISUM PRESERVADO. 8. RECURSO IMPROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de **Apelação nº 0300096-59.2015.8.05.0079**, da Comarca de Eunápolis, no qual figuram como apelante **EMPREENDIMENTOS PAGUE MENOS S/A (FARMÁCIA PAGUE MENOS)** e como apelado **RAQUEL BORGES DE JESUS e MARTA SANTOS BORGES**.

Acordam os Desembargadores integrantes da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade, **EM CONHECER E NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO**, na esteira do voto da Relatora.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Apelação interposto por **EMPREENDIMENTOS PAGUE MENOS S/A (FARMÁCIA PAGUE MENOS)** em face da sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da Vara dos Feitos de Relações de Consumo, Cíveis e Comerciais da Comarca de Eunápolis (fls.159/161), que nos autos da Ação Indenizatória nº 0300096-59.2015.8.05.0079, julgou procedentes os pedidos da exordial, nos seguintes termos:

“Assim, JULGO, POR SENTENÇA, PROCEDENTE o pedido para condenar, como condenada fica, a requerida EMPREENDIMENTOS PAGUE MENOS S.A.-FARMÁCIA PAGUE MENOS a pagar às autoras, a título de dano moral, a quantia de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), para cada uma, devidamente atualizada desde a data do evento danoso até o efetivo pagamento. Condeno ainda, no pagamento das custas e despesas processuais e honorários advocatícios, que arbitro no equivalente a 20% (vinte por cento) sobre o valor total da condenação. P. R. I. arquivando-se após o trânsito em julgado.”

Irresignada, a ré interpôs recurso de apelação (fls.165/186), sustentando, em suma: **a)** a inconsistência do depoimento da segunda apelada; **b)** a identificação errada do medicamento entregue pelo vendedor à consumidora ocorreu por conta da receita médica estar ilegível; **c)** a regularidade da sua conduta e a inexistência do dever de indenizar.

Pugnou, deste modo, pelo provimento do Recurso, com a reforma da sentença para julgar improcedente o pedido. Subsidiariamente, requereu a redução do *quantum* indenizatório e a redução dos honorários advocatícios para 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

A recorrida apresentou contrarrazões (fls.190/205), requerendo o indeferimento liminar da apelação por insuficiência de preparo e, no mérito, o improvimento do recurso com a manutenção da sentença vergastada.

A Procuradoria de Justiça lançou parecer nos autos, pugnando pelo improvimento do recurso e a manutenção da sentença.

Assim, examinados os autos, lancei o presente relatório, encaminhando-os à Secretaria da Primeira Câmara Cível, nos termos do art. 931, do Novo Código de Processo Civil, para inclusão do feito em pauta de julgamento, salientando que o presente recurso é passível de sustentação oral, nos termos do art. 937, do CPC/2015 e art. 187, I, do RITJBA.

VOTO

1. O recurso atende aos requisitos de admissibilidade, devendo, pois, ser conhecido.

2. Vale ressaltar, de início, que o processo em análise é eletrônico, ficando consignado, portanto, que as remissões feitas neste voto às folhas dos autos referem-se aos folhos digitais, alocados no Sistema Saj, ao menos que seja expressamente ressalvado em contrário.

3. As apeladas requereram, preliminarmente, o não conhecimento do recurso, diante da alegação de insuficiência de preparo.

Tal alegação deve ser rechaçada. É que, como bem observado no opinativo do *Parquet*, o recurso interposto por meio de processo eletrônico é dispensado do pagamento do porte de remessa e retorno, nos termos do art.1007, § 3º, do Código de Processo Civil de 2015.

Em complemento a tal norma, o art.1º, §1º, do Decreto Judiciário nº 286/12 deste Tribunal (com a redação dada pelo art. 1º, do Decreto Judiciário nº 376/2013), determina:

“§1º O porte de remessa e retorno previsto na Tabela constante do Anexo Único não será exigido nos casos de recursos interpostos por meio de processo eletrônico, salvo quando o órgão julgador requisitar os autos físicos, e na Capital, por qualquer meio.”

Diante disto, a aludida preliminar deve ser repelida.

4. Inicialmente, visualiza-se que a ação indenizatória em questão refere-se à venda errada de medicamento por preposto da empresa ré/apelante, que teria interpretado equivocadamente receita médica prescrita para a primeira apelada, menor impúbere.

De modo mais especificado, deflui dos autos que no mês de Janeiro de 2015, a primeira recorrida, contando com pouco mais de um ano de idade, foi acometida por infecção.

Diante do quadro apresentado, a mãe da infante levou esta última à médica pediatra, ocasião na qual a profissional prescreveu os seguintes medicamentos: Eritromicina 250 mg (Eritromicina oral), Nistatina Oral, Paracetamol e Gingilone.

A aludida genitora, ora segunda recorrida, então, foi até uma loja da empresa recorrente com o intento de adquirir os medicamentos indicados.

O funcionário da empresa, deste modo, de posse da receita, apresentou à segunda apelada o medicamento Ilosone Tópico 20 mg/ml, apontado como genérico da droga Eritromicina prescrita no receituário.

De acordo com a exordial, o empregado da apontada rede de farmácias, em ato contínuo, teria orientado a segunda apelada a administrar na criança doente, por via oral, 04 ml do remédio em questão, a cada oito horas, grafando esta explicação na caixa da droga vendida. A pessoa jurídica recorrente refutou tal alegação.

A segunda apelada, então, passou a administrar o remédio em sua filha, a partir de 08/01/2015, tendo a mesma, após alguns dias de uso, apresentado febre, dor no estômago, tremores, vômito, desidratação, sangramentos na gengiva, lesões na mucosa da boca, dentre outros sintomas.

Após estes eventos, constatou-se que o medicamento administrado por via oral à criança era inadequado para este fim, por ser substância de uso tópico, destinada ao tratamento de acne.

Perante este quadro, a primeira apelada foi internada no Hospital Regional de Eunápolis, de 11/01/2015 a 15/01/2015, tendo se recuperado posteriormente.

Feita esta digressão, necessária para a melhor compreensão da demanda posta sob análise, passa-se ao cerne do recurso.

5. Pois bem, em primeiro plano, observa-se que a demanda em questão possui nítida feição consumerista, enquadrando-se as apeladas e a apelante, respectivamente, nos conceitos de consumidor(es) e fornecedor de serviços, tudo consoante disposto nos arts.2º e 3º, do CDC. Deste modo, por óbvio que sobre a presente relação jurídica incide todo o plexo de garantias, princípios e direitos previstos no Código de Defesa do Consumidor.

Neste contexto, percebe-se que as apeladas, dentro de suas possibilidades, conseguiram comprovar suas alegações, desincumbindo-se, destarte, do ônus que lhes prescreve o art.373, inc.I, do CPC de 2015.

Desta forma, acostaram aos autos o receituário médico prescrito para a menor (fls.28) e relatório de alta do Hospital Regional de Eunápolis (fls.34). Embora não haja nota fiscal do produto, a pessoa jurídica apelante confirma tal aquisição, tornando-se a compra do remédio controlado Ilosone 20 mg, pela segunda apelada, matéria incontroversa.

Ademais, o próprio carimbo da recorrente, apostado no verso da solicitação médica, sinaliza claramente a venda do fármaco (fls.28).

Importa assinalar que o apontado relatório hospitalar adunou que a criança apresentou febre, lesões em mucosa da boca, perda de peso, vômitos, desidratação, sangramento de gengivas, estomatite, dentre outros sintomas. Foi consignado no aludido documento, ainda, a ocorrência da ingestão indevida do aludido medicamento.

Restou pacificado nos autos, ainda, que a droga Eritromicina 250 mg (prescrita pela médica) destina-se ao tratamento de infecções internas, possuindo uso oral. Já a substância vendida, denominada Eritromicina 20 mg, com nome genérico de Ilosone, é de uso externo/tópico e possui teor alcoólico, servindo para o combate à acne vulgar.

A distinção entre os referidos fármacos foi confirmada pelo farmacêutico e gerente da própria apelante, o Sr. Wagner Alves Barbosa, em seu depoimento de fls.122.

Observa-se, também, que embora o receituário médico não seja impresso e nem detalhado (fls.28), é clara o suficiente para que se perceba que a medicação prescrita foi a Eritromicina 250 mg, tendo, inclusive, o citado profissional da apelante **reconhecido em audiência que o apontado documento era legível** (fls. 122).

Vale a transcrição da parte do referido testemunho, em que tais informações são confirmadas:

“(...)que ao ser apresentado a receita da autora, o depoente reconheceu como legível (grifo nosso);(...)que o medicamento indicado na receita Eritromicina também se apresenta com outros nomes e de várias formas de uso, tais como oral na forma líquida e comprimido e tópica, na forma líquida; que a receita indica que o medicamento eritromicina é para ser ministrada 4 ml 8/8hs por 7 dias (grifo nosso);(...) que o medicamento Ilosone eritromicina 20 mg/ml é de uso tópico, enquanto que eritromicina 250 mg é de uso oral (grifo nosso); que no medicamento Ilosone em sua composição contém álcool, não sabendo dizer a quantidade;(...) que o medicamento Ilosone tópico é para uso em infecções externas, como acne e o oral em infecções internas (...)”.

Em contradição com o depoimento da sua própria testemunha, entretanto, a acionada/recorrente (fls.142), atesta em suas alegações finais que “o vendedor buscou orientação quanto ao medicamento que seria vendido. Só não atentou, porque não constava da receita médica, que deveria entregar medicamento de uso oral ao invés do de uso tópico (...)”

Deste modo, a própria apelante admitiu a falha do seu vendedor, vez que de acordo com o parecer do seu próprio gerente e farmacêutico (fls.122), a prescrição médica é legível, com individuação do fármaco (Eritromicina 250 mg) e a forma de uso oral.

6. As recorridas também alegaram, em sua exordial, que o vendedor da apelante teria orientado a administração oral do medicamento de uso tópico na quantidade de 4 ml, a cada oito horas.

A respeito deste ponto, nota-se que as acionadas juntaram aos autos foto da caixa do remédio (fls.29/30), onde se encontram grafados os termos “4ml – 8/8 h”, objetivando comprovar que o preposto da apelante teria aconselhado a segunda apelada nos moldes alegados.

Visualiza-se, nesta toada, que embora a demandada/recorrente tenha se insurgido contra tal alegação, não diligenciou a realização de perícia grafotécnica dos caracteres escritos na embalagem do produto, o que poderia facilmente esclarecer se foi o seu empregado quem redigiu a aludida orientação.

Assim, a fase instrutória do processo foi encerrada com a tomada dos depoimentos das testemunhas e da segunda acionada, sem que a ré/apelante se insurgisse contra a ausência de realização da apontada prova pericial.

Deste modo, a fornecedora dos serviços deixou de comprovar fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, descumprindo, destarte, o quanto determinado pelo art.373, inc.II, do CPC de 2015.

Em confluência a isto, o depoimento de outra testemunha da ré, a gerente regional da empresa, Sra. Girleide Oliveira de Oliveira (fls.149), é categórico ao esclarecer que em certos casos de solicitação médica ilegível, os funcionários tentam **adivinhar** o que se encontra prescrito, consoante atesta a transcrição abaixo:

“(...) que quando é apresentado um receituário com letras ilegíveis, os prepostos da empresa Ré procuram através de outros medicamentos constantes da receita adivinhar (grifo nosso) ou reconhecer aquele que se encontra escrito de forma ilegível, às vezes até entra (sic) em contato com o médico, mas sempre procurando atender o cliente (sic).”

Ora, por certo que tentar adivinhar o nome de medicamentos em receitas médicas ilegíveis não é a conduta mais adequada para funcionários de drogarias, vez que assim laborando, podem incorrer em graves equívocos, extremamente prejudiciais aos consumidores.

7. Não pode prosperar, ademais, a alegação recursal de que a responsabilidade pela administração oral do citado fármaco à criança foi da segunda apelada, uma vez que na caixa e bula do mesmo havia a indicação do seu uso tópico.

É que na análise da responsabilidade pelo evento danoso, importa a análise acurada do caso concreto, inclusive das condições de cada envolvido, não sendo possível a aplicação de um molde padronizado para aferição de culpa, que sirva à todas as situações indistintamente.

Assim, observa-se que a segunda autora, residente em cidade interiorana deste Estado (fls.25), possui condição financeira humilde (fls.19/20), atuando como revendedora de produtos Avon (fls.37/40).

Dentro destas condições limitadas que possui, por óbvio que confiou firmemente na orientação dada pelo funcionário da apelante acerca do tipo de remédio fornecido e sua correlata utilização, dando tais instruções como suficientes e satisfatórias para administrar a droga que acreditava poder curar sua filha de um ano e três meses.

Não se deve esquecer, ainda, que dentro de suas limitadas possibilidades, a segunda recorrida, na condição de mãe, demonstrou zelo com a sua pequena descendente ao levá-la a uma médica pediatra para tratar da infecção que lhe afligia, chegando a buscar, em unidade básica de saúde, os medicamentos indicados, encontrando apenas um deles. Neste panorama é que chegou até ao estabelecimento da recorrente, recebendo o atendimento já descrito e que ocasionou os eventos narrados.

Perante este cenário concreto, a apontada alegação da recorrente não pode prosperar, sendo inviável, assim, eximir a mesma da sua responsabilidade frente às recorridas.

8. Diante de todo o quadro delineado até aqui, fica materializada a má prestação dos serviços pela apelante, com a infração do Princípio da Transparência, encartado nos arts. 4º, *caput*, e art.6º, inc.III, ambos do Código de Defesa do Consumidor.

Ademais, é patente que a responsabilidade do fornecedor em tais casos é de cunho objetivo, nos exatos termos do art.14, *caput*, do CDC, que preconiza:

“Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.”

A respeito do assunto, importa a colação de jurisprudência:

“AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. ESTABELECIMENTO FARMACÊUTICO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. DEFEITO DO SERVIÇO. VENDA DE MEDICAMENTO DIVERSO DO PRESCRITO. DANOS À SAÚDE COMPROVADOS. DEVER DE INDENIZAR EXISTENTE. DANO MORAL. PRESENÇA. VALOR DA INDENIZAÇÃO (GRIFO NOSSO). DANOS MATERIAIS. NÃO COMPROVAÇÃO DOS PREJUÍZOS. PLEITO NÃO ACOLHIDO.

I - Os estabelecimentos farmacêuticos são fornecedores de serviços e, como tais, respondem objetivamente pelos danos causados a seus consumidores, na forma do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor (grifo nosso). II - Comprovada a prestação de um serviço com defeito, diante da venda de medicamento diverso do pretendido, bem como os danos causados à consumidora em decorrência do uso do fármaco equivocado, à sociedade empresária impõe-se o dever de reparar o dano causado àquela. III - Consoante entendimento unânime da jurisprudência pátria, a indenização por danos morais não deve implicar em enriquecimento ilícito, tampouco pode ser irrisória, de forma a perder seu caráter de justa composição e prevenção. IV- Não comprovados os arguidos prejuízos materiais, não há se falar em indenização por danos materiais.” (TJ MG, AC 1002411227645001 MG, Câmaras Cíveis / 17ª CÂMARA CÍVEL, Publicação:24/04/2013, Julgamento: 11 de Abril de 2013, Relator: Leite Praça)

“APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. VENDA DE MEDICAÇÃO TROCADA. PRESCRIÇÃO DIVERSA. DANO MORAL. A responsabilidade do fornecedor de serviço é objetiva. A venda de medicamento diverso daquele prescrito na receita médica configura falha na prestação de serviços, caracterizando o dever de indenizar. São os funcionários da farmácia os responsáveis por entregar ao paciente o medicamento indicado, sendo de sua incumbência observar todas as especificidades do remédio prescrito. Não é razoável exigir que o consumidor, ante o aparecimento dos primeiros efeitos colaterais, suspenda o uso de medicação receitada por médico de sua confiança (grifo nosso). A fixação da indenização por danos morais deve ser realizada com razoabilidade e proporcionalidade.” (TJ MG, AC 10024102521887001 MG, Câmaras Cíveis / 14ª CÂMARA CÍVEL, Publicado: 07/02/2014, Julgamento: 31 de Janeiro de 2014, Rel. Estevão Lucchesi)

9. Quanto aos danos morais, vale ressaltar que os mesmos significam um abalo no patrimônio subjetivo do indivíduo, causando-lhe angústia, desassossego, vergonha, sofrimento ou outros sentimentos de igual quilate, aptos a gerar um prejuízo no seu âmbito pessoal ou na sua imagem perante terceiros.

Nesta diretriz, a situação vivenciada pela segunda autora/apelada, que presenciou sua filha de pouco mais de um ano sofrer as consequências da ingestão de medicamento errado, culminando com internamento em hospital por três dias, gerou os abalos alegados.

No tocante à menor, representada no processo por sua genitora, o dano moral também é claro, na medida em que sofreu no seu pequeno corpo uma série de transtornos físicos ocasionados pelo fato danoso dissecado.

No que pertine ao valor indenizatório fixado na decisão hostilizada, é necessário que o julgador observe os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, bem como a natureza jurídica da indenização, que deve constituir uma pena ao causador do dano e, concomitantemente, compensação ao lesado, além de cumprir seu cunho pedagógico, sem caracterizar enriquecimento ilícito.

Se de um lado, se faz necessário levar em conta a capacidade patrimonial do ofensor, para medir a extensão da indenização imposta, por outro, é necessário observar a situação concreta e o estado do ofendido.

Preconiza a jurisprudência, sempre lastreada em ponderações de razoabilidade, que o magistrado, ao precisar o importe indenizatório, deve prestar atenção à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso.

Desta forma, observando os aludidos critérios, constata-se que o valor fixado pelo juízo de origem, ou seja, R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) para cada autora, revelou-se consentâneo com os aludidos vetores interpretativos, impondo-se a sua manutenção.

Importa apresentar, neste passo, precedente jurisprudencial desta Corte acerca do valor indenizatório em casos como o que está sob apreciação:

“PROCESSUAL CIVIL E DIREITO DO CONSUMIDOR. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS JULGADA PROCEDENTE. ESTABELECIMENTO FARMACÊUTICO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. VENDA DE MEDICAMENTO DIVERSO DO PRESCRITO. DANOS À SAÚDE COMPROVADOS. RECURSO DE APELAÇÃO.

1. Primeiramente, a preliminar de cerceamento de defesa merece ser afastada, eis que a matéria vertente no presente caso é exclusivamente de direito, bem como a prova documental carreada aos autos mostrou-se suficiente para que o Magistrado a quo realizasse o seu juízo de convencimento acerca dos fatos alegados na exordial. Assim, rejeita-se a preliminar.

2. Após analisar cuidadosamente os autos, vislumbra-se a caracterização dos danos morais indenizáveis, ante a falha na prestação de serviço da Ré, que culminou em sérios prejuízos à saúde da Autora.

3. Ora, é incontroverso que o serviço prestado pela Ré foi defeituoso à luz do art. 14, do CDC, pois, além de ter sido vendido medicamento diverso, contendo componentes diferentes daqueles prescritos pelo médico, a Apelante também não forneceu a segurança que o consumidor dela poderia esperar, colocando em risco a integridade da saúde da paciente paciente, devendo, portanto, responder pela reparação dos danos causados à Autora, independente da existência de culpa.

4. Em consonância com os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e demais critérios norteadores da fixação da indenização por danos morais e, ainda, com base na jurisprudência do STJ em casos análogos, a indenização pelos danos morais sofridos pela Apelada, fixada em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) pelo Magistrado de piso, mostra-se excessiva, merecendo reparo.

5. Nessa senda, o valor arbitrado a título de indenização por danos morais deve ser reduzido para R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais), de modo a exercer a função punitiva do agente lesante, bem como reparar a vítima pelos transtornos e prejuízos suportados. RECURSO DE APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDO (grifo nosso).” (TJ BA, APC 0000439-15.2009.8.05.0217, Relator (a): Carmem Lucia Santos Pinheiro, Quinta Câmara Cível, Publicado em: 03/09/2015)

10. A insurgência da apelante contra a fixação dos honorários advocatícios, fixados em 20% do valor da condenação, também não merece guarida.

É que ao analisar os fôlios, vislumbra-se a efetiva atuação da procuradora das autoras/recorridas, através da apresentação de diversas petições e contrarrazões (fls.02/16, 98/103, 128/133, 190/205), bem como da participação em audiência de instrução (fls.147).

Por estes motivos, o aludido percentual, estipulado no *decisum* hostilizado, deve ser mantido.

Ante o exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO AO RECURSO**, mantendo-se a sentença em sua inteireza, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

TJBA – Agravo de Instrumento nº 0006901-13.2016.8.05.0000, Terceira Câmara Cível, Relator(a): Desª. Rosita Falcão de Almeida Maia, julgado em 08/08/2017.

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. AGRAVO INTERNO PREJUDICADO COM O JULGAMENTO DO MÉRITO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONTRATO DE COMODATO ESCRITO E POR PRAZO DETERMINADO. PROCEDIMENTO REGIDO PELO ART. 560 E SEQUINTE DO CPC/2015. NOTIFICAÇÃO EXTRAJUDICIAL PARA DESOCUPAÇÃO SEM ÊXITO. RESISTÊNCIA DO COMODATÁRIO. ESBULHO CONFIGURADO. REQUISITOS PREVISTOS NO ART. 561, CPC/2015 PREENCHIDOS. POSSE PRECÁRIA E INJUSTA. MEDIDA LIMINAR DE EVIDÊNCIA. POSSIBILIDADE. INAPLICABILIDADE DO ESTATUTO DA TERRA. AGRAVO INTERNO

PREJUDICADO. AGRAVO DE INSTRUMENTO CONHECIDO E PROVIDO.

Resta prejudicada a análise do agravo interno interposto em razão do julgamento do mérito do agravo de instrumento.

O contrato de comodato, escrito ou verbal enquadra-se no procedimento regido pelo art. 560 e seguintes do CPC/2015.

Em ações de reintegração de posse, é necessário que o requerente comprove, cumulativamente, os requisitos previstos no artigo 561 do NCPC: I - a sua posse; II - a turbação ou o esbulho praticado pelo réu; III - a data da turbação ou do esbulho; IV - a continuação da posse, embora turbada, na ação de manutenção, ou a perda da posse, na ação de reintegração.

A resistência do comodatário em restituir a posse do bem ao comodante, notadamente depois de notificado extrajudicialmente, implica no reconhecimento da precariedade possessória, tornando-a injusta e passível de ser repelida pelas medidas possessórias cabíveis, em razão do esbulho pacífico, autorizando a concessão da liminar.

Devidamente comprovado nos autos que o contrato firmado entre as partes é gratuito por ser cessão sem qualquer contraprestação financeira, não havendo, pois, que se falar em aplicação do Estatuto da Terra, por não apresentar as peculiaridades de contrato de arrendamento rural ou parceria agrícola.

AGRAVO INTERNO PREJUDICADO. AGRAVO DE INSTRUMENTO CONHECIDO E PROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de **AGRAVO DE INSTRUMENTO de nº 0006901-13.2016.8.05.0000**, em que é agravante **Rosemeri das Graças Pereira de Aguiar** e agravado **Jamil Antônio Filho** e **AGRAVO INTERNO nº 0006901-13.2016.8.05.0000.5000**, em que é agravante **Jamil Antônio Filho** e agravado **Rosemeri das Graças Pereira de Aguiar**.

Acordam os MM. Desembargadores componentes da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Bahia, **DECLARAR PREJUDICADO O AGRAVO INTERNO E DAR PROVIMENTO ao AGRAVO DE INSTRUMENTO** e o fazem de acordo com o voto de sua relatora.

RELATÓRIO

Rosemeri das Graças Pereira de Aguiar, interpôs agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo ativo, contra decisão proferida pelo MM. Juiz de Direito da Vara Cível da Comarca de Itamaraju, que, nos autos da Ação de Reintegração de Posse de nº 0000130-60.2014.805.0203, ajuizada em face de **Jamil Antonio Filho**, indeferiu o pedido liminar requerido e designou audiência de conciliação (decisão transladada – fls. 46/47).

Em suas razões, aduz que a decisão agravada não observou a evidente probabilidade do direito (esbulho comprovado pela ausência de contrato vigente), assim como o perigo de dano, ante a impossibilidade de acesso ao seu imóvel, sem justo motivo, o que vem lhe causando prejuízo irreparável, seja de ordem pessoal e moral, seja no que tange ao aspecto financeiro.

Relata que em 10/03/2014, propôs, em face do agravado, ação de reintegração de posse, alegando a incidência de esbulho possessório, ante o vencimento do contrato de comodato de área de terra denominada “Fazenda Maravilha”; que o referido contrato foi lavrado em 30 de outubro de 2005 pelo próprio agravado, que fez uso de instrumento de procuração que lhe foi outorgado; que o contrato de comodato teve como vigência 08 (oito) anos, iniciando-se em 30 de novembro de 2005 e findando em 31 de novembro de 2012; que quando do encerramento do contrato notificou o agravado para desocupação em 15 dias, através do Cartório de Registro de Imóveis, Hipotecas e Títulos e Documentos e das Pessoas Jurídicas da Comarca de Teixeira de Freitas/Ba; que a referida notificação se efetivou no dia 13 de março de 2013, contudo, o agravado não restituiu a posse do imóvel, caracterizando evidente esbulho possessório.

Assevera que acostou aos autos documentos hábeis a comprovar a legítima propriedade em relação à “Fazenda Maravilha”; que na primeira audiência de justificação ocorrida em 16 de setembro de 2014, embora o magistrado não tenha concedido a reintegração por entender necessária a formação do contraditório, cuidou de demonstrar a necessidade de preservação do seu direito impondo restrição ao agravado de se abster de realizar cortes de eucaliptos na área objeto da lide; que na segunda audiência, o agravado suscitou questão prejudicial noticiando a existência de Ação de Reconhecimento de União Estável entre as partes em curso no Juízo da Vara Cível de Teixeira de Freitas, sob nº 0302713-14.2013.805.0256; que foi declinada a competência do feito possessório para Comarca de Teixeira de Freitas, prejudicando a análise da liminar de reintegração pleiteada; que o douto magistrado da referida comarca, não sendo competente para julgar ação de reintegração de posse, suscitou conflito de competência negativo; que o Desembargador Mario Albiani Junior acolheu parecer ministerial e reconheceu a procedência do conflito no sentido de determinar que o julgamento fosse realizado pela Vara Cível da Comarca de Prado por se tratar de questão estritamente possessória; que após longo período, mesmo com a conclusão do conflito de competência, o magistrado *a quo* negou a liminar invocando questões estritamente ligadas ao direito de família, que não se confundem com a situação dos autos.

Alega que presentes os requisitos para concessão de liminar de reintegração, vez que a ação foi proposta no prazo de um ano e dia (10 de março de 2014) da data da configuração do esbulho, que se deu em 13 de março de 2013, quando efetivada a notificação.

Esclarece as questões atinentes à ação união de estável, afastando qualquer possibilidade de comunicação do bem objeto da presente ação, aduzindo que: o imóvel é de sua propriedade, adquirido nos idos de 1994 (acosta escritura de compra e venda fls. 72/73) e, em razão disso, é excluído da partilha; que o agravado reconhece que a relação envolvida possui estrito laço contratual, através do contrato de comodato, com prazo de validade e regramentos entabulados (fls. 76/77); que evidente o esbulho, com a efetiva notificação do agravado (fls. 84/87).

Requer seja concedido efeito suspensivo ao agravo, a fim de reconhecer a nulidade da decisão agravada por violação ao princípio da não surpresa, ou caso não entenda assim, que promova sua reforma para determinar a reintegração na posse do imóvel rural denominado “Fazenda Maravilha”, ante o esbulho possessório.

Em decisão monocrática (fls. 416/417) concedi a tutela requerida, para determinar a reintegração da agravante na posse do imóvel rural denominado “Fazenda Maravilha”, ante o esbulho possessório demonstrado.

Às fls. 443/463, o agravado apresentou suas contrarrazões e agravo interno de fls. 422/441. Documentos fls. 464/498.

Às fls. 501/502, proferi despacho reconhecendo a prevenção do Desembargador Mario Albiani Junior, em face do conflito de competência nº 0300804.63.2015.0256, que acolheu parecer ministerial e reconheceu a procedência do conflito no sentido de determinar que o julgamento fosse realizado pela Vara Cível da Comarca de Prado, por entender se tratar de questão estritamente possessória.

Contra esta decisão, a agravante interpôs Agravo Interno (fls. 507/527).

Às fls. 569/580, a agravante apresentou contrarrazões ao agravo interno interposto pelo agravado.

Em atendimento ao quanto disposto no art. 1.021 do CPC/2015, concedi prazo para a parte agravada manifestar-se acerca do agravo interno interposto pela agravante (fl.583), o qual apresentou suas contrarrazões às fls. 588/596.

Às fls. 600/601, em juízo de retratação, revoguei a decisão que reconheceu a prevenção do Desembargador Mario Albiani Junior, mantendo a competência do recurso sob a minha relatoria, e, por conseguinte, os efeitos da decisão monocrática de fls. 416/417.

Em cumprimento ao art. 931, do NCPC, restituo os autos à Secretaria, com relatório, ao tempo em que peço dia para julgamento, ressaltando a possibilidade de sustentação oral, nos termos do art. 937, VIII, do mesmo diploma legal.

VOTO

O agravo interno deve ser conhecido, porque presentes seus requisitos de admissibilidade.

Do Agravo Interno interposto pelo agravado (fls. 422/441).

Em suas razões, o agravado aduz que: a decisão utilizou para cômputo do prazo a data da notificação extrajudicial, quando deveria ter considerado o termo final; necessidade da aplicação do Decreto nº 59.566/66, sob o argumento de que o contrato firmado com a agravante é de natureza agrária, e, por determinação expressa do art. 39 do Estatuto da Terra, deve seguir as regras do referido decreto; impossibilidade de venda da plantação de eucalipto do comodatário como possuidor de boa-fé; da plantação como acessão à propriedade e vedação ao enriquecimento ilícito.

