



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DO ESTADO DA BAHIA

— REVISTA —

BAHIA FORENSE

DOCTRINA
JURISPRUDÊNCIA
SÚMULAS

| 54



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DO ESTADO DA BAHIA

— REVISTA —

BAHIA FORENSE

DOCTRINA
JURISPRUDÊNCIA
SÚMULAS

| 54



PROJETO GRÁFICO

ASSESSORIA DE COMUNICAÇÃO SOCIAL - ASCOM

CONTEÚDO EDITORIAL

COMISSÃO PERMANENTE DE JURISPRUDÊNCIA, REVISTA,
DOCUMENTAÇÃO JURÍDICA E BIBLIOTECA

FOTOGRAFIA

ASSESSORIA DE COMUNICAÇÃO SOCIAL - ASCOM

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, 1961-

Catálogo do volume 54, publicada em outubro de 2025.
ISSN: 0102-3020.

De 1961 a 1962 o periódico denominava-se “Revista Jurídica”. A partir do n. 5,
publicado em jun./dez. 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

TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DO ESTADO DA BAHIA

— R E V I S T A —

BAHIA FORENSE

DOUTRINA
JURISPRUDÊNCIA
SÚMULAS

54

2025



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA

TRIBUNAL PLENO

Presidente

Desa. CYNTHIA MARIA PINA RESENDE

1º Vice-Presidente

Des. JOÃO BÔSCO DE OLIVEIRA SEIXAS

2º Vice-Presidente

Des. JOSÉ ALFREDO CERQUEIRA DA SILVA

Corregedor-Geral

Des. ROBERTO MAYNARD FRANK

Corregedora das Comarcas do Interior

Desa. PILAR CÉLIA TOBIO DE CLARO

Ouvidor Judicial

Des. LIDIVALDO REAICHE RAIMUNDO BRITTO

Ouvidor Judicial Substituto

Des. BALTAZAR MIRANDA SARAIVA

DESA. SÍLVIA CARNEIRO SANTOS ZARIF
DES. MARIO ALBERTO HIRS
DES. ESERVAL ROCHA
DESA. MARIA DA PURIFICAÇÃO DA SILVA
DESA. MARIA DO SOCORRO BARRETO SANTIAGO
DESA. ROSITA FALCÃO DE ALMEIDA MAIA
DES. JOSÉ CÍCERO LANDIN NETO
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. JOSÉ EDIVALDO ROCHA ROTONDANO
DES. PEDRO AUGUSTO COSTA GUERRA
DES. ALIOMAR SILVA BRITTO
DES. JOÃO AUGUSTO ALVES DE OLIVEIRA PINTO
DESA. DINALVA GOMES LARANJEIRA PIMENTEL
DESA. LISBETE MARIA TEIXEIRA ALMEIDA CÉZAR SANTOS
DES. EDMILSON JATAHY FONSECA JÚNIOR
DESA. IVONE BESSA RAMOS
DESA. RITA DE CÁSSIA MACHADO MAGALHÃES
DES. MAURÍCIO KERTZMAN SZPORER
DES. LIDIVALDO REAICHE RAIMUNDO BRITTO
DESA. JOANICE MARIA GUIMARÃES DE JESUS
DESA. MARIA DE LOURDES PINHO MEDAUAR
DESA. CARMEM LÚCIA SANTOS PINHEIRO
DES. BALTAZAR MIRANDA SARAIVA
DES. MÁRIO AUGUSTO ALBIANI ALVES JÚNIOR
DES. RAIMUNDO SÉRGIO SALES CAFEZEIRO
DES. JULIO CEZAR LEMOS TRAVESSA

DESA. MARIA DE FÁTIMA SILVA CARVALHO
DES. ABELARDO PAULO DA MATTÁ NETO
DESA. SORAYA MORADILLO PINTO
DESA. ARACY LIMA BORGES
DES. ANTONIO CUNHA CAVALCANTI
DES. JOSÉ SOARES FERREIRA ARAS NETO
DES. MANUEL CARNEIRO BAHIA DE ARAÚJO
DESA. REGINA HELENA SANTOS E SILVA
DES. PAULO ALBERTO NUNES CHENAUD
DES. GEDER LUIZ ROCHA GOMES
DES. EDSON RUY BAHIENSE GUIMARÃES
DES. JOSÉ JORGE LOPES BARRETTO DA SILVA
DES. MARCELO SILVA BRITTO
DESA. MARIA DO SOCORRO SANTA ROSA
DE CARVALHO HABIB
DES. PAULO CÉSAR BANDEIRA DE MELO JORGE
DES. ANGELO JERONIMO E SILVA VITA
DES. CÁSSIO JOSÉ BARBOSA MIRANDA
DES. ROLEMBERG JOSÉ ARAÚJO COSTA
DES. JOSEVANDO SOUZA ANDRADE
DES. ANTONIO ADONIAS AGUIAR BASTOS
DESA. LÍCIA PINTO FRAGOSO MODESTO
DES. CLAUDIO CÉSARE BRAGA PEREIRA
DES. ANTÔNIO MARON AGLE FILHO
DESA. MARIELZA BRANDÃO FRANCO
DES. RENATO RIBEIRO MARQUES DA COSTA
DES. RICARDO REGIS DOURADO
DES. NIVALDO DOS SANTOS AQUINO
DES. RAIMUNDO NONATO BORGES BRAGA
DES. EDUARDO AFONSO MAIA CARICCHIO
DES. ALBERTO RAIMUNDO GOMES DOS SANTOS
DESA. MARIA DAS GRAÇAS GUERRA DE
SANTANA HAMILTON

DESEMBARGADORES DA COMISSÃO DE JURISPRUDÊNCIA

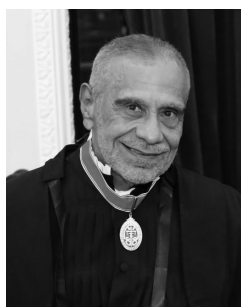
TITULARES



Desa. Dinalva Gomes Laranjeira Pimentel
Presidente



Des. Marcelo
Silva Britto



Des. José Jorge Lopes
Barreto da Silva



Des. Antônio Maron
Agle Filho

SUPLENTES



Desa. Inez Maria Brito
Santos Miranda



Des. Baltazar
Miranda Saraiva



Desa. Carmen Lúcia
Santos

PREFÁCIO

Com a autoridade de sua história e a relevância de sua atualidade, a Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia chega à sua 54ª edição, reafirmando-se como espaço de preservação da memória, difusão do pensamento jurídico e incentivo à pesquisa acadêmica.

A Deus agradeço pela força e sabedoria que me permitem conduzir os trabalhos da Comissão de Jurisprudência. É Ele quem nos guia e inspira a perseverar na missão de servir à Justiça com responsabilidade e coerência.

Esta edição reúne, além de decisões paradigmáticas do nosso Tribunal, instigantes contribuições acadêmicas que abordam questões atuais e de grande relevância. Com satisfação, registramos a valiosa participação de autores de reconhecido mérito, que se debruçaram sobre temas como a cultura do encarceramento feminino e a seletividade penal, bem como sobre um tema importante da atualidade: inteligência artificial.

Esses e outros trabalhos, ao lado da jurisprudência aqui publicada, reforçam o compromisso do Poder Judiciário baiano com a ciência, com a pesquisa e com a formação de um Direito mais sensível às demandas sociais. Nesta oportunidade, cabe ainda destacar a disponibilização da versão eletrônica da Revista de Jurisprudência, que amplia o acesso e possibilita maior difusão do conteúdo científico produzido por esta Corte.

Expresso minha sincera gratidão aos membros da Comissão de Jurisprudência, aos Magistrados e servidores que contribuíram para esta edição, e à Presidência do Tribunal de Justiça da Bahia, na pessoa da e. Desembargadora Cynthia Maria Pina Resende, pelo apoio decisivo à concretização deste projeto.

Que esta 54ª edição seja fonte de estudo, reflexão e inspiração, fortalecendo em todos nós o compromisso com a Justiça. Que Deus continue a abençoar nossos caminhos.

Salvador, 13 de outubro de 2025

DES^a. DINALVA GOMES LARANJEIRA PIMENTEL

Presidente da Comissão de Jurisprudência
do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia

- DISCURSO -

MEDALHA AO DR. ROBERTO ROSAS

Estamos aqui para homenagear o Professor Doutor Roberto Rosas, que nesta solenidade está recebendo a Medalha Tomé de Souza, maior honraria masculina da Câmara Municipal de Salvador.

A ligação do homenageado com a nossa cidade é intensa e, com certeza, existe uma razão, pois tem alma de historiador.

Nascido em 25 de março de 1939, no Rio de Janeiro, então capital da República, no seio de uma família de comerciantes, teve o privilégio de estudar no Colégio Pedro II, bebendo na fonte de professores como Hahnemann Guimarães, que lecionava latim, bem como de Filadelfo de Azevedo, docente de filosofia, ambos futuros Ministros do Supremo Tribunal Federal.

A princípio, o jovem sonhador queria estudar História, contudo a atração para o campo jurídico e social foi inevitável, levando-o a ingressar na Faculdade Nacional de Direito da Universidade do Brasil, no Rio de Janeiro, quando pôde conviver com dois notáveis baianos: o Magnífico Reitor Pedro Calmon e o Diretor Hermes Lima, também professor da disciplina Introdução à Ciência do Direito.

Graduado em 1964, viu-se trágico pelos acontecimentos políticos que redundaram na ruptura da ordem constitucional e democrática, com o golpe militar que depôs o Governo João Goulart, e nosso homenageado, após concluir o curso de Ciências Sociais, em 1965, foi convidado para ser Assessor do Ministro Gonçalves de Oliveira, no STF, no Planalto Central.

Na recém-fundada Universidade Nacional de Brasília, depois de haver concluído o Mestrado, obteve o segundo título de Doutor, perante a banca examinadora integrada pelos expoentes Vicente Rao, o baiano Nelson Carneiro e Pereira Lira, no ano de 1968, com a tese “Do Dirigismo Jurisprudencial”, inspirado pelo brilhante trabalho do Ministro do STF Victor Nunes Leal, que introduziu, naquela Corte, a adoção das Súmulas, tendo sido aprovado com o máximo louvor.

Após o recrudescimento do regime militar, mormente em decorrência da edição do Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968, testemunhou grandes acontecimentos políticos e jurídicos, inclusive a aposentadoria compulsória, em janeiro de 1969, de três Ministros do Supremo Tribunal Federal (Evandro Lins e Silva, Victor Nunes Leal e Hermes Lima), no Governo Costa e Silva, o que desencadeou uma crise institucional, com a aposentação voluntária, em protesto, de seu Presidente, Gonçalves Oliveira, a quem o Professor Rosas assessorava, tendo sido impulsionado a fundar o Escritório Rosas e Advogados, um dos mais consagrados do país, voltado para a atuação nos Tribunais Superiores.

Exerceria, ainda, os cargos de Advogado do BNDE e de Procurador do Tribunal de Contas do Distrito Federal.

Já em 1975, seria um dos Professores do Curso de Mestrado em Direito do Estado, na UNB, ao lado de outros grandes juristas, como o baiano Josafá Marinho.

No ano de 1978, publicaria a sua tese de Doutorado, sob o título “Direito Sumular”, alertando para a importância dos votos vencidos nas futuras mudanças de entendimento dos Tribunais.

Destacou-se, na Constituinte de 1987, colaborando com a redação do capítulo do Poder Judiciário.

Outras obras jurídicas da lavra do nosso homenageado trouxeram conhecimentos e iluminaram muitos caminhos, a exemplo de: “Comentários ao CPC” (1975), “Direito Processual Constitucional” (1983), “Legislativo e Judiciário” (também de 1983), “Pedro Lessa, o Marshal Brasileiro” (1985), “Do Abuso de Direito ao Abuso de Poder” (2011), “Perfis do Mundo Jurídico” (do mesmo ano), “Devido Processo Legal” (2018) e “Lembranças do Mundo Jurídico” (2021), estando no prelo o livro “Recordações do Mundo Jurídico”.

Atuou como Ministro do Tribunal Superior Eleitoral (de 1983 a 1990) e, por vinte anos, integrou o Conselho Federal da OAB.

Fundador do Instituto dos Advogados do Distrito Federal, foi seu Presidente.

É Membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas, da Academia Brasiliense de Letras, da Academia Internacional de Direito e Economia, da Academia Brasileira de Direito Tributário, Membro Correspondente da Academia Paulista de Direito, Vice-Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional e Membro honorário do Instituto dos Advogados da Bahia.

Participou, na condição de examinador, de inúmeros concursos, como Professor ou representante da OAB.

Com produção profícua, publicou 141 artigos, e a sua rica contribuição à cultura jurídica conduziu, inevitavelmente, à edição de textos que o reverenciaram.

Em 2020, “Uma Vida Dedicada ao Direito – estudos em homenagem a Roberto Rosas”, sob a coordenação de Arruda Alvim, Eduardo Arruda Alvim e Flávio Galdino; e, no ano de 2022, sob a coordenação do Ministro do STF Gilmar Mendes e do Professor Victor Marcel, foi editado o livro “Súmulas, Teses e Precedentes — Estudos em Homenagem a Roberto Rosas”, lançado, coincidentemente, na Biblioteca Victor Nunes Leal, da Suprema Corte, quando foi saudado pelo Ministro Fux, que asseverou: “quando um aluno me procura, para pedir conselhos sobre concursos públicos, a primeira dica que dou é a leitura do Professor Roberto Rosas, referência em jurisprudência no Brasil. É um homem que transformou as Súmulas do Supremo em trabalho de excelência”.

Cultor e estudioso da obra do Águia de Haia, ministrou a palestra “Ruy Advogado”, no Seminário “Ruy Barbosa, do Império à República, uma Vida Dedicada à Nação”, promovido pelo Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, em 2023, sob a gestão do Desembargador Nilson Castelo Branco, em alusão ao centenário de morte do insigne jurista.

Ademais, o Professor Roberto Rosas, atento ao Poder Judiciário brasileiro, formulou proposições para a formação de jovens Magistrados, sugerindo uma residência jurídica de dois anos, onde se estudaria Economia, Ciência Política, Sociologia e Filosofia do Direito, com atividades práticas supervisionadas por Juízes experientes, veteranos e aposentados.

Defensor da arbitragem como meio alternativo para a solução de controvérsias no Brasil, realçou: “é necessário educar o estudante de Direito e o advogado para a mediação e a conciliação; não basta a invocação do Código de Processo Civil”.

Como bom cidadão baiano, título que recebeu em 2019, ao iniciar um dos capítulos do livro “Lembranças do Mundo Jurídico”, registrou: “a Bahia dominou o poder até 1763, porque lá estava a capital da Colônia, o primeiro Tribunal e o Legislativo”.

Pois bem, Professor Rosas, Vossa Excelência recebe, nesta data, a Medalha Thomé de Souza, fundador da Cidade do Salvador, em 1549, primeira Capital do Brasil.

Nesta praça, ele e a sua comitiva executaram a planta traçada pelo arquiteto Luiz Dias, trazida de Lisboa.

Neste sítio, surgiram as primeiras edificações institucionais, o Palácio do Governo e a Câmara Municipal.

Não demoraria para, em 1609, o Tribunal da Relação do Brasil, primeira Corte das Américas, se instalar, inicialmente no Palácio do Governo, e a partir de 1653, em sede própria, ocupando um sobrado até 1870, demolido para a construção do Elevador Lacerda.

No subsolo desta Casa Legislativa, funcionou a Cadeia do Tribunal, onde estiveram presos os líderes da Revolta dos Búzios (Revolução dos Alfaiates), das Revoltas dos Hauçás, da Revolução Pernambucana, das Revoltas Federalistas, da Revolta dos Malês e da Sabinada, dentre outras insurreições, todas visando um Brasil republicano, livre da escravidão.

Nesta área, transitaram Padre Anchieta, Antônio Vieira, Gregório de Mattos, Dom João VI, Pedro I, Pedro II, Charles Darwin, Luiz Gama (quando criança), Ruy Barbosa, Castro Alves, Teixeira de Freitas e tantos outros vultos da nossa História.

Porque, como bem disse o poeta Gilberto Gil:

“Deus entendeu de dar a primazia

Pro bem, pro mal, primeira mão na Bahia

Primeira missa, primeiro índio abatido também

Deus entendeu de dar toda magia

Pro bem, pro mal, primeiro chão na Bahia

Primeiro carnaval, primeiro Pelourinho também”.

Em tempos tão difíceis, de guerras, retrocessos, violações aos direitos humanos, em todos os quadrantes, é salutar lembrar Ruy Barbosa, como bem ressaltou o Professor Roberto Rosas, em seu livro “Lembranças do Mundo Jurídico”:

“Não há outro meio de atalhar o arbítrio, senão dar contornos definidos e inequívocos à condição, que o limita.” (Ruy Barbosa)

Parabéns Professor Roberto Rosas, após a concessão da Medalha do Mérito Judiciário do Tribunal de Justiça da Bahia, em 2022, hoje, a Cidade do Salvador está em júbilo, mais uma vez, ao outorga-lhe a Medalha Thomé de Souza, importante, merecida e honrada condecoração.

Discurso proferido pelo Desembargador do Tribunal de Justiça da Bahia Livaldo Reaiche Raimundo Britto em 28 de agosto de 2025 na Câmara Municipal de Salvador durante a Solenidade de Outorga da Medalha Thomé de Souza - Homenagem ao Professor Doutor Roberto Rosas.

SUMÁRIO



SUMÁRIO

DOCTRINA

POSSIBILIDADE DE ACUMULAÇÃO DE PROVENTOS DE APOSENTADORIA DECORRENTES DE CARGOS INACUMULÁVEIS <i>Marielza Brandão e Bruno Oliveira</i>	25

A CULTURA DO ENCARCERAMENTO FEMININO E A SELETIVIDADE PENAL: ANÁLISE INTERSECCIONAL E ESTRATÉGIAS PARA UMA JUSTIÇA PENAL SENSÍVEL AO GÊNERO <i>Soraya Moradillo Pinto e Mariana Marssaro</i>	31

EM BUSCA DAS PENAS PRESCRITAS: A ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA COMO <i>CUSTOS VULNERABILIS</i> NO PROJETO LIBERDADE PROCURADA <i>Daniel Nicory do Prado</i>	44

ANÁLISE DA EFICÁCIA DA CLÁUSULA WASH-OUT NOS CONTRATOS EMPRESARIAIS DE COMPRA E VENDA FUTURA DE GRÃOS <i>Darllan Santos e Maria Eduarda Sales de Santana</i>	57

RESTAURAÇÃO E SUPRIMENTO DE ASSENTO CIVIL NO CARTÓRIO DE REGISTRO CIVIL DE PESSOAS NATURAIS <i>Gabriel Campos de Souza</i>	69

EDUCAR PARA TRANSFORMAR: O PAPEL DA ESCOLA NA PREVENÇÃO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER NO CONTEXTO DA EDUCAÇÃO BÁSICA <i>Gersonara Vieira Santana Haack</i>	78

O ETHOS EM TEMPOS DE ALGORITMOS: A NECESSÁRIA ALIANÇA ENTRE ÉTICA, DIREITO E INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL <i>Mayanne Pontes</i>	87

JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

Direito Constitucional e Processual Civil

Ação Direta de Inconstitucionalidade. Progressividade de alíquota do ITIV. Antecipação. Não incidência do art. 150, §7º da CF/88. Tributo de natureza monofásica. Tema nº 1.124 do STF. Súmula nº 656 do STF. Isenção da exação para servidores Públicos Soteropolitanos. Afronta ao princípio da isonomia.

Relatora: Desa. Dinalva Gomes Laranjeira Pimentel 101

Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei Municipal que regulamenta o transporte complementar urbano no Município de Porto Seguro. Usurpação da competência legislativa privativa da União. Inconstitucionalidade formal. Lei impugnada que extrapola o conceito de interesse local.

Relatora: Desa. Dinalva Gomes Laranjeira Pimentel 131

Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei Municipal nº 384/2022. Imposição aos shoppings centers da cidade de ofertar estacionamentos aos clientes com cobertura de proteção solar e de chuva aos veículos. Violação dos artigos 1º, 2º, 4º, 59, caput e parágrafo único, e art. 164, caput e §1º, todos da Constituição Federal.

Relator: Des. João Bosco de Oliveira Seixas 143

Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. Teto remuneratório. Servidores Públicos Estaduais do Poder Executivo. Limite único. Subsídio dos Desembargadores do TJBA. Fixação de tese jurídica acerca da vigência ou não do art. 34, § 5º, da Constituição Estadual, a teor do quanto disposto pelas Emendas Constitucionais nº 41/2003 e nº 47/2005.

Relator: Des. Baltazar Miranda Saraiva 158

Direito Administrativo

Agravo de Instrumento. Ação Civil Pública. Publicação de informações sobre festejos juninos em perfil pessoal de Prefeito. Postagens de caráter meramente informativo. Inexistência de promoção pessoal. Ausência de elementos que evidenciam promoção pessoal. Não configurada violação ao princípio da impessoalidade prevista no art. 37, §1º da Constituição Federal.

Relator: Des. José Cícero Landin Neto 179

Direito Ambiental

Agravo de Instrumento. Direito ambiental. Recuperação de área degradada. Municipalidade que deixou de atender às normas de resíduos sólidos. Descumprimento de Termo de Ajuste e Conduta. Adequação às etapas necessárias para o desenvolvimento e implantação do plano de recuperação.

Relatora: Desa. Dinalva Gomes Laranjeira Pimentel 186

Direito Civil

Apelação cível. Acidente de trânsito. Vítima atingida por carga que se desprende do caminhão no momento da manobra de desvio. Responsabilidade da ré pelos danos suportados pelo autor. Indenização por danos morais e materiais.

Relator: Des. Antonio Adonias Aguiar Bastos 191

Agravo de Instrumento. Ação Monitória. Desconstituição da penhora sobre pequena propriedade rural. Impenhorabilidade que não cede ante a constituição de garantia hipotecária. Tese firmada pelo pleno do STF no julgamento definitivo do Tema 961.

Relator: Des. Antonio Adonias Aguiar Bastos 204

Agravo de Instrumento. Execução de título extrajudicial. Impugnação à arrecadação. Arrematação perfeita, acabada e irretratável. Intimação da devedora válida. Alienação do imóvel por preço apontado na avaliação judicial. Inexistência de obrigatoriedade de prestação de caução para realização de leilão.

Relatora: Desa. Carmen Lúcia Santos Pinheiro 225

Agravo de Instrumento. Busca e apreensão de cachorro. Controvérsia acerca da propriedade sobre o animal. Insuficiência de prova no momento da interposição do recurso. Manutenção do estado de posse até o julgamento final. Preservação do bem-estar do animal. Assegurado o direito de visita.

Relatora: Desa. Carmen Lúcia Santos Pinheiro 232

Apelações Cíveis Simultâneas. Acidente de trânsito. Responsabilidade civil. Acidente com morte e incapacidade permanente parcial. Condenação da transportadora ao pagamento de indenização por danos morais, materiais e pensão mensal. Seguradora – Limitação da apólice. Súmula 537 do STJ.

Relator: Des. José Cícero Landin Neto 237

Apelação Cível. Direito Civil e Processual Civil. Transporte marítimo de bagagem desacompanhada. Erro no preenchimento do conhecimento de embarque. Impossibilidade de desembarço aduaneiro. Inobservância das obrigações pela transportadora. Condenação ao pagamento de danos morais e materiais.

Relatora: Desa. Maria de Lourdes Pinho Medauar 243

Direito do Consumidor

Apelações simultâneas. Direito do Consumidor. Ação indenizatória. Falha na prestação dos serviços oferecidos. Erro no procedimento médico. Agravamento da condição de saúde do paciente. Necessidade de realização de cirurgia reparadora para melhora do estado clínico. Indenização por danos morais.

Relator: Des. José Jorge Barretto 249

Apelação Cível. Direito do Consumidor e Processual Civil. Ação Civil Pública. Descumprimento de Lei Municipal. Fila preferencial para idosos. Multa cominatória. Dano moral coletivo.

Relator: Des. José Jorge Barretto 259

Direito Tributário

Apelação Cível. Tributário e processual civil. Embargos à execução. Correção monetária de créditos escriturais do ICMS. Inexigibilidade do título executivo judicial. Art. 535, §§ 5º e 7º do CPC. Controle difuso ou concentrado. Correção monetária. Entendimento atualizado do plenário do STF.

Relator: Des. José Jorge Barretto 268

Apelação Cível. Embargos à Execução Fiscal. Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza. ISSQN. Aerogeradores em parque eólico Projeto Umburanas. Empreitada Mista de Engenharia Civil. Enquadramento no subitem 7.02 da Lei Complementar nº 116/2003. Cobrança de tributo devida.

Relator: Des. Marcelo Silva Brito 274

Apelação Cível. Ação Declaratória. Anulação dos débitos de ICMS. Dilatação volumétrica. Fato gerador criado por ato infralegal. Ofensa ao princípio da legalidade. Imposto recolhido em regime de substituição tributária progressiva. Violação a cláusula de reserva de plenário.

Relator: Des. Marcelo Silva Brito 281

Apelações simultâneas. Direito tributário e processual civil. Ação declaratória. Julgamento extra petita. Causa madura. Declaração de inexistência de débito/ausência de relação jurídico-tributária. Execuções fiscais propostas com endereço errôneo do de cujos/homônimo. Fazenda Pública condenada ao pagamento de dano moral.

Relator: Des. Maurício Kertzman Szporer 288

Direito Previdenciário

Apelação Cível. Ação acidentária. Reconhecimento do direito à concessão de auxílio-acidente ao autor. Trabalhador braçal. Amputação parcial do 2º quirodáctilo da mão esquerda. Limitação laboral reconhecida. Análise das condições socioeconômicas específicas. Aplicação dos parâmetros de hermenêutica do *in dubio pro misero* e da interpretação sociológica. Livre convencimento motivado.

Relatora: Desa. Marielza Brandão Franco 298

JURISPRUDÊNCIA PENAL

Direito Processual Penal

Conflito de Negativo de Competência. Vara Criminal e Vara de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. Medidas protetivas de urgência requeridas pela vítima de agressões verbais e físicas supostamente praticadas pelo seu irmão. Incidência da Lei 11.340/2006. Competência da Vara especializada.

Relator: Des. Nilson Castelo Branco 311

Direito Penal

Apelação criminal. Condenação pelo crime de tráfico de drogas. Recurso do Ministério Público. Materialidade e autoria delitivas demonstradas. Dosimetria da pena. Ausência de agravantes e causa de aumento. Reconhecida a atenuante da menoridade relativa (art. 65, I, do CP).

Relatora: Desa. Aracy Lima Borges 324

Apelação Criminal. Direito Penal e Processual Penal. Tráfico de drogas. Busca pessoal sem mandado. Fundada suspeita caracterizada. Insuficiência probatória para configuração da traficância. Pequena quantidade de droga apreendida. Inexistência de investigações prévias ou campana. Princípio do *in dubio pro reo*. Desclassificação do delito de posse para uso pessoal.

Relator: Des. Baltazar Miranda Saraiva 332

Apelação Criminal. Tráfico de drogas. Acolhimento do pleito absolutório. Dúvida acerca da autoria delitiva. Versão acusatória não confirmada. Interrogatório do réu e depoimentos de testemunhas. Riqueza em detalhes. Plausibilidade da versão defensiva. Aplicação do princípio *in dubio pro reo*.

Relator: Des. Baltazar Miranda Saraiva 352

Apelação Criminal. Direito Penal. Tráfico de drogas. Apreensão de droga durante visita em presídio. Materialidade e autoria fartamente comprovada nos autos.

Relator: Des. Eserval Rocha 367

Apelação Criminal. Direito Constitucional. Direito Processual Penal e Legislação Penal Especial. Tráfico de drogas ilícitas. Quebra da cadeia de custódia da prova. Nulidade do auto de exibição e apreensão declarada. Absolvição ou Desclassificação para a conduta de uso pessoal.

Relator: Des. Geder Luiz Rocha Gomes 372

Revisão criminal. Direito Penal e processual Penal. Alegação de erro na identificação do verdadeiro réu. Vítimas que reconheceram que o requerente não corresponde às características físicas do autor do crime. Exclusão do requerente do polo passivo da ação penal. Direito a indenização. Art. 630 do CPP.

Relatora: Desa. Ivone Bessa Ramos 406

Apelações criminais simultâneas. Latrocínio. Fraude processual. Porte ilegal de arma de fogo. Dosimetria da pena. Multa fixada em conformidade com o art. 49 do Código Penal, considerando a gravidade do crime e seus impactos sociais.

Relator: Des. Jatahy Júnior 415

Agravo interno em Ação Penal Originária. Investigação sobre supostas irregularidades em procedimento licitatório. Apontada utilização de verbas federais. Declínio de competência para a Justiça Federal.

Relator: Des. João Bosco de Oliveira Seixas 426

Apelação Criminal. Direito Penal e Processual Penal. Apropriação indébita. Relação empregatícia entre réu e vítima. Materialidade e autoria comprovadas. Afastada a tese de inexigibilidade de conduta diversa. Réu que tinha outros meios legais de resolver o impasse sem se apropriar da carga.

Relator: Des. Mario Alberto Hirs 433

— 150 —

Me ref a regañadientemente.

A black and white photograph showing a large, disorganized stack of books and papers. The books are of various thicknesses and are piled on top of each other, with some pages visible. The lighting creates strong shadows, emphasizing the texture of the paper and the depth of the stack. In the upper right corner, the word "DOCTRINA" is printed in a bold, sans-serif font.

DOCTRINA

— 150 —

— ¿Y cómo
dormirás?
— Son pesadas
aquellas
estrellas con el
resaca de la
noche. Pero
allí las cosas
son más
reales. — ¿Y
cómo vas a
venir? — Se
puede venir
en avión. —
Me refiero a
la refacción.
— ¿Qué?

POSSIBILIDADE DE ACUMULAÇÃO DE PROVENTOS DE APOSENTADORIA DECORRENTES DE CARGOS INACUMULÁVEIS



Bruno Oliveira dos Santos



Marielza Brandão Franco

Por Bruno Oliveira dos Santos¹ e Marielza Brandão Franco²

RESUMO

O presente artigo jurídico analisa a possibilidade de acumulação de proventos de aposentadoria decorrentes de cargos inacumuláveis na atividade remunerada. Apoia-se nos conceitos de direito potestativo, decadência administrativa e princípio da proteção da confiança para demonstrar que, transcorrido o prazo decadencial de cinco anos da concessão do benefício previdenciário, conforme estabelecido pelo STF no Tema 445 de Repercussão Geral, não mais subsiste o direito da Administração Pública de anular o ato administrativo que gerou efeitos favoráveis ao servidor público, desde que este tenha agido de boa-fé. A pesquisa adota metodologia de análise jurisprudencial e doutrinária, fundamentando-se nos princípios constitucionais da segurança jurídica e da estabilização das relações jurídicas, concluindo pela impossibilidade de revisão administrativa após o transcurso do prazo decadencial.

Palavras-chave: Aposentadoria. Acumulação de proventos. Decadência administrativa. Princípio da proteção da confiança. Segurança jurídica.

1. INTRODUÇÃO

Dentre as demandas rotineiras na seara do direito público que são trazidas ao Poder Judiciário, destacam-se aquelas relativas à acumulação de proventos de aposentadoria decorrentes de cargos públicos inacumuláveis.

O tema está regulamentado na Constituição Federal Brasileira de 1988 no Art. 37, XVI, o qual possui a seguinte dicção:

Art. 37 (...):

XVI – é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto, quando houver compatibilidade de horários, observado em qualquer caso o disposto no inciso XI:

¹ Doutor em Difusão do Conhecimento pela Faculdade de Educação da Universidade Federal da Bahia – (FACED / UFBA); Mestre em Desenvolvimento Regional e Urbano pela Universidade Salvador (UNIFACS); Especialista Lato Sensu em Direito Público com Formação para o Magistério Superior pela Universidade Anhanguera-Uniderp (UNIDERP); Especialista Lato Sensu em Mediação e Gestão de Conflitos, em Direito do Consumidor e Direito Constitucional, ambas pela Faculdade de Administração, Ciências e Educação (FAMART); Licenciado em Ciências Sociais; Bacharel em Direito pela Universidade Católica do Salvador (UCSAL); Analista Judiciário / Assessor de Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia.

² Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Lisboa, Portugal (UL/PT); Bacharel em Direito pela Universidade Católica do Salvador (UCSAL); Formadora da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM); Presidente da Associação dos Magistrados da Bahia no biênio 2014/2016 (AMAB); Ex Docente no Ensino Superior das Faculdades Integradas da Bahia (FIB); Desembargadora do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia.

a) a de dois cargos de professor; b) a de um cargo de professor com outro técnico ou científico; c) a de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de estado, conforme definido em lei.

Ocorre que é muito comum que um servidor público, de boa-fé, venha a acumular cargos públicos na atividade remunerada com compatibilidade de horários, fora das hipóteses legais previstas no art. 37, XVI, da Constituição Federal e, posteriormente, venha a se aposentar acumulando, dessa maneira, os proventos de aposentadoria dos aludidos cargos na inatividade remunerada.

Diante dessa situação, indaga-se: É possível o Estado após determinado intervalo de tempo abrir um processo administrativo para cassar a aposentadoria de um dos cargos do servidor?

A resposta para essa indagação será explicitada nos tópicos a seguir, considerando os institutos da Decadência, do Princípio da Proteção da Confiança, bem como de um Tema específico do STF.

A metodologia utilizada para a articulação conceitual dos argumentos jurídicos postos no presente artigo, foi a pesquisa bibliográfica e documental, a qual foi lastreada nas categorias de análise constantes na doutrina e na jurisprudência dos Tribunais Pátrios.

2. DA DECADÊNCIA DO DIREITO DA ADMINISTRAÇÃO DE ANULAR O ATO. DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA. DO ENTENDIMENTO DO STF EM TEMA ESPECÍFICO.

Inicialmente, é importante que sejam revisitados os conceitos de Direito Potestativo, Decadência e Princípio da Proteção da Confiança.

Em relação ao instituto da Decadência, é fundamental realizar uma contextualização com o instituto do Direito Potestativo.

Segundo Chiovenda (*apud* Amorim Filho, 1958, p.15), os Direitos Potestativos são compreendidos como aqueles poderes que a lei confere a determinadas pessoas de influírem, com uma declaração de vontade, sobre situações jurídicas de outras pessoas sem o concurso da vontade destas. Tais poderes se exercitam e atuam mediante simples declaração de vontade ou, em alguns casos, com a necessária intervenção do juiz.

Em outras palavras, significa dizer que o Direito Potestativo, nada mais é do que a sujeição a um estado jurídico que dispensa o concurso da vontade do sujeito, ou qualquer atitude dele, ou seja, é o estado de sujeição criado pelo seu exercício para outra ou outras pessoas, independentemente da vontade destas últimas, ou mesmo contra a sua vontade.

Ocorre que o direito não se coaduna com o arbítrio, à medida que o titular de um Direito Potestativo não poderá se utilizar desta prerrogativa a qualquer tempo para interferir na esfera de direitos de outrem, sob pena de se configurar abuso de direito. Para tanto, é que existe o instituto da Decadência, entendida como a perda de um Direito Potestativo pela inércia de seu titular num determinado período de tempo previsto em lei.

A decadência, via de regra, relaciona-se diretamente com os direitos potestativos e, portanto, com o estado de sujeição, uma vez que geram ações constitutivas (positivas e negativas).

Pois bem, concatenando tais premissas com o problema investigativo posto no presente artigo, é salutar registrar que, no âmbito da Administração Pública, existe um prazo para o Estado exercer o seu direito potestativo de anular determinados atos administrativos, quando estes ensejam efeitos favoráveis ao administrado. Nesse sentido, a decadência também se coaduna com o Princípio da Proteção da Confiança.

Segundo a doutrina de Valter Shuenquener de Araújo (2009, p. 75), o Princípio da Proteção da Confiança tem origem no Tribunal Constitucional Alemão (TCFa), no contexto após a Segunda Guerra Mundial ocorrida na década de 50 (cinquenta) do século passado, em que o Estado alemão passava por inúmeras instabilidades em virtude dos estragos ocasionados por este grande conflito.

Assim, a referida Corte passou a aplicá-lo em diversas situações de conflito como elevação de tributos, revogação de subvenções, diminuição de benefícios sociais, redução de situações favoráveis a servidores, restrições ao exercício de atividades profissionais e empresariais, além de ser empregado para solucionar os efeitos da revogação de atos administrativos, vincular a administração pública em relação às informações que presta e às suas práticas, regular os efeitos de contratos ilegais, proteger o cidadão contra a anulação de atos administrativos que produzem efeitos favoráveis aos seus destinatários e outras incontáveis situações específicas.

Dessa maneira, o Princípio da Proteção da Confiança é corolário do Princípio da Segurança Jurídica e pode ser entendido como proteção à confiança legítima, que considera a boa-fé do cidadão e a expectativa de que os atos do Poder Público sejam lícitos e respeitados. Assim sendo, à luz desse Princípio: 1) O cidadão espera que os atos do Poder Público sejam lícitos e respeitados; 2) O Princípio da Proteção da Confiança visa proteger as expectativas do cidadão em situações

jurídicas favoráveis criadas pela Administração; 3) O Princípio da Proteção da Confiança impede alterações abruptas das condutas estatais.

Postas estas premissas, o ato de aposentadoria do servidor público é um ato administrativo de natureza complexa, tendo em vista que a sua concessão só se aperfeiçoa quando o Tribunal de Contas se pronuncia sobre a legalidade do ato e, uma vez reconhecida a legalidade pela Corte de Contas, a Administração estará autorizada a efetuar o pagamento de vencimentos aos servidores que se encontrem na inatividade, completando, dessa maneira, o seu ciclo de formação.

Dessa maneira, uma vez reconhecida a legalidade e em atenção ao instituto da Decadência e ao Princípio da Proteção da Confiança, é que o STF firmou o entendimento no Tema 445, por meio do qual, fixou a tese de que os Tribunais de Contas estão sujeitos ao prazo de 5 (cinco) anos para o julgamento da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma ou pensão, a contar da chegada do processo à respectiva Corte de Contas, sob pena de decadência do direito da Administração de anular o próprio ato. Assim, leia-se:

Descrição: Recurso extraordinário em que se discute, à luz dos artigos 5º, XXXV e LV; 37, caput; 71 e 74 da Constituição Federal, sobre a incidência do prazo de 5 anos previsto no art. 54 da Lei 9.784/1999 para a Administração anular ato de concessão de aposentadoria, notadamente acerca do termo inicial do prazo decadencial: se da concessão da aposentadoria ou se do julgamento pelo Tribunal de Contas da União.

Tese: Em atenção aos princípios da segurança jurídica e da confiança legítima, os Tribunais de Contas estão sujeitos ao prazo de 5 anos para o julgamento da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma ou pensão, a contar da chegada do processo à respectiva Corte de Contas (grifo nosso).

Na mesma toada, leia-se o caso paradigmático destacado no STF em relação à aludida matéria:

Recurso extraordinário. Repercussão geral. 2. Aposentadoria. Ato complexo. Necessária a conjugação das vontades do órgão de origem e do Tribunal de Contas. Inaplicabilidade do art. 54 da Lei 9.784/1999 antes da perfectibilização do ato de

aposentadoria, reforma ou pensão. Manutenção da jurisprudência quanto a este ponto. 3. Princípios da segurança jurídica e da confiança legítima. Necessidade da estabilização das relações jurídicas. Fixação do prazo de 5 anos para que o TCU proceda ao registro dos atos de concessão inicial de aposentadoria, reforma ou pensão, após o qual se considerarão definitivamente registrados. 4. **Termo inicial do prazo. Chegada do processo ao Tribunal de Contas.** 5. **Discussão acerca do contraditório e da ampla defesa prejudicada.** 6. **TESE: “Em atenção aos princípios da segurança jurídica e da confiança legítima, os Tribunais de Contas estão sujeitos ao prazo de 5 anos para o julgamento da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma ou pensão, a contar da chegada do processo à respectiva Corte de Contas”.** 7. **Caso concreto. Ato inicial da concessão de aposentadoria ocorrido em 1995. Chegada do processo ao TCU em 1996. Negativa do registro pela Corte de Contas em 2003. Transcurso de mais de 5 anos.** 8. **Negado provimento ao recurso.”**

(RE 636553, Relator: MINISTRO GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 19/02/2020, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe129 DIVULG 25-05-2020 PUBLIC 26-05-2020) (grifo nosso)

Registre-se, que sobre tal matéria, o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Bahia já se posicionou a respeito num precedente em que reconheceu a decadência do direito da administração pública de cassar a aposentadoria de um servidor, após esta abrir um processo administrativo depois de um interstício de 10 (dez) anos da concessão do benefício, com fulcro no Princípio da Proteção da Confiança. Assim, leia-se:

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA
Primeira Câmara Cível Processo: AGRAVO INTERNO CÍVEL n. 8014461-88.2021.8.05.0000.1.AgIntCiv Órgão Julgador: Primeira Câmara Cível
AGRAVANTE: MUNICIPIO DE SALVADOR Advogado (s): AGRAVADO: ANANIANES COSTA FONSECA Advogado (s): THEMIS MARIA DA GLORIA DE SOUZA MELLO SABACK D OLIVEIRA, PAULA LIMA DE CARVALHO SILVA ACORDÃO AGRAVO DE INSTRUMENTO EM MANDADO DE SEGURANÇA. MUNICÍPIO DE SALVADOR. PEDIDO LIMINAR DEFERIDO PARA DETERMINAR O RESTABELECIMENTO DE APOSENTADORIA DE SERVIDOR PÚBLICO. ATO DE APOSENTAÇÃO OCORRIDO EM 2009. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR QUE ENSEJOU A CESSAÇÃO DO BENEFÍCIO INSTAURADO MAIS DE 10 (DEZ) ANOS DEPOIS. NÃO DEMONSTRAÇÃO DE MÁ-FÉ. DECADÊNCIA DO DIREITO DE ANULAR O REFERIDO ATO. APLICABILIDADE DO ART. 54 DA LEI Nº 9784/99. CONTROLE DE LEGALIDADE SUJEITO AOS PRINCÍPIOS DA BOA-FÉ OBJETIVA, DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA E DA SEGURANÇA JURÍDICA. PERICULUM IN MORA INVERSO. AGRAVO INTERNO PREJUDICADO. RECURSO IMPROVIDO. Vistos, relatados e discutidos estes autos de n. 8014461-88.2021.8.05.0000, em que figuram como agravante MUNICIPIO DE SALVADOR e como agravada ANANIANES COSTA FONSECA. ACORDAM os Desembargadores integrantes da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, por unanimidade, em conhecer e negar provimento ao recurso interposto, julgando prejudicado o Agravo Interno n.º 8014461-88.2021.8.05.0000.1.AgIntCiv, nos termos do voto da Relatora. Salvador,

(TJ-BA - AGV: 80144618820218050000, Relator: REGINA HELENA RAMOS REIS, PRIMEIRA CAMARA CÍVEL, Data de Publicação: 22/09/2021)

Nessa diretriz, pela articulação dos conceitos jurídicos supracitados, conclui-se que se porventura um servidor público conseguir se aposentar, após o atendimento dos respectivos requisitos de aposentadoria com os proventos de inatividade decorrentes de cargos públicos inacumuláveis na atividade remunerada, desde que de boa-fé e com compatibilidade de horários, uma vez ultrapassado o prazo de 05 (cinco) anos do ato de concessão dos proventos de inatividade, não poderá a Administração Pública instaurar um processo administrativo disciplinar para anular ato de aposentadoria, à medida que deste decorre efeitos favoráveis ao administrado, face ao instituto da decadência, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal consubstanciado no Tema 445 e na jurisprudência dos Tribunais Pátrios ora exposta.

Ademais, eventual afirmação de inconstitucionalidade que venha a ser alegada por quaisquer dos entes públicos em relação à acumulação de cargos, esta deverá ser analisada desde o momento em que o servidor começou a recolher os valores da contribuição previdenciária em ambos os cargos públicos inacumuláveis à época da atividade remunerada, ou no âmbito dos Tribunais de Contas, quando estes estiverem cientes da concessão das respectivas aposentadorias, e não apenas após a validação dos benefícios adquiridos de boa-fé, não sendo possível, depois de um longo período que ultrapasse o prazo de 05 (cinco) anos constados da concessão do benefício, cogitar-se a revisão do ato.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando os argumentos jurídicos ora expostos, resta evidente que a acumulação de proventos de aposentadoria decorrentes de cargos públicos inacumuláveis na atividade remunerada encontra significativa proteção jurídica, quando configurada a situação de boa-fé do servidor e após transcorrido o prazo decadencial para revisão do ato administrativo.

A conjugação do instituto da Decadência administrativa com o Princípio da Proteção da Confiança consolidado na jurisprudência pátria, confere estabilização às relações jurídicas estabelecidas entre o servidor e a Administração Pública, impedindo que, após considerável lapso temporal, o Estado venha a cassar aposentadorias legitimamente concedidas e incorporadas ao patrimônio jurídico do administrado.

Outrossim, o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no Tema 445 de Repercussão Geral sedimentou a tese de que “em atenção aos princípios da segurança jurídica e da confiança legítima, os Tribunais de Contas estão sujeitos ao prazo de 5 anos para o julgamento da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma ou pensão, a contar da chegada do processo à respectiva Corte de Contas”, promovendo a necessária pacificação sobre a matéria, ao estabelecer um marco temporal preciso para o exercício do controle de legalidade.

Dessa forma, conclui-se que, uma vez transcorrido o prazo decadencial de 5 (cinco) anos da concessão do benefício previdenciário, sem que tenha havido impugnação ou invalidação do ato pela Administração Pública, não mais subsiste o direito potestativo estatal de revisar a situação jurídica consolidada, especialmente quando ausente a comprovação de má-fé do servidor público beneficiário, em respeito aos postulados fundamentais da Segurança Jurídica e da Proteção da Confiança que norteiam o Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

AMORIM FILHO, Agnelo. **Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis**. 1958.

ARAÚJO, Valter Shuenquener de. **O princípio da proteção da confiança: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado**. Impetus, 2009.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. Juspodivm, 2024.

FURTADO, Lucas Rocha et al. **Direito administrativo**. Fórum, 2007.

A CULTURA DO ENCARCERAMENTO FEMININO E A SELETIVIDADE PENAL: ANÁLISE INTERSECCIONAL E ESTRATÉGIAS PARA UMA JUSTIÇA PENAL SENSÍVEL AO GÊNERO



Soraya Moradillo
Pinto



Mariana
Marssaro

Por Soraya Moradillo Pinto¹ e Mariana Marssaro²

RESUMO

O presente artigo aborda a problemática do encarceramento feminino no Brasil a partir de uma perspectiva que integra os conceitos de cultura do encarceramento, a seletividade penal e a interseccionalidade. Inicialmente, analisa-se o aumento expressivo do número de mulheres presas, sobretudo as prisões envolvendo o tráfico de drogas, evidenciando a vulnerabilidade social a que estão submetidas. Em seguida, a seletividade penal é discutida a partir da ferramenta analítica da interseccionalidade, destacando a desconexão entre a teoria normativa e a realidade socioeconômica das mulheres encarceradas, bem como o papel do sistema penal na perpetuação de desigualdades históricas por meio de práticas discriminatórias que afetam de maneira desproporcional mulheres jovens, com baixa escolaridade e em sua maioria negras. Posteriormente, o artigo evidencia o impacto do encarceramento materno, ressaltando as consequências negativas sobre os vínculos familiares e o desenvolvimento integral das crianças, bem como a importância de medidas cautelares compatíveis com a realidade plural feminina. Por fim, defende-se a necessidade de uma hermenêutica constitucional e feminista na análise das demandas judiciais relacionadas às mulheres, a fim de mitigar os efeitos do paternalismo jurídico e promover a efetivação dos direitos fundamentais, garantindo a proteção da dignidade humana e a igualdade de gênero.

Palavras-chave: Cultura do encarceramento. Encarceramento feminino. Seletividade penal. Interseccionalidade. Igualdade de gênero.

1. INTRODUÇÃO

A transformação do panorama carcerário brasileiro, evidenciada pelo aumento do encarceramento feminino, especialmente após a promulgação da Lei nº 11.343/2006 (Lei de Drogas), segundo pesquisa apresentada no Jornal da USP 2023, configura um fenômeno social que expressa não apenas o endurecimento das políticas criminais, mas também a natureza seletiva e excludente

1 Desembargadora do TJ-Ba, Presidente da 1ª Câmara Criminal do TJ-Ba, Graduada em Direito pela UCSal, Graduada em psicologia pela FRB, Doutora em Ciências Jurídicas e Sociais pela UMSA-Argentina, Pós graduada em Penal e D. Processual Penal pela UES-RJ, Pós graduada em Direito penal e Processual Penal pela FB-Ba, Pós Graduada em Direito Penal e Processual Penal pela UNAMA-AM, autora dos livros: Infiltração Policial nas Organizações Criminosas e O Autismo e o Inconsciente, Autora de diversos Artigos e Publicações científicas.

2 Graduada em Direito pela UNEB (2012), Pós-graduada *latu-sensu* em Direito Processual Penal, na área de conhecimento Ciências Sociais, Negócios e Direito, Uniderp (2015) e pós-graduada em Direito Penal e Criminologia, Faculdade Cers (2023). Assessora Jurídica do TJ-Ba.

da justiça penal, que incide desproporcionalmente sobre mulheres em situação de vulnerabilidade. Diante disso, impõe-se ao Poder Judiciário uma análise aprofundada dos processos de exclusão e marginalização sociais.

A “cultura do encarceramento”, intensificada pelas rigorosas políticas de segurança pública e pelo avanço do punitivismo penal, manifesta-se em uma atuação marcada pela seletividade que, longe de se pautar por análises neutras, atinge especialmente mulheres jovens, negras, com baixa escolaridade e oriundas de contextos de intensa desigualdade social (BRASIL, 2018).

O uso excessivo de medidas punitivas, como a preferência pela prisão cautelar em detrimento de alternativas mais humanizadas e desencarceradoras, revela um sistema penal cuja prática frequentemente se distancia do que estabelecem as normativas nacionais e internacionais, como o entendimento firmado no Habeas Corpus Coletivo nº 143.641, julgado pelo Supremo Tribunal Federal em 20/02/2018, e as Regras de Bangkok (ONU, 2010), que privilegiam métodos alternativos ao encarceramento.

Sob essa perspectiva, o presente artigo propõe discutir, com base em aportes teóricos de autores renomados e utilizando a ferramenta analítica da interseccionalidade — que examina as consequências estruturais e dinâmicas da interação entre múltiplos eixos de opressão (CRENSHAW, 2002) —, a relação entre a cultura do encarceramento feminino e a seletividade penal, bem como seu impacto na ruptura de vínculos familiares e na desconexão entre norma e realidade socioeconômica, identificando os mecanismos institucionais que perpetuam um sistema de justiça penal excludente e discriminatório.

Dessa forma, propõe-se uma hermenêutica constitucional de matriz feminista como instrumento para mitigar os efeitos do paternalismo jurídico, promovendo a efetivação dos direitos fundamentais e assegurando a proteção da dignidade humana e a igualdade de gênero.

2. CULTURA DO ENCARCERAMENTO FEMININO, SELETIVIDADE PENAL E INTERSECCIONALIDADE

2.1 A EXPANSÃO DO ENCARCERAMENTO FEMININO NO BRASIL E AS IMPLICAÇÕES SOCIAIS

A consolidação da “cultura do encarceramento” no Brasil, impulsionada pelo recrudescimento das políticas criminais e pela mentalidade punitiva da sociedade, tem repercutido de forma especialmente acentuada na população feminina, evidenciando que a desigualdade de gênero, verificada em diversas esferas sociais — da disparidade salarial entre homens e mulheres aos alarmantes índices de feminicídio³ —, agrava significativamente a situação de vulnerabilização das mulheres encarceradas, que, em sua maioria, são jovens, negras, de baixa escolaridade e oriundas de contextos de desigualdade social (BRASIL, 2018, 2024).

A história da criminalização e privação da liberdade das mulheres, historicamente relegadas à esfera doméstica e privada, perpassa eventos como a “caça às bruxas” no final da Idade Média, avança pelos séculos de colonização do continente americano — cuja lógica foi reforçada pelo positivismo biológico-racista lombrosiano do século XIX —, e deságua no conceito contemporâneo de encarceramento, marcado por penalidades (pretensamente) incorpóreas (FOUCAULT, 1999), cujo movimento histórico de punição acompanha o modelo produtivo social (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004).

Em pesquisas realizadas por Manoel Barros da Motta em sua obra intitulada “Crítica da Razão Punitiva: Nascimento da Prisão no Brasil” identificou-se que no Brasil, mesmo com a passagem do

³ Em 2024, o Brasil registrou 1.448 casos de feminicídio, conforme dados do Sistema Nacional de Informações de Segurança Pública (SINESP).

período imperial para a fase da República, o sistema penal brasileiro sempre considerou a pena de encarceramento, ou seja, a prisão, como uma “pedra angular do sistema punitivo”, ainda que no período imperial a prisão tenha convivido concomitantemente com outros métodos punitivos como o castigo, a pena de galés e a pena de morte. Nesse sentido, conclui o autor que, embora a República represente uma importante mudança nos modos de punir no país, é nesse período em que a prisão é consagrada como o centro do sistema penal. (MOTTA, 2011).

No Brasil a expansão do encarceramento feminino, sobretudo no contexto das acusações relacionadas ao tráfico de drogas⁴, revela um panorama complexo, no qual mulheres inseridas em situações de vulnerabilidade social são desproporcionalmente atingidas (BRASIL, 2023). A chamada feminização do cárcere não se explica apenas pela adoção de legislação penal mais rigorosa, mas especialmente pela presença de um projeto político que reforça as estruturas sociais desiguais que favorecem a entrada dessas mulheres no sistema penal. (BORGES, 2019).

À luz dessa perspectiva, o encarceramento feminino no Brasil expressa um fenômeno multifacetado, que constitui um desafio estrutural à justiça criminal, ao refletir dinâmicas socioeconômicas excludentes, cujos efeitos recaem de forma desproporcional sobre as mulheres. Embora a população carcerária masculina apresente crescimento constante, o aumento do número de mulheres presas, especialmente em decorrência de delitos ligados ao tráfico de drogas, tem sido exponencial, segundo aponta pesquisa divulgada no Jornal da USP (2023), evidenciando a seletividade penal e a marginalização histórica de grupos vulnerabilizados. Essa realidade resulta não apenas de mudanças legislativas, mas também de políticas de segurança pública que priorizam a punição, desconsiderando as especificidades de gênero e as condições socioeconômicas das detentas.

Se, por um lado, a legislação processual penal brasileira prevê medidas alternativas à prisão, como as medidas cautelares diversas do encarceramento ou a concessão de prisão domiciliar para mulher gestante, mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência, nos termos dos artigos 318, 318-A e 319 do Código de Processo Penal, com o objetivo de preservar o núcleo familiar e minimizar os impactos sociais do encarceramento; por outro, a aplicação desses dispositivos enfrenta resistência por parte das instâncias judiciais, que, muitas vezes, interpretam os casos à luz de estereótipos de gênero, desconsiderando a complexidade dos contextos pessoais e socioeconômicos. Essa distância entre a norma e a prática compromete não apenas a efetividade dos direitos fundamentais das mulheres, mas também perpetua ciclos de vulnerabilidade e exclusão social, pautados no credo punitivista (CARVALHO; WEIGERT, 2016).

Nesse contexto, é imprescindível incorporar a análise interseccional na interpretação e aplicação das leis, considerando não apenas o gênero, mas também fatores como raça, classe social e histórico de vulnerabilidade, a fim de promover uma justiça verdadeiramente equitativa.

2.2 SELETIVIDADE PENAL E INTERSECCIONALIDADE: BASES ESTRUTURANTES DO ENCARCERAMENTO FEMININO NO BRASIL

A compreensão do encarceramento feminino no Brasil exige uma análise articulada entre os conceitos de seletividade penal e interseccionalidade, uma vez que é na interação entre os eixos estruturais de opressão — como gênero, raça e classe social — que se revela com maior nitidez o funcionamento desigual e discriminatório do sistema de justiça criminal.

De acordo com a perspectiva crítica de Eugenio Raúl Zaffaroni (1991), o sistema penal opera de forma seletiva, direcionando sua resposta punitiva, em grande medida, aos setores socialmente marginalizados, contribuindo, assim, para a criminalização da pobreza. Essa leitura é igualmente

⁴ Segundo dados da Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas e Gestão de Ativos (SENAD), o encarceramento feminino cresceu 600% nas últimas duas décadas, sendo que mais da metade das mulheres presas o estão por crimes relacionados à Lei de Drogas (BRASIL, 2023).

sustentada por importantes nomes da criminologia crítica brasileira, como Nilo Batista, para quem o Direito Penal constitui um instrumento de controle social voltado à reprodução das desigualdades estruturais (BATISTA, 2011).

Na mesma linha de pensamento, Vera Malaguti Batista (2011) denuncia que o sistema penal brasileiro funciona como uma engrenagem de um projeto político excludente, cujo alvo é o extermínio simbólico — e, por vezes, físico — da juventude negra e periférica. Dessa forma, evidencia-se que a seletividade do poder punitivo não constitui um desvio, mas sim uma característica estrutural, orientada por uma lógica de defesa social contra corpos e territórios historicamente marcados como perigosos.

Nesse sentido, a seletividade penal opera como mecanismo de reprodução das desigualdades sociais, determinando, de forma sistemática, quais corpos serão mais vigiados, criminalizados e punidos, com base em critérios implícitos e simbólicos, sustentados por estereótipos sociais, raciais e de gênero.

É nesse aspecto da seletividade penal que a interseccionalidade, conceito cunhado pela intelectual estadunidense Kimberlé Crenshaw⁵, revela a sua importância analítica sobre o encarceramento feminino, pois evidencia que as mulheres não são punidas apenas por sua condição de gênero, mas por estarem inseridas em contextos específicos de marginalização, nos quais se entrecruzam múltiplos eixos de opressão.

A partir das análises que consideram as mesclas de “eixos de subordinação”⁶ é possível afirmar que o encarceramento feminino não é neutro nem universal, mas está profundamente condicionado por estruturas sociais desiguais. Trata-se de um encarceramento seletivo, no qual os critérios implícitos de punição recaem com maior intensidade sobre aquelas que se encontram nas interseções mais precarizadas do tecido social.

Conforme destaca Zaffaroni (1991, p. 39), quando o sistema penal atua como instrumento de controle de grupos historicamente marginalizados, tende a reforçar estereótipos e preconceitos profundamente arraigados na cultura jurídica e na organização social. Essa dinâmica é visível no processo de expansão do encarceramento feminino, que atinge majoritariamente mulheres submetidas à reprodução de padrões patriarcais, os quais desconsideram as especificidades da realidade socioeconômica de cada acusada.

Historicamente estruturado sob uma lógica patriarcal, masculina e hegemônica, o sistema penal tende a reproduzir práticas discriminatórias e seletivas, agravando os impactos sociais e pessoais do encarceramento feminino. Ao negligenciar as especificidades relacionadas ao gênero e à sobreposição de diferentes eixos de opressão, o sistema penal limita a adoção de intervenções humanizadas e compromete a efetiva reparação dos danos sociais produzidos.

A ausência de uma abordagem sensível às particularidades de gênero no contexto carcerário brasileiro constitui um dos principais entraves à formulação e efetivação de políticas públicas voltadas à humanização do cumprimento da pena e à promoção da igualdade material, conforme assegurado pela Constituição Federal de 1988.

A lógica punitiva dominante, estruturada sob uma perspectiva masculinocêntrica e universalizante, ignora os impactos específicos da privação de liberdade sobre as mulheres, desconsiderando os múltiplos papéis sociais que desempenham e as formas diferenciadas de opressão que marcam suas trajetórias penais.

Embora a Constituição Federal estabeleça em seu artigo 5º, inciso XLIX, o dever do Estado de assegurar o respeito à integridade física e moral das pessoas presas, e, no artigo 226, § 8º, o compromisso

5 Kimberle Crenshaw é Professora de Direito da Universidade da Califórnia e da Universidade de Columbia, nos Estados Unidos, e uma importante pesquisadora e ativista norte-americana nas áreas dos direitos civis, da teoria legal afro-americana e do feminismo. É também responsável pelo desenvolvimento teórico do conceito da interseção das desigualdades de raça e de gênero. O trabalho de Kimberle Crenshaw influenciou fortemente a elaboração da cláusula de igualdade da Constituição da África do Sul. Um dos seus artigos integra o Dossiê da III Conferência Mundial contra o Racismo (Durban, 2001), publicado pela Revista Estudos Feministas, nº1, 2002, sob a coordenação de Luiza Bairros, da Universidade Católica de Salvador.

6 Expressão extraída do DOCUMENTO PARA O ENCONTRO DE ESPECIALISTAS EM ASPECTOS DA DISCRIMINAÇÃO RACIAL RELATIVOS AO GÊNERO KIMBERLÉ CRENSHAW University of California - Los Angeles, da Revista Estudos Feministas, nº. 1, 2002.

com a proteção da maternidade e da família, tais dispositivos são sistematicamente negligenciados no tocante à população carcerária feminina. A desatenção às demandas específicas dessas mulheres — muitas vezes gestantes, lactantes, responsáveis por filhos pequenos ou sobreviventes de violências múltiplas — evidencia a persistência de um modelo penal que naturaliza a invisibilidade de gênero e reafirma estruturas patriarcais de controle social.

No julgamento do Habeas Corpus Coletivo nº 143.641, o Supremo Tribunal Federal destacou que a ausência de infraestrutura adequada à maternidade — como berçários, creches, atendimento ginecológico, programas educacionais e ações de reintegração social voltados à realidade feminina — demonstra que o sistema carcerário brasileiro ainda opera sob parâmetros moldados por uma cultura patriarcal, perpetuando o estado de coisas inconstitucional já reconhecido pela Corte (BRASIL, 2018).

A privação de liberdade das mulheres impacta diretamente a vida de seus filhos e familiares, especialmente considerando que elas representam 86,4% dos adultos responsáveis por domicílios monoparentais com filhos, segundo apontam os dados colhidos do Censo do IBGE relativo ao ano de 2022 (IBGE, 2023). Nesse cenário, a chamada cultura do encarceramento, mencionada pelo Ministro Ricardo Lewandowski, relator do HC 143.641, transcende os efeitos sobre o corpo feminino, alcançando a prole, a família e contribuindo para o agravamento do fenômeno da feminização da pobreza⁷ (CEPAL, 2019).

Dessa forma, ao negligenciar as múltiplas exclusões que incidem sobre as mulheres o Estado inviabiliza a construção de uma política criminal comprometida com a igualdade substancial, tal como prevista no artigo 3º, inciso IV, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que estabelece como objetivo fundamental da República a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

3. A DESCONEXÃO ENTRE A TEORIA E A PRÁTICA: IMPACTO DO ENCARCERAMENTO MATERNO.

Os dados relativos ao superencarceramento feminino no Brasil, conforme anteriormente exposto, revelam uma desconexão entre o aperfeiçoamento da normativa processual penal, tanto no plano nacional quanto internacional, e sua aplicação concreta pelo Poder Judiciário. Embora o ordenamento jurídico contemple princípios fundamentais — como a dignidade da pessoa humana, a proteção integral da infância e a excepcionalidade da prisão preventiva —, a prática judicial frequentemente ignora tais diretrizes, culminando em decisões de viés punitivista e desprovidas de análise contextual e interseccional. Esse descompasso contribui diretamente para o aumento expressivo do encarceramento de mulheres, muitas das quais são mães e responsáveis exclusivas por seus filhos, conforme demonstrado pelo Censo do IBGE de 2022.

O impacto dessa política penal ultrapassa os muros prisionais, afetando de forma profunda e duradoura os vínculos familiares, especialmente a relação mãe-filho, que produz efeitos ainda mais sensíveis quando se trata de mães de crianças em idade tenra. A ausência da figura materna no dia a dia compromete o bem-estar psicossocial dos filhos, podendo gerar um ciclo intergeracional de vulnerabilidade (CNJ, 2021). A falta de estrutura dos estabelecimentos prisionais, a superlotação e a carência de programas voltados à atenção pré-natal e ao cuidado de crianças no ambiente prisional resultam em graves violações de direitos fundamentais, reconhecidas pelo próprio STF ao declarar o “estado de coisas inconstitucional” no sistema carcerário brasileiro (ADPF 347/DF).

⁷ Segundo o Observatório de Igualdade de Gênero da América Latina e do Caribe, da Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe: “A feminização da pobreza refere-se à sobre-representação das mulheres entre a população que vive em situação de pobreza e extrema pobreza. Este indicador é fundamental para mostrar como os esforços de redução da pobreza na região não beneficiaram homens e mulheres de maneira igual, destacando que a pobreza afeta desproporcionalmente as mulheres, especialmente em lares com crianças. Os lares pobres tendem a concentrar uma maior proporção de mulheres em idades de maior demanda produtiva e reprodutiva, refletindo sua falta de autonomia econômica”.

Conforme preceituam as Regras de Bangkok (ONU, 2010), ao disporem sobre o tratamento adequado às mulheres privadas de liberdade e da adoção de medidas não encarceradoras, os Estados devem implementar políticas humanizadas e compatíveis com a proteção da família, mediante a preservação dos vínculos intrafamiliares. Essa premissa vem ao encontro do art. 227 da CF/1988, que determina a prioridade absoluta dos direitos da criança, assegurando o pleno desenvolvimento infantojuvenil e exigindo do Poder Público a adoção de medidas que minimizem o abalo no núcleo familiar.

O encarceramento de mães tem efeitos devastadores não apenas para as mulheres, mas também para os seus filhos e famílias. A separação forçada pode levar a traumas psicológicos duradouros, instabilidade financeira e social, aumentando a vulnerabilidade de crianças aos ciclos de pobreza.

As mulheres, majoritariamente responsáveis pelo cuidado dos filhos, encontram-se duplamente penalizadas ao sofrerem a ruptura do núcleo familiar, o que acarreta consequências negativas em termos de saúde mental e social dos encarcerados e de seus dependentes (LEAL; SALA, 2014, p. 103). Essa situação reflete a distância entre o discurso normativo e a prática jurisdicional, na qual a legislação protetiva não se converte em garantia efetiva de direitos, sobretudo quando as especificidades de raça e classe são desconsideradas.

A perspectiva interseccional evidencia que a qualidade do vínculo materno-filial é diretamente influenciada por fatores socioeconômicos, culturais e pela presença (ou ausência) de políticas públicas de suporte à família, evidenciando a necessidade de uma abordagem que transcenda a ótica individualizante e contemple o contexto estrutural e coletivo em que a criança está inserida, reconhecendo a interdependência entre cuidado materno e justiça social.

A socialização feminina como principal responsável pelos cuidados familiares constitui, ou deveria constituir, um aspecto central na análise do envolvimento feminino com o tráfico de drogas. O ingresso na atividade ilícita, em muitos casos, decorre de situações de extrema vulnerabilidade social, na busca de meios para assegurar o sustento de seus filhos. No entanto, a ausência histórica de políticas públicas estruturadas e atentas às desigualdades de gênero — como a promoção de programas de assistência voltados às mães, acesso a creches públicas e oportunidades de trabalho com jornada flexível — evidencia o descompromisso do Estado com a promoção de alternativas legítimas e dignas para essas mulheres. A omissão histórica não apenas perpetua ciclos de pobreza e exclusão, como também reforça a seletividade penal que recai, com maior severidade, sobre corpos femininos marginalizados.

A presença materna na primeira infância reveste-se de importância crucial para o desenvolvimento integral da criança, pois constitui o primeiro vínculo afetivo e de segurança, sendo determinante para a formação da personalidade, da capacidade de lidar com adversidades e da abertura para relações interpessoais saudáveis. Nesse sentido, o referencial teórico da Teoria do Apego, proposto por Bowlby (1982), evidencia que o estabelecimento de vínculos seguros com a figura materna não só promove a saúde emocional, mas também estrutura a base para o desenvolvimento cognitivo e social futuro.

A mãe, ao oferecer cuidados constantes, estimulação e suporte emocional, funciona como um agente de socialização primário e indispensável (Winnicott, 1971). Tal vínculo não se restringe à provisão de necessidades básicas; ele abrange a capacidade de interpretar os sinais da criança, proporcionando uma resposta afetiva que favorece a construção de uma autoestima sólida e a resiliência diante de desafios. Estudos recentes apontam, inclusive, que a ausência ou a precariedade dessa presença pode trazer consequências negativas, como dificuldades de regulação emocional, problemas de comportamento e comprometimento do rendimento escolar na idade adulta (SILVA; LIMA, 2015).

Os impactos do encarceramento feminino recaem de múltiplas formas sobre as mulheres privadas de liberdade, incidindo não apenas no aspecto da maternagem, mas também sobre a sua própria individualidade enquanto mulher, pois são elas “esquecidas e abandonadas durante o cumprimento da

pena [...] estigmatizadas como ‘desviantes do seio familiar’ e razão de vergonha e constrangimento que não são dispensados em escala tão intensa para os homens infratores” (MELO, 2018).

Atento às essas questões, os Tribunais Superiores têm sinalizado a importância de uma aplicação judicial mais sensível na aplicação das prisões domiciliares, com especial destaque ao HC 143.641/SP, em que o STF determinou a concessão da ordem para determinar “a substituição da prisão preventiva pela domiciliar - sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 do CPP - de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes” (BRASIL, 2018).

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, decidiu que a substituição da custódia preventiva por prisão domiciliar é possível mesmo em casos de tráfico de drogas perpetrados na residência da imputada, desde que não haja prova de grave ameaça ou violência aos descendentes. Tais julgados exemplificam a tentativa de concretizar o princípio da igualdade de gênero, considerando as responsabilidades familiares das réas, em consonância com o art. 227 da CF/1988 (BRASIL, 1988; BRASIL, 2020).

A observância da igualdade de gênero não se dissocia do dever de proteção à infância, previsto no art. 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e na jurisprudência pátria (BRASIL, 1990). Em muitos casos, a negação da prisão domiciliar resulta na ruptura abrupta do vínculo entre a mãe e seus filhos, provocando consequências negativas na formação psicoafetiva das crianças, em claro descompasso com o princípio do melhor interesse do menor (DIAS, 2021). A adoção de parâmetros de julgamento que reconheçam o cuidado materno como atividade social relevante e necessária assegura, por consequência, a proteção dos direitos infantojuvenis.

Nessa linha, a aplicação adequada do art. 318-A do CPP deve compatibilizar a necessidade de proteção à sociedade com o reconhecimento dos efeitos concretos do encarceramento feminino, especialmente sobre crianças e demais dependentes. A jurisprudência do STJ, ao conceder a prisão domiciliar a mulheres que não apresentavam periculosidade e preenchiam os requisitos legais, reflete um alinhamento com as diretrizes constitucionais e com o ideal de ressocialização, sem que isso implique impunidade ou banalização do instituto (BRASIL, 2022).

4. PATRIARCADO E PATERNALISMO JURÍDICO COMO APORTES TEÓRICOS QUE REFORÇAM OS ESTEREÓTIPOS DE GÊNERO E A NEGATIVA DAS PRISÕES DOMICILIARES

A análise do sistema de justiça penal sob a perspectiva de gênero evidencia, de forma inequívoca, a influência de estruturas patriarcais na formação e na aplicação das leis. O patriarcado, entendido como um conjunto de normas e valores culturais que conferem ao homem uma posição de superioridade em relação à mulher, exerce impacto direto na forma pela qual as instituições jurídico-penais interpretam e decidem sobre demandas que envolvem mulheres acusadas de crimes (DIAS, 2021).

O paternalismo jurídico, entendido como uma prática do Estado em impor restrições com base na presunção de proteção ou tutela de determinados indivíduos, acaba por revelar-se particularmente problemático quando associado aos estereótipos de gênero. Historicamente, o sistema jurídico confere às mulheres um tratamento baseado em uma lógica que as enxerga como frágeis, dependentes e emocionalmente instáveis, legitimando, sob o discurso da proteção, restrições à sua autonomia e ao exercício pleno de seus direitos.

Esse modelo não apenas reforça desigualdades estruturais, como também perpetua a ideia de que o Estado é o detentor do melhor saber para as mulheres, substituindo suas vontades por decisões supostamente objetivas e neutras, mas que acabam por reforçar estereótipos de gênero que se manifestam, entre outros aspectos, na negativa frequente de benefícios como a substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar.

Esse paternalismo manifesta-se quando magistrados, promotores e demais operadores do Direito assumem posturas que ignoram ou minimizam a autonomia feminina, impondo julgamentos morais sobre os papéis sociais exercidos pelas mulheres. Ao se depararem com demandas de prisão domiciliar, muitos aplicadores da lei adotam uma ótica punitivista, calcada na suposição de que a mulher “não agiu como deveria” em seu papel de mãe ou cuidadora e, portanto, deve ser exemplarmente punida (SILVA, 2019). Assim, estereótipos de gênero são reforçados, por exemplo, ao se argumentar que a ré não seria uma “boa mãe”, implicando juízos que transcendem a legalidade estrita e adentram campos morais ou subjetivos.

Essa lógica patriarcal, consoante leciona Heleieth Saffioti (2004, p. 37), perpetua relações de poder que subordinam as mulheres às expectativas tradicionais de feminilidade, subtraindo-lhes o reconhecimento de condicionantes socioeconômicas que as tornam mais suscetíveis à prática de crimes, sobretudo aqueles relacionados ao tráfico de drogas. Não raro, a atuação do Poder Judiciário desconsidera a ausência de oportunidades formais de emprego, a coação exercida por parceiros ou familiares e a precariedade das políticas públicas disponíveis para essas mulheres. Tais elementos, mesmos previstos em normas processuais que visam oferecer proteção especial (e.g., art. 318-A do CPP), acabam sendo subjugados pela leitura tradicionalista que associa a figura feminina unicamente à maternidade idealizada e ao cuidado doméstico.

O resultado dessa postura é a negativa reiterada da concessão de prisão domiciliar, mesmo quando a mulher se enquadra nas hipóteses legais de gestante ou responsável por filho menor de 12 anos ou pessoa com deficiência (BRASIL, 1941). Em lugar de se avaliar com a devida acuidade a necessidade real da prisão cautelar – observando a proporcionalidade, o princípio do melhor interesse da criança (art. 227 da CF/1988) e a presunção de não culpabilidade –, aplica-se um juízo de valor amparado em noções patriarcais. Essa lógica ignora, por um lado, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/1988) e, por outro, a vulnerabilidade social na qual a acusada se insere, perpetuando a seletividade penal (ZAFFARONI, 1991).