Requer, por fim, a reconsideração da decisão monocrática que concedeu o efeito suspensivo ao agravo de instrumento.

Da análise, verifica-se que o requerente apresenta argumentos que, embora relevantes, não se mostram capazes a alterar o posicionamento desta Relatora, e não sendo, pois, caso de reconsideração/retratação da decisão, prevista no art. 320, § 2º do Regimento Interno deste Tribunal, a manutenção da decisão monocrática nos termos em que proferida, se impõe.

Lado outro, a análise do agravo interno resta prejudicada, ante o julgamento deste agravo de instrumento.

Assim é entendimento deste Egrégio Tribunal:

AGRAVO REGIMENTAL PREJUDICADO EM RAZÃO DO JULGAMENTO DO MÉRITO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO PREJUDICADO. (Classe: Agravo Regimental, Número do Processo: 0010973-77.2015.8.05.0000/50002, Relator (a): Edmilson Jatahy Fonseca Júnior, Segunda Câmara Cível, Publicado em: 16/03/2016)

Agravo Interno Prejudicado.

Como cedo, a análise do agravo restringe-se à verificação dos requisitos legais exigidos para a concessão da liminar.

O art. 1.015, I, do CPC estabelece que caberá agravo de instrumento das decisões interlocutórias que versarem sobre tutelas provisórias.

Consabido que a tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência. A tutela de urgência exige a comprovação de elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo. Já a tutela de evidência, embora não exija a comprovação do perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, é necessária a comprovação da probabilidade do direito almejado.

Trata-se de insurgência em face de decisão, na qual o magistrado *a quo* entendeu “que a relação de direito material mantida entre as partes não se afigura como relação meramente contratual, mas relação jurídica intersubjetiva especial e qualificada porque fundamentada em direito de família”.

Importante consignar que, em decisão monocrática, restou afastado o fundamento esposado pelo juízo de origem de que a relação jurídica entre as partes nos presentes autos é atinente ao direito de família. Isto porque, o contrato de comodato entabulado, por si só, já se mostra suficiente para configurar a relação contratual. A propriedade do imóvel resta comprovada conforme se observa da escritura de compra e venda constante às fls. 72/73 dos autos.

Frise-se, por conseguinte, que tal controvérsia já foi, inclusive, dirimida no Conflito de Competência de nº 0300804.63.2015.805.0256, julgado pelo Desembargador Mário Augusto Albiani Alves Junior, que assim consignou:

“A questão, in casu, é estritamente possessória, adstrita à discussão acerca do esbulho praticado pelo ex-companheiro da requerente e à eventual ilegitimidade da sua posse. É cedo que em ações deste viés o objetivo limita-se à proteção da posse, não sendo cabível discutir a origem do título, nem a propriedade do imóvel”.

Ultrapassada esta premissa, passa-se à análise do pedido liminar em ação de reintegração de posse, em que restou caracterizada que a relação estabelecida entre as partes é de comodato e, por conseguinte, enquadra-se no procedimento regido pelo art. 560 e seguintes do CPC/2015.

Acerca do tema, dispõe o art. 579 do CC/02, que o contrato de comodato, escrito ou verbal, consiste num empréstimo gratuito de coisas não fungíveis, perfazendo-se pela tradição do objeto, exigindo, contudo, a cessão temporária e gratuita do bem infungível.

Sobre a definição do instituto jurídico do comodato, definido pelo dispositivo acima mencionado, ORLANDO GOMES ensina: “Comodato é a cessão gratuita de uma coisa para seu uso com estipulação de que será devolvida em sua individualidade, após algum tempo” (“Contratos”, 12ª ed., Forense, p. 349).

Arnold Wald in “Obrigações e contratos”, 14. Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 347, nos ensina que:

“O comodato consiste na cessão gratuita e temporária de coisa infungível. Pode abranger a cessão de uso e gozo, devendo necessariamente ser gratuita, porque, se onerosa fosse, passaria a ser locação de coisa. É contrato temporário e não transfere a propriedade. A transferência gratuita da propriedade de um bem constitui doação. Só é admissível em relação a bens infungíveis, ou seja, a bens devidamente individualizados e especificados de modo que não se possam confundir com outros, nem ser substituídos por outros, ainda que de valor igual ou superior.”

Nesta senda, consabido que para o deferimento de liminar em ações de reintegração de posse, é necessário que o requerente comprove, cumulativamente, os requisitos previstos no artigo 561 do NCPC: I - a sua posse; II - a turbacão ou o esbulho praticado pelo réu; III - a data da turbacão ou do esbulho; IV - a continuação da posse, embora turbada, na ação de manutenção, ou a perda da posse, na ação de reintegração.

É dizer, ainda, que consubstanciado no art. 562 do NCPC, estando a petição inicial devidamente instruída, o juiz deferirá, sem ouvir o réu, a expedição do mandado liminar de manutenção ou de reintegração, caso contrário, determinará que o autor justifique previamente o alegado, citando-se o réu para comparecer à audiência que for designada.

Pois bem.

Extraí-se dos autos que as partes firmaram contrato de comodato escrito, pelo prazo de 08 anos, iniciando-se em 30 de novembro de 2005 e findando em 31 de novembro de 2012 (fls. 76/77). Após este prazo, sem a entrega voluntária do imóvel, a agravante notificou o agravado para devolução do imóvel, com a efetiva notificação em 13 de março de 2013 (fls. 84/87). Embora devidamente notificado, o agravado insistiu em permanecer no imóvel, ensejando a ação de reintegração de posse no prazo de um ano e dia, que se deu em 10 de março de 2014.

Tem-se que no comodato a posse é transmitida a título provisório, ou seja, o comodatário adquire a posse precária, sendo obrigado a devolvê-lo tão logo o comodante reclame o bem de volta. Esta é a hipótese em apreço, em que a agravante manifestou seu desinteresse na continuidade do contrato com o agravado.

Assim, considerando as questões de direito suscitadas e debatidas como comodato, a resistência do comodatário em restituir a posse do bem ao comodante, notadamente depois de notificado extrajudicialmente, implica no reconhecimento da precariedade possessória, tornando-a injusta e passível de ser repelida pelas medidas possessórias cabíveis, em razão do esbulho pacífico, autorizando a concessão da liminar.

Sobre a questão, já decidiu o Supremo Tribunal de Justiça:

“A recusa do comodatário em restituir a coisa após o término do prazo do comodato, mormente quando notificado extrajudicialmente para tanto, implica em esbulho pacífico decorrente da precariedade da posse, podendo o comodante ser reintegrado na mesma através das ações possessórias” (REsp 302.137/RJ, Rel. Desembargador convocado do TJ/AP HONILDO AMARAL DE MELLO CASTRO, Quarta Turma).

“O comodato gratuito se extingue com a notificação do comodante” (REsp 286.339/RJ, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, Quarta Turma).

Por oportuno:

*Ação de reintegração de posse – Sentença de procedência – Cabimento – Imóvel de propriedade da autora cedido por contrato escrito aos pais adotivos do réu a título de comodato – Falecimento dos comodatários e permanência do réu no imóvel - **Notificação para desocupação do bem - Permanência injusta do réu na posse do imóvel após expirar-se o prazo para desocupação, a caracterizar o esbulho possessório** – Requisitos do art. 927 do CPC e art. 1210 do CC preenchidos, autorizando a reintegração da autora na posse do imóvel – Sentença mantida – Recurso negado. (TJ-SP - APL: 00594740220108260114 SP 0059474-02.2010.8.26.0114, Relator: Francisco Giaquinto, Data de Julgamento: 20/09/2016, 13ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 20/09/2016)

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. CONTRATO DE COMODATO POR PRAZO DETERMINADO. NOTIFICAÇÃO EXTRAJUDICIAL PARA DESOCUPAÇÃO. NÃO ATENDIDA. ESBULHO CARACTERIZADO. POSSE INDIRETA MANTIDA COM O PROPRIETÁRIO. AUTOR QUE COMPROVOU OS REQUISITOS PARA REINTEGRAÇÃO DE POSSE. ART. 927 DO CPC. REINTEGRAÇÃO DE VIDA. SENTENÇA MANTIDA. - Comete esbulho possessório aquele que deixa de restituir imóvel recebido em comodato, por prazo determinado, após ter sido previamente notificado para desocupação do imóvel, o que autoriza a reintegração de posse. Apelação Cível não provida. (TJ-PR - APL: 15199803 PR 1519980-3 (Acórdão), Relator: Pericles Bellusci de Batista Pereira, Data de Julgamento: 08/06/2016, 18ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 1821 16/06/2016)

Possessória – Reintegração de Posse – Contrato de comodato por tempo determinado – Liminar de reintegração de posse deferida – Insurgência dos comodatários contra a concessão da liminar – Inadmissibilidade diante da caracterização do esbulho praticado – Liminar que merece ser mantida - Recurso dos réus improvido. (TJ-SP - AI: 22203220420158260000 SP 2220322-04.2015.8.26.0000, Relator: Thiago de Siqueira, Data de Julgamento: 22/01/2016, 14ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 23/01/2016)

Com tais considerações, uma vez preenchidos os requisitos constantes artigo 311, inciso III, do CPC/2015, impõe-se o deferimento do pedido de concessão da tutela de evidência, porquanto, o agravado, deixando de observar expressa disposição contratual, não devolveu à agravante, quando do fim da relação negocial, o bem imóvel concedido em comodato.

Registre-se, porque oportuno, que as alegações do agravado acerca da natureza do contrato, em que entende que deve aplicado o Decreto Nº 59.566/66, não merecem prosperar. Explica-se.

Conforme já restou comprovado nos autos, o contrato firmado entre as partes é de comodato, ou seja, trata-se de um empréstimo de uso, é contrato unilateral, essencialmente não oneroso, pelo qual uma das partes entrega à outra certa coisa móvel ou imóvel infungível, para que dela disponha em proveito, por período determinado ou não, devendo retorná-la ao comodante, quando findo o prazo do contrato ou ele tenha o seu término.

É o que deflui da definição de CLÓVIS BEVILÁQUA: “... contrato gratuito, pelo qual alguém entrega a outrem alguma coisa infungível, para que dela se utilize, gratuitamente, e a restitua, depois.”

A gratuidade é fator essencial no contrato de comodato, e que, assim como os demais elementos, deve estar presente para a caracterização do contrato como tal, sob pena de configurar contrato de locação, vez que haveria a cessão da coisa, por tempo determinado ou não, para uso e gozo, mediante retribuição (CC 565).

Diferentemente do que quer fazer crer o agravado, não se trata de uma parceria agrícola ou arrendamento rural a ensejar a aplicação do Estatuto da Terra (Lei nº 4.504/64, regulamentada pelo Decreto-lei nº 59.566/66), os quais possuem características diversas da natureza do contrato de comodato.

Ora, além de outras peculiaridades, no arrendamento rural, o arrendador (proprietário ou possuidor) recebe retribuição líquida e certa, na forma de aluguel, sem interferência nem participação nos lucros ou riscos do negócio do arrendatário (art. 3º do Decreto-lei nº 59.566/66). Já na parceria (agrícola, pecuária, agroindustrial e extrativa), aquele que cede o uso do imóvel ao parceiro, participa e divide tanto os resultados como os riscos do empreendimento, nos termos do art. 96, § 1º, da Lei nº 4.504/64.

Dito isto, dúvidas não há de que o contrato firmado entre as partes é gratuito por ser cessão sem qualquer contraprestação financeira.

Diante do exposto, voto no sentido de **DECLARAR PREJUDICADO O AGRAVO INTERNO E DAR PROVIMENTO ao AGRAVO DE INSTRUMENTO** interposto, para determinar a reintegração da agravante na posse do imóvel rural denominado “Fazenda Maravilha”, ante o esbulho possessório demonstrado até decisão definitiva na ação principal.

TJBA – Apelação Cível nº 0074430-22.2011.8.05.0001, Segunda Câmara Cível, Relator(a): Desª. Maria de Fátima Silva Carvalho, julgado em 02/05/2017.

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REVOGAÇÃO DE DOAÇÃO DE BENS IMÓVEIS E MÓVEL COM FUNDAMENTO EM ATÓ DE INGRATIDÃO DO DONATÁRIO. ART. 557, II DO CC/02. OFENSAS VERBAIS E FÍSICAS DESFERIDAS CONTRA OS DOADORES. INGRATIDÃO CONFIGURADA. RETORNO DOS BENS, OBJETO DE CONTRATO DE DOAÇÃO AO PATRIMÔNIO DOS DOADORES. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos da Apelação nº 0074430-22.2011.8.05.0001 da Comarca de Salvador (Ba), tendo como apelante ANNIBAL MIGUEL SANTOS ABREU FILHO e apelado ANNIBAL MIGUEL SANTOS ABREU e ESPÓLIO DE ANA MARIA FERREIRA DA SILVA ABREU.

Acordam os Desembargadores integrantes da Segunda Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça da Bahia, à unanimidade, **CONHECER E DAR PROVIMENTO PARCIAL À APELAÇÃO**, pelas razões alinhadas no voto da Relatora.

RELATÓRIO

O presente recurso de apelação foi interposto por ANNIBAL MIGUEL SANTOS ABREU FILHO contra sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da 10ª Vara Cível e Comercial da Comarca de Salvador (Ba), que nos autos da Ação Revogatória de Bens Móvel e Imóveis pelo Rito Sumário proposta por ANNIBAL MIGUEL SANTOS ABREU e ANA MARIA FERREIRA DA SILVA julgou procedente a ação nos seguintes termos:

“Ante o exposto, e por tudo o mais que dos autos consta, JULGO PROCEDENTE O PEDIDO para DESCONSTITUINDO as doações que tive por existentes, tornar sem qualquer efeito a transferência patrimonial dos bens indicados na inicial para o demandado, eles que devem retornar para o patrimônio dos autores.” (sic. fls. 694).

Adota-se o relatório contido no *decisum* de fls. 685/694, em virtude de refletir satisfatoriamente a realidade dos atos processuais até então realizados.

Ab initio, cumpre-se dizer que o 1º volume destes autos encontra-se completamente desorganizado, o que dificultou o julgamento deste feito. Outrossim, esta relatora optou por não converter o julgamento em diligência, remetendo os autos à secretaria da 10ª Vara Cível e Comercial da Comarca de Salvador (Ba) em homenagem ao princípio da celeridade processual.

O Apelante preliminarmente reitera o agravo retido interposto oralmente em audiência realizada em 05/12/2011 (fls. 203/205).

Afirma, em síntese que seus genitores, ora apelados, ajuizaram Ação com o objetivo de revogar doação de bens móvel e imóveis alegando haver praticado ato de ingratidão contra os doadores.

Assevera que todos os fatos descritos na exordial são absolutamente falsos, não havendo nos autos qualquer prova documental que robusteça a tese de ingratidão dos apelados. Para tanto afirma que os genitores, que teriam sido alvo de agressões verbais e físicas perpetradas pelo apelante, não passaram por exame de corpo de delito, em que pese a realização de perícia no imóvel dos apelados pelo Departamento de Polícia Técnica da Polícia Civil do Estado da Bahia que constatou danos materiais no seu interior. Além disso, informa que cerca de uma semana depois das supostas agressões, a sua falecida mãe fora internada em hospital, por conta do agravamento de sua enfermidade (Mieloma Múltiplo), não se constatando nenhuma lesão corporal pelo corpo médico que lhe prestou atendimento.

Apresentou cópia de e-mail enviado por sua mãe em 19/10/2010, demonstrando que pagou o empréstimo que esta lhe concedera, o que, no seu sentir, desconstrói a tese dos apelados de que se tornou agressivo após os negócios jurídicos celebrados em 2008 (fls. 743).

Sustenta que a sentença vergastada merece reforma porque considerou como doação todos os negócios jurídicos firmados entre as partes, inclusive a Compra e Venda referente ao imóvel de cadastro municipal tombado sob o nº 217.302 e de matrícula imobiliária nº 237 proveniente do 5º Ofício de Registro de Imóveis da Comarca de Salvador (Ba), assim como o veículo Volkswagen Gol inscrito no RENAVAM sob o nº 116965169 de placa policial JSC-8810.

Defende ainda que o prazo decadencial de 1 (um) ano para propor a ação revogatória já havia vencido quando a suposta ingratidão fora praticada.

Alega que o juízo *a quo* beneficiou os apelados que teriam praticado a causa de nulidade ao considerar simulados os negócios jurídicos, o que vedado pela legislação.

Narra que a: *“fundamentação da decisão de se desconstituírem os negócios jurídicos mencionados na petição inicial exclusivamente no depoimento da Sra. ROSA MADALENA FERNANDES DE MONTEIRO OLIVEIRA e Sra. ROZIANE RODRIGUES COSTA ARIANE DA SILVA, empregadas das empresas dos autores, ora apelados, e, portanto, por esse motivo, com a imparcialidade prejudicada, além de não guardarem nenhuma proximidade com os fatos narrados na inicial como caracterizadores da ingratidão para fins de revogação da doação” (...)* (sic. fls. 731).

Informa que em assentada realizada em 18/12/2013 os litigantes cogitaram celebrar acordo que foi reduzido a termo e firmado por todas as partes e advogados (fls. 587/588), restando consignado que: *“as partes reconhecem que os fatos narrados na inicial não tem o potencial de gerar ingratidão a ser alegada futuramente em ação de deserdação (fls. 587)”* (sic. fls. 744). Noticiou ainda que as partes se comprometeram a requerer a homologação da transação na audiência que seria realizada em 14/01/2014, que, todavia, não ocorreu.

Pugna, por fim, pela apreciação do agravo retido, bem como pelo conhecimento deste apelo, para dar-lhe provimento, reformando inteiramente a sentença objurgada, condenando os autores/apelados ao pagamento de 20% de honorários advocatícios sobre o valor atualizado da causa.

Requer alternativamente que ao menos se reforme a sentença no tocante aos bens que foram objeto de Contrato de Compra e Venda.

Por fim, prequestiona as matérias insertas nos arts. 166/168, 555 e 557/559 do CC/02 (fls. 718/745).

Os apelados apresentaram contrarrazões às fls. 748/780.

O presente feito encontra-se em condições de proferir voto, portanto, solicito sua inclusão em pauta. Ressalta-se a possibilidade de sustentação oral, conforme dispõe os artigos 937 do CPC e 187 do RITJ/BA.

É o que importa relatar.

VOTO

Verifica-se que o recurso atende os requisitos de admissibilidade, devendo, pois, ser conhecido.

Ab initio, cumpre julgar o agravo retido interposto oralmente em audiência realizada em 05/12/2011, ainda sob a égide do revogado CPC (fls. 203/204).

Da análise da ata da assentada acima reportada, observa-se que o motivo ensejador da sua interposição reside na concessão de prazo de 5 (cinco) dias para que os autores se manifestassem sobre a contestação, suas preliminares e documentos juntados no supramencionado ato processual, o que, segundo a ótica do agravante/apelante, estaria violando o princípio do devido processo legal.

O regramento e tampouco a doutrina relacionados ao mencionado rito vigente à época não apresentavam qualquer vedação ao deferimento de prazo para que o autor se pronunciasse sobre a defesa, nela incluída preliminares e os documentos então acostados.

A lição do professor Daniel Assumpção Amorim Neves assim pontua:

“Havendo na contestação defesa processual ou de mérito indireta, e/ou a juntada de documentos, caberá a oitiva do autor em réplica ou para se manifestar sobre os documentos, o que em regra, deve ocorrer oralmente na própria audiência, em respeito ao ideal de concentração de atos que vigoram no procedimento sumário. Nesses casos, entretanto, constituirá cerceamento do direito de defesa a exigência de manifestação imediata do autor nos casos mais complexos, nos quais a novidade trazida pelo réu ao processo (**preliminares**, fatos impeditivos, extintivos ou modificativos de direito; **documento**) pode exigir do autor uma reação mais estudada e detalhada. Tudo dependerá do bom senso do juiz no caso concreto, **não se podendo admitir que a concentração de atos processuais afaste o princípio da ampla defesa no caso concreto.**” (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil. 2. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2010, p.257) (Grifos Nossos).

Compulsando os autos, observa-se que a contestação do réu/apelante contém 5 (cinco) preliminares e 231 folhas de documentos, sendo, portanto, razoável a concessão pelo Magistrado de prazo de 5 (cinco) dias para o autor se manifestar.

A violação da isonomia entre as partes e dos princípios do contraditório e da ampla defesa seriam patentes, caso o M.M. Juiz assim entendesse, mormente pelo fato de que ao réu, no antigo Rito Sumário, era concedido prazo mínimo de 10 (dez) dias para responder a ação. Ademais, o tempo despendido entre a análise das preliminares, documentos e o pronunciamento do autor seria demasiado longo, o que inviabilizaria a realização não só da audiência deste feito, como qualquer outra ainda pendente naquele dia.

A jurisprudência também adota este posicionamento:

Agravo de instrumento contra decisão em ação de conhecimento pelo rito sumário em curso entre as partes, concedeu aos Agravados prazo para se manifestar sobre a contestação e documentos apresentados pela Agravante. Ausência de previsão legal de réplica no rito sumário, ante a concentração dos atos processuais a serem praticados em audiência. Concessão de prazo para que a parte autora se manifeste sobre a contestação que é compatível com os princípios do contraditório e da ampla defesa e não ofende o princípio da razoável duração do processo, tanto mais que a Agravante formulou pedido contraposto. Precedentes do TJRJ. Recurso a que se nega seguimento. TJ-RJ - AGRADO DE INSTRUMENTO AI 00603734120138190000 RJ 0060373-41.2013.8.19.0000 (TJ-RJ) (Data de publicação: 28/01/2014)

Nestes termos, CONHEÇO e NEGO PROVIMENTO ao Agravo Retido interposto pelo réu/apelante.

Passo ao exame da questão de fundo do apelo.

Cuida-se na origem de Ação de Revogação de Doação de Bens Móvel e Imóveis, em que figuram como autores os genitores do réu, com fundamento no art. 557 do CC/02. Os bens objeto da lide são os seguintes:

1. 50% (cinquenta por cento) do imóvel tipo casa térrea inscrita no cadastro imobiliário municipal sob o nº 53.892-2, registrada perante o 1º Ofício de Registro de Imóveis da Comarca de Salvador (Ba) sob o nº 29.075 e situada na rua Odilon Santos, travessa Tobias Magalhães, 12, Rio Vermelho, Salvador (Ba), CEP 41.940-350;

2. 25% (vinte e cinco por cento) do imóvel tipo apartamento inscrito no cadastro imobiliário municipal sob o nº 217.302, registrado perante o 5º Ofício de Registro de Imóveis da Comarca de Salvador (Ba) sob o nº 237 e situado na rua Arquimedes Gonçalves, nº 1-A, ed. Cristal, ap. 901, Nazaré, Salvador (Ba), CEP 40.050-300;

3. 50% (cinquenta por cento) de imóvel tipo apartamento inscrito no cadastro imobiliário municipal sob o nº 515-667-0, situado na Rua Sócrates Guanaes Gomes, 44, edf. Ernest Windmer, ap. 1001, Cidade Jardim, Salvador (Ba), CEP 40.296-720;

4. Veículo Volkswagen Gol ano 2009, de RENAVAM nº 116965169, com placa policial JSC-8810;

Cediço em direito que o instituto da doação é espécie de contrato em que uma pessoa, por espontânea vontade, transfere bem ou qualquer tipo de vantagem a outrem, conforme disposição do art. 538 do CC/02, *in verbis*:

Art. 538. Considera-se doação o contrato em que uma pessoa, por liberalidade, transfere do seu patrimônio bens ou vantagens para o de outra.

Trata-se de contrato formal e solene vez que deverá ser feito através de escritura pública ou instrumento particular, embora, excepcionalmente, possa ser de natureza verbal apenas na hipótese de bem móvel e de pequeno valor com sua imediata tradição – art. 541 do CC/02. Não é contrato de natureza real, posto que a transferência do bem não se dará necessariamente com a sua tradição.

O contrato de doação apenas poderá ser revogado quando ocorrer as situações previstas em lei, quais sejam: ingratidão ou inexecução do encargo – art. 555 do CC/02.

Quanto à primeira hipótese, o Código Civil estabelece:

Art. 557. Podem ser revogadas por ingratidão as doações:

- I - se o donatário atentou contra a vida do doador ou cometeu crime de homicídio doloso contra ele;
- II - se cometeu contra ele ofensa física;
- III - se o injuriou gravemente ou o caluniou;
- IV - se, podendo ministrá-los, recusou ao doador os alimentos de que este necessitava;

A doutrina de Caio Mário da Silva Pereira sobre o tema pontua:

“Pode o doador revogar a doação por ingratidão do donatário, tomada à expressão não no seu sentido vulgar, mas em acepção técnica, compreensiva de fatos que traduzam atentado do favorecido contra a integridade física ou moral do doador.

(...)

Tem, pois, esta revogação caráter de pena e somente cabe nos expressos termos da definição legal (Código Civil, arts. 557 e 558)

(...)

Só o fato da agressão física é suficiente para autorizar a revogação. Não exige a lei civil seja o agressor condenado criminalmente.” (PEREIRA. Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil: Contratos. Vol. III. 12. ed. 2. tiragem. – Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 265/267).

Traz-se à baila a jurisprudência abordando a matéria:

APELAÇÃO CÍVEL. REVOGAÇÃO DE DOAÇÃO POR INGRATIDÃO. Ao aceitar a doação, o donatário contrai para com o doador diversas obrigações, a principal delas tem caráter moral e é de natureza jurídica, que consiste na gratidão. Cuida-se de obrigação de não fazer, pois consiste em se abster o donatário da prática de certos atos, como atentar contra a vida do doador ou ameaçá-lo, cometer contra ele ofensas físicas reiteradas ou injuriá-lo, através de ofensas verbais. Também se inserem dentro do contexto aqueles agravos morais por tratamento inadequado, descaso, indiferença e omissão no socorro às necessidades elementares do doador. Tais atos refletem a manifestação de ingratidão e são suficientes à revogação do contrato de doação. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. (APL 00102436120018190002 RIO DE JANEIRO NITEROI 1 VARA CÍVEL, DÉCIMA CÂMARA CÍVEL, Publicado em: 09/03/2004, Relator: FRANCISCO DE ASSIS PESSANHA) APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REVOGAÇÃO – DOAÇÃO PURA E SIMPLES - ATO DE LIBERALIDADE - INVALIDAÇÃO DO ATO JURÍDICO POR INGRATIDÃO - POSSIBILIDADE JURÍDICA ART. 555 DO CÓDIGO CIVIL - CONJUNTO PROBATORIO QUE EVIDENCIA INJÚRIA GRAVE - EXEGESE DO INCISO III DO ART. 557 DO CÓDIGO CIVIL – DOAÇÃO REVOGADA NOS LIMITES DA MEAÇÃO DA DOADORA. Recurso desprovido. RECURSO ADESIVO - ILEGITIMIDADE DOS HERDEIROS - REVOGAÇÃO POR INGRATIDÃO - DIREITO DE PRETENSÃO PERSONALÍSSIMO - ART. 560, DO CÓDIGO CIVIL - UM DOS DOADORES FALECIDOS AO TEMPO DO AJUIZAMENTO DA AÇÃO – REVOGAÇÃO DA DOAÇÃO NO QUE TANGE A MEAÇÃO PERTENCENTE A DOADORA VIVA. Recurso desprovido. (TJ-SC - Apelação Cível AC 546366 SC 2011.054636-6 (TJ-SC, Data de publicação: 27/10/2011) Ação de revogação de doação por ingratidão. Idoso que doa fração ideal do terreno onde mora aos antigos locatários, ficando sob os cuidados deles. Donatários que xingaram o doador de “velho porco, caduco e linguarudo”. Injúria grave configurada. Ação procedente. Recurso desprovido. (TJ-SP- Apelação APL 1045821320078260000 SP 0104582-13.2007.8.26.0000 (TJ-SP), Data de publicação: 06/06/2011)

No caso sob exame, o ato praticado pelo apelante/réu considerado como ingratidão ocorreu em 04/06/2011 quando ao ser questionado pelo seu pai sobre a retirada de determinado eletrodoméstico da residência sem a sua permissão, aquele deu início a acirrada discussão, culminando em agressões físicas contra os genitores, segundo consta nas declarações do apelado/autor no Boletim de Ocorrência lavrado pela 6ª Delegacia de Polícia desta Capital, convertido no Termo Circunstanciado tombado sob o nº 177/2011 (fls. 187/188 e 191/194):

“declara que no dia de hoje se encontrava em sua residência em companhia de sua esposa; que por volta das 21:00h seu filho de nome ANNIBAL MIGUEL SANTOS DE ABREU FILHO que reside com o casal chegou e ao ser reclamado pelo declarante por ter levado sem permissão um aparelho gril **passou a agredir fisicamente o declarante e proferir palavras ofensivas contra a sua genitora mandando que ela fosse “tomar no cú”; tendo repetido essas palavras por várias vezes, deu-lhe um empurrão como também, na sua genitora,** a qual encontrava-se com câncer na medula e que por duas vezes desta semana tomou transfusão de sangue; que ANNIBAL possui um temperamento bastante agressivo e para não sofrer agressões maiores teve o declarante de pedir socorro aos seus dois outros filhos, ALICE MARIA e ALEXANDRE MIGUEL; que Alexandre Miguel veio em seu socorro e se encontrou com ANNIBAL na rua, tomando conhecimento de que eles entraram em vias de fatos e foram conduzidos para esta Unidade; que quando o declarante o ligou pedindo socorro à Alexandre Miguel, Annibal disse ao declarante que esperaria Alexandre Miguel com uma faca lá embaixo; que teme pela sua vida como também pela da sua esposa e do seu filho Alexandre Miguel e gostaria se possível que houvesse uma determinação por parte judicial para que ANNIBAL não retornasse à casa do casal como também na clínica onde ele labora, localizada na Av. Joana Angélica, nº1074.” (...) (sic. fls. 192) (Grifos Nossos).

Da leitura detida dos autos, observa-se que os autores/apelados asseveram que a partir da realização dos negócios jurídicos, objeto deste feito, o réu/apelante passou a agir de maneira agressiva contra seus genitores, tendo como ápice o episódio acima relatado.

De outra banda, o réu/apelante afirma que se tal comportamento dispensado aos seus pais fosse verdade, o direito de revogar as doações estaria decaído, vez que o prazo decadencial para anular a doação por ingratidão do donatário é de 1 (um) ano, segundo previsão do art. 559 do CC/02.

A conduta que levou os apelados ao ajuizamento da Ação de Revogação teve como fundamento os fatos ocorridos em 04/06/2011 e registrados no Boletim de Ocorrência da 6ª Delegacia de Polícia (fls. 191/194).

O art. 557 do CC/02, acima transcrito, traz as situações em que a ingratidão se caracteriza, entre as quais encontra-se a ofensa física ao doador (inciso II), que no caso dos autos ocorreu em 04/06/2011.

Compulsando os autos, constata-se que a ação foi distribuída em 26/07/2011, portanto, há pouco mais de 1 (mês) depois da discussão e ofensas havidas entre as partes, não havendo que se cogitar em decadência do direito de postular a revogação dos bens doados.

O comportamento do apelante deve ser considerado como ato de ingratidão apto a ensejar a revogação das doações celebradas com seus ascendentes. Isto porque, incorreu em agressão física contra os doadores, além de ofendê-los verbalmente e moralmente de forma grotesca, mormente pelo fato da genitora estar acometida de enfermidade gravíssima, com saúde mental e física extremamente fragilizada, tanto que cerca de 2 (dois) meses depois veio a falecer (fls. 53/171 e 517).

O apelante pretendendo vulnerar a ingratidão fez alusão à intenção de acordo entabulado na assentada ocorrida em 18/12/2013, restando consignado que confirmariam os seus termos na audiência designada para 14/01/2014, quando a transação seria submetida ao crivo da homologação pelo juiz *a quo*.

Entretantes, em 07/01/2014 os autores/apelados apresentaram petição informando que não tinham mais interesse na transação (fls. 591/592), retornando o feito por conseguinte, à discussão da revogação dos bens por ato de ingratidão.

A respeito do imóvel tipo apartamento inscrito no cadastro imobiliário municipal sob o nº 515-667-0, situado na Rua Sócrates Guanaes Gomes, 44, edf. Ernest Windmer, ap. 1201, Cidade Jardim, Salvador (Ba), CEP 40.296-720 é incontroverso nestes autos que sua aquisição fora resultado de sub-rogação da doação, anteriormente firmada, do imóvel inscrito no cadastro imobiliário municipal nº 93.449-6, situado na Rua Manoel Marques, nº 145, Federação, nesta Capital (fls. 39/42v).

No tocante ao imóvel situado à Rua Arquimedes Gonçalves, nº 1-A, ed. Cristal, ap 901, Nazaré, Salvador (Ba), inscrito no cadastro imobiliário municipal nº217.302, registrado perante o 5º Ofício de Imóveis da Comarca de Salvador sob o nº 237, verifica-se que ocorreu Compra e Venda de fração de 50% (cinquenta por cento) que pertencia ao apelado Annibal Miguel dos Santos Abreu em favor do apelante e seu irmão (fls. 37/37v e 626/626v), portanto, 25% (vinte e cinco por cento) para cada um.

As declarações em sentido contrário de que, não houve nenhum pagamento realizado por ambos, tendo sido todos bens doados, prestadas pelos signatários de fls. 51, 486/487, quais sejam: Alexandre Miguel Ferreira da Silva Abreu, adquirente e irmão do recorrente; Roziane Rodrigues Costa Ariane da Silva; Alice Maria Abreu Gusmão Soares, irmã dos adquirentes e interveniente anuente; e, Rosa Malena Fernandes Monteiro de Oliveira, somados aos depoimentos em juízo das senhoras Rosa e Roziane (fls. 614/615 e 618/619) não são capazes de invalidar a Escritura Pública lavrada pelo 5º Ofício de Imóveis desta Capital (fls. 37/37v e 626/626v), em razão da fé pública inerente ao cargo de Notário, conforme preceitua o art. 405 do CPC, *in verbis*:

Art. 405. O documento público faz prova não só da sua formação, mas também dos fatos que o escrivão, o chefe de secretaria, o tabelião ou o servidor declarar que ocorreram em sua presença. (Grifos Nossos)

Ademais, consta na lavratura da escritura, que naquele ato foi paga integralmente a importância de R\$ 26.967,70 (vinte e seis mil, novecentos e sessenta e sete reais e setenta centavos) pelos compradores Annibal Miguel Santos Abreu Filho e Alexandre Miguel Ferreira da Silva Abreu (fls. 626v).

Sobre o tema, necessário colacionar a jurisprudência Pátria:

AÇÃO DE ANULAÇÃO DE ESCRITURA PÚBLICA DE COMPRA E VENDA. DOAÇÃO DE ASCENDENTE PARA DESCENDENTE. VALIDADE.

Não há como acolher a pretendida nulidade do pacto de compra e venda celebrado entre os apelados, porquanto não se verifica vício do contrato. De ser trazida à colocação o valor correspondente ao bem doado que foi objeto de alienação, a fim de igualar as legítimas. Apelação desprovida. (Apelação Cível Nº 70055161137, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luís Dall'Agnol, Julgado em 13/11/2013)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE ANULAÇÃO DE TESTAMENTO C/C RESCISÃO DE COMPRA E VENDA E DECLARAÇÃO DE NULIDADE DE ESCRITURA PÚBLICA. PARALISAÇÃO DA OBRA EM IMÓVEL VINCULADO AO TESTAMENTO. ESCRITURA DE COMPRA E VENDA. PRESUNÇÃO DE FÉ PÚBLICA. DECISÃO REVOGADA. 1. Merece reparo a decisão que determinou a paralisação das obras no imóvel adquirido pelos Agravantes, pois a escritura de compra e venda **foi elaborada por Tabelião dotado de fé pública e a teor do artigo 364 do Código de Processo Civil o documento público faz prova não só da sua formação, mas também dos fatos que o escrivão, o tabelião, ou o funcionário declarar que ocorreram em sua presença.** 2. A fé do documento cessa apenas quando for declarada judicialmente a falsidade mediante cognição exauriente, conforme a norma do artigo 387 do Código de Processo Civil. RECURSO PROVIDO. (TJ-PR - AI: 6806544 PR 0680654-4, Relator: Vilma Régia Ramos de Rezende, Data de Julgamento: 20/10/2010, 11ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 504). (Grifos Nossos)

Portanto, trata-se de compra e venda perfeita e acabada.

Com relação ao bem móvel veículo Volkswagen Gol de placa policial JSC-8810, não há prova nos autos de que o recorrente o tenha adquirido por compra. Ao contrário, declararam que este fora objeto de doação, os apelados, e os firmatários dos documentos de fls. 51, 486/488, além dos depoimentos prestados em juízo pelas testemunhas e também declarantes Rosa e Roziane (fls. 616/617 e 619/620), pelo que se verifica que efetivamente fora objeto de doação. Em assim sendo, encontra-se atingido pela ingratidão já analisada.

Ressalte-se que o seguro do mencionado veículo fora pago pelo senhor Alexandre Miguel, irmão do apelante, no ano de 2011, o que fortalece a tese de que o veículo era usado pelos membros da família das partes, conforme se constata às fls. 184/186.

Insurgiu-se o Apelante contra os compromissos conferidos às testemunhas Rosa Malena Fernandes Monteiro de Oliveira e Roziane Rodrigues Costa Ariane da Silva ao argumento de que as mesmas são empregadas da empresa dos apelados.

Compulsando os autos, verifica-se que estas testemunhas foram contraditadas pelo recorrente. Ato contínuo, o juízo de primeiro grau as ouviu e indeferiu a contradita, por não vislumbrar “qualquer atitude de parcialidade” (fls. 614 e 618).

Em não se conformando com a supramencionada decisão, cumpria ao apelante, manejar de imediato recurso próprio. Todavia, quedou-se inerte à respeito, estando, portanto, precluso o direito. Neste caso é oportuna a citação da máxima latina: *dormientibus non succurrit jus* – o direito não socorre aos que dormem.

Nestas condições, concluo que o apelante incorreu na ingratidão prevista no art. 557, II do CC/02, devendo os bens doados ao donatário ingrato retornarem ao patrimônio dos doadores, e aquele outro, objeto de Compra e Venda, permanecerá com o seu adquirente, na forma disposta na Escritura Pública, por ter sido esta considerada válida.

Ante ao exposto, rejeitada a preliminar suscitada, **DOU PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO** para reformar a sentença vergastada, considerando válidos os negócios jurídicos celebrados, determinando o retorno dos seguintes bens ao patrimônio dos doadores:

1. 50% (cinquenta por cento) do imóvel tipo casa térrea inscrita no cadastro imobiliário municipal sob o nº 53.892-2, registrada perante o 1º Ofício de Registro de Imóveis da Comarca de Salvador (Ba) sob o nº 29.075 e situada na rua Odilon Santos, travessa Tobias Magalhães, 12, Rio Vermelho, Salvador (Ba), CEP 41.940-350;

2. 50% (cinquenta por cento) do imóvel tipo apartamento inscrito no cadastro imobiliário municipal sob o nº 515-667-0, situado na Rua Sócrates Guanaes Gomes, 44, edf. Ernest Windmer, ap. 1001, Cidade Jardim, Salvador (Ba), CEP 40.296-720;

3. Veículo Volkswagen Gol ano 2009, de RENAVAM nº 116965169, com placa policial JSC-8810;

A simulação arguida não encontra amparo legal.

O prequestionamento dos arts. 166/168 do Código Civil de 2002 na parte conclusiva do apelo, não merece apreço pois os negócios jurídicos são válidos, não havendo porque se cogitar a simulação tratada na sentença guerreada.

Custas e honorários dispensados por serem as partes beneficiárias da assistência judiciária gratuita.

TJBA – Agravo de Instrumento nº 0017208-26.2016.8.05.0000, Terceira Câmara Cível, Relator(a): Des. José Cícero Landin Neto, julgado em 23/05/2017.

Agravo de Instrumento. Decisão de primeiro grau que determinou a destituição da síndica em exercício, a Sra. Maria Cristina Alves Bassalo, ora Agravante, ao tempo em que nomeou como interventor, para gerir o condomínio até realização de novas eleições – o Sr. Wilson Assis Brandão. Preliminar de nulidade da decisão agravada rejeitada, tendo em vista que não há conexão entre a ação nº 0064438-95.2015.8.05.0001 que se processa na 4ª vara dos Juizados Especiais da Comarca de Salvador e a presente Ação nº 0546178-73.2016.8.05.0001, uma vez que não há identidade de pedido ou causa de pedir. Por sua vez, não há risco de prolação de decisões conflitantes ou contraditórias, não havendo, portanto, a necessidade de reunião das ações para julgamento conjunto e nem se falar em juízo prevento (§3º, art. 55 c/c art. 58, CPC/2015). Mérito. Os agravados sustentam que a agravante tomou atitudes em desconformidade com a lei e a convenção condominial, com edificações em área comum do prédio à revelia de parecer técnico da engenheira responsável, com notificação e multas emitidas pela SUCOM e cobrança de taxas extras aos condôminos. Não obstante o aparente desejo do Julgador de primeiro grau de encaminhar solução para os problemas do condomínio em questão, a r. decisão agravada não pode prevalecer. É que, na forma do artigo 1.349 do Código Civil, a que se ajusta a convenção de condomínio (cópia fls. 176/188, artigo 6º, §5º, e, e), o afastamento do Síndico é ato da Assembleia Geral de Condôminos. Se os condôminos querem afastá-lo (destituí-lo) para outro eleger no lugar, hão de submeter-se ao rito legal e convencional. Não cabe ao Poder Judiciário decidir sobre a destituição do síndico e demais ocupantes da atual gestão, bem como qual pessoa deverá substituí-lo, na medida em que a decisão compete à maioria dos condôminos. A inviabilidade da medida é de ordem legal e se trata de ato interna corporis entre os condôminos, de forma que negar valor a essa deliberação representa anular a vontade da maioria daqueles que efetivamente se encontram interessados na correta administração. Deve portanto, ser prestigiada a deliberação que representa a maioria expressiva dos condôminos em assembleia. Após, será possível o recurso ao Judiciário, quando a decisão for viciada pela falsidade dos motivos declarados. A nulidade do ato será atacada em ação a ser proposta contra o condomínio. Decisão agravada reformada para cancelar a nomeação do

interventor e determinar o retorno da Agravante ao cargo de Síndica, até a realização da devida Assembleia Geral Extraordinária de Condôminos para destituição e eleição de novo síndico se assim desejar a Assembleia Geral. Agravo de Instrumento provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do **Agravo de Instrumento nº 0017208-26.2016.8.05.0000**, em que figura como Agravante **MARIA CRISTINA ALVES BASSALO** e Agravados **CARLOS ANTONIO CABRAL CORDEIRO CALADO, EDILSON CRUZ RODRIGUES, IOLANDA NEGREIROS MENDONÇA, WILSON ASSIS BRANDÃO, HÉLIO LOPES SIMÕES**.

ACORDAM os Desembargadores integrantes da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade, **em dar provimento ao Agravo de Instrumento** e assim o fazem pelos motivos a seguir expostos:

RELATÓRIO

O presente Agravo de Instrumento, com pedido de efeito suspensivo, foi interposto por **MARIA CRISTINA ALVES BASSALO** contra decisão proferida pelo douto Juiz da 1ª Vara Cível e Comercial da Comarca de Salvador que, nos autos da *Ação Ordinária de destituição de síndico com intervenção condominial n.º 0546178-73.2016.8.05.0001*, ajuizada por **CARLOS ANTÔNIO CABRAL CORDEIRO CALADO E OUTROS**, ora agravados, deferiu a tutela provisória de urgência, “*destituindo a síndica em exercício, a Sra. Maria Cristina Alves Bassalo, ao tempo em que nomeio como interventor, para gerir o condomínio até realização de novas eleições – o Sr. Wilson Assis Brandão. (...)*” (fls. 61/64).

Relata que os Agravados ingressaram com a presente Ação Ordinária de destituição de síndico, com intervenção condominial, na qual foi deferido o pedido de tutela de urgência, decisão ora agravada, mas não informaram ao MM. Juiz de primeiro grau que também propuseram ação na 4ª Vara do Sistema dos Juizados Especiais da comarca de Salvador, com a mesma causa de pedir e partes, processo nº 0064438-95.2015.8.05.0001.

Sustenta que há conexão entre as causas e o processo que tramita perante os Juizados Especiais (distribuído em 30/06/2015) é prevento em relação ao processo da Vara Cível (distribuição em 19/07/2016) e que a reunião dos processos é necessária para se evitar decisões contraditórias.

Argumenta que a decisão recorrida é nula pois foi proferida por um juízo incompetente; a necessidade de reforma da decisão liminar agravada no que tange a nomeação de interventor para o condomínio, visto que o condomínio não é parte no processo e os efeitos da decisão/sentença só têm validade entre as partes, não podendo prejudicar terceiros.

Alega que os Autores do processo não representam a maioria dos condôminos; que mais de 30 condôminos, proprietários de unidades autônomas, de um total de 48 unidades autônomas, registram o apoio à agravante e à sua administração; que as obras de construção da laje no playground, das paredes para aumentar a segurança do edifício e de recuperação da cabina do elevador social, dentre outras, possuem natureza de obra útil e foram aprovadas pela maioria de 2/3 dos condôminos (art. 1.341, Código Civil).

Aduz que a execução de obras necessárias não ensejou gastos excessivos e estão em consonância com o Regimento interno/convenção do condomínio e do Código Civil.

Requer seja concedido efeito suspensivo ao presente Agravo de Instrumento, para declarar a nulidade da decisão recorrida, cassando-se seus efeitos por incompetência do juízo, ou subsidiariamente, reformar a decisão, para que seja cancelada a nomeação de interventor ou para reconhecer a prevenção do Juízo da 4ª vara dos Juizados Especiais da comarca de Salvador. Ao final, requer seja dado provimento a este Agravo de Instrumento, confirmando o efeito suspensivo vindicado.

Às fls.149/150, diante das peculiaridades do caso, bem como em razão dos documentos de fls. 65/67 e 68 apontados pelo juízo *a quo*, reservou-se para apreciar o pedido de efeito suspensivo após a oitiva da parte agravada, entendendo, ainda, desnecessárias as informações do juiz.

Os Agravados apresentaram contrarrazões às fls. 154/174 e documentos fls. 176/209, aduzindo a ausência de prevenção do juízo da 4ª vara dos Juizados Especiais; a possibilidade de se nomear um interventor ao condomínio; que os relatos apresentados pelos condôminos não foram espontâneos, mas provocados pela agravante; que a realização de obras em partes comuns depende de aprovação de dois terços dos votos dos condôminos; a irregularidade da obra de construção da laje no playground, que foi embargada e demolida, causando ônus aos condôminos, com multas aplicadas em consequência de inobservância de leis municipais e perda do seguro habitacional. Por fim, pugnam pela improcedência do Agravo de Instrumento, mantendo-se a decisão de primeiro grau que destituiu a agravante do cargo de síndica, mantendo-se o interventor nomeado judicialmente.

VOTO

Inicialmente, rejeita-se a preliminar de nulidade da decisão agravada alegada pela Agravante, tendo em vista que não há conexão entre a ação nº 0064438-95.2015.8.05.0001 que se processa na 4ª vara dos Juizados Especiais da comarca de Salvador e a presente Ação nº 0546178-73.2016.8.05.0001, que tramita no juízo de primeiro grau, uma vez que, nos termos do art. 55, do CPC/2015, não há identidade de pedido ou causa de pedir. Enquanto que no feito nº 0064438-95.2015.8.05.0001 que se processa na 4ª vara dos Juizados Especiais, conforme espelho processual e cópia da inicial anexados, trata de pedido de obrigação de não fazer, com suspensão de obras do condomínio e suspensão da cobrança de taxas condominiais, no presente feito de origem, pleiteia-se a destituição da síndica. Por sua vez, não há risco de prolação de decisões conflitantes ou contraditórias, não havendo, portanto, a necessidade de reunião das ações para julgamento conjunto e nem se falar em juízo prevento (§3º, art. 55 c/c art. 58, CPC/2015).

No mérito, o presente caso trata-se de ação de destituição de síndico e intervenção condominial, com pedido de concessão de tutela de urgência contra a Agravante, atual síndica, de imediata destituição da mesma do cargo, com nomeação de um interventor até que novas eleições sejam convocadas, sob a alegação de que a agravante tomou atitudes em desconformidade com a lei e a convenção condominial, com edificações em área comum do prédio à revelia de parecer técnico da engenheira responsável, havendo notificação e multas emitidas pela SUCOM e cobrança de taxas extras aos condôminos.

O MM. Juízo *a quo*, constatando os requisitos do art. 300 do CPC para concessão da tutela de urgência e considerando a prova documental acostada às fls. 65/67 e 68 que indicam a notificação do embargo da obra pela prefeitura municipal, deferiu o pedido liminar para destituir a síndica em exercício, a Sra. Maria Cristina Alves Bassalo, ao tempo em que nomeou como interventor para gerir o condomínio até a realização de novas intervenções o Sr. Wilson Assis Brandão, ora um dos agravados.

Desse modo, não obstante o aparente desejo do Julgador de primeiro grau de encaminhar solução para os problemas do condomínio em questão, a r. decisão agravada não pode prevalecer.

É que, na forma do artigo 1.349 do Código Civil, a que se ajusta a convenção de condomínio (cópia fls. 176/188, artigo 6º, §5º, e, e), o afastamento do Síndico é ato da Assembleia Geral de Condôminos. *In verbis*:

Código Civil. Art. 1.349. *A assembleia, especialmente convocada para o fim estabelecido no § 2º do artigo antecedente, poderá, pelo voto da maioria absoluta de seus membros, destituir o síndico que praticar irregularidades, não prestar contas, ou não administrar convenientemente o condomínio.*

Convenção do Condomínio Edifício Rio das Pedras. Art. 6º, §5º. *Compete à Assembleia Geral Extraordinária: (...) e) destituir o Síndico, a qualquer condômino; e) destituir o Síndico, a qualquer tempo, independentemente de justificação e sem indenização.*

Se os condôminos querem afastá-lo (destituí-lo) para outro eleger no lugar, hão de submeter-se ao rito legal e convencional, em vez de postularem diretamente a intervenção judicial para esse fim.

Não cabe ao Poder Judiciário decidir sobre a destituição do síndico e demais ocupantes da atual gestão, bem como qual pessoa deverá substituí-lo, na medida em que a decisão compete à maioria dos condôminos.

A inviabilidade da medida é de ordem legal e se trata de ato *interna corporis* entre os condôminos, de forma que negar valor a essa deliberação representa anular a vontade da maioria daqueles que efetivamente se encontram interessados na correta administração.

Deve, portanto, ser prestigiada a deliberação que representa a maioria expressiva dos condôminos em assembleia. Após, será possível o recurso ao Judiciário, quando a decisão for viciada pela falsidade dos motivos declarados. A nulidade do ato será atacada em ação a ser proposta contra o condomínio.

Nesse sentido, transcreve-se a doutrina dos professores Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald:

“O Síndico deverá manter a confiança que lhe fora depositada pelo condomínio. A sua destituição a qualquer tempo será consequência de deliberação da maioria absoluta – metade mais um – dos membros da assembleia extraordinária (art. 1.349 do CC). A perda do mandato não será ad nutum, a destituição será motivada, decorrendo de três condutas alternativas: prática de irregularidades; recusa à prestação de contas e administração inconveniente do condomínio. Neste último caso, há um indesejável espectro de subjetividade, que poderá dispensar a motivação por parte dos condôminos. Apesar de caráter de decisão interna corporis, será possível o recurso ao Judiciário, quando a decisão for viciada pela falsidade dos motivos declarados. A nulidade do ato será atacada em ação a ser proposta contra o condomínio.” (in Curso de Direito Civil, Reais, 9ª edição, 2013, Editora Podivm, pag. 755.)

Diante do exposto, **dá-se provimento ao presente Agravo de Instrumento**, para reformar a decisão agravada, cancelar a nomeação do interventor e determinar o retorno da Agravante ao cargo de Síndica, até a realização da devida Assembleia Geral Extraordinária de Condôminos para destituição e eleição de novo síndico.

TJBA – Apelação Cível nº 0000183-12.2007.8.05.0001, Terceira Câmara Cível, Relator(a): Des. Moacyr Montenegro Souto, julgado em 11/04/2017.

APELAÇÃO CÍVEL. PRELIMINAR. NULIDADE DA SENTENÇA. REJEITADA. AÇÃO INDENIZATÓRIA. ERRO MÉDICO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO HOSPITAL. HIPERIDROSE AXILAR. PROCEDIMENTO DE SIMPATECTOMIA TORÁCICA BILATERAL. ADEQUAÇÃO DO DIAGNÓSTICO À TERAPIA APLICADA. INEXISTÊNCIA DE IMPERÍCIA. EFEITO ADVERSO DA SUDORESE COMPENSATÓRIA SEVERA RELATADO NA LITERATURA MÉDICA. NEGLIGÊNCIA NO PRÉ-OPERATÓRIO. AUSÊNCIA DE CONSENTIMENTO INFORMADO. OFENSA AO DIREITO À INFORMAÇÃO. DANO MORAL CONFIGURADO. DANOS EMERGENTES E LUCROS CESSANTES NÃO COMPROVADOS. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA. APELO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Não há nulidade da sentença em decorrência do não deferimento do pedido de inversão do ônus da prova, pois, nos termos do Código de Defesa do Consumidor, a inversão não é obrigatória, devendo ser observados os requisitos elencados no artigo 6º, VIII da Lei 8.078/90.

2. Não subsiste a imperícia e o consequente erro médico, decorrente do isolamento dos ramos comunicantes em níveis T2 a T4 dos gânglios da cadeia simpática (simpatectomia seletiva), pois a referida conduta revelava-se, ao tempo do procedimento, como a mais moderna, adequada e eficaz para solucionar a hiperidrose axilar, havendo constatações, na literatura médica, acerca da possibilidade de efeitos adversos, tais como sudorese compensatória severa.
3. Constitui negligência do médico e do estabelecimento hospitalar a ausência de informação ao paciente acerca dos riscos inerentes ao procedimento cirúrgico, sobretudo em se tratando de uma cirurgia eletiva, além da falta de obtenção de consentimento informado, nos termos do Código de Defesa do Consumidor e do Código de Ética Médica.
4. Configura-se o dano moral indenizável em favor do paciente acometido por efeitos adversos causados por um procedimento cirúrgico, sem que lhe fosse informado previamente acerca da probabilidade de sucesso e consequências da cirurgia.
5. Comprovado o forte abalo psíquico da vítima, com repercussão na sua esfera social, por não suportar conviver com a sudorese compensatória severa que o acometeu, e suas demais consequências, culminando inclusive em pensamentos suicidas, configuram-se o dano moral e a obrigação de indenizar.
6. Afasta-se a condenação ao pagamento de dano material a título de danos emergentes e lucros cessantes, ante a ausência do nexo causal entre os dissabores profissionais experimentados e a conduta médica descrita. **APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação n.º 0000183-12.2007.8.05.0001, em que figuram como apelante **Bruno Ribeiro Mendes** e como apelados **Monte Tabor - Centro Ítalo-brasileiro de Promoção Sanitária e Leandro Públio da Silva Leite**.

ACORDAM os Desembargadores integrantes da Turma Julgadora da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Bahia em **REJEITAR A PRELIMINAR E DAR PROVIMENTO PARCIAL AO APELO**, nos termos do relatório e voto do Relator:

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação interposta por **Bruno Ribeiro Mendes** em face do **Monte Tabor / Hospital São Rafael – Centro Ítalo Brasileiro de Promoção Sanitária e Leandro Públio da Silva Leite**, com o objetivo de reformar a sentença de fls. 674/679, integrada pela decisão de fls. 693, que rejeitou os Embargos de Declaração opostos, julgando improcedente a Ação Indenizatória em trâmite na 17ª Vara das Relações de Consumo de Salvador, e condenando o autor ao pagamento de custas, despesas processuais e honorários de sucumbência no percentual de 10% sobre o valor da causa, suspendendo a exigibilidade das verbas em razão do deferimento de assistência judiciária (fls.76).

Adoto o relatório da sentença recorrida acrescentando que, irrisignado, o autor apelou às fls. 698/734, arguindo em preliminar a nulidade da sentença por ofensa ao devido processo legal, ampla defesa e contraditório, ante a ausência de inversão do ônus da prova e, no mérito, argumentou, em suma, que a sentença se ateve apenas à análise do erro médico decorrente da não aplicação da técnica devida, sem considerar o laudo pericial e os depoimentos acerca desse particular, uma vez que foi vítima de erro médico após ter se submetido ao procedimento de simpatectomia torácica bilateral para curar-se de hiperidrose axilar, realizado no Hospital demandado pelo segundo apelado e, após o procedimento, cessou o problema de sudorese nas axilas, mas passou a sofrer com sudorese compensatória severa em outras partes do corpo, bem como a ter problemas com termorregulação, superaquecimento externo, fadiga, redução da libido, confusão mental, irritabilidade e problemas urinários, além de outros sintomas. Afirmou que foi morar nos EUA em busca de clima mais frio e também para realizar procedimento cirúrgico de

reversão da simpatectomia, sem sucesso em razão do erro ocorrido na cirurgia anterior, onde foi seccionada parte demasiadamente grande do nervo simpático, níveis T2, T3 e T4. Sustentou, ainda, que o médico, 2º apelado, não comunicou ao autor quanto aos riscos e as consequências da realização do procedimento, nem informou que existiam outros tratamentos terapêuticos para aquela patologia, realizando um inadequado atendimento pré e pós-operatório. Entendeu, também, que evidenciava-se o erro médico ante a secção dos níveis T2 a T4 da cadeia simpática, sendo que o primeiro não tem relação com a sudorese axilar e sua supressão gerou maior índice de sudorese compensatória. Sustentou que, embora tenha formação acadêmica para exercer funções mais elevadas, laborou por anos em subempregos, em razão da fragilidade de sua situação de saúde. Por fim, pleiteou o provimento do recurso para que fossem julgados procedentes os pedidos de indenização por danos morais, danos emergentes e danos materiais a título de lucros cessantes, a serem arbitrados e calculados com base na diferença entre a média da remuneração que o apelante recebeu até a data do apelo e o quanto recebe atualmente um representante da indústria farmacêutica, a ser apurado mediante incidência da diferença multiplicada pelo número de meses contados a partir do mês da cirurgia até 74 anos de idade, expectativa médica de vida do brasileiro, tudo devidamente corrigido e acrescido de juros legais.

Contrarrazões apresentadas pelo 1º apelado às fls. 737/761, rechaçando os argumentos do recurso, pugnando ao final pelo improvimento do Apelo e manutenção da sentença em todos os seus termos.

Sem contrarrazões do 2º apelado, consoante certificado à fl. 767.

Recurso próprio, tempestivo e dispensado o preparo, ante a concessão da gratuidade da justiça.

Conclusos os autos, elaborei o presente relatório e solicitei inclusão em pauta para julgamento, na forma do artigo 931 do CPC/2015 c/c 173, §1º do RITJBA, salientando a existência do direito à sustentação oral.