Sob esse prisma, o paternalismo jurídico também evidencia a chamada “imparcialidade aparente”. Conforme salientado por Simone de Beauvoir (1980) em seus estudos sobre a condição feminina, a aparente igualdade formal não afasta os marcadores de gênero que atravessam as experiências sociais e legais das mulheres. Diante disso, a justificativa frequente de que a aplicação do art. 318-A do CPP violaria o clamor público ou estimularia a impunidade revela, em última instância, um temeroso respaldo ao estereótipo de que as mulheres devem ser punidas de modo exemplar, sobretudo quando não cumprem as expectativas tradicionais de comportamento feminino e maternal.

Não se pode ignorar, ademais, a influência dessas concepções no discurso jurídico que atribui às mulheres encarceradas a responsabilidade integral pelos seus atos, desconsiderando circunstâncias de coerção, violência doméstica ou falta de recursos materiais. Em vez de identificar contextos de subordinação e, sobretudo, de avaliar com cuidado a possibilidade de adoção de medidas cautelares menos gravosas, o paternalismo jurídico reforça a ideia de que a mulher não se enquadra nos padrões estabelecidos socialmente como adequados de feminilidade e, portanto, não merece um olhar diferenciado do Judiciário.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), em alguns julgados, tem tentado contrapor tais visões. O HC n. 587.817/PR, por exemplo, admitiu a possibilidade de substituição da prisão preventiva pela domiciliar para uma mulher gestante, ainda que acusada de tráfico de drogas, em consonância com a orientação fixada no art. 318-A do CPP. Apesar disso, nem sempre se verifica uma aplicação uniforme do entendimento, pois muitas Cortes locais ainda relutam em reconhecer as condições materiais e familiares das rés. A naturalização da “culpa” feminina, associada a concepções patriarcais de que a mulher seria mais “reprovável” por se desviar da moral tradicional, acaba por legitimar a manutenção do encarceramento.

Frente a esse cenário, torna-se fundamental que o Poder Judiciário reconheça os aportes teóricos do feminismo jurídico, da criminologia crítica e de estudos de gênero a fim de desconstruir

o paternalismo judicial. A observância do direito à prisão domiciliar, prevista em lei, não significa leniência com a prática criminosa, mas sim o reconhecimento de que as mulheres em estado de hipervulnerabilidade merecem uma análise cautelar específica, à luz dos princípios constitucionais da dignidade humana, da proteção à maternidade e do melhor interesse da criança (BRASIL, 1988). A superação desses estereótipos demanda, portanto, uma reavaliação das práticas judiciais, uma capacitação contínua dos operadores do Direito e a adoção de uma perspectiva sensível às desigualdades de gênero.

5. A NECESSIDADE DE SE APLICAR A IGUALDADE DE GÊNERO COMO PARÂMETRO DE JULGAMENTO NA ANÁLISE DAS PRISÕES DOMICILIARES

A aplicação do direito penal e processual penal, em um contexto marcado por profundas desigualdades sociais, requer a observância do princípio da igualdade de gênero, sobretudo na análise de situações que envolvem mulheres em estado de vulnerabilidade. Esse postulado decorre diretamente dos princípios constitucionais da dignidade do ser humano (art. 1º, III) e da igualdade (art. 5º, caput), bem como dos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil (BRASIL, 1988). Tal premissa revela-se ainda mais relevante na apreciação dos pedidos de substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar, notadamente quando se trata de mulheres gestantes ou responsáveis por crianças e pessoas com deficiência, nos termos do art. 318-A do Código de Processo Penal (CPP).

A importância de se aplicar a igualdade de gênero nesses julgamentos decorre da constatação empírica de que as mulheres, em regra, enfrentam condições de maior precariedade no plano social e econômico. Frequentemente, elas são as principais ou únicas provedoras do cuidado de filhos, idosos ou pessoas com deficiência, de modo que o encarceramento cautelar repercute mais intensamente no seio familiar (SILVA, 2019). Ademais, fatores relacionados ao contexto de violência doméstica, coação por parte de companheiros ou mesmo a inserção em práticas delitivas como forma de sobrevivência em cenários de pobreza devem ser considerados pelos magistrados. Sem essa perspectiva, corre-se o risco de perpetuar uma seletividade penal que desproporcionalmente impacta as mulheres, sobretudo as mais pobres e pertencentes a grupos raciais historicamente discriminados (ZAFFARONI, 1991).

6. A IGUALDADE DE GÊNERO E A SUPERAÇÃO DE ESTEREÓTIPOS

A Constituição Federal de 1988 consagra a igualdade formal e material entre homens e mulheres, rompendo com visões tradicionais que reservavam à mulher um papel secundário na esfera pública. No entanto, o reconhecimento constitucional não afasta, por si só, os estereótipos arraigados na cultura jurídica, em que se reflete, de forma recorrente, a lógica do patriarcado e do paternalismo jurídico (SAFFIOTI, 2004). Desse modo, quando o Poder Judiciário analisa os pedidos de prisão domiciliar fundados no art. 318-A do CPP, é crucial abandonar concepções paternalistas enviesadas sobre a “adequação” ou não do comportamento materno e avaliar, concretamente, se a adoção dessa medida cautelar é suficiente para garantir as finalidades do processo e a preservação dos direitos das mulheres, da maternidade e da criança e do adolescente.

Ademais, o princípio da igualdade de gênero exige uma “visão ampliada” das circunstâncias pessoais e familiares das rés, de modo a ponderar fatores como: (i) a existência de vínculos afetivos e responsabilidades familiares; (ii) a presença de gravidez ou lactação em curso; (iii) a precariedade de condições socioeconômicas e (iv) a ausência de qualquer indicativo de periculosidade social

efetiva. Ao deixar de atentar para esses elementos, o Poder Judiciário perpetra uma injustiça que não apenas contraria a norma processual, mas também esvazia a proteção constitucional e internacional à maternidade e à infância (arts. 6º e 227 da CF/1988).

6.1 A IMPORTÂNCIA DE UMA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL E FEMINISTA

Para efetivar a igualdade de gênero na análise das prisões domiciliares, torna-se indispensável o emprego de uma hermenêutica constitucional e feminista, que possibilite a releitura das categorias jurídicas à luz do princípio da dignidade da pessoa humana (BRASIL, 1988). Essa abordagem interpretativa visa a reduzir as desigualdades históricas que atingem as mulheres no sistema penal, levando em conta as condições estruturais que as tornam mais suscetíveis à criminalização.

Nesse sentido, há precedentes relevantes no âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que sinalizam a importância de uma aplicação mais sensível do art. 318-A do CPP. No HC 143.641/SP, o STF determinou a concessão de prisão domiciliar a mulheres gestantes e mães de crianças, reforçando a proteção constitucional ao melhor interesse do menor. Já no HC 587.817/PR, o STJ decidiu que a substituição da custódia preventiva por prisão domiciliar é possível mesmo em casos de tráfico de drogas, desde que não haja prova de grave ameaça ou violência. Tais julgados exemplificam a tentativa de concretizar o princípio da igualdade de gênero, considerando as responsabilidades familiares das réas, em consonância com o art. 227 da CF/1988 (BRASIL, 1988; BRASIL, 2020).

7. PERSPECTIVAS DE SUPERAÇÃO E BOAS PRÁTICAS

Superar a lógica punitivista que incide com gravidade sobre as mulheres requer uma atuação integrada dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, além da participação de entidades da sociedade civil (SILVA, 2019).

Nesse sentido, algumas práticas têm se mostrado promissoras:

1. Mutirões carcerários específicos para mulheres: permitem a revisão das prisões preventivas, analisando criteriosamente as condições pessoais e familiares de cada acusada, com especial foco na aplicação do art. 318-A do CPP.
2. Capacitação de magistrados, promotores e defensores: cursos e formações sobre gênero e direitos humanos ampliam a percepção das especificidades femininas, fomentando interpretações mais sensíveis à questão materno-infantil.
3. Articulação com redes de proteção social: a integração entre o sistema de justiça, assistentes sociais e serviços de saúde e educação pode viabilizar alternativas à prisão preventiva, assegurando suporte às mulheres e suas famílias, de modo a minimizar a reincidência.
4. Monitoramento e avaliação de políticas públicas: a coleta de dados e a análise de estatísticas sobre o encarceramento feminino são cruciais para subsidiar a formulação de políticas criminais e sociais eficazes.

Nesse diapasão, ao aplicar o art. 318-A do CPP, o magistrado deve sopesar as peculiaridades de cada caso concreto, à luz dos princípios constitucionais e das normas infraconstitucionais que tutelam a infância. Trata-se, fundamentalmente, de concretizar o Estado Democrático de Direito, promovendo a justiça social e o respeito à dignidade da pessoa humana (CF/1988, art. 1º, III).

8. CONCLUSÃO

Conclui-se que o fenômeno do encarceramento feminino no Brasil, intensificado por políticas punitivas e uma seletividade penal intrinsecamente marcada por desigualdades de gênero, raça e classe, impõe a necessidade de uma reavaliação crítica das práticas judiciais e administrativas.

A análise interseccional, ao revelar as múltiplas dimensões de opressão que se articulam na criminalização das mulheres, mostra-se imprescindível para a promoção de uma hermenêutica constitucional e feminista que reconcilie a teoria jurídica com a realidade socioeconômica das detentas. A implementação de medidas alternativas, tais como a concessão de prisão domiciliar para mulheres gestantes e mães de crianças, e a capacitação contínua dos operadores do direito, surgem como estratégias fundamentais para mitigar os impactos devastadores do encarceramento, sobretudo no que diz respeito à proteção do núcleo familiar e ao respeito à dignidade humana.

Dessa forma, a transformação do sistema penal passa pelo reconhecimento das especificidades femininas e pela adoção de uma postura que transcenda o paradigma punitivista, em conformidade com os princípios constitucionais da igualdade e da proteção à infância e à maternidade (BRASIL, 1988; SAFFIOTI, 2004).

REFERÊNCIAS

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro*. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução crítica à criminologia brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BEAUVOIR, Simone de. *O segundo sexo*. São Paulo: Nova Fronteira, 1980.

BORGES, Juliana. *Encarceramento em massa*. São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, 2019.

BOWLBY, John. *Attachment and loss*. Vol. 1. New York: Basic Books, 1982.

BRASIL. *Código de Processo Penal*. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 22 abr. 2025.

BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. *Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/1990)*. Brasília, DF: Senado Federal, 1990.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Sistema Nacional de Informações de Segurança Pública – SINESP: dados sobre feminicídio em 2024. Brasília, DF: MJSP, 2024. Disponível em: <https://app.powerbi.com> Acesso em: 10 abr. 2025.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas e Gestão de Ativos. Mulheres encarceradas por crimes relacionados a drogas são tema de debate no MJSP. Brasília, DF: MJSP, 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/noticias/mulheres-encarceradas-por-crimes-relacionados-a-drogas-sao-tema-de-debate-no-mj-sp>. Acesso em: 15 abr. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347/DF*, Relator: Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 09 set. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus coletivo n. 143.641/SP*, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 20 fev. 2018. DJe 07 mar. 2018. Disponível em: <https://www.stf.jus.br>. Acesso em: 22 abr. 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus n. 587.817/PR*, Min. Antonio Saldanha Palheiro, julgado em 04 set. 2020.

CARVALHO, Salo de; WEIGERT, Mariana de Assis. *Sofrimento e clausura no Brasil contemporâneo: estudos críticos sobre fundamentos e alternativas às penas e medidas de segurança*. 1. ed. Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2016.

COMISSÃO ECONÔMICA PARA A AMÉRICA LATINA E O CARIBE (CEPAL). *Índice de feminilidade da pobreza*. Observatório de Igualdade de Gênero da América Latina e do Caribe, 2019. Disponível em: <https://oig.cepal.org/pt/indicadores/indice-feminidade-da-pobreza>. Acesso em: 18 abr. 2025.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero*. 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/protocolo-para-julgamento-com-perspectiva-de-genero-cnj-24-03-2022.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2025.

DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na Justiça*. 7. ed., rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2021.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Tradução: Raquel Ramalhete. 20. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua: características gerais dos domicílios e dos moradores: 2022*. Rio de Janeiro: IBGE, 2023. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv102127.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2025.

JORNAL DA USP. *Pesquisa mostra que o Brasil tem terceira maior população carcerária feminina do mundo*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2023. Disponível em: <https://jornal.usp.br/radio-usp/pesquisa-mostra-que-o-brasil-tem-terceira-maior-populacao-carceraria-feminina-do-mundo/>. Acesso em: 10 abr. 2025.

LEAL, F. C.; SALA, F. *As prisões femininas no Brasil: entre o aumento de encarceramentos e a violação de direitos*. São Paulo: Editora Fórum, 2014.

MELO, Marcos Luiz Alves de. *Elas e o cárcere: um estudo sobre o encarceramento feminino*. Oxente, 2018.

ONU. *Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras (Regras de Bangkok)*. Resolução 65/229, de 21 de dezembro de 2010. Disponível em: <https://www.ohchr.org>. Acesso em: 22 abr. 2025.

REVISTA DE ESTUDOS FEMINISTAS. *Revista de Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 10, n. 1, 2002. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/issue/view/317>. Acesso em: 15 abr. 2025.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

SAFFIOTI, Heleieth. *O poder do macho*. 5. ed. São Paulo: Moderna, 2004.

SILVA, Ana Cláudia. *Gênero, seletividade penal e prisão preventiva: uma análise crítica do art. 318-A do CPP*. Belo Horizonte: Del Rey, 2019.

SILVA, M. A.; LIMA, R. F. *Desenvolvimento socioemocional e a importância do vínculo materno na primeira infância*. São Paulo: Editora Contexto, 2015.

WINNICOTT, D. W. *The maturational processes and the facilitating environment*. New York: International Universities Press, 1971.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

EM BUSCA DAS PENAS PRESCRITAS: A ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA COMO *CUSTOS VULNERABILIS* NO PROJETO LIBERDADE PROCURADA



Daniel Nicory
do Prado

Por Daniel Nicory do Prado¹

RESUMO

O presente trabalho consiste na apresentação do Projeto Liberdade Procurada, uma parceria institucional entre a Defensoria Pública do Estado da Bahia e a Faculdade Baiana de Direito, que tem por objetivo revisar todos os mandados de prisão em aberto na Bahia, em busca de casos de prescrição e de outras inconsistências que necessitem de correção, e na divulgação preliminar dos principais achados da Fase I da execução do Projeto, que abrangeu as comarcas sem Defensoria Pública instalada.

Palavras-chave: Defensoria Pública; mandado de prisão; prescrição.

1. INTRODUÇÃO

Justiça e segurança são valores fundamentais para a ordem jurídica, e um conflito muito conhecido entre eles se concretiza com a positivação de regras referentes à prescrição das pretensões dos sujeitos de direito.

No Direito Penal, discute-se se existe um direito de punir (*jus puniendi*) do Estado, que nasceria com a prática do crime e se extinguiria com a passagem do tempo, ou se a prescrição é apenas mais uma das formas de limitação do poder punitivo (*potestas puniendi*) estatal.

De todo modo, a grande maioria dos sistemas normativos prevê a prescrição das pretensões punitiva e executória estatais diante do cometimento de um delito, ainda que estabelecendo a imprescritibilidade de alguns deles, demonstrando que a estabilização das relações jurídicas é um objetivo primordial, mesmo quando se trata de supostas ou comprovadas ofensas graves aos bens jurídicos mais importantes para a sociedade.

O presente trabalho tem o objetivo de apresentar formalmente à comunidade judiciária o Projeto Liberdade Procurada, executado pela Defensoria Pública do Estado da Bahia, em parceria com a Faculdade Baiana de Direito, iniciado em julho de 2024, que teve o objetivo de revisar todos os mandados de prisão pendentes de cumprimento no Estado da Bahia, para detectar possíveis casos de extinção da punibilidade e, portanto, ordens de captura indevidas.

Trata-se de um trabalho pensado desde o início como um projeto de pesquisa-ação, em que o mapeamento das buscas indevidas foi seguido pela atuação da Defensoria Pública nos processos, na condição de *custos vulnerabilis* (MAIA, ROCHA, SANTIAGO, 2024; FERREIRA, MELO, FEITOSA, 2021), para pedir o reconhecimento da extinção da punibilidade e a expedição de contramandado.

Os dados apresentados nesta publicação dizem respeito à Fase I do Projeto Liberdade Procurada,

¹ Doutor em Direito pela UFBA; Defensor Público de Classe Final. Professor da Faculdade Baiana de Direito e do Mestrado Profissiional em Segurança Pública, Justiça e Cidadania da UFBA; Coordenador da DP Especializada Criminal e de Execução Penal e do Projeto Liberdade Procurada

que abrangeu as comarcas sem Defensoria Pública instalada em julho de 2024, e os processos não sigilosos em tramitação no sistema de Processo Judicial Eletrônico (PJE) do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia (TJBA).

Considerando que a atual revolução tecnológica levou a um crescimento exponencial das ferramentas à disposição das autoridades públicas para o cumprimento dos mandados em aberto, em especial com os algoritmos de reconhecimento facial, a atualidade e a precisão do banco nacional de medidas penais tornam-se cada vez mais importantes para evitar prisões indevidas.

O Poder Judiciário, ao tomar conhecimento dos resultados pela imprensa, convidou a coordenação do projeto a oferecer uma capacitação aos servidores responsáveis pela alimentação do BNMP, para minimizar as inconsistências, que foi realizada no dia 8 de maio de 2025, no estúdio da UNICORP, em Salvador.

Por isso, os principais achados da presente publicação dizem respeito aos casos em que o erro pode ser evitado na própria alimentação, a saber, os processos já extintos, mas com mandado aberto, o efeito da idade do procurado sobre a validade do mandado e a observação dos efeitos intertemporais da modificação introduzida no Código de Processo Penal (CPP) pela Lei nº 9.271/96, que instituiu a suspensão do processo e do prazo prescricional em caso de não comparecimento do réu citado por edital.

2. A FASE I DO PROJETO LIBERDADE PROCURADA

O Projeto Liberdade Procurada representa um exemplo de atuação da Defensoria Pública como *custos vulnerabilis* que demonstra as vantagens incomparáveis do modelo público de assistência jurídica, pela permanência e independência da instituição, pela capacidade de articulação com outros atores do sistema de justiça e da academia, e, mesmo ainda estando em sua fase inicial de execução, já apresenta resultados suficientes para justificar a presente publicação.

2.1. METODOLOGIA

Um projeto de pesquisa e extensão com essa magnitude (potencial análise de quase quinze mil mandados de prisão em aberto) deve ser realizado em diversas fases e diversas etapas, com um longo cronograma, e foi pensado para permitir a participação do maior número possível de estudantes, sendo a primeira fase destinada às comarcas sem Defensoria Pública instalada, a segunda fase destinada às comarcas do interior com atendimento da Defensoria Pública em regime de substituição cumulativa, a terceira fase destinada às comarcas do interior com Defensoria Pública instalada, e a quarta fase destinada à comarca da Capital, cada uma delas com uma primeira etapa de coleta mais rápida e mais simples possível, para não exaurir os recursos organizacionais e obter uma quantidade confiável de informações para a segunda etapa mais aprofundada, que levou à terceira etapa, de produção das minutas das petições, e culminou numa quarta etapa, de análise dos resultados dos pedidos feitos pela Defensoria com o apoio da equipe de pesquisadores-extensionistas.

O tipo de pesquisa do presente projeto é a pesquisa prática que, de acordo com a classificação de Pedro Demo, vai além da pesquisa empírica porque a prática sempre tem uma natureza político-ideológica, não a prática do senso comum, mas sim uma “prática cientificamente contextualizada, ou seja, que contenha o elemento da pesquisa científica como base da atuação” (Demo, 2008, p. 40).

Nesse caso, a pesquisa contribuiu diretamente para o exercício de uma das mais importantes funções institucionais da Defensoria Pública, que é a defesa dos necessitados, em todos os graus, mas vai além do compromisso normativo, por pautar uma atuação preventiva.

Em especial, o caráter político-ideológico de contenção do poder punitivo estatal, e de redução dos danos decorrentes do emprego da prisão como instrumento de segurança pública e de justiça, fica evidenciado porque a pesquisa e a extensão envolverão também os casos de prescrição virtual, que é o reconhecimento antecipado da prescrição da pretensão punitiva retroativa, tese controversa que, embora rejeitada pelos tribunais superiores, é aceita por muitos juízes e tribunais de justiça.

Se o seu manejo, sob o ponto de vista das outras instituições do sistema de justiça criminal, tem como principal preocupação a eficiência do sistema, para a Defensoria Pública é mais um instrumento de proteção da liberdade individual.

A técnica de pesquisa empregada foi a do fluxo do sistema de justiça criminal longitudinal ortodoxa (Ribeiro, Silva, 2010, p. 17) ou prospectiva (Oliveira, Machado, 2017, p. 785), tendo como ponto de partida a data do fato e como ponto de encerramento, nos casos de em que não couber o pedido de prescrição, a data da consulta aos autos e, nos casos em que o pedido for cabível, a data da decisão de primeiro grau a respeito da extinção da punibilidade requerida pela Defensoria.

As pesquisas de fluxo longitudinais prospectivas costumam acompanhar os casos até o seu encerramento (Oliveira, Machado, 2017, p. 785), mas o caráter híbrido de projeto de pesquisa e extensão, voltado a uma atuação prática, exige que o encerramento se dê, nos casos em que o pedido de prescrição ainda não for cabível, na data da consulta aos autos.

Os instrumentos de coleta da pesquisa foram planilhas do programa Microsoft Excel ou equivalente, com extensão .xls. Apesar do risco de alteração da base de dados pelos estudantes com acesso, que seria evitado no caso do uso de um formulário de alimentação, o trabalho direto na planilha tem a vantagem de aproveitar os relatórios exportados pelo próprio Banco Nacional de Mandados de Prisão (BNMP) em formato .xls, que trazem diversas informações úteis.

A forma de minimizar o dano foi a atribuição a um único estudante da responsabilidade por cada comarca, ou, a depender do tamanho do acervo, por cada unidade judicial abrangida, assim que encerrada a análise dos casos, a revisão pela coordenação da pesquisa e baixa de uma cópia para posterior totalização.

A primeira etapa de coleta envolveu a pesquisa, com acesso com login e senha, aos autos dos processos em tramitação pública no sistema processual PJE de 1º Grau do TJBA, com a procura pelas palavras-chaves “denúncia”, “sentença” e “acórdão” no campo de busca do canto superior esquerdo do sistema, com ênfase na anotação das datas mais relevantes para o cálculo da prescrição. Caso a digitalização de um caso não tenha seguido os padrões ideais, podem também ser buscadas as palavras-chave “petição”, “parecer” e “decisão”.

Em caso de indeterminação da data do fato (por exemplo, crimes em que se aponta apenas o mês ou o ano da sua prática), alimenta-se a planilha com a data mais recente possível, justamente para evitar falsos positivos na busca de pela prescrição.

Uma vez alimentada a planilha, o complemento dos dados pela coordenação da pesquisa e as fórmulas nela aplicadas indicaram os casos de possível prescrição, que foram objeto de uma segunda etapa de análise, mais aprofundada, envolvendo a busca nos autos pelas informações mais aprofundadas, como a data do recebimento da denúncia, a eventual ocorrência da suspensão do prazo prescricional, o prolongamento do prazo da prescrição executória pela reincidência, a notícia de prisão por outro motivo, a informação sobre a morte do agente, e outras particularidades.

Os casos confirmados levaram à terceira etapa, de elaboração das minutas dos pedidos de prescrição, em suas diversas modalidades (abstrata, retroativa, virtual, executória), elaborados pelos estudantes e encaminhados aos Defensores Públicos em atuação no projeto, para assinatura. Na quarta e última etapa, os estudantes pesquisaram no PJE o andamento e as decisões judiciais a respeito dos pedidos feitos pela Defensoria.

Os casos não localizados, por estarem em segredo de justiça ou em tramitação em outros sistemas, poderão ser analisados ao final da pesquisa, pela própria equipe da Defensoria Pública, sem intervenção dos estudantes, dada a natureza sensível dos dados.

2.2. EXECUÇÃO DA PRIMEIRA ETAPA

Entre julho e novembro de 2024, os mandados de prisão em aberto das 134 comarcas sem Defensoria Pública instalada foram examinados por uma equipe pequena, composta pelo coordenador da pesquisa, responsável por 1448 casos, e pelas estagiárias Stefanny Nascimento Pires (297 casos) e Evelyn Pastorello Alves (288 casos), com colaborações esporádicas da estagiária Dalila Sousa de Assis dos Anjos (16 casos) e dos defensores públicos em curso de formação Pedro Añaña (6 casos) e Vitória Sousa da Silva (2 casos). Após a formulação dos pedidos, o seu acompanhamento, foi feito pela analista Mariana Fereira Viana, que, em caso de demora na tramitação, entrava em contato com as comarcas por telefone ou por correio eletrônico para pedir que os feitos fossem impulsionados.

Toda a equipe permanente integrava o quadro da Central de Urgências Criminais relacionadas a presos provisórios da Defensoria Pública, até hoje conhecida pela antiga sigla CAPRED.

O Convênio firmado entre a Defensoria e a Faculdade Baiana de Direito destina-se à execução das fases seguintes da pesquisa, nas comarcas maiores do interior, que já contam com a atuação de outros defensores públicos criminais, por substituição cumulativa, por titularidade, e, por último, na capital do estado.

A Fase II do Projeto, que abrangeu as comarcas com Defensoria em substituição cumulativa, foi finalizada em abril de 2025, mas os dados a ela referentes não foram incluídos na presente publicação porque, na data do seu fechamento, a maior parte dos pedidos ainda estava pendente de apreciação pelo Poder Judiciário.

2.3. PRINCIPAIS ACHADOS

A primeira etapa da pesquisa contemplou as 134 comarcas sem Defensoria Pública instalada em julho de 2024, e os relatórios exportados do BNMP apontaram 3443 mandados de prisão em aberto, dos quais 2148, ou 62,39% do total, foram localizados no PJE.

Os outros 1295 podem estar em segredo de justiça no próprio PJE, ou em tramitação em outro sistema processual, como o Sistema Eletrônico de Execução Unificado (SEEU) ou no E-SAJ, e serão analisados numa fase subsequente da pesquisa.

Dentre os localizados, 77 eram mandados de prisão civil pelo não pagamento de alimentos, que, portanto, não estavam no âmbito do projeto. Houve ainda 4 casos de registros do mesmo mandado em duplicidade.

2.3.1. TIPO PENAL IMPUTADO AOS PROCURADOS PELA JUSTIÇA CRIMINAL DO ESTADO DA BAHIA

Dos 2148 casos localizados no PJE, o tipo penal mais frequentemente imputado aos procurados pela Justiça Criminal do Estado da Bahia foi o homicídio qualificado, registrado em 828 processos (38,54%), seguido pelo roubo majorado, em 260 casos (12,10%) e pelo tráfico de drogas, em 184 casos (8,56%) dos casos. Cabe lembrar que, por conta do objetivo eminentemente prático do Projeto, nos casos de concurso de crimes, já que prescrição corre separadamente para cada um deles, optou-se por anotar apenas o delito mais grave (e a pena deste delito em caso de condenação) justamente porque,

se este estivesse prescrito, os demais também estariam.

Quando se considera o conjunto dos homicídios (simples e qualificados, consumados e tentados), chega-se a 1017 casos (47,32%); o conjunto dos roubos (simples, majorado, latrocínio) responde por 378 casos (17,59%); o conjunto dos crimes sexuais (estupro, o antigo atentado violento ao pudor, estupro de vulnerável) totaliza 206 casos (9,59%).

Isso significa que, apesar da predominância dos crimes violentos, há uma quantidade relevante de pessoas com mandado de prisão em aberto por crimes não violentos, como o conjunto dos crimes previstos na Lei de Drogas, que registra 220 casos (10,24%), dos crimes previstos no Estatuto do Desarmamento, com 105 casos (4,88%) e dos furtos, com 93 casos (4,32%).

2.3.2. IDADE DOS PROCURADOS PELA JUSTIÇA CRIMINAL DO ESTADO DA BAHIA

Dentre os casos localizados no PJE, 251 procurados eram menores 21 anos na data do fato (11,68%), 1587 eram maiores de 21 anos (73,88%) e 187 (8,70%) não tinham a data de nascimento informada no BNMP, nem foi possível encontrá-la por outros meios e, portanto, não foi possível calcular a idade.

A soma dos percentuais não alcança 100%, porque o PJE também registrou procurados por mandados de prisão civil por dívida de alimentos, que não foram pesquisados mais profundamente por estarem fora do escopo do Projeto.

Separados pelos principais tipos penais, a idade média na data do fato dos procurados por homicídio qualificado era de 31,37 anos; dos procurados por roubo majorado, de 25,85 anos; por tráfico de drogas, de 27,72 anos.

Considerando o conjunto dos homicídios, os procurados tinham em média 31,34 anos; pelo conjunto dos roubos, 26,05 anos; pelo conjunto dos crimes sexuais, 36,04 anos; pelo conjunto dos crimes da lei de drogas, 28,31 anos; pelo conjunto dos crimes do estatuto do desarmamento, 30,16 anos; pelo conjunto dos furtos, 29,12 anos.

Assim, ainda que venham a responder muitos anos depois pelo fato, os procurados pela justiça têm a mesma característica da população carcerária, sendo predominantemente jovens.

O delito cuja média de idade mais destoa da geral é o estupro de vulnerável, pelo qual os procurados tinham em média 40,37 anos na data do fato, o que se explica pela sua dinâmica específica da conduta, praticada na maior parte dos casos por pessoas do convívio familiar das vítimas, não raro pais ou responsáveis legais.

Segundo o Anuário Brasileiro de Segurança Pública de 2024 (Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2024, p. 161), as vítimas “são basicamente meninas (88,2%), negras (52,2%), de no máximo 13 anos (61,6%), que são estupradas por familiares ou conhecidos (84,7%) , dentro de suas próprias residências (61,7%)”.

2.3.3. TRAMITAÇÃO DOS PROCESSOS COM MANDADOS DE PRISÃO EM ABERTO

Dos 2148 casos localizados no PJE, 1847 (85,99%) tinham denúncia, sendo, na esmagadora maioria, ações penais, com raros casos de execuções penais não migradas para o Sistema Eletrônico de Execução Unificado (SEEU), 77 eram ações ou execuções de alimentos, que, portanto, estavam fora do escopo do projeto, e os demais representavam outras classes processuais, como Pedidos de Prisão

Preventiva, Inquéritos Policiais, Autos de Prisão em Flagrante e Medidas Protetivas de Urgência, que não foram quantificados pois a classe judicial não foi prevista como uma variável do instrumento de coleta, pois era possível calcular a prescrição sem essa informação.

Dos casos penais, 478 (23,08%) tinham sentença, e 1593 (76,91%) eram persecuções ainda sem decisão de mérito no primeiro grau de jurisdição, o que significa que, na maior parte dos casos, procurou-se a prescrição da pretensão punitiva abstrata, como se verá a seguir.

Quanto aos intervalos de tramitação, constatou-se uma duração média da fase pré-processual, do fato à denúncia, de 418 dias; da primeira fase do rito do júri, da denúncia à pronúncia, de 1852 dias; da tramitação em primeiro grau de jurisdição, da denúncia à sentença, de 2517 dias; nos casos sem decisão de mérito em primeiro grau, da denúncia à data da consulta ao PJE, de 4399 dias.

Isso demonstra que a maior parte da morosidade ocorreu na fase processual, na tramitação no próprio Poder Judiciário, o que significa que a alteração promovida pela Lei nº 12.234/2010, que proibiu a prescrição retroativa no intervalo entre fato e denúncia, não enfrentou o maior problema.

Quando observada a tramitação por tipo de crime, a tramitação pré-processual, do fato à denúncia, mais curta foi a dos crimes de tráfico de drogas, de 136 dias; a mais longa foi a dos crimes de estupro, de 542 dias.

Como dito acima, quando as denúncias não precisaram a data do fato, informando apenas o mês ou o ano das condutas, alimentou-se a planilha com a data mais recente possível, para evitar falsos positivos nos alertas da prescrição, o que significa que, especialmente nos casos de estupro de vulnerável, em que a ausência de informação sobre a data exata é mais frequente, o intervalo entre fato e denúncia pode estar subestimado, mas a decisão metodológica se justifica por conta do interesse prático do projeto, e não invalida a conclusão sobre a maior morosidade na fase pré-processual para esses crimes, pelo contrário, até a reforça, porque esse é o menor intervalo possível entre fato e denúncia e, ainda assim, é muito superior ao dos outros tipos de crime.

Quanto à tramitação em primeiro grau, a média mais curta é também dos crimes de tráfico de drogas (1037 dias), e a mais longa a do homicídio simples tentado (6939 dias); excluídos os crimes da competência do Tribunal do Júri, cujo procedimento bifásico alonga a tramitação, mas também prevê causas adicionais de interrupção da prescrição, a tramitação média mais longa em primeiro grau de jurisdição dos casos concluídos foi a dos crimes de furto qualificado, com 3520 dias.

Entre os crimes de competência do Tribunal do Júri, o tempo médio de tramitação entre denúncia e pronúncia mais longo foi dos homicídios simples tentados, com 3102 dias, e o mais curto foi o dos homicídios qualificados, com 1837 dias.

2.3.4. PRINCIPAIS PEDIDOS DA DEFENSORIA PÚBLICA

Entre julho de 2024 e janeiro de 2025, a Defensoria formulou 79 pedidos de prescrição da pretensão punitiva abstrata, 44 pedidos de expedição de contramandado, 43 pedidos de prescrição da pretensão executória, 22 pedidos de reconhecimento antecipado da prescrição da pretensão punitiva retroativa (a chamada prescrição virtual), 5 pedidos de extinção da pretensão sócio-educativa e 2 pedidos de prescrição da pretensão punitiva retroativa, totalizando 195 requerimentos.

Foram 24 pedidos em julho, 29 em agosto, 48 em setembro, quando as estagiárias de nível superior passaram a atuar com maior regularidade no projeto, 61 em outubro, o maior volume para um mês, 29 em novembro, quando foi finalizada a primeira etapa da pesquisa, e 4 em janeiro de 2025, que se revelaram necessários após a revisão dos dados coletados.

Além disso, em outros 16 casos de prescrição ou necessidade de expedição de contramandado, ou os pedidos já haviam sido feitos, pelo Ministério Público (3 casos) ou por advogados (6 casos),

ou a providência necessária na data da exportação do relatório do BNMP já havia sido adotada no momento da consulta aos autos (7 casos).

Os casos de extinção da pretensão sócio-educativa serão discutidos mais à frente, e desde logo é preciso destacar que a quantidade muito pequena de pedidos de prescrição retroativa é uma consequência esperada do fato de que essa modalidade é declarada pelo juiz por ocasião da sentença condenatória.

Por isso, os casos de prescrição retroativa só seriam detectados na pesquisa se, por algum motivo, o magistrado não tivesse percebido a sua consumação, ou se alguma situação posterior à sentença condenatória provocasse a prescrição retroativa.

Nos dois casos, tratou-se de modificação posterior à sentença: num deles, porque a pena foi reduzida em sede de apelação e, no outro, em que a sentença condenatória ainda não tinha sido proferida, o caso era anterior a 2010 e o réu completou setenta anos e, com isso, os prazos prescricionais caíram pela metade, sendo cabível a prescrição retroativa com base no intervalo entre a data do fato e a do recebimento da denúncia, porque a Lei nº 12.234/2010 ainda não estava em vigor.

Com relação ao pedido mais frequente, de prescrição da pretensão punitiva abstrata, uma questão que motivou muitos requerimentos foi a previsão da Súmula 415 do STJ, segundo a qual o tempo de suspensão do prazo prescricional para os réus citados por edital é regulado pela pena máxima em abstrato, para evitar a criação, por via oblíqua, de uma nova causa de imprescritibilidade para além das previstas na Constituição.

Quanto à prescrição executória, uma discussão frequente foi a do Tema de Repercussão Geral nº 788 do STF, segundo o qual a extinção da punibilidade, nesse caso, só se dá quando ocorre o trânsito em julgado para ambas as partes, mas com modulação temporal dos efeitos, valendo apenas para os casos cujo trânsito em julgado para a acusação tenha ocorrido após 11/12/2020.

2.3.5. TIPOS PENAIIS MAIS FREQUENTES DOS CASOS PRESCRITOS

Os acusados ou condenados por homicídio representaram o maior número de pedidos de prescrição (72, ou 36,92% dos pedidos), mas representam um número pequeno do total de procurados por esse crime (7,08%) dos procurados; em seguida, os acusados ou condenados por roubo (39, ou 20% dos pedidos, mas 10,32% dos procurados por esse crime) e por furto (20, ou 10,25% dos pedidos, mas 21,51% dos procurados por esse crime).

Esses achados representam uma obviedade que nem por isso deve ser omitida: quanto menos grave o crime pelo qual a pessoa é procurada, maior é a probabilidade de que ele esteja prescrito ou, por qualquer outro motivo, que a punibilidade esteja extinta e que a busca seja indevida.

2.3.6. TRAMITAÇÃO E RESULTADO DOS PEDIDOS

O art. 61 do CPP dispõe que a extinção da punibilidade deve ser reconhecida a qualquer tempo, inclusive de ofício, mas o parágrafo único do mesmo artigo determina que, em caso de requerimento de uma das partes, deve-se autuá-lo em apartado, ouvir a parte contrária e, se preciso, abrir prazo para a produção de prova.

Na prática, os magistrados evitaram a excessiva burocracia do texto legal, e processaram os pedidos nos autos principais. Além disso, fazendo uso da possibilidade de decidir de plano conferida no *caput*, a maior parte dos pedidos foi decidida sem a oitiva do MP, o que, a rigor, só poderia ter

acontecido nos casos de expedição de contramandado, que é uma providência cartorária diante de uma extinção da punibilidade já reconhecida anteriormente.

Em julho de 2024, foram registrados 1 parecer e 3 decisões; em agosto de 2024, 8 pareceres e 5 decisões; em setembro de 2024, 7 pareceres e 8 decisões; em outubro de 2024, 25 pareceres e 32 decisões, quando finalmente houve uma aceleração da tramitação em razão dos contatos telefônicos e por correio eletrônico pela servidora da CAPRED; em novembro de 2024, 20 pareceres e 23 decisões; em dezembro de 2024, 4 pareceres e 15 decisões, uma redução já esperada em razão do recesso forense; em janeiro de 2025, 22 pareceres e 26 decisões, quando uma rodada de contatos foi realizada; em fevereiro de 2025, 9 pareceres e 16 decisões; em março de 2025, 8 pareceres e 27 decisões, em abril de 2025, 8 pareceres e 20 decisões e, até 8 de maio, 1 parecer e 9 decisões.

Os intervalos entre pedido e parecer, entre parecer e decisão e entre pedido e decisão não significam necessariamente que os promotores tenham sido mais lentos ou mais rápidos que os magistrados na apreciação dos feitos, já que eles não registram apenas o tempo entre a abertura de vista e o parecer, nem apenas o tempo entre a conclusão e a decisão. Os intervalos englobam também o tempo decorrido entre os atos das partes e a providência cartorária necessária (vista, conclusão, cumprimento de alguma diligência, etc.), não havendo um cálculo em separado de cada intervalo, justamente por conta da necessidade de manter a viabilidade da pesquisa.

Dito isso, o tempo médio de tramitação entre pedido e parecer foi de 81 dias, entre parecer e decisão de 50 dias, e entre pedido e decisão de 100 dias, isto porque, como se verá a seguir, 78 casos foram decididos sem manifestação do Ministério Público.

Não houve oposição do MP aos cinco pedidos de extinção da pretensão sócio-educativa, nem aos dois pedidos de prescrição retroativa: registrou-se um parecer favorável e uma decisão judicial sem parecer.

Por outro lado, houve pareceres contrários do Ministério Públicos a alguns pedidos de prescrição virtual, como já era esperado, e se verá a seguir, e alguns pedidos de prescrição abstrata, o que não era esperado, baseados, como se verá a seguir, em duas principais questões: a idade do réu na data do fato e a suspensão do processo e do prazo prescricional em razão do não comparecimento do réu citado por edital.

Todos os 90 pedidos que tiveram parecer favorável do MP foram deferidos. Dos 15 casos em que MP emitiu parecer contrário, 11 pedidos foram indeferidos e 4 deferidos, ou 73,33%. As seguintes combinações apareceram nas manifestações contrárias aos pedidos de prescrição abstrata: falta de prova da idade do réu, não aplicação do efeito redutor do prazo prescricional, em razão da idade, à duração da suspensão do prazo prescricional do réu citado por edital, e a vigência da alteração legislativa que criou essa hipóteses de suspensão, mesmo para um fato anterior à sua vigência.

Já para a prescrição virtual, foram duas principais linhas: alguns pareceres sustentaram, na esteira do entendimento dos tribunais superiores, a impossibilidade *prima facie* de reconhecer a prescrição virtual, e outros pareceres entenderam-na possível a priori, mas consideraram não haver elementos suficientes naquele caso para aceitar o reconhecimento antecipado da prescrição da pretensão punitiva retroativa.

Até 8 de maio de 2025, 171 pedidos foram deferidos, 11 indeferidos e 1 decisão atendeu a um pedido diverso formulado posteriormente pelo advogado constituído pelo réu posteriormente à atuação da Defensoria Pública. Separados por tipo, 43 pedidos de contramandado foram deferidos e nenhum indeferido, 70 pedidos de prescrição abstrata foram deferidos e 5 indeferidos, 14 pedidos de prescrição virtual foram deferidos e 6 indeferidos, 2 de prescrição retroativa foram deferidos e nenhum indeferido, 38 de prescrição executória foram deferidos e nenhum indeferido, e 4 de extinção da pretensão sócio-educativa foram deferidos e nenhum indeferido.

2.3.7. EFEITOS DA REDUÇÃO DA PRESCRIÇÃO À METADE EM RAZÃO DA IDADE DO RÉU

Como seria esperado, a previsão do art. 115 do Código Penal, de redução à metade dos prazos prescricionais para os menores de 21 anos na data do fato e para os maiores de 70 anos na data da sentença tem um efeito significativo na probabilidade de o mandado de prisão em aberto referir-se a um crime prescrito.

Dos 251 casos de menores de 21 anos na data do fato, foram feitos 64 pedidos, ou 25,50%; dos 1587 casos de maiores de 21 na data do fato, foram feitos 102 pedidos, ou 6,43%; dos 187 casos sem idade informada no BNMP ou no PJE, foram feitos 28 pedidos, ou 14,97%

Se para os menores de 21 anos a probabilidade quase quadruplica com relação aos maiores de 21 anos, os maiores de 70 anos na data da sentença estão sendo sendo procurados indevidamente pela justiça em 28,81% dos casos (17 de 59 casos).

As justificativas político-criminais para a redução do prazo - a oportunização de uma nova chance para os menores de 21 e a evitação das penas perpétuas para os maiores de 70 - já foram discutidas mais acima, mas é curioso como os únicos pareceres contrários do Ministério Público ao reconhecimento da prescrição, além da hipótese previsível da prescrição virtual, disseram respeito aos prazos reduzidos à metade em razão da idade, com dois principais argumentos: 1) o de que a condição pessoal não estaria devidamente comprovada nos autos; 2) o de que a duração da suspensão do prazo prescricional a que se refere a súmula 415 do STJ não é reduzida à metade em razão da idade.

Quanto ao argumento com relação à prova da idade, trata-se de um formalismo por vezes espantoso, já que a idade consta dos mandados de prisão, inclusive para evitar a prisão injusta de homônimos, mas não é suficiente para garantir a extinção da punibilidade.

Quanto ao argumento de que a duração da suspensão do prazo prescricional não é reduzida à metade em razão da idade, note-se que não haveria como ter sido redigida uma previsão expressa no Código Penal a esse respeito, porque essa duração é uma construção doutrinária para evitar a criação de uma hipótese de imprescritibilidade por via oblíqua, não prevista na Constituição, mas os motivos político-criminais para reduzir à metade os prazos de prescrição em razão da idade também justificam a redução da duração da suspensão do prazo prescricional à metade.

Um dos poucos motivos de indeferimento de pedido formulado na 1ª fase do Projeto Liberdade Procurada diz respeito justamente a esse caso, em que o MP opinou contrariamente e o juiz acolheu o parecer ministerial, entendendo que a duração da suspensão do prazo prescricional não é reduzida à metade em razão da idade, por serem, na visão do magistrado, institutos diferentes.

Em razão deles, foram interpostos dois recursos em sentido estrito, que, até 8 de maio de 2025, ainda não haviam sido apreciados pelo Tribunal de Justiça.

2.3.8. EFEITOS INTERTEMPORAIS DA LEI Nº 9.271/96

A Lei nº 9.271/96 alterou o art. 366 do CPP para impedir que os réus sejam julgados sem conhecimento efetivo da ação penal em seu desfavor, determinando que, em caso de citação por edital e não comparecimento do acusado, seja suspensos o processo e o prazo processual.

Tratando-se de lei de natureza híbrida - material e processual - ela é não se aplica aos fatos praticados anteriores à sua vigência, nem é possível cindi-la para determinar apenas a suspensão do processo, que, por sua natureza, poderia ter vigência imediata, já que se trata do mesmo dispositivo legal, e o entendimento jurisprudencial, que se consolidou em outros julgados posteriores, é de que,

no Direito Intertemporal, não é possível fazer a chamada combinação de leis, com a aplicação de diferentes regimes temporais para diferentes partes do mesmo dispositivo.

Dos casos localizados no PJE, 65 fatos eram anteriores à vigência da lei e, para eles, foram formulados 39 pedidos de prescrição ou contramandado (60%); para efeito comparativo, dos 99 casos ocorridos no triênio posterior à vigência da lei, para os quais já passaram mais de 25 anos e, por consequência, também já poderiam estar prescritos, foram formulados apenas 14 pedidos (14,14%).

Vistos sem maior aprofundamento, tais dados poderiam indicar que a referida lei teve um efeito extremamente significativo para a redução da probabilidade de prescrição, mas é preciso, em primeiro lugar, controlar uma variável importante, que é o tipo de crime.

Para tanto, é preciso restringir a análise aos homicídios qualificados, por diversos motivos: como dito acima, são a causa mais frequente de expedição de mandado de prisão; tem o prazo prescricional mais elevado; tem mais possibilidades de interrupção da prescrição, em razão do rito do júri.

Assim, foram 41 casos de homicídio qualificado anteriores à vigência da lei, para os quais foram formulados 25 pedidos de prescrição ou contramandado (60,98%), enquanto, no triênio posterior, foram 52 homicídios qualificados, que resultaram em apenas 5 pedidos (9,62%).

Se a causalidade parece ainda mais clara após o controle pelo tipo de crime, quando se analisam as razões dos pedidos de prescrição, percebe-se que a principal razão da influência da Lei nº 9.271/96 não se deve à sua incidência sobre os fatos posteriores à sua vigência, e sim à aplicação indevida pelos juízes aos fatos anteriores à sua vigência.

Dos 25 casos de homicídio qualificado anteriores à vigência da lei em que foram formulados pedidos de prescrição, em 22 deles tinha havido a suspensão do processo e do prazo prescricional, numa violação clara à irretroatividade das leis penais mais gravosas, e em 2 deles foi determinada a cisão entre os aspectos material e processual, com a incidência imediata da suspensão do processo, sem efeito sobre o prazo prescricional.

Isso indica que, se os juízes tivessem adotado o procedimento correto quando a Lei nº 9.271/96 entrou em vigor, os percentuais de prescrição seriam muito menores, os casos de prescrição da pretensão punitiva abstrata praticamente desapareceriam, e poderia haver, quando muito, um aumento dos casos de prescrição da pretensão executória.

Apesar da clareza da matéria e da consolidação da jurisprudência há pelo menos duas décadas, houve três pareceres contrários do Ministério Público, dois com o argumento de que a suspensão prazo prescricional com base no art. 366 impedia o reconhecimento da extinção da punibilidade, sem nenhuma menção expressa ao pedido da defesa de decretação da nulidade daquela decisão em razão da irretroatividade da Lei nº 9.271/96, e um com o argumento de que a Defensoria arguiria a nulidade da suspensão da prescrição sem apontar a sua causa.

O primeiro parecer foi acatado pelo juiz da comarca, o que levou à interposição de recurso em sentido estrito, que, até 8 de maio de 2026, ainda não havia sido apreciado pelo Tribunal de Justiça, e o segundo parecer não foi acolhido e a prescrição foi reconhecida.

2.3.9. OS ADOLESCENTES DENUNCIADOS INDEVIDAMENTE COMO ADULTOS

O achado mais surpreendente e mais preocupante do projeto foi o dos cinco adolescentes denunciados indevidamente como adultos. Como dito acima, o relatório do BNMP traz como campo a data de nascimento dos procurados, e isso facilitou significativamente a determinação da idade do agente no momento do crime, já que era preciso preencher apenas a data do fato a partir da consulta aos autos eletrônicos. A inclusão na planilha do Projeto de uma coluna com o cálculo da idade na data

do fato tinha o objetivo de identificar os menores de vinte e um anos, dada a redução legal à metade dos prazos prescricionais que, como dito no item 3.3.7, mais do que triplica a probabilidade de o processo de uma pessoa procurada estar prescrito.

No entanto, a coluna da idade apontou cinco pessoas (0,23% dos casos localizados no PJE) com idade inferior a dezoito anos, sendo possível confirmar, com os documentos contidos nos autos, que todos esses procurados efetivamente tinham dezessete anos na data do fato, mas foram denunciados e estavam com mandado de prisão em aberto como se fossem adultos.

A solução mais técnica seria pedir a extinção da ação penal pela ausência das condições da ação - ilegitimidade de parte - mas a opção do projeto foi pedir a declaração da prescrição do ato infracional no bojo da própria ação penal, justamente para deixar claro que, mesmo que o instrumento para a persecução do ato fosse o adequado, a pretensão socioeducativa do Estado já estaria extinta. Em três dos casos, a extinção se daria tanto pela prescrição como pelo alcance da idade limite - vinte e um anos - para a aplicação das regras do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), e em dois deles apenas por ter o procurado completado vinte e um anos.

Nos quatro casos em que foi ouvido, o MP opinou favoravelmente ao reconhecimento de que o procurado era adolescente e existência do mandado de prisão e da própria ação penal eram indevidos.

No único caso em que não houve parecer, o Juiz decidiu diretamente em razão da urgência: o mandado de prisão foi cumprido, em outro estado da federação, em desfavor do adolescente, 90 dias depois da formulação do pedido pela Defensoria, e a informação foi juntada aos autos 12 dias depois de o Cartório ter feito a conclusão dos autos para decisão.

No dia seguinte à juntada, o magistrado reconheceu a extinção da pretensão sócio-educativa e determinou a expedição de alvará de soltura, mas o adolescente já tinha ficado 5 dias preso indevidamente, como se fosse adulto na data do fato.

Os casos preocupam mais ainda porque a idade do procurado estava comprovada documentalmente nos autos e, inclusive, em alguns casos, constava da qualificação da própria denúncia, e não havia nenhuma dúvida ou indeterminação com relação à data do fato.

Quando se observa que, em 187 casos (8,70% dos processos localizados no PJE), não havia informação quanto à idade do réu na data do fato no sistema do BNMP, e aponta para a necessidade de, nas fases subsequentes do projeto, buscar essas informações por outros meios, inclusive, se necessário, fazendo uso do poder de requisição, não só em razão da probabilidade aumentada de prescrição para os menores de vinte e um anos, mas também em razão da possibilidade, decerto pequena, mas não desprezível, de que haja mais algum adolescente procurado ou até preso indevidamente como se fosse adulto no momento da conduta supostamente criminosa.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Projeto Liberdade Procurada representa um exemplo de atuação da Defensoria Pública como *custos vulnerabilis* que demonstra as vantagens incomparáveis do modelo público de assistência jurídica.

Só uma instituição pública, permanente e autônoma tem o interesse e a capacidade técnica de conduzir uma revisão sistemática de todos os mandados de prisão em aberto para detectar inconsistências e pedir a sua correção.

O número de casos prescritos e que exigiam outras intervenções corretivas surpreendeu a equipe do Projeto, e o alto percentual de concordância do Poder Judiciário e do Ministério Público com os pedidos formulados pela Defensoria demonstra a relevância da atuação, a responsabilidade com que a iniciativa vem sendo conduzida.

Com a expansão da atividade para as comarcas da Bahia com atuação da Defensoria Pública, que envolverá o trabalho de mais estudantes de direito e de mais defensores públicos, espera-se contribuir ainda mais para a evitação de prisões indevidas e para o alívio da superlotação carcerária, num contexto em que os cumprimentos de mandado de prisão têm se tornado cada vez mais frequentes e eficientes em razão do avanço das tecnologias de reconhecimento facial.

REFERÊNCIAS

BAHIA. Tribunal de Justiça. 1ª Câmara Criminal. 2ª Turma. Rel. Des. Abelardo Paulo da Matta Neto. Recurso em Sentido Estrito nº 302003-37.2014.8.05.0004. 8 nov. 2021. Disponível em: <<https://jurisprudenciaaws.tjba.jus.br/inteiroTeor/086e0e01-e396-3318-bcb6-fad483a22d85>> Acesso em: 12 jul. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Banco Nacional de Mandados de Prisão. Estatísticas BNMP. 2024. Disponível em: <<https://portalbnmp.cnj.jus.br/#/estatisticas>> Acesso em: 12 jul. 2024.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Secretaria Nacional de Políticas Penais. **Relatório de informações penais: 15º Ciclo SISDEPEN. 2º Semestre de 2023.** Brasília: SENAPPEN, 2024a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Rel. Min. Luis Roberto Barroso. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347, 19-dez-2023. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=773553256>> Acesso em: 12 jul 2024.

DEMO, Pedro. **Pesquisa participante: saber pensar e intervir juntos.** 2. ed. Brasília: Liber Livro, 2008.

FERNANDES, Lucas. DPE/BA consegue prisão domiciliar para homem com câncer terminal receber cuidados e passar últimos dias em casa, em Guaratinga/BA. **Defensoria Pública do Estado da Bahia: Notícias.** 4 jul. 2024. Disponível em: <<https://www.defensoria.ba.def.br/noticias/dpe-ba-consegue-prisao-domiciliar-para-homem-com-cancer-terminal-ser-cuidado-e-passar-ultimos-dias-em-casa-em-guaratinga-ba/>> Acesso em: 12 jul. 2024.

FERREIRA, Adriano Fernandes; MELO, Vivian Duarte Tibúrcio de; FEITOSA, Arilson Conceição. A atuação da Defensoria Pública como custos vulnerabilis na promoção dos Direitos Humanos em âmbito internacional. **Direito em Movimento**, Rio de Janeiro, v. 18 - n. 3, p. 15-38, 2020 - Ed. Especial. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistadireitoemovimento_online/edicoes/volume18_numero3/volume18_numero3_15.pdf> Acesso em: 10 abr. 2025.

MAIA, Maurílio Casas.; ROCHA, Jorge Bheron.; SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna Santiago, Defensoria Pública enquanto custos vulnerabilis e a Súmula 71 do Tribunal de Justiça do Ceará. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 32, n. 375, p. 9-11. DOI: 10.5281/zenodo.10514889. Disponível em: https://publicacoes.ibccrim.org.br/index.php/boletim_1993/article/view/801. Acesso em: 10 abr. 2025.

OLIVEIRA, Marcos Vinícius Berno N.; MACHADO, Bruno Amaral. O fluxo do sistema de justiça como técnica de pesquisa no campo da segurança pública. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, Vol. 9, N. 2, 2018, p. 781-809. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/rdp/a/X7bPpvTj8S9rMc4LfBTCGYs/?format=pdf&lang=pt>> Acesso em: 5 jun 2024.

RIBEIRO, Ludmila; SILVA, Klarissa. Fluxo do Sistema de Justiça Criminal Brasileiro: um balanço da literatura. **Cadernos de Segurança Pública**. v. 2. n. 1. Rio de Janeiro, ago 2010. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/bitstream/11037/45233/1/23_Fluxo%20do%20Sistema%20de%20Justi%C3%A7a%20Criminal%20Brasileiro.pdf> Acesso em: 5 jun 2024.

ANÁLISE DA EFICÁCIA DA CLÁUSULA *WASH-OUT* NOS CONTRATOS EMPRESARIAIS DE COMPRA E VENDA FUTURA DE GRÃOS

Por Maria Eduarda Sales de Santana
e Darllan Conceição Santos



Maria Eduarda Sales
de Santana



Darllan Conceição
Santos

1. INTRODUÇÃO

O agronegócio brasileiro, reconhecido mundialmente por sua capacidade produtiva e pela crescente sofisticação de seus mecanismos comerciais, ocupa posição de destaque na economia nacional, contribuindo significativamente para o Produto Interno Bruto (PIB), o superávit da balança comercial e a geração de empregos. Dentro desse setor estratégico, a negociação antecipada de *commodities* agrícolas, como soja, milho e trigo, por meio de contratos de compra e venda futura, é prática amplamente consolidada. Essa modalidade contratual atende a interesses distintos, porém complementares: permite ao produtor rural garantir preço e escoamento da produção antes da colheita, ao passo que oferece ao comprador previsibilidade de abastecimento e margem de planejamento logístico e financeiro.

Não obstante os benefícios inerentes aos contratos futuros, sua execução encontra-se sujeita a uma série de variáveis incontornáveis, como oscilações acentuadas nos preços internacionais das *commodities*, adversidades climáticas, problemas de crédito, inadimplemento estratégico ou até mesmo eventos de força maior. Tais fatores podem impactar diretamente o cumprimento da obrigação principal, que consiste na entrega física dos grãos, e gerar disputas contratuais, especialmente em cenários de elevada volatilidade. Como resposta prática a esse cenário de incertezas, tem-se consolidado, no âmbito contratual privado, a inclusão da cláusula *wash-out*, instituto jurídico-negocial de inspiração anglo-saxônica, que vem sendo progressivamente adaptado à realidade brasileira.

A cláusula *wash-out* estabelece, em essência, a possibilidade de substituição da obrigação de entrega física dos produtos por uma compensação financeira equivalente à diferença entre o valor pactuado e o valor de mercado no momento do inadimplemento. Trata-se, portanto, de um mecanismo de liquidação financeira do contrato, cuja aplicação busca minimizar prejuízos, garantir agilidade na resolução do impasse e preservar as relações comerciais entre as partes envolvidas. Em outras palavras, permite a resolução pragmática do descumprimento contratual, sem a necessidade de execução da obrigação principal, nem sempre viável ou vantajosa do ponto de vista econômico.

Contudo, a aplicação da cláusula *wash-out* no Brasil, embora cada vez mais comum, suscita debates relevantes quanto à sua validade e eficácia à luz do ordenamento jurídico nacional. Em especial, discutem-se os limites da autonomia privada no contexto dos contratos empresariais e a necessidade de respeito aos princípios contratuais previstos no Código Civil, tais como a função social do contrato, a boa-fé objetiva, o equilíbrio entre as prestações e a vedação ao enriquecimento sem causa. Além disso, há questionamentos sobre a legalidade da imposição unilateral da cláusula pelas chamadas *tradings* (grandes comercializadoras de *commodities*) sobretudo quando o produtor rural, parte hipossuficiente na relação negocial, não possui ampla compreensão do alcance jurídico-econômico dessa disposição contratual.

A jurisprudência brasileira, por sua vez, apresenta posicionamentos divergentes sobre o tema. Enquanto algumas decisões reconhecem a validade da cláusula *wash-out*, desde que expressamente prevista e livremente pactuada, outras a consideram abusiva ou inaplicável em determinados contextos, sobretudo quando não restar demonstrada a existência de consentimento livre e informado ou quando implicar evidente desequilíbrio contratual. A insegurança jurídica decorrente dessa incerteza interpretativa evidencia a necessidade de aprofundamento doutrinário e de maior uniformidade nos critérios de aplicação da cláusula em sede judicial.

Diante desse panorama, o presente artigo tem por objetivo central analisar, de forma crítica e sistematizada, a eficácia jurídica da cláusula *wash-out* nos contratos empresariais de compra e venda futura de grãos, com especial atenção à compatibilidade desse instrumento com os princípios contratuais brasileiros, aos limites da autonomia da vontade nas relações empresariais e à interpretação que vem sendo conferida pela jurisprudência nacional. Para tanto, adotar-se-á uma abordagem metodológica que combina a análise teórica, por meio do exame da legislação, doutrina e princípios fundamentais do direito contratual, com a perspectiva prática, a partir do estudo de precedentes judiciais e da prática contratual recorrente no agronegócio.

Busca-se, com isso, oferecer contribuições relevantes para a compreensão jurídica do *wash-out* enquanto cláusula contratual típica do setor agro empresarial, promovendo uma reflexão crítica sobre sua legitimidade, seus riscos e suas potencialidades no contexto da moderna contratualização das relações comerciais. Ao final, espera-se que os resultados da pesquisa possam contribuir para o aperfeiçoamento das práticas contratuais, o fortalecimento da segurança jurídica e o equilíbrio nas relações negociais entre produtores e comercializadores de grãos no Brasil.

1. *COMMODITIES* E O MERCADO FUTURO DE GRÃOS

Commodities, termo de origem inglesa que significa mercadoria, referem-se a bens ou produtos primários – como insumos ou matérias-primas – que passam por pouca ou nenhuma transformação industrial ao longo da cadeia de comercialização. Seu alto valor comercial decorre de sua importância para a economia global, atuando como base para fornecimento de energia, alimentos e insumos industriais (Bezerra, 2023).

Segundo o Doutor em Direito Comercial Renato Buranello, o sistema de *commodities* abrange todo o fluxo operacional, desde o insumo até o consumidor final, englobando todas as etapas de produção e comercialização. Essa visão sistemática amplia a perspectiva tradicional do setor, direcionando o foco não apenas para o cliente imediato, mas também para o consumidor final, destacando a importância da coordenação eficiente de cada etapa ao longo da cadeia produtiva (Buranello, 2024).

Entre as *commodities* agropecuárias, os grãos desempenham papel central na economia global, fornecendo alimentos e insumos industriais e atendendo à demanda crescente por produtos agrícolas. O Brasil, um dos principais *players* desse setor, está entre os maiores exportadores mundiais de *commodities* há mais duas décadas e é reconhecido como o segundo maior produtor de grãos no mundo, consolidando-se como fornecedor essencial para os mercados internacionais (Bastos, 2012).

Dados da Confederação da Agricultura e Pecuária do Brasil (CNA), em parceria com o Centro de Estudos Avançados em Economia Aplicada (CEPEA), apontam que, em 2023, o agronegócio brasileiro representou 23,8% do Produto Interno Bruto (PIB) do país.

A atividade econômica relacionada às *commodities* agropecuárias, especialmente no mercado de grãos, envolve riscos intrínsecos e sistêmicos que afetam diretamente a estabilidade das operações e a segurança jurídica das transações. Sob a perspectiva da Análise Econômica do Direito, esses

riscos influenciam a tomada de decisões em todas as fases do processo produtivo, desde a produção e processamento até a distribuição, impactando também a eficiência das relações contratuais no mercado (Ulhoa, 2015).

Entre os principais riscos enfrentados pelos produtores estão: (i) riscos climáticos, decorrentes de fenômenos naturais adversos, como pragas, geadas, secas e excesso de chuvas, que afetam a oferta e a produtividade dos grãos; (ii) riscos de crédito, associado à possibilidade de inadimplemento das obrigações; (iii) riscos operacionais, relacionado a falhas humanas, tecnológicas ou acidentes durante o processo produtivo; e (iv) riscos de mercado, resultantes de desequilíbrios entre oferta e demanda, gerando oscilações de preços e intensificando a imprevisibilidade nas negociações. Como resposta a esses desafios, os produtores adotam estratégias de mitigação de riscos, como seguros de produção, para minimizar os impactos de eventos climáticos; garantias contratuais, para reduzir riscos de crédito; e a utilização de mercados futuros e derivativos, que funcionam como instrumentos eficazes para proteger contra a volatilidade dos preços (Miceli, 2019).

Com a crescente complexidade dos mercados globais e a volatilidade dos preços das *commodities*, a economia contemporânea torna-se cada vez mais dependente do Direito para regular e coordenar as redes contratuais que sustentam o agronegócio. Instrumentos jurídicos e financeiros, como os contratos futuros e derivativos, são essenciais para mitigar os riscos, proporcionando maior previsibilidade e segurança nas operações. A integração e coordenação acontece por meio de contratos, que além de minimizar potenciais perdas, desempenham um papel fundamental na estabilidade econômica, garantindo o funcionamento eficiente do mercado e preservando a confiança dos agentes econômicos envolvidos. (Buranello, 2024).

2. MERCADO DE DERIVATIVOS

Os derivativos são instrumentos financeiros essenciais para gestão de risco e a especulação no mercado, permitindo que investidores e empresas se protejam das flutuações nos preços dos ativos negociados (*hedge*). Esses instrumentos têm seu valor lastreado em um ativo subjacente, que pode variar desde *commodities*, moedas e taxas de juros até índices financeiros e condições climáticas (Hull, 1998; Matos Filho, 2015).

Os contratos de derivativos podem ser definidos como negócios jurídicos bilaterais e consensuais, com prazo determinado, caracterizados por elemento patrimonial e sinalagmático, no qual ambos os lados do contrato assumem obrigações e vantagens recíprocas. Ademais, esses contratos são adaptativos e marcados por aleatoriedade, pois seu resultado final depende de condições futuras do mercado, as quais não podem ser controladas pelos agentes econômicos (Santos, 2011).

Dois elementos fundamentais estruturam os contratos de derivativos: tempo e risco. O tempo se manifesta por meio de um período predefinido para o cumprimento das cláusulas estabelecidas no contrato, enquanto o risco decorre da incerteza quanto às variáveis e a dinâmica de mercado. Assim, os derivativos são utilizados tanto para reduzir riscos quanto para potencializar ganhos em cenários incertos, refletindo a dinâmica e complexidade dos mercados financeiros (Climeni; Kimura, 2008).

Embora esses instrumentos tenham raízes históricas em sistemas financeiros antigos, sua popularização e sofisticação ocorreram nas últimas décadas, impulsionadas pela globalização dos mercados e pelo desenvolvimento da engenharia financeira. A expansão das negociações de *commodities* e a criação de novos produtos derivados, consolidaram os derivativos como ferramenta essencial tanto para *hedge* quanto para estratégias especulativas (Corrêa; Raíces, 2005).

Existem três principais espécies de derivativos: *swaps*, opções e futuros. *Swaps* consiste na troca de rentabilidade proveniente dos fluxos de diferenças entre taxas de juros ou outros índices. Já as

opções conferem ao titular o direito, mas não a obrigação, de negociar um ativo em condições futuras. Ambas as modalidades são amplamente utilizadas em operações de arbitragem e especulação. Por sua vez, os futuros são contratos que obrigam as partes a comprar ou vender um ativo em uma data futura específica, a um preço previamente acordado. Esses contratos destacam-se pela capacidade de eliminar a incerteza sobre os preços futuros (Assaf, 2014).

Os contratos de derivativos podem ser negociados por diferentes agentes econômicos, como produtores, empresas, instituições financeiras, investidores, especuladores e arbitradores. Embora uma parte dessas negociações ocorra em bolsas organizadas, como a B3 (Brasil, Bolsa, Balcão), onde são oferecidos contratos futuros padronizados, os contratos futuros a termo são predominantemente realizados diretamente entre as partes ou no mercado de balcão. Nesse ambiente, as operações são realizadas diretamente entre as partes, permitindo maior flexibilidade e personalização das condições contratuais. No entanto, essas operações também envolvem riscos adicionais, como menor liquidez e ausência de uma câmara de compensação, o que exige uma gestão de riscos mais cuidadosa por parte dos agentes envolvidos (Brasil, 2015).

No mercado de *commodities* agrícolas, os contratos futuros a termo são amplamente utilizados, pois permitem que produtores e compradores se protejam contra as variações nos preços, garantindo não apenas maior previsibilidade, mas também segurança jurídica nas transações (Cavalcante; Misumi; Rudge, 2005).

3. CONTRATOS FUTUROS (A TERMO) DE COMPRA E VENDA DE *COMMODITIES*

Com base na relevância dos contratos a termo como mecanismos de *hedge* no mercado de *commodities*, especialmente no setor de grãos, diversos estudiosos e doutrinadores consideram esses contratos como alternativas eficazes de proteção contra a volatilidade dos preços. Embora o mercado futuro seja visto como uma evolução do mercado a termo, apresentam-se distinções fundamentais, especialmente quanto à liquidação dos compromissos e à padronização dos contratos. Dessa forma, o contrato a termo pode ser entendido como uma modalidade de contrato futuro, mas com maior flexibilidade e personalização, possibilitando ajustes específicos às necessidades das partes envolvidas (Brasil, 2022; Andrade; Pinto, 2021).

Os contratos futuros podem ser transacionados em dois ambientes principais: o mercado de derivativos e o mercado de balcão, que pode ser organizado ou não. A resolução da Comissão de Valores Mobiliários (CVM) nº 135, 10 de junho de 2022 em seu art. 3º dispõe sobre o que caracteriza a negociação em balcão (Brasil, 2022):

Art. 3º Considera-se realizada em mercado de balcão não organizado a negociação de valores mobiliários não realizada ou registrada em mercado organizado em que integrante do sistema de distribuição previsto nos incisos I, II e III do art. 15 da Lei nº 6.385, de 1976, intervém: I – como intermediário; ou II – como parte, quando tal negociação resultar do exercício da atividade de subscrição de valores mobiliários por conta própria para revenda em mercado ou de compra de valores mobiliários em circulação para revenda por conta própria.

Diferentemente dos contratos negociados em bolsas, que são padronizados e ajustados diariamente, os contratos transacionados no mercado de balcão não organizado são acordos personalizados, negociados diretamente entre as partes, sem a intermediação de bolsas ou câmaras de compensação. Essa flexibilidade permite que as condições de cada transação – incluindo

quantidade, qualidade, preço e data de entrega – sejam ajustadas conforme as necessidades dos contratantes, mas também eleva os riscos de crédito e liquidez, uma vez que a execução depende exclusivamente da capacidade de cumprimento e da confiança mútua entre os envolvidos (Sztajn; Franco, 2005; Santos, 2011).

No setor de grãos, a utilização dos contratos a termo oferece segurança de preço e estabilidade financeira para produtores e compradores. Esses contratos permitem que os produtores garantam uma margem de lucro previsível para suas colheitas, mesmo em cenários adversos de mercado, enquanto os compradores, como processadores e distribuidores, estabilizam os custos de aquisição das matérias-primas. Essa proteção reduz o impacto de variações sazonais e conjunturais nos preços, viabilizando o planejamento de longo prazo e minimizando a exposição aos riscos de mercado. Dessa forma, os contratos a termo contribuem para o planejamento financeiro tanto de produtores, que asseguram um valor fixo para suas colheitas futuras, quanto de compradores, que evitam as oscilações do preço no mercado à vista, promovendo operações mais seguras e estáveis (Miceli, 2019).

Em contratos futuros, a manutenção dos ajustes estabelecidos é essencial, pois a alocação de riscos entre as partes – da mais avessa ao risco à mais tolerante – constitui o cerne desses contratos. A observância dos compromissos conforme acordado inicialmente garante que a distribuição dos riscos seja eficiente e proporcional, um aspecto fundamental do negócio. Nos contratos futuros, a alocação de riscos e o compromisso de uma das partes em assumir possíveis variações de preço justificam o contrato em si. Assim, o cumprimento das condições pactuadas é vital para manter a confiança do mercado nessa modalidade de transação, assegurando funcionalidade e previsibilidade ao sistema de comercialização de *commodities* (Mattos Filho, 2015).

Ainda assim, os contratos a termo estão sujeitos a riscos que exigem uma gestão cuidadosa. O risco de mercado, em particular, é significativo, pois as flutuações de preço e demanda entre a data de negociação e o vencimento podem afetar substancialmente o valor da transação. Esse risco é intensificado no mercado de *commodities* agrícolas, onde fatores externos, como condições climáticas, guerras e variações na oferta, podem provocar grandes oscilações nos preços. A gestão do risco de mercado nos contratos a termo, portanto, é crucial, exigindo que as partes incluam mecanismos contratuais que permitam ajustes conforme variações de mercado, como cláusulas de reajuste de preço (Mattos Filho, 2015; Buranello, 2024).

Outro risco relevante é o risco de crédito, decorrente da ausência de intermediação de câmaras de compensação e da dependência da capacidade financeira de cada parte para honrar suas obrigações. O cumprimento das obrigações contratuais depende diretamente da solidez financeira e da confiabilidade mútua das partes envolvidas. Para mitigar o risco de crédito, a fase pré-contratual deve contemplar uma análise criteriosa da reputação e da capacidade financeira dos contratantes, além de prever cláusulas que estabeleçam alternativas compensatórias em caso de inadimplemento, como penalidades e garantias (Sztajn, 2019).

Diante desses riscos, a inclusão de cláusulas contratuais específicas para alocação e mitigação de riscos é essencial na fase pré-contratual dos contratos futuros. A previsão de cláusulas que permitam reajustes de preço, exigência de garantias e penalidades para inadimplência assegura o equilíbrio e a adaptabilidade do contrato, mantendo sua função de proteção, mesmo em face das flutuações do mercado (Mattos Filho, 2015).

Como elucidada a teoria do inadimplemento eficiente, o descumprimento contratual pode, em alguns casos, ser economicamente justificável se os benefícios do descumprimento superarem os custos do cumprimento. Embora não seja o foco da teoria para contratos de *commodities*, essa perspectiva destaca a importância de prever, no contrato, alternativas compensatórias que preservem a eficiência econômica da transação, mesmo em situações adversas (Mattos Filho, 2015; Sztajn, 2019).

Doutrinadores como Cateb e Mackaay (2013, 2020) entendem que a *efficient breach theory* é um fator que estimula condutas oportunistas, ao passo que os produtores descumprem o contrato

mediante o pagamento de sanções decorrentes da inadimplência, em razão de diante de um cenário contemporâneo mais vantajoso daquele que foi pré-fixado.

Em síntese, a teoria do inadimplemento eficiente, seja pelo entendimento da doutrina que concorda ou não, ressalta a importância de uma fase pré-contratual bem estruturada, na qual as partes definam cláusulas específicas de alocação de risco. A adoção de mecanismos como garantias, cláusulas de reajuste de preço e penalidades por inadimplência garante que o contrato a termo seja adaptável às variações do mercado, promovendo segurança jurídica e eficiência econômica, elementos essenciais em operações de commodities agrícolas (Pela, 2016).

A inclusão de cláusulas específicas nos contratos a termo permite que estes se adaptem a condições adversas, evitando rupturas contratuais e facilitando renegociações que preservam o equilíbrio da relação contratual. Dessa forma, os contratos a termo alcançam um ponto de convergência entre eficiência econômica e segurança jurídica, ao garantir que, mesmo diante de cenários desfavoráveis, as partes tenham alternativas viáveis para lidar com o inadimplemento e preservar a relação contratual (Buranello, 2024; Sztajn, 2019).