VOTO

Como visto, pretende o apelante reverter a sentença de improcedência de fls. 674/679, prolatada pelo Juízo da 17ª Vara das Relações de Consumo da Comarca de Salvador, com o objetivo de ser indenizado pelo Hospital e pelo profissional médico responsável pelo procedimento cirúrgico a que se submeteu, por danos morais e materiais, que afirma ter sofrido em razão de erro médico ocorrido em procedimento realizado para redução de sudorese excessiva, denominado simpatectomia torácica bilateral, resultando em sudorese compensatória severa em outras partes do corpo, bem como o surgimento de problemas como termorregulação, superaquecimento externo, dentre outros efeitos adversos.

Prefacialmente, cumpre a apreciação da preliminar de nulidade da sentença, invocada pelo apelante, por ofensa ao devido processo legal, ampla defesa e contraditório, ante o não deferimento do pedido de inversão do ônus da prova pelo Magistrado singular. A referida preliminar não merece prosperar, pois, nos termos da legislação vigente, inclusive do Código de Defesa do Consumidor, a inversão do ônus da prova não é obrigatória, devendo ser observados os requisitos elencados no artigo 6º, VIII da Lei 8.078/90:

“Art. 6º. São direitos básicos do consumidor:(...)

VIII – a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência. (...)”

No que toca à hipossuficiência, não se trata apenas de verificar o cunho econômico da questão, mas também, analisar o conhecimento de normas técnicas e de informações por parte do consumidor, que denote a possibilidade/impossibilidade de produção das provas necessárias. No caso sob comento, entendeu o Juízo de origem pela desnecessidade da inversão do ônus da prova acertadamente, uma vez que não houve qualquer empecilho à produção da prova por ambas as

partes e o autor/apelante mostrou-se amplamente informado sobre o procedimento realizado, não havendo óbices à juntada de relatórios, documentos e artigos científicos, de modo a evidenciar o direito por ele invocado. Além disso, não foi demonstrado qualquer prejuízo experimentado pelo recorrente em decorrência da ausência de inversão do ônus da prova, e neste sentido é pacífico o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, posto que não se decreta nulidade processual se dela não resultar prejuízo àquele que a invoca. Ilustra-se:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. PRELIMINAR DE NULIDADE DE JULGAMENTO. PROCESSO JULGADO ANTERIORMENTE À VIGÊNCIA DO NOVO CPC. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL OU REGIMENTAL DE INTIMAÇÃO PARA JULGAMENTO DO AGRAVO REGIMENTAL. NÃO DEMONSTRAÇÃO DO PREJUÍZO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. ART. 283 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. PRELIMINAR DE NULIDADE DE JULGAMENTO REJEITADA. OMISSÃO. AUSÊNCIA DE VÍCIO.

I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. Assim sendo, *in casu*, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015.

II - Em relação à preliminar de nulidade de julgamento, insta ressaltar que a publicação das pautas de julgamento dos Agravos interpostos em face de decisões monocráticas é aplicável aos processos julgados sob o regime do Código de Processo Civil de 2015, hipótese diversa a dos autos, em que o julgamento do Agravo Regimental ocorreu em 15.12.2015, período anterior à vigência do Novo CPC.

III - O Código de Processo Civil, reproduzindo anterior determinação do diploma processual, contempla a regra oriunda do direito francês do *pas de nullité sans grief* (art. 283 do CPC/15), segundo a qual não se decreta a nulidade do ato se dela não resultar prejuízo para as partes. Nessa esteira, ressalto que esta Corte e o STF possuem jurisprudência pacífica sobre a necessidade de demonstração do efetivo prejuízo para que se possa decretar nulidade de julgamento.

IV - A fundamentação adotada no acórdão é suficiente para respaldar a conclusão alcançada, pelo quê ausente pressuposto a ensejar a oposição de embargos de declaração.

V - Preliminar de nulidade e Embargos de declaração rejeitados. (STJ - EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 1377449/ES, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 25/10/2016, DJe 10/11/2016)

Ante o exposto, voto no sentido de rejeitar a preliminar suscitada.

No mérito, parcial razão assiste ao apelante, consoante se passa a demonstrar.

O autor traz sua causa de pedir calcada em suposta negligência e imperícia médica ocorrida em procedimento cirúrgico para o tratamento de hiperidrose axilar.

Relatou que foi vítima de erro médico, pois, após o procedimento, cessou o problema de sudorese nas axilas, mas passou a sofrer com sudorese compensatória severa em outras partes do corpo, além de problemas como termorregulação, superaquecimento externo, fadiga, redução da libido, confusão mental, irritabilidade e problemas urinários, entre outros sintomas.

Consta que a responsabilidade civil invocada na petição inicial, a ensejar a reparação por danos morais e materiais, abrange dois fatos ali especificados: a ausência de informação acerca do procedimento cirúrgico realizado e dos riscos a ele inerentes (suposta negligência médica), bem como o erro médico em decorrência do referido procedimento, realizado nas dependências do hospital, primeiro réu (suposta imperícia médica).

Tal como declarado pela sentença recorrida, não subsiste a imperícia narrada na exordial e o consequente erro médico, decorrentes do isolamento dos ramos comunicantes em níveis T2 a T4 dos gânglios da cadeia simpática (simpatectomia seletiva) pois, nos termos dos depoimentos colhidos em audiência e do laudo pericial apresentado pelo perito do Juízo, a referida conduta revelava-se, ao tempo do procedimento, como a mais moderna, adequada e eficaz para solucionar o problema de saúde do autor, não tendo ocorrido qualquer equívoco na escolha do procedimen-

to ou em sua realização, pois relatada nos autos a normalidade do pós-operatório, com alta do paciente no dia subsequente à cirurgia (fls. 24/25). Do laudo pericial de fls. 395/432, extrai-se:

“4) Queira o Sr. Perito responder, pelo que consta do prontuário médico do paciente e de todos os relatórios médicos dos autos, inclusive os relativos à segunda cirurgia realizada nos Estados Unidos, quais os códigos de nervos da cadeia simpática foram interrompidos no caso do Autor, T1 e/ou T2 e/ou T3 e/ou T4?”

R – Consta nos Autos à folha 90 que o Hospital São Rafael e a sua equipe cirúrgica inovaram, desde então, realizando, inclusive no Autor, o que se convencionou denominar Simpatectomia seletiva, que vem a ser o isolamento somente dos ramos comunicantes em níveis T2 a T4 dos gânglios da cadeia simpática, preservando-se o tronco da cadeia referida, assim porque os estudos científicos revelaram significativa redução no percentual de ocorrência da Sudorese Compensatória nesse tipo de intervenção. Nota-se que, nesta técnica destaca-se a seletividade da Simpatectomia como medida de redução da possibilidade de Sudorese Compensatória. E no relato do Dr. Rafael Reisfeld, ele diz que a Simpatectomia realizada no Brasil, Bahia, no ano de 2001, não se limitou apenas ao nível T2 conforme dito pelo Autor, e sim tinha havido coagulação também em nível de T3 e T4. Nos prontuários não consta os códigos de nervos diz apenas que foi realizada Simpatectomia torácica bilateral, superior seletiva por vídeo – COD – AMB / HSR – 39.06.004 – 7 e 39.06.004 – 7.

(...)

2) É correto afirmar terem sido corretos o diagnóstico e a terapêutica indicada e aplicada à luz da literatura médica?

R – Sim, na minha ótica e após várias pesquisas em publicações científicas acostadas aos Autos assim como documentos outros também dos Autos, e várias pesquisas mais o prontuário médico foram corretos o diagnóstico e a escolha da técnica do procedimento, o que implica em sectionar menor número de nervos.

(...)

6) No caso em concreto, houve erro médico na atuação dos profissionais ou defeito na prestação do serviço do Hospital, à luz do prontuário médico?

R – Não.

(...)

7) A atuação médica agravou, do ponto de vista científico, a situação clínica do paciente?

R – Não, pois como é sabido existe a possibilidade de aparecimento de sudorese compensatória, que pode ser em três graus – leve, moderada ou grave cada uma com o seu percentual de possibilidade.

9) A cirurgia era indicada, a despeito da possibilidade de efeito colateral?

R – Sim.

10) Antes da cirurgia o paciente já apresentava Hiperhidrose?

R – Sim.

11) É possível afirmar, sem sombras de dúvidas, que o dano alegado pelo Autor decorre diretamente da prática médica desenvolvida no Hospital São Rafael, sem a qual não teria ocorrido?

R – Não, pois como sabemos em cirurgia de Simpatectomia existe a possibilidade de efeito colateral, qual seja sudorese compensatória em vários graus – leve, moderada ou severa, independente da vontade, atuação da equipe de profissionais cirurgiões e da prestação do serviço pela instituição – Hospital”.

Em verdade, da leitura dos autos se infere que a técnica utilizada pelo médico apelado era nova ao tempo do procedimento (2001), tendo havido uma nítida evolução do conhecimento acerca do tema até a data da prolação da sentença (2015), que inclusive interferiu na tese do erro médico defendida pelo próprio autor/apelante, sendo incompatíveis entre si o argumento lançado na petição inicial (fl. 06), no ano de 2006, e o argumento constante nas razões finais (fl. 543), no ano de 2014.

Da leitura da exordial se observa que o suposto erro médico teria decorrido da intervenção nos ramos comunicantes nos níveis T3 e T4 dos gânglios da cadeia simpática, uma vez que o procedimento deveria se limitar ao isolamento do nível T2. Transcreve-se:

“O relatório de reversão cirúrgica comprova ainda de forma clara que a simpatectomia realizada pelo 2º réu não se limitou apenas ao nível T2, mas tinha havido coagulação também a nível T3 e

T4”. Veja Exa., que o Dr. Rafael Reisfeld, maior autoridade do mundo na área de sudorese ‘arrisca’ um palpite sobre o motivo para a disfunção simpática do autor:

“Contrastando com o que o paciente me havia dito sobre o nível T2 apenas, descobri que havia sinais de coagulação a nível 2, 3 e 4. Na verdade, o segmento que estava faltando era bem grande e também acho que a razão para sua disfunção simpática era que grande quantidade de tecido cicatrizado foi encontrado lateral e medial ao nervo e isso provavelmente causou algum dano às outras fibras simpáticas resultando nesta disfunção simpática.” (fls. 06/07)

Já em sede de Razões Finais, o apelante altera o seu argumento, defendendo que o erro médico consubstanciou-se na intervenção no nervo simpático no nível T2:

“Mas não é só, também os demais médicos que testemunharam no processo foram unânimes ao informar que a secção do nervo simpático ao nível T2 implica em maior índice de sudorese (ou hiperhidrose) compensatória e que é errado a secção do nível T2 para tratamento da hiperhidrose axilar, justamente a que Bruno sofria.” (fl. 543)

Neste sentido, com o decorrer da instrução e do tempo, observou-se que a conduta que tinha sido pautada como equivocada pela petição inicial (intervenção nos níveis T3 e T4) foi o que proporcionou ao autor/apelante o fim da sudorese axilar, sendo impossível atribuir à conduta médica o efeito adverso verificado, qual seja a sudorese compensatória severa. O que se observa é que os efeitos verificados após o procedimento cirúrgico integram os riscos da cirurgia já relatados pela literatura médica em um percentual considerável de pacientes que se submetem ao procedimento, não havendo falar-se, pois, em erro médico proveniente da conduta dos apelados.

Há entendimento doutrinário e jurisprudencial no sentido de que o serviço prestado pelo médico, em regra, é uma obrigação de meio e não de resultado, devendo o profissional valer-se de toda a técnica disponível para o tratamento do paciente, não podendo, contudo, garantir a cura ou o resultado esperado pelo paciente, pois o desfecho de cada caso clínico depende de diversos fatores.

No entanto, apesar de inexistirem a imperícia invocada e o erro médico narrado na exordial, verifica-se nos autos a responsabilidade civil dos apelados em decorrência da negligência observada no pré-operatório, por violação ao direito de informação do paciente.

Consoante constatou o laudo pericial, não há prova nos autos de que houve o esclarecimento ao paciente acerca dos riscos e consequências da cirurgia (termo de anuência e responsabilidade), de modo a assegurar que o mesmo estava ciente sobre o procedimento a ser realizado, as probabilidades de êxito e os efeitos adversos que poderiam decorrer da intervenção. Cuida-se, portanto, de providência a ser adotada pelo médico responsável pela cirurgia. Transcreve-se:

“6) Queira o Sr. Perito esclarecer se consta dos autos, especialmente por documento específico firmado pelo Autor, se houve por parte dos Réus, ANTES DA REALIZAÇÃO DA CIRURGIA, os esclarecimentos suficientes, especialmente sobre efetivos e possíveis consequências da cirurgia, também quanto aos riscos da cirurgia e a possibilidade de ocorrência da Sudorese compensatória?”

R – Não, e isto, não é a regra, existindo instituições de saúde que adotam, contudo, eu acho que todas as instituições de saúde deveriam fazer constar no prontuário de cada paciente um documento assinado pelo mesmo ou seu responsável (termo de anuência e responsabilidade), dizendo que está plenamente consciente dos riscos e benefícios que irá correr como resultado de um determinado procedimento cirúrgico ou não, e está de acordo, agora no caso específico do Autor não há nenhum documento firmado pelo mesmo nos Autos, dizendo que foi orientado (esclarecido) suficientemente com detalhes, sobre efeitos e possíveis consequências da cirurgia, seus riscos e possibilidade de ocorrer a Sudorese compensatória. Contudo, no parecer prolatado pelo médico do Dr. Edvaldo Fabel, o mesmo diz que na inquirição do Dr. Leandro Publio Leite, o mesmo disse que informou o paciente detalhadamente sobre todos os aspectos do procedimento cirúrgico, que apesar das altas taxas de satisfação com o procedimento havia a possibilidade de efeitos colaterais, sobretudo a Sudorese Compensatória e que não poderia prever qual paciente teria este problema ou a sua intensidade. O paciente decidiu, após informado, em submeter-se ao procedimento, pretendendo êxito similar ao da amiga que houvera realizado idêntica intervenção no mesmo hospital.

7) Queira o Sr. Perito informar se consta dos autos comprovação de que foi esclarecido ao Autor que em 70% - setenta por cento – dos casos de cirurgia de Simpatetomia haverá Sudorese Compensatória leve a moderada e que em 5% dos casos ela pode ser severa, existindo nesta hipótese arrependimento grave do paciente na absoluta maioria dos casos?

R – Não consta nos Autos comprovação de que o Autor foi esclarecido de que 70% dos casos de cirurgia de Simpatetomia haverá Sudorese Compensatória leve a moderada e que em 5% dos casos esta Sudorese pode ser severa, contudo, no parecer prolatado pelo médico Dr. Edvaldo Fabel, o mesmo diz que na inquirição do Dr. Leandro Publio Leite, este assegurou que informou o paciente detalhadamente sobre todos os aspectos do procedimento cirúrgico, que apesar das altas taxas de satisfação com o procedimento havia a possibilidade de efeito colaterais, sobretudo a Sudorese Compensatória e que não poderia prever qual paciente teria este problema ou a sua intensidade. O paciente decidiu, após informado, em submeter-se ao procedimento, pretendendo êxito similar ao de amiga que houvera realizado idêntica intervenção no mesmo hospital, apenas não quantificou em percentual.

(...)

7) Ainda à luz do prontuário médico, é correto afirmar que o paciente foi devidamente informado acerca da possibilidade do surgimento da sudorese compensatória? (sic)

R – Impossível fazer tal afirmação, devido à ausência de dados no prontuário médico ou em outro documento acostado aos Autos.” (grifos nossos)

O direito à informação está inserido dentre os direitos básicos do consumidor (art. 6º, III, do CDC), com a finalidade de dotar o paciente de elementos objetivos de realidade que lhe permitam dar ou não o seu consentimento. O referido direito também encontra expressa previsão no artigo 59 do Código de Ética Médica:

(CDC) Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

III – **a informação adequada e clara** sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, **bem como sobre os riscos que apresentem** (grifos nossos)

(Código de Ética Médica) É vedado ao médico:

Artigo 31 – Desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte.

(...)

Artigo 34 – Deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa lhe provocar dano, devendo, nesse caso, fazer a comunicação a seu responsável legal.

Dispõe, ainda, o Código de Ética Médica, em seu Capítulo IV, que está vedado ao médico:

Art. 22. Deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte.

Assim, com exceção à cirurgia de emergência, todos os demais procedimentos cirúrgicos devem contar com o conhecimento e consentimento do paciente, cabendo ao médico responsável e ao hospital ou clínica tal providência, sob pena de incorrer em negligência indenizável, em caso de insucesso da intervenção médica, sobretudo em se tratando de uma cirurgia invasiva e eletiva. Nesta mesma direção:

CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. CIRURGIA PLÁSTICA. DANO MORAL. O médico que deixa de informar o paciente acerca dos riscos da cirurgia incorre em negligência, e responde civilmente pelos danos resultantes da operação. Agravo regimental não provido. (STJ - AgRg no Ag 818.144/SP. Julgado em 09/10/2007. Rel. Ministro Ari Pargendler.)

RESPONSABILIDADE CIVIL. Médico. Consentimento informado. A despreocupação do facultativo em obter do paciente seu consentimento informado pode significar - nos casos mais graves - negligência no exercício profissional. As exigências do princípio do consentimento informado devem ser atendidas com maior zelo na medida em que aumenta o

risco, ou o dano. Recurso conhecido. (STJ - REsp 436827/SP. Julgado 01/10/2002 Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar)

“INTERVENÇÃO CIRÚRGICA. CONSENTIMENTO INFORMADO INOBSERVÂNCIA DO ART. 15 CC/02. PRECEDENTES. DANO MATERIAL. PERDA DA CHANCE. DANO MORAL CONFIGURADO. O paciente deve participar na escolha e discussão acerca do melhor tratamento tendo em vista os atos de intervenção sobre o seu corpo. Necessidade de informações claras e precisas sobre eventual tratamento médico, salientando seus riscos e contraindicações, para que o próprio paciente possa decidir, conscientemente, manifestando seu interesse através do consentimento informado. No Brasil, o Código de Ética Médica há muito já previu a exigência do consentimento informado *ex vi* arts. 46, 56 e 59 do atual. O CC/02 acompanhou a tendência mundial e positivou o consentimento informado no seu art.15. A falta injustificada de informação ocasiona quebra de dever jurídico, evidenciando a negligência e, como consequência, o médico ou a entidade passa a responder pelos riscos da cirurgia não informados ao paciente. A necessidade do consentimento informado só poderá ser afastada em hipótese denominada pela doutrina como privilégio terapêutico, não ocorrentes no presente caso. (STJ - REsp 1035346. Publicação em 24.03.2008. Relator Ministro Francisco Falcão)

Como afirma SÉRGIO CAVALIERI FILHO: “*só o consentimento informado pode afastar a responsabilidade médica pelos riscos inerentes à sua atividade. O ônus da prova quanto ao cumprimento do dever de informar caberá sempre ao médico ou hospital*”. (Programa de Responsabilidade Civil. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 378).

Para MIGUEL KFOURI NETO: “(...) quando a intervenção médica é correta – e não se informou adequadamente – a questão se torna crucial. Poderá haver responsabilização pela falta ou deficiência no cumprimento do dever de informar, ainda, que não se possa provar claramente ter havido culpa no descumprimento da obrigação principal” (op. cit. p. 41). E prossegue: “O ônus de provar a obtenção do consentimento informado cabe ao médico. Tal prova, preferentemente, deve ser escrita, revestir forma documental” (Responsabilidade Civil do Médico, 6ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 42).

Configurada a ação culposa praticada pelos recorridos, e havendo nexo de causalidade entre esta e o abalo moral sofrido pela vítima, surge, então, a obrigação de indenizar.

Como bem explica SÉRGIO CAVALIERI FILHO, “(...) só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia-a-dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. Se assim não se entender, acabaremos por banalizar o dano moral, ensejando ações judiciais em busca de indenizações pelos mais triviais aborrecimentos.” (Programa de Responsabilidade Civil. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 78)

No caso em comento, é inafastável o dano moral experimentado pela vítima, que foi acometida por efeitos colaterais graves e adversos de um procedimento cirúrgico, sem que lhe fosse informado acerca dos riscos e prováveis consequências, vindo a sofrer forte abalo psíquico, com repercussão na sua esfera social, estando, inclusive, registrado nos autos que, por diversas vezes, pensou em retirar a própria vida, por não suportar conviver com a sudorese compensatória severa e outros efeitos adversos sérios (fls. 622/623).

Frise-se que a conduta culposa, na modalidade negligência, que culmina em dano moral à parte, decorre única e exclusivamente da ausência de informação ao paciente, anterior à cirurgia, uma vez que os efeitos adversos são previstos pela literatura médica, e suportados por grande parte daqueles que se submetem àquele procedimento. No entanto, o fato de o autor/recorrente não ter assumido o ônus que poderia advir da cirurgia é o que autoriza a condenação à verba indenizatória, que deve ser fixada no valor de R\$ 100.000,00, devendo o Hospital demandado arcar com 70% deste valor e o médico apelado com o restante de 30%, considerando as circunstâncias pessoais dos apelados – um médico e uma empresa hospitalar – a extensão do dano experimen-

tado, bem como o intuito educativo da condenação. *In casu*, atribui-se uma maior responsabilidade ao hospital, pessoa jurídica de grande porte e reconhecimento no âmbito do Estado da Bahia, responsável pela fixação das normas de condutas e protocolos a serem adotados por seus profissionais de saúde, visando assegurar os direitos basilares dos pacientes e afastar a prática de condutas negligentes, imprudentes ou imperitas. No entanto, não se afasta a responsabilidade do profissional de saúde, que apesar de possuir farta experiência em cirurgia torácica, comprovada nos autos, pecou ao deixar de informar adequadamente ao seu paciente sobre os riscos e possíveis consequências da cirurgia, deixando de colher o seu consentimento informado.

Quanto ao pleito de condenação dos apelados ao pagamento de indenização por danos emergentes e lucros cessantes, ao fundamento de que o autor apelante, por força da sudorese compensatória severa resultante do ato cirúrgico, teve que se mudar para outro país para uma nova cirurgia e pelo clima mais frio, além de ficar impedido de exercer sua profissão de representante farmacêutico, sofrendo queda brusca em sua renda mensal, verifico que a pretensão não tem cabimento ante a ausência de nexo de causalidade direto entre estes fatos e a conduta médica descrita nos autos, já que a enfermidade anterior (hiperidrose axilar) também o incapacitava, de uma certa forma, e não restou comprovado o afastamento laboral em decorrência da sudorese compensatória de que foi acometido. Primeiro, porque o autor/apelante sequer comprovou estar capacitado para o exercício da sua profissão nos Estados Unidos, para onde se mudou, sendo bastante comum que os brasileiros optantes por viver no exterior exerçam outras atividades que independem de habilitação profissional do país de origem. Segundo, porque o Brasil possui regiões com clima mais ameno que Salvador, onde a qualificação profissional do autor poderia ser melhor aproveitada. Por fim, vale ressaltar que a cirurgia de reversão foi escolha do autor e, pelo que afirma, também não foi bem sucedida, cujos custos não podem ser assumidos pelos apelados ante o seu forte caráter experimental, conhecido pelo apelante.

Ademais, o próprio perito do Juízo, no ato de realização da perícia, consignou que o recorrente “(...) chegou à clínica, apesar do tempo ensolarado, sem sudorese, pele do pescoço, tórax, dorso, face, abdômen e a cabeça frescos e usando duas (02) camisas uma de cor preta e outra de cor branca, respondendo com desenvoltura às perguntas formuladas por este perito, não apresentou nenhum sinal de fadiga ou cansaço ao andar, agachar-se, elevar os membros superiores no momento da perícia e nem após subir mais ou menos dezoito (18) degraus até adentrar na clínica em meu consultório.” (fl. 397), tendo finalizado a perícia da seguinte forma: “Concluo que o paciente (autor) Bruno Ribeiro Mendes, não apresenta nenhum tipo de limitação que o impeça de realizar qualquer trabalho para o qual seja designado ou tenha capacidade de executar, devido à cirurgia realizada aqui na Bahia pelo Dr. Leandro Publio da Silva Leite no Hospital Monte Tabor – Centro Italo Brasileiro de Promoção Sanitária, haja visto que trabalha com transporte de passageiros em um carro da marca limousine nos Estados Unidos onde reside e um exame físico como o descrito. (...)” (fl. 411. Grifos nossos).

Pelos citados elementos nos autos, pode-se afirmar que não restou comprovada sequer a incapacidade laboral, a ensejar os lucros cessantes. Além disso, existem relatos nos autos de que as propostas de emprego sempre existiram, independentemente da enfermidade experimentada pelo autor, mas o abalo moral que o acometeu é que o impediu de galgar novas experiências profissionais (fls. 523/524), mas este dano já restou devidamente apreciado e acolhido, nos termos deste voto.

Ante o exposto, voto no sentido de **REJEITAR A PRELIMINAR** de nulidade da sentença por ausência de inversão do ônus da prova e **DAR PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso, para reformar a sentença recorrida e julgar parcialmente procedente a ação, condenando os réus ao pagamento de R\$ 100.000,00 a título de danos morais, sendo 70% deste valor suportado pelo Hospital apelado e 30% restante pelo médico apelado, com incidência de juros de mora e a correção monetária desde a data do arbitramento, nos termos da Súmula 362 do STJ. Havendo sucumbência recíproca, as custas deverão ser rateadas entre as partes, e os honorários advocatícios ficam arbitrados em 10% em favor dos causídicos de cada uma das partes, vedada a compensação, nos termos do artigo 85, §14 do CPC/2015. As condenações imputadas ao apelante ficam sob condição suspensiva de exigibilidade, nos moldes do artigo 98, §3º do CPC/15, em razão da concessão da gratuidade da justiça.

TJBA – Apelação Cível nº 0301295-15.2013.8.05.0103, Quarta Câmara Cível, Relator(a): Des. José Olegário Monção Caldas, julgado em 20/09/2016.

AÇÃO ORDINÁRIA INDENIZATÓRIA COM PEDIDO LIMINAR. ACIDENTE COM MORTE. VÍTIMA SOFREU QUEDA DA VARANDA DA CABINE DO NAVIO. CRUZEIRO EM TRANSATLÂNTICO. POLITRAUMATISMO.

SENTENÇA RECONHECEU A CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA E AUSÊNCIA DE DEFEITO NO SERVIÇO PRESTADO. PEDIDO RECONVENCIONAL JULGADO IMPROCEDENTE.

APELAÇÃO PRINCIPAL – AUTORES

CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA. PARÁGRAFO 3º, I DO ART. 14 DO CDC. ALTO TEOR DE ÁLCOOL NO SANGUE (23,14% dg/L) - LAUDO DE EXAME TOXICOLÓGICO (FL. 151), REALIZADO PELO DEPARTAMENTO DE POLÍCIA TÉCNICO-CIENTÍFICA DO INSTITUTO MÉDICO LEGAL. VÍTIMA DESACOMPANHADA DE TERCEIROS NO MOMENTO DO ACIDENTE.

AUSÊNCIA DE DEFEITO NO SERVIÇO. PARÁGRAFO 3º, I DO ART. 14 DO CDC. RELATÓRIO DA INVESTIGAÇÃO DA PROCURADORIA ESPECIAL DO TRIBUNAL MARÍTIMO. LAUDO DA PERÍCIA CRIMINAL DA POLÍCIA FEDERAL INDICA OCORRÊNCIA DE QUEDA DA VÍTIMA. INEXISTÊNCIA DE AVARIAS. RESPEITO ÀS NORMAS ESTRUTURAIS. EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE CIVIL.

RECURSO ADESIVO – MSC CRUZEIROS DO BRASIL LTDA HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS. FIXAÇÃO EM 5% DO VALOR DA CAUSA. POSSIBILIDADE. JURISPRUDÊNCIA. PLEITO DE MAJORAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DO CPC/1973. PLEITO PRÓVIDO EM PARTE. APELAÇÃO PRINCIPAL IMPROVIDA.

RECURSO ADESIVO PROVIDO EM PARTE.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de **APELAÇÃO Nº 0301295-15.2013.8.05.0103**, de **SALVADOR**, que tem como Apelantes e apelados **NEIDE MARIA DE SOUZA RIBEIRO CRUZ, LORENA RIBEIRO CRUZ E THIAGO RIBEIRO CRUZ e MSC CRUZEIROS DO BRASIL LTDA.**

ACORDAM os Desembargadores integrantes da Turma Julgadora da Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Bahia, em **NEGAR PROVIMENTO ao recurso principal e DAR PROVIMENTO EM PARTE ao Recurso Adesivo**, assim o fazem pelas razões adiante expostas.

RELATÓRIO

Adoto o relatório da sentença de fls. 671/692.

A sentença julgou improcedente os pedidos da parte Autora, reconhecendo a culpa exclusiva da vítima e ausência de defeito no serviço prestado pela Ré. Ainda, condenou a parte autora ao pagamento das custas e honorários advocatícios, estes fixados em R\$ 4.000,00 (quatro mil reais), com fulcro no art. 20, parágrafo 4º do CPC.

Em sede Reconvencional, o juiz julgou improcedente os pedidos da Ré, que visava cobrar da parte autora despesas extraordinárias realizadas com o intuito de investigar o acidente, atendendo às solicitações das autoridades. Condenou o Reconvinte no pagamento das custas e

honorários advocatícios, estes fixados em R\$ 2.000,00 (dois mil reais), com fulcro no art. 20, parágrafo 4º do CPC.

Visa, o recurso principal interposto pelos autores, reverter decisão que julgou improcedente seus pedidos (fls. 671/692), na ação de reparação de danos. Buscavam ser compensados, medianamente indenização por dano moral no valor correspondente a 2.150 (dois mil, cento e cinquenta) salários mínimos, pela morte do marido e pai, Sr. Teobaldo Ferreira da Cruz, que sofreu uma queda da varanda da cabine do navio transatlântico MSC Fantasia, embarcação da Ré, resultando na sua morte, após cair do 9º para o 7º andar da embarcação. O falecimento ocorreu na madrugada do dia 06 de dezembro de 2012, na costa do estado do Rio de Janeiro. Certidão de óbito juntada à fl. 38.

Irresignados, os Autores interpuseram apelação alegando que cabe à Ré/Apelada provar que não tiveram culpa no acidente; que a exclusão de responsabilidade civil apenas ocorre em casos de culpa exclusiva de terceiros, culpa exclusiva do consumidor e caso fortuito ou força maior; que o fato de ingerir bebida alcoólica, situação comum nessas viagens, não pode ser motivo para que alguém encontre sua própria morte. Pugnam pelo provimento do Apelo.

O apelado apresentou contrarrazões ao recurso, às fls.726/740, afirmando que a sentença deve permanecer, na íntegra.

Às fls. 741/744, a MSC CRUZEIROS DO BRASIL LTDA interpõe Recurso Adesivo, alegando que o valor fixado a título de honorários advocatícios, qual seja, R\$ 4.000,00 (quatro mil reais), foi irrisório, já que representa apenas 0,2% do valor da causa; que na reconvenção, foi fixado R\$ 2.000,00 (dois mil reais), representando cerca de 17% do valor total envolvido; que a causa foi complexa, exigindo grande labor do patrono, além de ter tramitado por aproximadamente 03 (três) anos apenas no primeiro grau. Ainda, que caso rejeitada a apelação dos Autores, os honorários sejam majorados, em sede recursal, com base no novo código de processo civil.

Em sede de contrarrazões, às fls. 754/757, os Autores, ora apelados no adesivo, alegam que como o valor da causa foi de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), o valor de R\$ 4.000,00 (quatro mil reais) fixado pelo juiz, corresponde ao percentual de a 20%, sendo justo.

Examinados, lancei o presente relatório.

VOTO

Conheço dos recursos porque próprios, tempestivos e devidamente preparados.

Adoto o relatório da sentença de fls. 671/692.

Registro que a Parte Autora goza do benefício da Gratuidade da Justiça, deferido às fls. 45/46 dos autos e enfatizado na sentença, à fl. 673.

Relevante pontuar que a decisão atacada foi proferida na vigência do Código de Processo Civil de 1973, motivo pelo qual o julgamento deste recurso ocorre observando os dispositivos deste diploma legal.

Aplica-se, no caso em análise, o Código de Defesa do Consumidor, sendo a relação jurídica firmada típica de consumo, como já reconhecido pelo juiz singular.

Dispõe o Código de Defesa do Consumidor que o fornecedor responde pelo serviço defeituoso:

“Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

I - o modo de seu fornecimento;

II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;

III - a época em que foi fornecido.

2º O serviço não é considerado defeituoso pela adoção de novas técnicas.

§ 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:

I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;

II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.”

O caso concreto sob exame enquadra-se nas duas hipóteses de exclusão de responsabilidade elencadas pelo Código de Defesa do Consumidor, quais sejam, inexistência de defeito no serviço prestado e culpa exclusiva do consumidor/vítima, sendo imperativo o afastamento da responsabilidade da Ré e o indeferimento da alegada indenização. Vejamos.

No tocante à inexistência de defeito no serviço temos que toda a documentação relativa ao inquérito da Polícia Federal e à investigação da Marinha do Brasil (Tribunal Marítimo) reconhecem que a embarcação estava em excelentes condições, sem nenhuma avaria, além do que atendia a todos os requisitos de segurança.

Afirma o juiz, à fl. 684, que “Nessa linha de entendimento, o STJ, vem decidindo que “o transportador só responde pelos danos resultantes de fatos conexos com o serviço que presta.” (Resp. 200.808/RJ, Relator Ministro Ari Pargendler, julgado em 16.11.2000)”.

O Relatório do procedimento investigatório do Tribunal Marítimo, às fls.285 dispõe:

“Ao realizar a perícia na embarcação, após o acidente, **não foi constatada avaria que tenha contribuído para a ocorrência do acidente. Todos os sistemas operavam normalmente. A perícia constatou que a embarcação apresentava excelente estado de conservação e dispunha de todo material exigido para uma embarcação desta finalidade.**”.

Na conclusão, item 7, I, b do citado relatório (fls. 286), no que se refere ao “fator material – não foram obtidos dados que permitam indicar qualquer problema com a embarcação, seus sistemas, equipamentos de navegação e estrutura, que possam ter contribuído para a ocorrência;”; no item II (fl. 287), “Que, em consequência, houve a queda e morte do passageiro Teobaldo Ferreira da Cruz. Não houve poluição. Não houve danos materiais” e no item III, “Não há possíveis responsáveis a indicar pelo acidente, sendo o mesmo atribuído a um caso fortuito, pois a causa ficou indeterminada.”

O Laudo nº 242/2013 da Perícia Criminal da Polícia Federal, às fls. 353/359, concluiu afirmando que:

“IV -CONCLUSÃO: **Pode-se concluir, pelos indícios encontrados, que a vítima, Sr. Teobaldo Cruz, sofreu provável queda da varanda de sua cabine**, de numeração 9164, tendo realizado um movimento pendular durante a queda em direção à cabine 9166, rente ao casco do navio. Na trajetória de queda livre até o chão teria efetuado um arrasto no casco do navio e colidido seu joelho direito, provavelmente com uma luminária posicionada abaixo de sua cabine no casco do navio, o que teria gerado uma contusão no seu joelho direito (figura 6). O impacto do corpo com o chão teria se dado entre as posições de frente e de lado esquerdo inferior para o chão, causando fratura da perna esquerda ferida contusa no pulso esquerdo (figuras 7 e 8). A cabeça estava impregnada por sangue coagulado (figura 9), e ao movimentar o corpo ainda era possível observar sangue saindo pelos orifícios do nariz, sugerindo contusão na cabeça, o que provavelmente levou a vítima à morte. (...) A signatária considera esclarecido o assunto. Nada mais havendo a lavrar, Perita Criminal encerra o presente Laudo, elaborado em sete páginas. Raquel de Souza Lima, Perita Criminal Federal.”

Logo, o parágrafo 1º do art. 14 (“O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar”) deve ser afastado, já que especialistas afirmam que não foi encontrado nenhum defeito ou avaria na embarcação que possa ter contribuído ou causado a queda e morte da vítima.

Nesse ponto, constata-se a adequação do caso ao inciso I do parágrafo 3º do CDC, em que a responsabilidade civil é afastada em decorrência da presença de uma de suas excludentes, qual seja, a inexistência de defeito no serviço (§3º O fornecedor de serviços só **não** será responsabilizado quando provar: I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;”).

É ponto de grande relevância, ainda, as condições em que a vítima se encontrava no momento do acidente, já que ingeriu grande quantidade de bebida alcoólica, como constatado pelo professor e médico Dr. Nelson Massini, que elaborou um relatório a pedido da Apelada: “O resultado do exame alcoolemia realizado pelo Instituto Médico Legal do Rio de Janeiro no cadáver

de Teobaldo Ferreira Cruz é assustador, 23,14 dg/L, o que caracteriza um estado de pré-coma alcoólico”.

A referida concentração de etanol no sangue foi comprovado pelo Laudo de Exame Toxicológico, à fl. 151, realizado pelo Departamento de Polícia Técnico-Científica do Instituto Médico Legal Afrânio Peixoto.

Como bem afirmou o magistrado, não se pode considerar isoladamente tal documento, já que confeccionado por profissional contratado pela Apelada, porém o dado objetivo, qual seja, a quantidade de álcool no sangue deve ser considerado como prova essencial para o caso.

O próprio genro da vítima, Rafael Le Santos Andrade, com quem dividia a cabine do navio, afirmou, no Termo de Inquirição (fl. 215), “que estando com a vítima jantando, tomou uma garrafa de vinho, porém antes o Sr. Teobaldo já havia tomado 04 doses de uísque, após foi para o bar, onde a vítima tomou mais 02 doses de uísque, depois o Sr. Rafael (sic) foi para boate, onde a vítima continuou no bar, em determinado momento cruzou, pela última vez, com a vítima indo para a boate, por volta das 02 horas da madrugada foi comunicado pelo Comandante do navio que a vítima o Sr. Teobaldo Cruz havia sofrido um acidente aonde veio a falecer”.

Ainda, perguntado se a vítima possuía alguma doença que poderia contribuir para o acidente, o Sr. Rafael respondeu que seu sogro sofria de labirintite, embora não estivesse em crise.

Nesse ponto, constata-se a adequação do caso ao inciso II do parágrafo 3º do art. 14 do CDC, em que a responsabilidade civil é afastada em decorrência da presença de uma de suas excludentes, qual seja, culpa exclusiva do consumidor (§3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar: II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.”).

Ademais, a Marinha do Brasil – Procuradoria Especial da Marinha, às fls. 533/535, arquiva o inquérito sob as seguintes alegações:

“2.De acordo com os autos, a embarcação realizava a singradura, quando por volta de 01:00 hora da madrugada, o corpo do passageiro TEOBALDO FERREIRA DA CRUZ foi encontrado no deck do 7º andar, bem abaixo da varanda de seu camarote localizado no 9º andar. A vítima foi encontrada pelo tripulante AHMAD SUCIPTO que estava realizando serviço de limpeza naquele horário. A queda ocorreu de uma altura aproximada de 06 metros. 3. O médico de plantão da embarcação, VUJICIC IVAN, foi chamado para atendimento à vítima e, quando chegou ao local, encontrou-a deitada no chão com contusão na cabeça e sem parâmetros vitais, atividade cardíaca e respiratória. Foi realizada massagem cardíaca, porém sem sucesso. O acidente foi comunicado imediatamente pelo Comandante do navio aos órgãos competentes, Polícia Federal, ANVISA e Delegacia da Capitania dos Portos em Angra dos Reis. (...) 7. O Laudo Pericial às fls. 05/09, não conseguiu identificar e apontar a possível causa da queda e morte do passageiro. 8. **O Encarregado do Inquérito, em Relatório às fls. 116/121, atribuiu a morte da vítima a caso fortuito.** 9. Diante do exposto, considerando não mais haver nos autos elementos ou provas que confirmem com exatidão a causa da queda e morte do passageiro TEOBALDO FERREIRA DA CRUZ, quando se encontrava a bordo do NM “MSC FANTASIA”, entende este órgão que a origem do evento não restou apurada, nos autos, razão pela qual, esta Procuradoria opina pelo ARQUIVAMENTO do presente Inquérito.”

No mesmo sentido, o Ministério Público Federal, que na Promoção de Arquivamento (fls. 563/564), assim dispôs:

“Desse modo, não existe nos autos qualquer elemento que indique a ocorrência de crime, seja doloso ou culposos, eis que o evento ocorreu sem qualquer tipo de participação de outra pessoa além de Teobaldo. Ante ao exposto, o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, promove o ARQUIVAMENTO do presente inquérito policial, com fulcro no art. 397, III, do CPP, por atipicidade da conduta investigada (...)”.

Constata-se, portanto, que houve socorro imediato pelo médico da embarcação, aviso às autoridades competentes para investigação do fato, assim como assistência ao membro da família que viajava no navio.

Logo, excluídas as possibilidades de defeito no serviço, constituído na segurança da embarcação, e de conduta praticada por terceiro, já que a vítima encontrava-se sozinha no seu quarto, no momento do acidente; comprovado que a vítima possuía um alto teor de álcool no sangue e

considerando que sofria de labirintite, a tese de culpa exclusiva da vítima e inexistência de defeito no serviço torna-se imperativa, resultando na exclusão da responsabilidade da MSC Cruzeiros LTDA pelo fato ocorrido.

Ademais, pelas informações prestadas pelas testemunhas e documentos dos autos, verifica-se que a assistência ao Sr. Rafael Le Santos Andrade, membro da família, desde a notícia do fato, foram satisfatórias e dentro do possível, naquele momento de apuração dos fatos. Logo, inexistente qualquer conduta ilícita que enseje indenização por parte da ora Apelada.

RECURSO ADESIVO

Alega a MSC CRUZEIROS que o valor fixado a título de honorários advocatícios, qual seja, R\$ 4.000,00 (quatro mil reais), foi irrisório, já que representa apenas 0,2% do valor da causa, considerando que o Agravo de Instrumento nº 0001771-42.2016.805.0000 foi provido e determinou aos autores que adequassem o valor causa à soma dos pedidos formulados na Ação Indenizatória, qual seja, R\$ 2.150 salários mínimos.

Alegam que, na reconvenção, foi fixado o valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) a título de honorários sucumbenciais, a serem pagos em favor dos Autores, representando cerca de 17% do valor total envolvido, violando o princípio da isonomia entre as partes; que a causa foi complexa, exigindo grande labor do patrono, além de ter tramitado por aproximadamente 03 (três) anos apenas no primeiro grau; e, ainda, que caso seja rejeitada a apelação dos Autores, os honorários sejam majorados, em sede recursal, com base no novo código de processo civil.

Em sede de contrarrazões, às fls. 754/757, os Autores, ora apelados no adesivo, alegam que como o valor da causa foi de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), correspondendo, o valor de R\$ 4.000,00 (quatro mil reais), fixado pelo juiz, ao percentual de 20% sobre aquela, sendo justo.

Considerando que a publicação da sentença ocorreu na vigência do Código de Processo Civil de 1973, este será o dispositivo aplicado, não havendo falar, portanto, em majoração dos honorários em sede recursal.

Dispõe o CPC/1973 acerca do percentual dos honorários:

Art. 20. A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Esta verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria. (Redação dada pela Lei nº 6.355, de 1976)

§ 1º (...)

§ 2º (...)

§ 3º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez por cento (10%) e o máximo de vinte por cento (20%) sobre o valor da condenação, atendidos: (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1.10.1973)

a) o grau de zelo do profissional;

b) o lugar de prestação do serviço;

1. a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

Entretanto, tal aplicação legal não é absoluta, permitindo relativizações.

A jurisprudência vem entendendo a possibilidade de se reduzir os honorários, ainda que em percentuais menores ao mínimo previsto no art. 20 do CPC, nos casos em que o valor da causa é exorbitante, como *in casu*. Vejamos:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. APÓLICES DA DÍVIDA PÚBLICA EMITIDAS EM 1956 (OBRIGAÇÕES DO REAPARELHAMENTO ECONÔMICO). RESGATE. PRESCRIÇÃO RECONHECIDA. DECRETOS-LEIS NºS 263/64 E 396/68. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CONDENAÇÃO EXORBITANTE. REDUÇÃO. POSSIBILIDADE. PRONUNCIAMENTO DA CORTE ESPECIAL. (...) 4. A jurisprudência desta Corte, em hipóteses excepcionais, quando manifestamente evidenciado que o arbitramento da verba honorária se fez de modo irrisório ou exorbitante, tem entendido tratar-se de questão de direito e não fática, repelindo a aplicação da Súmula nº 07/STJ. 5. **Verifica-se que situação excepcional caracteriza o caso dos autos, revelando-se exorbitante a condenação da verba honorária em 10% sobre o valor da causa, tendo esta sido**

fixada em R\$ 2.025.461,77 (dois milhões, vinte e cinco mil, quatrocentos e sessenta e um reais e setenta e sete centavos). (...). A razoabilidade, aliada aos princípios da equidade e proporcionalidade, deve pautar o seu arbitramento. Razoável a fixação de verba honorária no patamar de 2% sobre o valor da causa para o caso dos autos. 6. Recurso especial parcialmente conhecido e parcialmente provido" (REsp nº 763.411/PR, Relator Ministro JOSÉ DELGADO, DJ de 03/04/2006, p. 265).

Com efeito, assiste razão, em parte, aos recorrentes adesivos, quanto à majoração dos honorários, quando se verifica que representam apenas 0,2% do valor da causa. Porém, fixar o percentual em 10% também estaria, este juízo, perpetuando a não razoabilidade, por se tratar de causa com valor exorbitante.

Com o julgamento do Agravo de Instrumento supracitado, o valor da causa será adequado ao valor do pedido, qual seja, 2.150 salários mínimos, mais de um milhão de reais, sendo esta a base de cálculo para os honorários advocatícios sucumbenciais.

Desse modo, considerando que se trata de ação indenizatória que teve um trâmite processual de razoável duração, já que foi ajuizada no início do ano de 2013 e já em dezembro de 2015 teve publicada a sentença de improcedência; considerando o valor exorbitante que adquirirá a causa após sua adequação, **fixo o percentual dos honorários em 5% (cinco por cento) sobre o valor da causa**, contudo tal condenação permanece suspensa em razão dos autores serem beneficiários da assistência judiciária gratuita.

Ante ao exposto, **NEGO PROVIMENTO ao Recurso Principal e DOU PROVIMENTO EM PARTE ao Recurso Adesivo, para majorar os honorários de sucumbência, fixando-os no percentual de 5% (cinco por cento) sobre o valor da causa, em favor da MSC CRUZEIROS DO BRASIL LTDA, ficando suspensa, entretanto, tal condenação, em razão da parte autora ser beneficiária da assistência judiciária gratuita (fls. 45/46).**

TJBA – Apelação Cível nº 0000743-09.2013.8.05.0044, Segunda Câmara Cível, Relator(a): Des. Jatahy Júnior, julgado em 04/04/2017.

APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. PRELIMINARES. ILEGITIMIDADE PASSIVA DA PETROBRAS S/A. NULIDADE DA SENTENÇA. JULGAMENTO EXTRA PETITA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. REJEITADAS. MÉRITO. DANOS MATERIAIS. EMERGENTES. PERDA DE PARTE DA CRIAÇÃO DE PORCOS. COMPROVAÇÃO. MORTE POR INANIÇÃO. NEXO DE CAUSALIDADE. CONDUTA DOS RÉUS. INTERDIÇÃO DA ESTRADA. OBRAS DE TERRAPLANAGEM E DRENAGEM. IMPEDIMENTO DE ALIMENTAR OS PORCOS. COMPROVAÇÃO. DESINCUMBÊNCIA DO ÔNUS DA PROVA PELO AUTOR. DANO CONSTATADO. LUCROS CESSANTES. VALOR DE CESTA BÁSICA. SUINOCULTURA. FONTE DE SUBSISTÊNCIA DA FAMÍLIA. SENTENÇA MANTIDA. APELOS NÃO PROVIDOS.

A empresa dona da obra não pode se desonerar de sua responsabilidade contratual, na medida em que lhe caberia a fiscalização dos serviços da outra empresa contratada. Reconhecimento da responsabilidade solidária entre o proprietário da obra e o empreiteiro, configurando sua legitimidade passiva. Respeitados os limites em que foi proposta a ação, não se configura o vício de julgamento *extra petita*.

Apresentada a motivação que determina a procedência parcial da ação, descabe a anulação da sentença por ausência de fundamentação.

Para existir a obrigação de indenizar, necessário que haja a presença de três requisitos: a prática de um ato ilícito, um dano e o nexo de causalidade entre eles.

Suporta danos materiais, de ordem emergente e lucros cessantes, pecuarista que perdeu sua criação por inanição, quando impedido de alimentar seus animais em razão das empresas réus não concluírem as obras de terraplanagem e drenagem no prazo contratual, mantendo completamente interditada única via de acesso ao imóvel rural.

Devidamente comprovadas as alegações autorais, é cabível a indenização pelo número de animais mortos, a título de danos emergentes, e no valor de uma cesta básica, por lucros cessantes, posto que a atividade pecuária era fonte de subsistência do autor e sua família.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de **Apelação Cível nº. 0000743-09.2013.8.05.0044**, da Comarca de Candeias, em que são partes, como apelantes, **Petrobras – Petróleo Brasileiro S/A e Construtora Norberto Odebrecht S/A**, e, apelado, **Severino Braga**.

Em primeiro julgamento, ACORDARAM os Desembargadores integrantes da Segunda Câmara Cível do egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, por maioria, **REJEITAR AS PRELIMINARES e, no mérito, NEGAR PROVIMENTO AOS APELOS**.

Diante do julgamento não unânime, nos termos do art. 942 do Novo Código de Processo Civil, o mesmo teve prosseguimento, sendo chamados a proferir voto os dois Desembargadores que sucedem o Terceiro Julgador, na ordem decrescente de antiguidade, e que estavam presentes na sessão de julgamento, **ACORDANDO, por maioria de votos, REJEITAR AS PRELIMINARES e, no mérito, NEGAR PROVIMENTO** aos recursos, mantendo a sentença em todos os seus termos.

RELATÓRIO

Cuida-se de apelações cíveis interpostas pelos réus, Petrobras – Petróleo Brasileiro S/A e Construtora Norberto Odebrecht S/A, contra a sentença de fls. 394/408, que, nos autos da ação indenizatória, julgou procedente o pedido do autor, Severino Braga, para condenar as empresas requeridas ao pagamento de indenização correspondente a 140 (cento e quarenta) porcos, ao preço de CZ\$ 1.920,00 (um mil e novecentos e vinte cruzados) por cabeça, a título de danos emergentes, e, a título de lucros cessantes, o valor de uma cesta básica por mês, contado a partir de agosto de 1988 até a data do efetivo pagamento.

As fls. 426/443, tem-se o apelo da Petrobras – Petróleo Brasileiro S/A, onde argui preliminar de conhecimento do agravo retido de fls. 92/96, no qual se aventa a ilegitimidade passiva desta empresa, bem como preliminar de nulidade da sentença, por ser esta extra petita e desprovida de fundamentação.

Argumenta a inexistência de prova dos fatos narrados pelo autor, porquanto não existe nos autos comprovação da sua propriedade ou posse sobre a fazenda onde que se criavam os suínos; tampouco há prova de que estes animais existiam, ou do seu estado de saúde, a justificar a imputação do óbito aos requeridos; ou mesmo da prática de conduta ilícita, ao promover a execução contratual de obra e terraplanagem e drenagem nas estradas de sua titularidade.

Outrossim, afirma que restaram provadas causas excludentes de eventual responsabilidade civil, a saber, fortes chuvas no período da execução dos serviços de melhoria da estrada, configurando-se, assim, o instituto do caso fortuito.

Finalmente, a Petrobras argumenta a responsabilidade exclusiva da construtora Norberto Odebrecht S/A, uma vez que esta se obrigou a pagar eventuais danos causados a terceiros em decorrência do citado serviço de melhoria de estrada.

Por sua vez, a supracitada construtora apresentou as suas razões recursais às fls. 453/463, sem a arguição de preliminar. Alegou, no mérito, a inexistência de completa obstrução da estrada de Massuin ao tempo das obras ali realizadas, senão a existência de percalços no acesso da referida

via, mas sem que isso tornasse intransponível o seu acesso, diversamente do quanto alegado pelo autor e mencionado por suas testemunhas.

Por fim, a construtora Norberto Odebrecht S/A impugna a prova pericial dos autos, dizendo sobre a sua inaptidão de provar os danos alegado pelo autor.

Devidamente intimado, o requerente apresentou Contrarrazões às fls. 448/452.

Após ter acesso aos judiciosos fundamentos da Desembargadora Dinalva Gomes Laranjeira Pimentel, na sessão do dia 06/12/2016, votando pela rejeição das preliminares e, no mérito, pelo provimento das apelações, com a reforma totalmente da sentença de procedência, pedi vistas dos autos.

Depois da detida análise, trouxe o feito à julgamento na sessão do dia 21/03/2017, proferindo voto divergente apenas quanto ao mérito recursal, no sentido de negar provimento aos apelos, momento em que a eminente Desembargadora Lisbete Maria Teixeira Almeida César Santos pediu vistas dos autos.

Foi na sessão do dia 04/04/2017 que se perfectibilizou o julgamento deste recurso, quando meu voto foi acompanhado pelo da Desembargadora Lisbete Maria Teixeira Almeida César Santos, bem como da Desembargadora Regina Helena Ramos Reis e do Desembargador Maurício Kertzman Szporer, tornando-me Relator Designado pela a lavratura do acórdão.

VOTO

Trata-se de apelações cíveis interpostas simultaneamente pelos réus em face da sentença de parcial procedência, que condenou os recorrentes ao pagamento de indenização por danos patrimoniais sofridos pelo autor/recorrido.

Inicialmente, analisa-se a preliminar de ilegitimidade passiva da Petrobras S/A, no agravo retido de fls. 92/96, ora ratificado no seu apelo.

Alega não ter praticado ato ilícito, porquanto apenas realizou a contratação dos serviços da segunda recorrente, no sentido de realização de obras na estrada que dava acesso à propriedade do recorrido. Desse modo, sustenta que não pode ser responsabilizado por ato de terceiros.

Se numa análise primeira, tem-se que o pedido do autor se volta contra os danos sofridos pela execução de obra de engenharia civil; num segundo momento constata-se que a Petrobras S/A (empresa dona da obra) não pode se desonerar de sua responsabilidade contratual, na medida em que lhe caberia a fiscalização dos serviços da empresa contratada, ora segunda apelada.

Ademais, a jurisprudência do STJ é no sentido de reconhecer a responsabilidade solidária entre o proprietário da obra e o empreiteiro:

CIVIL. DANO AO IMÓVEL VIZINHO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO PROPRIETÁRIO DA OBRA E DO EMPREITEIRO.

O proprietário da obra responde solidariamente com o empreiteiro, pelos danos causados a terceiro. (AgRg no REsp 473.107/MG, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, TERCEIRA TURMA, julgado em 26/10/2006)

Sendo assim, resta configurada a legitimidade passiva da Petrobras S/A, cabendo a **rejeição dessa preliminar**.

Outrossim, a referida empresa apelante arguiu preliminar de nulidade da sentença, pelo julgamento *extra petita* da ação e pela deficiência na fundamentação.

A despeito do quanto argumentado, noto que os vícios supracitados não restam configurados no *decisum* hostilizado. Veja-se:

A decisão *extra petita* é aquela formalmente viciada, por conceder pedido diferente daquele manifestado pela parte.

No caso posto à apreciação, verifica-se que o julgador na origem deu parcial procedência à ação e condenou os réus com base no quanto solicitado pela parte autora na sua exordial.

Posicionamento da Corte Superior:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. JULGAMENTO DE MANDADO DE SEGURANÇA. PRINCÍPIO DA CONGRUÊNCIA VERSUS PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. DECISÃO EXTRA PETITA. INOCORRÊNCIA.

1- Em excepcionálíssimos casos, o julgador pode, desaferrando-se da rígida literalidade da lei, aplicar a melhor solução ao caso concreto, sem que isto signifique extrapolar o controle de legalidade consagrado ao Poder Judiciário, motivo pelo qual, na espécie, ficam afastadas as alegações de julgamento extra petita e de violação ao Princípio da Congruência. 2- Recurso especial a que se nega provimento. (STJ - REsp: 772705 AC 2005/0131663-2, Relator: Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), Data de Julgamento: 04/02/2010, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 22/02/2010)

Não ultrapassando os limites em que foi proposta a ação, resta superada a insurgência de julgamento *extra petita* levantada pela Petrobras S/A.

De igual modo, descabe anular a sentença por deficiência de fundamentação, uma vez que o douto *a quo* apresentou a motivação que determinou a procedência parcial da ação. Inclusive, acaso houvesse necessidade de complementação na fundação, tal vício poderia ser sanado pelo Tribunal, não havendo que se falar em declaração de nulidade, consoante entendimento firmado pelo STJ, no sentido de que “*pela inexistência de deficiência na fundamentação de decisum do juízo singular, quando sanado este pelo Tribunal ad quem, encontra amparo, na hipótese, nos princípios da celeridade e da duração razoável dos processos, este último atualmente erigido ao patamar de garantia constitucional*”. (REsp nº 220.028/PR, Relator Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador Convocado do TJ/RS), DJE 06/05/2010). Agricultura agrícola

Ante o exposto, **rejeito a preliminar de nulidade da sentença**.

No mérito, tem-se que o recorrido, agricultor, ajuizou a presente ação pretendendo perceber indenização por danos materiais (emergentes e lucro cessantes), tendo em vista que a conduta perpetrada pelas apelantes resultou na morte da sua vara de porcos, que contava com 140 cabeças.

Segundo narra o autor, em abril de 1988 as empresas recorrentes iniciaram a obra de terraplanagem e drenagem na estrada Massuin e, em junho daquele ano, em razão de tais obras, a referida via restou interditada. Nesta senda, assevera que, dificultado o transporte e a entrega das rações, toda a sua criação de porcos foi aniquilada por inanição, notificando os réus de tal fato nos idos de agosto de 1988. Assim, sustenta que deve ser ressarcido pelos prejuízos sofridos com a interdição da estrada, única via de acesso à sua propriedade, alcunhada de “Fazenda Braga”.

A ação foi julgada parcialmente procedente pelo MM. Juízo da comarca de Candeias, condenando os apelantes ao pagamento de verba correspondente ao prejuízo sofrido pelo apelado com a morte de 140 porcos, em razão da interdição da estrada Massuin no idos de junho de 1988, fixando o valor de CZ\$ 1.920,00 (hum mil e novecentos e vinte cruzados) por cabeça, bem como fixou os lucros cessantes do autor no valor correspondente a uma cesta básica, uma vez que a criação de porcos era a fonte de subsistência da sua família, deixando a apuração do valor para a fase de liquidação de sentença, tomando como base o período de 12/08/1988, dia correspondente à notificação dos réus, até a data da reparação do dano com o pagamento da indenização principal.

Porém, o douto *a quo* deixou de condenar os requeridos ao pagamento de indenização pelos valores pagos a título de aquisição de cevada para os suínos, uma vez que os documentos de fls. 09/11 comprovam que tais alimentos foram comprados em data anterior à morte dos animais.

Por fim, o magistrado de base fixou, como termo inicial da correção monetária e dos juros de mora, a data do evento danoso, a saber, 12/08/1988, dia da multicitada notificação dos réus.

Analizando atentamente os autos, a despeito dos fundamentos dos apelantes, entendo que o autor/apelado comprovou de forma adequada as suas alegações, desincumbindo-se do ônus da prova, ao passo que os requeridos assim não procederam, quando impugnaram a tese autoral.

Com efeito, dos autos consta prova pericial às fls. 148/154, que atesta, notadamente às fls. 148/150:

d) Acesso – o acesso ao imóvel é feito por estrada asfaltada até a cidade de Candeias, daí pela via encascalhada denominada Estrada do Massuin e dessa por ligação precária de 300 metros, até sede da Fazenda Braga.