Na fase pré-contratual, a previsão de cláusulas como a de reajuste de preço, por exemplo, permite que o valor do contrato seja ajustado conforme variações substanciais no mercado, mitigando o impacto do risco de mercado e mantendo a viabilidade econômica para ambas as partes. Já a inclusão de garantias e a previsão de penalidades para inadimplemento servem como mecanismos de proteção contra o risco de crédito, reforçando a segurança e confiança entre os contratantes. A aplicação dessas cláusulas facilita o cumprimento das obrigações e oferece alternativas compensatórias no caso de descumprimento, possibilitando renegociações que evitam a quebra do contrato (Miceli, 2019).

Nos contratos negociados em bolsa de valores, o mecanismo de ajuste diário, ou *mark-to-market*, desempenha um papel crucial na redistribuição de ganhos e perdas com base nas oscilações diárias dos preços dos ativos. Esse ajuste permite que o contrato acompanhe as flutuações do mercado em tempo real, proporcionando às partes uma visão diária de sua posição de lucro ou prejuízo. Assim, as partes podem tomar decisões informadas sobre a continuidade ou o encerramento do contrato, mitigando o risco de acúmulo de perdas ao longo do tempo (Allen; Carletti, 2008).

O ajuste diário atua também como um importante mecanismo de transparência e redução de risco, evitando que o contrato se torne excessivamente oneroso e, por conseguinte, mais suscetível à inadimplência. Quando uma das partes falha em cumprir com o pagamento do ajuste, isso sinaliza que poderá enfrentar dificuldades em honrar a obrigação no vencimento, o que indica a eficácia desse sistema em autorregular as operações (Santos, 2011).

Por outro lado, nos contratos futuros a termo negociados em balcão não organizado, não se valem desse mecanismo de ajuste diário nem a intermediação de uma câmara de compensação. Isso eleva a necessidade de uma gestão de riscos mais rigorosa, com a inclusão de cláusulas de proteção como garantias e penalidades para inadimplemento, assegurando que o comprador, em caso de descumprimento, tenha a possibilidade de adquirir a *commodity* a preço de mercado (Yazbek, 2006).

Esses mecanismos que emanam da autonomia privada das partes promovem a estabilidade e a confiança entre os contratantes, especialmente na ausência do ajuste diário, conferindo maior segurança jurídica às transações (Roque; Vogas, 2022).

Nesse sentido o Código Civil em seu art. 421, estabelece que os contratos se presumem paritários, indicando que a revisão contratual deve ocorrer de forma excepcional, respeitando a vontade das partes e a alocação de riscos previamente definida por elas (Brasil, 2002).

Dessa forma, a inclusão de cláusulas específicas – como garantias e penalidades em caso de inadimplemento – torna-se essencial, assegurando ao comprador a possibilidade de adquirir a *commodity* a preço de mercado em situações de inadimplemento, promovendo, dessa forma, a estabilidade e a confiança entre os contratantes, mesmo na ausência do ajuste diário (Costa; Xavier, 2021).

4. CLÁUSULA WASHOUT: ORIGEM E CONCEITO

Emergindo da dinâmica contratual do agronegócio, como veste jurídica das operações de *commodities* agrícolas, a cláusula *wash-out* surge a partir da prática, como novo mecanismo jurídico negocial como ferramenta oriunda da convenção da alocação de riscos *interpartes* (Vogas, 2022).

Esse instrumento, com origem atribuída ao mercado australiano, ganhou popularidade no setor de agronegócio global por meio das *tradings companies*, empresas que promovem e facilitam o comércio internacional de *commodities* e disseminaram amplamente o uso desse tipo de cláusula como forma de administrar os riscos de oscilação de preços e de não cumprimento contratual (Trevizan, 2017).

A cláusula *wash-out* tem por objetivo central, compensar o comprador nos casos em que o vendedor não cumpre a obrigação de entrega da mercadoria conforme acordado. Essa compensação é calculada de maneira objetiva, com base na diferença entre o preço originalmente pactuado e o valor de mercado da *commodity* no momento da não entrega. Esses prejuízos, embora muitas vezes não exijam um pagamento prévio do valor integral da mercadoria, ela reflete o custo real necessário para recompor a posição contratual no mercado, assegurando ao comprador a preservação de sua posição econômica (Costa; Xavier, 2021).

A relevância e a ampla adoção da cláusula *wash-out* no agronegócio decorrem da própria estrutura de interdependência das operações desse setor, onde as transações ocorrem em cadeia e o cumprimento de cada obrigação é crucial para a estabilidade das subseqüentes. Dada essa interligação, o inadimplemento de uma operação pode desencadear efeitos em cascata, impactando negativamente uma série de transações futuras e gerando instabilidade em toda a cadeia de operações. Dessa forma, a cláusula *wash-out* atua com dupla finalidade, a compensatória que possibilita ao comprador voltar ao mercado e conseguir comprar o grão ao valor comercializado e adimplir com suas obrigações adjacentes e como recurso desestimulador ao descumprimento voluntário, em uma possível perspectiva oportunista do vendedor (Vogas, 2022).

A professora Paula Forgioni (2021), afirma que no âmbito do direito comercial, pressupõe que o agente econômico é proativo e bem informado sobre os riscos e nuances inerentes ao mercado em que atua, no âmbito do agronegócio a álea negocial é extensa conforme desenvolvido anteriormente. O produtor ao aceitar a cláusula *wash-out* está consciente das condições do contrato, inclusive dos riscos e das penalidades estipuladas, assumiu essas condições de forma voluntária, preferindo esse mecanismo de alocação de riscos a outros que exigiriam maior investimento.

Dessa forma, dentro de uma relação comercial paritária, não cabe ao produtor tentar evitar as penalidades acordadas, sob a alegação de desconhecimento dos riscos inerentes à atividade. A contratação a preço fixo tem como objetivo principal mitigar a incerteza quanto à volatilidade de mercado, que afeta igualmente ambos os contratantes. As restritas hipóteses legais de inadimplemento contratual não são suficientes para abarcar as particularidades das complexas cadeias econômicas do agronegócio, o que evidencia a necessidade de mecanismos que assegurem ao comprador uma proteção real em casos de inadimplência do vendedor, proporcionando estabilidade e previsibilidade a um dos setores mais importante da economia mundial (Costa; Xavier, 2021).

5. A CLÁUSULA *WASH-OUT* NO DIREITO ESTRANGEIRO

Além de sua origem estrangeira, as *tradings companies*, com papel central no comércio de *commodities*, foram fundamentais na disseminação da cláusula *wash-out*. Essas empresas facilitaram

negociações e promoveram a padronização de cláusulas contratuais que visam proteger os interesses dos agentes envolvidos, incluindo produtores e exportadores de grãos. Como consequência, o uso da cláusula *wash-out* se espalhou por diferentes ordenamentos jurídicos, especialmente na Austrália, Canadá e Reino Unido, onde ela se consolidou como um mecanismo eficaz de mitigação de risco e gestão de inadimplemento em contratos de *commodities* (Trevizan, 2017).

Na Austrália, a *Grain Trade Australia* (GTA), composta por produtores, usuários e exportadores responsáveis por cerca de 95% do comércio de grãos do país, desempenha papel essencial na padronização de contratos agrícolas. A GTA estabeleceu diretrizes específicas para a aplicação da cláusula *wash-out*, incluindo orientações claras para o cálculo de compensações em casos de inadimplemento. O guia *“A Guide to Taking Out Grain Contracts”* incentiva o uso da cláusula não apenas como resposta ao inadimplemento, mas também como medida preventiva para minimizar disputas contratuais. Esse padrão consolidado pela GTA promove um ambiente de confiança e previsibilidade, fortalecendo as operações comerciais no agronegócio australiano (GTA, 2015).

Enquanto isso no Canadá, além do efeito específico compensatório do *wash-out*, o Banco de Dados de terminologia e linguística do Governo dispõe que o *wash-out* deve ser aplicada como um mecanismo que permite a renegociação dos termos do contrato principal, em que as partes concordam em não executar integralmente as obrigações contratuais originais. Nesse contexto, a cláusula funciona como um novo contrato, pelo qual comprador e vendedor acordam em desfazer a transação de forma antecipada, mediante o pagamento de uma compensação financeira. Essa compensação é calculada com base na diferença entre o preço fixado no contrato inicial e o valor de mercado vigente no momento do acordo de *wash-out* (Costa; Xavier, 2021).

Organizações do Reino Unido, como a *Grain and Feed Trade Association* (GAFTA) e a *Federation of Oils, Seeds and Fats Associations* (FOSFA), que atua como uma câmara de arbitragem, incorporam a cláusula *wash-out* como um mecanismo central para tratar inadimplementos em contratos de *commodities* (GAFTA, 2022; Costa; Xavier, 2021).

A GAFTA, em sua cláusula de inadimplência, nº 24 nos contratos-modelo, estabelece que, em caso de inadimplemento, os danos devem ser calculados com base na diferença entre o preço originalmente pactuado no contrato e o preço de mercado vigente na data em que a parte lesada interpela a outra. Alternativamente, a compensação também pode ser calculada com base no valor de mercado da mercadoria na data efetiva do inadimplemento. Essa abordagem visa refletir de forma objetiva o prejuízo econômico da parte lesada, garantindo uma compensação proporcional à variação de preços (GAFTA, 2022).

Por sua vez, a FOSFA define a cláusula *wash-out* como uma prestação substitutiva ou um mecanismo de acordo entre as partes, permitindo que, em casos de descumprimento, a obrigação de entrega física seja substituída por uma compensação financeira. Esse procedimento não apenas facilita a resolução de conflitos, mas também oferece flexibilidade ao adaptar o contrato à realidade econômica das partes, evitando a entrega física e promovendo uma solução ágil para o inadimplemento (Costa; Xavier, 2021).

A análise da cláusula *wash-out* no direito comparado revela que, embora suas características e aplicações possam variar, o mecanismo cumpre uma função essencial em todos os mercados (Costa; Xavier, 2021; Trevizan, 2017).

6. A UTILIZAÇÃO E RECEPÇÃO DA CLÁUSULA WASH-OUT NO BRASIL

A cláusula *wash-out* ganhou destaque no ordenamento jurídico brasileiro durante a pandemia de Covid-19, período marcado por significativa oscilação nos preços das *commodities*, especialmente

a soja. Essa volatilidade foi impulsionada por diversos fatores, incluindo a redução na oferta de soja devido à quebra de safra no Rio Grande do Sul, a ausência da Argentina na safra 2020/2021, a desvalorização do real e o aumento da inflação (Mato Grosso do Sul; APROJA, 2022).

Diante dessa expressiva variação nos preços, muitos contratos foram submetidos ao judiciário com pedidos de aplicação da teoria da imprevisão. Produtores, invocando a alegação de onerosidade excessiva, buscavam a rescisão dos contratos como uma forma de inadimplir deliberadamente a obrigação de entrega da safra, com a intenção de revendê-la no mercado a preços mais altos. Esse comportamento foi interpretado pelo judiciário como uma conduta oportunista e de má-fé, comprometendo a segurança jurídica e o equilíbrio nas relações comerciais (Rosa, 2020).

Primeiramente, a Lei de Liberdade Econômica e a Lei que estabeleceu o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das Relações Jurídicas de Direito Privado durante a pandemia não reconhecem a variação de preços como justificativa para a aplicação da teoria da imprevisão em contratos empresariais. Além disso, a jurisprudência do STJ também inadmite a alegação de onerosidade excessiva com base em flutuações de mercado, considerando que tal risco é previsível e inerente à dinâmica dos contratos empresariais futuros (Brasil, 2019; Brasil, 2020).

Em diversos julgados, o judiciário brasileiro tem reafirmado a validade da cláusula *wash-out* como meio eficaz de mitigar riscos e garantir o cumprimento das obrigações. Nesse contexto, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, ao julgar a apelação cível nº 1.0000.24.303478-2/001, enfatizou que, para aplicação da cláusula *wash-out*, não é necessário que se comprove que o produto objeto do contrato tenha sido previamente negociado com terceiros (Tribunal de Justiça de Minas Gerais, 2022).

Ainda, a 38ª Vara Cível de São Paulo, ao analisar pedido de tutela de urgência formulado por um produtor rural para evitar a entrega de soja sob a alegação de onerosidade excessiva, indeferiu a solicitação. A decisão foi fundamentada no entendimento de que a teoria da imprevisão é inaplicável aos contratos aleatórios, pois a oscilação de preços constitui um risco intrínseco a essa modalidade contratual, refletindo a própria essência do acordo entre as partes, que assumem conscientemente tais variações como parte do negócio jurídico (Tribunal de Justiça de São Paulo, 2020).

Dessa forma, o judiciário brasileiro ao preservar a autonomia privada das partes, reafirma a importância de mecanismos como a cláusula *wash-out* para garantir a segurança jurídica e a previsibilidade nas relações contratuais, promovendo equilíbrio e estabilidade no setor do agronegócio, especialmente em momentos de alta volatilidade do mercado (Vogas, 2022).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise empreendida ao longo deste artigo permitiu compreender a cláusula *wash-out* como um instrumento jurídico-negocial relevante no contexto dos contratos empresariais de compra e venda futura de grãos, especialmente diante da complexidade e das particularidades que permeiam o setor do agronegócio brasileiro. Seu uso tem se consolidado como alternativa pragmática frente ao inadimplemento contratual, substituindo a obrigação de entrega física por uma compensação financeira que visa preservar os interesses econômicos das partes e a continuidade das relações comerciais.

Contudo, a eficácia dessa cláusula não pode ser analisada apenas sob o prisma da conveniência econômica. Sua validade jurídica está condicionada à observância dos princípios fundamentais que regem o Direito Contratual brasileiro, como a boa-fé objetiva, a função social do contrato, a autonomia da vontade e o equilíbrio entre as partes contratantes. A ausência de previsão expressa, a imposição unilateral e a disparidade de poder negocial, especialmente quando envolvem pequenos e

médios produtores rurais, fragilizam a legitimidade da cláusula e podem torná-la passível de revisão ou invalidação pelo Poder Judiciário.

Além disso, a jurisprudência ainda revela posicionamentos díspares, o que contribui para um ambiente de insegurança jurídica, tanto para os produtores quanto para as empresas do setor. A uniformização de critérios interpretativos, por meio de decisões judiciais mais consistentes ou da adoção de normativas específicas, torna-se fundamental para garantir previsibilidade, equidade e confiança nas relações contratuais agro empresariais.

Assim, conclui-se que a cláusula *wash-out*, embora útil e amplamente utilizada, requer cuidados em sua formulação e aplicação. É imprescindível que os contratos que a contemplem sejam redigidos com clareza, transparência e equilíbrio, assegurando que ambas as partes compreendam os efeitos jurídicos e econômicos decorrentes de sua execução. Ademais, o reforço da educação contratual no campo, a assistência técnica e jurídica aos produtores e o incentivo à adoção de modelos padronizados e justos podem contribuir para um ambiente mais estável e eficiente no comércio de grãos.

Por fim, este estudo evidencia a necessidade de contínuo aprofundamento acadêmico e institucional sobre a temática, a fim de se promover a harmonização entre a prática contratual do agronegócio e os princípios do ordenamento jurídico brasileiro. Apenas por meio desse diálogo entre teoria e prática será possível garantir a eficácia legítima da cláusula *wash-out*, protegendo a liberdade contratual sem abrir mão da justiça contratual.

REFERÊNCIAS

ASSAF NETO, Alexandre. **Mercado financeiro**. 10. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2014.

BEZERRA, Antonio Marcos. **Commodities agrícolas: análise multifractal do mercado brasileiro**. 2023. Dissertação (Mestrado em Administração) – Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, 2023.

BURANELLO, Renato. **Manual do direito do agronegócio**. 3. ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2024. E-book. Disponível em: Acesso em: 10 dez. 2024. ISBN 9786553629011.

CAVALCANTE, Francisco; MISUMI, Jorge Yoshio; RUDGE, Luiz Fernando. **Mercado de capitais: o que é, como funciona**. Elsevier, 2005.

CLIMENI, Luiz Alberto Orsi; KIMURA, Herbert. **Derivativos financeiros e seus riscos**. São Paulo: Atlas, 2008.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Tratado de direito comercial: títulos de crédito, direito bancário, agronegócio e processo empresarial**. Vol. 8. São Paulo: Saraiva, 2015.

CORRÊA, Arnaldo Luiz; RAÍCES, Carlos. **Derivativos agrícolas**. São Paulo: Globo Livros, 2005.

COSTA, Judite Martins; XAVIER, Rafael Branco. **A cláusula de wash-out**. In: TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (coord.). **Inexecuções das obrigações: pressupostos, evolução e remédios**. Vol. 2. Rio de Janeiro: Editora, 2021. p. 785-817.

FORGIONI, Paula A. **Contratos Empresariais: Teoria Geral e Aplicação**. 6ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

GAFTA. **Contratos padrão de venda e compra de mercadorias**. Contratos nº 1, 2 e 9, datados de janeiro de 2022. Disponível em: <https://www.gafta.com/All-Contracts>. Acesso em: 25 nov. 2024.

GAMA, Clairton Kubassewski. **Os contratos a termo de soja à luz da behavioral law and economics**. Revista Jurídica Luso-Brasileira, v. 7, n. 5, p. 513-548, 2021.

HULL, John. **Opções, futuros e outros derivativos**. 3. ed. São Paulo: BM&F Brasil, 1998.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. Tradução: Rachel Sztajn. 2a ed. São Paulo: Atlas, 2020.

MARTITS, Luiz Augusto. **Avaliação do uso de derivativos agrícolas no Brasil: os fatores que determinam o sucesso e o fracasso dos contratos negociados na BM&F**. São Paulo: Bolsa de Mercadorias & Futuros, 2003.

MATTOS FILHO, Ary Oswaldo. **Direito dos valores mobiliários**. Rio de Janeiro: FGV, 2015.

MATO GROSSO DO SUL. **Preço x Comercialização Soja Mato Grosso do Sul**. APROJA; Defesa Civil: Governo do Estado do Mato Grosso do Sul, 2021.

MICELI, Wilson Motta. **Derivativos de agronegócios: gestão de riscos de mercado**. São Paulo: Saint Paul Editora, 2019.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Apelação cível n.º 1.0000.24.303478-2/001, vinculada ao processo n.º 5000352-97.2022.8.13.0377**. Relator: Fabiano Rubinger de Queiroz. 10ª Câmara Cível. Data de julgamento: 01 out. 2024. Data de publicação: 07 out. 2024. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/>.

PELA, Juliana Krueger. **“Inadimplemento Eficiente” (Efficient Breach) nos Contratos Empresariais**. Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito–PPGDir./UFRGS, v. 11, n. 2, 2016.

PAZ, Leandro; BASTOS, Marcos. **Mercados futuros: como vencer operando**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

REZENDE, Christiane L; ZILBERSZTAJN, Decio. **Quebras contratuais e dispersão de sentenças**. Revista Direito GV. São Paulo, jan.-jun. 2011.

ROSA, S. K. M. **Rebus Sic Stantibus E A Teoria Da Imprevisão Nos Contratos Futuros- A Multa Washout Vs Os Produtores Rurais**. 2020. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito). Centro Universitário Luterano de Palmas, Palmas, Tocantins, 2020.

ROQUE, Pamela Gabrielle Romeu Gomes; VOGAS, Amarilis Cerizze Cerazo. **A cláusula de washout como mecanismo de alocação de riscos criado pela Lei da Liberdade Econômica**. 2022.

SANTOS, Cleidiane Alves. **Natureza jurídica dos contratos no mercado de futuro**. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Processo n. 1044904-84.2020.8.26.0100**. 38ª Vara Cível. Juíza de Direito: Dra. Carolina de Figueiredo Dorlhac Nogueira. Julgado em: 18 set. 2020. Publicado em: 24 set. 2020. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/>. Acesso em: 26 nov. 2024.

SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION. Division of Investment Management. **Mutual Funds and Derivative Instruments**. Washington, DC, 26 set. 1994.

SZTAJN, Raquel; FRANCO, Vera Helena de Mello. **Manual de Direito Comercial**. Volume 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

TREVIZAN, Ana Flávia. **Wash-out frente ao ordenamento jurídico brasileiro**. In: O direito na fronteira e as fronteiras do direito. Cáceres: Unemat, 2017. Disponível em: https://portal.unemat.br/media/files/editora_livro_direito_na_frenteira-e-book.pdf. Acesso em: 12 nov. 2024.

YAZBEK, Otavio. **Crise, inovação e regulação no mercado financeiro – considerações sobre a regulamentação do mercado de derivativos de balcão**. ORG., FS Mercado de Capitais. São Paulo: Saraiva, v. 52, p. 27-52, 2013.

RESTAURAÇÃO E SUPRIMENTO DE ASSENTO CIVIL NO CARTÓRIO DE REGISTRO CIVIL DE PESSOAS NATURAIS

RESTORATION AND SUPPLEMENTATION OF CIVIL REGISTRY RECORDS: LEGAL AND ADMINISTRATIVE PROCEDURES IN BRAZIL



Gabriel Campos
de Souza

Por Gabriel Campos de Souza¹

RESUMO

O artigo aborda a temática da restauração e suprimento de registros civis de nascimento, casamento e óbito, especialmente diante de situações de extravio, danificação, incompletude ou não consumação do registro. Inicialmente, expõe-se os conceitos jurídicos de registro, averbação, anotação e certidão, diferenciando-os e contextualizando-os na sistemática brasileira. Em seguida, analisa as situações problemáticas em que o registro não é localizado, é incompleto ou não foi consumado, esclarecendo os procedimentos legais e administrativos cabíveis.

A obra detalha o procedimento judicial previsto no art. 109 da Lei nº 6.015/1973, bem como as recentes inovações administrativas trazidas pelo Provimento CNJ nº 149/2023, alterado pelo Provimento CNJ nº 177/2024, que passou a admitir a restauração e suprimento diretamente no âmbito dos cartórios de registro civil, sem necessidade de autorização judicial, salvo em casos envolvendo assentos de óbito. O trabalho discute aspectos como a legitimidade para requerer o procedimento, a forma de instrução, o processamento, os atos necessários à efetivação e as eventuais antinomias normativas, especialmente quanto à numeração da matrícula registral.

Por fim, conclui que a desjudicialização desses procedimentos promove maior eficiência e segurança jurídica, facilitando a regularização dos registros civis pelas próprias serventias, em benefício dos cidadãos. O artigo destaca a importância de adequação normativa e operacional pelos registradores civis frente às novas disposições.

Palavras-chave: Registro civil. Restauração. Suprimento. Extrajudicialização. Provimento CNJ n. 149/2023.

ABSTRACT

This article addresses the restoration and supplementation of civil registry records—birth, marriage, and death—in cases where such records are missing, damaged, incomplete, or unregistered.

¹ Gabriel Campos de Souza é Registrador Imobiliário, Civil das Pessoas Naturais, de Títulos e Documentos e Civil das Pessoas Jurídicas. Especialista em Direito Imobiliário e Especialista em Direito Processual Civil. Professor de Direito Notarial, Registral e Imobiliário da Faculdade de Direito 08 de Julho. Presidente da Associação dos Notários e Registradores do Estado de Sergipe. Membro do Conselho Deliberativo do Operador Nacional do Sistema de Registro Eletrônico de Imóveis. Membro do Conselho Deliberativo do Operador Nacional do Sistema de Registro Eletrônico de Pessoas Naturais. Membro do Comitê de Normas Técnicas do Operador Nacional do Sistema de Registro Eletrônico de Imóveis. Email oficialregistrador@gabrielcamposdesouza.com.br

Referência:

SOUZA, Gabriel Campos de. *Restauração e suprimento de assento civil no cartório de registro civil de pessoas naturais*. [S.l.], 2024.

Initially, it presents the legal concepts of registration, annotation, marginal note, and certificate, clarifying their distinctions within Brazilian civil law. Subsequently, the article analyzes common problematic situations: unlocated, incomplete, or unconsummated records, outlining the appropriate legal and administrative measures.

The study details the judicial procedure established by Article 109 of Law No. 6,015/1973, as well as recent administrative innovations introduced by CNJ Provision No. 149/2023, amended by CNJ Provision No. 177/2024, which now allow restoration and supplementation directly at civil registry offices without judicial intervention, except for death records. The article discusses the legitimacy to initiate the procedure, documentary requirements, processing steps, necessary acts, and potential normative conflicts, particularly regarding registration numbering.

In conclusion, the article argues that the extrajudicialization of these procedures enhances efficiency and legal certainty, simplifying the regularization of civil records by registry offices, ultimately benefiting citizens. The work underscores the need for normative and operational adjustments by civil registrars in light of these new provisions.

Keywords: Civil registry. Restoration. Supplementation. Extrajudicialization. CNJ Provision No. 149/2023.

1. INTRODUÇÃO

A pessoa natural tem sua personalidade adquirida a partir do nascimento com vida. A existência da mesma pessoa terminará com a sua morte. O fato da vida e o fato da morte são os dois fatos essenciais da pessoa natural através dos quais se criam, transmitem, modificam ou extinguem os direitos pessoais e direitos reais.

A lei civil brasileira determina que o nascimento e a morte sejam registrados no registro público. A Lei nº. 8.935/1994, em seu art. 12, determina que os atos relacionados aos registros públicos de pessoas naturais aos oficiais de registro civil das pessoas naturais e de interdições e tutelas, observando-se as respectivas circunscrições geográficas.

Além do nascimento e da morte, a lei civil determina que os demais atos intermediários da pessoa natural também sejam registrados e/ou averbados no registro civil de pessoas naturais, tais como a emancipação, a interdição, a ausência, a morte presumida, a nulidade do casamento, a anulação do casamento, o divórcio, a separação, o restabelecimento da sociedade conjugal e os atos de declaração ou reconhecimento de filiação.

O registro civil consiste na elaboração de um texto que relate o fato ou ato ocorrido no âmbito da pessoa natural, contendo data, local, forma, as pessoas envolvidas e demais características do fato, objetivando a constituição de uma situação jurídica. A averbação consiste na elaboração de um texto que promova a alteração, retificação ou extinção de uma situação jurídica constituída através de um registro já realizado.

A anotação consiste na elaboração de um texto que promova a referência feita a um ato posterior da vida civil registrado em outro livro, ou seja, a anotação é o texto que faz remissão a um assento posterior relativo à pessoa natural referida no assento já realizado, de modo que ambos os registros tenham entre si conexão de informações porque se refiram à mesma pessoa ou pessoas. A averbação e a anotação não existem de *per si*, pois elas pressupõem a lavratura de um registro.

Após o registro dos fatos concernentes à pessoa natural no registro civil de pessoas naturais ou a averbação à margem do registro, é emitida a respectiva certidão do registro, contendo um resumo do registro original e do conteúdo das averbações que tenham alterado o registro.

Logo, ficam claras as distinções entre fato jurídico, registro e certidão. Fato jurídico é o acontecimento, seja natural ou humano, que causa efeitos jurídicos, ou seja, que gera, modifica, extingue ou altera direitos e deveres. Registro é a forma através da qual o ordenamento jurídico oferece o atributo da juridicidade ao fato e impõe as consequências previstas em lei àquele fato. Certidão é o documento que exprime o registro realizado.

Em suma, o nascimento é o fato; o registro do nascimento é o texto contido no livro de nascimento num cartório de registro civil de pessoas naturais e a certidão de nascimento é o documento que expressa o registro de nascimento que está contido no livro de nascimento num cartório de registro civil de pessoas naturais.

Feitas essas considerações, passemos a análise de uma situação problemática comum em todo o Brasil acerca do registro civil das pessoas.

2. METODOLOGIA

Este estudo adota abordagem qualitativa, com base em revisão normativa e doutrinária sobre o tema, bem como análise das recentes alterações normativas promovidas pelo CNJ.

3. O PROCEDIMENTO DO REGISTRO E SUAS INCONFORMIDADES. REGISTRO NÃO LOCALIZADO, REGISTRO INCOMPLETO E REGISTRO NÃO CONSUMADO

Como dito, o registro civil das pessoas naturais é feito a partir dos fatos da vida. Esses fatos, para serem registrados, necessitam de um declarante, que é a pessoa que declara o fato, conforme arts. 35 e 37 da Lei nº. 6.015/1973.

As partes, ou seus procuradores, bem como as testemunhas, assinarão os assentos, inserindo-se neles as declarações feitas de acordo com a lei ou ordenadas por sentença.

A escrituração dos livros é feita seguidamente, em ordem cronológica de declarações, sem abreviaturas, nem algarismos. Ao final de cada assento e antes da subscrição e das assinaturas, serão ressaltadas as emendas, entrelinhas ou outras circunstâncias que puderem ocasionar dúvidas. Entre um assento e outro, será traçada uma linha de intervalo, tendo cada um o seu número de ordem. Lavrado o assento, o livro é continuamente construído.

Ocorre que, ao longo da vida, as pessoas necessitam solicitar certidões de nascimento ou casamento ou óbito para a prática de atos da vida civil. A partir dessa necessidade, as pessoas se dirigem a um ofício de registro civil das pessoas naturais para solicitar a emissão de uma certidão atualizada.

Ao receber o pedido de emissão da certidão, o Registrador ou seus propositos farão a busca do livro onde está contido o respectivo assento. Nessa busca do assento, é possível que se depare com algumas situações, a saber:

- I.** Registro não localizado;
- II.** Registro incompleto ou não consumado.

O registro não localizado consiste na situação de I.1) inexistência do livro mencionado pela pessoa solicitante da certidão; ou I.2) existência do livro, mas inexistência da folha onde estaria o

assento; ou I.3) existência do livro e da folha, porém, inexistência do assento, fatos esses que serão considerados extravio ou danificação. O extravio consiste na perda ou sumiço do livro, da folha ou do assento porque não foram localizados no arquivo do ofício de registro civil das pessoas naturais. A danificação consiste na deterioração parcial do livro, da folha ou do assento, de modo que as informações para emissão das certidões foram perdidas.

O registro incompleto é o texto que foi lavrado sem a completude dos dados exigidos pela lei de registros públicos à época de sua vigência. O registro não consumado é o texto que não foi produzido no livro, a despeito de ter sido fornecida certidão por ocasião da declaração do fato sujeito a registro.

O registro não localizado admite a restauração, uma vez que ele existia anteriormente e, seja por perda ou por deterioração, não está mais disponível para emissão da certidão.

O registro incompleto admite o suprimento parcial que consiste na elaboração de uma averbação destinada a completar (suprir) os dados que faltam.

O registro não consumado admite o suprimento total que consiste na elaboração de um novo texto para o registro, de modo a consumir a lavratura do registro que não chegou a ser feito.

As situações de registro não localizado ocorrem pelos mais diversos motivos: 1. Deterioração dos papéis pelo decurso do tempo; 2. Não transmissão completa de acervo; 3. Incêndios ou alagamentos dos espaços físicos onde são armazenados os livros.

As situações de registro incompleto ocorrem normalmente por dois motivos: 1. O declarante não tinha a informação para declarar ao Ofício Registral no momento da lavratura do assento; ou 2. O declarante tinha a informação para declarar ao Ofício Registral no momento da lavratura do assento, mas essa informação por lapso não constou no texto do registro.

As situações de registro não consumado ocorrem normalmente pela pressa das partes em obter a certidão sem aguardar a elaboração, em primeiro lugar, do termo do registro.

Ocorre que as partes somente tomarão conhecimento da situação de registro não localizado, registro incompleto ou registro não consumado quando forem solicitar certidões de nascimento ou casamento ou óbito para a prática de atos da vida civil.

Em cada caso, faz-se necessário avaliar o cabimento dos processos de restauração, suprimento ou retificação de assentamento no Registro Civil.

4. PREVISÃO LEGAL DA RESTAURAÇÃO, SUPRIMENTO OU RETIFICAÇÃO JUDICIAIS

Os processos de restauração, suprimento ou retificação de assentamento no Registro Civil estão disciplinados no art. 109 da Lei nº. 6.015/1973.

O interessado apresentará petição inicial de ação restauração, suprimento ou retificação de assentamento no Registro Civil de Pessoas Naturais instruída com documentos ou com indicação de testemunhas e formulará o respectivo pedido.

O juiz despachará a oitiva do Ministério Público, dos interessados no registro e do ofício de registro civil de pessoas naturais.

Se qualquer interessado ou o órgão do Ministério Público impugnar o pedido, o Juiz determinará a produção da prova, dentro do prazo de dez dias e ouvidos, sucessivamente, em três dias, os interessados e o órgão do Ministério Público, decidirá em cinco dias. Se não houver impugnação ou necessidade de mais provas, o Juiz decidirá no prazo de cinco dias.

Julgado procedente o pedido, o Juiz ordenará que se expeça mandado para que seja lavrado, restaurado e retificado o assentamento, indicando, com precisão, os fatos ou circunstâncias que

devam ser retificados, e em que sentido devam ser retificados, ou os que devam ser objeto do novo assentamento.

Se houver de ser cumprido em jurisdição diversa, o mandado será remetido, por ofício, ao Juiz sob cuja jurisdição estiver o cartório do Registro Civil e, com o seu “cumpra-se”, executar-se-á.

As retificações serão feitas à margem do registro, com as indicações necessárias, ou, quando for o caso, com a traslado do mandado, que ficará arquivado. Se não houver espaço, far-se-á o transporte do assento, com as remissões à margem do registro original.

A despeito da previsão do processo judicial de restauração, suprimimento ou retificação de assentamento no Registro Civil, a disciplina normativa do art. 109 da Lei nº. 6.015/1973 não facilita o trabalho do advogado, nem das próprias partes, em obter a regularização do seu registro civil.

5. RESTAURAÇÃO, SUPRIMENTO OU RETIFICAÇÃO DIRETAMENTE PERANTE O REGISTRO CIVIL DE PESSOAS NATURAIS

5.1. FUNDAMENTAÇÃO

Sem adentrar profundamente ao tema da extrajudicialização, que é uma das faces da desjudicialização, o Provimento CNJ n. 177 de 15.8.2024 alterou o Provimento CNJ n. 149/2023 para incluir a Seção II - Da Restauração e Suprimento diretamente perante o Registro Civil de Pessoas Naturais no Capítulo I - DO PROCEDIMENTO do TÍTULO III - DO EXTRAVIO OU DANIFICAÇÃO DO ACERVO.

O art. 205-A do Provimento CNJ n. 149/2023 passou a autorizar a restauração e ao suprimento de atos e livros no Registro Civil das Pessoas Naturais.

Segundo art. 205-C do Provimento CNJ n. 149/2023, poderá ser objeto de restauração administrativa, independentemente de autorização do juiz corregedor permanente, qualquer ato lançado nos livros do Registro Civil das Pessoas Naturais, quando constatados o extravio ou a danificação total ou parcial da folha do livro, desde que haja prova documental suficiente e inequívoca para a restauração, ressalvada a hipótese de o objeto ser assento de óbito, conforme dispõe o art. 205-F do próprio Provimento CNJ n. 149/2023.

A regra fundamental para a restauração ou suprimento administrativos diretamente perante o Registro Civil das Pessoas Naturais é a prova documental suficiente e inequívoca para a restauração ou suprimento.

5.2. LEGITIMIDADE

A legitimidade para o requerimento de instauração de Procedimento de Restauração ou Suprimento Administrativo será: 1. PRÓPRIO OFICIAL, nos casos em que a restauração possa ser realizada a partir do acervo; 2. DO PRÓPRIO REGISTRADO; 3. REPRESENTANTE LEGAL DO REGISTRADO; 4. PROCURADOR DO REGISTRADO com poderes específicos; 5. CÔNJUGE OU COMPANHEIRO DO REGISTRADO; 6. PARENTESCO NA LINHA RETA - pai, mãe, avô, avó, neto, neta, et; 7. PARENTESCO NA LINHA COLATERAL ATÉ O QUARTO GRAU - TIO E PRIMO.

No caso de restauração de óbito, tem legitimidade pessoa que demonstre legítimo interesse comprovado documentalmente.

5.3. FORMA DO REQUERIMENTO E INSTRUÇÃO

Conforme art. 205-D, §2, Provimento CNJ 149/2023, a forma do requerimento de instauração de Procedimento de Restauração ou Suprimento Administrativo será: 1. Requerimento escrito com firma reconhecida; 2. Requerimento com firma lançada na presença do Registrador ou preposto; 3. Requerimento eletrônico perante o sistema eletrônico mantido pelo ONRCPN (Operador Nacional do Sistema de Registro Eletrônico das Pessoas Naturais); 4. Requerimento verbal com redução a termo.

Na forma do art. 205-F, § único, e Art. 205-D, §3, do Provimento CNJ n. 149/2023, as provas do requerimento de instauração de Procedimento de Restauração ou Suprimento Administrativo serão: 1. documentos oficiais emitidos por autoridade pública; 2. documentos gerados com base no ato objeto da restauração; 3. RG; identidade profissional; CNH; Título de eleitor; certificado de reservista; 4. 1ª ou demais vias de certidão do ato a ser suprido; 5. justificativa da inviabilidade de apresentar outras provas inequívocas; 6. Certidão de óbito e declaração de óbito (essenciais para a restauração ou suprimento do óbito).

5.4. PROCESSAMENTO

O protocolo inicial será feito por qualquer ofício de Registro Civil de Pessoas Naturais do país que transmitirá ao ofício de Registro Civil de Pessoas Naturais titular do registro a ser restaurado ou suprido.

A análise do cabimento de emolumentos deverá ser feita na forma do art. 205-B, parágrafo único, do Provimento CNJ n. 149/2023.

O ofício de registro civil das pessoas naturais fará a qualificação do requerimento. Havendo exigências, emitirá nota de qualificação registral e dará ciência ao apresentante para complementar o requerimento, conforme prescreve o art. 205-E, §1º, Provimento CNJ n. 149/2023.

Estando devidamente instruído, o ofício de registro civil das pessoas naturais fará o exame do seu acervo para verificar se há no livro, termo e folhas indicados a falta apontada no requerimento, conforme determina o art. 205-K, §1º, do Provimento CNJ n. 149/2023.

Em caso de extravio de folhas de livro, o ofício de registro civil das pessoas naturais deverá consultar a Central Nacional do Registro Civil acerca de eventual sobre duplicidade de registro, conforme art. 205-E, §4º, Provimento CNJ n. 149/2023.

Caso o objeto da restauração administrativa seja assento de óbito, o ofício de registro civil das pessoas naturais encaminhará expediente administrativo ao Juízo da Vara de Registros Públicos da Comarca solicitando autorização para restauração administrativa do assento de óbito. Com a autorização do Juízo da Vara de Registros Públicos da Comarca os atos necessários ao suprimento ou restauração serão feitos.

Caso o objeto da restauração ou suprimento administrativos seja qualquer assento ou averbação ou anotação que não seja o de óbito, e caso o requerimento esteja apto ao deferimento, o ofício de registro civil das pessoas naturais emitirá Nota de Qualificação Registral Positiva na forma do art. 205-E, inciso I, Provimento CNJ n. 149/2023 e fará os atos necessários ao suprimento ou restauração.

Caso o objeto da restauração ou suprimento administrativos seja qualquer assento ou averbação ou anotação que não seja o de óbito, e caso o requerimento não esteja apto ao deferimento, o ofício de registro civil das pessoas naturais emitirá Nota de Qualificação Registral Negativa na forma do

art. 205-E, inciso II, Provimento CNJ n. 149/2023, dando ciência ao Solicitante que poderá requerer a suscitação de dúvida ao Juízo da Vara de Registros Públicos da Comarca.

A dúvida será levantada pelo ofício de registro civil das pessoas naturais e encaminhada ao Juízo da Vara de Registros Públicos da Comarca. Caso seja procedente, os atos necessários ao suprimento ou restauração serão feitos. Caso seja improcedente, o Solicitante poderá interpor recurso de apelação ao Conselho da Magistratura do respectivo Tribunal de Justiça. Com o julgamento procedente da apelação, os atos necessários ao suprimento ou restauração serão feitos.

5.5. ATOS NECESSÁRIOS AO SUPRIMENTO OU RESTAURAÇÃO

A restauração será feita através da lavratura do termo do registro no livro que está em uso no ofício de registro civil das pessoas naturais. É aberta nova folha no livro para lavratura do novo registro, aplicando-se o art. 205-H, §2º, Provimento CNJ n. 149/2023.

O parágrafo primeiro do art. 205-H do Provimento CNJ n. 149/2023 traz a previsão de que: *“Quando possível, o assento restaurado, embora seja lançado no livro corrente, deve possuir o mesmo número de ordem do registro original e o mesmo número de matrícula, em razão da unicidade e imutabilidade do número de matrícula.”*

Há um problema no cumprimento desse dispositivo.

A matrícula do registro civil, de inserção obrigatória nas certidões, tanto na primeira quanto nas demais vias emitidas pelos Cartórios de Registro Civil das Pessoas Naturais, é formada pelos seguintes elementos, conforme o art. 473 do Provimento CNJ n. 149: I - Código Nacional da Serventia (6 primeiros números da matrícula); II - Código do acervo (7º e 8º números da matrícula), servindo o número 01 para acervo próprio e demais números para os acervos incorporados; III - Código 55 (9º e 10º números da matrícula), que é o número relativo ao serviço de registro civil das pessoas naturais; IV - Ano do registro do qual se extrai a certidão, com 4 dígitos (11º, 12º, 13º e 14º números da matrícula); V - Tipo do livro de registro, com um dígito numérico (15º número da matrícula), sendo: 1: Livro A (Nascimento) 2: Livro B (Casamento) 3: Livro B Auxiliar (Casamento Religioso com efeito civil) 4: Livro C (Óbito) 5: Livro C Auxiliar (Natimorto) 6: Livro D (Registro de Proclamas) 7: Livro E (Demais atos relativos ao registro civil); VI - Número do livro, com cinco dígitos (exemplo: 00234), os quais corresponderão ao 16º, 17º, 18º, 19º e 20º números da matrícula; VII - Número da folha do registro, com três dígitos (21º, 22º e 23º números da matrícula); VIII - Número do termo na respectiva folha em que foi iniciado, com sete dígitos (exemplo 0000053), os quais corresponderão aos 24º, 25º, 26º, 27º, 28º, 29º, 30º números da matrícula; IX - Número do dígito verificador (31º e 32º números da matrícula).

Dispõe o parágrafo primeiro do art. 473 do Provimento CNJ n. 149/2023 que: *“§ 1.º As numerações deverão ser contínuas para cada especialidade e **não poderá existir números de matrículas diferentes para o mesmo ato**, razão pela qual, na hipótese de serventias incorporadas que tenham que expedir certidões relativas a registros lavrados em CNS já extintos, deve ser utilizado o CNS da serventia incorporada como dígito 01, referente a acervo próprio.”*

Ora, observa-se uma antinomia entre o parágrafo primeiro do art. 473 do Provimento CNJ n. 149/2023 que estabelece que **não poderá existir números de matrículas diferentes para o mesmo ato** e o parágrafo primeiro do art. 205-H do Provimento CNJ n. 149/2023 que prevê que: *“Quando possível, o assento restaurado, **embora seja lançado no livro corrente, deve possuir o mesmo número de ordem do registro original e o mesmo número de matrícula.***

Sendo lançado no livro corrente, o registro restaurado terá número de livro, folha e termo no registro corrente.

Como é possível que o registro mantenha o mesmo número de ordem e o mesmo número de matrícula do registro original, se o parágrafo primeiro do art. 473 do Provimento CNJ n. 149 dispõe expressamente que não pode existir números de matrícula diferentes para o mesmo ato?

Ademais, a coexistência de dois números de matrícula no mesmo termo de registro promoverá confusão, pois, com qual número de matrícula deverá ser expedida a certidão?

Qual número de matrícula civil será utilizado pelos órgãos que expedem o documento de identidade?

Qual o número de matrícula civil que será utilizado pelo demais órgãos (Receita Federal, INSS, Tribunal Superior Eleitoral, etc.)?

Dito isso, parece-nos melhor aplicar o parágrafo primeiro do art. 473 do Provimento CNJ n. 149/2023 combinado com o parágrafo segundo do art. 205-H do Provimento CNJ n. 149/2023, cuja previsão é a seguinte: “§ 2º Quando não for possível o aproveitamento da numeração na forma do § 1º deste artigo, deverá constar na certidão, no campo observação, a menção de que se trata de restauração administrativa, com menção dos dados do registro originário (livro, folha e termo), se houver.”

O melhor então é: 1. abrir nova folha no livro corrente; 2. Lavrar a restauração como novo registro ou realizar a averbação de suprimimento total ou parcial à margem do registro; 3. Inserir a matrícula nova que é gerada automaticamente pelos sistemas informatizados; 4. Mencionar no campo observação: “O presente termo foi lavrado a partir de *restauração administrativa objeto do Protocolo nº. X/ ANO, com menção dos dados do registro originário (livro , folha e termo)*”.

Se o livro original permitir, deve ser feita a anotação de remissão no livro original, tanto no índice do livro, quanto na folha se for possível, com base no art. 205-H do Provimento CNJ n. 149/2023.

5.6. CUMULAÇÃO COM RETIFICAÇÃO

O art. 205-G do Provimento CNJ n. 149/2023 autoriza que seja feito pedido de restauração ou suprimimento cumulado com pedido de retificação de algum elemento equivocado que esteja na certidão.

Do mesmo modo que o suprimimento e a restauração, o pedido de retificação deve ter prova documental suficiente para seu deferimento, aplicando-se, para tanto, o art. 110 da Lei nº. 6.015/1.973.

Seguindo o princípio de que o acessório segue o principal e de que o ato de averbação somente é praticado à margem de um ato de registro, os atos de averbação de retificação somente serão praticados após realizada a restauração do registro.

6. CONCLUSÃO

Diante do exposto, a possibilidade de restauração e o suprimimento de atos e livros diretamente no Registro Civil das Pessoas Naturais trazida pelo Provimento CNJ n. 177 de 15.8.2024 permitirá a melhor regularização dos registros civis das pessoas naturais, na medida em que as orientações dadas pelos Ofícios do Registro Civil das Pessoas Naturais fornecerão condições dos interessados obter mais facilmente os documentos necessários para a restauração dos registros não localizados e o suprimimento dos registros incompletos ou não consumados.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. Direito Civil – Introdução – 6º Edição Revista e Aumentada de acordo com o novo Código Civil e leis posteriores. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito Civil Reais, 5ª. Ed. Coimbra Editora: Coimbra (PT), 2000.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Provimento n. 177, de 15 de agosto de 2024. Altera o Provimento n. 149/2023 para incluir a seção sobre restauração e suprimimento administrativo no Registro Civil de Pessoas Naturais. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br>. Acesso em: 31 maio 2025.

BRASIL. Lei n. 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16015.htm. Acesso em: 31 maio 2025.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. Teoria Geral do Direito Civil. 35ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

DINIZ, Maria Helena. Código Civil Anotado. 15ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. (Re)Pensando a pesquisa jurídica: Teoria e Prática. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

HELLIG, Jorge Ríos. La práctica del derecho notarial. Octava edición. Ciudad de México – DF: (MX) McGrawhill / Interamericana Editores, 2012.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. Registros Públicos. Teoria e Prática. 9ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2018.

TIMM, Luciano Benetti. O Novo Direito Civil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

EDUCAR PARA TRANSFORMAR: O PAPEL DA ESCOLA NA PREVENÇÃO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER NO CONTEXTO DA EDUCAÇÃO BÁSICA



Gersonara Vieira
Santana Haack

Por Gersonara Vieira Santana Haack

RESUMO

Presente em todos os países do mundo desenvolvido e tecnologicamente avançados, a violência de doméstica contra a mulher é uma questão antiga e recorrente mundialmente. No decorrer da história global, ocorrências de homicídios, agressões físicas, psicológicas ou sexuais contra mulheres tornaram-se assustadoramente mais comuns. Com a integração das instituições educacionais na sociedade, o ensino passou a ser visto como um fator primordial para a prevenção e redução dos índices de violência doméstica contra a mulher, uma vez que estimula o desenvolvimento pessoal e o pensamento críticos de seus alunos. Nesse sentido, o presente artigo buscou discutir o papel fundamental da instituição escolar no combate à violência doméstica contra a mulher, por intermédio de práticas educativas focadas na mudança de comportamentos sociais e na promoção da igualdade de gênero. Através de uma abordagem qualitativa e metodologicamente ancorada em revisão bibliográfica, o estudo analisa como o ambiente escolar, por meio de currículos alinhados à Base Nacional Comum Curricular (BNCC) e à Lei Maria da Penha, pode estimular o pensamento crítico entre alunos e professores. Os resultados evidenciam o potencial da educação na construção de uma cultura de não violência, reforçando a importância da formação docente e de iniciativas interdisciplinares no enfrentamento da violência de gênero desde os primeiros anos da educação básica.

Palavras-chave: Escola e cidadania. Violência de gênero. Educação em direitos humanos. Lei Maria da Penha. Transformação social.

1. INTRODUÇÃO

Considerando a relevância do ambiente escolar na sociedade atual, suas responsabilidades e o papel que desempenha na formação e integração das ações dos discentes, a violência doméstica contra a mulher surge como um tema crucial para a conscientização e para a realização da proposta educativa crítica. Neste cenário, a escola também possui um papel importante no desenvolvimento individual de cada estudante.

A violência doméstica contra a mulher constitui uma das formas mais graves de violação dos direitos humanos e continua sendo um desafio constante em várias sociedades contemporâneas, incluindo o Brasil. Informações divulgadas pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP) indicam que, somente no primeiro semestre de 2023, o país registrou mais de 700 feminicídios. Esse número alarmante destaca a necessidade urgente de estratégias preventivas intersetoriais que incluam, inclusive, o ambiente escolar (Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2023). Nesse contexto, torna-

se cada vez mais clara a necessidade de reavaliar a função da escola, não somente como local de aprendizado formal, mas também como local de formação de valores, princípios, comportamentos e práticas de cidadania ativa e libertadora.

A escola, enquanto entidade social, possui a capacidade de atuar como um catalisador para a transformação da cultura patriarcal, profundamente arraigada nas relações interpessoais e familiares. De acordo com Paulo Freire (1996), a educação é um ato político e emancipatório, capaz de desconstruir estruturas de opressão quando fundamentada no diálogo crítico e na análise crítica da realidade experimentada. Portanto, incentivar ações educativas voltadas à equidade de gênero e na prevenção da violência doméstica não é apenas desejável, mas uma responsabilidade moral das instituições de ensino comprometidas com a formação completa do indivíduo.

A Base Nacional Comum Curricular (BNCC) – documento de natureza normativa que estabelece o conjunto orgânico e progressivo de competências fundamentais que todos os estudantes devem adquirir ao longo das fases e modalidades da Educação Básica –, instituída em 2017, ao estabelecer a Educação em Direitos Humanos, a valorização da diversidade e a luta contra todas as formas de violência, fornece uma base legal para que escolas incorporem tais temáticas ao currículo, mesmo diante das resistências sociais e culturais que ainda permeiam a discussão de gênero no contexto escolar (BRASIL, 2017). Da mesma forma, a Lei nº 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha, enfatiza o caráter preventivo e educativo das políticas públicas destinadas ao enfrentamento da violência contra a mulher, prevendo inclusive a inclusão de temas específicos nos currículos escolares como forma de prevenção (BRASIL, 2006).

A incorporação desses temas na prática pedagógica vai além da boa vontade institucional: demanda capacitação contínua dos docentes, reestruturação do Projeto Político-Pedagógico (PPP), o apoio das Secretarias de Educação e a integração com as políticas públicas de proteção à mulher. Pesquisas como as realizadas por Saffioti (2004) e Scott (1995) indicam que o silêncio escolar diante da violência de gênero favorece sua naturalização e perpetuação. Portanto, romper com essa lógica requer a adoção de uma postura ética e pedagógica que auxilie na construção de indivíduos conscientes, críticos e empáticos.

A sala de aula é um ambiente onde se pode diminuir a distância entre a falta de informação e o conhecimento, incentivando a clareza e o desenvolvimento de reflexões críticas e práticas que são essenciais para o progresso social. Por esse motivo, tanto o professor quanto a escola desempenham papéis cruciais em situações como a apresentada na pesquisa, levando em conta a contribuição essencial para garantir a execução do direito à educação assegurado pelo Estado.

Desse modo, o propósito deste artigo é examinar como a escola pode contribuir efetivamente para a prevenção da violência doméstica contra as mulheres, através de práticas pedagógicas, curriculares e institucionais que promovam a igualdade de gênero, o respeito aos direitos humanos e a construção de uma cultura de paz. Para tal, a pesquisa se estrutura em quatro seções: a revisão bibliográfica das bases teóricas e legais que fundamentam o tema; a apresentação da metodologia adotada; a discussão analítica de experiências e desafios da educação para o enfrentamento da violência; e, por fim, a elaboração de conclusões e recomendações para a prática pedagógica.

2. METODOLOGIA

Este artigo adota uma abordagem metodológica qualitativa, de caráter exploratório e bibliográfico, com o intuito de compreender o papel da escola na prevenção da violência doméstica contra a mulher a partir de uma perspectiva pedagógica, crítica e interdisciplinar. A escolha por esse tipo de abordagem justifica-se pela natureza interpretativa do fenômeno investigado, considerando as múltiplas dimensões sociais, culturais, legais e educacionais que envolvem a violência de gênero e sua prevenção no ambiente escolar.

Segundo Gil (2019), a pesquisa bibliográfica consiste no levantamento, seleção e análise de obras e documentos já publicados, permitindo ao pesquisador conhecer o estado da arte sobre determinado tema e identificar lacunas e contradições na literatura. Dessa forma, este trabalho fundamenta-se em uma extensa revisão de literatura, incluindo legislações nacionais (Lei Maria da Penha, BNCC), diretrizes educacionais, pesquisas acadêmicas, artigos científicos, livros e relatórios de instituições de defesa dos direitos das mulheres.

Além disso, foi utilizada a análise documental, conforme proposto por Cellard (2008), a qual permite examinar criticamente documentos institucionais e legais, tais como os Projetos Político-Pedagógicos (PPP) das escolas, a Base Nacional Comum Curricular (BNCC) e os marcos legais que orientam a atuação educacional frente à violência doméstica. Essa análise documental contribuiu para compreender como essas normativas podem ser articuladas pedagogicamente no cotidiano escolar.

O corpus teórico foi construído com base em fontes de reconhecida relevância científica, disponíveis em bases como Scielo, Google Scholar, CAPES Periódicos e Biblioteca Virtual em Saúde (BVS). Foram privilegiados textos de autoras e autores que dialogam com as temáticas de gênero, pedagogia crítica, educação em direitos humanos e políticas públicas educacionais, como Paulo Freire, Judith Butler, Heleieth Saffioti, Vera Candau e Bell Hooks.

Além da análise teórica, o estudo incorpora a análise de experiências educacionais documentadas em relatórios e publicações que abordam boas práticas na prevenção da violência de gênero nas escolas. Embora não tenha havido pesquisa de campo direta, o mapeamento de programas educacionais bem-sucedidos funcionou como fonte complementar para a discussão dos resultados, permitindo conectar a teoria à prática.

A delimitação temporal da pesquisa concentrou-se em obras e documentos publicados entre 2004 (ano do lançamento da Lei Maria da Penha) e 2024, com ênfase em produções pós-BNCC (a partir de 2017), garantindo atualização teórica e relevância contemporânea.

3. REFERENCIAL TEÓRICO

A violência doméstica contra a mulher é um fenômeno complexo, estrutural e historicamente associado a relações de poder assimétricas entre os gêneros, alicerçadas pelo patriarcado. Autoras como Heleieth Saffioti (2004) sustentam que essa violência está profundamente enraizada nas estruturas sociais e culturais que naturalizam a dominação masculina. Segundo a autora, para enfrentar esse problema de maneira efetiva, é necessário promover ações que desestabilizem tais estruturas, e a escola figura como um espaço privilegiado para tal transformação.

De acordo com Butler (1990), as categorias de gênero são construções sociais performativas que moldam comportamentos, expectativas e identidades. Ao reconhecer essa dimensão cultural da construção de gênero, torna-se evidente que o espaço educacional deve assumir um papel crítico e ativo na desconstrução dos estereótipos que alimentam a violência contra a mulher. A escola, como espaço formativo, é o local ideal para provocar reflexões sobre normas sociais e fomentar uma pedagogia que valorize o respeito às diferenças.

Ao estudar o processo de ensino-aprendizagem na escola, fica claro o papel fundamental da pedagogia para o sucesso do ambiente escolar. Considerando todo o ciclo educacional, a maneira como as demandas de conteúdo são abordadas em sala de aula, assim como as ações práticas que incentivam e motivam denúncias sobre a violência – especialmente a violência contra a mulher – também é essencial para que a escola cumpra plenamente seu papel dentro da instituição.

A Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006) reforça esse papel da educação ao estabelecer, em seu Artigo 8º, que cabe ao Estado desenvolver ações integradas que visem à prevenção da violência

doméstica e familiar, inclusive por meio de campanhas educativas e inclusão de conteúdos nos currículos escolares. Nesse mesmo sentido, a Base Nacional Comum Curricular (BNCC) propõe, como uma de suas competências gerais, o exercício da empatia, do diálogo e da resolução de conflitos, além do respeito aos direitos humanos, à diversidade e à igualdade de gênero (BRASIL, 2017).

Paulo Freire (1996), ao propor uma pedagogia da autonomia, defende que a educação deve ser um instrumento de libertação. Para ele, a prática docente não pode se limitar à transmissão de conteúdos, mas deve assumir um papel ético-político na formação de sujeitos críticos, capazes de intervir na realidade. Essa concepção dialoga diretamente com a proposta de uma educação para os direitos humanos, pautada em valores como solidariedade, justiça e igualdade de gênero.

Além de Freire, autores como Candau (2012) contribuem para o debate ao defender uma Educação em Direitos Humanos que não seja apenas normativa, mas vivenciada cotidianamente nas relações escolares. Segundo a autora, é preciso transformar a escola em um espaço de escuta, acolhimento e diálogo, no qual as questões de gênero e violência sejam tratadas de maneira transversal e integrada ao projeto pedagógico.

De acordo com Saffioti (2004), a violência de gênero é um fenômeno democrático, pois não faz distinção de classe social, cor, idade, país ou religião. Inseridas nas relações antagônicas que surgem das contradições de classe social, raça/etnia e gênero, as mulheres experienciam diversas formas de violência. No entanto, reconhece-se que as mulheres das classes trabalhadoras, que vivem em condições de vida precárias, e as mulheres negras, afetadas por várias formas de racismo, estão mais vulneráveis à violência. Discutir a violência de gênero não se restringe, inicialmente, à violência do homem contra a mulher, pois ela também pode ocorrer entre mulheres, entre homens ou da mulher para o homem.

Nesse contexto, Queiroga e Diniz apontam que:

Aliando-se a essas questões, acrescentem-se as problemáticas que particularizam as mulheres numa sociedade permeada pela cultura machista e sexista, cujas expressões se materializam a partir do controle da sua sexualidade, da exploração do erotismo, da mercantilização do corpo e, fundamentalmente, da persistência da violência perpetrada contra esse segmento, cujos números no Brasil são bastante preocupantes, apesar da aprovação da Lei Maria da Penha (2014, p. 96)

O trabalho de Bell Hooks (2000) também se destaca ao propor uma educação libertadora com ênfase nas experiências de mulheres negras, pobres e marginalizadas. Hooks argumenta que o silêncio da escola diante das opressões vividas por meninas e mulheres é uma forma de convivência com a violência estrutural. Para ela, ensinar é sempre um ato político que exige compromisso com a transformação social.

Diversos estudos de caso, como os analisados por Arendt e Lima (2020), mostram que escolas que implementam projetos pedagógicos voltados à igualdade de gênero tendem a apresentar ambientes escolares mais inclusivos e menos violentos. No entanto, essas iniciativas muitas vezes esbarram em resistências conservadoras, falta de formação adequada e ausência de políticas públicas de apoio institucional.

A literatura aponta que, apesar das normativas e diretrizes existentes, ainda há um descompasso entre o que está previsto em lei e o que efetivamente ocorre nas escolas. A pesquisa de Novaes e Souza (2019) revela que a maioria dos(as) professores(as) não se sentem preparados(as) para trabalhar com temas de violência de gênero em sala de aula, apontando a necessidade urgente de formação continuada e apoio pedagógico.

Assim, a escola deve deixar de ser um espaço neutro — o que, segundo Apple (2005), é uma ilusão ideológica — e assumir um posicionamento proativo na desconstrução das violências

naturalizadas. Isso implica em revisar conteúdos curriculares, metodologias e a própria cultura institucional, incluindo o debate sobre masculinidades, afetividades e resolução pacífica de conflitos.

A escola como espaço de transformação social

A escola, enquanto espaço coletivo e plural, constitui um território privilegiado de formação de valores, práticas e visões de mundo. Mais do que reprodutora de conteúdos curriculares, é também reprodutora (ou transformadora) de ideologias, relações de poder e estruturas sociais (APPLE, 2005). A violência doméstica contra a mulher, nesse contexto, não é um fenômeno externo ao ambiente educacional, mas algo que atravessa o cotidiano escolar, seja pela vivência direta de estudantes, seja pelas crenças e estigmas presentes nas práticas pedagógicas e institucionais.

Por exemplo, segundo dados da Pesquisa Nacional de Saúde do Escolar (Pense), realizada em 2019 pelo IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística), uma em cada cinco meninas, com idades entre 13 e 17 anos, já foi vítima de violência sexual. Diante disso, é essencial destacar que a função da escola vai além da transmissão de conteúdos acadêmicos — ela deve também atuar ativamente na formação de uma geração mais informada, consciente e livre de preconceitos.

Segundo Paulo Freire (1996), “a educação jamais é neutra”. Ela se realiza como prática de liberdade ou como prática de dominação. A escola que silencia diante da violência doméstica naturaliza a desigualdade de gênero e reforça uma lógica patriarcal. Por outro lado, quando assume uma postura crítica e dialógica, pode atuar na formação de sujeitos conscientes e comprometidos com a equidade. A prevenção da violência, portanto, não se faz apenas com denúncias e campanhas pontuais, mas com a construção permanente de uma cultura de respeito, justiça e solidariedade.

A violência de gênero é considerada um grave problema de saúde pública, figurando entre as principais causas de sofrimento físico e psicológico, especialmente entre mulheres, meninas e outros membros das famílias afetadas por essa realidade. Nos dias atuais, esse tema tem ganhado mais visibilidade em diferentes contextos, sendo fundamental que ele também seja incorporado ao ambiente escolar, como um meio estratégico para romper com padrões machistas enraizados e com a desigualdade de tratamento entre os gêneros.

A incorporação da Educação em Direitos Humanos como eixo transversal no currículo escolar, prevista nas Diretrizes Nacionais para a Educação em Direitos Humanos (BRASIL, 2012), reforça o papel pedagógico da escola na abordagem de temas como violência, gênero, sexualidade, cidadania e diversidade. Essa perspectiva exige da escola um reposicionamento ético, metodológico e institucional, abrindo espaço para projetos interdisciplinares, escuta ativa e formação docente permanente.

A educação desempenha um papel fundamental na prevenção e no enfrentamento da violência doméstica e familiar contra a mulher, sendo uma das ferramentas que pode e deve ser utilizada no ambiente escolar para abordar essa temática. Essa discussão deve ser inserida no cotidiano dos alunos, promovendo a formação de crianças mais conscientes e menos propensas à violência no futuro. Cabe à escola oferecer experiências de aprendizagem significativas que incentivem a transformação social, contribuindo para a superação das desigualdades e conflitos presentes na sociedade. Além disso, a escola deve colaborar na desconstrução de valores discriminatórios e na construção de uma cultura baseada no respeito, na justiça, na equidade de gênero e na igualdade de direitos, tanto no espaço escolar quanto na comunidade em geral.

A BNCC, a Lei Maria da Penha e o currículo escolar

A Base Nacional Comum Curricular (BNCC) representa uma das principais normativas que possibilitam o enfrentamento da violência de gênero no espaço escolar. Em sua Competência Geral nº

10, a BNCC prevê que o aluno deve “agir pessoal e coletivamente com autonomia, responsabilidade, flexibilidade, resiliência e determinação, tomando decisões com base em princípios éticos, democráticos, inclusivos, sustentáveis e solidários” (BRASIL, 2017). Tais princípios estão diretamente ligados ao combate à violência doméstica.

Com o objetivo de contribuir para a conscientização das novas gerações a respeito dos impactos e desdobramentos da violência contra a mulher na sociedade, foi recentemente aprovada a Lei nº 14.164. Essa legislação inclui no currículo escolar a temática da prevenção à violência contra a mulher e estabelece a Semana Escolar de Combate à Violência contra a Mulher. Com isso, promove-se uma alteração na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, reforçando o papel da escola na formação cidadã e no enfrentamento dessa problemática social.

A Semana Escolar de Combate à Violência contra a Mulher deverá ocorrer anualmente no mês de março, sendo obrigatória em todas as instituições de ensino públicas e privadas da educação básica. Seu principal objetivo é promover a divulgação da Lei Maria da Penha e estimular a reflexão crítica entre estudantes, educadores e a comunidade escolar acerca da prevenção e enfrentamento da violência contra a mulher. Durante essa semana, também serão discutidos os recursos de apoio disponíveis para mulheres em situação de violência doméstica e familiar, incluindo os instrumentos legais de proteção e os canais para realização de denúncias. Abaixo, segue um trecho da referida legislação:

Art. 2º Fica instituída a Semana Escolar de Combate à Violência contra a Mulher, a ser realizada anualmente, no mês de março, em todas as instituições públicas e privadas de ensino da educação básica, com os seguintes objetivos:

I - Contribuir para o conhecimento das disposições da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha);

II - impulsionar a reflexão crítica entre estudantes, profissionais da educação e comunidade escolar sobre a prevenção e o combate à violência contra a mulher;

III - integrar a comunidade escolar no desenvolvimento de estratégias para o enfrentamento das diversas formas de violência, notadamente contra a mulher;

IV - abordar os mecanismos de assistência à mulher em situação de violência doméstica e familiar, seus instrumentos protetivos e os meios para o registro de denúncias;

V - capacitar educadores e conscientizar a comunidade sobre violência nas relações afetivas;

VI - promover a igualdade entre homens e mulheres, de modo a prevenir e a coibir a violência contra a mulher; e

VII - promover a produção e a distribuição de materiais educativos relativos ao combate da violência contra a mulher nas instituições de ensino.

Assim, pode-se concluir, portanto, que ao incluírem em seus currículos iniciativas contínuas de conscientização e acesso à informação, as escolas desempenham um papel essencial na promoção de mudanças culturais e sociais. Essas ações contribuem para a redução das desigualdades de gênero,

da violência doméstica e, especialmente, da violência contra as mulheres, utilizando a informação como ferramenta de transformação.

De forma complementar, a Lei Maria da Penha (2006), em seu artigo 8º, inciso VI, prevê a promoção de programas educacionais para disseminar valores igualitários. Isso implica que a escola deve desenvolver práticas pedagógicas comprometidas com a superação de estereótipos de gênero, promovendo o respeito às mulheres e às diversidades.

Contudo, a implementação dessas diretrizes esbarra em desafios práticos. Muitos(as) professores(as) ainda relatam insegurança em trabalhar com temas de gênero, receio de represálias de setores conservadores da sociedade e ausência de materiais didáticos adequados (NOVAES; SOUZA, 2019). Além disso, a formação inicial dos cursos de licenciatura muitas vezes negligencia a abordagem da violência doméstica e das relações de gênero como temáticas essenciais da prática docente (CANDAU, 2012).

Desafios institucionais e culturais

A presença de uma cultura institucional omissa ou resistente ao debate sobre violência doméstica é um dos principais obstáculos enfrentados pelas escolas. Em diversas redes de ensino, ainda prevalece a lógica do “currículo neutro”, segundo a qual a escola não deve “entrar em temas polêmicos”, como gênero e sexualidade. Essa posição, segundo Bell Hooks (2000), é perigosa, pois o silêncio institucional é cúmplice da violência estrutural.

Outro desafio refere-se à ausência de articulação entre a escola e os equipamentos da rede de proteção às mulheres, como centros de referência, conselhos tutelares e serviços de saúde. Muitas vezes, os casos de violência sofridos por alunas ou familiares não encontram encaminhamento adequado porque os(as) profissionais da escola não sabem como agir, ou não têm respaldo para intervir de forma segura e ética.

Para superar essas barreiras, é necessário um reposicionamento político-pedagógico por parte da gestão escolar, que implique na construção de projetos coletivos e permanentes de prevenção da violência. Isso envolve desde a reformulação do Projeto Político-Pedagógico (PPP) até a criação de comissões escolares de enfrentamento à violência de gênero, passando pela formação de professores e a escuta ativa dos(as) estudantes.

Boas práticas e experiências exitosas

Apesar das dificuldades, há iniciativas bem-sucedidas em diversas regiões do país. O projeto “Maria da Penha vai à Escola”, promovido por órgãos do Judiciário em parceria com Secretarias de Educação, leva oficinas, palestras e dinâmicas sobre violência de gênero para estudantes do ensino fundamental e médio. A avaliação do programa aponta aumento do conhecimento sobre os direitos das mulheres e mudança de atitudes entre os jovens participantes (ARENDT; LIMA, 2020).

Outro exemplo relevante é o projeto “Gênero e Diversidade na Escola”, vinculado à Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), que oferece formação online e presencial a educadores(as) sobre sexualidade, identidade de gênero, direitos humanos e combate à violência. Os resultados indicam aumento da confiança docente e fortalecimento da atuação pedagógica em temas de cidadania e equidade (CANDAU, 2012).

Essas experiências demonstram que, quando há apoio institucional e formação continuada, os(as) educadores(as) são capazes de mediar conflitos, promover ações preventivas e acolher estudantes vítimas de violência. A presença de profissionais sensibilizados e preparados é um fator determinante para a criação de uma cultura escolar não violenta.

Propostas para uma ação educacional preventiva

Com base na literatura analisada e nas práticas observadas, algumas ações podem ser propostas para fortalecer o papel da escola na prevenção da violência doméstica contra a mulher:

Inserção da temática de gênero de forma transversal no currículo, em todas as áreas do conhecimento;

Criação de espaços de escuta e diálogo com estudantes, especialmente com meninas em situação de vulnerabilidade;

Formação continuada dos(as) docentes e gestores(as) em direitos humanos, gênero e violência;

Fortalecimento de vínculos com a rede de proteção social, estabelecendo protocolos de atendimento e encaminhamento de casos;

Participação ativa dos conselhos escolares e das famílias na construção de políticas internas de combate à violência;

Promoção de campanhas permanentes sobre respeito, diversidade, igualdade de gênero e enfrentamento da violência nas relações.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Durante a pesquisa, constatou-se que a educação no Brasil ainda apresenta características arcaicas e carrega um tradicionalismo machista estruturado, o que contribui para a perpetuação da desigualdade de gênero nas instituições de ensino. É fundamental que o papel da mulher seja respeitado, sua identidade preservada, e que seus direitos morais sejam garantidos, assegurando um tratamento justo nas escolas.

Portanto, com base nos argumentos e dados analisados, ficou evidente a necessidade de refletir e repensar a educação no Brasil, de forma a contribuir para a conscientização conjunta dos movimentos de defesa dos direitos das mulheres. Quando a escola trabalha a reflexão sobre a igualdade de tratamento, a sociedade tende a formar uma geração mais sábia, livre de preconceitos de gênero.

Nesse sentido, fica evidente que a escola tem não apenas a possibilidade, mas a responsabilidade social, ética e legal de atuar na prevenção da violência doméstica contra a mulher. Para isso, deve-se superar resistências culturais, investir na formação crítica do corpo docente e integrar políticas públicas de proteção e promoção dos direitos das mulheres ao ambiente escolar.

A partir da abordagem teórica desenvolvida neste artigo, compreende-se que a escola, enquanto instituição social fundamental na formação de sujeitos críticos, ocupa um lugar central na prevenção da violência doméstica contra a mulher. Ao considerar os fundamentos da educação emancipadora, dos direitos humanos e da equidade de gênero, reforça-se que a educação básica deve ultrapassar a função meramente instrucional e assumir um papel transformador na sociedade.

A reflexão teórica aqui apresentada evidencia que a prevenção da violência doméstica não se limita ao âmbito jurídico ou familiar, mas deve ser compreendida como uma questão educacional e cultural. Nesse sentido, a escola tem o potencial de intervir preventivamente, promovendo o debate sobre relações de gênero, respeito à diversidade e enfrentamento das estruturas patriarcais que naturalizam a violência.

Conclui-se, portanto, que uma atuação escolar comprometida com a formação ética, crítica e cidadã dos estudantes é essencial para a construção de uma cultura de paz e para o enfrentamento da violência de gênero desde os primeiros anos da educação formal. Para isso, é necessário investir em

políticas públicas educacionais, formação continuada de professores e práticas pedagógicas alinhadas com os princípios da justiça social e da igualdade.

REFERÊNCIAS

ARENDT, Mariana; LIMA, Carla. **Educação para equidade de gênero: experiências em escolas públicas brasileiras**. Cadernos CEDES, Campinas, v. 40, n. 140, p. 95- 110, 2020.

BRASIL. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. **Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/111340.htm

BRASIL. **Base Nacional Comum Curricular – BNCC**. Brasília: MEC, 2017. Disponível em: <http://basenacionalcomum.mec.gov.br/>

BUTLER, Judith. **Gender Trouble: Feminism and the Subversion of Identity**. New York: Routledge, 1990.

CANDAU, Vera M. Educação em direitos humanos: desafios da contemporaneidade. **Educação & Sociedade**, Campinas, v. 33, n. 120, p. 17-30, jan./abr. 2012.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2023**. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/>

FREIRE, Paulo. **Pedagogia da autonomia: Saberes necessários à prática educativa**. São Paulo: Paz e Terra, 1996.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia do oprimido**. São Paulo: Paz e Terra, 1974.

HOOKS, Bell. **Ensinando a transgredir: a educação como prática da liberdade**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2000.

SAFFIOTI, Heleieth I. B. **Gênero, patriarcado, violência**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2004.

SCOTT, Joan W. Gênero: uma categoria útil de análise histórica. **Educação & Realidade**, Porto Alegre, v. 20, n. 2, p. 71-99, jul./dez. 1995.

O *ETHOS* EM TEMPOS DE ALGORITMOS: A NECESSÁRIA ALIANÇA ENTRE ÉTICA, DIREITO E INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

Por Mayanne Pontes¹



Mayanne Pontes

Vivemos em um mundo que está em constante movimentação. Muitas das dificuldades enfrentadas no passado foram sendo resolvidas com o uso e o suporte da inteligência, das inovações e das novas tecnologias. O ser humano, por sua natureza, é um ser capaz de se adaptar e evoluir. Contudo, precisa (e deve) permanecer preso a certos sentimentos e valores que o identificam como tal: um ser humano. Alguns, é verdade, estão mais ligados a essa dimensão do que outros, mas todos nós, em maior ou menor grau, carregamos essa essência.