(...)

5.5 – Com as obras na estrada, seria possível o transporte de qualquer veículo para a fazenda?

Resposta – Negativo.

5.6 – Como era mantido o criatório dos animais diante do transporte de alimentação?

Resposta – Através de caçambas e caminhões.

(...)

5.9 – Se há uma outra estrada para a fazenda Braga que pudesse ser feito o transporte dos alimentos dos animais?

Resposta – Negativo.

(...)

6.2 – A via em questão é o único acesso de que dispõe o autor para sua propriedade?

Resposta – Afirmativo

Já às fls. 07/08, restaram colacionados dois documentos que comprovam a aquisição de 92 (noventa e dois) porcos no valor de CZ\$ 184.000,00, em 15/02/1988, e de 48 (quarenta e oito) pela quantia de CZ\$ 117.000,00, na data de 02/03/1988, totalizando a compra de 140 (cento e quarenta) animais.

Outrossim, o conjunto probatório acostado aos autos demonstra ser comprovado que a única via de acesso à fazenda do autor encontrava-se interditada em razão das obras de terraplanagem e drenagem, bem assim que o autor mantinha suinocultura.

A controvérsia reside na imputação da morte dos porcos à conduta das empresas apelantes, que retardaram a finalização da já citada obra, de modo que o julgamento consiste em valorar as provas que foram produzidas.

Imperiosa a leitura dos seguintes trechos do laudo técnico:

7.5 – Pode o Senhor Perito informar se o autor tinha, ou tem, em sua propriedade, qualquer tipo de controle de rebanho, capaz de comprovar a entrada e saída de animais, bem como idade, peso e se esses registros, caso de resposta positiva, têm cunho oficial, com conhecimento da secretaria da Fazenda, Agricultura, etc?

Resposta – O autor não dispunha de controle do tipo inquirido.

(...)

7.10 – Pode o Senhor Perito informar se, efetivamente, ocorreu morte de animais pertencentes ao autor, no período a que se reporta a vestibular? Afirmativa a resposta, há elementos ou documentos capazes de apontar, de forma independente, a causa da morte, o número de animais mortos, idade e valor?

Resposta – Negativo. Quando da perícia não nos foi fornecido elementos que comprovassem a morte dos animais.

(...)

7.12 – Pode o Senhor Perito informar se, supondo-se, numa emergência de impossibilidade de alimentação do rebanho suíno do autor e, à vista de provável inanição e morte dos animais, não poderiam ser os mesmos abatidos para aproveitamento comercial e a carne transportada por outro meio que não o rodoviário, inclusive animais de carga?

Resposta – Afirmativo.

Como dito, a questão posta gira em torno da valoração de provas. Conquanto o autor não dispunha, à época, de controle de sua pocilga, se eram 120 ou 240 animais, os documentos demonstram que apelado comprou, antes do fato ilícito, o quantitativo de 140 porcos, justamente a quantidade levada em consideração pelo douto sentenciante.

Desse modo, resta comprovada a existência de 140 suínos nos idos de março de 1988 e, a isto, soma-se o fato de que a estrada do Massuin encontrava-se interditada em junho de 1988.

No que pertine à inexistência de elementos na perícia que ligassem a morte dos animais ao bloqueio da estrada, tenho que, pelo nexo de causalidade mais adequado, a morte de tais animais

se liga irrestritamente à conduta das apelantes, com base na prova testemunhal produzida nos autos.

A inquirição da testemunha Luiz Gonzaga de Vaz, às fls. 197/197-verso, corrobora as teses aventadas na exordial, no sentido que, de fato, foi barrada a entrega dos alimentos dos porcos em razão das obras na estrada. Por oportuno, veja-se o seguinte trecho do aludido depoimento:

“Que há dez anos atrás a Petrobras fez uma obra na estrada que dava acesso a fazenda do autor (...) que a obra teve a duração de mais ou menos quatro meses; que na época das obras estava chovendo; que a interdição da estrada para a passagem de carros, se deu em decorrência da obra e não da chuva; que o autor trabalhava na pocilga em sua fazenda; que tem conhecimento que os porcos do sr. Severino morreram, por falta de alimento, porque não tinha condições de passar com a comida; o que o autor deu ao depoente 2 porcos para que salvasse, mais estavam muito fracos e morreram; que não sabe quantos porcos morreram; que a pocilga do autor era grande, tinha muitos porcos, não sabendo porém informar quantos tinham no local; que o patrão do depoente comprova porco na mão do autor e também o depoente; que tem conhecimento de que a obra foi feita pela Petrobras; (...) que quando foi feita as obras que cavaram no meio da estrada não dava para passar o carro, porém se tivessem colocado alguma coisa para passar, e não estivesse chovendo, passava carro; que viu os porcos todos secos para morrer quando esteve na fazenda do autor; (...) que depois da obra esteve na fazenda do autor e na pocilga haviam poucos porcos, não sabendo dizer quantos (...)”

A outra testemunha inquerida foi Antônio Firmino de Menezes, às fls. 198/198- verso, que à época do fato era vizinho da fazenda do autor:

“ Que tem conhecimento de que o autor tem uma fazenda na região de Massui, e que há dez anos atrás a Norberto Odebrecht fez uma obra na estrada que dava acesso a fazenda do autor, impossibilitando a passagem de veículo, de animais e até de pessoas em algumas ocasiões; que o autor produzia na fazenda a criação de porcos; que o autor alimentava os porcos com farelo e milho; (...) que os alimentos eram transportados por um carro (...); que a estrada ficou interditada por causa da obra e não por causa da chuva; (...) que o autor teve bastante prejuízo em razão da interdição da estrada, porque vários porcos morreram, não sabendo informar quantos (...); que os porcos morreram de fome; que a alimentação através de mandioca, que tinha na fazenda e que o autor comprou na vizinhança foi pouco e não deu para alimentar todos os porcos (...); que o depoente morava vizinho a fazenda do autor; (...)”

Como é cediço, para existir a obrigação de indenizar, necessário que haja a presença de três requisitos: a prática de um ato ilícito, um dano e o nexo de causalidade entre eles.

No caso dos autos, restou comprovada a conduta das empresas apelantes em obstruir o acesso à fazenda do autor, bem assim que o mesmo teve boa parte da suinocultura perdida por inanição, contando à época do fato com, no mínimo, 140 cabeças de porcos, conforme provas documentais. As provas testemunhais, ao seu turno, demonstram o nexo de causalidade entre o fechamento da estrada, impedindo o tráfego da carga de alimentos, e as mortes dos animais.

A propósito, o seguinte excerto jurisprudencial:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS. PROCEDÊNCIA NA ORIGEM. RECLAMO DO RÉU. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. DEMANDA AJUIZADA DENTRO DO PRAZO PREVISTO NO ART. 206, § 3º, V, DO CC. PREJUDICIAL REJEITADA. EXECUÇÃO DE OBRAS DE DUPLICAÇÃO DA RODOVIA BR-101. IMPLANTAÇÃO DE SISTEMA DE ESCOAMENTO PLUVIAL INSUFICIENTE PARA DAR VAZÃO ÀS ÁGUAS DA CHUVA. ALAGAMENTO DO TERRENO DO AUTOR. PERDA DA QUASE TOTALIDADE DA PLANTAÇÃO MANTIDA NA ÁREA. RELATOS TESTEMUNHAIS COLHIDOS EM AUTOS QUE APURARAM OS MESMO FATOS (PROVA EMPRESTADA), OS QUAIS EVIDENCIAM A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ACIONADO. CULPA DO PROJETISTA QUE DEVE SER DISCUTIDA EM EVENTUAL AÇÃO REGRESSIVA. DEVER DE INDENIZAR CARACTERIZADO. OBRIGAÇÃO MANTIDA. QUANTUM INDENIZATÓRIO. DOCUMENTO EMITIDO POR PESSOA JURÍDICA QUE ATESTA O VALOR DOS PRODUTOS VENDIDOS PELO DEMANDANTE. PRESUN-

ÇÃO DE VERACIDADE DAS INFORMAÇÕES. AUSÊNCIA DE PROVA EM SENTIDO CONTRÁRIO. ÔNUS QUE CABIA AO ACIONADO, A TEOR DO ART. 333, III, DO CPC. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (Apelação Cível n. 2012.000212-8, 5ª Câmara de Direito Civil. Relator Des. Odson Cardoso Filho. Julgamento: 23 de Abril de 2013).

No caso em comento, não resta dúvida que completamente interditada a única via de acesso ao imóvel rural, suporta danos materiais, de ordem emergente e lucros cessantes, o autor/pecuarista que perdeu sua criação por inanição, quando impedido de alimentar seus animais em razão das empresas rés não concluírem as obras de terraplanagem e drenagem no prazo contratual.

O autor comprovou adequadamente as suas alegações, desincumbindo-se do ônus da prova e deve ser indenizado pelos número de animais mortos, a título de danos emergente, e no valor de uma cesta básica, por lucros cessantes, posto que a atividade pecuária era fonte de subsistência do autor e sua família.

Desse modo, também agiu com acerto o julgador *a quo* ao fixar os lucros cessantes.

Por todo o exposto, voto no sentido de **NEGAR PROVIMENTO** aos recursos, mantendo a sentença em todos os seus termos.

TJBA – Apelação Cível nº 0150224-30.2003.8.05.0001, Segunda Câmara Cível, Relator(a): Des. Gesivaldo Britto, julgado em 11/07/2017.

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS DECORRENTE DE ACIDENTE DE TRÂNSITO. ATROPELAMENTO. MORTE. VÍTIMA QUE ATRAVESSOU A PISTA COM SINAL FECHADO PARA PEDESTRES. CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA. EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE. OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR AFASTADA. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO É NÃO PROVIDO.

1 - Quanto à responsabilidade das empresas demandadas, concessionárias de transporte público, estas respondem de forma objetiva, a teor do art. 37 da CF.

2 - Embora nos casos de responsabilidade objetiva não se exija prova de culpa do agente para que seja obrigado a reparar o dano, necessário se faz verificar se há causas excludentes ou causas atenuantes de responsabilidade civil que possam romper o nexo causal.

3 - Sucede que, pela análise do caderno processual, não obstante seja controverso o evento danoso que vitimou o pai do Autor-Apelante, está isenta de responsabilidade a empresa Apelada, porque configurada a culpa exclusiva da vítima que, repentinamente, atravessou a pista de rolamento quando o sinal estava fechado para pedestres e aberto para veículos.

4 - Não se visualiza, portanto, a responsabilidade da empresa recorrida, sendo, de rigor, a manutenção da sentença de improcedência.

Recurso conhecido e não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação Cível nº **0150224-30.2003.8.05.0001**, da Comarca de Salvador/BA, em que são Apelantes **MOISES DIAS DE ANDRADE** e Apelado **ILHA TROPICAL TRANSPORTES LTDA** e **ITAPOAN TRANSPORTES TURISMO S/A**, **ACORDAM** os Desembargadores componentes da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, **em negar provimento ao recurso**, nos termos do voto do Relator.

RELATÓRIO

Adota-se, como próprio, o relatório da sentença hostilizada de fls. 161/164, proferida pelo MM. Juízo da 14ª Vara de Relações de Consumo da Comarca de Salvador/BA, que julgou improcedente a Ação de Indenização por Danos Morais e Materiais proposta por **MOISES DIAS DE ANDRADE** contra **ILHA TROPICAL TRANSPORTES LTDA** e **ITAPOAN TRANSPORTES TURISMO S/A**.

Inconformado, o Autor interpôs Recurso de Apelação (fls. 166/170) sustentando que há equívoco do julgador ao analisar a presente questão sob a ótica do Código Civil, visto que o genitor dos autores faleceu em virtude de um fato de serviço, sendo equiparado a consumidor por força legal do art. 17, CDC.

Aduz, sob a ótica da legislação consumerista, que o fornecedor de serviços responde pelos danos independentemente de existência de culpa, sendo deste, ainda, a obrigação de provar que inexistente defeito ou que há culpa exclusiva da vítima.

Defende que as únicas provas dos Réus em sua defesa são os depoimentos dos próprios prepostos, não se prestando a garantir a culpa exclusiva da vítima.

Pugnam, ao final, pelo conhecimento e provimento do recurso, reformando-se a sentença, para que sejam condenados os recorridos ao pagamento de danos morais e materiais decorrentes do fato do serviço, no montante de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), acrescidos de juros e atualização monetária de lei, contada a partir da citação, bem como sejam condenados a pagar honorários sucumbenciais a serem fixados em valor não inferior a 20% (vinte por cento) do valor da causa.

Os Apelados não ofertaram contrarrazões, conforme certidão de fl. 173.

É o relatório.

Atendidos os pressupostos de admissibilidade, à Secretaria para inclusão em pauta.

VOTO

O Autor recorreu da sentença na qual o MM. Juiz julgou improcedente o pedido de condenação das Rés em indenização por danos morais e materiais, em razão do acidente provocado por um coletivo da empresa, que atropelou o genitor do Autor, Sr. Deocleciano Dias de Andrade, que veio a falecer em razão da colisão.

Examinando tudo o que dos autos consta, tenho que não assiste razão à apelante. Vejamos.

Quanto à responsabilidade das empresas demandadas, concessionárias de transporte público, de fato assiste razão ao Apelante, porquanto estas respondem de forma objetiva, a teor do art. 37 da CF.

Quanto à responsabilidade objetiva das concessionárias de serviço público, assim leciona Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

“A regra da responsabilidade objetiva exige, segundo artigo 37, § 6º, da Constituição:

1 - que se trate de pessoa jurídica de direito público ou de direito privado prestadora de serviços públicos; (...)

2 - que essas entidades prestem serviços públicos, o que exclui as entidades da administração indireta que executem atividade econômica de natureza privada; assim é que, em relação às sociedades de economia mista e empresas públicas, não se aplicará a regra constitucional, mas a responsabilidade disciplinada pelo direito privado, quando não desempenharem serviço público;

3 - que haja um dano causado a terceiros em decorrência da prestação de serviço público; aqui está o nexo de causa e efeito;

4 - que o dano seja causado por agente das aludidas pessoas jurídicas, o que abrange todas as categorias, de agentes políticos, administrativos ou particulares em colaboração com a Administração, sem interessar o título sob o qual prestam o serviço;

5 - que o agente, ao causar o dano, aja nessa qualidade; não basta ter a qualidade de agente público, pois, ainda que o seja, não acarretará a responsabilidade estatal se, ao causar o dano, não estiver

agindo no exercício de suas funções. (In Direito Administrativo, 19.ed., São Paulo: Atlas, 2006, p. 623/624).

Todavia, embora nos casos de responsabilidade objetiva não se exija prova de culpa do agente para que seja obrigado a reparar o dano, necessário se faz verificar se há causas excludentes ou causas atenuantes de responsabilidade civil que possa romper o nexo causal.

Sucedee que, pela análise do caderno processual, não obstante seja incontroverso o evento danoso que vitimou o pai do Autor-Apelante, está isenta de responsabilidade a empresa Apelada, porque configurada a culpa exclusiva da vítima.

Depreende-se dos autos que no dia 12 de abril de 2002, por volta das 10:30 horas a vítima quando atravessava a rua, foi atropelada por ônibus de propriedade das demandadas, acidente de trânsito em que veio a falecer o pai do Recorrente.

As provas coligadas aos autos, sobretudo a testemunhal, evidenciaram que o acidente ocorreu por culpa da vítima que, repentinamente, atravessou a pista de rolamento quando o sinal estava fechado para pedestres e aberto para veículos.

A dinâmica e conclusão do acidente foram assim descritas no Boletim de Ocorrência acostado à fl. 20:

“Às 10:52hs, foi comunicado pela guarnição acia citado que houve um atropelo na Rua do Imperador – Mares tendo como vítima DEOCLECIANO DIAS ANDRADE, aproximadamente 70 anos, residente na Av. Luiz Tarquinio, Abrigo Dom Pedro II, sendo o ônibus da Empresa Ilha Tropical nº de ordem 9114 digo placa policial KW – 5839, que faz a linha Ribeira X Cabula VI R11, tendo como motorista Clovis Borges dos Santos, residente a Rua Machado Monteiro nº 191 Caminho de Areia, sendo o motorista o semáforo estava fechado e quando abriu, a vítima atravessou quando foi atropelado pelo citado ônibus, segundo o comunicante, a vítima encontra-se internado no Pam de Roma em estado grave. OBS: Às 15:00hs, compareceu a esta Depol a responsável pelo abrigo D. Pedro II, informando que a vítima havia falecido, depois de dar entrada no Pam de Roma. O veículo conduzido ao pátio do DPT para ser periciado guia nº 782/2002”.

No mesmo sentido, foram os depoimentos prestados em audiência. A prova testemunhal revela que a vítima adentrou na pista de rolamento mesmo estando o sinal fechado para pedestres e que este é que foi o fato que causou sua colisão na frente do ônibus.

Desse modo, é conclusivo o acervo probatório quanto à culpa exclusiva da vítima na ocorrência do acidente.

Ocorrendo o dano por culpa exclusiva da vítima, desaparece a responsabilidade do agente, deixando de existir a relação de causa e efeito entre o seu ato e o prejuízo da vítima.

Sobre o tema, leciona Sérgio Cavalieri Filho:

“A culpa exclusiva da vítima - pondera Silvio Rodrigues - é causa de exclusão do próprio nexo causal, porque o agente, aparente causador direto do dano, é mero instrumento do acidente. Assim, se ‘A’, num gesto trespouco, atira-se sob as rodas do veículo dirigido por ‘B’, não se poderá falar em liame de causalidade entre o ato deste e o prejuízo por aquele experimentado. O veículo atropelador, a toda evidência, foi simples instrumento do acidente, erigindo-se a conduta da vítima em causa única e adequada do evento, afastando o próprio nexo causal em relação ao motorista, e não apenas a sua culpa, como querem alguns. A boa técnica recomenda falar em fato exclusivo da vítima, em lugar de culpa exclusiva. O problema, como se viu, desloca-se para o terreno do nexo causal, e não da culpa. (...) Washington de Barros Monteiro afirma que o nexo desaparece ou se interrompe quando o procedimento da vítima é a causa única do evento. No mesmo sentido Aguiar Dias, ao dizer: ‘Admite-se como causa de isenção de responsabilidade o que se chama de culpa exclusiva da vítima. Com isso, na realidade, se alude ao ato ou fato exclusivo da vítima, pelo qual fica eliminada a causalidade em relação ao terceiro interveniente no ato danoso’. (Programa de Responsabilidade Civil, São Paulo: Ed. Malheiros, 3ª ed., p. 74)

Lado outro, não há se falar em suspeição de testemunhas porque foram arroladas pela apelante, foram compromissadas e não contraditadas.

Concluo que no caso restou provada a culpa exclusiva da vítima, de forma a isentar a ré do dever de indenizar, pelo rompimento do nexo causal.

Se o condutor do veículo da apelada não deu causa ao acidente, mas a própria vítima, rompido está o nexo causal com o alegado dano, estando afastado o dever de indenizar.

Neste sentido, os precedentes desta Corte de Justiça:

APELAÇÃO CÍVEL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. RESPONSABILIDADE CIVIL EM ACIDENTE DE TRÂNSITO. ATROPELAMENTO. CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA. RECURSO IMPROVIDO. Caracterizada a culpa exclusiva do pedestre, através da perícia judicial e, à míngua de outras provas capazes de demonstrar a responsabilidade do condutor do veículo pelo acidente que vitimou a genitora da apelante, mantém-se a sentença que julgou improcedente o pedido. Recurso Improvido. (Classe: Apelação, Número do Processo: 011885-19.2004.8.05.0001, Relator (a): Rosita Falcão de Almeida Maia, Terceira Câmara Cível, Publicado em: 02/09/2015)

RESSARCIMENTO DE DANOS JULGADA IMPROCEDENTE. ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO QUE RESULTOU NO ÓBITO DO FILHO DA AUTORA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO, IN CASU, DO FATO CONSTITUTIVO DE SEU DIREITO, CONSONANTE NORMA DO ARTIGO 333, I, DO CPC. IMPOSSIBILIDADE DE REPARAÇÃO. PROVAS TESTEMUNHAIS CONCLUSIVAS, NO SENTIDO DE QUE O ACIDENTE OCORREU PELA IMPRUDÊNCIA DA PRÓPRIA VÍTIMA. CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA CARACTERIZADA. RECURSO IMPROVIDO. (Classe: Apelação, Número do Processo: 0010481-52.2006.8.05.0113, Relator (a): Lidivaldo Reaiche Raimundo Britto, Primeira Câmara Cível, Publicado em: 18/12/2015)

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANO MORAL E MATERIAL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. ATROPELAMENTO E MORTE DE MENOR POR ÔNIBUS PERTENCENTE À EMPRESA DEMANDADA. CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA. IMPROCEDÊNCIA. APELAÇÃO. PRESENÇA DOS PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE. AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS CONFIGURADORES DO DANO INDENIZÁVEL. SENTENÇA PROFERIDA EM CONSONÂNCIA COM ELEMENTOS CARREADOS PARA OS AUTOS E LEGISLAÇÃO EM VIGOR. IRRESIGNAÇÃO IMOTIVADA. RECURSO IMPROVIDO. (Classe: Apelação, Número do Processo: 0034808-82.2001.8.05.0001, Relator(a): Lícia de Castro L. Carvalho, Quarta Câmara Cível, Publicado em: 13/07/2016)

Portanto, não se visualiza a responsabilidade da empresa recorrida pela morte do pai do recorrente.

Muito embora sensibilize a situação colocada nos autos, o fato é que a responsabilidade da Apelada restou afastada na presente hipótese, razão pela qual a r. Sentença recorrida merece prestígio por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Diante do exposto, **voto no sentido de conhecer e negar provimento ao recurso**, mantendo-se incólume a sentença que julgou improcedentes os pedidos iniciais.

TJBA – Apelação Cível nº 0149997-30.2009.8.05.0001, Quarta Câmara Cível, Relator(a): Des. Emílio Salomão Pinto Resedá, julgado em 25/07/2017.

APELAÇÕES SIMULTÂNEAS. AÇÃO INDENIZATÓRIA. DANOS MATERIAIS E MORAIS. ACIDENTE DE TRÂNSITO ENVOLVENDO AUTOMÓVEL E MOTOCICLETA. MORTE DO MOTOCICLISTA. PLEITO INICIAL. PROCEDÊNCIA. APELO DA SEGURADORA LITISDENUNCIADA. CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA E/OU CONCORRENTE. INCOMPROVAÇÃO. VEÍCULO DO ACIONADO CAUSADOR DO ACIDENTE. MANOBRA NO SENTIDO OPOSTO, ATRAVESSANDO A PISTA DE ROLAGEM. INOBSERVÂNCIA DO TRÁFEGO DE VEÍCULOS. DANO MORAL. IN RE IPSA. ABALO EMOCIONAL DECORRENTE DA MORTE DA VÍTIMA. RECONHECIMENTO. FIXAÇÃO EM R\$ 100.000,00 PARA CADA UM DOS

AUTORES. RAZOABILIDADE. VALOR. MANUTENÇÃO. APELO DEMANDADA. QUANTUM. DANO MORAL. FIXAÇÃO EM R\$ 100.000,00, PARA CADA UMA DAS VÍTIMAS. RAZOABILIDADE. VALOR. MANUTENÇÃO. DANOS MATERIAIS. DESPESAS COM O FUNERAL. PROVA DOCUMENTAL. COMPROVAÇÃO. PENSIONAMENTO. PROVA EFETIVA DOS GANHOS DA VÍTIMA. INEXISTÊNCIA. VALOR CORRESPONDENTE A UM SALÁRIO MÍNIMO. ADOÇÃO. SÚMULA 490. STF. APELO DOS AUTORES. DANOS MORAIS. LIMITE DE COBERTURA PREVISTA NA APÓLICE. PRETENSÃO DE ABRANGÊNCIA DOS LIMITES DOS DANOS CORPORAIS. IMPOSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 402, DO STJ. RECURSOS IMPROVIDOS. SENTENÇA. MANUTENÇÃO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelações simultâneas nº 0149997-30.2009.8.05.0001, de Salvador, em que são partes as acima identificadas.

ACORDAM os Desembargadores componentes da Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Bahia, à unanimidade de votos, em **NEGAR PROVIMENTO** aos recursos, pelas razões adiante expostas.

RELATÓRIO

Adoto o relatório da sentença de fls. 360/370, que julgou procedentes os pedidos da inicial, condenando a SRJ Transportes e Logística Ltda. a indenizar os autores em R\$ 2.000,00 (dois mil reais) por danos materiais referentes aos gastos com o funeral da vítima, acrescidos de juros moratórios de 1% a.m., a partir do evento danoso e correção monetária pelo INPC/IBGE, desde a citação; em R\$ 100.000,00 (cem mil reais) a título de danos morais, para cada um dos autores, corrigido monetariamente pelo INPC/IBGE, acrescidos de juros de 1% a.m., a contar do trânsito em julgado desta decisão; além do pagamento de pensão mensal equivalente a 1/3 (um terço) do salário mínimo vigente, desde a data do óbito do filho dos autores até 24 de setembro de 2049, quando o falecido completaria 65 (sessenta e cinco) anos de idade, a ser partilhado entre os mesmos, corrigido pelo INPC/IBGE, acrescidos de juros de mora de 1% a.m., a partir do vencimento de cada parcela. Julgou, ainda, procedente a denunciação da lide, condenando a MAPFRE Vera Cruz Seguradora S/A a ressarcir à SRJ Transportes e Logística Ltda., ré denunciante, nos termos da decisão atacada; determinou que do valor a ser pago aos autores seja deduzido o valor que eles receberam a título de DPVAT pela morte de seu filho; determinou, também, à SRJ Transportes e Logística Ltda., a “*constituição de capital, cuja renda assegure o pagamento do valor mensal da pensão*”, conforme Súmula nº 313 do STJ. Por fim, condenou as rés ao pagamento dos ônus sucumbências, além de honorários advocatícios de 15% (quinze por cento) sobre o valor das parcelas vencidas até a prolação da sentença.

Irresignados, os autores interpuseram o apelo de fls. 426/432, argumentando, em síntese, a necessidade de reforma da sentença, tão somente, para reconhecer a previsão do contrato de seguro referente ao limite de indenização para danos corporais sirvam para indenizar a condenação em danos morais.

Igualmente inconformada, a litisdenunciada Mapfre Vera Cruz Seguradora S/A interpôs o apelo de fls. 381/404, reiterado à fl. 424, após o julgamento dos embargos de declaração de fls. 421/422, sustentando, em síntese, que não restou provada a culpa do condutor do veículo por ela segurado; que não ficou igualmente provada a atividade laboral exercida pela vítima e tampouco que o mesmo era arrimo de família. Finaliza pedindo, diante da inexistência de culpa, a reforma da sentença para julgar improcedentes os pedidos, com inversão do ônus sucumbenciais ou, alternativamente a redução da condenação pelos danos morais.

Nas contrarrazões, às fls. 445/452 e 453/460, os apelados pugnam pelo improvimento dos pleitos recursais.

VOTO

Tratam-se de recursos em desfavor da sentença que julgou procedentes os pedidos iniciais, condenando-se o réu e a litisdenunciada em indenização aos autores no pagamento dos danos morais, materiais e pensão mensal.

Alega a litisdenunciada em seu apelo, que não ficou provada nos autos a culpa do condutor do veículo por ela segurado e, diante da inexistência de ato ilícito, não há o que indenizar.

Dúvidas não pairam acerca da responsabilidade da litisdenunciada apelante, no evento que produziu lesão de natureza material e moral aos apelados, genitores da vítima.

O propósito de imputar culpa ao condutor da motocicleta cai por terra, diante da prova dos autos. Os depoimentos e documentos oficiais revelam que o motorista do veículo causador do acidente, ao tentar manobrar no sentido do retorno, atravessando as pistas de rolagem, não observou a sinalização de trânsito nem o tráfego de veículos.

Dessa forma, cabia ao réu comprovar a excludente de sua responsabilidade no evento danoso, demonstrando que o sinistro se deu em razão de culpa exclusiva e/ou concorrente da vítima. Contudo, não se desincumbiu de tal obrigação legal, inexistindo nos autos qualquer prova capaz de demonstrar tal circunstância.

Ao contrário, como consta da sentença:

“... secundando a revelia e confissão ficta, tenho que os documentos colhidos a título de prova emprestada na esfera criminal (declarações de fls. 23/32), observo ter sido reconhecida a culpa pelo acidente por parte da SRJ TRANSPORTES E LOGÍSTICA LTDA.”

Tal como restou demonstrado nos autos, inexistiu qualquer evidenciação de culpa da vítima no evento danoso, destacando-se a conduta culposa do condutor do veículo causador do acidente, ao inobservar as exigências do CTB, quais sejam, domínio do veículo, atenção e cuidados indispensáveis à segurança do trânsito, na forma disposta no art. 34 do CTB, a saber:

“Art. 34 – O condutor que queira executar uma manobra deverá certificar-se de que pode executá-la sem perigo para os demais usuários da via que o seguem, precedem ou vão cruzar com ele, considerando sua posição, sua direção e sua velocidade.”

Assim, ausente a comprovação de que o sinistro ocorreu por culpa exclusiva da vítima, resta caracterizado o dever do réu e da litisdenunciada em indenizarem os recorridos/autores, uma vez que a falta de cuidado foi determinante para o acidente, gerando a obrigação de reparar os danos que causou.

Superado este ponto, impõe-se analisar o valor da indenização por dano moral.

O dano moral, também denominado dano extrapatrimonial, é um dano sem repercussão econômica que atinge a esfera da intimidade da pessoa, sendo lesão de interesses não patrimoniais sobre a qual o lesado possui um interesse juridicamente protegido, que traz reflexos como dor, angústia, sofrimento, vexame, humilhação por parte daquele que sofre o dano.

Sobre o tema, ensina o ilustre civilista Rui Stocco¹³, em sua obra:

“O que se chama de dano moral é, não desfalque no patrimônio, nem mesmo a situação onde só dificilmente se poderia avaliar o desfalque, senão a situação onde não há ou não se verifica diminuição alguma. Pois se houve a diminuição do patrimônio, ou se difícil ou mesmo impossível avaliar com precisão tal diminuição, já há dano e este pode ser estimado por aproximação (arts. 1553 CCB); e logo será supérflua a figura do dano moral. Vale dizer que dano moral é, tecnicamente, um não-dano, onde a palavra “dano” é empregada com sentido translativo ou como metáfora: um estrago ou uma lesão (este o termo jurídico genérico), na pessoa mas não no patrimônio(...).”

13 Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial, 3ª ed, Editora RT, 1997:

Na hipótese em exame, patente o trauma psicológico de que foram vítimas os acionantes/apelados, as angústias vivenciadas e o abalo emocional decorrente do acidente da morte da vítima, daí porque merecem justa compensação.

Com efeito, a magistrada pautou-se no juízo da equidade, levando em conta as circunstâncias do caso concreto, estabelecendo a indenização em montante razoável para os fins a que se destina, atenta ainda ao caráter pedagógico da sanção.

Quanto ao valor arbitrado pelo dano moral, embora seja difícil quantificá-lo, a doutrina e a jurisprudência têm definido alguns critérios que buscam atender às finalidades do seu ressarcimento, como a punição do causador do dano para que seja compelido a adequar sua conduta, através de uma pena pecuniária e a compensação da família da vítima pela angústia e sofrimento ocasionados pela ofensa.

Assim, destaca-se que na sentença objurgada, para a fixação do quantum devido, foram observados, entre outros parâmetros, a proporção e a razoabilidade, a fim de evitar condenações irrisórias ou exageradas, levando-se em conta a gravidade do trauma e o grau da conduta do ofensor, bem como as condições sócio culturais e econômicas dos envolvidos.

Colhe-se do seguinte julgado:

"DANO MORAL. INDENIZAÇÃO. ARBITRAMENTO DO VALOR. O VALOR DA INDENIZAÇÃO DEVE SER ARBITRADO PELO JUIZ (ART. 1533 DO CÓDIGO CIVIL), ATENDENDO AO DUPLO CARÁTER DA REPARAÇÃO, OU SEJA, O DE COMPENSAÇÃO PARA A VÍTIMA E O DE PUNIÇÃO DO AGENTE. E, COMO CRITÉRIOS AVALIZADORES, PESAM A EXTENSÃO DO DANO; A CONDIÇÃO SÓCIO-ECONÔMICA E CULTURAL DA VÍTIMA E A SUA PARTICIPAÇÃO NO EVENTO; A CAPACIDADE DE PAGAMENTO E O GRAU DE CULPABILIDADE DO AGENTE; DENTRE OUTROS DEFINIDOS PELA DOUTRINA, PELA JURISPRUDÊNCIA E POR NORMAS PERTINENTES A HIPÓTESES SEMELHANTES (TRT 3º R -RO/15335/99-2T - REL. JUIZ ANTÔNIO FERNANDO GUIMARÃES - DJMG 29/03/2000-P. 20).

Logo, diante dos critérios acima mencionados, tem-se que o valor fixado na sentença, a título de indenização por danos morais, em R\$ 100.000,00 (cem mil reais), para cada um dos autores, deu-se de forma razoável, sobretudo considerando o evento morte, as consequências do dano, a condição sócio econômica da vítima e a capacidade do devedor.

A alegação da litisdenunciada apelante referente à ausência de provas dos danos materiais, não procede, uma vez que os documentos de fls. 78/81, estão a comprovar as despesas realizadas com o funeral.

Entretanto, no que tange ao ponto acima, mesmo que não tivesse sido comprovado o custo, é certo que ninguém pode permanecer insepulto.

Assim, a jurisprudência tem se firmado no sentido da desnecessidade de comprovação da verba de funeral, devendo ser fixado um valor moderado para possibilitar a aquisição de jazigo.

Portanto, considerando os valores praticados comumente no mercado, mostra-se razoável o arbitramento em R\$ 2.000,00 (dois mil reais), acrescido de juros e correção monetária, a contar do evento danoso.

Com relação ao pensionamento, também resta evidenciado o acerto da sentença, uma vez que a prova dos autos, principalmente a testemunhal, não deixa dúvida do exercício laboral do falecido na atividade de mototaxista, em cuja atividade auferia renda importante para a composição dos recursos destinados a suprir as despesas familiares. Portanto, a imposição sentencial no montante de 1/3 do salário mínimo deve ser mantida, até mesmo pelo fato de a litisdenunciada/apelante ter pleiteado, de forma contraditória, certamente por equívoco, a redução desta condenação para um salário mínimo, conforme se vê à fl. 392.

Não procede, igualmente, a irresignação do apelo autoral quando pleiteia a necessidade de reforma da sentença, tão somente, para reconhecer a previsão no contrato de seguro, referente ao limite de indenização para os danos corporais sirvam para indenizar a condenação em danos morais.

É cediço que quando estão destacados na apólice os valores das coberturas por danos materiais, morais e corporais a terceiros, como é o caso dos autos, incabível é a pretensão no sentido de que os valores de cobertura por danos corporais sejam levados em consideração para indenizar os danos morais, conforme Súmula nº 402 do STJ, *in verbis*:

"O contrato de seguro por danos pessoais compreende os danos morais, salvo cláusula expressa de exclusão."

Assim, há que se vislumbrar que o apelo dos autores não está a merecer provimento e a manutenção do julgado, neste aspecto, é de rigor.

Diante do exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO** aos recursos, mantendo-se integralmente a sentença hostilizada.

TJBA – Agravo de Instrumento nº 0010214-45.2017.8.05.0000, Segunda Câmara Cível, Relator(a): Desª. Maria de Fátima Silva Carvalho, julgado em 05/09/2017.

PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE ALIMENTOS. ALIMENTOS PROVISÓRIOS ARBITRADOS EM 30%. POSSIBILIDADE. OBRIGAÇÃO ALIMENTAR ENTRE EX-CÔNJUGES. DEVER DE SOLIDARIEDADE E DE MÚTUA ASSISTÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE NÃO DEMONSTRADA. IMPUGNAÇÃO A ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. NÃO CONHECIDA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. FIXAÇÃO DE ACORDO COM O TRÍNOMIO POSSIBILIDADE/ NECESSIDADE/PROPORCIONALIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PREJUDICADO. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. DECISÃO MANTIDA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos do Agravo de Instrumento nº 0010214-45.2017.8.05.0000 e Embargos de Declaração nº 0010214-45.2017.8.05.0000/50000, originário da Comarca de Salvador (Ba), agravante **FRANCISCO ANTÔNIO CASTRO LEMOS** e agravada **MARTA MARIA DO REGO MONTEIRO LEMOS**.

Acordam os Desembargadores integrantes da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade, **CONHECER E DAR PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO E JULGAR PREJUDICADO OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO**, pelas razões alinhadas no voto da Relatora.

RELATÓRIO

Trata-se de Agravo de Instrumento com pedido de efeito suspensivo, interposto por **FRANCISCO ANTÔNIO CASTRO LEMOS**, irresignado com a decisão proferida pelo M.M. Juízo da 3ª Vara de Família Suces. Orfãos Interd. e Ausentes – Salvador /Ba, na Ação de Alimentos, tombada sob o nº 0505640-16.2017.8.05.0001, demandante **MARTA MARIA DO REGO MONTEIRO LEMOS**, nos seguintes termos:

"Defiro o pedido de gratuidade processual. Arbitro os alimentos provisórios em 30% dos rendimentos do Requerido, a ser descontado em folha de pagamento e depositado na conta de nº 54.719-0, agência nº 0904-0- Banco do Brasil, em nome da Requerente. Oficie-se para desconto. Designo o dia 12 de abril de 2017 às 09:30 horas para realização da audiência de conciliação. (Art. 695 CPC). A intimação da parte autora para audiência será feita na pessoa do seu Advogado. (Art. 334 § 3º CPC) Cite-se, observando a secretaria o previsto nos §§§ 1º, 2º e 3º

daquele artigo, bem como os §§ 5º e 8º do art. 334 do CPC. Demais intimações. Salvador(BA), 26 de fevereiro de 2017. Newcy Mary da Paixão Cunha. Juíza de Direito.” (sic. fl. 22).

Aduz em síntese, que a parte agravada nunca foi dependente econômico-financeira do recorrente, considerando a herança que recebeu.

Assevera que são inverídicas as alegações de corte nos valores repassados para manutenção sua e do filho do casal.

Salienta que todas as despesas, tais como condomínio, energia, empregada doméstica, plano de saúde continuam sendo pagos pelo agravante, embora a parte recorrida tenha condições de arcar com tais gastos.

Diz que: “(...) a Agravada é jovem e tem total condição de trabalhar, não fazendo jus à pensão alimentícia alguma muito menos, no valor exacerbado correspondente de 30% dos rendimentos do agravante(...)” (sic. fl. 10).

Impugna o acolhimento do pedido de Gratuidade da Justiça concedido pelo Juiz *a quo*.

Requer a suspensão do pagamento da obrigação alimentar até o julgamento definitivo deste recurso. Alternativamente, pleiteia a redução substancial dos alimentos provisórios para um salário-mínimo. No mérito, pleiteia que seja dado provimento ao Agravo (fls. 2/20).

Instruiu o pedido com os documentos de fls. 21/163.

Consta dos autos decisão indeferindo o efeito suspensivo pleiteado (fls. 166/167).

Devidamente intimada, a parte agravada apresentou contrarrazões refutando os argumentos constantes das razões do agravo. Afirma que: “...não sabia antes do ajuizamento da demanda alimentícia, era o valor da extraordinária remuneração do agravante, conquanto, agora sabe, sempre sobreviveu às custas das verdadeiras migalhas que o varão lhe repassava a título de mesada, na ordem de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) mensais transferida para a conta bancária...” (sic. fl. 171).

Informa que as ilações do agravante acerca de “herança” da qual a esposa seria beneficiária não passa de expectativa de direito adquirido da família da agravada, e que nada tem a ver com a obrigação de pagar as despesas de manutenção da esposa.

Diz que: “... o agravante impingiu à agravada o sofrimento do abandono físico e moral – que continua com as grosseiras adjetividades lançadas em sua face neste Agravo! – e a abandonou financeiramente conforme descrito na peça de fls. 110-114, relegando-a, nesta altura da vida, agora com quase 60 anos de idade, a toda sorte de mazelas proporcionadas pela ausência de produtividade que lhe foi imposta pelo marido ao longo do casamento...” (sic. fl. 173).

Pleiteia que seja negado provimento ao recurso, confirmando-se integralmente a decisão *a quo* (fls. 169/173).

Anexou documentos (fls. 174/214).

O recorrente, irrisignado com a decisão proferida às fls. 166/167, interpôs Embargos de Declaração, apontando contradição e omissão. Informa que provou que a Agravada/Embargada não carece de alimentos, bem como que a verba fixada em 30% dos rendimentos é exacerbada e ultrapassa sua possibilidade.

Assevera que a recorrida não contribui, em nada, para o custeio do casal ou do filho na cidade de São Paulo e que acumula os rendimentos somente para si, violando o quanto disposto no art. 1.568 do Código Civil. Declara que a decisão foi omissa em não enfrentar a impugnação ao acolhimento da Assistência Judiciária Gratuita, uma vez que este fora deferido para a parte agravada, que não preenche os requisitos fixados pelo art. 98 e seguintes do NCPD. Pede o acolhimento dos aclaratórios para que seja deferido o efeito suspensivo (fls. 215/226).

Intimada para se manifestar, a embargada apresentou contrarrazões. Declara que as alegações descritas nos itens 4 a 16 dos aclaratórios não podem prosperar, vez que foram devidamente colocadas na decisão que negou o efeito suspensivo. De outro modo, o embargante repete os argumentos constantes da inicial, tentando confundir sobre as despesas que paga para os estudos do filho do casal, bem como a respeito dos rendimentos apurado pela recorrida. Roga pelo não provimento dos presentes Embargos de Declaração, condenando o embargante no pagamento de multa por manejar embargos meramente procrastinatórios (fls. 230/231).

O presente feito encontra-se em condições de proferir voto, portanto, solicito sua inclusão em pauta. Ressalta-se a possibilidade de sustentação oral, conforme dispõe os artigos 937 do CPC e 187 do RITJ/BA.

É o que importa relatar.

VOTO

Encontram-se presentes os pressupostos de admissibilidade recursal, razão pela qual o conhecido.

Cumpra salientar que este recurso visa discutir tão somente a legalidade da decisão atacada, não sendo permitido o debate de questões ainda não resolvidas no Juízo *a quo*, sob pena de supressão daquela a instância.

Inicialmente, no tocante à impugnação à Assistência Judiciária Gratuita, esta não merece ser conhecida. O benefício da justiça gratuita fora deferido no juízo de origem, e tal decisão somente pode ser questionada perante o próprio órgão prolator, sob pena de supressão de instância.

Segundo disciplina o Novo Código de Processo Civil, a impugnação ao benefício da justiça gratuita deve ser efetuada nos próprios autos, perante o juiz que a deferiu e, acaso mantido o benefício, a recorribilidade da decisão é deferida, em preliminar de apelação ou respectivas contrarrazões. As hipóteses de cabimento do recurso de agravo de instrumento estão descritas taxativamente no rol do art. 1.015 do Novo CPC.” (TJSC, Agravo de Instrumento n. 1000823-55.2016.8.24.0000, de Criciúma, rel. Des. Domingos Paludo, j. 02-02-2017).

Assim já decidiu em precedente atual, vejamos:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. LOCAÇÃO. ANULAÇÃO DE CONTRATOS. IMPUGNAÇÃO AO VALOR DA CAUSA. DESACOLHIMENTO DA IMPUGNAÇÃO À ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. DECISÃO NÃO IMPUGNÁVEL POR AGRAVO DE INSTRUMENTO. NÃO CONHECIMENTO.

A decisão agravada não é impugnável pelo recurso de agravo de instrumento após a vigência do Código de Processo Civil de 2015, uma vez que as matérias devolvidas pela via instrumento não se amoldam a quaisquer das hipóteses recursais taxativas. AGRAVO DE INSTRUMENTO NÃO CONHECIDO. (Agravo de Instrumento Nº 70074327099, Décima Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Cláudia Maria Hardt, Julgado em 06/07/2017).

Deste modo, não conheço este pedido, sob pena de supressão de instância.

No mérito, o cerne da questão versa sobre os alimentos provisórios fixado no valor de 30% em favor da parte agravada.

Sabe-se que os alimentos são prestações que visam a satisfação das necessidades essenciais de quem não pode provê-las por si e têm por destinação fornecer a um parente, cônjuge ou companheiro o necessário à sua subsistência.

A obrigação alimentar em favor do cônjuge, fundamenta-se no dever da mútua assistência, consoante exegese dos artigos 1.566, inciso III c/c 1.694 do Código Civil, *in verbis*:

“Art. 1.566 – São deveres de ambos os cônjuges:

III – mútua assistência”

“Art. 1.694 – Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação

§ 1º Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada.

§ 2º Os alimentos serão apenas os indispensáveis à subsistência, quando a situação de necessidade resultar de culpa de quem os pleiteia.”

O doutrinador Carlos Roberto Gonçalves, citando Arnaldo Rizzardo, traz a seguinte menção:

Há “um dever legal de mútuo auxílio familiar, transformado em norma, ou mandamento jurídico. Originariamente, não passava de um dever moral, ou uma obrigação ética, que no direito romano se expressava na equidade, ou no *officium pietatis*, ou na *caritas*. No entanto, as razões que obrigam a sustentar os parentes e a dar assistência ao cônjuge transcendem as simples justificativas morais ou sentimentais, encontrando sua origem no próprio direito natural. É inata na pessoa a inclinação para prestar ajuda, socorrer e dar sustento” (Gonçalves, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, volume 6: Direito de família. Pag. 443. 9. ed. — São Paulo: Saraiva, 2012).

De outro modo, existe o dever familiar entre pais e filhos menores, cônjuges e companheiros respectivamente de sustento e de mútua assistência. A corroborar neste sentido, o doutrinador supra referido, citando o Orlando Gomes:

“(...)não se deve, realmente, confundir a obrigação de prestar alimentos “com certos deveres familiares, de sustento, assistência e socorro, como os que tem o marido em relação à mulher e os pais para com os filhos, enquanto menores — deveres que devem ser cumpridos incondicionalmente. A obrigação de prestar alimentos ‘*stricto sensu*’ tem pressupostos que a diferenciam de tais deveres. Ao contrário desses *deveres familiares*, é recíproca, depende das possibilidades do devedor e somente se torna exigível se o credor potencial estiver necessitado”. (Gonçalves, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, volume 6: Direito de família. Pag. 449. 9. ed. — São Paulo: Saraiva, 2012).

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça decidiu que a prestação de alimentos para ex-cônjuges é uma exceção à regra, incidente apenas quando configurada a dependência do outro ou a carência de assistência alheia.

Os requisitos para os alimentos provisórios concedidos à parte agravada na condição de cônjuge são diferentes dos alimentos devidos aos filhos, eis que não se baseiam no dever de sustento, mas sim no dever de mútua assistência, que se prolonga para além do rompimento do vínculo conjugal quando há fundada necessidade de quem os pleiteia, que, por motivos alheios a sua vontade, não possui condições de se manter por suas próprias despesas.

Desta forma, o arbitramento provisório de verba alimentar exige a presença de três pressupostos: a) o vínculo de parentesco, marital ou decorrente da união estável que una as partes; b) a necessidade alimentar e a incapacidade do Alimentando de sustentar a si próprio; e c) a possibilidade de prestar alimentos do Alimentante.

In casu, o pedido de alimentos provisórios tem como pressuposto a existência de casamento desde o ano de 1998 e como fundamento o dever de mútua assistência entre os companheiros (arts. 1.694 e 1.724 do CC).

Da análise detida dos autos, em que pese os argumentos de que a parte agravada possui renda suficiente para seu sustento, o recorrente não se desincumbiu do ônus que lhe cabia, qual seja a efetiva comprovação de que a apelada não necessita dos alimentos solicitados, bem como a sua total incapacidade de fornecê-los.

Neste sentido, traz-se a baila o seguinte precedente deste Egrégio Tribunal de Justiça, vejamos:

Assim sendo, inexistindo provas nos autos que demonstre a impossibilidade de o agravante arcar com o pagamento dos alimentos provisórios fixados em juízo, não resta alternativa senão aplicar a essa situação o brocardo latino *allegare nihil et allegatum non probare paria sunt*, ou seja, alegar e não provar é o mesmo que não alegar. (TJBA — 1ª Câmara Cível, AI nº. 22180-3/2009, Rel. Des. Maria da Purificação da Silva).

Todos os documentos juntados demonstram a possibilidade do agravante arcar com os alimentos requerido, notadamente em razão de ser engenheiro e empresário, exercendo suas atividades laborais na Petrobras, auferindo rendas mensais acima da média e superiores à R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), conforme se verifica de comprovante de Depósito Bancário juntado à fl.163.

De outro lado, verifica-se que a recorrida não exerce atividade econômica independente desde o ano de 1999, conforme consta das alegações da recorrente na petição inicial do processo

de origem, bem como afirmado pelo agravante em suas razões, de modo que lhe possa agora propiciar meios de subsistência. A alegação da existência de inventário não é suficiente para descaracterizar a necessidade da beneficiária, bem como não justifica a exoneração ou redução da pensão.

A responsabilidade pelas despesas do filho do casal parece estar clara nos autos, porquanto a parte agravante afirmou que é o responsável por tais gastos, de modo que não se afigura possível considerar a referida questão, neste momento, nem em prol, nem em detrimento de qualquer das partes.

Vale destacar os alimentos provisionais conservam a sua eficácia até o julgamento da ação principal, mas podem, a qualquer tempo, ser revogados ou modificados (CPC, art. 807).

Assim, embora atualmente, em regra, a pensão entre ex cônjuges tenha caráter temporário, nas circunstâncias de vida das partes, justifica-se a obrigação alimentar, como dever de solidariedade e mesmo compensação pelas condições da requerente, que dedicou-se unicamente as atividades domésticas durante a convivência de comum acordo.

Assim já decidiu os Tribunais Pátrios:

EXONERAÇÃO DE ALIMENTOS. EX-MULHER. ALTERAÇÃO DO BINÔMIO POSSIBILIDADE E NECESSIDADE. REDEFINIÇÃO DO QUANTUM QUANDO PERSISTE A NECESSIDADE DA ALIMENTANDA E REDUZIU A POSSIBILIDADE DO ALIMENTANTE. 1. Se a alimentanda sempre foi dependente do varão e já vinha recebendo pensão alimentícia há uma década, não pode agora, nessa quadra da sua vida, ficar ao desamparo. 2. Sendo já sexagenária a ex-mulher do alimentante e enfrentando problemas de saúde, não é cabível a exoneração dos alimentos, mas justifica-se plenamente a redução do quantum, quando fica cabalmente comprovada a limitação da capacidade econômica do alimentante, que enfrenta graves problemas de saúde e ficou impossibilitado de exercer qualquer atividade laboral, mantendo-se apenas com a reduzida pensão previdenciária que recebe. Recurso provido, em parte. (Apelação Cível nº 70040634677. Sétima Câmara Cível. Tribunal de Justiça do RS. Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Julgado em 19.10.2011)

APELAÇÃO. DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. AÇÃO DE DISSOLUÇÃO E RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL. PARTILHA. ALIMENTOS. 1. Tratando-se de dissolução de união estável, esta corte tem entendido que para ser apreciado o pedido alimentar de um dos cônjuges, o mesmo não necessita, obrigatoriamente, ser deduzido em reconvenção, bastando que seja discutido no processo, o que ocorreu, no caso concreto, já que deduzido em contestação. No caso, porém, não cabem alimentos à ex-convivente, mulher jovem e saudável, que tem condições de exercer atividade laborativa. 2. Não há prova qualquer dos gastos efetuados com o veículo, motivo pelo qual não pode ser incluído qualquer valor daí decorrente na partilha. 3. Os bens móveis que guarneciam a casa comum devem ser partilhados igualmente entre as partes. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (Apelação Cível Nº 70053920807, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em 08/05/2013).

EMENTA: CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE ALIMENTOS. FIXAÇÃO DE ALIMENTOS PROVISÓRIOS EM FAVOR DA EX-ESPOSA NO PATAMAR DE 120% DO SALÁRIO MÍNIMO. OBRIGAÇÃO ALIMENTAR ENTRE EXCÔNJUGES – PROVENIENTE DO DEVER DE SOLIDARIEDADE E DE MÚTUA ASSISTÊNCIA. COMPROVAÇÃO DE IMPOSSIBILIDADE DE PROVER O VALOR FIXADO – AGRAVANTE BENEFICIÁRIO DE AUXÍLIO DOENÇA DE UM SALÁRIO MÍNIMO E AGRAVADA APOSENTADAPERCEBENDO, TAMBÉM, UM SALÁRIO MÍNIMO. ALIMENTOS – TRINÔMIO POSSIBILIDADE NECESSIDADE PROPORCIONALIDADE. AGRAVO PROVIDO. (TJBA – 2ª Câmara Cível, AI nº. 0001830-40.2010.805.0000-0, Rel. Des. Maria da Graça Osório Pimentel, j. 17.12.2010).

Nestas condições, a decisão liminar recorrida não merece reforma, uma vez que há elementos suficientes que comprovem a capacidade econômica do agravante em arcar com o quanto pleiteado pela agravada.

De referência aos Embargos de Declaração interposto pelo agravante em face da decisão desta Relatoria que indeferiu o efeito suspensivo pleiteado, este encontra-se prejudicado face ao julgamento do mérito recursal do Agravo de Instrumento.

Ante ao exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO** ao Agravo de Instrumento, mantendo-se incólume a decisão guerreada.

TJBA – Agravo de Instrumento nº 0162363-49.2016.8.05.0909, Primeira Câmara Cível, Relator(a): Des. Mário Augusto Albiani Alves Junior, julgado em 24/07/2017.

PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSAMENTO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. ATIVIDADE RURAL. REGULARIDADE DA ATIVIDADE EMPRESARIAL. POSSIBILIDADE DE AFERIÇÃO DO BIÊNIO COM A SIMPLES MANUTENÇÃO E CONTINUIDADE DO EXERCÍCIO DA ATIVIDADE. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

O deferimento da recuperação judicial pressupõe a comprovação documental da qualidade de empresário e a regularidade da atividade empresarial pelo biênio mínimo estabelecido na legislação de regência, devendo ser aferida pela constatação da manutenção e continuidade do próprio exercício da atividade. Precedente do Superior Tribunal de Justiça (REsp 1193115/MT).

In casu, apesar dos agravados não possuírem dois anos de inscrição na Junta Comercial, o fizeram antes do ajuizamento da ação e comprovaram exercer a atividade rural por período superior ao biênio previsto em lei, inexistindo óbice ao processamento da recuperação judicial.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de **Agravo de Instrumento nº 0162363-49.2016.8.05.0909** em que figura como agravante o **AMAGGI & LD COMMODITIES LTDA** e agravados **STRACCI PARTICIPAÇÕES LTDA E OUTROS**.

ACORDAM os Desembargadores integrantes da turma julgadora da Primeira Câmara Cível, à unanimidade de votos, **em conhecer e negar provimento ao agravo de instrumento, mantendo a decisão**, pelas razões adiante alinhadas.

RELATÓRIO

Trata-se de AGRAVO DE INSTRUMENTO interposto por **AMAGGI & LD COMMODITIES LTDA**, em face da decisão proferida pelo MM. Juízo de Direito da 3ª Vara dos Feitos de Relação de Consumo, Cíveis e Comerciais da Comarca de Barreiras que, nos autos da Ação de Recuperação Judicial nº 0300929-20.2016.8.05.0022, ajuizada por **STRACCI PARTICIPAÇÕES LTDA, AMAURI STRACCI, NEUZA APARECIDA BOLOGNINI STRACCI e LUIZA ZUCON STRACCI**, deferiu o processamento do pedido de recuperação judicial em relação aos empresários **AMAURI STRACCI e NEUZA APARECIDA BOLOGNINI STRACCI**.

Irresignado, o agravante informa ser credor dos senhores Amauri Stracci e Neuza Aparecida Bolognini Stracci, tendo sido arrolada na relação nominal de credores apresentada no processo de origem, e que por força da Cédula de Produto Rural nº 13-35-007-001-1/2016 os agravados se obrigaram a entregar à agravante a quantidade de 7.5000.000,00 (sete milhões e quinhentos mil) quilos de soja, em grão a granel, equivalente a 125.000 (cento e vinte e cinco mil) sacas de 60 kg cada uma, safra 2015/2016, na unidade receptora da agravante, situada à Rodovia BA 225, Km 69, Coaceral, no Município de Formosa do Rio Preto-BA.

Em garantia ao cumprimento das obrigações assumidas na referida cédula, os agravados deram em hipoteca de primeiro grau de preferência, o imóvel com área de 1.369.576,1 ha., denominado Fazenda São Gabriel, situado no município de Barreiras do Piauí-PI.

Todavia, antes do vencimento das obrigações contraídas, o juízo de primeiro grau deferiu-lhes o pleito de recuperação judicial, em que pese não possuam o registro da atividade empresarial pelo prazo mínimo de dois anos, conforme previsto no art. 48 da Lei 11.101/2005 c/c 971 do CC.

Alega que enquanto a distribuição da ação ocorreu em 15/04/2016, a averbação da condição de empresário dos agravados, com o consequente arquivamento dos atos constitutivos, ocorreu em 28/03/2016, conforme atestam as certidões acostadas aos autos, de forma que não poderiam ter deferido em seu favor o processamento do pedido de recuperação judicial, pois não foi observado o interstício mínimo de dois anos de efetivo e regular exercício da atividade rural, estabelecido no art. 48 da Lei de regência.

Sustenta que houve má-fé dos agravados, pois pleitearam a concessão de crédito junto à agravante para fins de custeio da produção agrícola da safra de 2015/2016, tendo sido posteriormente surpreendida com a notícia da existência de terceiros que também possuíam penhor agrícola do produto soja em grãos, em grau de registro anterior ao da agravante, problema que se repetiu com relação à garantia hipotecária.

Entende que os agravados agiram de má-fé, ocultando informações relevantes acerca das garantias concedidas a outros credores sobre as mesmas áreas, a fim de obter a concessão do crédito almejado, certamente já planejando posteriormente requerer recuperação judicial, buscando amparo do poder judiciário para deixar de cumprir suas obrigações contratuais.

Ao final, pugnou pela concessão de efeito suspensivo ao presente recurso, suspendendo os efeitos da decisão impugnada que deferiu o processamento do pedido de recuperação judicial em relação aos agravados Amauri Stracci e Neuza Aparecida Bolognini Stracci e, no mérito, a sua revogação, excluindo do processo de recuperação judicial os senhores Amauri Stracci e Neuza Aparecida Bolognini Stracci.

Em decisão às fls. 628/637, foi negado o efeito suspensivo pleiteado.

Instado a se manifestar, o agravado apresentou contraminuta ao agravo de instrumento às fls. 640/655 e documentos de fls. 656/672, sustentando, em síntese, que a decisão agravada não versou sobre o valor, modalidade, regularidade de garantia e submissão, ou não, do crédito do agravante ao processo de recuperação judicial, razão pela qual devem ser considerados prejudicados os argumentos lançados neste sentido.

No mérito, aduziram satisfazer os requisitos necessários ao processamento do pedido de recuperação judicial, rechaçando as teses esboçadas na inicial e pugnando pela manutenção da decisão recorrida.