Diante dessa narrativa de avanço e transformação, muitas vezes é difícil adaptar-se sem esquecer dos sentimentos que precisamos manter, independentemente do progresso ou da riqueza material. Presos à ideia de ética, nós – principalmente os operadores do direito, filósofos, historiadores e todos aqueles ligados às ciências humanas – recorreremos às lições do passado para alimentar e construir as bases do futuro.

Por este motivo, o presente texto busca, de forma inicial, tratar de um tema atual, mas que pode e deve, ser embasado por conceitos clássicos e atemporais. O uso da Inteligência Artificial (IA) e os caminhos que ela trilha carecem de normativos. Justamente por serem questões novas e muitas vezes desconhecidas, os debates sobre IA podem se pautar na ética como pilar fundamental para o seu desenvolvimento.

A ética é algo necessário à vida humana. Toda e qualquer ordem social necessita de regras de convivência. Nesse sentido, a liberdade só é possível caso exista restrição. Do contrário, a comunidade se dissolveria numa guerra de todos contra todos, que é o desfecho de uma liberdade sem medida. Daí porque, segundo John Rawls (2005, p. 192-193), o imperativo categórico kantiano, por exemplo, dirige-se a seres razoáveis que, por serem finitos e submetidos à necessidade, experimentam a lei moral como uma restrição.

Ao beber da fonte passada, o filósofo Immanuel Kant (1993) ensinava que as três questões fundamentais que a filosofia busca responder são: “o que me é permitido saber?”, “o que posso esperar?”, “o que devo fazer?”. A estas três perguntas, ele costumava acrescentar uma quarta: “o que é o ser humano?”. Essa pergunta também é fundamental para a ética, uma vez que, para que possamos saber o que o ser humano deve fazer, antes é preciso saber o que ele é. A terceira pergunta é exatamente o objeto de estudo da ética.

Com Aristóteles, a palavra ética (*ethike*) passou a ser usada como o qualificativo de um tipo determinado de saber: a *ethike pragmateia* “Que podemos traduzir seja como o exercício

¹ Sócia do RS Advogados, Mayanne Pontes atua como conferencista e consultora jurídica especializada em Direito Digital, com formação pela PUC/MG. É autora e coordenadora de diversos artigos e obras jurídicas voltadas à Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), consolidando-se como referência na área. É associada a instituições relevantes no cenário da privacidade e proteção de dados, como a IAPP (International Association of Privacy Professionals) e a ANPPD (Associação Nacional dos Profissionais de Privacidade e Proteção de Dados). Detém certificações profissionais em Compliance e Proteção de Dados por instituições como INSPER, LEC (Legal, Ethics & Compliance), EXIN (PDPE Essentials, Privacy & Data Protection Practitioner) e IAPP (Privacy Management Training). No RS Advogados, lidera o núcleo de Compliance e Direito Digital, tendo participado ativamente do grupo de trabalho responsável pela regulamentação da LGPD no âmbito do Poder Judiciário do Estado da Bahia. É também professora convidada da Universidade Corporativa do Tribunal de Justiça da Bahia (UNICOORP), onde ministra o curso “Lei Geral de Proteção de Dados no âmbito do PJBA”.

constante das virtudes morais, seja como o exercício da investigação e da reflexão metódica sobre os costumes” (Vaz, 2015, p.13). *Ethike* vem do substantivo *Ethos*, que, dependendo da forma como é grafado em grego, tanto pode significar “o conjunto de costumes normativos da vida de um grupo social” quanto “a constância do comportamento do indivíduo cuja vida regida por *Etios* - costume” (Vaz, 2015, p.13). Esse uso filosófico do termo *Ethos* (*Eta*) é “a transposição metafórica da significação original com que o vocábulo é empregado na língua grega usual e que denota a morada, covil ou Abrigo dos animais” (Vaz, 2015, p.13). Assim, como seres inteligentes e livres, nossa morada é o *Ethos* (o mundo normativo), “cuja destruição significaria o fim de todo o sentido para a vida propriamente humana” (Vaz, 2015, p.13).

Em uma definição sintética, portanto, a ética é a ciência do *Ethos*, que é o termo com o qual os gregos designavam essa realidade humana ao mesmo tempo histórica, social e individual. Assim, o objeto formal da ética filosófica se apresenta sobre dois aspectos fundamentais: aspecto estrutural – a ética tem por objeto a estrutura da ação humana que deve estar de acordo com o *Ethos* – e o aspecto teleológico e normativo – a ação como objeto da ética mostra-se ordenada necessariamente a um sistema de fins e submetida a um sistema de normas que constituem o conteúdo objetivo do *Ethos* (Vaz, 2015, p.74).

Desse modo, a ética, como o direito, pertence ao campo normativo. É “conhecimento de normas, mandamentos e valores” (Hartmann, 2011, p.106). Nesse sentido, a ligação entre ética e direito não pode ser desfeita.

Segundo Michel Villey (2008, p.47), “o direito se define por seus fins, que são diversos e, por vezes, contraditórios: Ajusta a divisão, a boa conduta dos indivíduos- sua utilidade, prazer, segurança, bem-estar, o poderio de uma nação, o progresso da humanidade o funcionamento regulado o organismo social”. Assim, o direito se apresenta como instrumento por meio do qual se busca implementar determinada finalidade ética. Por isso, uma legislação que trate de regular certos aspectos referentes ao uso e ao desenvolvimento da Inteligência Artificial trará diretrizes éticas que orientam o tratamento jurídico do tema.

MAS O QUE É IA?

Quando eu era pequena, lembro-me de um desenho animado que falava sobre o futuro. Ele se chamava *Os Jetsons*. A animação apresentava uma visão fantasiosa, mas ao mesmo tempo curiosamente realista de como seria a vida no futuro: cidades suspensas, localizadas em outro planeta, com carros voadores, robôs domésticos e uma rotina inteiramente automatizada. Um dos personagens que mais me encantava era a Rose.

Rose era um robô movido por Inteligência Artificial. Fazia tudo. Agia como um ser humano, com reações, decisões e até mesmo uma personalidade, bem humana, mas com a capacidade de executar tarefas de forma rápida, precisa e completa. Quando criança, Rose era um sonho de consumo. Quem não queria ter uma Rose? Hoje, essa fantasia já não parece tão distante. Isso porque um dos traços mais evidentes da nossa época é justamente a velocidade das transformações tecnológicas.

Nesse sentido, compreender o que é a Inteligência Artificial (IA) e quais são seus limites reais é essencial para um debate ético e jurídico consistente. A IA refere-se à capacidade de máquinas simularem a inteligência humana, sendo programadas para pensar, tomar decisões e imitar ações humanas. O termo aplica-se, de forma geral, a qualquer sistema que apresente comportamentos associados à mente humana, como aprendizado, raciocínio e resolução de problemas.

A IA pode ou não empregar técnicas de aprendizado de máquina (*machine learning*). Um exemplo clássico de IA que não utiliza *machine learning* é o sistema baseado em regras,

também conhecido como sistema especialista. Esses sistemas operam com base em regras pré-definidas, aplicáveis a contextos específicos e restritos, para tomar decisões ou resolver problemas. Diferentemente dos sistemas que aprendem a partir de grandes volumes de dados, os sistemas especialistas não se adaptam nem evoluem com a experiência; apenas seguem uma lógica programada para a execução de tarefas.

Antes do advento do aprendizado de máquina, sistemas especialistas como o **MYCIN**² eram usados para diagnosticar doenças e recomendar tratamentos com base em um conhecimento codificado de medicina. Sistemas baseados em regras também são utilizados para monitorar o estado de equipamentos industriais e sugerir manutenções preventivas ou correções, baseando-se em uma série de parâmetros operacionais e falhas conhecidas. No setor financeiro, sistemas especialistas podem ajudar na análise de crédito, avaliando a elegibilidade de empréstimos para clientes com base em regras que consideram histórico de crédito, renda, dívidas existentes, entre outros fatores.

Com a introdução do aprendizado de máquina, os sistemas passaram a se estruturar de forma mais autônoma. Este método permite a análise de dados automatizando a construção de modelos analíticos e permitindo que os sistemas possam aprender com dados, identificar padrões e tomar decisões com intervenção humana mínima). Essa evolução possibilitou o surgimento de sistemas capazes de identificar padrões complexos em grandes volumes de dados, adaptando seus comportamentos com base em experiências anteriores. Aplicações como veículos autônomos, sistemas de recomendação, chatbots, ferramentas de detecção de fraudes e assistentes virtuais tornaram-se possíveis e cada vez mais comuns.

A Inteligência Artificial é comumente dividida em duas grandes categorias. A primeira é a **IA fraca** (ou estreita), desenvolvida e treinada para executar tarefas específicas, como reconhecimento de fala, identificação de imagens ou sugestões automatizadas em plataformas digitais. Trata-se da forma de IA mais presente no cotidiano, caracterizada por sua eficiência e desempenho elevado, embora limitada ao escopo restrito para o qual foi projetada. Já a **IA forte**, também conhecida como **Inteligência Artificial Geral (AGI – Artificial General Intelligence)**, representa uma concepção ainda hipotética: um sistema capaz de executar qualquer tarefa cognitiva que um ser humano seja capaz de realizar. Ao contrário da IA fraca, a AGI implicaria um nível de autonomia intelectual mais abrangente, com competências generalistas de raciocínio, aprendizagem, percepção e uso da linguagem.

Em outras palavras, a AGI seria, no imaginário coletivo, a representação mais próxima daquilo que foi, um dia, projetado na ficção: uma inteligência como a da personagem Rose — capaz de compreender contextos diversos, adaptar-se, tomar decisões complexas e interagir como um verdadeiro agente moral. Embora amplamente debatida no meio acadêmico e retratada na ficção científica, a AGI ainda não foi concretizada pela ciência contemporânea.

Mas pasmem. Lembra da ideia de beber das fontes do passado? Pois bem. O termo “Inteligência Artificial” foi oficialmente cunhado em 1956, durante a conferência de *Dartmouth College*, em New Hampshire. Contudo, o tema já vinha sendo especulado antes disso. Em 1950, um artigo se tornou amplamente comentado: o artigo de Alan Turing, que formulava a pergunta instigante: “uma máquina pode ser linguisticamente indistinguível de um ser humano?” (Bringsjord; Govindarajulu, 2018).

As definições sobre o que constitui a inteligência artificial são diversas e refletem diferentes abordagens teóricas e práticas. Entre elas, destaca-se a concepção de Russell e Norvig, para quem a inteligência artificial é “o campo dedicado à construção de agentes inteligentes, que são funções que tomam inputs de percepção do ambiente externo e produzem comportamentos (ações) com base nessas percepções” (Russell; Norvig, 2009, p. 2).

Nesse sentido, e considerando que a IA está progressivamente integrada a decisões na nossa

2 MYCIN: um sistema especialista inicial, ou programa de inteligência artificial (IA), para tratar infecções sanguíneas. Em 1972, o trabalho começou no MYCIN na Universidade Stanford, na Califórnia. O MYCIN tentaria diagnosticar pacientes com base nos sintomas relatados e nos resultados de exames médicos. Para maiores informações consultar: *ENCYCLOPAEDIA BRITANNICA*. Disponível em: <<https://www.britannica.com/technology/MYCIN>>. Acesso em: 29 jun. 2025.

sociedade, adentrando áreas complexas como as esferas da saúde, da administração pública, do mercado e do Judiciário, torna-se imprescindível refletir sobre os limites éticos e jurídicos da atuação dessas tecnologias. A ausência de regulamentação específica é, sem dúvida, um dos grandes desafios da atualidade. No entanto, mais do que apenas apontar lacunas normativas, é preciso reconhecer que o avanço tecnológico é parte de um processo historicamente desejado e construído. Cabe agora buscar, de forma consciente, o conhecimento necessário, aliado a uma perspectiva ética, para que esse avanço se dê de maneira legítima, responsável e comprometida com a proteção dos direitos fundamentais.

A SOCIEDADE E A IA

Ao mesmo tempo em que a Inteligência Artificial desperta fascínio, ela também pode provocar medo. Isso se justifica pelo fato de que estamos lidando com o desconhecido. Em uma frase atribuída a Sêneca, filósofo, dramaturgo e político romano do século I d.C., embora esteja mais próxima do pensamento de Epicteto, diz: “não é a atividade que transtorna as pessoas, são as falsas concepções das coisas que as enlouquecem” (Epicteto, 2008). E é justamente diante do novo que muitas concepções se constroem (nem sempre de forma precisa). As narrativas sobre robôs que se rebelam contra a humanidade, a IA que rouba empregos ou a substituição integral do ser humano por máquinas são ecos de uma inquietação social legítima, mas, por vezes, alimentadas por especulações e desinformação.

Essas inquietações, que, como propõe Hartmann (2011), carregam também conteúdo ético, têm ocupado espaço central nos debates de organismos internacionais, governos, empresas e sociedade civil, como passo necessário para subsidiar futuras regulamentações. No Brasil, o tema começa a ganhar maior densidade, ainda que de forma incipiente, enquanto outras jurisdições, como a União Europeia, já apresentam marcos mais avançados.

Um dos primeiros documentos amplamente reconhecidos sobre diretrizes éticas aplicáveis ao desenvolvimento e à utilização da IA foi elaborado na Conferência de *Asilomar*, em 2017. Os chamados Princípios de *Asilomar* abordam temas centrais como segurança, privacidade, explicabilidade e controle humano. Dentre as diretrizes estabelecidas, lê-se que,

sistemas de IA devem ser seguros por todo o seu ciclo de vida operacional, e verificáveis onde for aplicável e viável”, além da afirmação de que “as pessoas devem ter direito a acessar, gerir e controlar dados por elas gerados, dados os poderes que os sistemas de IA têm de analisar e utilizar esses dados”. Também se afirma que “as aplicações de Inteligência Artificial aos dados pessoais não devem limitar a liberdade real ou percebida das pessoas (Future of Life Institute, 2017).

Esses princípios se alinham a valores já consagrados em experiências internacionais. Um exemplo é o precedente do Censo Alemão de 1983, que cunhou o conceito de autodeterminação informativa (núcleo do reconhecimento da titularidade ativa sobre dados pessoais). No contexto europeu, essa visão se fortalece com o Regulamento Geral sobre Proteção de Dados (RGPD), especialmente no seu Considerando 71, que trata de decisões tomadas exclusivamente com base em tratamento automatizado. Nele, estabelece-se que tais decisões devem ser acompanhadas de garantias adequadas, incluindo o direito do titular de obter “a intervenção humana, de manifestar o seu ponto de vista, de obter uma explicação sobre a decisão tomada [...] e de contestar a decisão” (União Europeia, 2016, p. 14). O artigo 22 do RGPD transcreve essa mesma disposição, suprimindo a menção expressa ao “direito à explicação”.

Os princípios de *Asilomar*, por sua vez, vão além ao defender que, nos casos de erro, “deve ser possível compreender o porquê, se um sistema de Inteligência Artificial causa danos” (Future of Life Institute, 2017). Em contextos como o do Poder Judiciário, a conferência cunha o termo transparência judicial, entendida como “a produção de explicação auditável e satisfatória por uma autoridade humana competente da participação de um sistema autônomo na tomada de decisão judicial” (Future of Life Institute, 2017). Essa diretriz dialoga diretamente com o devido processo legal e com o direito à fundamentação das decisões judiciais, especialmente relevante no atual cenário de crescente automação das funções do Estado. Se algoritmos passam a atuar em etapas do processo, suas decisões não podem ficar confinadas a códigos inacessíveis, devendo ser submetidas a princípios constitucionais como o contraditório, a ampla defesa e a motivação.

Se a explicação *ex post* oferece alguma forma de controle, os Princípios de *Asilomar* também propõem mecanismos de controle *ex ante*, ao afirmar que “os seres humanos devem escolher como e quando delegar decisões aos sistemas de Inteligência Artificial, para alcançar objetivos escolhidos por humanos” (Future of Life Institute, 2017). A partir daí, delineia-se a responsabilidade dos projetistas e desenvolvedores desses sistemas, reconhecendo-os como “participantes das implicações morais de seu uso, mau uso e ações, com a responsabilidade e a oportunidade de modelar essas implicações”.

A ética também se manifesta no princípio do alinhamento de valores, que estabelece que “sistemas de Inteligência Artificial altamente autônomos devem ser desenhados para que seus objetivos e comportamentos possam, garantidamente, estar alinhados com valores humanos por meio de sua operação” (Future of Life Institute, 2017), e ainda, que esses objetivos devem ser “compatíveis com ideias de dignidade humana, direitos, liberdades e diversidade cultural” (Future of Life Institute, 2017).

Além dessas orientações estruturais, o documento final de *Asilomar* apresenta quatro princípios diretamente relacionados à função social da tecnologia. O primeiro é o benefício compartilhado, segundo o qual “as tecnologias de Inteligência Artificial devem beneficiar e empoderar o maior número de pessoas possível” (Future of Life Institute, 2017); o segundo, a prosperidade compartilhada, que afirma que “a prosperidade econômica criada pela Inteligência Artificial deve ser amplamente distribuída para beneficiar toda a humanidade” (Future of Life Institute, 2017); o terceiro, a não subversão, que exige que sistemas altamente avançados “respeitem e aperfeiçoem — e não subvertam — os processos sociais e cívicos dos quais depende a saúde da sociedade” (Future of Life Institute, 2017); e o quarto, a prevenção da corrida armamentista, com a recomendação de que se evite o desenvolvimento de “armas letais autônomas” — tema que ganhou ainda mais destaque após os escândalos envolvendo o uso político de dados por empresas como a *Cambridge Analytica*, em 2018³.

Essas preocupações ganharam novos contornos em junho de 2024, quando o Papa Francisco, durante a cúpula do G7 no sul da Itália, fez um apelo inédito contra o uso militar da IA. O pontífice alertou que,

no light of the tragedy that is armed conflict, it is urgent to reconsider the development and use of devices like the so-called ‘lethal autonomous weapons’ and ultimately ban their use”, enfatizando que “no machine should ever choose to take the life of a human being (AL JAZEERA, 2024)⁴.

A fala não apenas reafirma a centralidade da dignidade humana no debate sobre IA, como também reforça a responsabilidade ética da escolha humana na delegação de poder às máquinas.

3 Mais informações disponíveis em: THE GUARDIAN. Cambridge Analytica Files. The Guardian, London, s.d. Disponível em: <https://www.theguardian.com/news/series/cambridge-analytica-files>. Acesso em: 30 jun. 2025.

4 Tradução livre “Sem luz sobre a tragédia que é o conflito armado, é urgente reconsiderar o desenvolvimento e o uso de dispositivos como as chamadas ‘armas autônomas letais’ e, em última instância, proibir seu uso”, enfatizando que “nenhuma máquina deveria jamais escolher tirar a vida de um ser humano”.

Na mesma direção, em março de 2023, uma carta aberta intitulada “Pause Giant AI Experiments” foi publicada por mais de 1.300 signatários — entre eles, *Elon Musk*, *Steve Wozniak*, *Yuval Noah Harari*, pesquisadores das universidades de Oxford, Stanford, Cambridge e representantes de grandes empresas de tecnologia como Google, Microsoft e Amazon. O documento propõe uma pausa temporária no desenvolvimento de sistemas mais avançados que o GPT-4, com o objetivo de permitir a formulação de protocolos técnicos e éticos de segurança (Future of Life Institute, 2023). A carta destaca o risco de um desenvolvimento “descontrolado e imprevisível” e alerta para a ausência de governança efetiva sobre tecnologias de impacto tão profundo quanto a própria energia nuclear.

Esses posicionamentos demonstram que o receio frente à IA não é fruto apenas do desconhecimento ou de visões catastrofistas, mas da percepção clara de que seu uso, se não for orientado por valores, normas e responsabilidade, pode aprofundar desigualdades, limitar liberdades e comprometer estruturas democráticas. Se a explicação *ex post* serve para fins de responsabilização e controle após o dano, o controle *ex ante*, ou seja, preventivo e deliberativo, é a forma mais prudente de preservar os direitos fundamentais diante da automatização de processos decisórios.

PADRÕES ÉTICOS PARA A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: UMA VISÃO GERAL

Sem querer adentrar os temas de guerras e potenciais reais que o uso inadequado da IA pode causar, é importante retomar os estudos já realizados para compreender que as preocupações com o uso dessa tecnologia vêm sendo discutidas há muitos anos. Em 2016, o Conselho de Ciência e Tecnologia dos Estados Unidos analisou as interseções entre justiça, segurança e governança envolvendo a inteligência artificial. Nesse estudo, foram apresentadas quatro recomendações relevantes sob o prisma ético. A recomendação 16 prevê que “as agências federais que usem sistemas baseados em inteligência artificial para tomar ou auxiliar decisões sobre indivíduos devem redobrar os cuidados para assegurar a eficácia e a justiça desses sistemas, baseados em verificações e validações de evidências” (UNITED STATES et al., 2016). A recomendação 17 estabelece que,

as agências que financiam governos estaduais e locais para apoiar o uso de sistemas baseados em inteligência artificial de tomada de decisão sobre indivíduos devem revisar seus termos de financiamento para assegurar que produtos ou serviços baseados em IA comprados com fundos federais produzam resultados de forma transparente e sejam apoiados por evidência de eficácia e justiça (UNITED STATES et al., 2016).

A recomendação 18 sugere que “escolas e universidades devem incluir ética e tópicos relacionados à segurança, privacidade e insegurança como parte integrante do seu currículo em IA, machine learning, ciência da computação e ciência de dados”. Por fim, a recomendação 19 dispõe que “profissionais de inteligência artificial, de segurança, e suas respectivas sociedades profissionais devem trabalhar juntos para continuar progredindo rumo à maturidade do campo de engenharia de segurança de IA” (UNITED STATES et al., 2016).

Além dos Estados Unidos, China (2018), Japão (2017), Singapura (2019) e Dubai (2019) também lançaram minutas orientadoras sobre o desenvolvimento e aplicação ética da inteligência artificial. A China desenvolveu suas diretrizes por meio de acadêmicos e entidades da indústria, condensadas no *white paper* intitulado Artificial Intelligence Standardization publicado em 2018, que contempla três grandes princípios. O primeiro é o princípio dos interesses humanos, segundo o qual “o objetivo final da inteligência artificial deve ser beneficiar o bem-estar do ser humano” (Ding; Triolo,

2018). Recomenda-se a maximização de benefícios e a minimização de riscos tecnológicos, incluindo a atenção a vieses exacerbados, os quais podem gerar um “ciclo vicioso” (Ding; Triolo, 2018). O segundo é o princípio da responsabilização, que consiste em um “sistema claro de responsabilidades estabelecido em relação ao desenvolvimento da tecnologia e à aplicação, de forma que o desenvolvedor da IA ou seu departamento seja responsabilizado no nível da tecnologia, com um sistema razoável de responsabilização e de compensação no nível da aplicação” (Ding; Triolo, 2018). Em articulação com este, o documento aponta que “seres humanos saibam como e por que a inteligência artificial toma uma decisão específica” (Ding; Triolo, 2018) é essencial para a alocação de responsabilidades. O terceiro princípio é o da consistência entre direitos e responsabilidades, que propõe que políticas públicas e legislações futuras devem assegurar, por um lado, que dados necessários aos negócios sejam armazenados de forma adequada, algoritmos supervisionados e aplicações comerciais revisadas; e, por outro, que entidades comerciais possam preservar direitos razoáveis de propriedade intelectual e o segredo de negócio sobre parâmetros centrais de seus sistemas.

O Japão propôs oito princípios para pesquisa e desenvolvimento (*Research and Development*) de IA: (1) colaboração, com atenção à interoperabilidade entre sistemas de IA; (2) transparência, entendida como verificabilidade de inputs/outputs e explicabilidade das decisões; (3) controle sobre os sistemas de IA; (4) segurança, no que diz respeito a riscos à vida ou à propriedade de usuários ou terceiros; (5) privacidade; (6) ética, em relação à dignidade humana e à autonomia individual; (7) assistência ao usuário, reconhecendo que os sistemas devem apoiar os usuários, que devem manter poder de escolha; e (8) accountability, entendida como responsabilidade e prestação de contas.

A Autoridade Monetária de Singapura (2019) adotou princípios que abrangem não apenas a inteligência artificial, mas também a análise de dados (*data analytics*). As diretrizes visam assegurar justiça, ética, responsabilização e transparência no setor financeiro. A justiça, conforme o documento, exige que decisões orientadas por dados não desvantagem qualquer indivíduo ou grupo sem justificativa plausível, além de pressupor que o uso de dados pessoais esteja devidamente fundamentado. Em relação à precisão e aos vieses, é recomendada a constante revisão dos algoritmos e a minimização de distorções, para garantir que os sistemas se mantenham em conformidade com seus objetivos. Esse modelo de governança foi revisado em 2020, fornecendo subsídios à Comissão Europeia na estruturação de mecanismos regulatórios e de autorregulação voltados à IA.

No contexto de Dubai, a iniciativa Smart Dubai (2019) apresentou o documento “Artificial Intelligence System and Ethics”, que estabelece que sistemas de IA considerados justos devem, sempre que possível, ser representativos das populações afetadas; evitar vieses não operacionais; mitigar vieses inerentes às bases de dados; e garantir que decisões significativas sejam presumivelmente justas. Os sistemas devem incorporar mecanismos de responsabilização — ainda que compartilhada entre os atores responsáveis por seu desenho, desenvolvimento e implementação — e oferecer canais internos de recurso acessíveis aos usuários. É também previsto que os sistemas sejam desenvolvidos por equipes diversas e sejam o mais explicáveis possível. Quando permitido pela tecnologia, decisões e metodologias com impacto relevante devem ser passíveis de explicação, incluindo a identificação dos principais fatores considerados e a possibilidade de solicitação dessa informação pelos indivíduos afetados.

Por fim, no cenário europeu, merece destaque a promulgação do Regulamento Europeu sobre Inteligência Artificial (*AI Act*), adotado em 1º de agosto de 2024. Trata-se da primeira legislação abrangente sobre IA em âmbito global, estabelecendo diretrizes rigorosas para o desenvolvimento e a utilização responsável dessa tecnologia no espaço da União Europeia. A norma tem como propósito principal fomentar um ambiente de confiança, em que a IA seja desenvolvida e aplicada de forma ética, segura e alinhada à proteção dos direitos fundamentais (União Europeia, 2024).

O *AI Act*, estabelece uma abordagem baseada no risco, classificando os sistemas de IA em diferentes categorias (risco inaceitável, alto, limitado e mínimo), às quais se aplicam exigências específicas (União Europeia, 2024). Determinadas aplicações são expressamente proibidas, notadamente

aquelas que utilizam técnicas subliminares, exploram vulnerabilidades de grupos específicos ou promovem avaliações preditivas de comportamento criminal com base em perfis discriminatórios.

No caso dos sistemas considerados de alto risco, como os aplicados nas áreas de saúde, segurança pública e garantia de direitos fundamentais, o regulamento impõe obrigações severas relativas à qualidade dos dados utilizados, à rastreabilidade das decisões, à supervisão humana e à transparência dos processos. Além disso, fornecedores e provedores de soluções baseadas em IA devem cumprir requisitos de conformidade técnica, manter documentação apropriada e realizar o monitoramento pós-comercialização.

O regulamento também contempla mecanismos de fomento à inovação, como a autorização para testes em ambientes controlados (*regulatory sandboxes*) e o incentivo ao desenvolvimento responsável de modelos de uso geral antes de sua disponibilização comercial. Empresas que descumprirem essas normas estarão sujeitas a sanções significativas, incluindo multas que podem atingir até 6% do faturamento global anual.

Ao olharmos para essas manifestações contemporâneas, notamos que a ética, longe de ser um adorno moral, é um elemento fundacional para o uso legítimo da Inteligência Artificial. E, retomando Kant (1993), se a pergunta fundamental da ética é “o que devo fazer?”, ela necessariamente se conecta à pergunta anterior: “o que é o ser humano?”. Pois é apenas a partir da compreensão da condição humana, com suas fragilidades, capacidades e valores, que poderemos determinar os limites do que pode ser delegado às máquinas.

E O BRASIL?

Embora o Brasil ainda não possua um marco legal consolidado e em vigor sobre inteligência artificial, importantes iniciativas legislativas e interpretações jurisprudenciais vêm delineando os contornos normativos da matéria. Nesse contexto, destaca-se o Projeto de Lei n.º 2.338/2023, atualmente em tramitação na Câmara dos Deputados, que busca instituir um marco legal para o uso da IA no país (Brasil, 2023). O texto já aprovado no Senado propõe a classificação dos sistemas de inteligência artificial conforme os níveis de risco que apresentam à vida humana e aos direitos fundamentais, e distingue duas categorias principais de aplicação: inteligência artificial em sentido amplo e inteligência artificial generativa.

A proposta estabelece que apenas os sistemas de inteligência artificial generativa e de propósito geral (como o GPT, por exemplo) estarão sujeitos à avaliação preliminar de risco. Para as demais aplicações, essa análise será facultativa. A avaliação deverá ser conduzida pelos próprios desenvolvedores, fornecedores ou aplicadores do sistema, antes de sua introdução no mercado, e servirá para identificar o potencial de risco do sistema de IA em razão de suas funcionalidades e impactos.

No texto são apresentadas salvaguardas importantes voltadas à proteção dos direitos fundamentais. Sistemas considerados de risco excessivo serão proibidos, como é o caso das armas autônomas letais, que têm capacidade de selecionar e atacar alvos sem intervenção humana, bem como daqueles destinados a produzir e disseminar material de abuso ou exploração sexual infantil. Também está vedado o uso de IA para a avaliação preditiva de traços de personalidade e comportamento com finalidades criminais.

Em relação ao reconhecimento facial em espaços públicos, o texto prevê autorização judicial obrigatória para sua utilização, limitada a situações de busca por vítimas, pessoas desaparecidas ou fugitivos, e somente para crimes com pena superior a dois anos e na ausência de outros meios de prova.

Outro ponto relevante do projeto é a abordagem dos direitos autorais. O uso de conteúdos protegidos para treinamento de sistemas de IA será permitido, sem fins comerciais, apenas por instituições de pesquisa, jornalismo, museus, arquivos, bibliotecas e organizações educacionais, desde que o acesso ao material seja lícito. Nos demais casos, os titulares poderão proibir ou condicionar o uso à remuneração.

Ainda no campo normativo, merece destaque a atuação do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), ao proibir, nas eleições de 2024, a utilização de inteligência artificial para a criação e propagação de conteúdos falsos. Entre as diretrizes estabelecidas estão a vedação ao uso de “deepfakes” e a obrigatoriedade de sinalização clara sobre o uso de IA em conteúdos eleitorais (Brasil, TSE, 2024). A medida visa proteger a integridade do processo democrático diante do potencial de manipulação e desinformação trazido pelas tecnologias emergentes.

Apesar da ausência de uma legislação específica já em vigor sobre IA, é possível identificar na jurisprudência brasileira, especialmente no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, o estabelecimento de precedentes relevantes para a regulação de tecnologias digitais. Muitos desses precedentes, embora não se refiram diretamente à inteligência artificial, estabelecem princípios éticos e regras aplicáveis ao ambiente digital.

Destacam-se os julgados liderados pelas Ministras Nancy Andrighi e os Ministros Luiz Felipe Salomão e Hélio Quaglia Barbosa, que abordaram questões como responsabilidade de plataformas digitais REsp 1.070.183/MG, DJe 03/10/2018 (Brasil, STJ, 2008), aplicação do CDC em serviços gratuitos na internet REsp 1.440.008/RS, DJe 09/11/2016 (Brasil, STJ, 2016), responsabilidade de sites de busca REsp 1.316.921/RJ, DJe 29/06/2012 (Brasil, STJ, 2012a); REsp 1.407.271/SP, DJe 29/11/2013 (Brasil, STJ, 2013c), direito ao esquecimento REsp 1.335.153/RJ, DJe 10/09/2013 (Brasil, STJ, 2013b); REsp 1.334.097/RJ, DJe 28/05/2013 (Brasil, STJ, 2013a), proteção a direitos autorais REsp 1.323.754/RJ, DJe 28/08/2012 (Brasil, STJ, 2012b) e interceptações criminais em ambiente digital RHC 18.111/SP, DJe 06/03/2006 (Brasil, STJ, 2006). Tais decisões, ao disciplinarem princípios gerais como responsabilidade, liberdade de expressão, direito à informação e proteção à intimidade, estruturam um campo normativo que pode subsidiar a aplicação da IA no ordenamento jurídico nacional.

Diante da velocidade com que as tecnologias digitais evoluem, é natural que decisões judiciais sobre ferramentas específicas possam perder atualidade. Todavia, os precedentes que regulam princípios fundamentais e éticos tendem a perdurar, sedimentando o papel do STJ como instância uniformizadora do direito infraconstitucional e oferecendo direções interpretativas também para o uso da inteligência artificial.

CONCLUSÃO

A experiência recente de construção de marcos regulatórios em torno da proteção de dados e da privacidade, como o Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (RGPD), na Europa e a Lei geral de Proteção de dados (LGPD) no Brasil, evidencia que cada país tende a estruturar suas próprias regras conforme seu contexto cultural, político e institucional. Com a inteligência artificial, o movimento segue uma lógica semelhante. Observa-se um esforço global em curso para institucionalizar normas voltadas à IA, ainda que de forma fragmentada e assimétrica. No entanto, nenhuma legislação nacional possui jurisdição universal. Assim como ocorre com a internet, por sua natureza neutra e transfronteiriça, exigir que qualquer sistema, aplicação ou ferramenta baseada em IA se adeque simultaneamente a todas as regulamentações dos países em que possa ser acessada mostra-se tecnicamente inviável e, sob certo aspecto, eticamente ambíguo.

Diante desse cenário, mais do que legislações isoladas, impõe-se a necessidade de construir padrões éticos mínimos e universais, que possam orientar o desenvolvimento e o uso responsável da

inteligência artificial em qualquer parte do mundo. Tais padrões devem funcionar como base comum de governança, garantindo que princípios como dignidade, justiça, responsabilidade e equidade estejam resguardados independentemente da jurisdição.

Justamente por estarmos vivendo um momento de virada de paradigmas é que precisamos pensar sobre como tratamos dados, como tomamos decisões e concebemos a integração entre humanos e máquinas. Embora a regulamentação brasileira ainda esteja em fase de construção, já possuímos algumas diretrizes, como vimos, consistentes que podem ajudar nos debates atuais, sobretudo no campo da ética. Preocupações com autonomia, responsabilização, explicabilidade, não discriminação e supervisão humana se repetem em praticamente todas as abordagens examinadas neste trabalho — sejam elas formuladas em contextos norte-americanos, asiáticos, europeus ou latino-americanos.

Adicionalmente, há temas que não foram explorados aqui mas que merecem atenção, como a explicabilidade dos sistemas e a correção de vieses discriminatórios. No Brasil, esse desafio dialoga com dispositivos já existentes na Lei de Proteção de Dados Pessoais, que preveem o direito à revisão de decisões automatizadas e a adoção de boas práticas que assegurem transparência e equidade. Contudo, falta ainda um passo essencial: o debate sobre quais são, afinal, os valores sociais que queremos proteger ou promover com o uso da inteligência artificial. Sem esse consenso, o que entendemos como benefício ou malefício da tecnologia permanecerá indeterminado e, com ele, também a direção que nossa regulação deverá seguir. É por isso que a ética ocupa o centro da discussão. Ela não substitui a lei, mas a antecede e fundamenta. E como nos ensinou Kant (1993), a ética começa na pergunta: “o que devo fazer?”. Mas essa só é possível após enfrentarmos a mais profunda de todas: “o que é o ser humano?”. Pois é apenas a partir do reconhecimento da dignidade, da autonomia e da vulnerabilidade humanas que poderemos construir um futuro tecnológico verdadeiramente orientado à justiça, à liberdade e ao bem comum.

Nesse contexto, o papel do Direito é inegociável. Normas jurídicas bem estruturadas são fundamentais para garantir a segurança jurídica, a previsibilidade das relações e a efetiva proteção dos direitos fundamentais frente ao uso da IA. Para tanto, é imprescindível fortalecer os tribunais internos de cada país, que desempenham função essencial na interpretação, concretização e atualização dos marcos legais à luz dos desafios tecnológicos emergentes. São essas cortes que, ao aplicar os princípios constitucionais e infraconstitucionais, têm a capacidade de definir os limites legítimos para o uso da inteligência artificial e garantir que ela esteja a serviço do ser humano e não o contrário.

REFERÊNCIAS

AL JAZEERA. Pope calls for a ban on lethal autonomous weapons at G7. *Al Jazeera*, Doha, 14 jun. 2024. Disponível em: <https://www.aljazeera.com/news/2024/6/14/pope-calls-for-a-ban-on-lethal-autonomous-weapons-at-g7>. Acesso em: 30 jun. 2025.

AUTORIDADE MONETÁRIA DE SINGAPURA. Principles to Promote Fairness, Ethics, Accountability and Transparency (FEAT) in the Use of Artificial Intelligence and Data Analytics in Singapore’s Financial Sector. Singapura, 2018. Disponível em: <https://www.mas.gov.sg/-/media/MAS/News%20and%20Publications/Monographs%20and%20Information%20Papers/FEAT%20Principles%20Final.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 18.111/SP. Relator. Ministro. Hélio Quaglia Barbosa. Julgado em 14 fev. 2006. Publicado em: Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 06 mar. 2006. Disponível em: <https://jurisprudencia.stj>.

jus.br/externo/acordaocompleto?num_registro=200500758657&dt_publicacao=06/03/2006. Acesso em: 25 jun. 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). Acórdão no Recurso Especial n. 1.070.183/MG. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Julgado em: 18 set. 2008. Publicado em: Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 3 out. 2008. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200801394065&dt_publicacao=03/10/2008. Acesso em: 30 jun. 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). Acórdão no Recurso Especial n. 1.316.921/RJ. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Julgado em: 26 jun. 2012. Publicado em: Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 29 jun. 2012. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201103079096&dt_publicacao=29/06/2012. Acesso em: 30 jun. 2025. 2012a.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). Acórdão no Recurso Especial n. 1.323.754/RJ. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Julgado em: 5 jun. 2012. Publicado em: Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 28 ago. 2012. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201200057484&dt_publicacao=28/08/2012. Acesso em: 30 jun. 2025. 2012b

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). Acórdão no Recurso Especial n. 1.334.097/RJ. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Julgado em: 28 mai. 2013. Publicado em: Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 10 set. 2013. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201201449107&dt_publicacao=10/09/2013. Acesso em: 30 jun. 2025. 2013a

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). Acórdão no Recurso Especial n. 1.335.153/RJ. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Julgado em: 28 mai. 2013. Publicado em: Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 10 set. 2013. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201100574280&dt_publicacao=10/09/2013. Acesso em: 30 jun. 2025. 2013b.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). Acórdão no Recurso Especial n. 1.407.271/SP. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Julgado em: 21 nov. 2013. Publicado em: Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 29 nov. 2013. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201302398841&dt_publicacao=29/11/2013. Acesso em: 30 jun. 2025. 2013c.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). Acórdão no Recurso Especial n. 1.440.008/RS. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Julgado em: 08 set. 2016. Publicado em: Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 09 nov. 2016. Disponível em: https://jurisprudencia.stj.jus.br/externo/acordaocompleto?num_registro=201403688579&dt_publicacao=09/11/2016. Acesso em: 25 jun. 2025.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n. 2.338, de 2023. Regulamenta o uso da inteligência artificial no Brasil. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/1159193-projeto-que-regulamenta-uso-da-inteligencia-artificial-no-brasil>. Acesso em: 30 jun. 2025.

BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. TSE proíbe uso de inteligência artificial para criar e propagar conteúdos falsos nas eleições. Brasília, 27 fev. 2024. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/comunicacao/noticias/2024/Fevereiro/tse-proibe-uso-de-inteligencia-artificial-para-criar-e-propagar-contenudos-falsos-nas-eleicoes>. Acesso em: 30 jun. 2025.

BRINGSJORD, Selmer; GOVINDARAJULU, Naveen Sundar. Artificial Intelligence. In: ZALTA, Edward (ed.). *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Fall 2018 Edition. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/archives/fall2018/entries/artificial-intelligence/>

DING, Jeffrey; TRIOLO, Paul. Translation: Excerpts from China's 'White Paper on Artificial Intelligence Standardization'. *New America*, 20 jun. 2018. Disponível em: <https://www.newamerica.org/cybersecurity-initiative/digichina/blog/translation-excerpts-chinas-white-paper-artificial-intelligence-standardization/>. Acesso em 29 jun. 2025.

EPICTETO. *Enchiridion. Manual de Epicteto*. Tradução de António de Castro Caeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

FUTURE OF LIFE INSTITUTE. *Asilomar AI Principles*. 11 ago. 2017. Disponível em: <https://futureoflife.org/open-letter/ai-principles/>. Acesso em: 29 jun. 2025.

FUTURE OF LIFE INSTITUTE. *Pause Giant AI Experiments: an open letter*. 22 mar. 2023. Disponível em: <https://futureoflife.org/open-letter/pause-giant-ai-experiments/>. Acesso em: jun. 2025.

HARTMANN, Nicolai. *Ética*. Tradução de Javier Palacios. Madrid: Ediciones Encuentro, 2011.

KANT, Immanuel. *Lógica*. Tradução de Valerio Rohden e Udo Baldur Moosburger. São Paulo: Editora Loyola, 1993.

RAWLS, John. *História da filosofia moral*. Tradução de Ana Aguiar Cotrim. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

RUSSELL, Stuart; NORVIG, Peter. *Artificial intelligence: a modern approach*. 3ª ed. Upper Saddle River: Prentice Hall, 2009.

SMART DUBAI. *Artificial Intelligence System & Ethics*. Dubai, 2019. Disponível em: <https://www.smartdubai.ae/initiatives/ai-principles-ethics>. Acesso em: 30 jun. 2025.

UNIÃO EUROPEIA. Regulamento 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados – RGPD). Jornal Oficial da União Europeia, L 119, p. 1–88, 4 maio 2016.

UNIÃO EUROPEIA. Regulamento 2024/1689 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de junho de 2024, relativo à inteligência artificial e que altera os regulamentos (UE) 2022/2065 e (UE) 2022/1925 e as diretivas 2000/31/CE, (UE) 2019/882 e (UE) 2020/1828 (Regulamento Inteligência Artificial). Jornal Oficial da União Europeia, L 168, p. 1–291, 12 jun. 2024. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32024R1689>>. Acesso em: 30 jun. 2025.

UNITED STATES. Executive Office of the President; National Science and Technology Council (Committee on Technology). Preparing for the Future of Artificial Intelligence. Washington, DC: Executive Office of the President, 2016. Disponível em: https://obamawhitehouse.archives.gov/sites/default/files/whitehouse_files/microsites/ostp/NSTC/preparing_for_the_future_of_ai.pdf. Acesso em: 1 jul. 2025.

VAZ, Henrique C. de Lima. *Escritos de filosofia IV: introdução à ética filosófica*. 1. 7ª ed. São Paulo: Edições Loyola, 2015.

VERBEEK, Peter-Paul. Designing the Public Sphere: Information Technologies and the Politics of Mediation. In: FLORIDI, Luciano (ed.). *The Onlife Manifesto: Being Human in a Hyperconnected Era*. Cham: Springer International Publishing, 2015.

VILLEY, Michel. *Filosofia do direito: definições e fins do direito: os meios do direito*. Tradução de Márcia Valéria Martinez de Aguiar. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.



JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

(TJBA – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 0022556-93.2014.8.05.0000. Órgão Especial. Relatora: Desa. DINALVA GOMES LARANJEIRA PIMENTEL. Julgado em 17/03/2025)

AÇÃO DIREITA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MUNICÍPIO DE SALVADOR. ITIV. IMPOSTO DE TRANSMISSÃO INTERVIVOS DE BENS IMÓVEIS. ANTECIPAÇÃO DO PAGAMENTO DO IMPOSTO PARA O MOMENTO DE CELEBRAÇÃO DO PACTO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA. FATO GERADOR TRIBUTÁRIO IMPLEMENTADO COM A TRANSCRIÇÃO DO TÍTULO AQUISITIVO EM REGISTRO IMOBILIÁRIO. NÃO INCIDÊNCIA DA EXCEÇÃO PREVISTA NO ART. 150, §7º DA CF/88. TRIBUTODENATUREZAMONOFÁSICA. SUBVERSÃO DA SUBSTITUIÇÃO PROGRESSIVA CONSTITUCIONALMENTE PREVISTA APENAS PARA IMPOSTOS POLIFÁSICOS. INEXISTÊNCIA DE DIFICULDADE EM SER INDIVIDUALIZADO O FATO IMPONÍVEL DO ITIV. INCORPORADORA IMOBILIÁRIA NÃO PARTICIPARÁ DO ÚNICO ATO FENOMÊNICO EM QUE SE ADQUIRE A PROPRIEDADE DO DIREITO REAL. TEMA Nº 1.124 DO STF. INVALIDADE DA ANTECIPAÇÃO IMPRÓPRIA E DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. PROGRESSIVIDADE DE ALÍQUOTAS DO ITIV. CRITÉRIO DE DISTINÇÃO LASTREADO NO VALOR VENAL E ÁREA DO IMÓVEL. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 656 DO STF. PREVALÊNCIA DA ALÍQUOTA GERAL DE 03%, EM DETRIMENTO DAQUELA MÍNIMA PREVISTA AOS IMÓVEIS POPULARES. ISENÇÃO DA EXAÇÃO PARA OS SERVIDORES PÚBLICOS SOTEROPOLITANOS. BENEFÍCIO ATRELADO À OCUPAÇÃO PROFISSIONAL DO CONTRIBUINTE. IMPEDIMENTO. VIOLAÇÃO DIRETA AO ART. 150, II DA CARTA DE REPÚBLICA. AFRONTA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA. MODULAÇÃO DOS EFEITOS. EFICÁCIA DESTA DECISÃO, EX TUNC, QUANTO À COBRANÇA ANTECIPADA DO IMPOSTO DAS PROMESSAS DE COMPRA E VENDA. PRODUÇÃO DOS EFEITOS, EM RELAÇÃO À PROGRESSIVIDADE DE ALÍQUOTA E À ISENÇÃO A AGENTES MUNICIPAIS, A PARTIR DA DATA DE PUBLICAÇÃO, NO DJE, DA MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA. AÇÃO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE. EMBARGOS CONTRA A MEDIDA LIMINAR PREJUDICADOS.

1. Afiguram-se inconstitucionais as normas municipais que anteciparam, de forma anômala, o fato gerador do ITIV, imposto de transmissão inter vivos de bens imóveis, para o momento de pactuação da promessa de compra e venda, porquanto aquele só se implemente com a transcrição do título aquisitivo no respectivo Cartório Imobiliário (art. 1.227 e 1.245 do CC/02).

2. Outrossim, não se tratando, o ITIV, de tributo de natureza polifásica, inaplicável a regra inserta no art. 150, §7º da Carta da República, cuja sistemática apenas incidirá para exações em que se presume a ocorrência futura do fenômeno imponível, diante da dificuldade, inerente àquela cadeia produtiva, de ser identificado o nascimento da obrigação tributária e o seu sujeito passivo. Logo, inadmissível a adoção de tal ficção jurídica para o ITIV, cujo fato gerador tributário se configura em ato único, com base de cálculo e contribuinte de fácil individualização, uma vez que a aquisição de propriedade real se opera, tão logo, haja a transcrição do título alienativo no registro imobiliário.

3. Dessarte, denota-se a invalidade do real intento da legislação soteropolitana, que é precipitar o momento de ocorrência do fato gerador do ITIV, presumindo-se o seu implemento futuro, sem que haja qualquer situação fenomênica que justificasse tal iniciativa arrecadatória precipitada.

4. De igual sorte, inaplicável o preceito constitucional da substituição tributária progressiva, para fins de ser responsabilizada a Incorporadora Imobiliária, quanto às unidades para entrega futura que negociar, tanto por ser imprópria a antecipação da cobrança do ITIV, como por não participar da situação fenomênica una, quando se implementa o fato imponible da incidência do imposto.

5. *Ex positis*, declaro a inconstitucionalidade material do art.119, parágrafo único, art. 122, I, §1º, I da Lei Municipal nº7.186/2006 e, por arrastamento, do art.3º, I (apenas o trecho ***“inclusive para entrega futura”***) e VII, art.9º, II c/c parágrafo único, art.14, §1º, §3º, I, II, art.15, caput c/c parágrafo único do Decreto Soteropolitano nº24.058 de 2013.

6. Ademais, ratificando-se a medida cautelar já deferida, confere-se interpretação conforme ao art. 122, I, do CTRMS, para esclarecer que o termo *“antecipadamente”* não permite a incidência sobre os contratos de promessa de compra e venda, mas, em verdade, apenas autoriza a exigência prévia do ITIV, sobre fatos geradores legítimos que estão na iminência de ocorrer, porquanto seu recolhimento, no trâmite registral, dá-se na etapa imediatamente anterior à efetiva transcrição do título imobiliário.

7. O art.118 do Código Tributário e de Rendas do Município de Salvador (CTRMS) e o art.8º do Decreto nº24.058/2013 estabeleceram, em síntese, as seguintes alíquotas de ITIV: a) 01%, para transmissões de imóveis residenciais populares (com valor venal de até R\$44.996,73 e área privativa de até 39,56 m²), e; b) 03%, para as demais alienações de bens e direitos reais.

8. A Constituição Federal de 1988, ao regulamentar a progressividade de alíquotas de impostos reais, cingiu a sua incidência ao imposto predial e territorial urbano – IPTU, seja com base no valor, uso e localização do bem imóvel (art.156, §1º, I e II), seja para fins sancionatórios, caso caracterizado o descumprimento da finalidade social da propriedade (art.182, §4º, II).

9. À luz da Súmula nº 656 do STF: **“É inconstitucional a lei que estabelece alíquotas progressivas para o imposto de transmissão inter vivos de bens imóveis - ITBI com base no valor venal do imóvel”**, a evidenciar a procedência do pedido de invalidação das normas soteropolitanas que assim dispuseram.

10. Destarte, reconheço a inconstitucionalidade da Lei Soteropolitana nº 7.186/2006, em seu art.118, I, e, por arrastamento, do art.8º, I, parágrafo único c/c I, II e III do Decreto Municipal nº 24.058/2013, porquanto não contemplado tal critério no rol taxativo do art. 155, §1º, I e II c/c art. 182, § 4º da Carta Magna, revelando-se ilegítima a diferenciada alíquota de 1%, que se lastreia no valor venal.

11. Destaque-se que o art.126 da Lei Orgânica do Município de Salvador – regra não objetada nesta lide, mas que o requerido cita como instituidora da isenção do ITBI aos agentes públicos – não é auto-aplicável, porquanto apenas assegure a futura edição de lei que venha a, efetivamente, instituir tal benefício fiscal. Destarte, infere-se a pertinência de serem discutidas as normas impugnadas nesta ADIN – art.125 da Lei Municipal nº7.186/2006 e art.21, caput e §§1º a 4º do Decreto nº24.058/2013 –

por terem estatuído, de forma concreta, o direito consagrado em prol dos servidores soteropolitanos, até então não exequível pela sua simples alusão na L.O.M.S.

12. Segundo o art.150, §7º da Constituição Federal, é vedado, aos Municípios, **“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”**;

13. Evidencia-se o inconstitucional favorecimento instituído em favor dos agentes públicos municipais de Salvador, quanto à isenção do recolhimento de ITIV sobre a aquisição de seus imóveis residenciais, com fundamento exclusivo nas funções ocupadas perante a Administração Direta, Autárquica ou Fundacional dos Poderes Executivo e Legislativo desta Capital.

14. Ademais, tal benesse fiscal apenas contempla agentes vinculados a esta Capital, sem prestigiar servidores públicos de outros Entes. Por tais razões, resta violada a garantia fundamental da isonomia – cláusula pétrea indeclinável – pelo que pronuncio a inconstitucionalidade do art.125 da Lei Municipal n.º 7.186/2006 e, por arrastamento, do art.21, *caput*, §§1º a 4º do Decreto n.º 24.058/2013.

15. Para fins de modulação de efeitos, entendo pertinente que, sopesados o princípio da segurança jurídica e o excepcional interesse social, a eficácia da declaração da inconstitucionalidade quanto à antecipação imprópria do ITIV se potraia ***ex tunc***, enquanto os efeitos relacionados à progressividade de alíquotas e à isenção ao funcionalismo municipal, apenas se operem a partir da data da publicação no DJE (ID n.º 17609627) do acórdão parcialmente concessivo da medida cautelar (ID n.º 17609626).

16. Julgam-se **PREJUDICADOS os embargos de declaração de ID n.º 17609628 - cujo intuito era, sobretudo, questionar o deferimento da medida liminar -**, ante o esvaziamento do seu objeto, com o presente julgamento definitivo do mérito da causa.

17. PROCEDÊNCIA EM PARTE DA AÇÃO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, preambularmente identificados, **ACORDAM** os Desembargadores integrantes do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, **conforme certidão de julgamento, em ratificar o Acórdão que deferiu, em parte, a MEDIDA CAUTELAR, no ID n.º 17609626** e, no mérito, **JULGAR PROCEDENTE, EM PARTE**, esta ação, para declarar, ***ex tunc***, a inconstitucionalidade material do art.119, parágrafo único, art. 122, I, §1º, I da Lei Municipal n.º 7.186/2006 e, por arrastamento, do art. 3º, I (apenas o trecho “*inclusive para entrega futura*”) e VII, art.9º, II c/c parágrafo único, art.14, §1º, §3º, I, II, art.15, caput c/c parágrafo único do Decreto Soteropolitano n.º 24.058/2013, diante das disposições do art.149 da Carta Baiana, além de conferir interpretação conforme ao art.122, I, do CTRMS, para excluir, de sua incidência, a adoção da expressão “*antecipadamente*” como inválido autorizativo da cobrança precipitada do ITIV sobre contratos de promessa de compra e venda. Reconhece-se, ainda, a inconstitucionalidade do art. 118, I e art.125 da Lei Soteropolitana n.º 7.186/2006 e, por arrastamento, do art.8º, I, parágrafo

único c/c I, II e III, além do art.21, *caput*, §§1º a 4º do Decreto Municipal n.º 24.058/2013, protraindo, nesses últimos dois casos, a modulação dos efeitos a partir da data de publicação do acórdão parcialmente concessivo da medida cautelar, **julgando-se prejudicados os embargos declaratórios de ID n.º 17609628**, na forma do quanto fundamentado no voto da excelentíssima Relatora, **adiante registrado e que a este se integra.**

Salvador, data registrada no sistema.

DECISÃO PROCLAMADA

Procedente em parte Por Unanimidade

Salvador, 17 de Março de 2025.

RELATÓRIO

Cuida-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada pelo **Procurador Geral de Justiça do Estado da Bahia**, em face dos arts.118, art.119, parágrafo único, art.122, §1º, I e art.125 da Lei Soteropolitana n.º 7.186/2006 (Código Tributário e de Rendas do Município de Salvador - CTRMS) e, por arrastamento, dos art.3º, I e VII, art. 8º, art. 9º, II e parágrafo único, art.14, §1º e 3º, inc. I, art.15 e art.21 do Decreto n.º24.058/2013 do Município de Salvador, diante de alegada violação direta ao art.149 da Constituição do Estado da Bahia.

Em suma, o Requerente alegou que as normas impugnadas malferem, em três aspectos, o texto constitucional estadual, ao instituírem, em relação ao Imposto de Transmissão Inter Vivos de Bens imóveis - ITIV/ITBI: a) a antecipação imprópria; b) a progressividade tributária não autorizada pela Constituição Federal, e; c) a isenção discriminatória, que favoreceria agentes públicos municipais.

Neste contexto, destacou que a Constituição Baiana recepcionou, em seu art.149, o princípio da simetria quanto às disposições da Carta da República, ao ter consignado, expressamente, que: *“o sistema tributário estadual obedecerá o disposto na Constituição Federal, em leis complementares federais, em Resoluções do Senado Federal, nesta Constituição, e em leis ordinárias”*. Desta forma, sustentou ter sido adotada a *“técnica da remissão abrangente”*, a autorizar que esta ação objetiva se valesse *“... de dispositivos contidos na lei fundamental do país para, em combinação com o comando legal contido no art.149 da Constituição Estadual, compor o parâmetro de controle a que devem subordinação as Leis Municipais n.º7.186/2006 e o Decreto n.º 24.058/2013”*.

Discorrendo acerca da primeira inconstitucionalidade, o Exmº Procurador Geral de Justiça relatou que, apesar de a nova redação do art.122, §1º da Lei Municipal n.º7.186/2006 (cujo teor fora alterado pela Lei n.º7.611/2008) já prever o pagamento integral antecipado do ITIV, apenas houve seu regramento pelo Decreto n.º 24.058 de 16.07.2013 e, somente com a edição da Lei n.º 8.622 de 03.06.2014, a sua cobrança fora efetivamente implementada.

Entretanto, defendeu que o art.122, §1º do CTRMS, ao estatuir a exigência prévia de ITIV sobre a transmissão de imóvel objeto de promessa de compra e venda, criou uma modalidade de obrigação exacional que precede à existência do bem a ser alienado (muitas vezes, ainda em fase de construção), a evidenciar a sua inconstitucionalidade, porquanto considere tal avença como fato gerador presumido.

Ademais, obtemperou que, a despeito da capacidade contributiva do promitente comprador, a predita espécie de contrato preambular é firmada, na maioria das vezes, por adquirentes que não

possuem “... condições econômicas para realizarem a aquisição à vista do imóvel e que o financiam em prestações sucessivas”. E, segundo aduziu, em tais situações fenomênicas, o art.119 da Lei 7.186/2006 (com texto dado pela Lei n.º7.611/2008) imputou a terceiros estranhos à obrigação exacional (incorporadora imobiliária), a responsabilidade pelo adimplemento antecipado do imposto, através da substituição tributária progressiva.

Frisou, todavia, que a tributação da futura transmissão imobiliária é exigida de forma integral e em pecúnia, antes do implemento do fato gerador do ITIV, por força da Lei Municipal n.º 8.622/2004, cujos ditames prevêem, inclusive, o pagamento dos débitos fazendários pretéritos à regulamentação da antecipação tributária do imposto, procedida pelo Decreto n.º 24.508/2013.

Noutra senda, sustentou sequer haver definitividade da exação de ITIV a ser arrecadada no ato de celebração da promessa de compra e venda, diante da previsão de recolhimento complementar do imposto, por ocasião do registro ou averbação do imóvel (Instrução Normativa SEFAZ/DGRM n.º02/2013, art.9º).

Asseverou, ainda, que o art.114 do CTRMS dispõe que apenas a transmissão onerosa de bem imóvel constitui fato gerador tributário, que não pode ser presumida antes do efetivo registro da alienação do título translativo no Cartório de imóveis. Outrossim, transcrevendo inúmeros arestos, salientou a natureza obrigacional da promessa de compra e venda, o que evidenciaria a impropriedade da adoção da antecipação tributária mitigada, com dupla exigência do imposto sobre uma única unidade imobiliária (“ITIV na planta” e “ITIV complementar”).

Em seguida, dissertou acerca da inaplicabilidade dos institutos da antecipação e da substituição tributária para frente, ressaltando que apenas seriam legítimas tais sistemáticas, caso o ITIV se tratasse de tributo polifásico (em que o Fisco presume, para evitar sonegação, a repercussão integral da exação sobre o consumidor final, v.g. ICMS e IPI) e a sua incidência antecipada fosse definitiva, à luz do art.150, §7º da Constituição Federal.

A título de segunda inconstitucionalidade, o Requerente impugnou os preceitos do art.118 do CTRMS e, por arrastamento, do art.8º do Decreto n.º 24.058/2013, que preceituam alíquota progressiva para o ITIV, entre 1% e 3%, a depender da natureza, tamanho e valor do imóvel transacionado, inobstante inexistir permissivo constitucional e haja contrariedade à Súmula 656 do STF.

Ponderou, ainda, que a pronúncia da inconstitucionalidade da progressividade fiscal implicaria, via de regra, na repristinação da norma pretérita, sistemática a ser rechaçada no caso *sub oculis*, tendo em vista a legislação revogada padecer de iguais vícios daquela em vigor, a autorizar que seja conferida interpretação conforme a Constituição, para suspender a incidência de alíquota superior àquela mínima estabelecida.

De igual sorte, o Procurador Geral de Justiça inquinou de derradeira inconstitucionalidade a isenção de ITIV estabelecida pelo art.125 do CTRMS e, por arrastamento, pelo art.21 do Decreto Municipal n.º24.508/2013, porquanto conferida aos agentes públicos municipais da Administração Direta, Autárquica, Fundacional dos Poderes Executivo e Legislativo, que venham a adquirir imóvel para a sua residência ou de sua família após 03 anos do efetivo exercício, desde que não tenham usufruído este benefício nos últimos 10 anos.

Ao assim dispor, teria a legislação soteropolitana criado, em detrimento do preceituado pelo art.150, II da Carta Magna e art.149 da Constituição Baiana, tratamento diferenciado que privilegia certos contribuintes (servidores municipais), em razão de sua ocupação profissional ou função exercida.

Com esteio nesses argumentos, postulou pela concessão de medida cautelar para, diante da alegada inconstitucionalidade (*fumus boni iuris*) e visando evitar lesão grave de efeitos irreparáveis (*periculum in mora*), suspender, com efeito *ex nunc*, a eficácia dos arts.118, art.119, parágrafo único, art.122, §1º, I e art.125 da Lei Soteropolitana n.º 7.186/2006 (CTRMS) e, por arrastamento, dos art.3º, I e VII, art. 8º, art. 9º, II e parágrafo único, art.14, §1º e 3º, inc. I, art.15 e art.21 do Decreto

n.º24.058/2013, para ser aplicada uma única alíquota à base de cálculo de 1%, por ocasião do registro da transmissão imobiliária.

Ao final, pugnou pela ratificação da liminar e pela procedência da ação direta de inconstitucionalidade, com a citação dos requeridos. Juntou cópia do arcabouço normativo impugnado.

Por conduto do despacho de ID n.º **17609494**, fl.02, reservei-me a apreciar a medida liminar, após a oitiva dos Requeridos.

Juntados, no ID de n.º **17609496/17609498**, os mandados de citação devidamente cumpridos.

A Câmara Municipal de Salvador se manifestou, acerca do pleito liminar, no ID n.º17609499, tendo, em sede de preambular, postulado pela rejeição desta ADIN, porquanto nenhum dispositivo do parâmetro de controle – Constituição do Estado da Bahia – foi apontado como efetivamente violado, sequer os preceitos do art.149, que apenas impõem a inexistência de hierarquia entre normas constitucionais, legais e infralegais, em quaisquer de seus âmbitos legislativos. Deste modo, infirmou a tentativa da Procuradoria de Justiça de fragmentar o texto fundamental Baiano, para atribuir “... *carga normativa diferente a palavras inseridas no mesmíssimo contexto, na mesma frase*” e, com isso, “... *teleportar para a Carta Estadual todas as prescrições da Constituição Federal*”.

No mérito, defendeu a regularidade do sistema de arrecadação do ITIV, cujo fato gerador, segundo relatou, implementar-se-á, apenas, com a transferência da propriedade, no ato de registro imobiliário. Contudo, adotando a sistemática prevista no art.150, §7º da Carta da República, a legislação municipal impõe o seu pagamento antecipado, no momento de formalização do ato indicativo do fato gerador, pelos próprios sujeitos envolvidos na transação.

Asseverou, outrossim, que a norma combatida não estabelece hipótese de progressividade de alíquota, por não oscilar de acordo com o valor do imóvel, mas, em verdade, diferencia-se conforme a destinação do bem e a sua área privativa. Neste contexto, salientou que aplicara uma das “... *diversas técnicas legislativas possíveis para a concessão de benefício fiscal*”, o que é admitido pelo STF, que equipara os efeitos práticos e jurídicos da “*redução de base de cálculo*” e da “*isenção parcial*”.

Destarte, lastreando-se em sua discricionariedade política, a Câmara Soteropolitana afiançou ter concedido o benefício fiscal de redução de alíquotas, com espeque em critérios objetivos e absolutamente legítimos. Seguindo esse raciocínio, afirmou que a eventual pronúncia de inconstitucionalidade implicaria a incidência da alíquota padrão, qual seja, 3% (três por cento).

Ademais, valendo-se do princípio da eventualidade da defesa, sustentou que, caso venha a ser reconhecida a prática de progressividade tributária, essa sequer confrontaria a Constituição Federal, haja vista que os ditames da Súmula 656 do STF foram superados, pela Corte Excelsa, por ocasião do julgamento do RE n.º 562.045/RS, ao ter considerado legítima a fixação de alíquotas progressivas em impostos reais, com fulcro no art.150, §1º da CF/88.

Concluiu, doravante, pela inexistência dos requisitos autorizativos para a concessão da medida liminar vindicada, tanto mais por entender prevalente, na espécie, o *periculum in mora* inverso, diante da necessidade de criação de despesas adicionais não previstas no orçamento, para dar cumprimento a eventual decisão cautelar favorável ao requerente, a exemplo da reprogramação da central de informática da Fazenda Municipal, para adequação aos novos parâmetros.

Por fim, postulou pela extinção terminativa do feito, por inobservância do parâmetro de controle e, eventualmente, pela improcedência da ação. Juntou documentos de ID n.º **17609500** e **17609501**.

O Município de Salvador, por intermédio da Exmª Procuradora Geral, pronunciou-se a respeito do pedido cautelar no ID n.º **17609502**. Em síntese, suscitou o não conhecimento da ADIN, porquanto esteja embasada em ofensa reflexa à Constituição Federal e não em violação direta à Carta Estadual, o que atrairia, inclusive, a competência do STF para processar e julgar o feito, caso fosse permitida a propositura de ação direta de inconstitucionalidade de norma municipal em face dos preceitos da *Lex Fundamental* da República.

Por outro lado, asseverou que o art.149 da Constituição Baiana não converte todos os diplomas federais em dispositivos integrantes de seu texto, por simplesmente reproduzir que todo sistema jurídico precisa ser observado, aí incluída a Carta Magna de 1988. Impossível, ao ver municipal, conferir-lhe viés de norma de reprodução obrigatória, mormente porque infere sua existência prescindível, por não repetir, de forma expressa, a regra constitucional federal.

Logo, de acordo com o ente fiscal, admitir a autossuficiência do predito art.149, para fins de propositura desta ADIN, implicaria aceitar que toda alteração em resoluções do Senado Federal, por exemplo, acarretasse em mudança do texto constitucional estadual, sem a fiel observância dos ritos legislativos específicos ou quórum qualificado para eventuais emendas.

Sob outro enfoque, destacou que a obediência inserta no art.149 da C.E.B é dirigida, tão somente, os legisladores estaduais, atrelando-os às previsões da Constituição da República, sem alcançar, ao seu ver, o poder tributante municipal. Concluiu, ademais, pela ausência de *“inconstitucionalidade chapada”*, eis que as normas questionadas não afrontam a Carta Baiana de forma direta, frontal e imediata.

No mérito, defendeu a adequação constitucional do regime de substituição tributária por fato gerador futuro do ITIV, com arrimo no art.150 da CF/88, que, ao prever o adimplemento antecipado do imposto, não transmuta a promessa de compra e venda em situação fenomênica a atrair a incidência da obrigação exacional. Neste contexto, obtemperou que, na hipótese de não ocorrência do fato gerador, o art.123, I do CTRMS assegura a restituição do montante antecipado, sem qualquer prejuízo ao contribuinte.

Nessa senda, destacou que *“... é preciso, portanto, fazer essa distinção técnica, entre a conduta tributada (transmissão onerosa por ato entre vivos de direito real de propriedade imobiliária), o momento de sua ocorrência (registro imobiliário) e o momento da exigibilidade do imposto (assinatura da promessa de compra e venda), dentro do que autoriza o Texto Constitucional”*.

Doutra banda, asseverou que o recolhimento complementar do ITIV jamais poderia ser cotejado por intermédio de ação direta de inconstitucionalidade, haja vista que se encontra inserto em ato normativo regulamentar (I.N. SEFAZ/DGRB 02/2013), o que consistiria, no máximo, em *“crise de legalidade”*.

Ratificou, ainda, que o regime de antecipação ou substituição tributária para frente adotado pelo Município de Salvador se fundamenta no art. 150, §7º da Carta da República, que se inspira no princípio da praticidade, para cobrar antecipadamente a exação, evitando-se, assim, a *“recorrente evasão causada pelo não registro do título”* translativo de propriedade.

A Procuradoria Municipal obtemperou, ainda, que tal sistemática se perfilha a pronunciamentos específicos do STF, acerca da possibilidade de previsão de pagamento antecipado do ITIV/ITBI, para o ato de celebração do contrato de promessa de compra e venda, desde que assegurada a restituição do valor recolhido, caso não se implemente o fato gerador tributário.

Noutra senda, infirmou a tese de progressividade de alíquota do ITIV Soteropolitano, haja vista que o art.118 da Lei Municipal n.º 7.186/2006 prevê percentuais distintos para as operações em geral (3%) e para imóveis populares (1%), mediante adoção de critérios objetivos, finalidade legítima e nexos entre o meio/fim (redução do custo da operação facilita e incentiva a plena moradia).

Sob sua óptica, tratar-se-ia de tratamento diferenciado seletivo e isolado, conferido exclusivamente a um grupo específico de beneficiários, por conduto de benefício fiscal caracterizado como *“isenção parcial”*. Em seguida, salientou que as operações de imóveis integrantes do programa habitacional *“MINHA CASA, MINHA VIDA”* gozam de plena isenção de recolhimento do ITIV, à luz do art.3º da Lei Municipal n.º 7.719/2009, cuja redação fora alterada pelo art.110 da Lei n.º 8.421/2013.

Destarte, rechaçou a possibilidade de questionamento dos critérios adotados pelo Decreto n.º 24.508/2013 em ação direta de inconstitucionalidade, uma vez que apenas incidiria, em tese, controle de legalidade sobre as alíquotas diferenciadas. Sobrelevou, ademais, que a pretendida redução da alíquota para 01%, em todas as situações fenomênicas, implicaria drástica redução da arrecadação municipal, com diminuição de 2/3 dessa receita.

Outrossim, afirmou ser legítima a isenção de ITIV aos agentes públicos municipais, diante do caráter social que norteara o art.126 da Lei Orgânica do Município de Salvador - LOMS, sendo o art.125 da Lei n.º 7186/2006 - objeto desta ADIN – ato meramente regulamentador.

Noticiou, ainda, que a origem deste benefício veio a compensar a ausência de poupança de FGTS aos servidores públicos municipais, fonte de recursos amplamente usada pelos trabalhadores da iniciativa privada para a aquisição de imóveis residenciais. Para tanto, o agente público deve ser estável, com no mínimo 03 anos de exercício; ele e seu cônjuge não poderão possuir outro imóvel em Salvador; o bem só poderá ser destinado para sua residência ou de sua família, e; não ter usufruído essa benesse nos últimos dez anos.

Por fim, destacou que a concessão da medida cautelar postulada representaria perda efetiva de arrecadação, notadamente caso seja deferida a redução indistinta da alíquota para 1%. Pugnou, destarte, pelo descabimento desta ADIN ou, eventualmente, pela sua improcedência.

Despacho de ID n.º **17609505** determinou a notificação do Procurador Geral do Estado da Bahia e da Douta Procuradoria de Justiça para emitirem pronunciamento, consoante art.10, §1º da Lei 9.868/99.

Por conduto da petição de ID n.º **17609507**, o Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção do Estado da Bahia requereu a sua admissão neste feito. Juntou documentos.

O Município de Salvador noticiou, no ID n.º **17609511**, que o Presidente do STF, ao julgar a Suspensão de Segurança n.º5.008, corroborou o argumento de ser legítimo o regime de antecipação do ITIV, vide julgado então adunado.

Decisão de ID n.º **17609575** deferiu a admissão do Conselho Seccional da OAB, na qualidade de *amicus curiae*, bem assim, concedeu a devolução do prazo à PGE.

A Procuradoria Geral do Estado manifestou, no ID n.º **17609579**, o seu interesse em ações que visem defender o ordenamento constitucional estadual, reservando-se, entretanto, a se pronunciar após a decisão do pedido cautelar.

Na qualidade de custos legis, a Douta Procuradoria de Justiça opinou através do parecer de ID n.º **17609581/17609582**, pela concessão da medida cautelar, “... *a fim de que sejam suspensos imediatamente os efeitos do art.118, art.119, parágrafo único, art.122, §1º, I e art.125 da Lei 7.186/2006 – Código Tributário e de Rendas do Município de Salvador, com os acréscimos e modificações decorrentes da edição das Leis n.º7.611/2008 e 8.622/2014 e, por arrastamento, o art.3º, I e VII, art.8º, artº9º, II e parágrafo único, art.14, §1º e 3º, inc. I, art.15, art.21 do Decreto n.º24.058/2103 e aplicada uma única alíquota à base de cálculo tributo, de 1% (um por cento) por ocasião do registro da transmissão imobiliária*”.

Inicialmente, refutou a preliminar de usurpação de competência do STF, por ser válida a adoção da norma parâmetro de remissão – art.149 da Constituição Baiana – para aplicabilidade integral do sistema tributário nacional em âmbito estadual em ações de controle de constitucionalidade.

No mérito, inquiriu de ilegitimidade a exação de ITIV decorrente do contrato preambular de promessa de compra e venda, por este não deter efeitos translativos de propriedade imobiliária, nem serem justificativas plausíveis a comodidade de arrecadação e a repressão à sonegação, como meios de validação da sistemática implementada pelo Município.

De igual forma, refutou a incidência do regime da substituição tributária progressiva, por entender “... *inconstitucional considerar o contrato de compra e venda de bens imóveis como fato gerador presumido*”. Nesse sentido, pontuou que o art.150, §7º da Constituição Federal apenas admite a antecipação do pagamento exacional caso sua incidência precipitada fosse definitiva e não pode ser indistintamente aplicável a qualquer tributo, mas somente àqueles de natureza polifásica, como decidido pela Primeira Turma do STF, ao julgar o ARE n.º805.859 de relatoria do Ministro Roberto Barroso.

Asseverou, outrossim, que a Carta da República não autoriza a progressividade da alíquota do ITIV, entendimento que fora consolidado pelo verbete sumular n.º 656 do STF. Ademais, defendeu que, ainda que se tratasse de isenção parcial, seria inconstitucional o art.118 da Lei n.º7.186/2006 e,

por arrastamento, o art.8º do Decreto n.º24.058/2013, diante do princípio da legalidade estrita, que impede a concessão de tal benesse por ato normativo secundário.

De acordo com o *Parquet*, o art.125 da Lei Municipal n.º 7.186/06, ao isentar os agentes públicos municipais da exação de ITIV, reveste-se de densidade normativa direta, tendo em vista que a Lei Orgânica de Salvador não regulamenta, de logo, acerca da referida benesse fiscal, o que autoriza a arguição isolada da inconstitucionalidade do predito artigo. E, ao assim dispor, violaria o art.150, II da Carta da República, por promover distinção entre contribuintes, em razão de sua ocupação profissional ou função por eles exercida.

Noutra banda, apançou que as suspensões de segurança, concedidas de forma monocrática pelo Presidente do STF, Min. Ricardo Lewandowsky, nos autos do ARE 759.964 e ARE 793.919, representam posicionamentos isolados, que ainda não foram referendados pelo Plenário da Corte Suprema. Com esteio nesses argumentos, concluiu o opinativo pelo deferimento da medida cautelar, nos moldes esposados na petição inaugural.

Por conduto da peça de ID n.º **17609586**, a Municipalidade comunicou que, a partir daquela data, disponibilizou a possibilidade de pagamento parcelado da exação de ITIV aos contribuintes em geral. Juntou os documentos que entendeu comprobatórios.

O Conselho Seccional da OAB–Ba opinou, no ID de n.º **17609592**, pela “*declaração de inconstitucionalidade do art. 122, §1º, I da Lei Municipal nº Lei nº 7.186/2006 e, por arrastamento, do art. 119, parágrafo único, da mesma Lei e do art. 3º, I e VII, e art. 9º do Decreto nº 24.508/2013, assim como do art. 125 da Lei nº 7.186/2006 e, por arrastamento, do art. 21 do Decreto nº 24.508/2013, por ofensa às regras e princípios do Sistema Tributário aos quais faz direta remissão o art. 149 da Constituição do Estado da Bahia*”.

Em suma, defendeu, a possibilidade de processamento desta ADIN, diante das disposições do art.149 da Constituição Baiana. No mérito, manifestou-se pela inconstitucionalidade do art.122, §1º, I do CTRMS (antecipação imprópria do ITIV) e art.125 (isenção tributária para servidor municipal) e, por arrastamento, do art.119, § único da Lei nº 7.186/2006 e do art. 3º, I e VII, art.9º e art.21 do Decreto nº 24.508/2013.

Salientou, para tanto, que “*a assinatura de um contrato jamais poderia ensejar a cobrança do ITIV, tendo em vista que não é instrumento apto a transmitir qualquer direito real sobre bem imóvel, a teor do já explorado art.1.227 do Código Civil*”.

Afirmou, ainda, que “*... o fato correspondente à hipótese de incidência do ITIV, qual seja, a transmissão de propriedade, pode ou não vir a acontecer, representando a antecipação uma cobrança de obrigação tributária ainda inexistente, haja vista que a obrigação nasce com a ocorrência do fato correspondente à hipótese de incidência*”.

Outrossim, argumentou que “*o Município de Salvador, entretanto, defende que há uma substituição tributária para frente (ou antecipação tributária), no caso do ITIV, ignorando que, para haver substituição, é preciso que se configurem pelo menos dois sujeitos passivos. No caso do ITIV, o mesmo sujeito que será o sujeito passivo quando da ocorrência do fato jurídico tributário (transmissão do imóvel ou de direitos reais sobre o imóvel mediante registro da escritura pública) será o sujeito passivo na suposta antecipação, não havendo que se falar em substituição, portanto*”.

Noutra senda, pontuou que “*no caso do art.125 da Lei n.º7.186/2006, há uma evidente distinção em razão da ocupação profissional do contribuinte, tendo em vista apenas os contribuintes que possuem a qualidade de agente público municipal podem gozar do benefício legalmente previsto*”. Pugnou, assim, pela procedência da ação.

Despacho de ID n.º **17609598** determinou a retirada do feito da pauta de julgamento, para intimação do requerente e requerido acerca das ponderações do *amicus curiae*. Manifestações apresentadas no ID n.º **17609601** e **17609605**.

Estado da Bahia se reservou, novamente, a se pronunciar sobre o mérito da ação, após a apreciação da medida cautelar, vide ID n.º **17609611**.

Após inclusão em pauta, com a rejeição da preliminar, à unanimidade pelo Plenário da Corte, foi suspenso o julgamento, por pedido de vista, consoante certidão de ID n.º **17609620**.

Colacionado o Voto-vista pelo Ilustre Des. Maurício Kertzman, no ID n.º **17609623**, no sentido de: “a) divergir quanto ao segundo desdobramento da ação direta de inconstitucionalidade, qual seja, a adoção da alíquota diferenciada de 1% para os imóveis populares, conforme previsto no art. 118, inciso I do Código Tributário do Município do Salvador e no art. 8º, inciso I c/c parágrafo único, incisos I, II e III do Decreto n.º. 24.058/2013, devendo a eficácia desses dispositivos ser mantida, em sua inteireza; b) esclarecer que, com a concessão, em parte, da cautelar, fica proibida, ex nunc e de todas as formas, a cobrança antecipada do ITIV pelo Município do Salvador quando do momento da celebração da promessa de compra e venda de imóvel para entrega futura, com base na técnica da substituição tributária para frente, como também fica vedada a concessão de isenção do mesmo imposto aos agentes públicos municipais simplesmente por serem agentes municipais, não sendo aplicáveis os dispositivos similares que constem de legislação anterior, ressalva que deve ser feita ante a redação do art. 11, § 2º da Lei Federal n.º. 9.868/1999; c) retirar o art. 121, inciso I da Lei Municipal n.º. 7.186/2006 e o art. 14, § 1º do Decreto Municipal n.º. 24.058/2013 do âmbito de abrangência da ordem cautelar, e; d) incluir o § 4º do art. 21 do mesmo Decreto na concessão da ordem”.

Por Acórdão de ID n.º **17609626**, o Tribunal Pleno decidiu por, “à unanimidade de votos, em rejeitar a preliminar suscitada e, por maioria, DEFERIR, EM PARTE, A MEDIDA CAUTELAR requerida no bojo da ação direta de inconstitucionalidade, para, com base no art.10º da Lei n.º.9.868/99 e reconhecendo a configuração do *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, suspender os efeitos do art. 118, I, art.119, parágrafo único, art. 122, 81º, I e art.25 da Lei Municipal nº7.186/2006 e, por arrastamento, do art. 3º, I (apenas quanto ao trecho “inclusive para entrega futura”) e VII, art.8º, I, parágrafo único c/c I, II e III, art.9º, II c/c parágrafo único, art.14, 81º, 83º, I, II, art.15, caput c/c parágrafo único e art21, 881º a 4º do Decreto Soteropolitano de n.º 24.058/2013, diante das disposições do art.149 da Carta Baiana, dando, por ora, ao art.122, I do CTRMS, interpretação conforme à constituição, para excluir, de sua incidência, a adoção da expressão “antecipadamente” como autorizativo de cobrança precipitada do ITIV, sobre os contratos de promessa de compra e venda, conferindo eficácia ex nunc à cautelar, sem repristinar as normas soteropolitanas que tenham previsto iguais inconstitucionalidades, até o deslinde final desta ação”.

Embargos de declaração opostos no ID n.º **17609628**, em que suscitou obscuridade, para evitar contradições, quanto à interpretação conforme do art.122, I, da Lei Municipal n.º.7.186/2006 se restrinja às promessas de compra e venda não quitadas e sem registro, “deixando claro, no dispositivo, que todo registro de direito real deve ser procedido do recolhimento do ITIV”. Questiona, ainda, qual seria a diferença do ICMS e IPI – que permitem a antecipação tributária – para o ITIV, “já que a jurisprudência é pacífica pela admissibilidade do regime de antecipação em tributos que não são sobre consumo”. Por fim, requereu que se “indique qual o fundamento efetivo da decisão, se a ausência de fato gerador na promessa de compra e venda ou se a inaplicabilidade do regime de antecipação tributária ao ITIV”.

A Procuradoria Geral de Justiça ofereceu contrarrazões aos aclaratórios, no ID n.º **17609641**, afirmando inexistir vício que legitimasse a oposição do recurso horizontal, a denotar o seu cunho protelatório e má-fé processual. Destacou, ademais, que “a promessa de compra e venda é um contrato preliminar que só gera eficácia obrigacional e não possui qualquer eficácia real, que enseja a cobrança do imposto de transmissão”. Pugnou pela sua rejeição.

O Sindicato dos Servidores da Prefeitura de Salvador – SINDSEPS requereu a sua admissão, no feito, na qualidade de *amicus curiae*, diante do manifesto interesse da categoria que representa, quanto à inconstitucionalidade da isenção do ITIV a agentes municipais. Enfatizou o caráter estritamente

social da benesse, que “*veio para compensar a ausência de poupança de FGTS aos servidores públicos municipais, fonte de recursos amplamente usada pelos trabalhadores da iniciativa privada para a aquisição de imóveis residenciais*”. Juntou documentos.

Deferida, no ID n.º **17609649**, a admissão do SINDSEPS, na condição de amigo da corte, diante da sua notória representatividade em prol de funcionários públicos soteropolitanos, que foram agraciados com a isenção do ITIV pelo art.126 da L.O.M. Não houve oposição do Município de Salvador (ID n.º **17609662**).

Despacho de ID n.º **17609668** proferido no sentido de que: “*considerando que o Estado da Bahia protestou, à fl.498, pela posterior manifestação sobre o mérito da declaração de inconstitucionalidade, entendo que todos os órgãos e autoridades que editaram o ato normativo impugnado já prestaram informações suficientes ao julgamento definitivo desta ação objetiva. Destarte, após a diligência acima ordenada, intime-se, pessoalmente, o Procurador Geral do Estado, para que, em 15 dias, manifeste-se nos termos do art.8º e art. 12 da Lei n.º 9.868/1999*”.

Os autos foram enviados para a migração do SAJ para o PJE, vide Termo de ID n.º **18727974**, em 03.09.21, tendo o Parquet indicado falhas na digitalização, no ID n.º **18790904**, diante da falta de algumas peças importantes.

A Câmara Municipal requereu devolução de prazo, no ID n.º **19458550**.

Despacho de ID n.º **22235512** chamou o feito à ordem, para, determinar a intimação de todas as partes, para terem ciência da petição de ID n.º **19458550**, cuja ausência havia sido noticiada pela Douta Procuradoria de Justiça, com a virtualização dos autos. Além de devolver o prazo do **ID n.º18727974**, ao SINDSEPS e, nos termos da promoção ministerial de ID n.18790904, ordenar a **intimação pessoal do Procurador-Geral do Estado**, para que, em 15 dias, apresente manifestação, nos termos do art.8º e art. 12 da Lei n.º 9.868/1999.

A Procuradoria Geral de Justiça, no ID n.º **22607099**, pediu “*para que o feito seja chamado à ordem, nos seguintes termos: a) eminente Relatora aprecie, dentro de seus poderes instrutórios, o pedido da formulado pela Câmara Municipal de Salvador, através da peça de id. 19458550; b) que seja aguardada a manifestação do SINDSEPS, conforme já determinado no despacho de id. 22237904; c) que sejam colhidos esclarecimentos junto à PGE/BA, para que aquele órgão indique se pretende se manifestar sobre o mérito da ação direta de inconstitucionalidade, mesmo diante da pendência do julgamento de embargos declaratórios apostos em face do acórdão que analisou pedido de tutela cautelar (id. 17609626)*”.

Certificado, no ID n.º **24142485**, que o Ente Estatal não se pronunciara no autos.

O Estado da Bahia, no ID n.º **24272239**, postulou, mais uma vez, que a manifestação acerca do mérito da causa seja oferecida após o julgamento dos embargos declaratórios.

Novamente, por despacho de ID n.º **27479171**, o feito foi chamado à ordem, para, “*a fim de se evitar arguição de nulidades processuais e acolhendo o opinativo da Procuradoria de Justiça de ID n.º22607099*”, devolver o prazo à Câmara Municipal de Salvador, certificar-se o decurso do lapso temporal conferido ao SINDSEPS, bem como, daquele concedido às partes, sobre a digitalização tardia da petição de ID n.º **19458550**.

Certificado o decurso dos prazos do SINDSEPS, ID n.º **28768143** e da Câmara Municipal de Salvador, ID n.º **29375384**.

Incluído para julgamento virtual, o feito foi retirado de pauta, com declínio da competência para o Órgão Especial, vide decisão de ID n.º **57058181**.

Após nova inclusão e retirada de pauta, o Des. Eserval Rocha Brito reconheceu a prevenção da minha Relatoria, por força da Emenda Regimental do art.432-A do RITJBA, vide declínio de competência de ID n.º **62229908**.

Este é o relatório que encaminho à Secretaria do Órgão Especial desta Corte, para oportuna inclusão em pauta de julgamento, nos termos dos artigos 931, *caput* e 934, *caput*, ambos do CPC/15.

VOTO

Inicialmente, há de se destacar que, com o julgamento do acórdão de ID n.º **17609626**, o Tribunal Pleno desta Corte decidiu por **rejeitar, à unanimidade de votos, a preliminar de usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal** (que havia sido suscitada pela Câmara Municipal e Município de Salvador), “e, por maioria, **DEFERIR, EM PARTE, A MEDIDA CAUTELAR** requerida no bojo da ação direta de inconstitucionalidade, para, com base no art.10º da Lei n.º 9.868/99 e reconhecendo a configuração do *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, suspender os efeitos do art. 118, I, art.119, parágrafo único, art. 122, 81º, I e art.125 da Lei Municipal n.º 7.186/2006 e, por arrastamento, do art. 3º, I (apenas quanto ao trecho “inclusive para entrega futura”) e VII, art.8º, I, parágrafo único c/c I, II e III, art.9º, II c/c parágrafo único, art.14, 81º, 83º, I, II, art.15, caput c/c parágrafo único e art.21, 881º a 4º do Decreto Soteropolitano de n.º 24.058/2013, diante das disposições do art.149 da Carta Baiana, dando, por ora, ao art.122, I do CTRMS, interpretação conforme à constituição, para excluir, de sua incidência, a adoção da expressão “antecipadamente” como autorizativo de cobrança precipitada do ITIV, sobre os contratos de promessa de compra e venda, conferindo eficácia *ex nunc* à cautelar, sem repristinar as normas soteropolitanas que tenham previsto iguais inconstitucionalidades, até o deslinde final desta ação”.

Após a oposição de embargos declaratórios e saneamento de diversas irregularidades na digitalização dos autos e de ausência da intimação das partes, entendi que, dada a longa tramitação do feito e tratando-se de matéria exclusivamente de direito, a ação objetiva já estava madura para o seu julgamento definitivo.

Por tal razão, proferi o despacho de ID n.º **17609668**, no sentido de que: “considerando que o Estado da Bahia protestou, à fl.498 (ID n.º 17609666), pela posterior manifestação sobre o mérito da declaração de inconstitucionalidade, entendo que todos os órgãos e autoridades que editaram o ato normativo impugnado já prestaram informações suficientes ao julgamento definitivo desta ação objetiva. Destarte, após a diligência acima ordenada, intime-se, pessoalmente, o Procurador Geral do Estado, para que, em 15 dias, manifeste-se nos termos do art.8º e art. 12 da Lei n.º 9.868/1999”.

Nada obstante o exposto comando, o Ente Estatal reiterou, no ID n.º **24272239**, para que sua manifestação fosse apresentada após a apreciação dos embargos declaratórios.

Dito isso, reputo desnecessária a submissão dos aclaratórios opostos contra a medida cautelar, para julgamento Plenário, já que a ação direta de inconstitucional se mostra plenamente apta para o seu desfecho final, porquanto exauridas todas as discussões jurídicas sobre a controvérsia instaurada, além de oportunizada, por diversas vezes, aos Órgãos e Autoridades competentes, o pronunciamento derradeiro sobre o mérito desta demanda.

Bem por isso, reiterando os termos do acórdão de ID n.º **17609626**, notadamente quanto à competência funcional do Pleno desta Corte, prossigo no enfrentamento definitivo desta ADIN.

Para tanto, torna-se indispensável, à melhor compreensão desta Ação Direta de Inconstitucionalidade sobre o ITIV do Município de Salvador, a transcrição dos dispositivos normativos impugnados, bem assim, o parâmetro de controle, a fim de permitir uma melhor compreensão do cerne desta ação objetiva, *in verbis*:

→ **Lei Municipal n.º 7.186/2006 (Código Tributário e de Rendas do Município de Salvador)**, já de acordo com alterações legislativas procedidas.

“Art. 118. Apurada a base de cálculo, o imposto será calculado mediante aplicação das seguintes alíquotas:

I - 1,0% (um por cento) para as transmissões de imóveis populares, conforme disposto em regulamento;

II - 3,0% (três por cento) nas demais transmissões.

Art. 119. São contribuintes do imposto:

(...)

Parágrafo único. Nas hipóteses do § 1º do art. 122, é responsável pelo pagamento do imposto, na qualidade de substituto tributário, a incorporadora imobiliária, em relação às unidades imobiliárias para entrega futura que negociar.

Art. 122. O imposto será pago:

I - antecipadamente, até a data da lavratura do instrumento hábil que servir de base à transmissão;

(...)

§ 1º É atribuída ao sujeito passivo a obrigação de pagamento do imposto, por antecipação, quando ocorrer a:

I – assinatura do contrato de promessa de compra e venda de unidade imobiliária para entrega futura;

Art. 125. Fica isento do pagamento do ITIV, o agente público municipal da Administração Direta, Autárquica, ou Fundacional dos Poderes Executivo e Legislativo, desde que venha adquirir imóvel para sua residência, após 3 (três) anos do efetivo exercício e que não tenha gozado deste benefício nos últimos 10 (dez) anos.

→ Decreto Municipal n.º24.058/2013:

...

“Art. 3º Estão compreendidos na incidência do imposto: I - a compra e venda, inclusive para entrega futura;

(...)

VII - a cessão de direitos decorrentes de compromissos de compra e venda;

...

Art. 8º O imposto será calculado aplicando-se sobre a base de cálculo as seguintes alíquotas:

I - 1,0 % (um por cento) para as transmissões de imóveis populares;

II – 3,0 % (três por cento) nas demais transmissões.

Parágrafo único. Para efeito do enquadramento como imóvel popular de que trata o inciso I do caput, a unidade habitacional deverá satisfazer, simultaneamente, aos seguintes requisitos:

I – ser destinada à residência;

II – ter área construída privativa limitada a 39,56 m² (trinta e nove, cinquenta e seis

metros quadrados);

III – ter valor venal atualizado de até R\$ 44.996,73 (quarenta e quatro mil, novecentos e noventa e seis reais e setenta e três centavos).

Art. 9º É contribuinte do imposto:(...)

...

II - nas cessões de direitos decorrentes de compromisso de compra e venda, o cedente;

(...)

Parágrafo único. Nas hipóteses do § 3º do art. 14, é responsável pelo pagamento do imposto, na qualidade de substituto tributário, a incorporadora imobiliária, em relação às unidades imobiliárias para entrega futura que negociar.

Art. 14. O imposto será pago, mediante documento próprio de arrecadação:

I - até a data da lavratura do instrumento hábil que servir de base à transmissão;

II - até 30 (trinta) dias, contados da data da decisão transitada em julgado, se o título da transmissão for decorrente de sentença judicial.

§ 1º O prazo previsto no inciso II do caput vencerá antes do registro do instrumento translativo no Cartório de Registro de Imóveis competente, ainda que isto ocorra antes de expirados os respectivos prazos.

(...)

§ 3º É atribuída ao sujeito passivo a obrigação do pagamento do imposto, quando ocorrer a:

I – assinatura do contrato de promessa de compra e venda de unidade imobiliária para entrega futura;

II – confissão de dívida pelo contribuinte, com solicitação da expedição de documento próprio de arrecadação para pagamento integral, antes da ocorrência do fato gerador.

Art. 15. Quando se tratar de aquisição de unidade imobiliária, decorrente de incorporação imobiliária, por meio de contrato de promessa de compra e venda para entrega futura, a incorporadora imobiliária, na qualidade de substituto tributário, fica obrigada ao pagamento do ITIV, devendo o seu recolhimento ocorrer à vista, no prazo de até 30 (trinta) dias da data da assinatura do contrato.

Parágrafo único. Para efeito deste artigo, considera-se a venda de unidade imobiliária para entrega futura quando a aquisição ocorrer antes da concessão do Alvará de Habite-se.

(...)

Art. 21. Fica isento do pagamento do imposto, o agente público municipal da Administração Direta, Autárquica ou Fundacional dos Poderes Executivo e Legislativo, que venha adquirir bem imóvel para ser utilizado para sua residência, desde que não seja proprietário de outra unidade imobiliária, enquadrada em qualquer categoria de uso, no Município do Salvador, após 3 (três) anos do efetivo exercício e que não tenha gozado deste benefício nos últimos 10 (dez) anos.

§ 1º A prova da condição de agente público municipal será feita por meio de certidão

atualizada expedida pelo Setor de Recursos Humanos de cada órgão municipal.

§ 2º A comprovação de que não é proprietário de outra unidade imobiliária no Município do Salvador deverá ser mediante certidão dos Cartórios de Registro de Imóveis da Comarca do Salvador, inclusive em nome do cônjuge ou convivente, se for o caso.

§ 3º Na hipótese do servidor ter alterado o seu nome em virtude de casamento deverá também apresentar as Certidões dos Cartórios de Registro de Imóveis da Comarca do Salvador com o nome anterior à alteração. § 4º Na hipótese de servidores casados/ em união estável entre si, o benefício da isenção previsto no caput, será concedido exclusivamente a um dos cônjuges/companheiros”.

→ **Parâmetro de controle – art.149 da Constituição do Estado da Bahia.**

...

“Art.149 - O sistema tributário estadual obedecerá ao disposto na Constituição Federal, em leis complementares federais, em resoluções do Senado Federal, nesta Constituição e em leis ordinárias”.

A) DA PRIMEIRA INCONSTITUCIONALIDADE ARGUIDA. DA ANTECIPAÇÃO DO PAGAMENTO DO IMPOSTO SOBRE A TRANSMISSÃO INTER VIVOS DE BENS IMÓVEIS PARA O ATO DE CELEBRAÇÃO DA PROMESSA DE COMPRA E VENDA. ARTS. 119, PARÁGRAFO ÚNICO E ART.122, I, §1º DA LEI MUNICIPAL N.º 7.611/2008. ARTS. 3º, I E VII C/C, ART.9º, II E PARÁGRAFO ÚNICO, ART.14, §1º, §3º, I E II, ART.15, CAPUT E PARÁGRAFO ÚNICO DO DECRETO N.º 24.508/2013. ALTERAÇÕES NORMATIVAS PROCEDIDAS PELAS LEIS N.º 7.611/2008 E N.º 8.622/2014.

Em breve síntese, o Procurador Geral de Justiça inquinou de inconstitucionalidade as normas soteropolitanas que prevêm o recolhimento da exação de ITIV sobre bens imóveis, por ocasião da celebração do contrato preambular de promessa de compra e venda, haja vista que, sob sua óptica, representaria uma antecipação imprópria do fato gerador tributário, apenas implementado com o registro translativo da propriedade imobiliária. Até porque, sob sua óptica, *“a promessa de compra e venda é um contrato preliminar que só gera eficácia obrigacional e não possui qualquer eficácia real, que enseja a cobrança do imposto de transmissão”*.

O Poder Legislativo e Executivo desta Capital Baiana, ao prestarem as informações nesta ação de controle concentrado, defenderam inexistir qualquer malferimento à Constituição Estadual, porquanto haja permissivo, no art.150, §7º da Carta da República, da substituição progressiva tributária.

Com efeito, a Constituição Federal, ao dispor sobre a competência tributária dos Municípios, estatuiu, em seu art.156, §1º, que:

“Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre:

(...)

II - transmissão “inter vivos”, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição”;

Por seu turno, o Código Tributário e de Rendas do Município de Salvador preceitua que:

Art. 114. O Imposto sobre Transmissão Inter Vivos de Bens Imóveis e de direitos reais sobre eles tem como fato gerador:

I - a transmissão inter vivos, a qualquer título, por Ato oneroso:

- a) de bens imóveis, por natureza ou acessão física;
- b) de direitos reais sobre bens imóveis, exceto os de garantia e as servidões.

II - a cessão, por ato oneroso, de direitos relativos à aquisição de bens imóveis.

Da literalidade do texto constitucional e do CTMS, deflui-se que o fato gerador tributário do ITIV consiste na aquisição de bem ou direito real, o que, à luz do art.1.227 do Código Civil, somente se configura com a transcrição do título translativo no Cartório de Imóveis, *in verbis*:

Art. 1.227 do Código Civil: “Os direitos reais sobre imóveis constituídos, ou transmitidos por atos entre vivos, só se adquirem com o registro no Cartório de Registro de Imóveis dos referidos títulos (arts. 1.245 a 1.247), salvo os casos expressos neste Código”.

...

Art. 1.245. “Transfere-se entre vivos a propriedade mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis.

§ 1º Enquanto não se registrar o título translativo, o alienante continua a ser havido como dono do imóvel”.

Logo, consoante amplamente pacificado pela jurisprudência pátria, não há como se conferir eficácia necessária a contrato preambular, relativo à promessa de compra e venda, para alienação do domínio de bem imóvel, haja vista que a aquisição de direitos imobiliários apenas se opera por intermédio da sua transcrição no respectivo Ofício de Imóveis.

A obrigação tributária, destarte, só nasce com a averbação cartorária do título translativo, a teor do art.1.227 e 1.245 do Código Civil, a tornar inidônea a adoção da pactuação da promessa de compra e venda como fato gerador da exação de ITIV/ITBI. Neste sentido, citem-se os seguintes arestos do STF, que tratam da ilegitimidade de tal imposto sobre contratos preambulares, a saber:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO – PROMESSA DE CESSÃO DE DIREITO À AQUISIÇÃO DE PROPRIEDADE IMOBILIÁRIA – INCIDÊNCIA DO IMPOSTO DE TRANSMISSÃO “INTER VIVOS” DE BENS IMÓVEIS (ITBI) – IMPOSSIBILIDADE – DECISÃO QUE SE AJUSTA À JURISPRUDÊNCIA PREVALECENTE NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – CONSEQUENTE INVIABILIDADE DO RECURSO QUE A IMPUGNA – SUBSISTÊNCIA DOS FUNDAMENTOS QUE DÃO SUPORTE À DECISÃO RECORRIDA – SUCUMBÊNCIA RECURSAL – MAJORAÇÃO DA VERBA HONORÁRIA – PRECEDENTE (PLENO) – NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA DOS LIMITES ESTABELECIDOS NO ART. 85, §§ 2º E 3º, DO CPC – AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

(STF, ARE 1037372 AgR, Relator(a): CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 24-05-2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-136, PUBLIC 24-06-2019)

DIREITO TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ITBI. FATO GERADOR: REGISTRO DA TRANSFERÊNCIA EFETIVA DA PROPRIEDADE. ACÓRDÃO RECORRIDO

ALINHADO COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PRECEDENTES.

1. Nos termos da jurisprudência da Corte, o fato gerador do ITBI somente ocorre com a transferência efetiva da propriedade no cartório de registro de imóveis. Precedentes
2. *Nos termos do art. 85, § 11, do CPC/2015, fica majorado em 25% o valor da verba honorária fixada anteriormente, observados os limites legais do art. 85, §§ 2º e 3º, do CPC/2015.*
3. *Agravo interno a que se nega provimento, com aplicação da multa prevista no art. 1.021, §4º, do CPC/2015. (STF, ARE 934091 AgR, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, 1ª Turma, julgado em 18/11/2016)*

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. PRELIMINAR DE REPERCUSSÃO GERAL. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. ÔNUS DO RECORRENTE. **ITBI.**

CONTRATOS DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA. COBRANÇA INDEVIDA. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

(STF, ARE 887562 AgR, Relator Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 24/11/2015)

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DIREITO TRIBUTÁRIO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. DEVIDO PROCESSO LEGAL. ITBI. FATO GERADOR. PROMESSA DE COMPRA E VENDA. (...) 2. *A transferência do domínio sobre o bem torna-se eficaz a partir do registro público, momento em que incide o Imposto Sobre Transferência de Bens Imóveis (ITBI), de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Logo, a promessa de compra e venda não representa fato gerador idôneo para propiciar o surgimento de obrigação tributária.* 3. *Agravo regimental a que se nega provimento.*

(STF, ARE 807255 AgR, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Primeira Turma, julgado em 06/10/2015)

Entretanto, o Município de Salvador e Câmara Soteropolitana aduziram que, a despeito de elegerem a promessa de compra e venda como fato gerador do ITIV, mantiveram o nascimento da obrigação tributária com a data de registro do imóvel alienado, precipitando, todavia, o seu pagamento, para fins de otimização dos seus mecanismos arrecadatários, com lastro no art. 150, § 7º da Carta da República, que assim preconiza:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

§ 7º A lei poderá atribuir a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de imposto ou contribuição, cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente, assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido.

Com efeito, o art.150, §7º da Constituição Federal, ao instituir o instituto da substituição tributária progressiva, objetivou, sobretudo, implementar um método facilitador de arrecadação para a Fazenda Pública, notadamente quando houver efetiva dificuldade na individualização do momento exato do implemento fato gerador, tal como ocorre com impostos polifásicos (v.g. ICMS e IPI), autorizando-a a presumir a sua ocorrência futura, diante da cadeia produtiva, em que se insere estes diferenciados tipos de tributação.

A esta excepcionalidade, no entanto, não se coaduna o imposto sobre a transmissão *inter vivos* de bens imóveis – ITIV/ITBI, cujo fato imponible se configura em ato único, com sujeito tributário e base de cálculo de fácil identificação, porquanto a aquisição da propriedade imobiliária se opere, tão logo, haja a transcrição do respectivo título alienativo no Ofício de Registro de Imóveis.

Discorrendo sobre a impossibilidade de utilização indistinta e sem critérios do sistema de substituição tributária “para frente”, transcrevem-se as lições extraídas do livro “*Direito Tributário à Luz da Doutrina e da Jurisprudência*”, de Leandro Paulsen, 13ª edição, p. 268/269.

“Usando a Constituição o termo responsável, claro está que se refere à pessoa chamada a pagar o tributo sem ter realizado o respectivo fato gerador (embora esteja com ele de algum modo vinculada, na forma do artigo 128 do CTN). Noutras palavras: o artigo 150, § 7º, da Constituição, não contém autorização para que os entes tributantes exijam antecipadamente de uma pessoa o tributo a nascer de fato gerador que se espera que ela mesma realize no futuro (antecipação do IPTU dos próximos cinco anos, cobrança em vida do imposto sobre heranças ou adiantamento do ICMS por venda a ser feita no futuro). E a discriminação não é desarrazoada: é sabido que a substituição tributária para frente veio atender um anseio de simplificação da fiscalização tributária, que fica concentrada em uns poucos contribuintes (os produtores ou atacadistas de certas mercadorias), ao invés de ter de dispersar-se por um sem-número de varejistas, de pequenos e grandes, bem ou mal organizados, situados nos grandes centros ou em longínquos rincões. Ora, nenhuma utilidade teria para esse desiderato a antecipação do fato imponible próprio, já que a fiscalização de um mesmo contribuinte, agora ou mais tarde, acarreta sempre o mesmo ônus para o fisco”.

Sobreleve-se, por oportuno, que o sistema tributário brasileiro é regido pelo princípio da estrita legalidade, preceituado no art.150, I da Carta Magna, em que se constitui, como pressuposto essencial ao nascimento e incremento da obrigação tributária, a existência de lei formal que a institua (*nullum tributum sine lege*), explicitando todos os elementos inerentes à relação exacional, a fim de se evitar que, em detrimento da segurança jurídica, o Ente Fiscal viesse a surpreender os contribuintes, com a livre fixação de tributos.

A obrigação tributária surge, tão somente, no mundo jurídico com o advento do fato gerador, que, consumado, impõe a prática do dever instituído por lei ao sujeito passivo, dando ensejo ao respectivo lançamento fazendário, que se reportará à data da efetiva ocorrência do evento fático tributante, à luz do art.144 do CTN.

Citem-se, para tanto, as lições de Antônio Carrazza, em seu “Curso de Direito Constitucional Tributário”, 27ª ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2011, pág. 458/459, in verbis:

“o princípio da tipicidade impõe que o tributo só seja exigido quando se realiza, no mundo fenomênico, o pressuposto de fato a cuja ocorrência a lei vincula o nascimento da obrigação tributária. Dito de outra maneira, o tributo só pode ser validamente exigido quando nasceu a vontade da lei. Se não realiza o fato imponible tributário (fato gerador in concreto), isto é, se não se cumprem integralmente os elementos do

suposto de fato legal (sempre minucioso, de modo a permitir que o contribuinte calcule antecipadamente a carga tributária que terá o dever de suportar) o lançamento e a arrecadação do tributo serão inválidos”.

Deflui-se, portanto, que a segurança jurídica é princípio norteador das relações tributárias, de modo que ficções e presunções da ocorrência de fatos impositivos – como nas antecipações impróprias - devem ter suas incidências limitadas a restritíssimas hipóteses de árdua apuração do evento fenomênico pluripartido, agravada, inclusive, pela dificuldade na identificação do contribuinte final, a quem incumbiria, em tese, recolher a exação.

De dizer, a Carta Magna apenas autoriza a exigência adiantada de tributo que perfeitamente se amolde à excepcionalidade disposta no seu art.150, §7º, repise-se: que a natureza do imposto atraia a adoção de forma peculiar e excepcional de arrecadação fiscal que a simplifique, imputando, para tanto, a responsabilidade a substituto tributário, ante a necessidade de presumir o fato gerador exacional que deva ocorrer posteriormente, pela dispersão dos atos inerentes a uma cadeia produtiva multifacetada.

Não é esse, contudo, a hipótese do ITIV, praticado em ato único e de fácil identificação dos integrantes da relação jurídica tributária. Isto porque, a despeito das argumentações dos Entes Municipais, a substituição progressiva visa responsabilizar sujeito passivo situado em etapa antecedente da cadeia econômica ao implemento do fato gerador – pressupondo- se, pois, fragmentação dos estágios inerentes à atividade sujeita à exação fiscal – pelo pagamento antecipado do imposto que será devido em momento futuro, a partir de base de cálculo estimada.

Torna-se, pois, ilegítima a exigência precipitada do imposto sobre a transmissão *inter vivos*, em momento precedente ao registro do título translativo da propriedade do bem, notadamente porque a ficção jurídica da substituição tributária progressiva apenas se justificaria para exações de impostos polifásicos, cuja sequência de atos ínsitos àquela cadeia produtiva obstaculize o exercício da atividade vinculada do Ente Fiscal.

O Supremo Tribunal Federal, inclusive, firmou jurisprudência no sentido de ser indevida a cobrança do ITIV / ITBI antes da ocorrência do fato impositivo tributário, segundo a seguir se infere:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. TRIBUTÁRIO. **ITBI. ALEGADA ANTECIPAÇÃO DO FATO GERADOR. CELEBRAÇÃO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA. IMPOSSIBILIDADE.** ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DESTE TRIBUNAL. PRECEDENTES. REITERADA REJEIÇÃO DOS ARGUMENTOS EXPENDIDOS PELA PARTE NAS SEDES RECURSAIS ANTERIORES. MANIFESTO INTUITO PROTRELATÓRIO. MULTA DO ARTIGO 557, § 2º, DO CPC/1973. APLICABILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

(STF, ARE 821162 AgR, Relator(a): LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 07-06-2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-128, PUBLIC 21-06-2016)

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. **IMPOSTO SOBRE TRANSMISSÃO DE BENS IMÓVEIS. FATO GERADOR. PROMESSA DE COMPRA E VENDA. IMPOSSIBILIDADE.** 1. A cobrança de ITBI é devida no momento do registro da compra e venda na matrícula do imóvel. 2. **A jurisprudência do STF considera ilegítima a exigência do ITBI em momento anterior ao registro do título de transferência da propriedade do bem, de modo que exação baseada em promessa de compra e venda revela-se indevida.** 3. Agravo regimental provido.

(STF, ARE 759964 AgR, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Primeira Turma, julgado em 15/09/2015, PUBLIC 29-09-2015)

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. **IMPOSTO SOBRE TRANSMISSÃO DE BENS IMÓVEIS. FATO GERADOR. PROMESSA DE COMPRA E VENDA. IMPOSSIBILIDADE.** *A obrigação tributária surge a partir da verificação de ocorrência da situação fática prevista na legislação tributária, a qual, no caso dos autos, deriva da transmissão da propriedade imóvel. Nos termos da legislação civil, a transferência do domínio sobre o bem torna-se eficaz a partir do registro. Assim, pretender a cobrança do ITBI sobre a celebração de contrato de promessa de compra e venda implica considerar constituído o crédito antes da ocorrência do fato imponible. Agravo regimental a que se nega provimento.*

(STF, ARE 805859 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 10/02/2015, PUBLIC 09-03-2015)

Deveras concluir, portanto, que o art. 122, I, §1º, I do Código Tributário e de Rendas do Município de Salvador (Lei nº 7.186/2006), art. 3º, I (apenas na parte *“inclusive para entrega futura”*) c/c VII, art.14, §1º, §3º, I e II, art.15 do Decreto Soteropolitano n.º24.058 de 2013, malferem o art.149 da Constituição Baiana, porquanto, em suma, prevejam o recolhimento da exação, antes da transcrição do título translativo no Cartório de Imóveis, em detrimento dos basilares do sistema tributário estadual.

De igual sorte, revela-se inadmissível a adoção de tal sistemática diferenciada e, com isso, da utilização da substituição tributária para frente, para exigir o ITIV das Incorporadoras Imobiliárias, quanto às unidades para entrega futura que negociar (art.9º, II do Decreto n.º 24.058/2013), inobstante não se trate de imposto polifásico, cuja alienação do bem tributável esteja inserido numa rede negocial de eventos sequenciados.

Isso porque, não se tratando de espécie de tributo plurifásico, o ITIV não poderia ser exigido de substitutos tributários (a exemplo das Incorporadoras Imobiliárias), pois não participarão do ato que culminará no nascimento da obrigação tributária do imposto de transmissão, cuja situação fenomênica contará unicamente com o adquirente do domínio, no ato de averbação do título translativo no registro de imóveis.

Sobreleva-se, pois, a impertinência do intento normativo de se presumir o implemento vindouro de fato imponible que se perfectibiliza de forma una, não comportando, ainda, a inclusão de terceiros a ele estranho, havendo, nestes casos, apenas um sujeito passivo tributário (art.121 do CTN), relativo ao contribuinte que vier a adquirir o bem imóvel ou direito real, detendo com ele relação direta e pessoal.

Observe-se que o autorizativo constitucional limita a exigência antecipada da obrigação tributária ao seu sujeito passivo, aí entendido como parte juridicamente responsável pelo recolhimento do imposto, nos termos do art.121 do CTN, seja pela sua relação pessoal e direta com o fato gerador tributário, porquanto lhe seja incumbido tal ônus por expressa previsão legal.

A incorporadora imobiliária não participará, entretanto, do **único evento** que culmina no surgimento do dever exacional do ITIV. Bem por isso, é de se reconhecer a invalidade das leis locais que venham a imputar, prematuramente, a condição de sujeito passivo tributário do ITBI ao cedente do direito real transacionado em compromisso de compra e venda (art.3º, VII e 9º, II do Decreto n.º 24.058/2013), por ser imprópria a presunção da ocorrência futura do fato gerador da obrigação, que só poderá ser exigida do adquirente do domínio do imóvel tributado, ao tempo do registro imobiliário.

E, não sendo a hipótese de imposto de natureza polifásica, cuja sucessão de acontecimentos inerentes à produção de mercância justifique a antecipação do pagamento por substituto tributário, é inconstitucional a cobrança de imposto a terceiro totalmente estranho à relação jurídica fiscal, mormente porque o imóvel a ser tributado, por vezes, sequer se encontra construído, muito menos se avizinha a transcrição de seu registro em cartório imobiliário pelo futuro proprietário.

A desmedida antecipação do pagamento da obrigação exacional do ITIV, antes mesmo da edificação da propriedade imobiliária, implica afronta direta do legislador soteropolitano, aos princípios norteadores do sistema tributário sufragado pelo art.149 da Constituição Baiana.

Logo, subverter a exegese constitucional que legitimou a instituição da substituição tributária progressiva, para se presumir a ocorrência de situações fenomênicas cujos elementos poderão ser perfeitamente identificáveis no ato do real implemento do fato gerador do ITIV, enseja inequívoca ofensa ao princípio da tipicidade cerrada, notadamente por instituir a cobrança do imposto antes do efetivo nascimento da obrigação tributária, sem motivo previa e expressamente admitido pela Carta Magna.

Questões meramente pragmáticas, com intuito de evitar a sonegação fiscal e facilitar os mecanismos de arrecadação, não podem prevalecer sobre os preceitos constitucionais privilegiadores da segurança jurídica tributária. Configura-se, portanto, ilegítima a precipitação do momento do pagamento do ITIV, imposto de índole monofásica, para o ato de celebração do contrato de promessa de compra e venda.

Até porque, repise-se, não se avulta, em absoluto, a hipótese de dificuldade na individualização do momento de sua futura ocorrência, nem óbice à especificação do contribuinte - adquirente do direito real ou bem imóvel tributável - que legitime o intento dos Requeridos em adotar a antecipação imprópria do imposto de transmissão, sob o frágil argumento de coibir evasão fiscal.

Neste contexto, denota-se a frontal contrariedade do art.119, parágrafo único c/c art.122, §1º, I da Lei n.º7.186/2006 (CTRMS) e art.3º, VII e art.9º, parágrafo único c/c art.14, §3º, I, art.15, *caput* c/c parágrafo único do Decreto Municipal n.º24.058/2013 com o sistema tributário estadual, previsto na norma de controle (art.149 da Constituição Baiana).

Noutra senda, sobreleve-se que o posicionamento do Min. Lewandowsky, nos autos da Suspensão de Segurança n.º5.008 (precedente invocado pela Municipalidade), não representa a orientação do STF acerca da permissibilidade de adoção do art.150, §7º da CF/88 para fins de recolhimento do ITIV, notadamente por não ter sido submetida ao Plenário daquela Corte Suprema.

Em verdade, a predita decisão do Presidente do Supremo cotejou, sobretudo, os efeitos políticos da ordem judicial impugnada em casos de lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública, não se atendo, portanto, ao seu mérito jurídico, como ocorre no julgamento desta ADIN.

Inclusive, os arestos citados pelo Ministro Presidente do Supremo Tribunal Federal na decisão monocrática proferida no ARE 793.919/RJ não tratam, especificamente, do imposto de transmissão inter vivos de bens imóveis, por todos versarem sobre a sistemática da substituição “*para frente*” em tributação de ICMS, que, sabidamente, enquadra-se no conceito de imposto plurifásico.

Inclusive, ao ser novamente submetida a questão, ao seu Plenário, pelo **Tema n.º1.124 do STF**, houve o reconhecimento da repercussão geral, com a reafirmação da jurisprudência da Corte Constitucional, para fixar a seguinte tese: **“O fato gerador do imposto sobre transmissão inter vivos de bens imóveis (ITBI) somente ocorre com a efetiva transferência da propriedade imobiliária, que se dá mediante o registro”**, conforme acórdão unânime de Relatoria do Ministro Luiz Fux, no julgamento do ARE n. 1.294.969/SP em 12.02.2021.

Evidencia-se, pois, a patente inconstitucionalidade das normas municipais que, transmutando o real intento do Constituinte, previram a antecipação do adimplemento da obrigação exacional do ITIV, sem que a natureza jurídica deste imposto justificasse a precipitação da ocorrência do fato gerador fazendário, notadamente porque alguns desses bens imóveis, por vezes, sequer se encontram totalmente construídos, nem se justifique tal sistema para títulos aquisitivos oriundos

de decisão judicial transitado em julgado, uma vez que o art.14, II já estabelece o prazo de 30 dias para seu pagamento.

Destaque-se, por oportuno, que o art.122, I do CTRMS previu, de forma indistinta, que o imposto será pago ***“antecipadamente, até a data da lavratura do instrumento hábil que servir de base à transmissão”***.

A mera antecipação do adimplemento da obrigação exacional, em situações de efetivo implemento do fato gerador do ITIV, por questões do trâmite do registro de imóveis, não tem o condão de transmutar a natureza ínsita a tal relação jurídica tributária (imposto real monofásico). Deste modo, a compreensão jurídica a ser conferida ao termo ***“antecipadamente”*** não pode ser desnaturada, ao ponto de permitir a precipitação ilegítima do momento de ocorrência do fato gerador (esse era o real intento do legislador Soteropolitano), presumindo-se o seu implemento futuro, sem que haja qualquer situação fenomênica que justificasse tal adiantamento arrecadatório.

Com efeito, ante o trâmite inerente ao registro do direito real (que impele o recolhimento do ITIV, em casos de tributação, antes do dia da efetiva transcrição) e a fim de se evitar eventual dubiedade acerca da aplicação da norma, faz-se prudente ratificar os termos da medida cautelar de ID n.º17609626, para conferir, ao art.122, I do CTRMS, interpretação conforme à Constituição, para excluir, de sua hipótese de incidência, os pactos de promessa de compra e venda, pois o termo ***“antecipadamente”*** não consiste autorizativo de cobrança precipitada do imposto.

Isso porque, a manutenção do texto original sem quaisquer ressalvas, poderá servir de subterfúgio futuro para a cobrança do imposto pela Fazenda, para fatos geradores distintos daqueles iminentemente prestes a acontecer, bem como, ao seu revés, ser interpretado de forma a legitimar que o contribuinte, em hipótese de perfeita incidência tributária do ITIV, oponha-se ao seu recolhimento, no início do trâmite de registro imobiliário.

De dizer, ao tempo em que se confere interpretação conforme ao art.122, I, do CTRMS, para obstar a cobrança antecipada do ITIV em promessas de compra e venda, mantém-se a expressão ***“antecipadamente”*** na norma, **exclusivamente**, para não excluir a exigência prévia do imposto de transmissão sobre fato gerador legítimo, que está na iminência de acontecer, que é recolhido na etapa imediatamente anterior à efetivação da transcrição no registro imobiliário, sob pena de dar-se margem à sonegação de impostos.

Neste sentido, a melhor interpretação a ser dada é que ***“A cobrança de ITBI é devida no momento do registro da compra e venda na matrícula do imóvel”***, vide STF, ARE 759964 AgR, Relator(a): EDSON FACHIN, Primeira Turma, julgado em 15/09/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-194, PUBLIC 29-09-2015.

Por fim, esclareça-se que o método então adotado pelo Município de Salvador subvertia os preceitos norteadores da norma de parâmetro, para, deturpando-a, antecipar fato gerador de imposto, de forma anômala, para contratos de promessa de compra e venda, cuja natureza nunca justificou o emprego dessa sistemática.

Ex positis, declaro, **ex tunc**, a inconstitucionalidade material do art.119, parágrafo único, art. 122, I, §1º, I da Lei Municipal n.º7.186/2006 e, por arrastamento, do art. 3º, I (apenas na parte ***“inclusive para entrega futura”***) e VII, art.9º, II c/c parágrafo único, art.14, §1º, §3º, I, II, art.15, *caput* c/c parágrafo único do Decreto Soteropolitano n.º24.058 de 2013, diante das disposições do art.149 da Constituição Baiana, retroagindo tais efeitos para o momento em que teve vigência a norma que assim estabeleceria.

Por fim, ratificando a medida cautelar de ID n.º17609626, confiro, ao art.122, I do CTRMS, interpretação conforme à constituição, para excluir, de sua incidência, a adoção da expressão ***“antecipadamente”*** como autorizativo de cobrança precipitada do ITIV, sobre os contratos de promessa de compra e venda.

B – DA SEGUNDA TESE DE INCONSTITUCIONALIDADE. DA PROGRESSIVIDADE DA ALÍQUOTA DO IMPOSTO SOBRE A TRANSMISSÃO DE DIREITOS REAIS (03% E 01%). ART. 118 DA LEI Nº 7.186/2006 E ART. 8º DO DECRETO Nº 24.508/2013. ISENÇÃO PARCIAL OU REDUÇÃO DE BASE DE CÁLCULO PARA IMÓVEIS POPULARES.

Para fins de perluastração da tese de inconstitucionalidade das normas municipais soteropolitanas, que criam sistema de progressividade de alíquotas do imposto de transmissão de bens e direitos imobiliários *inter vivos* (ITIV / ITBI), mister serem transcritos os regramentos contidos nos artigos 156 e 182 da Carta da República Brasileira, a saber:

“Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre:

I - propriedade predial e territorial urbana;

II - transmissão “inter vivos”, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição;

III - serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II, definidos em lei complementar.

§ 1º Sem prejuízo da progressividade no tempo a que se refere o art. 182, § 4º, inciso II, o imposto previsto no inciso I poderá:

I – ser progressivo em razão do valor do imóvel; e

II – ter alíquotas diferentes de acordo com a localização e o uso do imóvel.

§ 2º O imposto previsto no inciso II:

I - não incide sobre a transmissão de bens ou direitos incorporados ao patrimônio de pessoa jurídica em realização de capital, nem sobre a transmissão de bens ou direitos decorrente de fusão, incorporação, cisão ou extinção de pessoa jurídica, salvo se, nesses casos, a atividade preponderante do adquirente for a compra e venda desses bens ou direitos, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil;

“Art. 182 - (...)

§ 4º - É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de: (...)

II - imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo”.

Da literalidade do predito dispositivo constitucional, cujo teor fora recepcionado pela norma de controle (art.149 da Constituição Baiana), infere-se que a progressividade de alíquotas de impostos reais somente é autorizada para fins de incidência de IPTU, seja com base no valor, uso e localização do imóvel (art.156, §1º, I e II), seja para fins sancionatórios, caso caracterizado o descumprimento da finalidade social da propriedade (art.182, §4º, II).

Têm-se, portanto, que a Constituição Federal, ao versar sobre a progressividade dos impostos municipais, delineara todos os parâmetros a serem, necessariamente, observados pelos Entes Fiscais, ao restringir tal incremento de alíquotas de IPTU a imóveis subutilizados, sobretaxando aqueles detentores de propriedade urbana, cujos bens não se prestassem a honrar a sua função social, com nítido mal aproveitamento do logradouro integrante do Plano Diretor da Cidade.

Ao se manifestarem, os Requeridos defenderam ser possível a concessão, sob o viés de isenção parcial, de benefício fiscal de redução da base de cálculo do ITIV para imóveis populares, como medida de política pública incentivadora do acesso à moradia, a exemplo. Para melhor elucidação do tema, transcreve-se o teor da norma impugnada, a saber:

→ Lei Municipal n.º7.186/2006 (Código Tributário e de Rendas do Município de Salvador), já de acordo com alterações legislativas procedidas.

“Art. 118: Apurada a base de cálculo, o imposto será calculado mediante aplicação das seguintes alíquotas:

I - 1,0% (um por cento) para as transmissões de imóveis populares, conforme disposto em regulamento;

II - 3,0% (três por cento) nas demais transmissões”.

→ Decreto Municipal n.º24.058/2013:

Art. 8º O imposto será calculado aplicando-se sobre a base de cálculo as seguintes alíquotas:

I - 1,0 % (um por cento) para as transmissões de imóveis populares;

II – 3,0 % (três por cento) nas demais transmissões.

Parágrafo único. Para efeito do enquadramento como imóvel popular de que trata o inciso I do caput, a unidade habitacional deverá satisfazer, simultaneamente, aos seguintes requisitos:

I – ser destinada à residência;

II – ter área construída privativa limitada a 39,56 m² (trinta e nove, cinquenta e seis metros quadrados);

III – ter valor venal atualizado de até R\$ 44.996,73 (quarenta e quatro mil, novecentos e noventa e seis reais e setenta e três centavos).

Tecidas essas considerações, denota-se a ausência de permissivo constitucional quanto a eventual progressividade de alíquota do ITIV, fato a obstar a incidência de aumento injustificado sobre o percentual previsto para a ocorrência do fato gerador tributário: a transcrição do título translativo de propriedade em cartório de registro de imóveis.

Inclusive, partindo de tais premissas, o Supremo Tribunal Federal sedimentou seu posicionamento acerca do tema, ao editar a **Súmula n.º 656**, que assim preconiza:

Súmula n.º656 - “É inconstitucional a lei que estabelece alíquotas progressivas para o imposto de transmissão inter vivos de bens imóveis - ITBI com base no valor venal do imóvel”.

Conforme ministrado por Eduardo Sabbag, em sua obra *“Direito Tributário”*, 9ª edição, São Paulo, Ed. Premier Máxima, 2008, fl. 383, o ***“STF entendeu que a progressividade do ITBI é inconstitucional, por se tratar de um imposto real, não podendo variar na razão presumível da capacidade contributiva do sujeito passivo”***.

Na hipótese vertente, o art.118 da Lei n.º7.186/2006 e o art.8º do Decreto Municipal n.º24.058/2013 estabeleceram, em síntese, as seguintes alíquotas para incidência do ITIV: **a)** 01%, para transmissões de imóveis residenciais populares (com valor venal de até R\$44.996,73 e área privativa de até 39,56 m²), e; **b)** 03%, para as demais alienações de bens e direitos reais.

Ao assim dispor, o Município de Salvador extrapolou os limites de sua competência tributária, ao ter criado critério de progressividade de imposto não contemplado no rol taxativo do art. 155, §1º, I e II c/c art. 182, § 4º da Carta Magna, revelando-se, pois, ilegítimas as diferenciadas alíquotas do Imposto sobre a Transmissão Inter vivos de bens imóveis com base no seu valor venal, à luz do **verboete sumular n.º656 do STF**, de observância obrigatória nos moldes do Novo CPC (Lei n.º13.105/2015).

Contudo, impende destacar que a progressividade implementada se dera, em verdade, de modo invertido, isto é: a alíquota geral para as transmissões imobiliárias fora fixada em 03%, enquanto os bens reais cujo valor não excedesse R\$44.996,73 seriam taxados de acordo com o percentual mínimo de 01%.

A Câmara de Vereadores e o Município de Salvador se referiram, a este regramento, como modalidade de isenção parcial ou redução da base de cálculo tributária, de acordo com o padrão construtivo ou valor do imóvel, o que, segundo alegam, permitiria instituir percentuais distintos.

Entretanto, por ser inadmissível a progressividade fiscal, não se pode admitir a adoção de mecanismos pelo Município, que visem, de forma transversa, a implementar escalonamento de alíquotas não autorizado para as exações de ITIV, a afastar a incidência da isenção parcial ou, ainda, da redução da base de cálculo que só atinjam certas alienações tributáveis.

O Supremo Tribunal Federal se posicionou contrário às chamadas *“isenções parciais tributárias”*, comumente adotadas na época em que não se admitia o incremento da base de cálculo fora do art. 182, §4º da Carta Magna, uma vez que consistiam forma de driblar o impedimento de progressividade de alíquotas do imposto. A jurisprudência da Corte Suprema se firmou pela inconstitucionalidade de normas locais que instituíram o sistema de isenção parcial tributária, a fim de justificar a desigualdade das alíquotas previstas para tal imposto real municipal, que, em muito, assemelha-se às peculiaridades do ITIV, *in verbis*

EMENTA: IPTU: PROGRESSIVIDADE. 1. O STF firmou o entendimento - a partir do julgamento do RE 153.771, Pleno, 20.11.96, Moreira Alves - de que a única hipótese na qual a Constituição admite a progressividade das alíquotas do IPTU é a do art. 182, § 4º, II, destinada a assegurar o cumprimento da função social da propriedade urbana. 2. Manifestou-se também o plenário da Corte pela inconstitucionalidade da cobrança do IPTU de forma progressiva, estabelecida mediante a concessão de isenções parciais, variáveis conforme o valor venal do imóvel.

(STF, AI 456513 ED, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 28/10/2003, DJ 14-11-2003)

IPTU. PROGRESSIVIDADE. INCONSTITUCIONALIDADE. *Esta Corte, ao finalizar o julgamento do RE 153.771, firmou o entendimento de que a progressividade do IPTU, que é imposto de natureza real em que não se pode levar em consideração a capacidade econômica do contribuinte, só é admissível, em face da Constituição, para o fim extrafiscal de assegurar o cumprimento da função social da propriedade*

(que vem definido no artigo 182, § 2º, da Carta Magna), obedecidos os requisitos previstos no § 4º desse artigo 182. Por outro lado, também o Plenário deste Tribunal, ao julgar o RE 194.036, entendeu inconstitucional a progressividade do IPTU como estabelecida na Lei 6.747, de 21.12.90, do município de Santo André (SP), ou seja, mediante a concessão de isenções parciais sobre a alíquota desse imposto sobre o valor venal do terreno e o da edificação, conforme os critérios que fixa. Recurso extraordinário conhecido e provido, declarando-se a inconstitucionalidade dos artigos 2º, 3º e 4º da Lei 6.747, de 21 de dezembro de 1990, do município de Santo André (SP).

(STF, RE 204666, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Primeira Turma, REPUBLICAÇÃO: DJ 19-04-2002 PP-00066)

Deste modo, considerando a observância obrigatória da Súmula n.º 656 do STF, extrai-se que a hipótese *sub oculis* se enquadra na definição de progressividade fiscal – e não de seletividade, que se funda na essencialidade do objeto da tributação – porquanto a alíquota do ITIV aumenta com a elevação da base de cálculo (*in casu*, do valor venal do imóvel), sem que haja mudança do bem tributado.

Com efeito, o valor venal é fator nuclear à diferenciação de alíquotas de ITIV, a contaminar toda norma que trate deste tema, por ser ele o elemento caracterizador da moradia de baixa renda. Isto porque, se o tamanho do bem e a destinação residencial fossem considerados isoladamente, poderiam ocorrer distorções indevidas, pois, se ignorado o seu preço, suítes e lofts luxuosos em área nobre, ainda que pequenos, seriam igualmente enquadrados como imóveis populares e, assim, contemplados por tal benesse, a rechaçar a tese de que a lei, como está atualmente, atende ao princípio da capacidade contributiva.

Destarte, reconheço a inconstitucionalidade da Lei n.º 7.186/2006, em seu art.118, I, e, por arrastamento, do art.8º, I, parágrafo único c/c I, II e III do Decreto Municipal n.º 24.058/2013, porquanto a sistemática da isenção parcial ou redução de base de cálculo, fulcradas no valor venal imobiliário, para situações diversas da hipótese de incidência geral de ITIV, revelam-se meios de drible ao óbice consolidado na Súmula 656 do STF.

Neste aspecto, indefiro o pedido do Procurador Geral de Justiça, que requereu a prevalência da alíquota mínima prevista (01%), haja vista que somente as normas que diferenciam as alíquotas, com base no valor venal do imóvel, malferem os preceitos constitucionais que norteiam a matéria. A norma de exceção não pode, portanto, suplantiar a regra geral.

Mantém-se, portanto, o recolhimento do imposto pela alíquota de 03% prevista na lei de regência (art.118, II do CTRMS e art.8º, II do Decreto n.º 24.058/2013), sob pena de entendimento contrário implicar drástica redução de receita vinculada do Município de Salvador.

Sobreleve-se a impossibilidade de se emprestar efeitos *ex tunc* ao presente *decisum*, em relação ao tema de progressividade, por não se revelar razoável a retroação da inconstitucionalidade retrocitada, em face da total boa-fé daqueles, até então, beneficiados com a menor alíquota de ITIV, que não poderiam ser surpreendidos com a exigência da complementação dos percentuais já recolhidos.

Deste modo, considerados o princípio da segurança jurídica e o excepcional interesse social, justifica-se que a eficácia desta ADIN, quanto ao percentual de 3%, seja protraída a partir da publicação do Acórdão parcialmente concessivo da medida liminar, que sustou os efeitos das normas relativas às alíquotas diferenciadas do ITIV.

C – DA TERCEIRA INCONSTITUCIONALIDADE SUSCITADA. DA ISENÇÃO DO

IMPOSTO SOBRE TRANSMISSÃO INTER VIVOS E VENDA DE BENS IMÓVEIS AOS AGENTES PÚBLICOS MUNICIPAIS DE SALVADOR. ART.125 DA LEI MUNICIPAL N.º 7.186/2006 E ART.21 DO DECRETO N.º24.058/2013.

Antes de adentrar propriamente na análise da suposta invalidade do benefício fiscal que exime os servidores municipais das exações de ITIV, quadra pontuar que, em sua defesa, o Poder Executivo de Salvador atribuíra força meramente regulamentar às normas impugnadas - art.125 da Lei n.º 7.186/2006 e art.21 do Decreto n.º24.058/2013 – tendo em vista que a criação da isenção se dera pelo art.126 da Lei Orgânica do Município, a saber:

“Art.126. A Lei assegurará ao servidor público municipal que comprovadamente não for proprietário de bem imóvel no município de Salvador, a isenção de pagamento do Imposto sobre a Transmissão e Venda de Bem imóvel que se destina à sua residência ou de sua família”.

Destarte, sob a óptica da Municipalidade, haveria impedimento de declaração da inconstitucionalidade das normas retrocitadas, sem que, antes disso, houvesse o enfrentamento do art.126 da L.O.M.S. nesta ação objetiva.

Tecidos esses esclarecimentos, infere-se que tais disposições da Lei Orgânica Soteropolitana não são autoaplicáveis, porquanto demandem a edição de lei específica que venha, efetivamente, a instituir a isenção de ITIV aos servidores públicos municipais, tendo traçando, tão somente, os vetores a nortear a futura atuação do legislador infraconstitucional.

Têm-se, no particular, a hipótese de norma de eficácia limitada, que, ao remeter à futura criação de situação jurídica que representará vantagem aos seus destinatários, apresenta espécie de aplicabilidade diferida, dependendo da iniciativa da Prefeitura ou da Câmara Municipal (detentores de competência concorrente para iniciar o processo legislativo de lei criadora do benefício tributário), para a complementação institutiva da isenção mencionada na Lei Maior de Salvador.

Deveras concluir, portanto, que as normas impugnadas nesta ADIN – art.125 da Lei Municipal n.º7.186/2006 e, por arrastamento, o art.21, caput e §§1º a 3º do Decreto n.º24.058/2013 – representam o arcabouço jurídico que veio a estatuir, de forma concreta, o direito consagrado em prol dos agentes públicos soteropolitanos, até então não exequível pela sua simples alusão no art.126 da Lei Orgânica do Município.

Destarte, ainda que a L.O.M.S. não tenha sido objetada neste controle concentrado de constitucionalidade, mostra-se pertinente a incursão deste Órgão Plenário Estadual, para analisar eventual crise de validade dos preditos dispositivos normativos, como o art.149 da Carta Constitucional Baiana.

Antes de se prosseguir à análise da matéria de fundo, impõe-se citar o teor das legislações que deram ensejo à presente ADIN, com a inclusão do §4º do art.21 do Decreto impugnado, *ex vi*:

“Lei n.º 7.186/2006:

Art. 125- Fica isento do pagamento do ITIV, o agente público municipal da Administração Direta, Autárquica, ou Fundacional dos Poderes Executivo e Legislativo, desde que venha adquirir imóvel para sua residência, após 3 (três) anos do efetivo exercício e que não tenha gozado deste benefício nos últimos 10 (dez) anos”.

“Decreto n.º 24.058/2013:

Art. 21 - Fica isento do pagamento do imposto, o agente público municipal da Administração Direta, Autárquica ou Fundacional dos Poderes Executivo e Legislativo, que venha adquirir bem imóvel para ser utilizado para sua residência, desde que não seja proprietário de outra unidade imobiliária, enquadrada em qualquer categoria de uso, no Município do Salvador, após 3 (três) anos do efetivo exercício e que não tenha gozado deste benefício nos últimos 10 (dez) anos.

§ 1º A prova da condição de agente público municipal será feita por meio de certidão atualizada expedida pelo Setor de Recursos Humanos de cada órgão municipal.

§ 2º A comprovação de que não é proprietário de outra unidade imobiliária no Município do Salvador deverá ser mediante certidão dos Cartórios de Registro de Imóveis da Comarca do Salvador, inclusive em nome do cônjuge ou convivente, se for o caso.

§ 3º Na hipótese do servidor ter alterado o seu nome em virtude de casamento deverá também apresentar as Certidões dos Cartórios de Registro de Imóveis da Comarca do Salvador com o nome anterior à alteração. § 4º Na hipótese de servidores casados/em união estável entre si, o benefício da isenção previsto no caput, será concedido exclusivamente a um dos cônjuges/companheiros.

§ 4º Na hipótese de servidores casados/em união estável entre si, o benefício da isenção previsto no caput, será concedido exclusivamente a um dos cônjuges/companheiros”.

Da minuciosa exegese dos artigos retromencionados, deflui-se que o Município de Salvador dispensou, do recolhimento do imposto incidente sobre a transmissão inter vivos e venda de bens imóveis, todo agente público municipal da Administração Direta, Autárquica ou Fundacional dos Poderes Executivo e Legislativo, que venha a adquirir propriedade para fins residenciais, desde que não seja proprietário, nem seu cônjuge, de outra unidade imobiliária nesta Capital, após três anos do efetivo exercício, nem tenha gozado deste benefício nos últimos dez anos.

Evidencia-se, daí, um inconstitucional favorecimento a todos os servidores pertencentes à esfera local, com fundamento exclusivo nas funções que ocupam ou nos cargos que exercem perante os órgãos vinculados ao Município de Salvador, sua Administração Direta ou Indireta.

Há que se destacar, inclusive, a fragilidade da tese esposada pelos Entes Soteropolitanos, no sentido de que, a princípio, a isenção do pagamento de ITIV para os seus agentes estáveis serviria para compensar a ausência de recolhimento do Fundo de Garantia de Tempo de Serviço – FGTS, recurso amplamente utilizado pelos trabalhadores da iniciativa privada, para a aquisição de seus imóveis residenciais.

Isto porque, o art.41 da Constituição Federal cuidou de assegurar a estabilidade funcional aos servidores nomeados para cargos de provimento efetivo, em virtude de aprovação em concurso público, após o transcurso de três anos de exercício, instituto que já contrabalançaria a não extensão do direito social do FGTS àqueles que detenham vínculo com a Administração Direta, Autárquica ou Fundacional do Município de Salvador.

Destarte, a criação de outra benesse de índole fiscal, que exime os agentes soteropolitanos da submissão à incidência do fato gerador tributário do ITIV, implica inequívoca contrariedade ao princípio fundamental da isonomia e da limitação do poder de tributar apregoada no art.150, II da Carta Magna, diante do tratamento diferenciado instituído, exclusivamente, em razão dos cargos estáveis que ocupam. Eis o termo do dispositivo retrocitado:

“Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

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;

Noutra senda, as normas impugnadas – art.125 da Lei Municipal n.º7.186/2006 e, por arrastamento, o art.21 do Decreto n.º24.058/2013 - desconsideram a capacidade contributiva dos seus agraciados, a notabilizar a ilegalidade da concessão de isenção àqueles que, efetivamente, encontrar-se-iam em condições plenas de suportar a obrigação exacional, uma vez que as suas normas compreendem, inclusive, os mais bem remunerados escalões do Poder Executivo e Legislativo Soteropolitano. Outrossim, o §4º do referido art.21, padece de iguais invalidades, a justificar a sua análise no bojo desta ação declaratória de inconstitucionalidade.

Ademais, *ad argumentandum tantum*, se a real intenção normativa fosse conferir benesse a todos aqueles que, por deterem vínculo público, não pudessem usufruir dos recursos do Fundo de Garantia – FGTS, para a aquisição da casa própria, certamente a legislação contemplaria, sem distinção, o funcionalismo de todas as esferas da Administração Pública, situação diversa daquela que se verifica na espécie.

E, justamente por tal benesse fiscal consistir favorecimento a apenas um grupo específico de contribuintes, por força das atividades ocupacionais que realizam em prol do Município de Salvador, resta frontalmente violada a cláusula pétrea da isonomia — imposterável, portanto — e o art.150, II da Carta Magna, notadamente porquanto não considere a capacidade contributiva como fato de diferenciação, agraciando tanto o Chefe dos Poderes Executivo e Legislativo, como o servidor de menor remuneração.

Citem-se as lições do doutrinador Roque Antônio Carrazza, citado por Leandro Paulsen, “***o princípio republicano exige que os contribuintes (pessoas físicas ou jurídicas) recebam tratamento isonômico. (...) O tributo, ainda que instituído por meio de lei, editada pela pessoa política competente, não pode atingir apenas um ou alguns contribuintes, deixando a salvo outros que, comprovadamente, se achem nas mesmas condições. Tais idéias valem, também, para as isenções tributárias: é vedado às pessoas políticas concedê-las levando em conta, arbitrariamente, a profissão, o sexo, o credo religioso, as convicções políticas etc. dos contribuintes. São os princípios republicano e da igualdade que, conjugados, proscrevem tais práticas***” (in Direito Tributário, Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência, 12ª edição, Ed. Livraria do Advogado, p. 183)

Outrossim, acaso fosse o real intento do legislador soteropolitano isentar a tributação daqueles trabalhadores não agraciados pelo FGTS, os servidores públicos das esferas Estaduais e Federais também deveriam ter sido contemplados com igual benefício fiscal, por se encontrem em situação de igualdade àqueles detentores de tal privilégio, mas assim não o foram.

Nesta linha de raciocínio, contribuintes de ITIV em situação equivalente, a exemplo dos servidores estáveis da Bahia e da União que não dispõem de recolhimentos de FGTS, sofrem tratamento tributário nitidamente diferenciado, em razão de suas ocupações profissionais não serem de competência municipal, uma vez que, a esses, é negado o privilégio fiscal conferido exclusivamente aos agentes da Administração Direta e Indireta Soteropolitana.

Por tais razões, violada a garantia fundamental da isonomia – cláusula pétrea indeclinável – reconheço a inconstitucionalidade do art.125 da Lei Municipal n.º7.186/2006 e, por arrastamento, do art.21, caput, §§1º a 4º do Decreto n.º24.058/2013, porquanto estabeleçam isenção tributária, que apenas beneficia agentes públicos municipais de Salvador, por força das funções exercidas perante Administração Direta, Autárquica, ou Fundacional dos Poderes Executivo e Legislativo desta Capital Baiana.

Para fins de modulação de efeitos, sopesados o princípio da segurança jurídica e o excepcional interesse social, infiro pertinente que a eficácia deste *decisum* apenas se opere a partir da publicação, no DJE, do acórdão que concedera, em parte, a medida cautelar (ID n.º17609626), momento a partir do qual as normas *sub* análise deixaram de protrair seus efeitos.

Julgam-se **PREJUDICADOS os embargos de declaração de ID n.º17609628 - cujo intuito era, sobretudo, questionar o deferimento da medida liminar -**, ante o esvaziamento do seu objeto, com o presente julgamento definitivo do mérito da causa.

Confluente às razões expostas, **ratifico o Acórdão que deferiu, em parte, a MEDIDA CAUTELAR, no ID n.º17609626** e, no mérito, **JULGO PROCEDENTE EM PARTE** esta ação, para declarar, *ex tunc*, a inconstitucionalidade material do art.119, parágrafo único, art. 122, §1º, I da Lei Municipal n.º7.186/2006 e, por arrastamento, o art. 3º, I (apenas quanto ao trecho “*inclusive para entrega futura*”) e VII, art.9º, II c/c parágrafo único, art.14, §1º, §3º, I, II, art.15, caput c/c parágrafo único do Decreto Soteropolitano n.º24.058/2013, diante das disposições do art.149 da Constituição Baiana, além de conferir interpretação conforme ao art.122, I, do CTRMS, para excluir, de sua incidência, a adoção da expressão “*antecipadamente*” como inválido autorizativo da cobrança precipitada do ITIV sobre contratos de promessa de compra e venda. De igual modo, reconheço a inconstitucionalidade do art. 118, I e art.125 da Lei Soteropolitana n.º 7.186/2006 e, por arrastamento, do art.8º, I, parágrafo único c/c I, II e III, além do art.21, *caput*, §§1º a 4º do Decreto Municipal n.º 24.058/2013, cujos efeitos devem se protrair a partir da publicação, no DJE, da publicação do acórdão que concedeu, em parte, a medida cautelar (ID n.º 17609626).

(TJBA- AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE n. 8026080-83.2019.8.05.0000. Órgão Especial. Relatora: Des. DINALVA GOMES LARANJEIRA PIMENTEL. Julgado em 17/02/2025).

EMENTA

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. FEDERAÇÃO DAS EMPRESAS DE TRANSPORTE DOS ESTADOS DA BAHIA E DE SERGIPE. PERTINÊNCIA TEMÁTICA. LEI MUNICIPAL QUE REGULAMENTA O TRANSPORTE COMPLEMENTAR URBANO NO MUNICÍPIO DE PORTO SEGURO. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. OCORRÊNCIA. USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA LEGISLATIVA PRIVATIVA DA UNIÃO. A INSTITUIÇÃO DE NOVA FORMA DE TRANSPORTE PÚBLICO DE PASSAGEIROS, NÃO PREVISTA EM NORMA FEDERAL, INVADIRIA A COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 22, XI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E 55 E 59, AMBOS DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DA BAHIA. LEI IMPUGNADA QUE EXTRAPOLA O CONCEITO DE INTERESSE LOCAL. PRODUÇÃO DE EFEITOS DIRETOS SOBRE A ATIVIDADE ECONÔMICA REGULADA DE FORMA PRIVATIVA PELA UNIÃO. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL DOS ARTS. 1º, 2º, 6º, IV, 7º, 12 e 20, E, POR ARRASTAMENTO, DOS DEMAIS DISPOSITIVOS DA LEI MUNICIPAL Nº 1.528/2019, DE PORTO SEGURO. PROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS FORMULADOS NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE, COM EFEITOS *EX NUNC*.

I. Caso em exame:

1. Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pela Federação das Empresas de Transporte dos Estados da Bahia e de Sergipe, com o objetivo de ver declarada a inconstitucionalidade formal de dispositivos da Lei Municipal nº 1.528/2019, do Município de Porto Seguro, que regulamenta o transporte público coletivo de passageiros.

II. Questão em discussão:

2. A questão em debate reside na análise da competência legislativa para instituir nova forma de transporte de passageiros em âmbito municipal, à luz das normas de repartição dessa competência, previstas na Constituição Federal e na Constituição do Estado da Bahia.

III. Razões de decidir:

3. A Constituição Federal, em seu art. 22, estabelece competir privativamente à União legislar sobre trânsito e transporte, com diretrizes estabelecidas pela Política Nacional de Transporte e Trânsito.

4. A Lei Municipal nº 1.528/2019, de Porto Seguro, ao instituir nova forma de transporte público de passageiros, sujeita à autorização do Executivo, usurpa competência privativa da União, já que a matéria ultrapassa o interesse local e inova nas modalidades de transporte previstas em legislação federal.

5. Na linha da pacífica jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, **“é inconstitucional norma estadual ou distrital que regulamente o serviço individual de passageiros, por ser matéria afeta a transporte, de competência privativa da União, nos termos do art. 22, XI, CRFB. Precedentes.”** (ADI 4961, Relator(a): EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 19-12-2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-050 DIVULG 13-03-2019 PUBLIC 14-03-2019)

6. A lei impugnada extrapola os limites da competência legislativa municipal, impondo-se o reconhecimento de sua inconstitucionalidade formal.

I. Dispositivo e tese:

3. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente, com a declaração de inconstitucionalidade formal dos arts. 1º, 2º, 6º, IV, 7º, 12 e 20, e, por arrastamento, dos demais dispositivos da Lei Municipal nº 1.528/2019, de Porto Seguro.

Tese de julgamento: É formalmente inconstitucional lei municipal que institui nova modalidade de transporte público de passageiros, não prevista em norma federal, por invasão à competência privativa da União.

Dispositivos relevantes citados: Constituição Federal, art. 22. Constituição do Estado da Bahia, arts. 55 e 59.

Jurisprudência relevante citada: [ADI 4961 – Relator Min. EDSON FACHIN; ADI 3136 – Relator Min. RICARDO LEWANDOWSKI]

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, preambularmente identificados, **ACORDAM** os Desembargadores integrantes do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, **conforme certidão de julgamento, em rejeitar a preliminar de ausência de pertinência temática e, no mérito, julgar procedente o pedido, para DECLARAR A INCONSTITUCIONALIDADE dos arts. 1º, 2º, 6º, IV, 7º, 12 e 20, e, por arrastamento, dos demais dispositivos da Lei Municipal nº 1.528/2019**, por ofensa aos arts. 55 e 59 da Constituição do Estado da Bahia e 22, XI, da Constituição Federal, com efeitos *ex nunc*, nos termos do quanto fundamentado no voto da excelentíssima Relatora, adiante registrado e que a este se integra.

DECISÃO PROCLAMADA

Procedente Por Unanimidade

RELATÓRIO

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pela **Federação das Empresas de Transportes dos Estados da Bahia e Sergipe - FETRABASE**, com a finalidade de impugnar

dispositivos da Lei Municipal nº 1.528/2019, do **Município de Porto Seguro**, que dispõe sobre o serviço de transporte complementar urbano no Município.

Na exordial, o autor alega que a Lei Municipal em destaque **“regulamenta matéria atinente a transporte, subtraindo, desse modo, competência legislativa privativa da União, conforme art. 22, XI, da Constituição da República”**.

Diz que norma afronta, também, dispositivos da Constituição do Estado da Bahia (arts. 55 e 59), de reprodução obrigatória da Lei Maior, cuja razão jurídica funda-se na essencialidade dos meios de transporte para o País, a exigir, de forma privativa, regulamentação nacional.

Pede, nesses termos, a procedência do pedido, **“para que seja declarada a inconstitucionalidade da Lei nº 1.528/19, do Município de Porto Seguro”**.

Distribuído o feito perante o Tribunal Pleno, a e. Relatora sorteada, Des. Maria de Lourdes Pinho Medauar, atribuiu ao feito o rito do art. 10 da Lei nº 9.868/98, e entendeu inexistir urgência que justificasse a apreciação liminar da matéria, consoante se infere do despacho de **id. 7505929**.

Em intervenção ao feito, a Câmara de Vereadores de Porto Seguro manifestou-se pela improcedência dos pedidos exordiais, por entender competir aos Municípios legislar sobre serviços públicos de interesse local (**id. 11090709**).

Intimada, a Prefeita do Município de Porto Seguro não apresentou manifestação, ex vi da certidão de **id. 11091228**.

Em sua primeira oportunidade de intervenção (**id. 11569137**), o Fiscal da Ordem Jurídica opinou pela oitiva do Procurador Geral do Estado. No mérito, o parecer da Procuradoria foi pela declaração de inconstitucionalidade formal dos dispositivos indicados, bem como, por arrastamento, de toda a Lei Municipal nº 1.528/2019, por ofensa à competência privativa da União.

A Relatora originária determinou, no **id. 14960605**, nova oitiva da Gestora Local e a intimação do Procurador Geral do Estado.

Ao manifestar-se, o representante da Advocacia Pública Estadual entendeu inexistir pertinência temática entre os objetivos da Requerente e a matéria regulada na Lei Municipal objeto da lide, uma vez que seriam contrapostos os objetivos da Requerente aos interesses das empresas de transporte que atuem no transporte complementar urbano municipal regulado pela norma, justamente aqueles em nome de quem cabe à Entidade Demandante falar.

No mérito, diz que a Lei impugnada não versa sobre trânsito ou transporte, mas, exclusivamente, sobre o regime administrativo de autorização de serviços de transporte já previstos em norma federal (Lei nº 12.587/2012), matéria de competência dos Entes Municipais.

Requer, nesses termos, a improcedência dos pleitos exordiais.

O Município de Porto Seguro interveio no feito pela petição de **id. 34937665**, defendendo a constitucionalidade da norma impugnada, por se tratar de matéria de interesse local.

Em nova manifestação (**id. 45084473**), a Procuradoria Geral de Justiça opinou pela prévia intimação do Requerente, o que se ultimou pelo provimento de **id. 49450021**, sucedido pela petição de **id. 50406411**, em que a Demandante pugna pelo processamento da ação, dada a pertinência temática entre seus objetivos institucionais e a matéria regulada pela Lei impugnada.

Na sequência, a Relatora originária declinou de sua competência para o julgamento do processo, à luz da criação do Órgão Especial nesta Corte de Justiça, para o qual foram remetidos os autos.

Coube-me, então, o encargo de Relatora.

Em derradeira manifestação, a douta Procuradoria de Justiça reiterou o opinativo anterior, pela procedência da ação direta.

Este é o relatório que encaminho à Secretaria do Órgão Especial, para oportuna inclusão em pauta de julgamento, nos termos dos artigos 931, caput e 934, caput, ambos do CPC.

VOTO

Consoante relatado, a **Federação das Empresas de Transportes dos Estados da Bahia e Sergipe – FETRABASE** pretende a declaração de inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 1.528/2019, do **Município de Porto Seguro**, que dispõe sobre o serviço de transporte complementar urbano no Município.

Os dispositivos impugnados possuem a seguinte redação (*id.* 9802209), in verbis:

Art. 1º - Fica instituído no Município de Porto Seguro, o transporte complementar urbano, de baixa capacidade, denominado “Transporte Complementar”, observadas, no que se refere à organização, planejamento, controle e fiscalização do serviço, as condições básicas impostas por esta Lei e por regulamento próprio.

§ 1º - O “Transporte Complementar” será objeto de autorização municipal e será realizada por linhas, com itinerários, pontos e planilhas de horários definidos pelo Município, através da Secretaria Municipal de Trânsito e Serviços Públicos.

§ 2º - A organização do serviço complementar e não regular do transporte objeto desta lei e as outorgas correspondentes serão realizadas no prazo de até 90 (noventa) dias, contados da vigência desta Lei.

Art. 2º - O Serviço de “Transporte Complementar” será organizado pelo Município para operação sob o regime de autorização, devendo ser explorado como modalidade alternativa e não regular ao serviço de transporte coletivo convencional, somente através de veículos com sete (07) lugares equipados com ar condicionado, na cor branca.

Art. 3º - Fica criada, por meio da presente lei, uma taxa de gerenciamento, no valor de R\$ 300,00, a ser recolhida, anualmente, pelo autorizatário, para sustentação, implementação e desenvolvimento do sistema de “Transporte Complementar”, mediante emissão de DAM, junto à Secretaria Municipal de Trânsito e Serviços Públicos.

Art. 4º - A habilitação dos interessados na operação do serviço implica, automaticamente:

I – na adesão ao serviço, com total e irrestrita aceitação das regras e condições impostas por esta lei e pelo regulamento correspondente;

II – em que as autorizações outorgadas serão inegociáveis, inalienáveis e intransferíveis, pelos autorizatários, podendo a Administração revoga-las, a qualquer tempo, dado o seu caráter de outorga unilateral e a título precário, sem que isso gere aos autorizatários qualquer direito indenizatório, de qualquer natureza.

Art. 5º - As linhas e rotas a serem atendidas pelo “Transporte Complementar” são as constantes do Anexo I da presente lei, que serão atendidas pelo número de veículos de até 150 (cento e cinquenta), levando-se em conta que algumas linhas que terão mais de um veículo na mesma rota.

Parágrafo único. As linhas e respectivos itinerários constituirão rede alternativa e não regular de transporte, atenderão preferencialmente as áreas periféricas de Porto Seguro e, dentro do possível, desonerarão a circulação e o trânsito central da cidade na forma do Anexo I desta Lei.

Art. 6º - A solicitação da autorização para prestação de serviços de “Transporte Complementar” será feita em requerimento próprio, ao Órgão Municipal de Trânsito, exibindo-se no ato os seguintes documentos:

I – certificado de propriedade do veículo;

II – cópia da carteira de habilitação;

III – quitação:

Dos impostos sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISSQN;

Do Imposto de Propriedade de Veículos Automotores – IPVA, Seguro Obrigatório e respectivo licenciamento;

Seguro geral do veículo e contra terceiros;

De vistoria;

De taxa anual de gerenciamento;

outros exigidos por lei.

IV – Comprovação de residência e domicílio no Município de Porto Seguro de no mínimo 02 (dois) anos;

V – Comprovante de contratação de seguro contra terceiros dentro dos critérios estabelecidos nesta lei e em decreto regulamentador;

VI – Apresentação do veículo para vistoria.

Art. 7º - Além dos deveres já estabelecidos pela legislação aplicável, em vigor, federal, estadual ou municipal, o motorista de transporte complementar é obrigado a:

a) Apresentar-se decentemente trajado;

b) Obedecer ao sinal de parada feito por pessoa que deseje utilizar o veículo, sempre nos pontos autorizados;

c) Seguir o itinerário previsto, salvo determinação expressa em casos especiais, por ordem da autoridade de trânsito;

d) Usar da maior urbanidade e correção para com os passageiros;

e) Entregar à autoridade do trânsito todo e qualquer objeto deixado no veículo pelos passageiros, contra recibo daquela repartição;

f) Só ligar o rádio receptor quando a isto for solicitado pelo passageiro;

g) Só estacionar nos lugares expressamente previstos nesta lei e em regulamento e nos permitidos, em geral, pela autoridade do trânsito.

Art. 8º - O serviço será operado exclusivamente por meio de veículos de (07) sete lugares, vedada a utilização, a qualquer tempo, de outro tipo de veículo.

Parágrafo único. Quando do seu ingresso no serviço, os veículos só poderão ter no máximo (04) quatro anos de uso.

Art. 9º - O serviço de “Transporte Complementar” será prestado em caráter não regular, porém contínuo, comprometendo-se com a segurança, conforto, eficiência e cortesia na sua prestação.

Art. 10 – Cada veículo do serviço de “Transporte Complementar” será coberto por seguro de responsabilidade civil, contra perdas e danos causados a terceiros, com apólice de valor que cubra danos materiais e indeniza passageiros, com ônus exclusivo do autorizatário para a contratação do seguro.

Art. 11 – É vedado, no serviço de “Transporte Complementar”, o transporte de passageiros em pé, no colo, e todos os usuários deverão ter prerrogativas de viajarem sentados.

Parágrafo único. Será disponibilizada uma (01) vaga gratuita para idoso no automóvel de transporte complementar, em conformidade com a Lei Federal 10.741/2003, Estatuto do Idoso, e uma (01) vaga para pessoa com deficiência no transporte complementar. O não cumprimento do que trata este parágrafo, terá as consequências, que determina o “caput” do art. 20 desta Lei.

Art. 12 – Podem operar o serviço motoristas profissionais autônomos que possuam habilitação categoria B ou D, remunerada.

Parágrafo único. Sem prejuízo de outras exigências afins, nos procedimentos de habilitação, deverão ser comprovados, cumulativamente, por meio de documentos: sua regularidade jurídica, tributária, fiscal e previdenciária; residência no Município de Porto Seguro há pelo menos 02 (dois) ano.

Art. 13 – Os operadores do “Transporte Complementar” obrigatoriamente serão titulares de inscrição no Cadastro de Atividades Econômicas, do Município de Porto Seguro e terão seus veículos identificados na forma do decreto que irá regulamentar a presente lei.

Art. 14 – Após análise da documentação, pelo órgão competente, poderá ser emitida autorização provisória, com a finalidade de aquisição de veículo novo, com prazo de validade de 120 (cento e vinte dias), o qual perderá sua validade após esta data.

Art. 15 – A execução da política de transporte do Município de Porto Seguro é de responsabilidade da Secretaria Municipal de Trânsito e Serviços Públicos, que deverá congrega, conciliar, normatizar, disciplinar, controlar e fiscalizar, dentre outros, os seguintes serviços:

I – táxi;

II – transporte coletivo urbano de passageiros;

III – transporte complementar urbano de passageiros;

IV – transporte fretado urbano de passageiros; e

V – transporte escolar.

Art. 16 – A política pública de transporte do Município de Porto Seguro será disciplinada pelo Plano Diretor de Transporte Urbano (PDTU), incumbindo-se da sua elaboração a superintendência Municipal de Trânsito e Serviços Públicos, que será para isso o prazo de 180 (cento e oitenta) dias, contados da vigência desta lei.

Parágrafo único - O PDTU será instituído por lei, mediante projeto de iniciativa do Poder Executivo.

Art. 17 - Além da política pública de transportes, o PDTU disciplinará as formas de articulação dos serviços e compatibilização do gerenciamento do transporte público de Porto Seguro.

Art. 18 - As atividades de planejamento, gerenciamento e fiscalização do serviço, de responsabilidade do Município de Porto Seguro, serão exercidas pela Superintendência Municipal de Trânsito e Serviços Públicos.

Art. 19 – O “Transporte Complementar” será remunerado mediante tarifa, a ser fixada por Decreto do Poder Executivo Municipal, paga aos autorizatários, pelos usuários do serviço.

Parágrafo único. Os autorizatários do serviço de “Transporte Complementar” poderão ser convocados pela Prefeitura Municipal para o transporte gratuito de passageiros para eventos cívicos a serem realizados nos festejos do Descobrimento, Festa da Cidade e desfile de 7 de setembro, em dias e horários predeterminados.

Art. 20 – As infrações a quaisquer dispositivos desta lei ou de seu regulamento, a qualquer tempo, implicarão a aplicação obrigatória, aos autorizatários, das penas de advertência escrita, multa pecuniária, suspensão temporária ou cassação definitiva da autorização, conforme a gravidade da falta, na forma que dispuser o regulamento.

Art. 21 – O transporte complementar terá sua tarifa estipulada no valor de R\$ 4,00 (quatro reais) por passageiro, excetuando-se o Distrito de Vera Cruz que terá a tarifa fixada em R\$ 10,00 (dez reais) e o Povoado de Pindorama, tarifa fixada em R\$ 5,00 (cinco reais) com reajuste anual com base na inflação do período a critério da Administração Pública.

Art. 22 – O transporte complementar terá suas rotas exclusivamente dentro dos limites do Município de Porto Seguro.

Art. 23 – O Poder Executivo regulamentará esta lei no prazo de 30 (trinta) dias, contados da sua publicação.

Art. 24 – Esta lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Os parâmetros de controle das normas impugnadas, no aspecto formal, encontram assento na Constituição Estadual (arts. 55 e 59) e na Constituição Federal (art. 22, caput e inc. XI), com o seguinte teor, *in litteris*:

Constituição Federal:

Art. 55 - Os Municípios do Estado da Bahia são unidades integrantes da República Federativa do Brasil, dotadas de autonomia política, administrativa e financeira e regidas por suas leis orgânicas e demais leis que adotarem, observado o disposto na Constituição Federal e nesta Constituição.

Art. 59 - Cabe ao Município, além das competências previstas na Constituição Federal:

I - elaborar e promulgar sua Lei Orgânica;

II - elaborar e executar a política de desenvolvimento urbano e seu plano diretor, que será aprovado, exclusivamente, por lei municipal;

III - promover o adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, parcelamento e ocupação do solo urbano;

IV - criar, organizar e suprimir distrito, observada a legislação estadual;

V - organizar e prestar os serviços públicos de interesse local, assim considerados aqueles cuja execução tenha início e conclusão no seu limite territorial, e que seja realizado, quando for o caso, exclusivamente com seus recursos naturais, incluindo o de transporte coletivo, que tem caráter essencial;

VI - prestar serviços de atendimento à saúde da população e manter programas de educação pré-escolar e de ensino fundamental, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado;

VII - garantir a proteção do patrimônio ambiental e histórico-cultural local, observada a legislação federal e estadual;

VIII - legislar sobre assuntos de interesse local, notadamente sobre;

a) (revogado)

b) administração, utilização e alienação de seus bens;

IX - legislar, em caráter suplementar, para adequar as leis estaduais e federais às peculiaridades e interesses locais.

Parágrafo único - O Município exerce, no âmbito de seu território, as competências comuns com a União e o Estado, previstas na Constituição Federal e nesta Constituição.

Constituição Federal:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: (...)

XI - trânsito e transporte;

Fixadas tais premissas, convém analisar, primeiro, a pertinência temática entre os objetivos estatutários da Requerente e a norma objeto da impugnação.

Da análise do Estatuto da Federação demandante, de *id. 5425244*, seus objetivos institucionais consistem na “*coordenação, proteção e representação da categoria econômica das empresas de transportes de cargas e passageiros e dos transportadores autônomos de cargas e passageiros, estabelecidos ou que prestem serviços nos Estados da Bahia e de Sergipe*”.

A norma impugnada, de seu turno, dispõe sobre o serviço de transporte complementar urbano no Município de Porto Seguro, circunstância que influi, diretamente, nas atividades desenvolvidas por empresas de transporte em nome das quais cabe à Entidade Demandante intervir.

Segundo lição do Ministro Celso de Mello, o requisito da pertinência temática *“se traduz na relação de congruência que necessariamente deve existir entre os objetivos estatutários ou as finalidades institucionais da entidade autora e o conteúdo material da norma questionada em sede de controle abstrato”* (ADI 1094, Relator(a): CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 05-10-2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-252 DIVULG 16-10-2020 PUBLIC 19-10-2020)

Trata-se de elemento que se vincula à própria legitimação da parte para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, razão pela qual, inexistente tal liame, não se admite o processamento da demanda.

Ocorre que, na espécie, resta evidente a pertinência da atuação da Requerente para impugnar a Lei Municipal objeto da lide, uma vez que sua atuação institucional volta-se, precisamente, à proteção dos interesses de empresas que exploram as atividades de transportes de passageiros.

Logo, ao vislumbrar que a norma impugnada prejudica tais sociedades empresárias, pode a Requerente agir em defesa de tais interessados.

Reconhece-se, dessa forma, a legitimação da autora para a propositura da demanda.

Nas questões de fundo, tenho que a Lei Municipal nº 1.528/2019, do Município de Porto Seguro, é formalmente inconstitucional, por desbordar dos limites atribuídos aos Entes Municipais para legislar sobre assuntos de interesse local e sobre a organização de serviços públicos de transporte coletivo (art. 30, I e V, da Constituição Federal).

Há, na espécie, flagrante ofensa ao disposto no art. 22, XI, da Lei Maior, que confere à União, privativamente, a prerrogativa de legislar sobre trânsito e transporte.

Isso porque a norma objeto da lide institui nova forma de transporte público coletivo de passageiros, sem paralelo em lei federal, não se limitando, como aduz a Procuradoria Geral do Estado, à regulamentação do regime administrativo de autorização de serviços de transporte já previstos em norma federal.

Vai muito além.

A legislação em comento condiciona o exercício da atividade de transporte coletivo de passageiros a mera autorização do Poder Executivo local, sem que tal modalidade esteja prevista em norma federal, com diversas especificações quanto à atuação dos particulares que desejem vincular-se ao serviço público, matéria afeta à legislação federal, por expressa determinação da Constituição vigente.

Na linha do bem lançado opinativo ministerial de *id.* 11569137, *“ao se analisar o texto da Lei Municipal nº 1.528, de 08 de outubro de 2019, como apontou o requerente, nota-se a norma objurgada conceitua institutos de forma geral e abstrata, regulamenta normas de exploração local do serviço de transporte complementar urbano, estabelece funções específicas dos motoristas além do quanto previsto em legislações federais – notadamente em seu art. 7º, dispõe sobre o plano de distribuição de rotas, e, além disso, requisitos para o trânsito dos automóveis do sistema complementar, arts. 8º e ss., dentre outras considerações”*.

Sobre o tema, é farta a jurisprudência desta Corte Estadual, consoante se infere dos arestos a seguir transcritos, por suas ementas, *in verbis*:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UBER DO BRASIL TECNOLOGIA LTDA. DISPOSITIVOS DA LEI Nº 1.403/2017 DO MUNICÍPIO DE PORTO SEGURO, que “dispõe sobre a proibição do uso de veículos particulares cadastrados em aplicativos UBER, para o transporte remunerado individual de pessoas no Município de Porto Seguro Bahia”. INCONSTITUCIONALIDADE

FORMAL - USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO. Norma municipal que invade a competência legislativa privativa da União para legislar sobre direito civil, diretrizes da política nacional de transportes, trânsito e transporte. A competência dos Municípios em matéria de trânsito é apenas complementar e cabe apenas para adequar as leis estaduais e federais às peculiaridades e interesses locais. O Município do Porto Seguro não pode vedar a atividade de transporte remunerado de pessoas em veículos particulares, contrariando o disposto na legislação federal. **INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL** - Restrições injustificadas à prestação do serviço. Ofensa aos princípios da liberdade de iniciativa, de concorrência do exercício de qualquer trabalho. Imposição de multa em patamar irrazoável e desproporcional afronta ao art. 231 do CTB. **DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL E MATERIAL DOS ARTS. 1º e 3º, da *Lei Municipal nº 1.403/2017, do Município de Porto Seguro e, por arrastamento, os demais dispositivos da norma questionada.*** (TJ-BA - ADI: 80127297720188050000, Relator: JOAO AUGUSTO ALVES DE OLIVEIRA PINTO, TRIBUNAL PLENO, Data de Publicação: 03/08/2021)

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI Nº 9.107/2016 DO MUNICÍPIO DE SALVADOR. TRANSPORTE CLANDESTINO DE PASSAGEIROS. PENALIDADE DE MULTA E APREENSÃO DO VEÍCULO. PRELIMINARES REJEITADAS. SANÇÃO MAIS GRAVOSA DO QUE A ESTABELECIDA NO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO. COMPETÊNCIA DA UNIÃO PARA LEGISLAR SOBRE TRÂNSITO E TRANSPORTE. NORMAS GERAIS. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL E MATERIAL DA LEI Nº MUNICIPAL DE Nº 9.107/2016 DE 03 DE AGOSTO DE 2016 EM SEUS ASPECTOS FORMAIS E MATERIAIS, COM EFEITO EX TUNC. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE. (TJ-BA - ADI: 80127237020188050000, Relator: MARIA DE FATIMA SILVA CARVALHO, TRIBUNAL PLENO, Data de Publicação: 03/09/2021)

No mesmo sentido é o entendimento de outros Tribunais pátrios, ex vi dos seguintes julgados, *in litteris*:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei Municipal nº 4.454, de 13 de novembro de 2017, do Município de Guarujá, que “autoriza o exercício das atividades dos profissionais em transportes de passageiros, ‘mototaxista’, com o uso de motocicleta ou triciclo e dá outras providências” – Legislação impugnada que versa questão atinente ao trânsito e ao transporte, afeta à competência legislativa privativa da União, nos termos do artigo 22, inciso XI, da Constituição Federal – Precedentes do Colendo Supremo Tribunal Federal – Previsão legal que trata de matéria relativa à Administração Municipal, de iniciativa reservada ao Chefe do Poder Executivo – Vício de iniciativa – Ofensa ao princípio da harmonia e independência dos Poderes - Violação aos artigos 1º, 5º, 47, incisos II, XIV e 144, da Constituição do Estado de São Paulo. Pedido procedente. (TJ-SP - ADI: 20017715220188260000 SP 2001771-52.2018.8.26.0000, Relator: Ricardo Anafe, Data de Julgamento: 26/09/2018, Órgão Especial, Data de Publicação: 02/10/2018)

O tema já foi objeto de tratamento, também, pelo Supremo Tribunal Federal, que firmou a seguinte compreensão:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N.º 6.942/2007 DO ESTADO DO PARÁ. REGULAMENTAÇÃO DO SERVIÇO DE TRANSPORTE

INDIVIDUAL DE PASSAGEIROS PRESTADO POR MEIO DE CICLOMOTORES, MOTONETAS E MOTOCICLETAS. COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO. INCONSTITUCIONALIDADE. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE.

1. É inconstitucional norma estadual ou distrital que regulamente o serviço individual de passageiros, por ser matéria afeta a transporte, de competência privativa da União, nos termos do art. 22, XI, CRFB. Precedentes.

2. Ação direta julgada procedente. (ADI 4961, Relator(a): EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 19-12-2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-050 DIVULG 13-03-2019 PUBLIC 14-03-2019)

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DO ESTADO DE MINAS GERAIS. LICENCIAMENTO DE MOTOCICLETAS PARA TRANSPORTE DE PASSAGEIROS (“MOTOTÁXI”). COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL RECONHECIDA.

I - Competência privativa da União para legislar sobre trânsito e transporte (CF, art.22, XI).

II - Exercício de atribuição pelo Estado que demanda autorização em lei complementar.

III - Inexistência de autorização expressa quanto ao transporte remunerado de passageiros por motocicletas.

IV - Ação direta julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade da lei mineira 12.618/97. (ADI 3136, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 01-08-2006, DJ 10-11-2006 PP-00049 EMENT VOL-02255-02 PP-00250 RT v. 96, n. 857, 2007, p. 168-175 LEXSTF v. 29, n. 338, 2007, p. 56-70)

No voto condutor do último aresto transcrito, o Ministro Ricardo Lewandowski bem delimita a questão, esclarecendo, ao tratar de lei local que trata do transporte remunerado de passageiros por motocicletas, que a norma impugnada **“envolve muito mais do que simples autorização de licenciamento, na medida em que define e torna oficial, desde logo, nova forma de transporte coletivo remunerado, não contemplada em lei federal”**.

Segundo Sua Excelência, e aqui estão representadas suas razões de decidir, a norma do art. 30, V, da Constituição Federal **“em trecho algum permite o exercício da função legiferante pelo Município que ultrapasse a simples regulamentação do que já previsto por regra federal, mormente para inovar e decidir quais veículos estariam habilitados à prestação do serviço”**.

Conclui-se, portanto, ser inconstitucional a lei impugnada, uma vez que seus dispositivos instituem nova modalidade de transporte coletivo e público de passageiros. O Município nem sequer se orienta pelas normas gerais estabelecidas pela Lei nº 12.587/2012, que exige, v.g., prévia licitação para a **“contratação dos serviços de transporte público coletivo”**, o que não se constata na hipótese dos autos.

Logo, tratando-se de **nova modalidade de transporte coletivo**, que ultrapassa as normas federais existentes sobre o tema, resta nítida a ofensa da lei impugnada à competência residual dos Municípios sobre a matéria.

São inconstitucionais, portanto, os arts. 1º, 2º, 6º, IV, 7º, 12 e 20, todos da Lei Municipal nº 1.528/2019, de Porto Seguro, por ofensa aos arts. 22, XI e parágrafo único, da Constituição Federal, e 55 e 59, ambos da Constituição do Estado da Bahia.

Impõe-se, por arrastamento, o reconhecimento da inconstitucionalidade de toda a norma municipal impugnada, diante da **“relação lógica ou de dependência com aqueles declarados inconstitucionais, por estarem eles imbricadas em um complexo normativo com as normas objeto da ação.”** (STF, ADI 4.772/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, Dje 12/06/2017)

Na espécie, a segurança jurídica deve prevalecer, a fim de preservar as situações jurídicas consolidadas há vários anos, ainda que se reconheça o vício formal, por ser presumível a boa-fé daqueles que prestaram os serviços de transporte público de passageiros na modalidade instituída pela norma impugnada.

Ante o exposto, **VOTO** no sentido de **rejeitar a preliminar de ausência de pertinência temática** e, no mérito, **JULGAR PROCEDENTE** o pleito formulado na exordial, para **DECLARAR A INCONSTITUCIONALIDADE** dos arts. 1º, 2º, 6º, IV, 7º, 12 e 20 e, por arrastamento, dos demais dispositivos da Lei Municipal nº 1.528/2019, de Porto Seguro, por ofensa aos arts. 22, XI e parágrafo único, da Constituição Federal, e 55 e 59, ambos da Constituição do Estado da Bahia, com efeitos *ex nunc*.

(TJBA – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE n. 8008269-08.2022.8.05.0000. Tribunal Pleno. Relator: Des. João Bosco de Oliveira Seixas. Julgado em 23/04/2025).

ACÓRDÃO

Ementa: Direito constitucional. Ação direta de inconstitucionalidade. Ilegitimidade ativa da requerente. Rejeitada. Lei municipal que impõe medidas de proteção a veículos em estacionamentos privados. Pedido procedente.

I. Caso em exame

1. Ação direta de inconstitucionalidade proposta pela Associação Brasileira de Shopping Centers - ABRASCE, tendo por objeto a Lei nº 384/2022 do Município de Feira de Santana, que impõe aos shopping centers da cidade, que oferecerem estacionamentos aos clientes, a obrigação de que sejam garantidas vagas com cobertura de proteção solar e de chuva aos veículos.

II. Questão em discussão

2. Há duas questões em discussão: (i) saber se a Associação Brasileira de Shopping Centers – ABRASCE tem legitimidade ativa para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade, nos termos do art. 134, inciso VI, da Constituição do Estado da Bahia e (ii) saber se a Lei Municipal nº 384/2022, ao impor medidas de proteção a veículos em estacionamentos privados de shopping centers, violou os artigos 1º, 2º, 4º, 59, *caput* e parágrafo único, e 164, *caput* e § 1º, todos da Constituição Estadual.

III. Razões de decidir

3. A Associação Brasileira de Shopping Centers – ABRASCE tem legitimidade ativa para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade, por ter restado demonstrada a sua atuação no âmbito estadual, na forma prevista no art. 134, inciso VI, da Constituição Estadual, mormente considerando-se que os membros da Associação estão presentes em 2/3 (dois terços) dos municípios baianos onde há shopping centers, bem como que 2/3 (dois terços) dos shopping centers do Estado da Bahia são filiados aos seus quadros, tendo sido, inclusive nomeado um coordenador estadual para atuar nas demandas locais do setor.

4. O art. 134, inciso VI, da Constituição Estadual, ao prever a legitimidade ativa para “*entidades de classe de âmbito estadual*”, não pode ser interpretado de forma restritiva, de modo a restringir a legitimidade ativa de uma entidade nacional, cuja abrangência de atuação foi reconhecida, inclusive, pelo STF, na exegese do art. 103, inciso IX, da Constituição Federal, conforme decidido na ADI 6133. Precedentes do STF.

5. A Lei Municipal nº 384/2022, ao impor limitações ao uso lícito da propriedade privada, está disciplinando matéria afeta ao Direito Civil e de competência legislativa privativa da União (art. 22, II, da CF), padecendo, portanto, de inconstitucionalidade formal, por vício de iniciativa, violando, não apenas o princípio federativo (art. 1º, CF), como também os artigos 1º, 2º, 4º e 59, *caput* e parágrafo único (*a contrario sensu*), da Constituição Estadual. Precedentes do STF.

6. A norma municipal impugnada, ao impor aos shopping centers do Município de Feira de Santana a obrigação de construir coberturas em todas as vagas de seus estacionamentos, está, em verdade, limitando, de forma irrazoável, o direito de propriedade, bem como restringindo a liberdade de iniciativa de empresas privadas, padecendo, ainda, de vício material, por ofensa aos artigos 170, *caput*, inciso II, e parágrafo único, da Constituição Federal, de repetição obrigatória no art. 164, *caput* e § 1º, c/c art. 4º, ambos da Constituição Estadual. Precedentes do STF.

7. Por fim, considerando que a lei impugnada teve sua eficácia suspensa antes de entrar em vigor, por meio de medida cautelar deferida nos presentes autos, esta não chegou a produzir efeitos jurídicos, motivo pelo qual não será efetuada a modulação dos efeitos deste *decisão*.

IV. Dispositivo e tese

8. Preliminar de ilegitimidade ativa rejeitada e ação direta julgada procedente, para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 384/2022 do Município de Feira de Santana, sem modulação de efeitos, confirmando-se a medida cautelar anteriormente deferida.

Tese de julgamento: “É inconstitucional lei municipal que estabeleça a obrigação de implantação, em estacionamentos privados de shopping centers, de vagas com cobertura para a proteção dos veículos.”

Dispositivos relevantes citados: CF/1988, arts. 22, I, e 170, II e parágrafo único; Constituição Estadual, arts. 1º, 2º, 4º, 59, caput e parágrafo único, e 164, caput e § 1º.

Jurisprudência relevante citada: STF, ADI 6133, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Plenário, j. 16/06/2020; STF, RE 1347591 AgR, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 06/03/2023; STF, ADI 1918, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 23/08/2001; STF, RE 1309416, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, 29/03/2021.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº **8008269-08.2022.8.05.0000**, em que figura como requerente a Associação Brasileira de Shopping Centers - ABRASCE e como interessados o **Município de Feira de Santana e a Câmara Municipal de Vereadores de Feira de Santana**.

Acordam os Desembargadores integrantes do Órgão Especial deste Tribunal de Justiça **em rejeitar a preliminar de ilegitimidade ativa suscitada pela Procuradoria Geral do Estado e, no mérito, julgar procedente a ação direta, para declarar a inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 384/2022, sem modulação de efeitos**, confirmando-se a medida cautelar anteriormente deferida, de acordo com o voto do Relator.

Sala das Sessões, em (data registrada no sistema no momento da prática do ato).

DECISÃO PROCLAMADA

REJEITADA A PRELIMINAR, JULGOU-SE PROCEDENTE A AÇÃO, SEM MODULAÇÃO DE EFEITOS, TUDO À UNANIMIDADE.

RELATÓRIO

Cuida-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), com pedido de medida cautelar, proposta pela Associação Brasileira de Shopping Centers - ABRASCE, tendo por objeto a Lei nº 384/2022 do Município de Feira de Santana.

A ABRASCE, em síntese, alegou que a Lei Municipal nº 384/2022 é inconstitucional, uma vez que impõe aos shopping centers da cidade, que oferecerem estacionamentos aos consumidores, a obrigação de que sejam garantidas vagas com cobertura de proteção solar (redução da incidência solar direta) e de chuva aos veículos, em todas as vagas, sob pena de pagamento de multa e até de cassação de alvará de funcionamento.

Sustentou que a referida lei possui vício de iniciativa, eis que, ao pretender regular a forma de exploração econômica de propriedade privada, representa uma usurpação por parte do legislador

municipal da competência privativa da União Federal para legislar sobre Direito Civil, na forma do art. 22, inciso I, da CF.

Sustentou, ainda, haver vício de ordem material, por transgressão ao direito de propriedade e aos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência.

Acrescentou que a mencionada lei afigura-se inconstitucional, ainda, por violação aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, uma vez que impõe obrigação custosa e desproporcional ao particular, na medida em que os seus associados, ou terão que investir na implantação de coberturas em seus estacionamentos, ou terão que pagar multas pelo descumprimento da norma, havendo, ainda, a possibilidade de cassação de alvarás de funcionamento de shopping centers.

Indicou os seguintes dispositivos constitucionais, como sendo os afrontados pela lei em questão: artigos 1º, inciso IV, art. 5º, art. 22, inciso I, art. 170, incisos II e IV, e parágrafo único, e art. 174, todos da Constituição Federal, e artigos 1º, art. 2º, inciso III, art. 4º, art. 59, e art. 164, *caput* e § 1º, todos da Constituição do Estado da Bahia.

Com fulcro nos argumentos supra, pediu que fosse deferida, monocraticamente, liminar, *ad referendum* do Tribunal Pleno, objetivando a suspensão dos efeitos da Lei nº 384/2022 do Município de Feira de Santana até o julgamento final da ação, pugnando, ao final, pela declaração de inconstitucionalidade da lei em questão.

Em 16/03/2022, foi proferido despacho, por meio do qual foi determinada a manifestação do Prefeito do Município de Feira de Santana, da Câmara Municipal de Vereadores do referido Município, do Procurador Geral do Estado, e da douta Procuradoria Geral de Justiça, uma vez que, em uma análise preliminar, não foi constatada a ocorrência de excepcional urgência prevista no artigo 10, § 3º, da Lei nº 9.868/1999, apta a ensejar a possibilidade de concessão da medida cautelar *inaudita altera pars* (id. 25738939).

Em 25/04/2022, a ABRASCE voltou a formular o pedido de concessão de medida cautelar, em síntese, ratificando os argumentos trazidos na inicial, e afirmando que a Lei 384/2022 passaria a ter vigência no dia 02/05/2022 (id. 27660979).

A Carta de Ordem nº 8007638-18.2022.8.05.0080, com o fito de intimar o Prefeito e a Câmara Municipal de Vereadores do Município de Feira de Santana para que se pronunciassem sobre a presente demanda, foi devolvida em 26/04/2022 (id. 27789988).

Apenas a Câmara de Vereadores do referido Município se manifestou (fls. 05/12, id. 27789988), pontuando, em síntese, que a Lei Municipal nº 384/2022 não dispõe sobre Direito Civil, mas sim sobre Direito do Consumidor, na medida em que visa prevenir danos patrimoniais, afirmando tratar-se, portanto, da hipótese de suplementação, por parte do ente municipal, da legislação consumerista em vigor em questões de interesse local (art. 6º, inciso VI, do CDC).

A referida Câmara de Vereadores sustentou a validade da questionada lei, afirmando estar em sintonia com o disposto nos artigos 24, incisos V e VIII, c/c art. 30, II, da Constituição Federal, inexistindo, pois, vício de inconstitucionalidade formal.

Salientou que a exigência de cobertura nos estacionamentos de shoppings é proporcional ao fato de que o seu uso é custeado pelos próprios clientes, independentemente de consumirem, ou não, bens ou serviços disponibilizados nesses shoppings.

Acrescentou, ainda, que a alegação de violação ao direito de propriedade e aos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência não merece prosperar, pois em nenhum momento houve preterição ou favorecimento a qualquer estabelecimento da categoria, sendo que todos serão obrigados a oferecer estacionamentos com cobertura para clientes.

Ao final, requereu o indeferimento do pedido de concessão liminar da cautelar, e, no mérito, o indeferimento da ação direta, haja vista a inexistência de qualquer vício na edição da Lei Municipal nº 384/2022.

Em 29/04/2022, foi proferida decisão, por meio da qual foi deferida a medida cautelar, liminarmente, suspendendo a eficácia da Lei nº 384/2022, do Município de Feira de Santana, até o julgamento final desta Ação Direta de Inconstitucionalidade, *ad referendum* do Tribunal Pleno (id. 27678950).

Devidamente intimada, a Procuradoria Geral do Estado não apresentou manifestação (id. 29210290).

A douta Procuradoria de Justiça apresentou manifestação no sentido de que a oitiva da Procuradoria Geral do Estado seria indispensável em ações de controle de constitucionalidade, pugnando, pois, por nova intimação do representante do Estado da Bahia (id. 29400464), bem como pela oitiva da parte requerente, a fim de comprovasse a sua legitimidade ativa.

O pleito ministerial foi acolhido em parte, tendo sido determinada a intimação da ABRASCE para se manifestar sobre a ilegitimidade ativa suscitada (id. 29812739).

Instada a se manifestar, a ABRASCE ratificou a sua legitimidade ativa para questionar a constitucionalidade de lei estadual, o que, segundo asseverou, já foi reconhecido pelo STF, a exemplo do ocorrido no julgamento da ADI 6.133 (id. 30347387).

Sustentou, ainda, que há, no Estado da Bahia, um total de 22 (vinte e dois) shopping centers, os quais estão presentes em apenas 10 municípios baianos, sendo que, destes 22 (vinte e dois) shoppings, 14 (quatorze) deles são associados à ABRASCE, e estão presentes em 6 (seis) destes municípios: Salvador, Itabuna, Lauro de Freitas, Camaçari, Feira de Santana e Juazeiro.

Assim, ponderou que possui representação em 2/3 (dois terços) dos municípios baianos onde há shopping centers, o que supera o número mínimo defendido pela Procuradoria de Justiça de 1/3 (um terço) dos municípios.

Em sessão realizada no dia 22/03/2023, o Tribunal Pleno desta Egrégia Corte de Justiça decidiu, à unanimidade, referendar a medida cautelar, para suspender a eficácia da Lei nº 384/2022 do Município de Feira de Santana até o julgamento final desta Ação Direta de Inconstitucionalidade (id. 42257260).

Em observância ao quanto disposto no art. 11, c/c art. 6º, parágrafo único, da Lei nº 9.868/1999, foram requisitadas informações ao Prefeito do Município de Feira de Santana e à Câmara de Vereadores do referido município (id. 46700695).

As referidas autoridades, embora devidamente intimadas, não apresentaram informações (id's 50590029 e 53081989), sendo realizada, em seguida, a abertura de prazo comum para a Procuradoria Geral do Estado e para a Procuradoria Geral de Justiça.

Em atendimento à promoção ministerial, foi determinada a abertura de prazo sucessivo para a manifestação da Procuradoria Geral do Estado e da Procuradoria Geral de Justiça (id. 55269649).

Em 01/02/2024, a Procuradoria Geral do Estado se manifestou (id. 56810103), suscitando, preliminarmente a ilegitimidade ativa da ABRASCE, sob o fundamento de que as entidades de classe de âmbito nacional não seriam legitimadas para propor a ação direta de inconstitucionalidade, já que a Constituição Estadual exige que a entidade de classe seja apenas de âmbito estadual (art. 134, inciso VI, da Constituição Estadual).

No mérito, manifestou-se pela declaração da inconstitucionalidade da lei questionada, pontuando que, embora a função da Procuradoria Geral do Estado em sede de controle concentrado de constitucionalidade seja a de defender a presunção de legitimidade dos atos normativos, o caso em exame envolve tema que já foi enfrentado e decidido pelo STF em ação direta (ADI 1623), no sentido de assentar a incompetência legiferante dos Municípios para dispor sobre a disposição e disponibilização de espaços e estacionamentos de shopping centers e congêneres.

Em atenção à alteração promovida pela Emenda Regimental nº 03/2023, do Tribunal Pleno do TJBA, os autos foram distribuídos ao Órgão Especial (id. 57110035). Em seguida, fora proferido despacho determinando a intimação da parte autora, para se manifestar acerca da arguição de ilegitimidade ativa (id. 57683602).

Em 18/03/2024, a ABRASCE se manifestou, ratificando a sua legitimidade ativa para questionar a constitucionalidade de lei estadual, por se tratar de questão superada nos autos e já decidida mediante acórdão, bem como por sua legitimidade ativa já ter sido reconhecida pelo STF, asseverando que o fato de ser uma entidade de classe de âmbito nacional permite a sua adequação ao art. 134, inciso VI, da Constituição Estadual, não podendo ser feita uma interpretação restritiva do mencionado dispositivo (id. 58953968).

Os autos foram redistribuídos ao Relator originário, junto ao Órgão Especial, em observância a alteração promovida pela Emenda Regimental nº 03, de 08 de maio de 2024, do Tribunal Pleno do TJBA (id. 63642978).

Instada a se manifestar, a douta Procuradoria de Justiça opinou pelo afastamento da preliminar suscitada e, no mérito, pela procedência da ação direta, para que seja declarada a inconstitucionalidade da Lei nº 384/2022, do Município de Feira de Santana (id. 67781595).

Encontrando-se os autos conclusos e por não dependerem de revisão, conforme observância do quanto disposto nos art. 166 do RITJBA, pedi a inclusão em pauta para julgamento.

É o relatório.

VOTO

“Inicialmente, passo à análise da preliminar de ilegitimidade ativa suscitada pela Procuradoria Geral do Estado em sua manifestação.

1. Da preliminar de ilegitimidade ativa da ABRASCE

A Procuradoria Geral do Estado suscitou, preliminarmente, a ilegitimidade ativa da ABRASCE, sob o fundamento de que as entidades de classe de âmbito nacional não seriam legitimadas para propor a ação direta de inconstitucionalidade, uma vez que a Constituição Estadual exige que a entidade de classe seja apenas de âmbito estadual (art. 134, inciso VI, da Constituição Estadual).

Como cediço, a Constituição Estadual estabelece, em seu art. 134, inciso VI, e em simetria ao quanto estipulado pela Constituição Federal, os legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, sendo que, dentre estes, encontram-se as entidades de classe de âmbito estadual, senão veja-se:

“Art. 134. São partes legítimas para propor ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou municipal em face desta Constituição:

I - o Governador;

II - a Mesa da Assembleia Legislativa;

III - o Procurador-Geral de Justiça;

IV - o Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil;

V - partido político com representação na Assembleia Legislativa;

VI - federação sindical e entidades de classe de âmbito estadual;

VII - Prefeito ou Mesa de Câmara Municipal;”

In casu, a atuação da ABRASCE no âmbito estadual foi demonstrada através dos documentos que comprovaram a filiação de 2/3 (dois terços) dos shopping centers do Estado da Bahia aos seus quadros, tendo sido, inclusive, nomeado um coordenador estadual para atuar nas demandas locais do setor (Id's 25595294, 25595298 e 30347393).

Pontue-se, ainda, que os membros da Associação estão presentes em 2/3 (dois terços) dos municípios baianos onde há shopping centers, segundo consta dos documentos constante dos autos (id's 25595294 e 30347393).

Por outro lado, o art. 134, inciso VI, da Constituição Estadual, ao prever a legitimidade ativa para “entidades de classe de âmbito estadual”, não pode ser interpretado de forma restritiva, de modo a restringir a legitimidade ativa de uma entidade de âmbito nacional, pois tal exegese, além de não ser razoável, não se amolda à simetria que deve existir entre a Constituição Estadual e a nossa Carta Magna, mormente considerando que o próprio Supremo Tribunal Federal reconheceu a abrangência da atuação da ABRASCE para os fins previstos no art. 103, inciso IX, da CF.

Nesse sentido, colaciona-se abaixo o julgado proferido pelo Supremo Tribunal Federal no bojo da ADI 6133, senão veja-se:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEGITIMIDADE DA REQUERENTE. LEI 8.174/2018, DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. INSTITUIÇÃO DO FERIADO DO DIA DAS MÃES. COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO. DIREITO DO TRABALHO. OFENSA AO ART. 22, I, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AÇÃO DIRETA JULGADA PROCEDENTE. I – A legitimidade da Associação Brasileira de Shopping Centers – Abrasce para propor ação direta de constitucionalidade questionando dispositivos do interesse e com impacto direto na situação jurídica de setores dos shopping centers. Precedente. II - Lei estadual que estabelece o feriado do Dia das Mães, comemorado no segundo domingo do mês de maio. Usurpação de competência da União para legislar sobre direito do trabalho. Violação do disposto no art. 22, I, da Constituição Federal. Precedentes. III - Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente para declarar inconstitucional a Lei 8.174/2018, do Estado do Rio de Janeiro.” (ADI 6133, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 16-06-2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-169 DIVULG 03-07-2020 PUBLIC 06-07-2020) – Grifos do Relator

Neste contexto, importa esclarecer que o Supremo Tribunal Federal vem reconhecendo, ainda, a legitimidade ativa da associação requerente para postular, mediante controle direto, a inconstitucionalidade de normas estaduais e municipais perante os tribunais estaduais. É o que se infere do julgamento dos Recursos Extraordinários nºs 1.347.591 e 1.453.495, cujos trechos foram abaixo transcritos:

“Trata-se de agravo interno cujo objeto é decisão em que neguei provimento ao recurso extraordinário, sob o fundamento de que “o reexame do acórdão impugnado, quanto ao enquadramento da recorrente no rol dos legitimados para ajuizar a representação de inconstitucionalidade, demandaria a interpretação da legislação infraconstitucional aplicável à espécie (Constituição estadual), bem como a verificação da abrangência espacial da associação recorrente”. A parte agravante defende o provimento do agravo e consequentemente do recurso extraordinário. Afirma que “a ABRASCE não requer uma interpretação acerca da Constituição do Estado do Ceará por parte dessa e. Suprema Corte. Aliás, não é controvertido nestes autos o fato de o inc. VIII

do art. 127 da Constituição local prever legitimidade para “organização sindical ou entidade de classe de âmbito estadual ou intermunicipal”. O que se afirma é a impossibilidade de um dispositivo semelhante restringir a legitimidade ativa de uma entidade nacional, cuja abrangência de atuação foi reconhecida por esse e. STF, na exegese do art. 103, inc. IX, da Constituição Federal, conforme decidido na ADI 6133”. Tem razão a agravante. Reconsidero a decisão agravada. (...) O recurso extraordinário busca fundamento no art. 102, III, a, da Constituição Federal. A parte recorrente alega violação ao art. 103, IX, da CF. Sustenta possuir legitimidade para propositura de ação direta de inconstitucionalidade em face de ato normativo municipal. Decido: A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconhece a legitimidade ativa da associação recorrente para postular, em controle direto, a inconstitucionalidade de normas estaduais e municipais nos respectivos tribunais estaduais. Nesse mesmo sentido, vejam-se RE 1.151.652-AgR, Rel. Min. Edson Fachin; RE 1.222.931, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, RE 1.311.461, Rel. Min. Edson Fachin; e RE 833.291-RG, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno. Diante do exposto, reconsidero a decisão agravada e, com base no art. 932, V, do CPC/2015 e no art. 21, § 2º, do RI/STF, dou provimento ao recurso extraordinário para reconhecer a legitimidade ativa da Associação Brasileira de Shopping Centers - Abrasce, e determinar o retorno dos autos ao Tribunal de origem para julgamento do mérito da ação. (RE 1347591 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Julgamento: 06/03/2023, Publicação: 08/03/2023) – Grifos do Relator

“(...) Neste recurso extraordinário, interposto pelo Presidente e pela Mesa da Câmara Municipal, fundamentado no art. 102, III, a, da Constituição Federal, alega-se, em suma, violação dos arts. 103, IX e 125, § 2º, da mesma Carta. Neste recurso extraordinário, interposto pelo Prefeito e pelo Município de São Paulo, fundamentado no art. 102, III, a, da Constituição Federal, aduz-se, em resumo, ofensa aos arts. 22, I; 24, V e 30, I e II, da mesma Carta. Bem examinados os autos, decido. Preliminarmente, no tocante à controvérsia quanto à ilegitimidade da Associação Brasileira de Shopping Centers - ABRASCE para ingressar com Ação Direta de Inconstitucionalidade de Lei Municipal, sob o argumento de não representar a totalidade ou maior parte de instituições ou setores que oferecem o serviço de estacionamento privativo, o Tribunal a quo decidiu que a instituição possui legitimidade ativa por ser entidade de âmbito nacional representativa de classe, tanto dos referidos centros comerciais quanto de hipermercados. Ademais, as finalidades institucionais da referida associação têm pertinência com o tema em discussão. De fato, a Lei Municipal 17.830/2022, ora questionada via controle concentrado, proibiu a aplicação de multa ou de qualquer penalidade em decorrência extravio do comprovante de estacionamento particular de veículos, norma que atinge diretamente os associados. Ressalta-se que o Supremo Tribunal Federal reconhece a legitimidade ativa da ABRASCE para postular, em controle direto, a inconstitucionalidade de normas estaduais e municipais nos respectivos tribunais estaduais. Cito, por oportuno, os seguintes julgados: RE 833.291 RG/SP, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, Dje 25/5/2019; RE 1.151.652 AgR/SC, Rel. Min. Edson Fachin, Segunda Turma, Dje 12/3/2019; RE 1.222.931 AgR/MA, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Dje. 6/8/2019. Nesse sentido, o acórdão recorrido encontra-se em consonância com a jurisprudência desta Corte. (...) Posto isso, nego seguimento ao recurso (art. 21, § 1º, do RISTF). (RE 1453495, Relator(a): Min. CRISTIANO ZANIN, Julgamento: 06/09/2023, Publicação: 08/09/2023) – Grifos do Relator

Pelo exposto, demonstrada a legitimidade ativa da ABRASCE para a propositura da presente ação direta, **a preliminar suscitada deve ser rejeitada.**

Inexistindo outras questões preliminares a serem discutidas, e verificada a presença dos pressupostos processuais, passa-se, de plano, ao exame do mérito da ação.

2. Da pretensão e declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 384/2022 do Município de Feira de Santana

Cuida-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) proposta pela Associação Brasileira de Shopping Centers - ABRASCE, tendo por objeto a Lei nº 384/2022 do Município de Feira de Santana, que dispõe sobre o direito à proteção e prevenção de danos materiais nos estacionamentos de shopping centers, e dá outras providências.

Ab initio, ao exame dos autos, observo que a Associação Brasileira de Shopping Centers – ABRASCE possui interesse de agir, na medida em que comprovou a existência de uma relação lógica entre a questão trazida ao acerto jurisdicional e os interesses por ela defendidos.

Consta dos autos que o edil Josse Paulo Pereira Barbosa apresentou, perante a Câmara Municipal de Feira de Santana, o Projeto de Lei nº 42/2021, dispondo sobre o direito à proteção e prevenção de danos materiais nos estacionamentos de shopping centers.

O mencionado projeto foi aprovado pelo legislativo local e, em seguida, encaminhado ao Chefe do Executivo, oportunidade em que a proposição foi vetada, sob os mesmos argumentos expendidos na inicial da presente ação (id. 25595290), sendo o veto, contudo, rejeitado pela Casa Legislativa, transformando-se o referido projeto, consequentemente, na Lei Municipal nº 384/2022 (id. 25595286).

Inicialmente, cumpre registrar que, acerca do processo legislativo e das regras de repartição de competência entre os entes federativos, o quanto disciplinado na Constituição Federal deve, necessariamente, ser observado pelos demais entes federativos, por força do princípio da simetria, reflexo do art. 25, *caput* e § 1º, da Carta Magna, e também do art. 55 da Constituição Estadual. Os Estados-membros, inclusive, contam com normas de repetição obrigatória em suas respectivas constituições.

No que concerne ao controle de constitucionalidade, mais especificamente levando-se em conta a origem do vício, vale ressaltar que a doutrina o classifica em formal ou material. O primeiro relaciona-se à formação do ato, desde a sua proposta até o final do procedimento adotado, e o segundo refere-se ao conteúdo da norma. Sobre o tema, leciona o Exmo. Sr. Ministro Gilmar Ferreira Mendes, *in verbis*:

“3.3.2.1. Inconstitucionalidade formal

Os vícios formais afetam o ato normativo singularmente considerado, sem atingir seu conteúdo, referindo-se aos pressupostos e procedimentos relativos à formação da lei.

Os vícios formais traduzem defeito de formação do ato normativo, pela inobservância de princípio de ordem técnica ou procedimental ou pela violação de regras de competência. Nesses casos, viciado é o ato nos seus pressupostos, no seu procedimento de formação, na sua forma final.

(...)

3.3.2.2. Inconstitucionalidade material

Os vícios materiais dizem respeito ao próprio conteúdo ou ao aspecto substantivo do ato, originando-se de um conflito com regras ou princípios estabelecidos na Constituição.

A inconstitucionalidade material envolve, porém, não só o contraste direto do ato legislativo com o parâmetro constitucional, mas também a aferição do desvio de poder

ou do excesso de poder legislativo.” (in Curso de Direito Constitucional, 4ª edição, Ed. Saraiva, 2009, págs. 1061/1063).

Para melhor análise da questão trazida aos autos, cumpre transcrever os dispositivos que integram a Lei nº 384/2022, do Município de Feira de Santana, que assim dispõe:

“LEI PROMULGADA Nº 384/2022

Assegura ao consumidor o direito à proteção e prevenção de danos materiais nos estacionamentos de shopping centers, e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE FEIRA DE SANTANA, Estado da Bahia, FAÇO saber que a Câmara Municipal, através do Projeto de Lei nº 42/2021, de autoria do Edil Josse Paulo Pereira Barbosa, decretou e eu na conformidade do art. 78, § 7º da Lei Orgânica do Município, PROMULGO a seguinte Lei:

Art. 1º. Fica assegurado ao consumidor, conforme disposição do Código de Defesa do Consumidor, o direito a efetiva proteção e prevenção de danos patrimoniais, bem como, artigos 627 e 629 do Código Civil devendo, portanto, os shopping centers que oferecerem estacionamentos aos consumidores, garantir que a vaga contenha cobertura para proteção solar (redução da incidência solar direta) e de chuva, aos veículos, em todas as vagas que ofertarem aos clientes.

Art. 2º. Para aplicação desta Lei, é indiferente se o estacionamento é pago ou gratuito.

Art. 3º. A fiscalização será realizada pelo PROCON, tanto de ofício quanto a requerimento ou denúncia realizada.

Art. 4º. As penalidades pelo descumprimento desta Lei são:

I - advertência e concessão de prazo para regularização, no mínimo de 20 (vinte) dias, no máximo de 60 (sessenta) dias corridos;

II - caso não seja realizada a regularização no prazo concedido, será aplicada multa de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) e concedido novo prazo para regularização, de até 30 (trinta) dias corridos;

III - se, havendo nova fiscalização, de ofício ou por denúncia, for constatado o descumprimento do prazo anteriormente designado, sendo, nesse caso, hipótese de reincidência, a multa aplicada será de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais), ou cassação de alvará de funcionamento do estabelecimento.

IV - aos estabelecimentos que forem flagrados pela fiscalização, em descumprimento ao disposto nesta Lei, já tendo sido beneficiadas pela advertência e anteriormente já regularizado, nos termos do caput deste artigo, acerca do oferecimento de proteção aos veículos dos consumidores de seus serviços nos estacionamentos, será aplicada multa de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais), ou cassação de alvará de funcionamento.

Art. 5º. Esta Lei entrará em vigor 60 (sessenta) dias após a data de sua publicação.

PRESIDÊNCIA DA CÂMARA MUNICIPAL DE FEIRA DE SANTANA, em 1º de Março de 2022.

FERNANDO DANTAS TORRES

Presidente” (id. 25595286)

No que se refere à suscitada inconstitucionalidade formal, por vício de iniciativa, dispõe a Constituição Federal, no que interessa ao caso sub judice:

“Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;

(...)”

No âmbito da Constituição Estadual, a matéria é disciplina pelos artigos 1º, 2º, 4º e 59, caput e parágrafo único (a contrario sensu), dispositivos tidos como violados, que dispõem:

“Art. 1º – O Estado do Bahia, integrante da República Federativa do Brasil, rege-se por esta Constituição e pelas leis que adotar, nos limites da sua autonomia e do território sob sua jurisdição.

Art. 2º – São princípios fundamentais a serem observados pelo Estado, dentre outros constantes expressa ou implicitamente na Constituição Federal, os seguintes:

(...)

Art. 4º – Além dos direitos e garantias, previstos na Constituição Federal ou decorrentes do regime e dos princípios que ela adota, é assegurado, pelas leis e pelos atos dos agentes públicos, o seguinte:

(...)

Art. 59 – Cabe ao Município, além das competências previstas na Constituição Federal:

(...)

Parágrafo único - O Município exerce, no âmbito de seu território, as competências comuns com a União e o Estado, previstas na Constituição Federal e nesta Constituição.”

Como visto acima, a Lei Municipal nº 384/2022 impõe aos shopping centers da cidade, que oferecerem estacionamentos aos clientes, a obrigação de que sejam garantidas vagas com cobertura de proteção solar e de chuva aos veículos, em todas as vagas, sob pena de pagamento de multa e até de cassação de alvará de funcionamento.

Ora, a referida norma, ao impor limitações ao uso lícito da propriedade privada, está disciplinando matéria afeta ao Direito Civil, tema este que, como cediço, é de competência legislativa privativa da União, nos termos do art. 22, inciso II, da CF.

Neste contexto, a norma impugnada padece de evidente inconstitucionalidade formal, por vício de iniciativa, tendo em vista que o poder legislativo municipal, ao editar a norma impugnada, usurpou a esfera de competência da União, violando, não apenas o princípio federativo (art. 1º, CF), como também os artigos 1º, 2º, 4º e 59, caput e parágrafo único (*a contrario sensu*), da Constituição Estadual.

Sobre o tema, pacífica é a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, consoante se infere, *mutatis mutandis*, dos arestos abaixo:

“EMENTA: DIREITO CIVIL. AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE INCIDENTAL. REGULAÇÃO DE ESTACIONAMENTO. COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO. PRECEDENTES. RECURSO MANIFESTAMENTE INADMISSÍVEL. IMPOSIÇÃO DE MULTA. 1. O Supremo Tribunal Federal tem entendimento de que a regulação de preço de estacionamento é matéria de direito civil, inserindo-se na competência privativa da União para legislar (CF/88, art. 22,

I). Precedentes. 2. Inaplicável o art. 85, § 11, do CPC/2015, uma vez que não é cabível, na hipótese, condenação em honorários advocatícios (art. 25 da Lei nº 12.016/2009 e Súmula 512/STF). 3. Agravo interno a que se nega provimento, com aplicação da multa prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC/2015.” (RE 1162518 AgR, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 01/03/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-051 DIVULG 14-03-2019 PUBLIC 15-03-2019 - Grifos do Relator.) - Grifos do Relator

*“COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO – DIREITO CIVIL – ESTACIONAMENTO – SHOPPING CENTER – HIPERMERCADOS – GRATUIDADE – LEI Nº 4.541/2005, DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – PRECEDENTES. **Invade competência legislativa da União, prevista no artigo 22, inciso I, da Carta da República, norma estadual que veda a cobrança por serviço de estacionamento em locais privados.** Precedentes: Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 1.472/DF, relator ministro Ilmar Galvão, nº 2.448/DF, relator ministro Sydney Sanches, e nº 1.623/RJ, relator ministro Joaquim Barbosa.”(AI 730856 AgR, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 13/05/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-110 DIVULG 06-06-2014 PUBLIC 09-06-2014 - Grifos do Relator.) - Grifos do Relator*

*“EMENTA DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. LEI ESTADUAL. GRATUIDADE EM ESTACIONAMENTOS PRIVADOS. MATÉRIA DE DIREITO CIVIL. COMPETÊNCIA LEGISLATIVA PRIVATIVA DA UNIÃO. ART. 22, I, DA LEI MAIOR. LEGITIMIDADE DA ASSOCIAÇÃO AUTORA. CONSONÂNCIA DA DECISÃO RECORRIDA COM A JURISPRUDÊNCIA CRISTALIZADA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO QUE NÃO MERECE TRÂNSITO. AGRAVO INTERNO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. 1. **O entendimento da Corte de origem, nos moldes do assinalado na decisão agravada, não diverge da jurisprudência firmada no Supremo Tribunal, no sentido de que a regulação de preço de estacionamento é matéria de direito civil, inserindo-se na competência legislativa privativa da União, descrita no art. 22, I, da Lei Maior.** 2. Na esteira da jurisprudência desta Suprema Corte, a Associação Brasileira de Shopping Centers (ABRASCE) possui legitimidade para propor ação direta de inconstitucionalidade questionando dispositivos do interesse e com impacto direto na situação jurídica de setores dos shopping centers. 3. As razões do agravo interno não se mostram aptas a infirmar os fundamentos que lastrearam a decisão agravada. 4. Agravo interno conhecido e não provido.” (RE 1325864 AgR, Relator(a): ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 25/10/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-223 DIVULG 10-11-2021 PUBLIC 11-11-2021 – Grifos do Relator.) - Grifos do Relator*

Ressalte-se que a argumentação da Câmara de Vereadores, no sentido de que a lei impugnada trata de matéria que poderia ser objeto de regulamentação pelo legislativo municipal, por retratar questão atinente ao Direito do Consumidor, não merece prosperar.

Como cediço, a Constituição Federal conferiu aos Municípios apenas dois tipos de competência legislativa: a exclusiva (art. 30, inciso I, CF), e a suplementar (art. 30, inciso II, CF).

Na competência exclusiva, caberá ao Município legislar sobre assuntos de interesse local. Já, na competência suplementar, caberá ao Município complementar a legislação federal e estadual no que couber. Entretanto, em nenhuma das hipóteses, poderá o Município legislar sobre as matérias enumeradas no art. 22 da CF, pois estas, além de serem destinadas exclusivamente à União, não se enquadram, por consectário lógico, no conceito de “interesse local”.

Legislado especificamente sobre o tema, o ilustre doutrinador Dirley da Cunha Júnior assim pontua:

“(...) A Constituição Federal concedeu aos Municípios a competência legislativa exclusiva (art. 30,I) e suplementar (art. 30,II).

A competência legislativa exclusiva consiste na capacidade para legislar sobre assuntos de interesse local. Mas o que é “interesse local”? É interesse exclusivo do Município ou seu interesse predominante? Sob a égide das Constituições anteriores, vinham a doutrina e a jurisprudência entendendo que “interesse peculiar” era interesse predominante do Município. Esse mesmo entendimento pode ser perfeitamente aplicado, à luz da Constituição vigente, em face da novel expressão “interesse local”, idêntica àquela expressão “interesse peculiar”.

Assim, entendemos que interesse local não é interesse exclusivo do Município, mas seu interesse predominante, que o afete de modo direto e imediato, ainda que reflita nos negócios estaduais e federais. (...)

É a hipótese, por exemplo, de se fixar o horário de funcionamento de estabelecimento comercial, que, consoante a Súmula Vinculante 38 do STF, é da competência do Município. (...) Porém, apesar de ser de sua competência dispor sobre o comércio local, não pode o Município impedir a instalação de estabelecimentos comerciais do mesmo ramo em determinada área, sob pena de violar o princípio da livre concorrência.(...)

Assim, sobre assuntos de interesse local, ou seja, de interesse predominante do Município, cabe a este ente federado legislar com exclusividade, afastando os demais, se, evidentemente, não estiver no âmbito da competência enumerada da União (art. 22).

A competência suplementar do Município consiste na capacidade de poder complementar a legislação federal e estadual no que couber. Evidentemente que essa competência suplementar do Município só poderá incidir sobre as matérias enunciadas no art. 24 da Constituição, objeto da competência legislativa concorrente entre União e Estados ou Distrito Federal.(...)” - Grifos do Relator

Por outro lado, como visto acima, a jurisprudência do STF é pacífica no sentido de que a disciplina relativa à intervenção no desenvolvimento da atividade de estacionamento, por dizer respeito à exploração econômica de propriedade privada, enquadra-se no ramo do Direito Civil.

Por oportuno, colacionam-se abaixo trechos citados pela douta Procuradoria de Justiça em seu parecer, nos quais o Ministro Maurício Corrêa, no julgamento da ADI 1.918/ES, esclarece que o tema relativo à exploração econômica de estacionamentos privados insere-se no ramo do Direito Civil, diferenciando-o de questões atinentes ao Direito do Consumidor, senão veja-se:

“(...) Não há dúvida de que a lei estadual invadiu a competência exclusiva da União para legislar sobre direito civil (CF, artigo 22, I). Com efeito, não assiste razão ao Estado do Espírito Santo ao sustentar que se trata de matéria de sua competência, relacionada com a defesa do consumidor (fls. 133), tendo em vista que a hipótese se enquadra claramente no rol daquelas que se dá a intervenção do Poder Público na propriedade privada e na ordem econômica, questões a serem disciplinadas exclusivamente pela União (CF, artigos 22, II e III, e 173).

(...) Não se pode confundir questão de direito civil com matéria concernente ao consumo. O dispositivo da lei estadual em causa invade, sem dúvida, esfera do

direito civil, porquanto estabelece regras sobre elementos essenciais da propriedade. A propósito vale lembrar escólio de A. L. CALMON TEIXEIRA, citado pelo Ministério Público Federal em seu parecer:

‘A relação jurídica entre quem explora um estacionamento (proprietário ou outrem a quem foi repassado o direito de exploração) e seu usuário não se contém no âmbito da competência legislativa do município, seja ele qual for, é legislação privativa da União Federal (CF. art. 22, I). Compete-lhe, com exclusividade, legislar sobre direito civil e direito comercial, os quais regem, necessariamente, a relação jurídica entre o usuário do estacionamento de shopping center e quem o explora. A gratuidade compulsória não tem o condão de converter em relação jurídica de outra natureza o negócio jurídico de direito privado entre o usuário do estacionamento de shopping center e quem o explora ou o deste com o shopping. A transferência de exploração de estacionamento insere-se no elenco dos direitos do proprietário’(...).’

Nesses termos, verifica-se a usurpação da competência legislativa privativa da União, uma vez que a matéria envolve tema de Direito Civil. (...) - Grifos do Relator

Ademais, além da inconstitucionalidade formal, a norma municipal impugnada padece, ainda, de vício material, por ofensa ao direito de propriedade e ao princípio da livre iniciativa, na forma dos artigos 170, caput, inciso II, e parágrafo único, da Constituição Federal, de repetição obrigatória no art. 164, caput e § 1º, c/c art. 4º, ambos da Constituição Estadual, que dispõem, respectivamente:

CONSTITUIÇÃO FEDERAL

“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:

(...)

II - propriedade privada;

(...)

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei. (Vide Lei nº 13.874, de 2019).’

CONSTITUIÇÃO ESTADUAL

“Art. 4º – Além dos direitos e garantias, previstos na Constituição Federal ou decorrentes do regime e dos princípios que ela adota, é assegurado, pelas leis e pelos atos dos agentes públicos, o seguinte:

(...)

Art. 164 – O Estado, em conformidade com os princípios da Constituição Federal, atuará no sentido da promoção de desenvolvimento econômico, que assegure a elevação do nível de vida e bem-estar da população, conciliando a liberdade de iniciativa com os ditames da justiça social, cabendo-lhe:

(...)

§ 1º - É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.”

Nesta ordem de ideias, a lei municipal impugnada, ao impor aos shopping centers do Município de Feira de Santana a obrigação de construir coberturas em todas as vagas de seus estacionamentos, está, em verdade, limitando, de forma irrazoável, o direito de propriedade, bem como restringindo a liberdade de iniciativa de empresas privadas.

Com efeito, ainda que haja cobrança para o uso de estacionamentos dos shoppings, a Lei nº 384/2022 de Feira de Santana estabelece um novo ônus financeiro para os associados da ABRASCE, que deverão (ou deveriam) contratar serviços necessários ao estudo e construção de coberturas em seus estacionamentos no prazo estipulado pela referida lei.

Neste contexto, as medidas impostas na lei impugnada oferecem riscos ao equilíbrio econômico-financeiro dos associados da ABRASCE, o que, consequentemente, põe em risco o funcionamento de diversas empresas, bem como a manutenção de diversos postos de trabalho, além da arrecadação de receitas tributárias, restando, pois, demonstrado que as referidas determinações representam inequívoca violação ao livre exercício da atividade econômica.

Neste sentido, cito precedentes do Supremo Tribunal Federal, os quais, *mutatis mutandis*, aplicam-se ao caso *sub judice*:

“Ementa: AGRADO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO CIVIL. LEI ESTADUAL 11.411/2019. DISPENSA DO PAGAMENTO DE ESTACIONAMENTO EM SHOPPING CENTERS, MERCADOS E CENTROS COMERCIAIS. ESTABELECIMENTOS PRIVADOS. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL E MATERIAL. PRECEDENTES. AGRADO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I – O Supremo Tribunal Federal possui entendimento no sentido de que a regulação de preço de estacionamento é matéria de direito civil, inserindo-se na competência privativa da União para legislar (art. 22, I, da Constituição Federal). Inconstitucionalidade formal. II – A interferência do Estado na regulação de preço na espécie configura violação do princípio da livre iniciativa (art. 170, caput, da CF). Inconstitucionalidade material. III – Agrado regimental a que se nega provimento.” (RE 1309416 AgR, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 29/03/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-061 DIVULG 30-03-2021 PUBLIC 05-04-2021 - Grifos do Relator.) - Grifos do Relator

*“Ementa: Recurso extraordinário. Repercussão geral. Direito constitucional. Ação direta de inconstitucionalidade local. Leis nºs 10.947/91 e 11.649/94 e Decreto nº 29.728/91 do Município de São Paulo. Obrigação de implantação de ambulatório médico ou serviço de pronto-socorro equipado para o atendimento de emergência em shopping centers. Princípios da livre iniciativa, da razoabilidade e da proporcionalidade. Afronta. Recurso provido. 1. **Invade esfera legislativa da União e afronta os princípios da livre iniciativa, da razoabilidade e da proporcionalidade a lei municipal que obrigue a implantação, nos shopping centers, de ambulatório médico ou serviço de pronto-socorro equipado para o atendimento de emergência.** 2. Foi fixada a seguinte tese para o Tema nº 1.051: “É inconstitucional lei municipal que estabeleça a obrigação da implantação, nos shopping centers, de ambulatório médico ou serviço de pronto-socorro equipado para o atendimento de emergência”. 3. Recurso extraordinário ao qual se dá provimento. (Órgão julgador: Tribunal Pleno, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Julgamento: 04/12/2023, Publicação: 08/01/2024) - Grifos do Relator*

Por fim, considerando que a lei impugnada teve sua eficácia suspensa antes de entrar em vigor, por meio de medida cautelar deferida nos presentes autos (id. 42257260), esta não chegou a produzir efeitos jurídicos, motivo pelo qual deixo de modular os efeitos deste *decisio*.

Por todo o exposto, entendo que a Lei nº 384/2022 do Município de Feira de Santana padece de vícios de natureza formal e material, por afrontar os artigos 1º, 2º, 4º, 59, *caput* e parágrafo único (*a contrario sensu*), e 164, *caput* e § 1º, todos da Constituição Estadual, motivo pelo qual deve ser declarada a sua inconstitucionalidade.

Destarte, na esteira da parecer da douta Procuradoria de Justiça, voto no sentido de rejeitar a preliminar de ilegitimidade ativa suscitada pela Procuradoria Geral do Estado e, no mérito, julgar procedente a presente ação direta, para declarar a inconstitucionalidade Lei nº 384/2022 do Município de Feira de Santana, sem modulação de efeitos, confirmando-se a medida cautelar anteriormente deferida.”

Ex positis, acolhe o Órgão Especial deste Tribunal de Justiça do Estado da Bahia o voto, através do qual **se rejeita a preliminar de ilegitimidade ativa suscitada e, no mérito, julga-se procedente a presente ação direta**, para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 384/2022 do Município de Feira de Santana, sem modulação de efeitos, confirmando-se a medida cautelar anteriormente deferida.

(TJBA – INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS n. 0006792-96.2016.8.05.0000. Seção Cível de Direito Público. Relator: Des. BALTAZAR MIRANDA SARAIVA, Julgado em 29/10/2020).

ACÓRDÃO

INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS. CONTROVÉRSIA ACERCA DO REFERENCIAL DO TETO REMUNERATÓRIO APLICÁVEL AOS SERVIDORES PÚBLICOS ESTADUAIS DO PODER EXECUTIVO. ADOÇÃO, PELO ESTADO DA BAHIA, DE LIMITE ÚNICO, CONSUBSTANCIADO NO SUBSÍDIO DOS DESEMBARGADORES DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. INTELIGÊNCIA DO ART. 34, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. NORMA ESTADUAL SUSPensa TEMPORARIAMENTE PELA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 41/2003, QUE FIXOU COMO TETO DO PODER EXECUTIVO ESTADUAL O SUBSÍDIO DE GOVERNADOR. POSTERIOR PROMULGAÇÃO DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 47/2005, QUE FACULTOU A ADOÇÃO DE LIMITE ÚNICO PELOS ESTADOS, COM EFICÁCIA RETROATIVA À DATA DE VIGÊNCIA DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 41/2003. ESTADO DA BAHIA QUE JÁ HAVIA SE UTILIZADO DESSA FACULDADE ATRAVÉS DO ART. 34, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL, CUJA EFICÁCIA FOI REVALIDADA ATRAVÉS DO ART. 6º DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 47/2005. PRINCÍPIO FEDERATIVO. AUTO-ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS. INAPLICABILIDADE DO ART. 2º DA LINDB. ENTRADA EM VIGOR, DURANTE A TRAMITAÇÃO DO IRDR, DA EMENDA À CONSTITUIÇÃO ESTADUAL Nº 25/2018. ELIMINAÇÃO DO LIMITE ÚNICO ANTERIORMENTE PREVISTO NA NORMA ESTADUAL. INEXISTÊNCIA DE PERDA DE OBJETO DO PRESENTE INCIDENTE. LIMITAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO À DATA E QUE ENTROU EM VIGÊNCIA A ECE Nº 25/2018. FIXAÇÃO DA TESE JURÍDICA VINCULANTE E JULGAMENTO DO PROCESSO-PILOTO QUE ORIGINOU O INCIDENTE.

1. O presente Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas cuida de controvérsia acerca do referencial do teto remuneratório aplicável aos servidores públicos estaduais do Poder Executivo, em que se visa a fixação de tese jurídica acerca da vigência ou não do art. 34, § 5º, da Constituição Estadual, a teor do quanto disposto pelas Emendas Constitucionais nº 41/2003 e nº 47/2005.

2. Para adequar-se ao disposto no art. 37, inciso XI, da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 19/1998, a Constituição do Estado da Bahia foi alterada, através da Emenda nº 07/1999, que inseriu o § 5º no seu artigo 34, estabelecendo, como teto remuneratório, no âmbito estadual, o subsídio mensal, em espécie, dos Desembargadores do Tribunal de Justiça.

3. Ocorre que, posteriormente, o inciso XI do artigo 37 da Constituição Federal foi novamente alterado, através da Emenda Constitucional nº 41/2003, passando a fixar como teto remuneratório, nos Estados, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo.

4. A despeito do aparente conflito entre regras editadas por entes federados distintos, observa-se que o artigo 34, § 5º, da Constituição do Estado da Bahia não foi revogado pela Emenda Constitucional nº 41/2003, mas tão somente teve a sua eficácia temporariamente suspensa.

5. Assim, em 05 de julho de 2005, foi editada a Emenda Constitucional nº 47, que acrescentou o § 12 ao art. 37, facultando aos Estados, mediante emenda às suas Constituições, estabelecer como limite único o subsídio mensal, em espécie, dos Desembargadores dos respectivos Tribunais de Justiça, retroagindo expressamente os seus efeitos à data de vigência da Emenda Constitucional nº 41/2003.

6. Muito embora o § 12 do art. 37 da Constituição Federal trate-se de norma de eficácia limitada, facultando apenas ao Poder de Reforma Estadual instituir o teto único, observa-se que, no caso do Estado da Bahia, já havia sido adotada, desde a Emenda à Constituição Estadual nº 07/1999, a opção pelo limite único, sendo certo que, com a vigência da Emenda Constitucional nº 47/2005, houve a retomada dos ditames ali preceituados, trazendo à voga o teto relativo aos subsídios dos Desembargadores.

7. Registre-se que, durante a tramitação do presente Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, sobreveio a Emenda à Constituição Estadual nº 25, de 19 de dezembro de 2018, que, alterando o § 5º do artigo 34 da Constituição do Estado da Bahia, eliminou o limite único anteriormente previsto na norma estadual.

8. Ante o exposto, resta aprovada a seguinte tese jurídica vinculante: “O teto remuneratório dos servidores públicos do Poder Executivo do Estado da Bahia, até a entrada em vigência da Emenda à Constituição Estadual nº 25, de 19 de dezembro de 2018, era o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, conforme o disposto no artigo 34, § 5º, da Constituição do Estado da Bahia, com redação dada pela Emenda à Constituição Estadual nº 07/1999”

9. Na apreciação do processo paradigma, devem ser julgados prejudicados os Embargos de Declaração do Estado, rejeitada a preliminar de irregularidade de representação e, no mérito, concedida parcialmente a segurança para reconhecer o direito líquido e certo dos associados da Impetrante de terem como teto remuneratório o subsídio mensal dos Desembargadores do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, até o advento da Emenda à Constituição Estadual nº 25/2018, condenando-se o Estado da Bahia ao pagamento das diferenças havidas desde a data da impetração do *mandamus* até a data da entrada em vigor da ECE nº 25/2018, devidamente corrigidas pelo IPCA-E e com juros de mora segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança.

Vistos, relatados e discutidos estes autos do **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas nº 0006792-96.2016.8.05.0000**, em que figuram, como Suscitante, o **ESTADO DA BAHIA**, e como Suscitada, a **ASSOCIAÇÃO DOS OFICIAIS DA POLÍCIA MILITAR DO ESTADO DA BAHIA, ACORDAM** os Desembargadores integrantes da Seção Cível de Direito Público do Egrégio Tribunal Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade de votos, em aprovar a seguinte tese jurídica vinculante: “O teto remuneratório dos servidores públicos do Poder Executivo do Estado da Bahia, até a entrada em vigência da Emenda à Constituição Estadual nº 25, de 19 de dezembro de 2018, era o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, conforme o disposto no artigo 34, § 5º, da Constituição do Estado da Bahia, com redação dada pela Emenda à Constituição Estadual nº 07/1999”, bem como em apreciar o processo-piloto, para julgar prejudicados os Embargos de Declaração opostos pelo Estado da Bahia contra a decisão liminar e, no mérito, conceder parcialmente a segurança vindicada pela Impetrante, reconhecendo o direito líquido e certo dos seus associados de terem como teto remuneratório o subsídio mensal dos Desembargadores do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, nos termos do art. 34, § 5º, da Constituição Estadual e art. 37, § 12, da Constituição Federal, até o advento da Emenda à Constituição Estadual nº 25, de 19 de dezembro de 2018, condenando-se o Estado da Bahia ao pagamento das diferenças havidas desde a data da impetração do *mandamus* até a data da entrada em vigor da ECE nº 25/2018, devidamente corrigidas pelo IPCA-E e com juros de mora segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança, e assim o fazem pelas razões que integram o voto do eminente Desembargador Relator.

DECISÃO PROCLAMADA

Decisão: Aprovada, à unanimidade de votos, a seguinte tese jurídica vinculante: “O teto remuneratório dos servidores públicos do Poder Executivo do Estado da Bahia, até a entrada em vigência da Emenda à Constituição Estadual nº 25, de 19 de dezembro de 2018, era o – **Julgado**

RELATÓRIO

Trata-se de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas suscitado pelo Estado da Bahia, tendo como feito paradigma o Mandado de Segurança Coletivo nº 0027481-98.2015.8.05.0000 impetrado pela Associação dos Oficiais da Polícia Militar do Estado da Bahia, em favor dos seus associados, contra ato dito ilegal atribuído ao Secretário da Administração do Estado da Bahia, cuja controvérsia versa sobre o referencial do teto remuneratório dos servidores públicos estaduais do Poder Executivo.

Na referida ação mandamental, o Impetrante deduz pretensão concernente ao reconhecimento do direito líquido e certo dos servidores substituídos, Oficiais da Polícia Militar, de terem como teto remuneratório o valor correspondente ao subsídio de Desembargador do Tribunal de Justiça Estadual, em detrimento ao subsídio de Governador do Estado, bem como requer a condenação da Fazenda Pública ao pagamento das diferenças apuradas entre a data da impetração e a efetiva implementação da ordem concessiva.

Para tanto, o Impetrante alega que a norma insculpida no § 5º do art. 34 da Constituição Estadual, que estabelecia o subsídio de Desembargador como teto do funcionalismo público no Estado da Bahia, muito embora tenha perdido temporariamente sua eficácia durante a vigência da Emenda Constitucional nº 41/2003, foi expressamente repristinada com o advento da Emenda Constitucional nº 47/2005, que inseriu o § 12 no art. 37 da Constituição Federal e remeteu seus efeitos à data de entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 41/2003.

Em decisão de **fls. 69/74** dos autos em apenso, foi deferido o pleito liminar formulado pela Impetrante, para determinar que os seus associados tivessem como teto remuneratório o subsídio mensal, em espécie, dos Desembargadores do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, abstendo-se, consequentemente, a Secretaria Estadual da

Administração de efetuar qualquer estorno a título de “limite constitucional” nos contracheques dos beneficiários do writ, observando-se, obviamente, a limitação ali estabelecida.

Intimado, o Estado da Bahia opôs Embargos de Declaração (**fls. 78/84**) em face da referida decisão, bem como apresentou defesa do ato impugnado, às **fls. 89/110**, suscitando, preliminarmente, a irregularidade de representação da Impetrante, eis que do instrumento de mandato e da documentação subsequente não se depreende que a firma lançada em nome do outorgante é de quem detenha capacidade para tanto, pois não consta dos autos o estatuto social e a ata de eleição. Quanto ao mérito, defendeu que os substituídos pela Impetrante, na condição de servidores do Poder Executivo, submetem-se ao teto remuneratório consubstanciado no valor dos subsídios do Governador, na forma do art. 8º da Emenda Constitucional nº 41/2003, associado ao art. 37, inciso XI, da Constituição Federal.

O Secretário da Administração do Estado da Bahia prestou informações às **fls. 111/113**, pontuando que o ato impugnado encontra embasamento constitucional no inciso XI do art. 37, sendo impertinente a invocação do art. 34, § 5º, da Constituição Estadual, diante da sua revogação operada quando da promulgação da Emenda Constitucional nº 41/2003.

Ao apresentar suas contrarrazões aos embargos, às **fls. 117/119**, a Impetrante pontuou que, muito embora não houvesse instruído a petição inicial com o seu estatuto e a ata de eleição do atual

presidente, trata-se de irregularidade sanável, pedindo, assim, a juntada da referida documentação. No mais, aduziu que a decisão impugnada não apresenta omissão, contradição ou obscuridade, razão pela qual pugnou pela sua manutenção.

Mais adiante, em petições de **fls. 132/133 e fls. 184//185**, a Impetrante noticiou o descumprimento da medida liminar, juntando a documentação pertinente.

Nesse ínterim, o Estado da Bahia requereu a instauração do presente Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, aduzindo que o reconhecimento de que o teto remuneratório seria o de Desembargador, por força do restabelecimento da vigência do art. 34, § 5º, da Constituição Estadual, por consequência do art. 6º da Emenda Constitucional nº 47/2005, que determinou os efeitos retroativos à data de vigência da Emenda Constitucional nº 41/2003, teria o condão de constituir a Fazenda Pública Estadual em devedora de todos os servidores que sofreram estorno com base no teto de Governador, por todo o período, desde o advento da Emenda Constitucional nº 47/2005, o que se tornaria profundamente agressivo ao erário e à segurança jurídica, em razão da possibilidade de que as causas de igual pretensão sejam julgadas de forma diferenciada, pelo risco de se adotar a tese defendida pelo Impetrante.

Sob a ótica do Estado da Bahia, desde o advento da Emenda Constitucional nº 41/2003, que alterou a redação do inciso XI do art. 37 da Constituição Federal, o teto remuneratório dos servidores públicos estaduais do Poder Executivo, ativos e inativos, excetuando-se os membros do Ministério Público, da Procuradoria Geral do Estado e da Defensoria Pública, corresponde ao subsídio de Governador de Estado, em razão da ausência de recepção e, consequentemente, revogação do § 5º do art. 34 da Constituição do Estado da Bahia.

Nesta senda, defende que a referência da Emenda Constitucional nº 47/2005 quanto à retroação dos seus efeitos à data de vigência da Emenda Constitucional nº 41/2003, não é suficiente para que seja considerada existente uma repristinação expressa, não sendo possível que a eficácia retroativa suste, cancele ou desconstitua a eficácia revogatória decorrente da redação dada ao inciso XI do art. 37 da Constituição Federal pela Emenda Constitucional nº 41/2003, posto que seus efeitos se consumaram e se exauriram com a própria revogação do art. 34, § 5º, da Constituição Estadual.

E acrescenta: “se a norma estadual previa como sendo o teto o valor dos subsídios de Desembargador do Tribunal de Justiça, em consonância com a previsão da Constituição Federal então existente, a alteração do parâmetro constitucional importa na automática e impositiva ausência de recepção da anterior disciplina estadual – também denominada por parte da doutrina como revogação ou inconstitucionalidade superveniente ou sucessiva –, ocasionando a sua retirada formal do mundo jurídico”.

Diante deste cenário, entende que, após o advento da Emenda Constitucional nº 47/2005, somente mediante edição de uma nova emenda à Constituição Estadual é que se poderia modificar o parâmetro relativo ao teto remuneratório dos servidores públicos estaduais do Poder Executivo para o subsídio de Desembargador, notadamente em virtude de o § 12 do art. 37 da Constituição Federal se tratar de norma de eficácia limitada, que concedeu ao legislador uma faculdade, e não um dever, de alterar o referencial do teto.

Assim, argumenta não ser possível o aproveitamento do texto de emenda anterior, revogado quando do advento da Emenda Constitucional nº 41/2003, que unificou o referencial para fim de estabelecimento do teto remuneratório do Poder Executivo Estadual como sendo o do Governador.

Outrossim, assevera que uma emenda à Constituição Federal não tem o condão de repristinar dispositivo da Constituição Estadual que acarreta gravame financeiro ao erário estadual, haja vista que, por se tratar de norma de eficácia limitada, depende do juízo político de conveniência e oportunidade do Poder de Reforma Estadual, cotejado com as previsões orçamentárias e o impacto sobre a despesa. Nesse ponto, aduz que apenas o próprio Poder que criou a norma pode estabelecer a sua restauração, em observância à autonomia política dos entes federativos.

Ademais, alega que não se pode admitir a ocorrência de repristinação de dispositivo constitucional não recepcionado pela novel disciplina instituída pela Emenda Constitucional nº 41/2003, sem que haja assento constitucional explícito nesse sentido, posto que a repristinação não é admitida se não houver previsão inequívoca, não podendo ser presumida.

Invoca, ainda, o § 3º do art. 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, segundo o qual, salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência. Acrescenta que tal previsão legal se justifica tanto em função do princípio da segurança jurídica, como também pela racionalidade do próprio sistema jurídico.

Repisa que a eficácia derogatória ou ab-rogatória própria dos atos normativos que exsurtem na ordem jurídica com relação aos pretéritos exaure-se com o advento da vigência do novel ato normativo. Desse modo, frisa que, uma vez editada a Emenda Constitucional nº 41/2003, um dos efeitos que dela decorreram e que imediatamente se exauriu foi o de revogar atos normativos pretéritos com ela incompatíveis, a exemplo do art. 34, § 5º, da Constituição Estadual.

Assim, o Estado da Bahia defende que *“todo ato normativo, ao entrar em vigor, esgota a eficácia de sua carga revogadora, que não se protraí no tempo em face do que a sua posterior revogação não tem o condão de reabilitar o ato anteriormente revogado, posto que não coarcta a eficácia revogadora, exatamente porque já se exauriu”*.

Segue aduzindo que a repristinação é a restauração da vigência e eficácia de ato normativo revogado por expressa e específica disposição de ato normativo posterior que identifique o ato normativo a ser restaurado, não bastando a previsão de que haja eficácia retroativa sobre o ato revogador, pois não tem o condão de coarctar a eficácia revogadora, exatamente por ela ter se exaurido.

Neste esboço, obtempera que o acolhimento da tese da Impetrante da causa piloto ofenderia a segurança jurídica, constituindo o Estado da Bahia em dívida inestimável, inclusive quanto ao período pretérito, de 2003 a 2005, pelos valores descontados em razão do teto vigente, bem como violaria, por analogia ou interpretação extensiva, o previsto no art. 9º da Lei Complementar nº 95/98, que, ao disciplinar a elaboração dos atos normativos do art. 59 da Constituição Federal, preconiza que a cláusula de revogação deverá enumerar, expressamente, as leis ou disposições legais revogadas.

Salienta, ainda, que o caráter excepcional da repristinação é reconhecido e admitido pelo Supremo Tribunal Federal, conforme precedentes que transcreve, bem como aduz que a Corte Suprema já se manifestou, em sede de Suspensão de Liminar, sobre a questão de direito material controvertida, expressando o descabimento de que teria ocorrido repristinação.

Ante o exposto, requer seja julgado o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, fixando a tese jurídica a ser aplicada na causa piloto e nas demais demandas repetitivas, consistente no reconhecimento da permanência do subsídio de Governador como teto de remuneração para os servidores públicos estaduais do Poder Executivo.

Oficiada a Presidência deste Egrégio Tribunal de Justiça, nos moldes do art. 219, § 1º, do RI/TJBA, foi determinada a autuação e distribuição do incidente, no âmbito da Seção Cível de Direito Público, por prevenção, à relatoria desde julgador.

Submetido ao Colegiado, nos termos do art. 219, § 6º, do RI/TJBA, o IRDR foi admitido à unanimidade de votos (**fls. 161/171**).

Em seguida, por meio da decisão de **fls. 174/179**, foram adotadas as providências discriminadas no § 8º do art. 219 do RI/TJBA, assim sendo identificada a questão a ser submetida a julgamento: *“Cinge-se a controvérsia acerca da identificação do referencial para fixação do teto de remuneração dos servidores públicos estaduais do Poder Executivo como subsídio de Governador do Estado ou como subsídio de Desembargador do Tribunal de Justiça Estadual, o que envolve constatar a permanência da revogação ou a vigência do art. 34, § 5º, da Constituição Estadual, em razão do advento das Emendas Constitucionais nº 41/2003 e nº 47/2005”*.

A Presidência desta Casa foi cientificada para que incluísse o presente incidente no Cadastro de Incidentes do Tribunal, no sítio eletrônico do TJBA.

Às **fls. 201/436**, foram expedidos ofícios e AR's às unidades judiciárias a respeito da instauração do incidente, para que fosse dado conhecimento aos jurisdicionados quanto à suspensão dos processos que versam sobre a matéria em debate neste IRDR, bem como para viabilizar a sua participação no incidente.

À **fl. 385**, foi expedido Edital para ciência dos interessados, para que, no prazo 30 (trinta) dias, se habilitassem para os fins do quanto estatuído nos arts. 983 do CPC e 219, § 8º, IX, do RI/TJBA. O referido Edital foi disponibilizado no DJE em 03/05/2017, conforme certidão de **fl. 440**.

Foi certificado à **fl. 451** que, no dia 20/01/2017, foram expedidos ofícios para todos os Desembargadores deste Tribunal de Justiça e para as unidades judiciárias elencadas às **fls. 452/459-v**.

Em decisão de **fls. 461/462**, foi renovado o prazo de suspensão das demandas que versem sobre a mesma questão submetida a julgamento no IRDR.

À **fl. 468**, foi acolhida a promoção ministerial de **fls. 466/466-v**, determinando-se a conversão do julgamento em diligência, a fim de que fossem intimadas as partes integrantes do processo-piloto; à Associação dos Oficiais da PMBA para que pudesse exercer o contraditório e, a ambas, para que requeressem diligências e juntada de documentos, no prazo comum de 15 (quinze) dias, conforme dispõe o art. 983 do CPC.

Em seguida, Mário Ferreira de Camargo Neto peticionou às **fls. 470/483**, requerendo a extinção do presente incidente, mediante decisão monocrática, por entender que não restam presentes os requisitos do seu cabimento. Subsidiariamente, pugnou pela revogação da suspensão da tramitação dos processos referentes ao tema em discussão.

Em decisão de **fls. 485/486**, foi rechaçado o pleito do interessado, tendo em vista que já havia sido exercido o juízo positivo de admissibilidade do IRDR, impondo-se a suspensão dos feitos que tratam sobre a mesma matéria.

O Estado da Bahia se manifestou à **fl. 498**, entendendo não haver diligências a serem realizadas e nem juntada de documentos, pugnando, assim, pelo regular prosseguimento do incidente.

Apesar de regularmente intimada (**fl. 506**), a Associação dos Oficiais da Polícia Militar do Estado da Bahia não se manifestou nos autos deste incidente, conforme certidão de **fl. 508**.

A douta Procuradoria de Justiça, em parecer de **fls. 510/514-v**, opinou pela fixação da tese jurídica no sentido de firmar o teto remuneratório dos servidores públicos do Poder Executivo do Estado da Bahia no subsídio percebido pelos Desembargadores do Tribunal de Justiça, nos termos do art. 37, § 12, da Constituição Federal, do art. 34, § 5º, da Constituição Estadual e do art. 6º da Emenda Constitucional nº 47/2005.

Por fim, Eduardo José Oliveira Torres, em petição de **fls. 516/517**, requereu a sua admissão no presente incidente na qualidade de assistente simples.

Com este relato, nos termos do art. 931 do CPC, encaminhem-se os autos à Secretaria, para inclusão em pauta.

VOTO

Conforme relatado, trata-se de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas suscitado pelo Estado da Bahia, tendo como feito paradigma o Mandado de Segurança Coletivo nº 0027481-98.2015.8.05.0000 impetrado pela Associação dos Oficiais da Polícia Militar do Estado da Bahia, em favor dos seus associados, contra ato dito ilegal atribuído ao Secretário da Administração do Estado

da Bahia, cuja controvérsia versa sobre o referencial do teto remuneratório dos servidores públicos estaduais do Poder Executivo.

1. IDENTIFICAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS QUE ENSEJAM A CONTROVÉRSIA EM TORNO DA QUESTÃO JURÍDICA.

A controvérsia ora trazida à apreciação surgiu a partir do ajuizamento, por servidores públicos vinculados ao Poder Executivo do Estado da Bahia, de diversas ações judiciais pleiteando o reconhecimento do direito de terem, a título de teto remuneratório, o valor correspondente ao subsídio mensal de Desembargador do Tribunal de Justiça, em detrimento ao subsídio de Governador, nos moldes do artigo 34, § 5º, da Constituição do Estado da Bahia.

A fim de contextualizar a problemática, cumpre destacar que, com a edição da Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998, o inciso XI do artigo 37 da Constituição Federal teve seu conteúdo alterado, vinculando o teto remuneratório nacional do funcionalismo público ao subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

Observando essa diretriz, em 18 de janeiro de 1999, através da Emenda nº 07, a Constituição do Estado da Bahia foi alterada com a inserção do § 5º ao artigo 34 para estabelecer que a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes do Estado e dos Municípios não poderiam exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Desembargadores.

Posteriormente, foi editada a Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, modificando, mais uma vez, o inciso XI do artigo 37 da Constituição Federal, para estabelecer que o teto remuneratório nos Estados, no âmbito do Poder Executivo, seria o subsídio mensal do Governador.

Ocorre, porém, que no dia 05 de julho de 2005 foi editada a Emenda Constitucional nº 47, acrescentando o § 12 ao artigo 37 da Constituição Federal, e facultando aos Estados, mediante emenda às respectivas Constituições, estabelecer, como teto único, o subsídio mensal dos Desembargadores do respectivo Tribunal de Justiça, limitado a 90,25% (noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento) do subsídio mensal dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

Com efeito, a celeuma surgiu com o artigo 6º da Emenda Constitucional nº 47/2005, porquanto remeteu os seus efeitos à data de vigência da Emenda Constitucional nº 41/2003.

Diante disso, exsurgiu a relevante questão de direito material controvertida, pertinente às demandas repetitivas relativas ao teto de remuneração dos servidores públicos estaduais do Poder Executivo, concernente a se definir, como sustentam os autores, se com o advento da Emenda Constitucional nº 47/2005, o teto remuneratório passou a ser o subsídio de Desembargador do Tribunal de Justiça, ou, como entende o Estado da Bahia, se continuaria a ser o subsídio de Governador.

2. ÍNDICE COM OS FUNDAMENTOS FAVORÁVEIS E CONTRÁRIOS À TESE JURÍDICA DISCUTIDA.

Conforme consignado na petição inicial do presente incidente, os autores das demandas repetitivas que versam sobre teto remuneratório dos servidores públicos estaduais, costumam suscitar três teses em torno da questão de direito material sob análise, que acabam por desaguar em um mesmo fundamento, qual seja, o de que a Emenda Constitucional nº 47/2005 teria restabelecido a vigência e eficácia do artigo 34, § 5º, da Constituição do Estado da Bahia. Para tanto, aduzem que:

1. O artigo 34, § 5º, da Constituição do Estado da Bahia, muito embora tenha perdido temporariamente sua eficácia durante a vigência da Emenda Constitucional nº 41/2003, foi expressamente repristinado pelo artigo 6º da Emenda Constitucional nº 47/2005;
2. A eficácia retroativa do artigo 6º da Emenda Constitucional nº 47/2005 teria sustado ou evitado a eficácia revogatória do artigo 37, inciso XI, da Constituição Federal sobre o artigo 34, § 5º, da Constituição do Estado da Bahia, evitando, assim, que fosse efetivamente revogado; (iii) Com a eficácia retroativa da Emenda Constitucional nº 47/2005 à data da vigência da Emenda Constitucional nº 41/2003, não haveria mais a incompatibilidade do artigo 34, § 5º, da Constituição do Estado da Bahia com o artigo 37, inciso XI, da Constituição Federal e, assim, o dispositivo normativo estadual teria sido recepcionado.

Por seu turno, o Estado da Bahia argumenta o seguinte:

1. O artigo 6º da Emenda Constitucional nº 47/2005, ao prever a eficácia retroativa, não opera a repristinação expressa do artigo 34, § 5º, da Constituição do Estado da Bahia;
2. A repristinação expressa deve indicar especificamente o ato normativo que terá sua vigência restaurada, na forma da disciplina constante da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e da Lei Complementar nº 95/98;
3. A eficácia retroativa não evita nem suspende a eficácia revogatória do inciso XI do artigo 37 da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 41/2003, posto que se opera, se consume e se exaure quando da própria revogação;
4. Violação à segurança jurídica, pois o Estado da Bahia seria constituído devedor de dívida inestimável, inclusive quanto ao período de 2003 a 2005, pelos valores deduzidos em razão do teto vigente;
5. O artigo 37, § 12, da Constituição Federal trata-se de norma de eficácia limitada, facultando apenas ao Poder de Reforma Estadual, após o seu advento, resultante da Emenda Constitucional nº 47/2005, instituir o teto então previsto como sendo de subsídio de Desembargador;
6. Impossibilidade de o Congresso Nacional, por repristinação ou qualquer outro meio, modificar o teto remuneratório estadual, acarretando gravames e ônus financeiros para o Estado da Bahia.

3. ANÁLISE DOS FUNDAMENTOS CONTRÁRIOS E FAVORÁVEIS À TESE JURÍDICA DISCUTIDA.

A partir da contextualização fática da controvérsia em torno da questão jurídica e da exposição dos fundamentos favoráveis e contrários à tese jurídica ora discutida, passo à análise de cada um.

Com efeito, discute-se, no presente Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, a vigência ou não do artigo 34, § 5º, da Constituição Estadual, que estabelece o parâmetro para o teto do funcionalismo público no Estado do Bahia, em razão da sucessão no tempo das Emendas Constitucionais nº 19/1998, 41/2003 e 47/2005.

Nesta senda, necessário se faz uma regressão às referidas Emendas Constitucionais, a fim de se resolver a presente questão.

A Emenda Constitucional nº 19/1998 criou o teto remuneratório constitucional para o funcionalismo público, vinculando-o ao subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, senão vejamos:

Art. 37 (*Omissis*)

XI - A remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal; (Redação dada pela Emenda nº 19, de 1998).

Para adequar-se à Constituição Federal, a Constituição do Estado da Bahia foi alterada, através da Emenda nº 07/1999, que inseriu o § 5º no seu artigo 34, estabelecendo, como teto remuneratório, no âmbito estadual, o subsídio mensal, em espécie, dos Desembargadores do Tribunal de Justiça. Confira-se:

Art.34. (*Omissis*)

§ 5º A remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes do Estado e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Desembargadores.

Ocorre que, posteriormente, o inciso XI do artigo 37 da Constituição Federal foi novamente alterado, através da Emenda Constitucional nº 41/2003, passando a fixar como teto remuneratório, nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, senão vejamos:

Art. 37. (*Omissis*)

XI - A remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, de 2003).

À primeira vista, diante da ausência de simetria entre o artigo 34, § 5º, da Constituição do Estado da Bahia e a nova redação dada o inciso XI do artigo 37 da Constituição Federal, imaginava-se que a norma estadual havia sido revogada pela Emenda Constitucional nº 41/2003.

Todavia, em 05 de julho de 2005, foi editada a Emenda Constitucional nº 47, que, não obstante tenha mantido o inciso XI do art. 37 com redação dada pela Emenda nº 41/2003, acrescentou o § 12 ao texto constitucional, facultando aos Estados, mediante emenda às suas Constituições, estabelecer como limite único o subsídio mensal, em espécie, dos Desembargadores dos respectivos Tribunais de Justiça. Confira-se:

Art. 37. (*Omissis*)

§ 12 Para os fins do disposto no inciso XI do caput deste artigo, fica facultado aos Estados e ao Distrito Federal fixar, em seu âmbito, mediante emenda às respectivas Constituições e Lei Orgânica, como limite único, o subsídio mensal dos Desembargadores do respectivo Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, não se aplicando o disposto neste parágrafo aos subsídios dos Deputados Estaduais e Distritais e dos Vereadores. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 47, de 2005).

Destarte, o legislador constituinte derivado, visando atenuar os efeitos negativos da Emenda Constitucional nº 41/2003, que adentrou à discricionariedade dos entes federativos estaduais, optou por possibilitar a edição de um limite único estadual, no intuito de respeitar aqueles já adotados por alguns Estados-membros.

Ademais, a Emenda nº 47/2005, ao estabelecer para os Estados a faculdade de fixar os seus tetos remuneratórios no subsídio de Desembargador, fez retroagir expressamente os seus efeitos à data de vigência da Emenda Constitucional nº 41/2003, *in verbis*:

Art. 6º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação, com efeitos retroativos à data de vigência da Emenda Constitucional nº 41, de 2003.

Com isso, foi conferida autonomia aos Estados que já haviam estabelecido, por conveniência e oportunidade, como teto único do funcionalismo estadual o subsídio mensal percebido pelos Desembargadores que compõem os respectivos Tribunais de Justiça, como é o caso do Estado da Bahia.

Acerca da matéria, leciona Pedro Lenza:

“Outra medida no sentido de amenizar o impacto da Reforma da Previdência (EC n. 41/2003) e em fortalecimento da autonomia federativa, a EC n. 47/2005 introduziu no art. 37 o § 12, permitindo que os Estados e o DF, por critérios de conveniência e oportunidade, fixem, em seu âmbito, mediante emenda às respectivas Constituições e Lei Orgânica, um teto único equivalente ao subsídio mensal dos Desembargadores do respectivo TJ, limitado a 90,25% do subsídio mensal dos Ministros do STF. Essa regra, contudo, não se aplica aos Deputados Estaduais, Distritais e Vereadores.” (*in* Direito Constitucional Esquematizado. 16ª ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 507).

Não obstante, conforme alegado pelo Estado da Bahia, não se trata, na espécie, de aplicação do fenômeno da repristinação.

Isso porque o artigo 6º da Emenda Constitucional nº 47/2005, ao prever a eficácia retroativa, não opera a repristinação expressa do artigo 34, § 5º, da Constituição do Estado da Bahia.

Em verdade, para a ocorrência da repristinação expressa, deve ser indicado especificamente o ato normativo que terá sua vigência restaurada, na forma da disciplina constante do art. 2º, § 3º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que assim dispõe:

Art. 2º (Omissis)

§ 3º **Salvo disposição em contrário**, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência.

Portanto, com razão o Estado da Bahia ao alegar que, salvo disposição em contrário, a lei revogada não pode recobrar a sua vigência por ter a norma revogadora perdido sua eficácia. Tal previsão legal se justifica tanto em função da segurança jurídica, princípio basilar do Estado Democrático de Direito, abrigado pelos artigos 1º e 5º da Constituição Federal, como também pela racionalidade do próprio sistema jurídico.

De igual modo, aplica-se à espécie, por analogia, o artigo 9º da Lei Complementar nº 95/98, que, ao disciplinar a elaboração dos atos normativos do artigo 59 da Constituição Federal, exige que a cláusula de revogação enumere, expressamente, as leis ou disposições revogadas, o que importa na conclusão de que, por maiores e relevantes razões, até pela sua excepcionalidade, também se aplica à cláusula de repristinação.

Diante disso, em razão de o artigo 6º da Emenda Constitucional nº 47/2005 não ter feito qualquer referência, específica e inequívoca, à natureza e ao número da espécie normativa que teria sua eficácia restabelecida, constata-se a impropriedade do fundamento de que o artigo 34, § 5º, da Constituição Estadual teria sido repristinado com o advento da referida Emenda.

Neste particular, cumpre salientar que, muito embora este Egrégio Tribunal de Justiça tenha adotado a tese da repristinação em diversos julgados sobre a matéria, entendo, pelas razões supramencionadas, não se tratar da melhor solução para a controvérsia.

Neste particular, cumpre salientar que, muito embora este Egrégio Tribunal de Justiça tenha adotado a tese da repristinação em diversos julgados sobre a matéria, entendo, pelas razões supramencionadas, não se tratar da melhor solução para a controvérsia.

Neste particular, cumpre salientar que, muito embora este Egrégio Tribunal de Justiça tenha adotado a tese da repristinação em diversos julgados sobre a matéria, entendo, pelas razões supramencionadas, não se tratar da melhor solução para a controvérsia.

Frise-se, neste diapasão, que o próprio poder constituinte originário conferiu aos Estados-membros a capacidade de auto-organização, ou seja, de elaborar e reger-se por suas próprias Constituições, ex vi do art. 25, *caput*, da Carta Magna e art. 11, *caput*, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias:

Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição.

Art. 11. Cada Assembléia Legislativa, com poderes constituintes, elaborará a Constituição do Estado, no prazo de um ano, contado da promulgação da Constituição Federal, obedecidos os princípios desta.

Sobre o tema, leciona Alexandre de Moraes:

“A autonomia dos Estados-membros caracteriza-se pela denominada tríplice capacidade de auto-organização e normatização própria, autogoverno e autoadministração. Os Estados-membros se auto-organizam por meio do exercício de seu poder constituinte derivado-decorrente, consubstanciando-se na edição das respectivas Constituições Estaduais e, posteriormente, através de sua própria legislação (CF, art. 25, *caput*), sempre, porém, respeitando os princípios constitucionais sensíveis, princípios federais extensíveis e princípios constitucionais estabelecidos.” (*in* Direito Constitucional. 33ª ed. rev. e atual., São Paulo: Atlas, 2017).

A fim de corroborar tal linha intelectual, note-se, inclusive, que nem mesmo no âmbito infralegal há que se falar em hierarquia entre as normas federais e estaduais, motivo pelo qual a Constituição Federal prevê, em seu art. 24, § 4º, que na hipótese de competência legislativa concorrente, a superveniência de lei federal apenas suspende – e não revoga – a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.

É justamente por força do princípio federativo e da autonomia constitucionalmente conferida aos Estados-membros, que eventual incompatibilidade entre normas constitucionais estaduais e federais deve ser declarada através do procedimento judicial adequado, instaurado com o objetivo específico de expurgar as primeiras do ordenamento jurídico. Sua revogação, porém, incumbe apenas à respectiva Assembleia Legislativa.

Sendo assim, dentro da atual sistemática constitucional, é inconcebível a tese de revogação tácita de dispositivo da Constituição Estadual por Emenda à Constituição Federal, ainda que se trate de norma de reprodução obrigatória, como expôs o Ministro Moreira Alves, citado pelo Ministro Gilmar Mendes:

“(...) ‘É petição de princípio dizer-se que as normas das Constituições estaduais que reproduzem, formal ou materialmente, princípios constitucionais federais obrigatórios para todos os níveis de governo na federação são inócuas, e, por isso mesmo, não são normas jurídicas estaduais, até por não serem jurídicas, já que jurídicas, e por isso eficazes, são as normas da Constituição Federal reproduzidas, razão por que não se pode julgar, com base nelas, no âmbito estadual, ação direta de inconstitucionalidade, inclusive, por identidade de razão, que tenha finalidade interventiva.’ (...)

‘Essas observações todas servem para mostrar, pela inadmissibilidade das consequências da tese que se examina, que não é exato pretender-se que as normas constitucionais estaduais que reproduzem as normas centrais da Constituição Federal (e o mesmo ocorre com as leis federais ou até estaduais que fazem a mesma reprodução) sejam inócuas e, por isso, não possam ser consideradas normas jurídicas. Essas normas são normas jurídicas, e têm eficácia no seu âmbito de atuação, até para permitir a utilização dos meios processuais de tutela desse âmbito (como o recurso especial, no tocante ao artigo 6º da Lei de Introdução ao Código Civil, e as ações diretas de inconstitucionalidade em face da Constituição Estadual). Elas não são normas secundárias que correm necessariamente a sorte das normas primárias, como sucede com o regulamento, que caduca quando a lei regulamentada é revogada. **Em se tratando de norma ordinária de reprodução ou de norma constitucional estadual da mesma natureza, por terem eficácia no seu âmbito de atuação, se a norma constitucional federal reproduzida for revogada, elas, por terem eficácia no seu âmbito de atuação, persistem como normas jurídicas que nunca deixaram de ser.** Os princípios reproduzidos, que, enquanto vigentes, se impunham obrigatoriamente por força apenas da Constituição Federal, quando revogados, permanecem, no âmbito de aplicação das leis ordinárias federais ou constitucionais

estaduais, graças à eficácia delas resultante’.” (in Curso de Direito Constitucional, 12ª ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2017, p. 1235).

Vale salientar, ademais, a imprestabilidade da invocação à regra do art. 2º da LINDB para justificar a revogação do dispositivo estadual, pois não se está a tratar de meras normas legais ou infralegais, mas sim de normas constitucionais, fato que reclama uma solução pautada em parâmetros inteiramente distintos, mormente no caso em concreto, em sede do qual discute-se o aparente conflito entre regras editadas por entes federados distintos.

Portanto, o artigo 34, § 5º, da Constituição Estadual jamais fora revogado, apenas teve a sua eficácia prejudicada ao advento da EC nº 42/2003.

Neste mesmo sentido, já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça nos autos do RMS 36.291/BA:

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA – CONSTITUCIONAL – SUCESSÃO DE NORMAS CONSTITUCIONAIS NO TEMPO – EC Nº 41/2003 E 47/2005 – RETROAÇÃO DOS EFEITOS – TETO REMUNERATÓRIO DO FUNCIONALISMO PÚBLICO – ART. 34, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO BAIANA – NORMA EM PLENA VALIDADE – RECURSO PROVIDO. 1. **O teto remuneratório do funcionalismo no Estado da Bahia, art. 34, § 5º, da constituição baiana foi editado na vigência da EC nº 19/1998, sendo com ela compatível, cuja eficácia ficou prejudicada ao advento da EC nº 42/2003, ao estabelecer como teto os subsídios do Governador.** 2. **A expressa previsão de efeitos retroativos da EC nº 47/2005 implica na automática eficácia do art. 34, § 5º, da Constituição da Bahia, norma em plena vigência desde a sua edição (EC Estadual nº 07/1999).** 3. **O teto dos servidores públicos do Estado da Bahia é, desde a EC Estadual mencionada, os subsídios dos Desembargadores do Tribunal de Justiça local.** 4. Ilegalidade dos descontos tomando como parâmetro os subsídios do Governador do Estado. 5. Recurso ordinário provido. (STJ, RMS 36.291/BA, Segunda Turma, Rel. Ministra ELIANA CALMON, julgado em 21/05/2013, DJe 29/05/2013).

No referido julgado, a eminente Ministra Eliana Calmon consignou em seu voto que **“o art. 34, § 5º, da Constituição do Estado da Bahia (com a redação decorrente da EC Estadual nº 07/1999), não foi revogado e, conseqüentemente, está em pleno vigor, sendo ilegítimos quaisquer descontos de subsídios ou vencimentos que tenham como parâmetro os vencimentos do Governador do Estado e não os dos Desembargadores do Tribunal de Justiça.”**

Ainda que assim não fosse, é imperioso observar que a retroação dos efeitos da Emenda Constitucional nº 47/2005 à data da vigência da Emenda Constitucional nº 41/2003, revela nítido intento do poder constituinte derivado de respaldar a validade das normas constitucionais editadas pelos Estados-membros que optaram pelo teto unificado, a exemplo do Estado da Bahia.

Portanto, uma interpretação teleológica da norma permite concluir que a Emenda Constitucional nº 47/2005, ao franquear aos Estados a fixação do subsídio mensal de Desembargador como limite único remuneratório, remetendo seus efeitos à data de vigência da Emenda Constitucional nº 41/2003, implicou na automática eficácia das normas estaduais que já previam o referido teto único.

Sendo assim, ao contrário do que afirma o Estado da Bahia, revela-se despicenda a promulgação, em período posterior à Emenda Constitucional nº 47/2005, de emenda constitucional estadual que atendessem à faculdade atribuída aos entes federados pelo § 12 do artigo 37 da Constituição Federal, haja vista que o artigo 34, § 5º, da Constituição do Estado da Bahia, introduzido pela Emenda Constitucional Estadual nº 07/1999, já dispõe expressamente sobre o tema.

Caso contrário, se fosse considerado que o § 12 do artigo 37 remete a uma verificação de conveniência e oportunidade “para o futuro”, como defende o Estado da Bahia, tornar-se-ia inócua a eficácia retroativa concedida à Emenda Constitucional nº 47/2005.

Não é outro o entendimento deste Egrégio Tribunal de Justiça, que, interpretando a evolução normativa, firmou diretriz segura a ser seguida sobre o tema, pacificando-se no sentido da prevalência do multicitado artigo 34, § 5º, da Carta Política Estadual, no estabelecimento do limite único remuneratório aplicado aos servidores públicos estaduais. A título exemplificativo:

MANDADO DE SEGURANÇA. SUBTETO REMUNERATÓRIO ESTADUAL. OBSERVÂNCIA DO LIMITE DADO PELO SUBSÍDIO DOS DESEMBARGADORES DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. INTELIGÊNCIA DO ART. 37, § 12 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL C/C O ART. 34, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DA BAHIA. ORDEM CONCEDIDA. AGRAVO REGIMENTAL PREJUDICADO. 1. Agravo regimental prejudicado, em face do julgamento do mérito do *mandamus*. 2. Não incidência do art. 97, da CF, que trata de reserva de plenário, uma vez que na espécie a discussão versa sobre o reconhecimento de revogação, ou não, de diploma estadual em decorrência de Emenda à Constituição Federal, não envolvendo, juízo de constitucionalidade, razão pela qual rejeita-se a prefacial. 3. Revela-se ilegal o ato administrativo que impõe limite constitucional aos vencimentos dos servidores, com base no subsídio mensal do Governador, na medida em que a EC nº 47/2005 teve eficácia retroativa à data da entrada em vigor da EC nº. 41/2003. 4. Validade da norma estadual (art. 34, § 5º, da CEBA) que prevê o teto unificado, com base no subsídio dos desembargadores do Tribunal de Justiça. 5. SEGURANÇA CONCEDIDA. AGRAVO REGIMENTAL PREJUDICADO. (TJBA, Mandado de Segurança nº 0023794-16.2015.8.05.0000, Seção Cível de Direito Público, Relatora: Desª. CARMEM LÚCIA SANTOS PINHEIRO, publicado em: 08/01/2016).

MANDADO DE SEGURANÇA. ESTORNO DA REMUNERAÇÃO A TÍTULO DE EXCEDENTE DE TETO ADOTANDO COMO REFERÊNCIA SUBSÍDIO DO GOVERNADOR DO ESTADO. ILEGALIDADE. ART. 34 § 5º DA CE QUE DISPÕE EXPRESSAMENTE QUE A REMUNERAÇÃO DE QUALQUER INTEGRANTE DO PODER EXECUTIVO NÃO PODERÁ EXCEDER O SUBSÍDIO MENSAL, EM ESPÉCIE, DOS DESEMBARGADORES. DISPOSITIVO SUSPENSO TEMPORARIAMENTE PELA EC 41/2003 QUE FIXOU COMO TETO O SUBSÍDIO DO GOVERNADOR. SUPERVENIÊNCIA DA EMENDA CONSTITUCIONAL 47/2005 QUE FACULTOU AOS ESTADOS ADOTAR COMO LIMITE ÚNICO A REMUNERAÇÃO, EM ESPÉCIE, DOS DESEMBARGADORES DO RESPECTIVO TRIBUNAL. RESTABELECIMENTO DA EFICÁCIA DO ART. 34, § 5º DA CE, ANTERIORMENTE PREJUDICADA PELA EC 41/03. AGRAVO REGIMENTAL PREJUDICADO. PERDA DO OBJETO PREQUESTIONAMENTO. PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO. SEGURANÇA CONCEDIDA. (TJBA, Mandado de Segurança nº 0016222-09.2015.8.05.0000, Seção Cível de Direito Público, Relatora: Desª. ILONA MÁRCIA REIS, publicado em: 31/05/2016).

MANDADO DE SEGURANÇA. CONSTITUCIONAL. SERVIDORA PÚBLICA ESTADUAL. TETO REMUNERATÓRIO. SUBSÍDIO MENSAL DO DESEMBARGADOR ESTADUAL. PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE PASSIVA DOS SECRETÁRIOS DA ADMINISTRAÇÃO E DA EDUCAÇÃO DO

ESTADO DA BAHIA. REJEITADAS. PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DO JUÍZO. REJEITADA. PRELIMINAR DE RESERVA DE PLENÁRIO. REJEITADA. MÉRITO. PREVISÃO CONTIDA NA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL, QUE ESTABELECE LIMITE REMUNERATÓRIO DOS SERVIDORES ESTADUAIS AOS PROVENTOS DOS DESEMBARGADORES (ART. 34, § 5º). FACULDADE PREVISTA NO ART. 37, INCISO XI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. RETROATIVIDADE DOS EFEITOS DA EC Nº 47/2005 AO DIA 19/12/2003, MESMA DATA QUE ENTROU EM VIGÊNCIA A EC Nº 41/2003. CONFIGURADA A ILEGALIDADE DO ATO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO DEMONSTRADO. PARECER MINISTERIAL FAVORÁVEL. AGRAVO REGIMENTAL PREJUDICADO. SEGURANÇA CONCEDIDA. (...) No mérito, ao mesmo tempo em que o art. 37, inciso XI, da Constituição Federal prevê o limite remuneratório dos servidores estaduais ao vencimento do Governador, faculta que cada Estado disponha de maneira distinta, através de regulamentação da matéria. Com efeito, a EC nº 47/2005 inseriu o parágrafo 12 ao artigo 37 da Carta Magna, possibilitando ao legislador estadual optar por um limite único, para todos os Poderes. Por seu turno, o art. 6º da referida Emenda Constitucional modulou os seus efeitos temporais, retroagindo-os à data que entrou em vigência a EC nº 41/2003, para restabelecer a eficácia das normas estaduais que já haviam estabelecido como teto único do funcionalismo estadual o subsídio mensal percebido pelos Desembargadores que compõem os respectivos Tribunais de Justiça, como é o caso do Estado da Bahia. Desse modo, ocorreu a repristinação expressa do § 5º do artigo 34 da Constituição do Estado da Bahia, que fixa como teto remuneratório dos servidores públicos o vencimento dos Desembargadores do TJBA. Precedentes deste Egrégio Tribunal de Justiça. Agravo Regimental prejudicado, em face do julgamento de mérito da ação mandamental. Preliminares Rejeitadas. Segurança Concedida. (TJBA, Mandado de Segurança nº 0018321-49.2015.8.05.0000, Seção Cível de Direito Público, Relator: Des. BALTAZAR MIRANDA SARAIVA, publicado em: 13/05/2016).

DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO CONTRA O SECRETÁRIO ESTADUAL DA ADMINISTRAÇÃO. DESCONTOS EFETUADOS SOBRE A REMUNERAÇÃO DO IMPETRANTE, EM RAZÃO DO LIMITE CONSTITUCIONAL. APLICAÇÃO DO TETO REMUNERATÓRIO CORRESPONDENTE AO SUBSÍDIO DO DESEMBARGADOR. PRECEDENTES. 1. Descabida a instauração de incidente de inconstitucionalidade na hipótese, porquanto, conforme entendimento reiterado desta corte, não se busca afastar a aplicabilidade de diplomas normativos por sua inconstitucionalidade. Trata-se, ao revés, de discussão afeta à interpretação das normas aplicáveis, daí porque descabe a instauração do referido incidente.

2. No mérito, verifica-se que, ao mesmo tempo em que o art. 37, XI, da CF prevê o limite remuneratório dos servidores estaduais ao vencimento do Governador, faculta que cada Estado disponha de maneira distinta, através de regulamentação da matéria. 3. A EC 47/05, inseriu o parágrafo 12 ao artigo 37 da Constituição Federal, possibilitando ao legislador estadual optar por um limite único, para todos os Poderes. Por seu turno, o art. 6º da referida EC modulou os efeitos temporais advindos da Emenda Constitucional 47, fixando a entrada em vigor à Emenda 41, respeitando, assim os Estados brasileiros que já haviam estabelecido como teto único do funcionalismo estadual o subsídio mensal percebido pelos Desembargadores que compõem os respectivos Tribunais de Justiça, como é o caso do Estado da Bahia. 4. Previsão contida na Carta Constitucional do

Estado (art. 34, §5º) fixando o teto remuneratório dos respectivos servidores públicos ao vencimento dos Desembargadores. Precedentes. Direito líquido e certo demonstrado. (TJBA, Mandado de Segurança nº 0020966-47.2015.8.05.0000, Seção Cível de Direito Público, Relatora: Desª. REGINA HELENA RAMOS REIS, publicado em: 19/03/2016).

MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO ADMINISTRATIVO. REMUNERAÇÃO DE SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. TETO REMUNERATÓRIO. SIMPLES RECONHECIMENTO DE REVOGAÇÃO OU NÃO DE DIPLOMA ESTADUAL POR EMENDA À CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO ENVOLVE JUÍZO DE INCONSTITUCIONALIDADE. INAPLICÁVEL A REGRA DE RESERVA DE PLENÁRIO. PRELIMINAR REJEITADA. ART. 37, §12, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. EC 47/2005, COM EFEITOS RETROATIVOS. REVALIDAÇÃO EXPRESSA DO ART. 34, §5º, DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. SUBSÍDIO DE DESEMBARGADOR DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA. PRECEDENTES. SEGURANÇA CONCEDIDA. A arguição de reserva de plenário em razão da questão *sub judice* não envolve qualquer juízo de inconstitucionalidade, mas, tão somente, o reconhecimento de revogação ou não de diploma estadual por Emenda à Constituição Federal, dispensando, assim, a aplicação do Princípio da Reserva de Plenário. A remuneração dos Servidores vinculados ao Poder Executivo Estadual tem como teto o subsídio mensal de Desembargador do Tribunal de Justiça da Bahia. Inteligência do art. 37, inciso XI, § 12 Constituição Federal, do art. 6º da Emenda Constitucional nº 47/2005 c/c art. 34, § 5º. da Constituição Estadual. (TJBA, Mandado de Segurança nº 0005357-92.2013.8.05.0000, Seção Cível de Direito Público, Relator: Des. JOÃO AUGUSTO ALVES DE OLIVEIRA PINTO, publicado em: 29/11/2013).

MANDADO DE SEGURANÇA – LIMITE DA REMUNERAÇÃO DO AUDITOR FISCAL – REMUNERAÇÃO DO SERVIDOR DO PODER EXECUTIVO – REVALIDAÇÃO DO ARTIGO 34, § 5º DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DA BAHIA – OBSERVÂNCIA DO TETO REMUNERATÓRIO DOS DESEMBARGADORES DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA – PRECEDENTES DA EGRÉGIA CORTE DE JUSTIÇA ESTADUAL DA BAHIA – SEGURANÇA CONCEDIDA. 1. Com a entrada em vigor da EC nº 47/05, houve expressa revalidação do § 5º do artigo 34 da Constituição Estadual, na medida em que o referido diploma remeteu os seus efeitos à mesma data em que passou a vigor a EC nº 41/03. 2. Entendimento já adotado por esta Egrégia Corte de Justiça Estadual: MANDADO DE SEGURANÇA, Processo nº 10273-6/209, SEÇÃO CÍVEL DE DIREITO PÚBLICO, Relator: JOSE CICERO LANDIN NETO, Data do Julgamento: 2/10/2009. (TJBA, Mandado de Segurança nº 0002137-28.2009.805.0000, Seção Cível de Direito Público, Relatora: Desª. MARIA DO SOCORRO BARRETO SANTIAGO, publicado em: 29/04/2010).

MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO CONSTITUCIONAL. SERVIDOR PÚBLICO. TETO E SUBTETO REMUNERATÓRIO. LIMITE CONSTITUCIONAL. DESCONTOS NOS PROVENTOS. POSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO. ARTIGO 9º, EC. Nº 41/2003 E ARTIGO 17 ADCT. REMUNERAÇÃO LIMITADA PELOS PROVENTOS DOS DESEMBARGADORES ESTADUAIS. ARTIGO 37, INCISO XI E § 12, CF; ARTIGO 34, § 5º, CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DA BAHIA. NÃO HÁ QUE FALAR EM DIREITO ADQUIRIDO À PERCEPÇÃO DOS PROVENTOS E VENCIMENTOS CONFORME A LEI VIGENTE À ÉPOCA

DA APOSENTADORIA DO FUNCIONÁRIO, VEZ QUE A PRÓPRIA LEGISLAÇÃO QUE REGE A MATÉRIA SOB COMENTO AFASTA ESTA HIPÓTESE, AO DISPOR QUE NOS VENCIMENTOS, A REMUNERAÇÃO, AS VANTAGENS E OS ADICIONAIS, BEM COMO OS PROVENTOS DE APOSENTADORIA QUE ESTEJAM SENDO PERCEBIDOS EM DESACORDO COM A CONSTITUIÇÃO IMEDIATAMENTE REDUZIDOS AOS LIMITES DELA DECORRENTES, NÃO SE ADMITINDO, NESTE CASO, INOVAÇÃO DE DIREITO ADQUIRIDO OU PERCEPÇÃO DE EXCESSO A QUALQUER TÍTULO (ARTIGO 17, ADCT). COM O ADVENTO DA EC Nº 47/2005, A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PASSOU A PREVER A POSSIBILIDADE DE OS ESTADOS FIXAREM, MEDIANTE EMENDA AS RESPECTIVAS CONSTITUIÇÕES, O SUBSÍDIO MENSAL DOS DESEMBARGADORES ESTADUAIS COMO LIMITE ÚNICO A REMUNERAÇÃO DOS SERVIDORES PÚBLICOS, EXCEPCIONANDO-SE A REGRA CONTIDA NO ARTIGO 37, XI, CF, COM REDAÇÃO DADA PELA EC Nº 41/2003, QUE INSTITUI COMO TETO REMUNERATÓRIO DOS SERVIDORES DO PODER EXECUTIVO OS PROVENTOS DO GOVERNADOR DO ESTADO. NESTE SENTIDO, APLICA-SE AOS SERVIDORES PÚBLICOS DO ESTADO DA BAHIA O TEXTO DO ARTIGO 34, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL, INSTITUINDO-SE COMO LIMITE REMUNERATÓRIO O SUBSÍDIO MENSAL DE DESEMBARGADOR. SEGURANÇA PARCIALMENTE CONCEDIDA (TJBA, Mandado de Segurança nº 61088-5/2008, Seção Cível de Direito Público, Relator: Des. Substituto JOSEVANDO SOUSA ANDRADE, julgado em 23/04/2009).

MANDADO DE SEGURANÇA. AUDITOR FISCAL. LIMITE SALARIAL. SUBTETO CONSTITUCIONAL. PRELIMINAR DE RESERVA DE PLENÁRIO REJEITADA PORQUE O PRESENTE WRIT NÃO TEM POR OBJETO UMA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE, MAS A GARANTIA DE UM DIREITO ESTATUÍDO NO ART.34, § 5º DA CE. MÉRITO. SERVIDOR APOSENTADO DO PODER EXECUTIVO. SUBTETO REMUNERATÓRIO. ART.34, §5º DA CE QUE DISPÕE EXPRESSAMENTE QUE A REMUNERAÇÃO DE QUALQUER INTEGRANTE DO PODER EXECUTIVO NÃO PODERÁ EXCEDER O SUBSÍDIO MENSAL, EM ESPÉCIE, DOS DESEMBARGADORES. DISPOSITIVO ESTADUAL SUSPENSO TEMPORARIAMENTE PELA EC Nº. 41/2003 QUE FIXOU COMO TETO O SUBSÍDIO DO GOVERNADOR. POSTERIOR PROMULGAÇÃO DA EC 47/2005 QUE FACULTOU AOS ESTADOS ADOPTAR COMO LIMITE SALARIAL ÚNICO A REMUNERAÇÃO, EM ESPÉCIE, DOS DESEMBARGADORES DO RESPECTIVO TRIBUNAL. ESTADO DA BAHIA QUE JÁ HAVIA SE UTILIZADO DESSA FACULDADE ATRAVÉS DO ART.34, §5º, DA CE E TEVE ESSE DISPOSITIVO REVALIDADO PELO FENÔMENO DA REPRISTINAÇÃO EXPRESSA, VEZ QUE, VEIO EXPLICITAMENTE CONSIGNADO NO ART.6º DA EC Nº. 47/2005 A RETROATIVIDADE DOS EFEITOS DESSA EMENDA (47/2005) AO DIA 19/12/2003, MESMA DATA QUE ENTROU EM VIGÊNCIA A EC Nº 41/2003. SEGURANÇA CONCEDIDA PARA DETERMINAR QUE O SECRETÁRIO DE ESTADO DA FAZENDA DO ESTADO DA BAHIA SE ABSTENHA DE EFETUAR QUALQUER ESTORNO A TÍTULO DE LIMITE CONSTITUCIONAL NO CONTRACHEQUE DO BENEFICIÁRIO DESTE MANDADO, OBSERVANDO-SE, OBVIAMENTE, A LIMITAÇÃO AQUI ESTABELECIDO (SUBSÍDIO DOS DESEMBARGADORES DO TJBA).

(TJBA, Mandado de Segurança nº 10273-6/2009, Seção Cível de Direito Público, Relator: Des. JOSÉ CÍCERO LANDIN NETO, julgado em: 22/10/2009).

MANDADO DE SEGURANÇA. PRELIMINAR DE RESERVA DE PLENÁRIO. REJEITADA. MÉRITO. TETO REMUNERATÓRIO DOS SERVIDORES DO ESTADO DA BAHIA. SUBSÍDIO DO DESEMBARGADOR DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. INTELIGÊNCIA DO ART. 34, §5º, DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL E DO ART. 37, §12, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO À PERCEPÇÃO DOS VENCIMENTOS SEM A INCIDÊNCIA DO TETO REMUNERATÓRIO PREVISTO. REJEITADA A PRELIMINAR. SEGURANÇA PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1. Preliminar de Reserva de Plenário – inexistente a alegada necessidade de submeter o presente *mandamus* à Reserva de Plenário prevista no art. 97 da Constituição Federal. O Impetrante não busca a declaração de inconstitucionalidade de norma ou ato normativo do poder público, mas tão somente o reconhecimento da vigência do art. 34, §5º, da Constituição do Estado da Bahia. Preliminar rejeitada. 2. Mérito – cuida-se de Mandado de Segurança, com pedido de liminar, impetrado por Osvaldo Costa Menezes contra ato administrativo supostamente ilegal atribuído aos Secretários da Fazenda e de Administração do Estado da Bahia, que determinaram a retenção do excesso do teto remuneratório dos vencimentos do Impetrante. - Inexiste direito líquido e certo à percepção de vencimentos sem a incidência do teto remuneratório previsto no art. 37, inciso XI, da Constituição Federal, que, in casu, corresponde ao subsídio mensal dos Desembargadores deste Tribunal de Justiça por força do art. 34, §5º, da Constituição do Estado da Bahia, como já restou decidido por esta Egrégia Corte no julgamento do Mandado de Segurança nº 43177-5/2008. Rejeitada a preliminar. Segurança parcialmente concedida. (TJBA, Mandado de Segurança nº 40798-9/2009, Seção Cível de Direito Público, Relatora: Desª. ILZA MARIA DA ANUNCIAÇÃO, julgado em: 03/12/2009).

Destarte, o artigo 34, § 5º, da Constituição do Estado da Bahia, cuja eficácia ficou suspensa durante a vigência da Emenda Constitucional nº 41/2003, teve sua eficácia revalidada com o advento da Emenda Constitucional nº 47/2005.

Lado outro, não configura violação à segurança jurídica o reconhecimento do teto remuneratório dos servidores públicos estaduais vinculados ao Poder Executivo como sendo o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça. Isso porque, ao se reconhecer a eficácia do artigo 34, § 5º, da Constituição do Estado da Bahia, resta demonstrado que, em verdade, o Estado da Bahia é que estava violando o direito dos seus servidores ao efetuar descontos indevidos em seus contracheques.

Portanto, o subteto constitucional para os servidores estaduais vinculados ao Poder Executivo é o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, como consta do artigo 34, § 5º, da Constituição do Estado da Bahia.

Saliente-se, ainda, que a aplicação do artigo 37, inciso XI, da Constituição Federal se dá tanto aos servidores em atividade quanto aos inativos e pensionistas, nos termos do próprio dispositivo e do art. 40, § 11, que determina a incidência do teto remuneratório sobre os proventos de aposentadoria e pensões.

Por fim, cumpre registrar que, durante a tramitação do presente Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, sobreveio a Emenda à Constituição Estadual nº 25, de 19 de dezembro de 2018, que, alterando o § 5º do artigo 34 da Constituição do Estado da Bahia, deu-lhe a seguinte redação:

Art. 34 (*Omissis*)

...

§ 5º - O subsídio, a remuneração, os proventos de aposentadoria, de reserva e de reforma, as pensões e quaisquer outras espécies remuneratórias dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes do Estado e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos submetem-se ao disposto no inciso XI do caput do art. 37 da Constituição Federal.

Sendo assim, ao remeter o teto remuneratório dos servidores estaduais ao disposto no inciso XI do art. 37 da Constituição Federal, o Poder Legislativo Estadual optou por eliminar o limite único anteriormente previsto na norma estadual. Assim, a partir da entrada em vigor da Emenda à Constituição Estadual nº 25/2018, o teto remuneratório dos servidores públicos estaduais vinculados ao Poder Executivo passou a ser o subsídio mensal do Governador.

Além disso, consta da própria Emenda à Constituição Estadual nº 25/2018, ressalva quanto às situações em que existem decisões judiciais com trânsito em julgado garantindo aos servidores do Poder Executivo a fixação do teto remuneratório no subsídio dos Desembargadores, salvo se as referidas decisões vierem a ser rescindidas, bem como existe ressalva quanto às hipóteses de decisões judiciais não transitadas em julgado, sendo estabelecido, nesses casos, a excepcional e transitória manutenção do teto remuneratório fixado na decisão, até que o subsídio mensal de Governador o alcance. Confira-se:

Art. 2º Os limites remuneratórios aplicados acima do quanto previsto no inciso XI do caput do art. 37 da Constituição Federal devem ser imediatamente a ele ajustados.

§ 1º Ficam, excepcionalmente, ressaltadas do ajuste de que trata o caput deste artigo as situações asseguradas por decisão judicial com trânsito em julgado até a data de promulgação desta Emenda Constitucional, salvo se aquela venha a ser rescindida, hipótese em que será temporariamente mantido, como limite remuneratório, o valor praticado para este fim na data da rescisão, até que o subsídio mensal do Governador o alcance.

§ 2º O valor aplicado para fins de limite remuneratório, na data de 30 de novembro de 2018, aos servidores públicos, civis e militares do Poder Executivo, em razão de decisão judicial não transitada em julgado até a data de promulgação desta Emenda Constitucional, fica excepcional e transitoriamente mantido para estes, como teto remuneratório, até que o subsídio mensal de Governador o alcance.

§ 3º O valor assegurado no § 2º deste artigo poderá ser reajustado por Lei, até que o subsídio mensal do Governador o alcance.

Frise-se, por oportuno, que o advento da Emenda à Constituição Estadual nº 25/2018 não traduz a perda de objeto do presente Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas nem tem o condão de tornar inócua a decisão a ser tomada por este Colegiado, mas tão somente limita os seus efeitos à data em que entrou em vigência a referida Emenda.

4. DISPOSITIVOS NORMATIVOS RELACIONADOS À QUESTÃO DISCUTIDA.

Relacionam-se com a questão ora discutida, os seguintes dispositivos:

Artigo 37, inciso XI, da Constituição Federal, e suas sucessivas alterações, por meio das Emendas Constitucionais nº 19/1998, 41/2003 e 47/2005;

Artigo 34, § 5º, da Constituição do Estado da Bahia, inserido pela Emenda à Constituição Estadual nº 07/1999 e alterado pela Emenda à Constituição Estadual nº 25/2018;

Artigo 37, § 12, da Constituição Federal, inserido pela Emenda Constitucional nº 41/2005;

Artigo 6º da Emenda Constitucional nº 47/2005;

Artigo 2º, § 3º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro;

Artigos 1º, 3º e 9º da Lei Complementar nº 95/1998;

Artigos 25 e 59 da Constituição Federal;

Artigo 11 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias;

5. DA ENUNCIÇÃO DA TESE JURÍDICA OBJETO DO INCIDENTE.

Nos termos do quanto previsto no inciso VI do art. 222 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, enuncio a tese jurídica objeto do presente incidente, a ser aplicada, nos termos do art. 985 do Código de Processo Civil, a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição deste Egrégio Tribunal de Justiça, inclusive àqueles eventualmente em trâmite nos juizados especiais do Estado da Bahia, bem como aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência deste Tribunal: *“O teto remuneratório dos servidores públicos do Poder Executivo do Estado da Bahia, até a entrada em vigência da Emenda à Constituição Estadual nº 25, de 19 de dezembro de 2018, era o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, conforme o disposto no artigo 34, § 5º, da Constituição do Estado da Bahia, com redação dada pela Emenda à Constituição Estadual nº 07/1999”*.

6. DA FUNDAMENTAÇÃO PARA SOLUÇÃO DO CASO CONCRETO APRESENTADO – JULGAMENTO DO PROCESSO-PILOTO QUE ORIGINOU O INCIDENTE.

Como dito alhures, o processo-piloto trata-se de Mandado de Segurança Coletivo, tombado sob nº 0027481-98.2015.8.05.0000, impetrado pela Associação dos Oficiais da Polícia Militar do Estado da Bahia, em favor dos seus associados, contra ato dito ilegal atribuído ao Secretário da Administração do Estado da Bahia, consubstanciado nos estornos efetuados nos contracheques dos substituídos, tendo como teto remuneratório o subsídio de Governador.

Em relação à preliminar de irregularidade de representação, entendo que não merece prosperar, haja vista que, muito embora a Impetrante não tenha instruído a petição inicial com o seu estatuto e a ata de eleição do atual presidente, trata-se de irregularidade sanável. Assim, tendo a Associação pedido a posterior juntada da referida documentação, entendo que o vício foi sanado, não havendo óbice ao prosseguimento do *mandamus*.

Quanto ao mérito, resta demonstrada, de acordo com a tese vinculante firmada neste IRDR, a pertinência do pleito autoral no que se refere ao reconhecimento do teto remuneratório dos associados

da Impetrante como sendo o subsídio mensal dos Desembargadores do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, nos termos do art. 34, § 5º, da Constituição Estadual e art. 37, § 12, da Constituição Federal.

Frise-se, por outro lado, que o direito líquido e certo dos substituídos processuais esvaiu-se com o advento da Emenda à Constituição Estadual nº 25, de 19 de dezembro de 2018, que, como dito alhures, remeteu o teto remuneratório dos servidores estaduais ao disposto no inciso XI do art. 37 da Constituição Federal, eliminando, por conseguinte, o limite único anteriormente previsto na norma estadual. Sendo assim, a partir da entrada em vigor da Emenda à Constituição Estadual nº 25/2018, o teto remuneratório dos servidores públicos estaduais vinculados ao Poder Executivo passou a ser o subsídio mensal do Governador, razão pela qual a segurança deve ser concedida parcialmente.

Por conseguinte, os valores retroativos devidos pelo Estado da Bahia têm, como termo inicial, a data da impetração do Mandado de Segurança (18/12/2015) e, como termo final, 19 /12/2018, data de entrada em vigência da Emenda à Constituição Estadual nº 25/2018.

Por fim, impõe-se o reconhecimento da perda do objeto dos Embargos de Declaração opostos pelo Estado da Bahia contra a decisão que deferiu o pedido liminar formulado pela Impetrante, haja vista a análise do mérito do Mandado de Segurança. Prejudicado, assim, o referido recurso.

3. DISPOSITIVO.

Ante os fundamentos expostos, VOTO no sentido de aprovar a seguinte tese jurídica vinculante: “O teto remuneratório dos servidores públicos do Poder Executivo do Estado da Bahia, até a entrada em vigência da Emenda à Constituição Estadual nº 25, de 19 de dezembro de 2018, era o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, conforme o disposto no artigo 34, § 5º, da Constituição do Estado da Bahia, com redação dada pela Emenda à Constituição Estadual nº 07/1999”, bem como em apreciar o processo-piloto, para julgar prejudicados os Embargos de Declaração opostos pelo Estado da Bahia contra a decisão liminar e, no mérito, conceder parcialmente a segurança vindicada pela Impetrante, reconhecendo o direito líquido e certo dos seus associados de terem como teto remuneratório o subsídio mensal dos Desembargadores do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, nos termos do art. 34, § 5º, da Constituição Estadual e art. 37, § 12, da Constituição Federal, até o advento da Emenda à Constituição Estadual nº 25, de 19 de dezembro de 2018, condenando-se o Estado da Bahia ao pagamento das diferenças havidas desde a data da impetração do mandamus até a data da entrada em vigor da ECE nº 25/2018, devidamente corrigidas pelo IPCA-E e com juros de mora segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança.

É como voto.

(TJBA - AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 8051502-84.2024.8.05.0000.Quinta Câmara Cível. Relator: Des. JOSÉ CÍCERO LANDIN NETO, Julgado: 27/01/2025).

ACORDÃO

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TUTELA DE URGÊNCIA. PUBLICAÇÃO DE INFORMAÇÕES SOBRE FESTEJOS JUNINOS EM PERFIL PESSOAL DE PREFEITO. ALEGADA VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DO ART. 300 DO CPC. POSTAGENS DE CARÁTER MERAMENTE INFORMATIVO. INEXISTÊNCIA DE PROMOÇÃO PESSOAL. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. DECISÃO MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO. Para a concessão da tutela de urgência, é necessária a presença cumulativa dos requisitos previstos no art. 300 do CPC: probabilidade de direito e perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo. A divulgação no perfil pessoal do prefeito de informações sobre atrações dos festejos juninos, sem enaltecimento da figura do gestor e com marcação do perfil oficial do evento, não configura, por si só, violação ao princípio da impessoalidade prevista no art. 37, §1º da Constituição Federal. Ausência de elementos que evidenciam, *prima facie*, promoção pessoal vedada pela Constituição Federal, sendo necessária maior dilação probatória para análise da questão. Decisão que indeferiu a tutela de urgência mantida em seus próprios fundamentos. *Agravo de Instrumento improvido.*

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 8051502-84.2024.8.05.0000, em que figuram, como agravante, o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA, e, como agravado, o MUNICÍPIO DE SERRINHA e outros.

ACORDAM os Desembargadores componentes da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade, em *negar provimento ao presente Agravo de Instrumento*, na forma do quanto fundamentado no voto do Excelentíssimo Relator, adiante registrado e que a este se integra.

DECISÃO PROCLAMADA

Conhecido e não provido Por unanimidade

RELATÓRIO

O presente Agravo de Instrumento foi interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA, em face de decisão proferida pelo MM Juiz de Direito da 2ª VARA DOS FEITOS DE RELAÇÕES DE CONSUMO, CÍVEIS E COMERCIAIS DA COMARCA DE SERRINHA que, nos autos da AÇÃO CIVIL PÚBLICA de nº 8001492-68.2024.8.05.0248, ajuizada em face MUNICÍPIO DE SERRINHA e outros, indeferiu a antecipação de tutela, nos seguintes termos: “[...] Em sede de análise sumária da causa, própria deste momento processual, não existem evidências de que tenham sido realizadas publicações com nomes, símbolos ou imagens do prefeito, na página oficial da Prefeitura de Serrinha, tampouco que o gestor tenha se valido diretamente de servidores responsáveis pela equipe de marketing do ente federado, é dizer, de uso de recursos públicos para realizar marketing pessoal. Os cards informam as atrações que participariam do São João de Serrinha, mas não fazem

referência à figura do prefeito no seu conteúdo, sendo que trazem a marcação da página oficial do evento. 3. Ante todo o exposto, DENEGO a liminar requestada.”

Em suas razões recursais, ID. 58864755, o agravante sustenta, em síntese, que “[...] A Ação Civil Pública em tela foi ajuizada em razão de Procedimento Preparatório de Inquérito Civil que tramita na 4ª Promotoria de Justiça de Serrinha, instaurado com o objetivo de apurar possível violação do art. 37, §1º da Constituição Federal pelo Prefeito Municipal, o Sr. Adriano Silva Lima.”

Assevera que “[...] No curso do procedimento fora encaminhada recomendação administrativa ao prefeito municipal a fim de que este determinasse e garantisse que as veiculações de propaganda institucional do Município de Serrinha e demais páginas do ente público doravante passassem a respeitar os limites ditados pelo art. 37, §1º, da Constituição Federal, e que ele se abstinhasse de divulgar atos, programas, obras, serviços, campanhas dos órgãos públicos, de qualquer natureza, em seu perfil pessoal nas redes sociais, em especial no Instagram e no Facebook, bem como promovesse a remoção das publicações e links de conteúdo institucional das referidas contas (ID PJE 444376826 - Pág. 25)”

Argumenta que “[...] Em sede de petição inicial, o Ministério Público requereu a concessão da tutela provisória de urgência antecipada, de forma liminar, sem a necessidade de prévia justificação, para que fosse determinado o arquivamento das postagens referentes às Festas de São João das contas pessoais do Prefeito em todas suas redes sociais, bem como que fosse excluído do perfil pessoal postagens que remetam aos serviços oferecidos pelo Município de Serrinha, cominando-se astreintes para o caso de descumprimento.”

Alega restar configurado o fumus boni iuris “[...] em especial pelos prints da página pessoal do prefeito no Instagram, que atestam a divulgação das atrações dos festejos juninos e serviços ofertados pela prefeitura, que não se confunde com o seu gestor e que ao postar em seu perfil pessoal as atrações e demais serviços do ente público acaba vinculado a sua imagem.”

Aduz, ainda, que “[...] O princípio da impessoalidade preceitua que o titular do cargo de chefia do Poder Executivo não se confunde com a pessoa jurídica de direito público que representa, não sendo a atuação atribuída ao agente público, mas à entidade estatal a que se vincula, e, por isso, as páginas pessoais do gestor, em rede social, não podem ser utilizadas como extensão das vias oficiais e como principal meio de comunicação com os administrados que é o que tem ocorrido na conta pessoal do alcaide.”, oportunidade na qual afirma que “[...] Ao divulgar serviços e atrações no perfil pessoal das redes sociais, a alcaide se promove indevidamente.”

Observa que o periculum in mora também está presente, na medida em que “[...] a cada nova curtida, repost, comentário ou compartilhamento dessas publicações, gera maior engajamento na conta do Prefeito em detrimento da conta do Município, sobrepondo sua imagem a esta. Segundo, devido ao fato de estarmos em ano de eleitoral, ao tempo em que estes conteúdos estão sendo difundidos, sobrepondo a imagem do político aos feitos da prefeitura, neste mesmo perfil, o prefeito divulga o seu candidato ao cargo de prefeito da cidade, o ex-procurador municipal Cyro Novais.”

Pontua que “[...] Quanto ao perigo de irreversibilidade do provimento antecipado, diante da probabilidade do direito defendido, necessário que se corra o risco de um sacrifício de eventual direito do réu para evitar-se um dano àquele que parece mais provável: a população.”

Afirma restar cristalino que “[...] o princípio da impessoalidade vem sendo violado pelo gestor municipal, que tem utilizado suas páginas pessoais como extensão das vias oficiais, e, como principal meio de divulgação de serviços ofertados pela prefeitura, causando clara confusão entre ele e a pessoa jurídica de direito público que representa, qual seja, a prefeitura municipal.”

Por fim, requer seja o presente Agravo de Instrumento recebido no seu efeito suspensivo ativo, em vista do ora exposto, e, ao final, seja dado provimento, para ver reformada a decisão hostilizada.

Decisão, ID. 68336347, indeferindo o efeito suspensivo perseguido pelo agravante.

Devidamente intimada, a parte agravada não ofertou contrarrazões, conforme certidão de ID. 71705613.

Nesta instância, os autos foram distribuídos, por sorteio, cabendo-me o encargo de relator.

Desta feita, com fulcro no art. 931 do CPC/2015, restituo os autos, com o presente relatório, à Secretaria, para inclusão em pauta de julgamento; advertindo, *ad cautelam*, que neste feito comporta sustentação oral, ex vi, art. 187, I, do RITJBA.

VOTO

Presentes se encontram os pressupostos de admissibilidade do recurso sob comento.

O cerne da questão recursal diz respeito à possibilidade de reforma da decisão que entendeu pelo indeferimento da tutela perseguida pelo agravante, até ulterior deliberação do juízo.

Do exame dos autos, verifica-se que a questão ora em debate consiste em saber se estão presentes os requisitos necessários à concessão da tutela provisória requerida, de modo a ensejar a reforma da decisão agravada, devendo ser preservada a matéria de fundo para posterior análise pelo juízo de origem, em sede de cognição exauriente de mérito.

O desate da controvérsia perpassa pelo exame das condições processuais inerentes à legitimidade da decisão proferida pelo MM Juízo *a quo*, à luz dos requisitos que autorizam a concessão da tutela antecipada, nos termos do art. 300 do Código de Processo Civil, que assim estabelece:

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.

§ 1º Para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la.

§ 2º A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia.

§ 3º A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.”

Conforme ensina Luiz Guilherme Marinoni “*A suspensão da decisão recorrida por força de decisão judicial está subordinada à demonstração da probabilidade de provimento do recurso (probabilidade do direito alegado no recurso, o fumus boni iuris recursal) e do perigo na demora (periculum in mora). [...] O que interessa para a concessão de efeito suspensivo, além da probabilidade de provimento recursal, é a existência de perigo na demora na obtenção do provimento recursal.*” (Novo Código de Processo Civil Comentado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p.929)

O que se extrai da referida norma é que o deferimento da tutela de urgência está condicionado ao preenchimento simultâneo dos seguintes requisitos: *fumus boni iuris*, que se afigura na plausibilidade do direito invocado pela parte, e *periculum in mora*, que se constitui no risco de grave dano de difícil ou impossível reparação à parte, ou ainda de perecimento da eficácia da tutela pretendida acaso tenha que se esperar o julgamento definitivo do feito.

Do exame dos autos originários, verifica-se que, na hipótese, os argumentos expendidos pelo agravante não são aptos, *prima facie*, a confrontar os fundamentos da decisão agravada, pois que se trata de Ação Civil Pública, na qual o Magistrado *a quo* indeferiu o pleito de tutela antecipada, em razão de não vislumbrar, em princípio, qualquer afronta ao princípio da impessoalidade, na medida

em que “[...] Em sede de análise sumária da causa, própria deste momento processual, não existem evidências de que tenham sido realizadas publicações com nomes, símbolos ou imagens do prefeito, na página oficial da Prefeitura de Serrinha, tampouco que o gestor tenha se valido diretamente de servidores responsáveis pela equipe de marketing do ente federado, é dizer, de uso de recursos públicos para realizar marketing pessoal. Os cards informam as atrações que participariam do São João de Serrinha, mas não fazem referência à figura do prefeito no seu conteúdo, sendo que trazem a marcação da página oficial do evento.”

Conforme bem pontuado pela decisão agravada, não existem evidências de que tenham sido realizadas publicações com nomes, símbolos ou imagens do prefeito na página oficial da Prefeitura de Serrinha, tampouco que o gestor tenha se valido diretamente dos servidores responsáveis pela equipe de marketing do ente federado para realizar marketing pessoal.

Os “cards” publicados informam apenas as atrações que participariam do São João de Serrinha, não fazendo referência à figura do prefeito no seu conteúdo, sendo que trazem a marcação da página oficial do evento.

O art. 37, §1º, da Constituição Federal estabelece que “A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos.”

Assim, forçoso reconhecer que as postagens efetivadas na conta pessoal do então Prefeito do Município de Serrinha, *ab initio*, não quebram o princípio da impessoalidade previsto no art. 37, da Carta Magna, uma vez que não constou nomes, símbolos ou imagens que pudessem caracterizar a promoção pessoal do alcaide, embora realizada a publicação em ano de eleição. Para a caracterização da afronta ao princípio da impessoalidade, faz-se mister a demonstração do efeito autopromocional e do elemento volitivo exigido pela lei de improbidade administrativa. Vejamos a farta jurisprudência pátria acerca do tema:

EMENTA APELAÇÃO CÍVEL. ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. MATÉRIA JORNALÍSTICA. AUSÊNCIA DE ENALTECIMENTO DO NOME DO PREFEITO. PROPAGANDA INSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS DA IMPESSOALIDADE E MORALIDADE. IMPROBIDADE NÃO CARACTERIZADA. APELAÇÃO PROVIDA. 1. A matéria jornalística publicada no jornal “O Estado do Maranhão”, intitulada “Prefeitura garante resolver o problema de abastecimento de água na cidade”, não realizou promoção pessoal do então prefeito do Município de Bom Jardim, não havendo utilização de adjetivos ou qualquer outra forma, ainda que simbólica, de enaltecimento do mandatário municipal, de forma que o teor empregado na reportagem não caracteriza conduta violadora do princípio da impessoalidade e sujeita às penalidades da Lei de Improbidade Administrativa. 2. Apelação cível provida. (TJ-MA - AC: 00008075120148100074 MA 0494872017, Relator: KLEBER COSTA CARVALHO, Data de Julgamento: 01/02/2018, PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 15/02/2018 00:00:00)

APELAÇÃO CÍVEL - ADMINISTRATIVO - AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - CAMPANHA PUBLICITÁRIA REALIZADA PELO PREFEITO - VEICULAÇÃO DE PROPAGANDA ACERCA DA MISSÃO DA PREFEITURA - PROMOÇÃO PESSOAL NÃO CARACTERIZADA - AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE - INTELIGÊNCIA DO ART. 37, § 1º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - PROPAGANDA INSTITUCIONAL COM

NÍTIDO CARÁTER EDUCATIVO, DE ORIENTAÇÃO SOCIAL E INFORMATIVO - AÇÃO DE IMPROBIDADE QUE DEVE SER JULGADA IMPROCEDENTE. Em se tratando de notícia de cunho informativo, não há que se falar em ofensa aos princípios constitucionais da legalidade e moralidade pública, eis que as propagandas questionadas estão em total consonância com o disposto no art. 37, § 1º, da Constituição Federal, e que, portanto, a mesma não visou promoção pessoal do Administrador, mas sim publicidade comum e necessária aos atos realizados pela Administração Pública. (TJPR - 4ª C.Cível - AC - 906512-7 - Maringá - Rel.: Desembargadora Maria Aparecida Blanco de Lima - Rel.Desig. p/ o Acórdão: Desembargadora Regina Afonso Portes - Por maioria - J. 26.11.2013)

REPRESENTAÇÃO ESPECIAL – ELEIÇÕES 2022 – POSTAGENS EM PERFIL PESSOAL DE REDE SOCIAL, DESTACANDO PROGRAMAS E OBRAS DO GOVERNO DO ESTADO, INCLUSIVE COM O BRASÃO DO ÓRGÃO, EM PERÍODO VEDADO – PUBLICIDADE INSTITUCIONAL NÃO CARACTERIZADA – PRECEDENTES – IMPROCEDÊNCIA. 1. O art. 73, VI, b, e § 4º, da Lei 9.504/97 tem o condão de reprimir o uso da máquina estatal em benefício do agente candidato à reeleição, impondo-se frisar que tal conduta, se autorizada fosse, violaria a uma série de princípios do Direito Administrativo, tais como moralidade, impessoalidade e supremacia do interesse público sobre o privado. 2. O conceito de “publicidade institucional” não contempla as postagens realizadas por determinada pessoa nas redes sociais à própria expensa e no respectivo perfil pessoal, ainda que tal pessoa seja ocupante de cargo público. 3. O agente público, ao agir sob tal título, deve prestar observância aos princípios e regras que ditam o funcionamento da Administração Pública, sobretudo o da legalidade estrita, não podendo se valer da sua posição pública para satisfazer interesses pessoal, como o alavancamento da respectiva campanha à reeleição ou da campanha à reeleição de outrem. Já o ocupante do cargo público, ao agir em seu âmbito pessoal e sem exercer a função estatal, fica sujeito ao princípio da legalidade, podendo fazer em seu nome tudo aquilo que a lei não proíbe, observadas as limitações previstas em lei. 4. Não se pode confundir a publicidade institucional, realizada por órgão e agente público, com as postagens realizadas pela pessoa em seu próprio nome e em seu perfil particular nas redes sociais. 5. A norma esclarece expressamente que suas vedações se aplicam aos “agentes públicos”, não se estendendo, portanto, às pessoas de modo geral, atuantes no respectivo âmbito particular e alheias ao mister estatal. Precedentes. 6. Representação especial julgada improcedente. (TRE-ES - RepEsp: 06021301420226080000 VITÓRIA - ES, Relator: Des. Marcos Antonio Barbosa De Souza, Data de Julgamento: 08/03/2023, Data de Publicação: Relator (a) Des. Marcos Antonio Barbosa De Souza)

RECURSO DE APELAÇÃO EM AÇÃO POPULAR. 1. PROCESSO CIVIL. INÉPCIA DA INICIAL. CAUSA DE PEDIR. Ausência de elemento essencial à regularidade processual. Causa de pedir sem a descrição suficiente dos fatos a possibilitar o exercício do contraditório. Juntada de mídia digital contendo extensa programação de rádio que não demonstra, por si só, a indevida utilização de meio de comunicação, para autopromoção e ataques aos inimigos políticos. Inépcia da inicial caracterizada, extinção do pedido nesta parte sem julgamento de mérito, nos termos do art. art. 485, inciso I, cumulado com o art. 330, inciso I, § 1º, e inciso III, do Código de Processo Civil. 2. UTILIZAÇÃO DE SLOGAN EM REDE SOCIAL. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE. Documentos acostados aos autos que não

comprovam a prática de autopromoção pelo Chefe do Poder Executivo Municipal. Utilização de slogan com termos genéricos e abstratos que não resultam de forma direta ou indireta em vinculação à Administração Pública Municipal. Publicação de slogan em página de rede social do Prefeito que, por si só, não resulta em autopromoção do agente político. Ausente prova de violação do Princípio da Impessoalidade. 3. Sentença de improcedência mantida. Recurso desprovido. (TJ-SP - APL: 10043131820158260533 SP 1004313-18.2015.8.26.0533, Relator: Marcelo Berthe, Data de Julgamento: 26/11/2018, 5ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 26/11/2018)

No caso em tela, não se verifica, ao menos neste momento processual, que as postagens realizadas no perfil pessoal do Prefeito Municipal caracterizam promoção pessoal ou violação ao princípio da impessoalidade, uma vez que possuem caráter meramente informativo sobre as atrações dos festejos juninos, sem enaltecimento da figura do gestor.

A mera divulgação em perfil pessoal de informações sobre eventos públicos, desde que sem promoção pessoal explícita, não configura, por si só, violação ao princípio da impessoalidade, sendo necessidade maior dilação probatória para melhor análise da questão.

Deste modo, compulsando os autos e analisando os documentos colacionados, em sede de cognição sumária, não se verifica, ao menos neste momento processual, os requisitos necessários à concessão do efeito suspensivo pretendido.

A controvérsia há que ser efetivamente resolvida após instrução probatória, até para que o Agravante demonstre, de que forma mais específica, como e quando o agravado afrontou e/ou afronta o princípio da impessoalidade, o que não ocorreu até o presente momento.

Ademais, necessário esclarecer que o ajuizamento da ação popular reclama a indicação precisa de ato eivado de ilicitude, capaz de causar lesão, ao patrimônio público, de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico, até então não detectada no caso sub judice. Vejamos:

RECURSO OFICIAL CONSIDERADO INTERPOSTO E APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO POPULAR. PUBLICIDADE DOS ATOS OFICIAIS DO MUNICÍPIO. Pretensão do autor popular colimando ver reconhecida a violação aos princípios da moralidade, da impessoalidade e da finalidade pela divulgação de notícias, no sítio eletrônico do município e redes sociais, com intuito de promoção pessoal do prefeito, e a imediata retirada das publicações. Ação julgada improcedente na origem. Insurgência do autor popular. Descabimento. Hipótese na qual não se verificou ofensa à impessoalidade administrativa. Conteúdo publicitário de caráter informativo, sem efeito de promoção pessoal do agente político. Respeito à regra do art. 37, § 1º, da Constituição Federal. Sendo o Prefeito representante e gestor do Município, é de se esperar que seu nome apareça com frequência nas matérias que divulgam as ações da Prefeitura, sem que isso, por si só, possa caracterizar violação do princípio constitucional da impessoalidade. Ademais, ao lado da condição de cidadão e da ilegalidade do ato, o ajuizamento da ação popular reclama a indicação precisa da lesividade ocasionada ao patrimônio público de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico, inexistente na espécie. Inteligência do artigo 1º e § 1º, da Lei Federal nº 4.717/65. Sentença mantida. Recursos não providos. (TJ-SP 10001059220178260606 SP 1000105-92.2017.8.26.0606, Relator: Djalma Lofrano Filho, Data de Julgamento: 02/05/2018, 13ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 02/05/2018)

Insta salientar que, embora o Ministério Público argumente que o compartilhamento de informações sobre os festejos no perfil pessoal do prefeito geraria engajamento e visibilidade para sua

pessoa, em detrimento do perfil oficial da prefeitura, não se verifica, neste momento processual, que tal conduta configura, por si só, violação ao princípio da impessoalidade, uma vez que as contribuições trazem caráter meramente informativo sobre as atrações dos festejos juninos, sem enaltecimento da figura do gestor.

Como ressaltado pela magistrada a quo, a divulgação se deu por meio de cartões que contêm apenas a logomarca da Prefeitura de Serrinha e a marcação dos perfis dos artistas e do perfil oficial do evento (@saojoaodeserrinhaoficial), não tendo elementos que evidenciem, *prima facie*, promoção pessoal vedada pela Constituição Federal.

Para a caracterização da violação ao princípio da impessoalidade e consequente concessão da tutela de urgência, seria necessária a demonstração mais robusta de que as publicações extrapolam o caráter meramente informativo e configuram eficácia promoção pessoal do gestor, o que exige maior dilação probatória.

Logo, sendo necessária a cumulação dos requisitos constantes no art. 300 do CPC para a concessão da tutela de urgência, a ausência em princípio de um deles, qual seja, a probabilidade do direito, obsta o deferimento da medida pleiteada.

Neste sentido:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL C/C PEDIDO DE INDENIZAÇÃO - TUTELA DE URGÊNCIA - REQUISITOS DO ARTIGO 300 DO NCPC - AUSÊNCIA - NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. - O novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/15) unificou os requisitos para a concessão da denominada tutela de urgência, que pode ser satisfativa ou cautelar. Exige-se para o deferimento da tutela liminar fundada na urgência a existência de “elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo” (art. 300, caput). - Não se podendo extrair um juízo máximo e seguro sobre a situação fática narrada nos autos, que demanda ampla dilação probatória, não é o caso de concessão da tutela de urgência requerida neste momento processual, de cognição sumária. (Agravado de Instrumento-Cv 1.0019.16.000802-5/001, Relatora: Des.(a) Mariângela Meyer, 10ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 21/06/2016, publicação da súmula em 01/07/2016)”

Ressalte-se que os requisitos para a tutela perseguida são cumulativos e, na espécie, não restou demonstrado, em *sumario cognitio*, o perigo na demora e a probabilidade do direito alegado no recurso, de forma a viabilizar a concessão da tutela antecipada pretendida.

Por conseguinte, em análise sumária, compatível com a presente fase processual, necessária a manutenção da decisão proferida pelo Juízo *a quo*.

Ante o exposto, *nega-se provimento ao presente Agravo de Instrumento*, mantendo a decisão agravada em todos os seus termos, por estes e por seus próprios fundamentos, até o julgamento do mérito da lide.

(TJBA- AGRAVO DE INSTRUMENTO n. 8022944-39.2023.8.05.0000. Quarta Câmara Cível. Relatora: Desa. DINALVA GOMES LARANJEIRA PIMENTEL. Julgado em 28/05/2024).

EMENTA

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO AMBIENTAL. RECUPERAÇÃO DE ÁREA DEGRADADA. MUNICIPALIDADE QUE DEIXOU DE ATENDER ÀS NORMAS DE RESÍDUOS SÓLIDOS. TAC. DESCUMPRIMENTO. DEVER DE PROMOVER O PRAD DESDE NOVEMBRO DE 2015. INAÇÃO. EXECUÇÃO. NECESSIDADE. TEMPO. ADEQUAÇÃO ÀS ETAPAS NECESSÁRIAS PARA O DESENVOLVIMENTO E IMPLANTAÇÃO DO PLANO DE RECUPERAÇÃO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO EM PARTE.

1. O cerne da questão apresentada, pelo Município, nesta irresignação, diz respeito ao cumprimento do plano de recuperação de área degradada, cuja determinação, em primeira instância, foi no sentido de que a Municipalidade teria 90(noventa) dias para conclusão do projeto.
2. O início da execução do plano fora fixado em novembro de 2015, ou seja, 1 (um) ano após a celebração do TAC, condicionado à aprovação do plano pelo órgão ambiental competente, cuja conclusão, de igual forma, deveria ocorrer dentro do prazo assinalado pela autoridade responsável pela proteção do meio ambiente.
3. Nesse sentido, há inegável mora da Administração Pública, que reconhece não ter adotado nenhuma providência preliminar para executar o PRAD e pretende, agora, valer-se da natural delonga na resolução das questões inerentes ao plano, para afastar a imediata aplicação do decisum impugnado.
4. Não obstante seja inviável a suspensão completa da obrigação imposta pelo Juízo primevo, por outro lado, a ordem exige adequação, diante das peculiaridades do caso concreto, e considerando que a inércia do Poder Público, embora evidente, não altera a necessidade de observância das normas administrativas para a execução dos serviços públicos.
5. **RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, preambularmente identificados, **ACORDAM** os Desembargadores integrantes da **Quarta Câmara Cível** do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, **por 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.

DECISÃO PROCLAMADA

Dado parcial provimento por unanimidade. Sem advogada na sessão.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Município de Formosa do Rio Preto, para impugnar decisão interlocutória proferida pelo MM. Juízo da 1ª Vara Cível da Comarca de Formosa do Rio Preto, que, nos autos da execução de título extrajudicial proposta, contra o ora agravante, pelo Ministério Público do Estado da Bahia, concedeu a liminar vindicada, nos seguintes termos:

“Ante ao exposto, CONCEDO a medida liminar para determinar que o Município de Formosa do Rio Preto contrate emergencialmente os serviços para o transporte e destinação final ambientalmente adequada de resíduos sólidos produzidos em seus limites territoriais e cujo manejo seja de sua responsabilidade, notadamente o resíduo sólido urbano (RSU), iniciando o encaminhamento do material para o aterro sanitário licenciado em um prazo máximo de 90 (noventa) dias; que no mesmo prazo máximo aludido suspenda o uso da área do atual lixão local ou de qualquer outra área não adequada e licenciada para a *disposição de resíduos sólidos; bem como, uma vez suspensa a indevida disposição de resíduos no atual lixão, imediatamente inicie a execução de plano de recuperação da área degradada (PRAD), concluindo dentro do prazo fixado pelo órgão ambiental competente, sob pena de multa diária no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) e a incidência de eventual crime de desobediência, devendo, para tanto, o ente público ser intimado pessoalmente, tanto por sua Procuradoria, quanto por seu atual representante legal, o Prefeito Municipal*”.

Irresignado com a decisão, dela recorreu o Ente Público, ao fundamento de que as obrigações impostas na decisão vergastada, sob a justificativa de salvaguardar o meio ambiente, acabam por provocar, elas próprias, efeitos ambientais negativos.

Diz que já possui empresa contratada para a coleta e destinação final dos resíduos sólidos urbanos do Município, com destinação para aterro localizado na cidade de Barreiras, inexistindo risco de dano que justifique a intervenção judicial, no particular.

Sustenta que o lixão local já não é utilizado para a disposição de resíduos sólidos.

Argumenta, quanto à terceira obrigação, que é inexecutível a ordem de executar plano de recuperação de área degradada, dada a complexidade do instituto, suas etapas, requisitos e custos, bem como os riscos impostos ao meio ambiente.

É que, segundo o agravante, “antes de poder ser iniciada a execução de um PRAD é necessária a contratação e realização de diversos estudos ambientais, formulação do projeto, apresentação ao órgão ambiental que irá analisar sua pertinência e adequação para, só após aprová-lo”.

Diz que o tempo de elaboração, aprovação e execução do projeto normalmente não é inferior a cinco anos, e que sua realização, sem as cautelas pertinentes, pode impactar seriamente nos gastos públicos, sem que se alcance o objetivo ambiental desejado.

Pugna, assim, pela antecipação de tutela recursal, a fim de que se suspenda a decisão recorrida, que, ao final, deve ser reformada.

Distribuídos os autos nesta Instância, coube-me, por sorteio, o encargo de Relatora.

Foi proferida decisão de id. **44733165**, mantendo a ordem de realização do PRAD, contudo, modificou-se o período fixado pelo Julgador primevo para início e conclusão do projeto.

Intimado, o representante do Ministério Público, no primeiro grau de Jurisdição, apresentou suas contrarrazões. Nessas, defendeu os fundamentos utilizados pela Autoridade de origem, bem como a manutenção do *decisum* deste Juízo.

Intimada, a Douta Procuradoria de Justiça – id. 50826681 - pronunciou-se no sentido de conhecer e negar provimento ao recurso instrumental aviado pela Municipalidade.

Este é o relatório que encaminho à Secretaria da Quarta Câmara Cível, para oportuna inclusão em pauta de julgamento, nos termos dos artigos 931, caput e 934, caput, ambos do CPC.

VOTO

De início, verifico que estão presentes os requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, razão pela qual inexistente óbice ao trâmite processual desta irresignação.

O cerne da questão apresentada pelo Município, diz respeito ao cumprimento do plano de recuperação de área degradada, cuja determinação, em primeira instância, foi no sentido de que a Municipalidade teria 90 (noventa) dias para conclusão do projeto.

Não há dúvida de que a situação da área antes utilizada por Formosa do Rio Preto, para despejo dos resíduos sólidos, vai de encontro com as diretrizes previstas na Lei n. 12.305/2010. Isso porque, o art. 47, II, da referida norma, expressamente proíbe o lançamento de lixo a céu aberto.

Tendo em vista que o ente público não cumpria o prazo necessário para a modificação do tratamento de resíduos sólidos no âmbito de sua atuação, o Ministério Público firmou um TAC, cujos termos se encontram inseridos no id. 24033976, em que foi prevista, não somente a suspensão de utilização da área para depósito de lixo, como também, a sua recuperação.

Assim, desde novembro de 2015, a Municipalidade assumiu a obrigação de criar, aprovar e executar o plano de recuperação da área degradada (PRAD).

Pois bem.

Analisados os autos, ainda que sob uma análise perfunctória da questão posta sub judice, reputo existentes os requisitos legais exigidos para a concessão parcial do pedido recursal.

O agravante afirma, em primeiro lugar, que já não vem utilizando o “lixão” local para disposição dos resíduos sólidos urbanos do Município, mas alega que a imediata execução do Plano de Recuperação de Área Degradada, que é objeto do Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta executado, mostra-se prematuro e demasiadamente oneroso aos cofres públicos.

Referida obrigação consta a Cláusula 9.1. do TAC, por meio da qual se conferiu o prazo de 180 (cento e oitenta) dias para que o Município contratasse profissionais habilitados, de modo a apresentar PRAD do local que atualmente serve como depósito de lixo, a ser apresentado ao órgão ambiental competente.

O início da execução do plano fora fixado em novembro de 2015, ou seja, 1 (um) ano após a celebração do TAC, condicionado à aprovação do plano pelo órgão ambiental competente, cuja conclusão, de igual forma, deveria ocorrer dentro do prazo assinalado pela autoridade responsável pela proteção do meio ambiente.

Nesse sentido, há inegável mora da Administração Pública, que reconhece não ter adotado nenhuma providência preliminar para executar o PRAD e pretende, agora, valer-se da natural delonga na resolução das questões inerentes ao plano, para afastar a imediata aplicação do *decisum* impugnado.

Nesse sentido tem se manifestado a jurisprudência pátria, consoante demonstram os arestos a seguir:

APELAÇÃO CÍVEL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL. DESMATAMENTO DE VEGETAÇÃO NATIVA DA MATA ATLÂNTICA DE ÁREA SITUADA NO MUNICÍPIO DE ITAPOÁ/SC. NECESSIDADE DE RECUPERAÇÃO DA ÁREA DEGRADADA. OBRIGAÇÃO DE APRESENTAR PLANO DE RECUPERAÇÃO DA ÁREA DEGRADADA AO IMA. PRAZO ADEQUADO FIXADO PELO JUÍZO PARA CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO. SENTENÇA MANTIDA. RECURSOS DESPROVIDOS.(TJ-SC - APL: 09000239720148240126, Relator: Jaime Ramos, Data de Julgamento: 01/08/2023, Terceira Câmara de Direito Público)

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - DEPÓSITO DE RESÍDUOS SÓLIDOS URBANOS - PEDIDO LIMINAR - ADEQUAÇÃO/ TRATAMENTO DO LIXO/ FECHAMENTO DO LIXÃO/ RECUPERAÇÃO DA ÁREA - FUMUS BONI IURIS E PERICULUM IN MORA - DECISÃO PARCIALMENTE MANTIDA. - Deve ser parcialmente provido o recurso, porquanto verificada a adesão do Município-agravante a Consórcio Intermunicipal para o Desenvolvimento Sustentável da Região do Baixo Jequitinhonha, para a construção de aterro sanitário comum, mantendo-se, lado outro, as determinações de encerramento do depósito de lixo irregular e de elaboração de Plano de Recuperação da Área Degradada, principalmente porque constituem medidas que visam reparar o meio ambiente degradado e mitigar o impacto ambiental causado. (TJ-MG - AI: 10358140001183001 Jequitinhonha, Relator: Versiani Penna, Data de Julgamento: 25/09/2014, Câmaras Cíveis / 5ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 03/10/2014)

EMENTA: REEXAME NECESSÁRIO. APELAÇÃO CIVEL. PRELIMINAR. NULIDADE DA SENTENÇA. AFASTAMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA AMBIENTAL. MUNICÍPIO DE BARÃO DE COCAIS. RESÍDUOS SÓLIDOS URBANOS. COLETA E DEPÓSITO DE “LIXO”. IRREGULARIDADES. DANOS AMBIENTAIS E À SAÚDE PÚBLICA. OBRIGAÇÃO DE FAZER E DE NÃO FAZER. MULTA COMINATÓRIA. QUANTUM. MANUTENÇÃO. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. SENTENÇA CONFIRMADA. I. Ausente a afronta ao artigo 93, IX, da Constituição de 1988, e aos artigos 489 e 492, ambos do CPC, é de se rejeitar a nulidade da sentença.

II. Demonstrações de ineficiência da Administração Pública permitem a ingerência do Judiciário a fim de proteger o meio ambiente e à saúde pública das descargas de resíduos sólidos urbanos em localidades a céu aberto. III. Impõem-se, ao Município de Barão de Cocais, as obrigações de fazer e não fazer, destinadas à desativação do “lixão” municipal, recuperação da área degradada e destinação regular dos resíduos sólidos urbanos quando demonstrada a omissão em dar cumprimento, a tempo e modo, ao Termo de Ajustamento de Conduta firmado para minimizar os impactos ambientais. IV. Fixadas as astreintes em valores razoáveis ao impacto ao meio ambiente, deve ser mantida a sentença. (TJ-MG - AC: 100541600006810001 Barão de Cocais, Relator: Washington Ferreira, Data de Julgamento: 01/06/2022, Câmaras Cíveis / 1ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 02/06/2022)

Não obstante seja inviável a suspensão completa da obrigação imposta pelo Juízo primevo, por outro lado, a ordem exige adequação, diante das peculiaridades do caso concreto, e considerando

que a inércia do Poder Público, embora evidente, não altera a necessidade de observância das normas administrativas para a execução dos serviços públicos.

Portanto, é preciso alterar a decisão, unicamente a fim de lhe conferir maior propriedade, em relação às etapas de execução de um projeto de recuperação da área.

Forte em tais razões, o **VOTO** é no sentido de **DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO**, somente, para conceder ao Ente Público o prazo de 45 (quarenta e cinco) dias para a contratação de profissionais habilitados, de modo a apresentar, ao órgão ambiental competente, no prazo máximo 90 (noventa) dias a contar desta decisão, Plano de Recuperação de Área Degradada do local que atualmente serve como depósito de lixo na cidade de Formosa do Rio Preto. Determino, ainda, que a execução do plano se inicie no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, a contar da presente decisão, desde que o PRAD seja aprovado pelo órgão ambiental competente, neste interstício, devendo-se concluir todo o projeto no prazo assinalado por aludido Órgão. Não aprovado o PRAD no prazo de 180 (cento e oitenta) dias pelo Órgão ambiental, deverá o Ente Público informar nos autos, a cada 30 (trinta) dias, o andamento do processo respectivo, competindo-lhe iniciar a execução de forma imediata, assim que obtidas todas as autorizações necessárias. O descumprimento do recorrente a qualquer uma das etapas fixadas na presente decisão, ou a qualquer outra ordem emanada do decisum vergastado, que não tenha sido modificada, ensejará a imposição da multa arbitrada na origem.

(TJBA – APELAÇÃO CÍVEL Nº 8000860-94.2015.8.05.0074. Quarta Câmara Cível. Relator: Des. ANTÔNIO ADONIAS AGUIAR BASTOS. Julgado em 26/08/2024).

ACORDÃO

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. ACIDENTE DE TRÂNSITO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. BOLETIM DE OCORRÊNCIA QUE CLASSIFICA O ACIDENTE COMO CHOQUE EM VEÍCULO PARADO. VEÍCULO ESTACIONADO NA PISTA DE ROLAMENTO EM VIRTUDE DA QUEDA DA CARGA QUE TRANSPORTAVA. COLISÃO LATERAL COM CAMINHÃO QUE TENTOU DESVIAR DO VEÍCULO DA EMPRESA RÉ. AUSÊNCIA DE PROVAS DE EXISTÊNCIA DE SINALIZAÇÃO ADEQUADA. CAUSA PRIMÁRIA DO ACIDENTE. VÍTIMA ATINGIDA POR CARGA QUE SE DESPREENDEU DO CAMINHÃO NO MOMENTO DA MANOBRA DE DESVIO. RESPONSABILIDADE DA RÉ PELOS DANOS SUPOSTOS PELO AUTOR. DANOS MORAIS FIXAÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO NO VALOR DE R\$ 20.000,00. REFORMA DA SENTENÇA. REDISTRIBUIÇÃO DOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS. RECURSO DE APELAÇÃO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n.º 8000860- 94.2015.8.05.0074, tendo como Apelante **DERMIVAL RIBEIRO DA SILVA FILHO** e Apelado **C B S COMERCIAL DE BEBIDAS SILVEIRA LTDA**.

Acordam os Desembargadores integrantes da Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade, em **CONHECER** e **DAR PARCIAL PROVIMENTO** ao apelo, pelas razões expostas no voto do Relator.

Salvador, 26 de Agosto de 2024.

DECISÃO PROCLAMADA

Conhecido e provido Por Unanimidade.

RELATÓRIO

Cuida-se de apelação cível interposta por **DERMIVAL RIBEIRO DA SILVA FILHO** (Id. 54690638), em face da sentença que julgou procedentes os pedidos formulados na Ação de Indenização por Danos Morais e Materiais n.º 8000860-94.2015.8.05.0074, nos seguintes termos (Id. 54690638):

“Assim, concluo que os documentos carreados aos autos pelas partes não comprovam as alegações da parte autora de que o acidente ocorrido tenha sido responsabilidade do requerido.

No caso em questão, não havendo comprovação de ato ilícito realizado pela parte ré, inexistiu o direito de indenização por danos materiais e morais pleiteado pela parte autora.

Do exposto e do que dos autos consta, **JULGO IMPROCEDENTE** o pedido, extinguindo o processo com resolução de mérito, na forma do art. 487, I do CPC.

Sem custas e honorários ante a concessão da justiça gratuita.” Adoto o relatório da sentença (Id. 54690636).

Em suas razões recursais (Id. 54690638), a Apelante narra que *“no dia 6 de abril de 1995 às 19h20hs, o Autor foi chamado, em sua casa, pelo Sr. José Mário Simões, brasileiro, residente na Av. Bahia, nº 57 – Fazenda Grande do Retiro, motorista e condutor do caminhão Mercedes, cor branca, ano de fabricação 1989, placa policial BH 6132, de propriedade da Ré, para ajudar a recarregar o veículo em apreço que se encontrava atravessado na pista principal da BA 093 – Salvador/Alagoinhas, KM 16, com caixas de cerveja vazias em seu redor, já era noite e chovia.”*

Acresce que outro caminhão se aproximou em alta velocidade, tendo realizado uma manobra arriscada para desviar do veículo parado, e capotou no acostamento.

Disse que: *“Em virtude de tal manobra, quantidade considerável de lenha pelo mesma transportadora, se desprendeu, indo atingir em cheio o Autor, causando-lhe sérios ferimento corporais generalizados.”*

Destaca que *“fora operado nos 10 dias subsequente ao acidente, perdeu a força de um dos braços, resistência de um dos membros inferiores, e ferimentos outros que motivaram-lhe incapacidade total para sua ocupação habitual – artigo 1.539 do CC.”*

Aduz que o processo tramita há quase trinta anos e o Apelante ainda convive com as deformações corporais oriundas do acidente.

Salienta que *“há flagrante confusão na elaboração da sentença, onde o nobre e culto prolator, ora diz que o Autor não provou as alegações, ora diz que sim, confessa as dificuldades procedimentais CARTORÁRIAS, findando por desprezar as razões expostas no item 5 acima, sobre a responsabilidade da empresa Apelada.”*

Pugna pelo provimento do Apelo, a fim que seja a sentença reformada para acolher os pedidos autorais.

Houve transcurso do prazo *in albis* para oferecimento das contrarrazões (Id. 60306153).

É o relatório. Inclua-se em pauta.

VOTO

Presentes os requisitos de admissibilidade, conheço do recurso.

Na origem, trata-se de Ação de Indenização por Danos Morais e Materiais ajuizada por DERMIVAL RIBEIRO DA SILVA FILHO em face de C B S COMERCIAL DE BEBIDAS SILVEIRA LTDA, em razão de acidente de trânsito ocorrido no dia 06/04/1995, na BA-093, KM 16, Trecho Camaçari/Mata de São João, que provocou *“sérios ferimentos corporais generalizados”*.

Na petição inicial (Id. 54690326), o Autor alegou que, no momento do acidente, prestava auxílio ao condutor do veículo da parte Ré, que se encontrava parado na pista principal após a queda das caixas de cerveja que estavam sendo transportadas. Narrou que, enquanto removia as caixas da pista, outro veículo que trafegava na via colidiu lateralmente com o caminhão da Ré, tendo sido atingido pela lenha que dele se desprendeu, o que lhe causou as lesões físicas.

Ressalta-se que a ação foi ajuizada em 17/01/1995, porém houve o desaparecimento dos autos originários (0000032-41-1995.8.08.0074), tendo o Autor ingressado com pedido de restauração dos

autos (Id. 54690325). O pedido foi julgado procedente na sentença de Id. 54690593, que restaurou os autos com os documentos acostados pelo autor até o despacho saneador.

Foi determinada a renovação da perícia e, após a juntada do laudo pericial (Id. 54690612), sobreveio a sentença guerreada que julgou improcedentes os pedidos da inicial, nos seguintes termos:

“Assim, concluo que os documentos carreados aos autos pelas partes não comprovam as alegações da parte autora de que o acidente ocorrido tenha sido responsabilidade do requerido.

No caso em questão, não havendo comprovação de ato ilícito realizado pela parte ré, inexistente o direito de indenização por danos materiais e morais pleiteado pela parte autora.

Do exposto e do que dos autos consta, **JULGO IMPROCEDENTE** o pedido, extinguindo o processo com resolução de mérito, na forma do art. 487, I do CPC.

Sem custas e honorários ante a concessão da justiça gratuita.”

É incontroversa a ocorrência do acidente de trânsito no dia 05/04/1995, às 23 horas, na BA-093, KM 16, Trecho Camaçari/Mata de São João, envolvendo um veículo caminhão semi-reboque, ano 1983, de propriedade da empresa Ré, e o veículo caminhão Ford, de placa policial JKN-0479, cujo motorista teria perdido o controle da direção ao se deparar com o primeiro veículo no leito da pista de rolamento, o que causou o choque na sua lateral esquerda.

O objeto do recurso recai sobre o modo como ocorreu o evento danoso e sobre a culpa dos envolvidos, a fim de verificar a responsabilidade da Ré/Apelante pelo referido acidente e pelos danos daí decorrentes.

O art. 186 do CC/2002 prevê:

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.

Por sua vez, o art. 927 do Código Civil estabelece que a obrigação de indenizar é a consequência jurídica do ato ilícito causador de um dano a outra pessoa. Vejamos:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Portanto, para que se configure o ato ilícito são imprescindíveis os seguintes elementos: *a)* fato lesivo causado pelo agente, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imperícia; *b)* ocorrência de um dano patrimonial ou extrapatrimonial; e *c)* nexo de causalidade entre o dano e o comportamento do agente.

A hipótese vertente, em que se discute a responsabilidade civil por acidente de trânsito, deve ser analisada sob a ótica da responsabilidade civil subjetiva, ou seja, para a configuração do dever de indenizar, é imprescindível a verificação de culpa por parte daquele contra quem é deduzida a pretensão reparatória.

Sobre a responsabilidade civil subjetiva, eis os ensinamentos de Caio Mário da Silva Pereira (*Responsabilidade Civil*. 12 ed. Ver., atual. E ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 52- 57)

“A essência da responsabilidade subjetiva vai assentar, fundamentalmente, na pesquisa ou indagação de como o comportamento contribui para o prejuízo sofrido pela vítima.

Assim procedendo, não considera apto a gerar o efeito ressarcitório um fato humano qualquer. Somente será gerador daquele efeito uma determinada conduta que a ordem jurídica reveste de certos requisitos ou de certas características.

Assim considerando, a teoria da responsabilidade subjetiva erige em pressuposto da obrigação de indenizar, ou de reparar o dano, o comportamento culposos do agente, ou simplesmente a sua culpa, abrangendo no seu contexto a culpa propriamente dita e o dolo do agente. (...)

Assentada a responsabilidade civil sobre esse pressuposto, pode-se repetir, com De Page, que *“a irresponsabilidade é a regra; a responsabilidade, a exceção. Não há responsabilidade na ausência de culpa, isto é, uma falta de destreza, de habilidade, de diligência, de prudência, cujo resultado nefasto podia ser previsto, ao menos implicitamente”*. (...)

Dos conceitos acima enunciados, extraem-se os elementos da responsabilidade civil, que na doutrina subjetiva são considerados conjuntamente, e que são outros tantos capítulos aqui subsequentes: 1) um dano; 2) a culpa do agente; 3) o nexo de causalidade entre o dano e a culpa.

Ademais, a regra processual de distribuição do ônus da prova, prevista no art. 373, I e II do CPC/2015, prevê que o ônus da prova incumbe ao autor quanto ao fato constitutivo de seu direito, e ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Do exame das provas juntadas aos autos, verifica-se que o caminhão conduzido por preposto da Ré/Apelada se encontrava parado na pista de rolamento, após ele ter percebido que a carga de cerveja que transportava havia caído. O condutor do segundo veículo não teria percebido que o caminhão estava parado e, ao tentar desviar, colidiu lateralmente com ele, causando-lhe danos materiais e vitimando o autor, que foi atingido pela carga de lenha que se desprende deste último veículo.

Em casos como o presente, embora o boletim de ocorrência tenha presunção relativa de veracidade acerca das circunstâncias do caso, ele precisa estar corroborado pelas demais provas dos autos. Nesse sentido, decidiu o STJ:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. ACIDENTE DE TRÂNSITO. IMPROCEDÊNCIA. 1. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL E FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO NÃO CONFIGURADAS.

2. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 9º, 10 E 492 DO CPC/2015 NÃO CARACTERIZADA. VALORAÇÃO DE PROVAS PELO MAGISTRADO. PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. PRECEDENTES. SÚMULA 83/STJ. 3. FALTA DE ELEMENTOS SUFICIENTES NOS AUTOS PARA CONCLUIR DE QUEM TERIA SIDO A CULPA PELO ACIDENTE. REVISÃO OBSTADA PELA SÚMULA 7/STJ. 4. BOLETIM DE OCORRÊNCIA. PRESUNÇÃO JURIS TANTUM. VERACIDADE NÃO CORROBORADA PELAS DEMAIS PROVAS DOS AUTOS. 5. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Não ficou configurada a violação dos arts. 489 e 1.022 do CPC/2015, uma vez que o Tribunal de origem se manifestou de forma fundamentada sobre todas as questões necessárias para o deslinde da controvérsia. O mero inconformismo da parte com o julgamento contrário à sua pretensão não caracteriza falta de prestação jurisdicional.

2. Com efeito, o Superior Tribunal de Justiça possui firme jurisprudência no sentido de que o Magistrado não está obrigado a julgar a questão posta a seu exame de acordo

com o entendimento das partes, mas sim conforme sua orientação, utilizando-se de provas, fatos e aspectos pertinentes ao tema. Nesse contexto, não configura violação aos arts. 9º, 10 e 492 do CPC/2015 quando o julgador, entendendo substancialmente instruído o feito, motiva a sua decisão na existência de elementos suficientes para formação da sua convicção, conforme o princípio do livre convencimento motivado ou da persuasão racional, tal como feito na hipótese. Incidência, no ponto, da Súmula 83/STJ.

3. Na hipótese, constata-se que o TJPR concluiu que não foi possível elucidar de quem teria sido a culpa pelo acidente levando em consideração não somente o boletim de ocorrência, mas também as demais provas colacionadas nos autos. Da mesma forma, não se pôde precisar a causa primária do acidente para então afirmar que o veículo conduzido pelo recorrido teria invadido a pista contrária, de maneira que, embora o boletim de ocorrência tenha, a princípio, presunção juris tantum, constatou-se também ser inconclusivo. Sendo assim, não foi ele o fator determinante para a improcedência do pedido autoral, e a revisão desses aspectos fáticos da lide atraem a incidência do enunciado n. 7 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.

4. Além disso, a jurisprudência desta Corte possui entendimento no sentido de que, conquanto o boletim de ocorrência possua presunção juris tantum, a veracidade precisa ser corroborada pelas demais provas presentes nos autos, como na espécie.

5. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt no AREsp n. 1.751.891/PR, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 15/6/2021, DJe de 21/6/2021. – grifou-se)

O Relatório de Acidente de Trânsito (Boletim de Ocorrência) aponta que o tipo de acidente corresponde a um choque em veículo parado, sendo possível entrever que o caminhão da empresa Ré se encontrava parado na pista de rolamento, quando o segundo veículo, que trafegava na rodovia, se chocou com a sua lateral esquerda ao tentar desviar dele. Confira-se:

“A- Segundo o que foi observado no local do sinistro, supõe-se que: o V-2 quando trafegava na rodovia, KM e trecho já citados, sentido Camaçari, deparou-se com o V-1, parado na pista de rolamento e na tentativa de evitar o choque, tentou desviar porém sem êxito, perdeu o controle da direção indo chocar na lateral esquerda do mesmo. Em consequência houve danos materiais e vítima.

B – Segundo declaração do condutor do V-1 ao trafegar na rodovia, KM e trecho já mencionados, após sair do estacionamento existente no local, teve parte da carga que transportava (Caixas de Cervejas) caída sobre a pista de rolamento e temendo o agravamento da situação, parou o veículo objetivando retirar as caixas da pista de rolamento, momento em que o V-2 atrapalhado com os faróis de um outro veículo que estava parado no outro sentido da rodovia, perdeu o controle da direção indo chocar na lateral esquerda do V-1, resultando danos materiais e vítima.

C – Segundo declaração do condutor V-2, quando trafegava na rodovia, KM e trecho já citados, sentido Camaçari, deparou-se com o V-1, parado no leito da pista de rolamento e ao tentar livrar-se do mesmo, perdeu o controle da direção indo chocar na parte lateral esquerda do mesmo. Em consequência houve danos materiais e vítima.

D – Danos sofridos: V-1: Carga (Caixas de Cervejas). V-2: Frente total, teto, suspensão, carroceria e transmissão.” (Id. 54690333 – p. 02)

Embora o *croqui* não traga elementos sobre a dinâmica do acidente, percebe-se que o histórico descrito pelo relatório é corroborado pela alegação do Apelante, segundo a qual foi atingido por lenha transportada pelo caminhão de placa policial JKW-0479, que se desprendeu dele após a realização de manobra arriscada para tentar desviar do veículo da Ré, que se encontrava parado na pista de rolamento (Id. 54690326 - Pág. 02).

Observa-se que a via por onde trafegava o veículo da Ré era provida de acostamento, conforme informação extraída do Relatório de Acidente de Trânsito (Id. 54690333 - Pág. 02). Assim, havia pista destinada ao estacionamento do veículo para que fosse providenciada a retirada da carga de cerveja caída.

Nada obstante, o condutor do veículo da Ré estacionou na pista de rolamento para remover a carga de cerveja caída na via, conforme denota o boletim de ocorrência, o que também foi admitido em contestação:

“Ao verificar que caíra parte das caixas de cerveja, na pista de rolamento da Rodovia BA – 093, próximo da DIBEBER, **o motorista da Ré, JOSÉ MÁRIO SIMÕES, parou o caminhão em uma reta, para providenciar a retirada das caixas da pista de rolamento**, quando veio o caminhão Ford, placa JKN – 0479, em desenfreada velocidade, cujo motorista, certamente encandeado com os faróis de outro veículo, perdeu o controle do caminhão e veio a chocar-se com o veículo da Ré, tendo parte de sua carga (lenha) desprendido e atingido o Autor.” (Id. 54690329 – Pág. 03) (grifos nossos)

Diante da necessidade de remoção da carga de cerveja caída da pista de rolamento, deveria o condutor do veículo da Ré ter se encaminhado para o acostamento da via.

Além disso, deveria ter adotado as medidas necessárias para alertar os demais condutores, o que não ficou provado nos autos.

A esse respeito, o art. 83 da Lei n.º 5.108/1966, que instituiu o Código Nacional de Trânsito vigente à época dos fatos, elencava os deveres do condutor de veículo. O inc. V destaca que o condutor deve “*desviar o veículo para o acostamento nas estradas, para embarque ou desembarque de passageiros e eventual carga ou descarga*”. Por sua vez, ao proibir o condutor de estacionar o veículo nos acostamentos da entrada, o art. 89, XXXIX, alínea “e” da referida Lei ressaltava a hipótese de força maior, que foi exatamente o que ocorreu no presente caso, tendo em vista a queda da carga na via.

A seu turno, o caput do art. 90 da Lei n.º 5.108/1966 dispunha sobre o dever de sinalização quando, por motivo de força maior, um veículo tivesse que permanecer no acostamento. O § 1º frisava que “*as mesmas medidas de segurança deverão ser tomadas pelo condutor, quando a carga, ou parte dela, cair sobre a via pública e desta não puder ser retirada imediatamente, constituindo risco para o trânsito*”. O § 2º acrescenta que, acontecendo o fato à noite, cumpria ao condutor “*manter acesas as luzes externas do veículo e utilizar-se de outro meio que torne visível o veículo ou a carga derramada sobre a pista, em distância compatível com a segurança do trânsito*”.

A inobservância desses deveres pelo condutor da Ré demonstra que houve a sua contribuição decisiva para ocorrência do acidente, que vitimou o autor, vez que ele foi atingido pela carga de lenha que se desprendeu do outro veículo quando este tentou desviar do caminhão da Ré. Assim, cabia à Acionada comprovar que teria adotado tais medidas de segurança. Não tendo se desvencilhado de tal encargo probatório, deve responder pelos danos advindos do acidente.

Ademais, a queda da carga de cerveja na via também consiste em fato que provoca a responsabilização civil da empresa Ré, salvo se ela tivesse demonstrado motivo de força maior ou caso fortuito, o que não ocorreu.

Cumprir-lhe-ia demonstrar que teria adotado todas as providências necessárias para realizar o transporte da carga de maneira adequada e segura.

Não tendo se desvencilhado do encargo probatório que lhe cabia também neste particular, deve-se lhe atribuir a responsabilidade pela queda das caixas de cerveja na pista de rolamento.

Salienta-se que o art. 88 do Decreto n.º 62.127/1968, que regulamentava o Código Nacional de Trânsito acima mencionado, determinava que: *“A carroçaria dos veículos de transporte de carga deve apresentar-se de modo que evite derramamento da carga nas vias.”* Já a alínea “e” do inc. XXX do art. 181 do referido Decreto proibia expressamente que o trânsito de veículo *“com carga excedente da lotação e fora das dimensões regulamentares, sem autorização especial.”*

Nesse sentido, o ônus de provar que o veículo atendia às exigências legais para transportar a carga de maneira adequada e em segurança recaía sobre a parte Ré. Contudo, a parte acionada nada menciona acerca disso, tendo se restringido a afirmar que não seria a verdadeira causadora do acidente, já que o autor foi atingido pela carga desprendida do caminhão que colidiu lateralmente com o veículo parado (Id. 54690329). A eventual existência de responsabilidade do condutor do outro veículo, que transportava lenha, não retira a responsabilidade da Ré.

Assim, a sentença comporta reforma, visto que há elementos nos autos que demonstram a ocorrência do ato ilícito praticado pela Ré, que estacionou o veículo na pista de rolamento de forma irregular para a retirada da carga de cerveja caída da via, sem as cautelas legais, o que evidencia a causa determinante do acidente.

Em hipóteses semelhantes, assim têm se posicionado os Tribunais pátrios:

APELAÇÃO CÍVEL. CIVIL. PROCESSO CIVIL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. RESPONSABILIDADE CIVIL. COLISÃO TRASEIRA. DINÂMICA DO ACIDENTE. VEÍCULO PARADO NA VIA. FALHA MECÂNICA. AUSÊNCIA DE SINALIZAÇÃO ADEQUADA. DANO MATERIAL. CULPA PRESUMIDA AFASTADA. SENTENÇA MANTIDA. 1. O dever de manter distância de segurança frontal, previsto no art. 29, II do Código de Trânsito Brasileiro, refere-se a veículos em circulação, condição diversa da presente hipótese, porquanto o próprio autor/apelante afirma que a colisão ocorreu quando o seu automóvel estava parado, à margem da pista, devido a uma pane mecânica, devendo-se observar, na hipótese, a existência da devida sinalização. 2. Os artigos 40, V, ?a?, e 46 do CTB estabelecem que o condutor utilizará o pisca-alerta em situações de emergência e sempre que for necessária a imobilização temporária de um veículo no leito viário, devendo ser providenciada a imediata sinalização de advertência, na forma estabelecida pelo CONTRAN. 3. A Resolução 36/1998 do CONTRAN dispõe que o condutor deverá acionar de imediato as luzes de advertência (pisca-alerta), providenciando a colocação do triângulo de sinalização ou equipamento similar à distância mínima de 30 metros da parte traseira do veículo, perpendicularmente ao eixo da via, e em condição de boa visibilidade. 4. Ainda que configurada colisão traseira, uma vez demonstrado que o veículo do apelante estava parado na via, sem a devida sinalização, afasta-se, na hipótese, a presunção de culpa da apelada. 5. Recurso conhecido e desprovido.

(TJ-DF 0732224-09.2022.8.07.0001 1815540, Relator: SONÍRIA ROCHA CAMPOS D'ASSUNÇÃO, Data de Julgamento: 07/02/2024, 6ª Turma Cível, Data de Publicação: 12/03/2024)

APELAÇÃO CÍVEL - RESPONSABILIDADE CIVIL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR ACIDENTE DE TRÂNSITO - COLISÃO - VEÍCULO PARADO NA PISTA DE ROLAMENTO - SINALIZAÇÃO INSUFICIENTE - DESATENÇÃO DO MOTORISTA - CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA. Age com culpa o condutor de

veículo que o deixa parado na estrada, de forma a ocupar parte considerável da pista de rolamento, sem proceder, imediatamente, à sinalização de advertência exigida pelo artigo 46 do Código de Trânsito Brasileiro.

(TJ-MG - AC: 10388130029365003 Luz, Relator: Alberto Henrique, Data de Julgamento: 17/06/2021, Câmaras Cíveis / 13ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 25/06/2021)

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO INDENIZATÓRIA POR ACIDENTE DE TRÂNSITO – LAUDO DO ASSISTENTE TÉCNICO JUNTADO INTEMPESTIVAMENTE – EXTINÇÃO DO DIREITO DE PRATICAR O ATO PROCESSUAL – ART. 223 DO CPC – AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA APTA DESCONSIDERAR O PRAZO LEGALMENTE PREVISTO – DINÂMICA DO ACIDENTE – CULPA DO CONDUTOR DA RETROESCAVADEIRA DE PROPRIEDADE DA RÉ PELO EVENTO – MÁQUINA QUE INVADIU A PISTA DE ROLAMENTO, DANDO CAUSA ÀS COLISÕES POSTERIORES – BOLETIM DE OCORRÊNCIA E LAUDO PERICIAL QUE CAMINHAM NO MESMO SENTIDO – CORREÇÃO MONETÁRIA – MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA – ALTERAÇÃO DO ÍNDICE – INPEC/IGP-DI – RECURSO DESPROVIDO, COM ALTERAÇÃO, DE OFÍCIO, DO ÍNDICE DE CORREÇÃO MONETÁRIA. (TJPR - 9ª C. Cível - 0005424-64.2011.8.16.0083 - Francisco Beltrão - Rel.: DESEMBARGADOR DOMINGOS JOSÉ PERFETTO - J. 01.05.2021)

(TJ-PR - APL: 00054246420118160083 Francisco Beltrão 0005424-64.2011.8.16.0083 (Acórdão), Relator: Domingos José Perfetto, Data de Julgamento: 01/05/2021, 9ª Câmara Cível, Data de Publicação: 04/05/2021)

No caso, o ato praticado pela parte ré se caracteriza como ilícito, já que o veículo estava parado na pista de rolamento para efetuar a remoção da carga caída, sem a devida sinalização, o que se mostrou a causa do acidente ocorrido em 05/04/1995.

O nexos causal também pode ser identificado, tendo em vista o liame etiológico entre a conduta ilícita perpetrada pela parte acionada e o dano sofrido pelo autor, que acabou sofrendo ferimentos corporais ao ser atingido pela carga de lenha que se desprende do veículo que colidiu lateralmente com o caminhão da Requerente, ao tentar dele desviar.

A respeito do conceito de dano moral, Carlos Roberto Gonçalves (*Direito Civil Brasileiro 4 – Responsabilidade Civil*. v. 4. 17. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 491/492) explica:

“Dano moral é o que atinge o ofendido como pessoa, não lesando seu patrimônio. É lesão de bem que integra os direitos da personalidade, como a honra, a dignidade, a intimidade, a imagem, o bom nome etc., como se infere dos arts. 1º, III, e 5º, V e X, da Constituição Federal, e que acarreta ao lesado dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação”.

Gustavo Tepedino, Aline de Miranda Valverde Terra e Gisela Sampaio da Cruz Guedes (*Fundamentos do direito civil: responsabilidade civil – 2. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 84*) asseveram que o dano moral “consiste, de forma geral, na lesão a direitos de conteúdo não pecuniário ou não comercialmente redutível a dinheiro, como é o caso dos direitos da personalidade”.

No mesmo sentido, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (*Manual de Direito Civil: volume único*. 6. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 1345) explicitam:

“O dano moral consiste na lesão de direitos, cujo conteúdo não é pecuniário, nem comercialmente redutível a dinheiro. Em outras palavras, podemos afirmar que o dano moral é aquele que lesiona a esfera personalíssima da pessoa (seus direitos da

personalidade), violando, por exemplo, sua intimidade, vida privada, honra e imagem, bens jurídicos tutelados constitucionalmente”.

No caso, a parte Ré deve ser condenada a indenizar os danos morais, uma vez que a parte autora experimentou verdadeiro prejuízo, pois permaneceu internado durante oito dias após o acidente, tendo sido submetido a procedimento cirúrgico em razão de lesão intra-abdominal (Id. 54690333 - Pág. 01), apresentando múltiplas cicatrizes e deformidade em dedos, conforme evidenciado pelos laudos juntados aos autos.

Nesse particular, nas respostas fornecidas pelo médico perito Antônio dos Reis Lopes Júnior em 05/12/1996, ficou esclarecido que:

“O periciado apresenta múltiplas cicatrizes pelo corpo, com formações quelodianas. Destaca-se com extensão, cicatriz partindo da região epigástrica em direção à região pubiana, outra na face interna do ante-braço direito, com perda de massa de muscular, possível comprometimento da inervação, outra na região peitoral direita, sendo que o tórax e os membros superiores, apresentam ainda inúmeras cicatrizes menores, com formação quelodiana irregulares e outras lineares. Nos membros inferiores, processos cicatriciais presentes, inúmeras delas, sendo que no pé esquerdo, em seu dorso, do ferimento resultou perda de massa muscular com comprometimento da inervação.

Na face, o processo cicatricial à esquerda, com início da região nasal até supra orbitária esquerda.” (Id. 54690347)

No mesmo sentido, a médica perita Sheila Kirschbaum apresentou a seguinte conclusão no laudo pericial de Id. 54690612:

“O Autor Dermival Ribeiro da Silva Filho, 51 anos, apresenta cicatrizes em abdômen, perna esquerda e antebraço direito sem lesão funcional em membros superiores. Quanto a lesão do tendão da perna direita acarreta disfunção em extensão dos 4 dedos do pé esquerdo entendendo esta perita enquadrar-se de acordo com o BAREMO no Grupo 2 (Transtornos Funcionais Moderados). Nesse grupo, segundo a metodologia descrita por Louis Mélenec a Taxa de Incapacidade Fisiológica (TIF) é determinada na faixa percentual de 5 a 15%.

Com relação ao Autor considerando localização das cicatrizes e deformidade em dedos, sexo, idade e profissão entende esta perita que o dano estético se classifica como grau 2/5, ou seja leve.”

Por fim, o legislador exige a culpa do agente causador do dano, seja por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência. No presente caso, o elemento volitivo também está presente, já que a parte Ré agiu de forma imperita e negligente ao estacionar o veículo na pista de rolamento e por não ter adotado as medidas de sinalização devida para alertar os demais condutores da via.

Assim, estão configurados todos os elementos referentes à responsabilização civil da parte ré, sendo devida a indenização por dano moral.

Em relação ao valor da indenização por danos morais, nosso ordenamento jurídico não traz parâmetros jurídicos objetivos para a determinação do respectivo valor.

Cuida-se de questão que deve observar os critérios estabelecidos pela jurisprudência e pela doutrina. Deve o órgão julgador arbitrar o valor de forma que não provoque o enriquecimento sem

causa da parte ofendida, nem estabeleça um valor insignificante, o que incentivaria a conduta ilícita do devedor.

A indenização também deverá ser fixada em valor consentâneo com a gravidade da lesão, bem como as condições econômicas e o grau de culpa do lesante, de modo que a indenização propicie uma satisfação para o ofendido.

A respeito do tema, transcreve-se a lição de Flávio Tartuce (*Manual de Direito Civil: volume único*. 12. ed. Rio de Janeiro: MÉTODO, 2022, p. 1.177):

“Feitos esses esclarecimentos, na esteira da melhor doutrina e jurisprudência, na fixação da indenização por danos morais, o magistrado deve agir com equidade, analisando: a extensão do dano; as condições socioeconômicas e culturais dos envolvidos; as condições psicológicas das partes; o grau de culpa do agente, de terceiro ou da vítima. Tais critérios podem ser retirados dos arts. 944 e 945 do CC/2002, bem como do entendimento dominante, particularmente do Superior Tribunal de Justiça.”

Para os professores Gustavo Tepedino, Aline de Miranda Valverde Terra e Gisele Sampaio da Cruz Guedes (*Fundamentos do direito civil: responsabilidade civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021 [livro eletrônico]):

“Na ausência de critérios legais e parâmetros fixos para a quantificação do dano moral, caberá ao juiz arbitrar seu valor. Nesse amplo espaço de atuação, nota-se que alguns específicos critérios objetivos são utilizados e aplicados pelos magistrados brasileiros, quais sejam: (i) o grau de culpa ou a intensidade do dolo do ofensor; (ii) a situação econômica do ofensor e da vítima; (iii) a intensidade do sofrimento da vítima; (iv) o lucro auferido pelo agente ofensor; (v) as condições pessoais do ofendido e (vi) a dimensão do dano. A conveniência na utilização de tais critérios, no entanto, não é pacífica.

(...)

Por outro lado, a dimensão do dano e as condições pessoais da vítima podem servir, de fato, para o estabelecimento de critério objetivo para a estipulação do dano moral, o qual deve levar em consideração primordialmente o princípio da reparação integral do dano e o da dignidade da pessoa humana. Para a correta valoração, deve-se, inicialmente, diferenciar os interesses merecedores de proteção do ordenamento jurídico daqueles interesses que representam meros aborrecimentos. Em seguida, a lesão aos interesses merecedores de tutela deve ser configurada, em toda a sua extensão, a partir de suas consequências na esfera material ou imaterial da vítima, independentemente de a conduta do ofensor ter sido mais ou menos grave. Uma vez configurada a lesão, a tutela dos interesses violados deve se dar quando a consequência da lesão na esfera do lesado for resultado de uma violação a um dever de respeito, isto é, de não lesar (*alterum non laedere*). Para que a reparação do dano moral, em toda a sua extensão, seja realizada respeitando seu fundamento principal, a dignidade humana, as condições pessoais da vítima revelam-se como importante critério para a valoração do montante indenizatório. Isso porque, desde que essas condições pessoais representem aspectos do patrimônio moral do ofendido, deverão ser atentamente analisadas, de modo que a reparação seja estipulada de acordo com a singularidade de quem sofreu o dano, sob a égide do princípio de isonomia substancial.”

Caio Mário da Silva Pereira entende que o quantum *“deve ser moderadamente fixado, pois, não pode ter o objetivo de provocar o enriquecimento ou proporcionar ao ofendido um avantajamento, por mais forte razão deve ser equitativa a reparação do dano moral para que se não converta o sofrimento em modo de captação de lucro (de lucro capiando)”* (PEREIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade Civil. 2. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1990. p. 325).

Os Tribunais Pátrios têm decidido que *“a indenização deve ser fixada em termos razoáveis, não se justificando que a reparação enseje enriquecimento indevido, com manifestos abusos e exageros, devendo o arbitramento operar-se com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao porte financeiro das partes, orientando-se o julgador pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, valendo-se de sua experiência e bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso”* (STJ, REsp 305.566/DF, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 22.05.2001, DJ 13.08.2001 p. 167).

Levando em consideração que o autor sofreu lesões físicas de natureza leve, bem como, o caráter pedagógico e punitivo da indenização, o quantum indenizatório deve ser fixado no valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).

Veja-se que, em caso similar, este Tribunal de Justiça fixou o valor devido a título de indenização por danos morais neste patamar:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. ACIDENTE DE TRÂNSITO. VEÍCULO ALIENADO FIDUCIARIAMENTE PERANTE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DE TRANSFERÊNCIA DA PROPRIEDADE PELO DEVEDOR FIDUCIANTE. CONTRATO PARTICULAR DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA. INOPONIBILIDADE A TERCEIROS. TRANSMISSÃO DO BEM NÃO COMPROVADA. RESPONSABILIDADE DO DEVEDOR FIDUCIANTE PELOS DANOS CAUSADOS EM ACIDENTE DE TRÂNSITO SOLIDARIAMENTE COM O CONDUTOR DO VEÍCULO. LESÕES CORPORAIS. OCORRÊNCIA, OFENSA À INTEGRIDADE FÍSICA. ATRIBUTO DA PERSONALIDADE PROTEGIDO PELO DIREITO. DANO MORAL CONFIGURADO. QUANTUM INDENIZATÓRIO FIXADO EM PATAMAR RAZOÁVEL. ATENDIMENTO AOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. APELAÇÃO CÍVEL CONHECIDA E DESPROVIDA. SENTENÇA MANTIDA. 1. Tratando-se de veículo gravado com alienação fiduciária em favor da instituição financeira, é juridicamente impossível que o devedor fiduciante transmita a propriedade à terceiro, através de contrato particular de compra e venda, vez que tal transação não produz efeitos em face de terceiros. 2. Não comprovada a transferência do bem, o devedor fiduciante, que dispõe da posse direta deste, responde pelos danos causados em acidente de trânsito solidariamente com o condutor do veículo. 3. Resta cabível indenização por danos morais àqueles que sofreram lesões corporais causados por acidente automobilístico, face à violação de sua integridade física, que é atributo de personalidade, protegido pelo ordenamento jurídico. 4. Para a fixação da indenização por dano moral, o magistrado deve avaliar a natureza e a gravidade do dano, a reputação da vítima, a sua situação familiar e socioeconômica, sem descurar das condições do agente, de modo que o valor arbitrado não se revele tão grande a ponto de constituir fonte de enriquecimento da vítima, e de insolvência do ofensor, nem tão pequeno que se torne inexpressivo, a ponto de não atingir a finalidade punitiva da indenização. Arbitramento em R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais) para o primeiro autor, e R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) para o segundo, considerando o grau de lesão de cada um, que se encontra em conformidade com

os princípios da proporcionalidade e razoabilidade. (Classe: Apelação, Número do Processo: 0000904-08.2013.8.05.0274, Relator (a): Sandra Inês Moraes Rusciolelli Azevedo, Terceira Câmara Cível, Publicado em: 06/03/2018)

DIREITO CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. ATROPELAMENTO. PRESCRIÇÃO. AÇÃO PROPOSTA ANTERIORMENTE. INTERRUÇÃO. ART. 202, §º ÚNICO, DO CÓDIGO CIVIL. PEDIDOS NÃO FORMULADOS NA PRIMEIRA DEMANDA. PRESCRIÇÃO CONSTATADA. DANOS ESTÉTICOS AFASTADOS. DANOS MORAIS. CONFIGURAÇÃO. CULPA EXCLUSIVA. AUSÊNCIA DE PROVA. INDENIZAÇÃO DEVIDA. VALOR. RAZOABILIDADE. HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS. ART. 20 DO CPC. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Considerando que a prescrição foi interrompida quando da propositura de ação anterior em 1999, a qual foi extinta sem resolução do mérito com trânsito em julgado ocorrido apenas em 2006, conclui-se que não há se falar no advento da prescrição trienal na presente demanda, proposta em 2008. Exegese do art. 202, I, §º único c/c art. 206, § 3º, V, do Código Civil. Precedentes. 2. Em outra senda, em relação à pretensão de dano estético, afigura-se a ocorrência da prescrição, uma vez que ele não foi formulado na primeira demanda e, portanto, não foi beneficiado pela interrupção da contagem do prazo prescricional, na forma do art. 202, I, do Código Civil. 3. Na hipótese vertente, afigura-se evidente a ocorrência de danos extrapatrimoniais, uma vez que não se pode considerar um atropelamento, com internação em hospital, submissão a cirurgia e reminiscência de sequelas como meros dissabores. 4. O importe indenizatório fixado pelo juízo a quo (R\$ 20.000,00 vinte mil reais) está em conformidade com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, não representando enriquecimento ilícito, daí porque não deve ser minorado. 5. Finalmente, a fixação de honorários sucumbenciais em 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação mostra-se proporcional ao trabalho realizado pelo causídico do apelado na hipótese vertente, não devendo ser diminuído. 6. Recurso conhecido e parcialmente provido, para manter a condenação em danos morais e materiais, mas afastar a pretensão relativa aos danos estéticos, haja vista a ocorrência de prescrição. (Classe: Apelação, Número do Processo: 0039202-88.2008.8.05.0001, Relator (a): Regina Helena Ramos Reis, Segunda Câmara Cível, Publicado em: 15/10/2015)

A indenização deve ser acrescida de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, a contar do evento danoso (art. 398 do CC/2002) (Verbete da Súmula n.º 54 do STJ), e correção monetária pelo INPC, a partir da sua fixação (art. 405 do CC/2002) (Enunciado da Súmula n.º 362 do STJ).

Por outro lado, não se mostra razoável a fixação de pensionamento vitalício em favor do autor, vez que a lesão sofrida resultou em incapacidade temporária durante o período da sua recuperação. Nesse sentido, o laudo pericial atesta que o autor “*não é portador de invalidez total decorrente do alegado acidente*” e retornou ao mercado de trabalho após o acidente, tendo exercido a função de motorista por aproximadamente uma década (Id. 54690612 - Pág. 22).

A sentença recorrida merece reforma para que a ação seja julgada parcialmente procedente, condenando o réu ao pagamento da quantia de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) a título de indenização por danos morais.

DA DISTRIBUIÇÃO DOS ENCARGOS SUCUMBENCIAIS

Reformada a sentença, para julgar a ação procedente em parte, faz-se necessária a adequação dos encargos sucumbenciais.

O art. 86 do CPC/2015 dispõe que “se cada litigante for, em parte, vencedor e vencido, serão proporcionalmente distribuídas entre eles as despesas”.

Sobre o referido dispositivo, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery comentam que *“As despesas processuais e os honorários de advogados deverão ser rateados entre as partes, na medida de sua parte na derrota, isto é, de forma proporcional.”*. (Código de Processo Civil Comentado [livro eletrônico]. 7. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022).

Caracterizada a sucumbência recíproca, redefino o ônus sucumbencial estabelecido na sentença, para determinar que a Ré arque com o pagamento de 50% (cinquenta por cento) das custas processuais, cabendo à parte autora o custeio dos outros 50% (cinquenta por cento) da verba.

Condeno Autor e Ré ao pagamento de honorários advocatícios devidos ao patrono da parte adversa, no percentual de 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação. Como o Autor é beneficiário da gratuidade da justiça, fica suspensa a exigibilidade das verbas por ele devidas.

CONCLUSÃO

Ante o exposto, voto no sentido de **CONHECER E DAR PROVIMENTO AO RECURSO**, reformando a sentença para o fim de condenar a parte Ré ao pagamento da quantia de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) a título de indenização por danos morais, acrescidos de juras de mora de 1% (um por cento) ao mês, a contar do evento danoso (Verbete da Súmula n.º 54 STJ) (art. 398 do CC/2002), e correção monetária pelo INPC, a partir da decisão (Enunciado n.º 362 STJ). Redistribui-se os ônus sucumbenciais, para condenar a parte autora e a parte ré ao rateio das custas processuais e ao pagamento dos honorários advocatícios no percentual de 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação, observando-se a suspensão de sua exigibilidade com relação ao autor, diante da concessão da gratuidade da justiça, a teor do art. 98, § 3º do CPC/2015.

(TJBA - AGRAVO DE INSTRUMENTO n. 8057342-12.2023.8.05.0000. Quarta Câmara Cível. Relator: DES. ANTONIO ADONIAS AGUIAR BASTOS. Julgado em 02/09/2024).

ACORDÃO

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO MONITÓRIA. DECISÃO AGRAVADA QUE ACOLHEU A EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. RECURSO CONHECIDO EM PARTE. DESCONSTITUIÇÃO DA PENHORA SOBRE PEQUENA PROPRIEDADE RURAL. IMPENHORABILIDADE QUE NÃO CEDE ANTE A CONSTITUIÇÃO DE GARANTIA HIPOTECÁRIA. TESE VINCULANTE FIRMADA PELO PLENO DO STF NO