A agravante interpôs agravo interno às fls. 673/678 em face da decisão que indeferiu o pedido de atribuição de efeito suspensivo ao recurso.

Os agravados apresentaram contrarrazões ao agravo interno às fls. 686/695.

VOTO

O presente agravo de instrumento preenche os pressupostos recursais intrínsecos, quais sejam: cabimento, legitimidade, interesse recursal e inexistência de fato impeditivo ou extintivo ao direito de recorrer.

De igual maneira, o recurso possui os pressupostos extrínsecos: regularidade formal e tempestividade, merecendo, portanto, ser conhecido.

Dessume-se dos autos que o juízo primevo assim se posicionou quando entendeu pela possibilidade de deferimento do processamento do pedido em relação aos agravados:

Entretanto, cumpre observar que, AMAURI STRACCI, NEUZA APARECIDA BOLOGNINI STRACCI, e LUIZA ZUCON STRACCI não têm registro de atividade empresarial por prazo superior a dois anos, contudo, há que ressaltar o fato de que tratam-se eles de produtores

rurais, a quem não se faz necessária a inscrição no registro de empresa para que seja considerado regular o exercício da atividade rural.

Determina o Código Civil em seu art. 971 que é opcional o registro perante a junta comercial, donde se depreende pela regularidade do exercício da atividade rural sem a inscrição no registro de empresas. Nesse sentido, ressalta-se que o empresário rural é único que, por força de lei, pode optar por inscrever-se ou não perante o registro mercantil de empresas.

O requisito legal do art. 48 da LRF que estabelece que “o devedor exerça regularmente suas atividades há mais de 2 (dois) anos no momento do pedido” tem o escopo de afastar dos “benefícios” da Lei 11.101/2005 aquelas sociedades empresárias ou empresários individuais que ainda não se estabilizaram/consolidaram na economia local, regional ou mesmo nacional, evitando assim que empresas prematuras ou recém construídas de fato (e não de direito) goze do acompanhamento judicial para a sua recuperação.

[...]

Outrossim, no caso concreto, a petição inicial narra que o Sr. AMAURI STRACCI, NEUZA APARECIDA BOLOGNINI STRACCI, e LUIZA ZUCON STRACCI exercem atividade rural há décadas e exploram, de maneira organizada e promovendo a circulação de bens, o que se depreende não só do montante das operações, mas também da relevância do patrimônio amalhado para servir a esta atividade, donde se conclui, ainda, pela importância da manutenção da empresa.

Ademais, não se pode desconsiderar que a condição de empresário exigida pela lei 11.101/2005, não resultaria do registro, mas do efetivo exercício de atividade profissional. Máxime que, no caso concreto os Autores já se encontram devidamente inscritos no Registro Público de Empresa Mercantis.

O destinatário da Lei de Recuperação Judicial é o empresário ou a sociedade empresária. Nessa linha, a Lei remete ao conceito estabelecido no art. 966 do Código Civil dispondo que “empresário é a pessoa, física ou jurídica, que exerce de forma habitual e organizada atividade econômica voltada à produção ou à circulação de bens ou de serviços”.

Da análise dos autos, registra-se que, o alto vultu dos negócios dos Requerentes, ensejou, inclusive, a escrituração contábil de seus negócios, que ocorreu independentemente da falta de registro na Junta Comercial, ou seja, os requerentes há bastante tempo exercem atividade econômica de forma organizada.

O Superior Tribunal de Justiça “reconheceu que se o registro do exercente de atividade rural, já estiver efetuada na Junta Comercial, no momento em que o pedido de recuperação judicial foi ajuizado, o pedido deve ter seu processamento deferido, tendo em vista a comprovação de anterior atividade regular superior a dois anos”.

Nesse sentido, após detalhada análise nos documentos apresentados nos autos do pedido de recuperação judicial verifco que AMAURI STRACCI, NEUZA APARECIDA BOLOGNINI STRACCI, e LUIZA ZUCON STRACCI, por serem empresários rurais que exercem há mais de dois anos atividade empresarial rural, atendem ao disposto no art. 48 da Lei 11.101/05, independentemente da recente inscrição na junta comercial, que adequadamente serviu a cumprir a exigência formal do art. 51, V do referido diploma legal.

O objeto do presente recurso versa, portanto, sobre a possibilidade de processamento de recuperação judicial rural sem a inscrição na Junta Comercial do produtor rural pelo prazo de 02 (dois) anos.

Inicialmente, cumpre asseverar que a recuperação de empresas, calcada na Lei nº 11.101/2005, lei de Recuperação e Falência – LRF, tem o fito de “*viabilizar o saneamento da empresa em crise, ficando a extinção restrita para casos em que a recuperação da atividade não é viável*”. É verdadeira sublimação do princípio da preservação da empresa, incutido no art. 47, da referida legislação, que assim dispõe:

Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

O princípio da preservação da empresa, por sua vez, guarda estreita relação com o princípio da função social da empresa, nos dizeres de Teixeira.

(...) o princípio da preservação da empresa deve ser visto ao lado do princípio da função social da empresa, que considera o fato de que a atividade empresarial é a fonte produtora de bens par a sociedade como um todo, pela geração de empregos; pelo desenvolvimento da comunidade que está à sua volta; pela arrecadação de tributos/ pelo respeito ao meio ambiente e aos consumidores; pela proteção ao direito dos acionistas minoritários etc.

Nos dizeres de Jorge Lobo:

Recuperação Judicial é um instituto jurídico, fundado na ética da solidariedade, que visa sanear o estado de crise econômico-financeira do empresário e da sociedade empresária com a finalidade de preservar os negócios sociais e estimular a atividade empresarial, garantir a continuidade do emprego e fomentar o trabalho humano, assegurar a satisfação, ainda que parcial e em diferentes condições, dos direitos e interesses dos credores e impulsionar a economia creditícia (...).

Um dos objetivos precípuos da recuperação judicial, portanto, diz respeito à função social da empresa, que acaba por abarcar todos os objetivos constantes do art. 47, e visa estabelecer um verdadeiro poder-dever do empresário em dar destinação a uma atividade empresarial compatível com os interesses da sociedade.

Substrato da função social da empresa, o art. 170 da Constituição Federal prevê diversos princípios regedores da atividade econômica, calcados na valorização do trabalho humano, na justiça social e na existência digna. *In verbis*:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

A função social da empresa, ainda, transcende os limites físicos da própria empresa, sublimando interesses perante o fisco através da arrecadação de tributos, um convívio adequado com os fornecedores, consumidores e meio ambiente, sendo de fundamental importância para a circulação e produção de riquezas e criação de empregos.

Acerca da importância da função social da empresa e a defesa do interesse dos credores, assim já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL NO CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA. JUÍZO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL E JUÍZOS TRABALHISTAS. LEI Nº 11.101/05. PRESERVAÇÃO DOS INTERESSES DOS DEMAIS CREDITORES. MANUTENÇÃO DA ATIVIDADE ECONÔMICA. FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA. INCOMPATIBILIDADE ENTRE O CUMPRIMENTO DO PLANO DE RECUPERAÇÃO E A MANUTENÇÃO DE EXECUÇÃO FISCAL QUE CORRE NO JUÍZO TRABALHISTA. COM-

PETÊNCIA DO JUÍZO UNIVERSAL. DECISÃO MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. Agravo regimental não provido.

(STJ - AgRg no CC: 107065 RJ 2009/0158455-7, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 24/04/2013, S2 - SEGUNDA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 30/04/2013)

DIREITO EMPRESARIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. CRÉDITO FIDUCIÁRIO INSERIDO NO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. IR-RELEVÂNCIA. CRÉDITO QUE NÃO PERDE SUA CARACTERÍSTICA LEGAL. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. POSSIBILIDADE.

1. O art. 47 DA Lei de Falências serve como um norte a guiar a operacionalidade da recuperação judicial, sempre com vistas ao desígnio do instituto, que é “viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica”.

2. É de presumir que a empresa que se socorre da recuperação judicial se encontra em dificuldades financeiras tanto para pagar fornecedores e passivo tributário (obtido certidões negativas de débitos) como para obter crédito na praça em razão do aparente risco de seus negócios; por conseguinte, inevitavelmente, há fragilização em sua atividade produtiva e capacidade competitiva.

[...]

10. Recurso especial a que se nega provimento.

(REsp 1207117/MG, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 10/11/2015, DJe 25/11/2015)

Portanto, a recuperação judicial visa exatamente manter viva a chama da empresa que possui aptidão para se recuperar. Este potencial deve ser sustentado solidariamente por todos aqueles envolvidos no processo, seja direta ou indiretamente.

O art. 48 da Lei 11.101/2005, por sua vez, prevê os requisitos necessários à autorização do processamento do pedido de recuperação. *In verbis*:

Art. 48. Poderá requerer recuperação judicial o devedor que, no momento do pedido, exerça regularmente suas atividades há mais de 2 (dois) anos e que atenda aos seguintes requisitos, cumulativamente:

I – não ser falido e, se o foi, estejam declaradas extintas, por sentença transitada em julgado, as responsabilidades daí decorrentes;

II – não ter, há menos de 5 (cinco) anos, obtido concessão de recuperação judicial;

III – não ter, há menos de 5 (cinco) anos, obtido concessão de recuperação judicial com base no plano especial de que trata a Seção V deste Capítulo; (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014)

IV – não ter sido condenado ou não ter, como administrador ou sócio controlador, pessoa condenada por qualquer dos crimes previstos nesta Lei.

Portanto, o âmago do presente agravo diz respeito às disposições contidas no *caput* do supracitado art. 48, especialmente no que concerne à comprovação do exercício regular das atividades rurais pelo período de 02 (dois) anos.

Nesta seara, o Superior Tribunal de Justiça tem se inclinado no entendimento no sentido de que a regularidade da atividade empresarial pelo biênio mínimo estabelecido no supramencionado dispositivo legal deve ser aferida pela constatação da manutenção e continuidade de seu exercício, e não a partir da prova da existência de registro do empresário ou ente empresarial por aquele lapso temporal:

RECUPERAÇÃO JUDICIAL. COMPROVAÇÃO DA CONDIÇÃO DE EMPRESÁRIO POR MAIS DE 2 ANOS. NECESSIDADE DE JUNTADA DE DOCUMENTO COMPROBATÓRIO DE REGISTRO COMERCIAL. DOCUMENTO SUBSTANCIAL. INSUFICIÊNCIA DE REGISTRO REALIZADO 55 DIAS APÓS O AJUIZAMENTO.

POSSIBILIDADE OU NÃO DE RECUPERAÇÃO DE EMPRESÁRIO RURAL NÃO ENFRENTADA NO JULGAMENTO.

1.- O deferimento da recuperação judicial pressupõe a comprovação documental da qualidade de empresário, mediante a juntada com a petição inicial, ou em prazo concedido nos termos do CPC 284, de certidão de inscrição na Junta Comercial, realizada antes do ingresso do pedido em Juízo, comprovando o exercício das atividades por mais de dois anos, inadmissível a inscrição posterior ao ajuizamento. Não enfrentada, no julgamento, questão relativa às condições de admissibilidade ou não de pedido de recuperação judicial rural.

2- Recurso Especial improvido quanto ao pleito de recuperação. (Resp 1193115/MT, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Rel. P/ Acórdão Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/08/2013, DJe 07/10/2013)

Veja-se que, em que pese a ementa do julgado tenha informado que a questão da admissibilidade da recuperação judicial rural não tenha sido enfrentada, nas razões que fundamentaram o voto do ilustre Ministro redator, designado para lavrar o acórdão, restou assim consignado sem qualquer ressalva:

A jurisprudência, é certo, já dispensou a exigência de comprovação documental, inscrição na Junta Comercial durante todo o período mínimo de dois anos, mas jamais dispensou a exigência legal de comprovação documental da condição de comerciante, documento esse que constitui documento substancial que necessariamente deve vir com a petição inicial ou no prazo de aditamento da inicial (CPC, art. 284). Com efeito, apenas se admitiu, como noticiado em nota do repertório de THEOTONIO NEGRÃO, JOSÉ ROBERTO G. GOUVÊA, LUIZ GUILHERME A. BONDIOLO e JOÃO FRANCISCO N. DA FONSECA 9” CPC”, S. Paulo, Saraiva, 45ª ed., 2013, p. 1523, nota 1ª ao art. 48 da Lei 11.101/2005) que **“o requisito “exercício regular das atividades empresariais há mais de dois anos no momento do pedido de recuperação judicial” não exige inscrição na Junta Comercial por tal período mínimo. Integrando a requerente da recuperação judicial grupo econômico existente há 15 anos, e sendo constituída há menos de dois anos mediante transferência de ativos das empresas do grupo para prosseguir no exercício de atividade já exercida por tais empresas, é de se ter como atendido o pressuposto do biênio mínimo de atividade empresarial no momento do pedido”** (JTJ 336/644: AI 604.160-4/8-00).

De qualquer forma, a inscrição no registro de comércio exige-se, necessariamente, antes do ajuizamento do pedido de recuperação judicial, não havendo como suprir-se pela inscrição posterior, como no caso, em que, como constante do Acórdão recorrido, veio, essa inscrição, a dar-se 55 dias após o ingresso do pedido de recuperação em Juízo.

No julgamento em questão, a eminente Ministra Nancy Andrighi, apesar de ter sido vencida, fez uma valorosa análise sobre o assunto, a qual transcrevo, a título elucidativo:

A matéria relativa à recuperação do devedor em crise é de grande relevância, na medida em que a ordem econômico-social tem seu alicerce na atividade empresarial. Daí advém a necessidade de preservação das empresas que passam por dificuldades episódicas, desde que a manutenção de suas fontes produtivas, dos empregos e dos interesses dos credores se revelem viáveis.

A Lei 11.101/05, conforme estabelecido em seu art. 1º, “disciplina a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária”, remetendo seu intérprete, assim, ao conceito legal contido no art. 966 do CC.

Segundo se infere dessa norma, empresário é a pessoa, física ou jurídica, que exerce de forma habitual e organizada atividade econômica voltada à produção ou à circulação de bens ou de serviços.

Nessa medida, quem se dedica ao exercício profissional de atividade econômica organizada, ainda que de natureza agrícola ou pecuária, produzindo ou promovendo a circulação de bens ou serviços, deve ser considerado empresário.

[...]

É certo, por um lado, que, em regra, a regularidade de exercício da atividade empresarial é condição que pressupõe, para sua configuração, a efetiva inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis.

Por outro lado, todavia, há de se considerar, como já mencionado, que a inscrição do empresário rural no Registro de Empresas não é obrigatória, de modo que o exercício de suas atividades não pode ser tido por irregular em virtude, unicamente, da inexistência de registro.

Ao lidar com a matéria, deve-se atentar, igualmente, à necessidade imposta pelo art. 970 do CC de se dispensar, no que concerne ao registro e seus efeitos, tratamento diferenciado e simplificado ao empresário rural, de modo a facilitar a continuidade e a manutenção de suas atividades.

Por derradeiro, é imprescindível reconhecer que o foco do aplicador do Direito, no que se refere à questão discutida, deve estar voltado ao atendimento precípua das finalidades a que se destina a Lei 11.101/05.

Os princípios que orientaram a elaboração e que devem direcionar a interpretação e a aplicação dessa lei objetivam garantir, antes de tudo, o atendimento dos escopos maiores do instituto da recuperação de empresas, tais como a **manutenção do ente no sistema de produção e circulação de bens e serviços, o resguardo do direito dos credores e a preservação das relações de trabalho envolvidas**, direta ou indiretamente na atividade. É o que se deduz do texto exposto da norma constante no art. 47 da LFRE.

Na oportunidade, a eminente Ministra restou vencida apenas quanto a necessidade de exigência da comprovação, com a inicial, da sua condição de comerciante do produtor rural que requer a recuperação judicial.

Não há dúvidas, portanto, que bastam dois requisitos para possibilitar o processamento da recuperação judicial, quais sejam, a inscrição na Junta Comercial anterior ao pedido de recuperação, e a comprovação do efetivo exercício da atividade empresarial em prazo superior a 02 (dois) anos. Assim, indubitável que tal hipótese se aplica aos produtores rurais, conforme o seguinte julgado:

Recuperação judicial. Requerimento por produtores rurais em atividade por prazo superior àquele de 2 (dois) anos exigido pelo artigo 48, caput, da Lei nº 11.101/2005, integrantes de grupo econômico na condição de empresários individuais respaldados pelos artigos 966 e 971 do Código Civil e/ou de sócios das sociedades coautoras. Legitimidade reconhecida. Irrelevância da alegada proximidade entre as datas de ajuizamento do feito e das prévias inscrições dos produtores rurais como empresários individuais na Junta Comercial do Estado de São Paulo. Firme entendimento jurisprudencial no sentido de que a regularidade da atividade empresarial pelo biênio mínimo estabelecido no supramencionado dispositivo legal deve ser aferida pela constatação da manutenção e continuidade de seu exercício, e não a partir da prova da existência de registro do empresário ou ente empresarial por aquele lapso temporal. Manutenção do deferimento do processamento da demanda. Agravo de instrumento desprovido.” (TJ-SP - AI: 20370645920138260000 SP 2037064-59.2013.8.26.0000, Relator: José Reynaldo, Data de Julgamento: 22/09/2014, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Data de Publicação: 23/09/2014)

Este, inclusive, vem sendo o entendimento firmado por esta Câmara:

PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSAMENTO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. ATIVIDADE RURAL. REGULARIDADE DA ATIVIDADE EMPRESARIAL. AFERIÇÃO DO BIÊNIO QUE PODE SER AFERIDA COM A SIMPLES MANUTENÇÃO E CONTINUIDADE DO EXERCÍCIO DA ATIVIDADE. PRORROGAÇÃO DO PRAZO DE SUSPENSÃO DAS AÇÕES E EXECUÇÕES. FLEXIBILIZAÇÃO. COMPLEXIDADE DA RECUPERAÇÃO. POSSIBILIDADE. FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

O deferimento da recuperação judicial pressupõe a comprovação documental da qualidade de empresário e a regularidade da atividade empresarial pelo biênio mínimo estabelecido na legislação de regência, devendo ser aferida pela constatação da manutenção e continuidade do próprio exercício da atividade. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça (REsp 1193115/MT).

In casu, apesar dos agravados não possuírem dois anos de inscrição na Junta Comercial, o fizeram antes do ajuizamento da ação e comprovaram exercer a atividade rural por período superior ao biênio previsto em lei, inexistindo óbice ao processamento da recuperação judicial.

O Superior Tribunal de Justiça tem mitigado o prazo da suspensão das ações e execuções em face do devedor/recuperando de 180 (cento e oitenta) dias previsto no §4º, do art. 6º, calado no princípio da preservação da empresa e na manutenção dos bens de capital essenciais à atividade empresarial, especialmente quando o nível de complexidade da recuperação ensejar prazo maior do que o previsto legalmente para a aprovação do plano pela Assembleia Geral de Credores, como ora se consubstancia na hipótese.

Nesse contexto, considerando a peculiaridade do caso e a complexidade que envolve a presente recuperação judicial, a prorrogação do prazo da suspensão mostra-se essencial para o deslinde da recuperação, protegendo o patrimônio da recuperanda, sendo imperiosa a manutenção do decisum primevo como forma inclusive de salvaguardar o direito de todos os credores.

(Classe: Agravo de Instrumento, Número do Processo: 0006133-53.2017.8.05.0000, Relator(a): José Jorge Lopes Barreto da Silva, Primeira Câmara Cível, Publicado em: 01/06/2017)

PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSAMENTO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. ATIVIDADE RURAL. REGULARIDADE DA ATIVIDADE EMPRESARIAL. BIÊNIO QUE PODE SER AFERIDO COM A SIMPLES MANUTENÇÃO E CONTINUIDADE DO EXERCÍCIO DA ATIVIDADE. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

O deferimento da recuperação judicial pressupõe a comprovação documental da qualidade de empresário e a regularidade da atividade empresarial pelo biênio mínimo estabelecido na legislação de regência, devendo ser aferida pela constatação da manutenção e continuidade do próprio exercício da atividade. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça (REsp 1193115/MT).

In casu, apesar dos agravados não possuírem dois anos de inscrição na Junta Comercial, o fizeram antes do ajuizamento da ação e comprovaram exercer a atividade rural por período superior ao biênio previsto em lei, inexistindo óbice ao processamento da recuperação judicial.

(Classe: Agravo de Instrumento, Número do Processo: 0013397-58.2016.8.05.0000, Relator(a): Mário Augusto Albiani Alves Junior, Primeira Câmara Cível, Publicado em: 09/03/2017)

Ademais, o próprio §2º, do citado art. 48, da Lei 11.101/2005, flexibiliza a comprovação do exercício da atividade rural, dispositivo este incluído pela Lei nº 12.873/2013:

Art. 48. (...)

§2º - Tratando-se de exercício de atividade rural por pessoa jurídica, admite-se a comprovação do prazo estabelecido no caput deste artigo por meio da Declaração de Informações Econômico-fiscais da Pessoa Jurídica – DIPJ que tenha sido entregue tempestivamente.

In casu, apesar dos agravados não possuírem dois anos de inscrição na Junta Comercial, o fizeram antes do ajuizamento da ação e comprovaram exercer a atividade rural por período superior ao biênio previsto em Lei, fato este sequer impugnado e que serviu de supedâneo para a decisão recorrida, mostrando-se incontroverso e justificando, indubitavelmente, o deferimento do pedido de recuperação judicial em favor dos agravados.

Assim, resta clarividente que a inscrição na Junta Comercial não se mostra como condição *sine qua non* para o processamento da recuperação judicial, especialmente nas hipóteses de produtor rural quando restar incontroversa a manutenção e continuidade do exercício da atividade por prazo superior a 02 (dois) anos, como se verifica na hipótese.

Frise-se que eventuais alegações sobre a existência de má-fé não comportam discussão no presente recurso, cujos contornos versam exclusivamente sobre a possibilidade ou não de deferimento do pleito dos agravados, devendo tais argumentos ser deduzidos no bojo do processo competente.

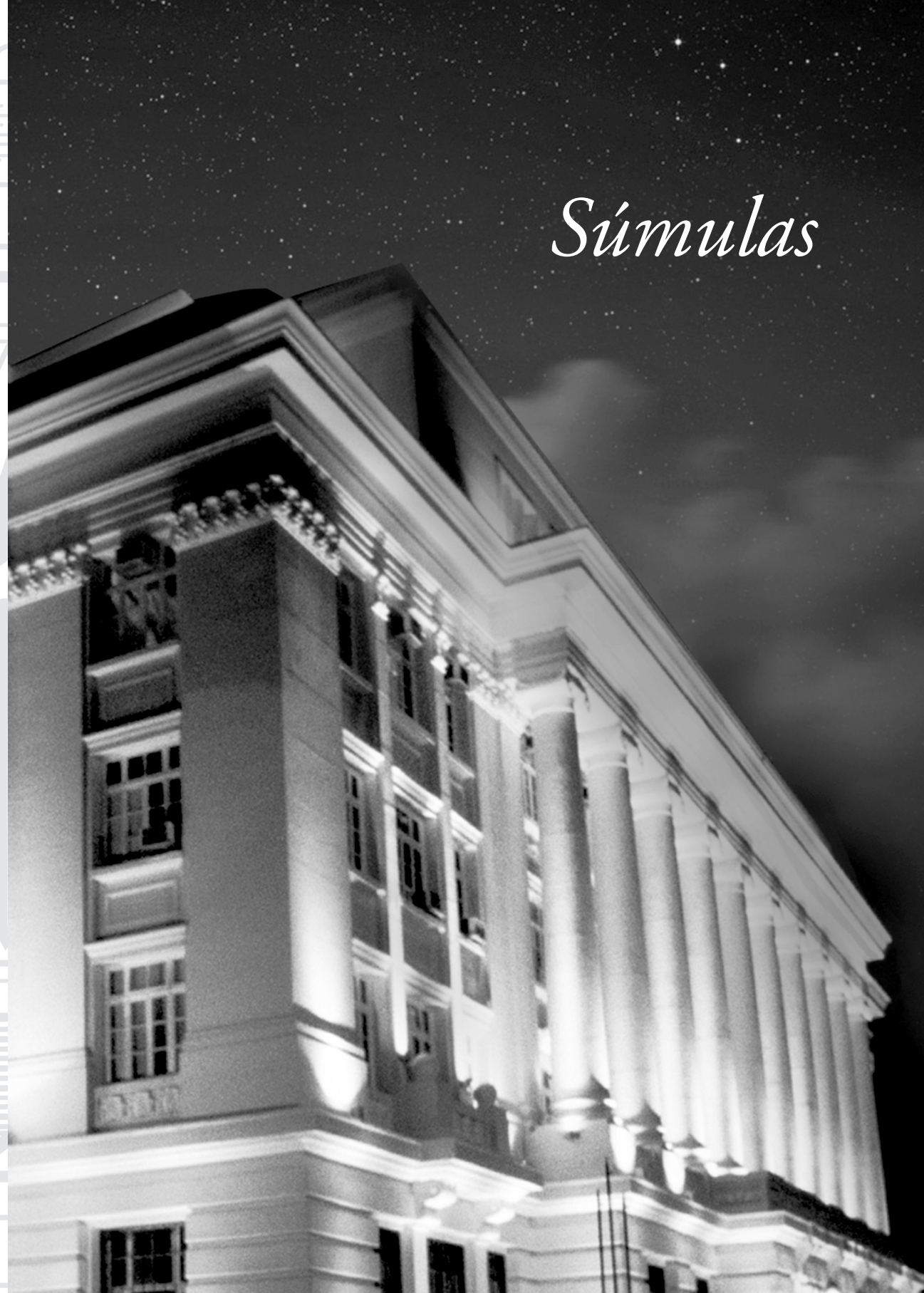
Destarte, não há o que ser reparado na decisão recorrida, devendo a mesma ser mantida em todos os seus termos.

Pelas razões expostas, o voto é no sentido de **NEGAR PROVIMENTO** ao recurso de agravo de instrumento, **mantendo a decisão** em todos os seus termos.

Em virtude do julgamento do mérito deste recurso, julgo PREJUDICADO o agravo interno de fls. 673/678.



Súmulas



**Súmula nº 1**

Nas ações penais contra gestores públicos é dispensável a intimação pessoal do acusado e de seus defensores para a Sessão destinada a apreciar o recebimento ou rejeição da denúncia, sendo suficiente a intimação regular do advogado constituído, mediante a inclusão do processo em pauta.

Súmula nº 2 - Cancelada**Súmula nº 3**

Os critérios para a fixação do regime de cumprimento de pena, bem como para substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, previstos, respectivamente, nos §§2º e 3º do Art. 33 e do art. 44, do Código Penal, são aplicáveis para os crimes previstos na Lei 11.343/2006, assegurando-se, dessa forma, a individualização da pena.

Súmula nº 4

O reconhecimento da continuidade delitiva exige a presença tanto dos requisitos objetivos do art. 71 do Código Penal, quanto do requisito subjetivo, configurado no necessário liame entre os crimes praticados com unidade de desígnios por parte do agente.

Súmula nº 5

A citação pessoal nos processos criminais de que trata o parágrafo único do art. 66 da Lei nº 9.099/95, exige, para que cesse a competência dos Juizados Especiais, o esgotamento de todos os meios necessários para a prática do ato, com expedição de certidão, exarada pelo Oficial de Justiça, atestando a impossibilidade de localização do réu.

Súmula nº 6

A fixação, na sentença condenatória, do valor mínimo indenizatório devido à vítima, previsto no artigo 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, deverá obedecer o princípio do contraditório, assegurado ao réu, no curso do processo, defender-se da imputação.

Súmula nº 7

O emprego de arma, inclusive de fogo, ainda que desmuniada, autoriza a incidência da majorante prevista no inciso I, §2º do Art. 157 do Código Penal.

Súmula nº 8

É irrelevante a falta ou nulidade de laudo pericial para a comprovação do potencial lesivo da arma ou munição necessários à configuração dos crimes de perigo abstrato previstos no Estatuto do desarmamento, tendo em vista o fato de a periculosidade ser ínsita à própria tipificação penal, em benefício da proteção da segurança coletiva.

Súmula nº 9

Aplicam-se as disposições do Código de Defesa do Consumidor às relações jurídicas travadas entre o PLANSERV e seus filiados.

Súmula nº 10

É nulo o ato de reprovação de candidato em psicoteste, caso não lhe seja concedida a oportunidade de conhecer as razões objetivas pelas quais foi considerado inapto ao exercício do cargo público pleiteado.

Súmula nº 11

As pessoas portadoras de deficiência, ou de reduzida mobilidade física, demonstrada por perícia médica realizada, ou somente coordenada, pelo órgão municipal gestor competente, tem direito subjetivo à gratuidade no transporte coletivo urbano.

Súmula nº 12

Havendo recomendação pelo médico responsável, considera-se abusiva a recusa do plano de saúde em custear tratamento “home care”, ainda que pautada na ausência de previsão contratual ou na existência de cláusula expressa de exclusão.

Súmula nº 13

A abusividade do percentual da taxa de juros, aplicado em contratos bancários submetidos ao Código de Defesa do Consumidor, deve ser apurada considerando as circunstâncias do caso concreto e com base no índice da taxa média de mercado para a mesma operação financeira, divulgado pelo Banco Central do Brasil ou outro órgão federal que venha substituí-lo para este fim.

Súmula nº 14

A notificação extrajudicial expedida por cartório de títulos e documentos, ainda que situado em comarca diversa do domicílio do devedor, é válida para fins de constituição em mora do devedor fiduciário, ou daquele que figura em contrato de arrendamento mercantil (leasing), desde que entregue no endereço do devedor, por via postal e com aviso de recebimento.

REVISTA BAHIA FORENSE

REVISTA BAHIA FORENSE
digital

Leia a versão digital da Bahia Forense acessando o link
http://www5.tjba.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=93921

Livro produzido pela Coordenação de Serviços Gráficos
Tribunal de Justiça do Estado da Bahia





TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA

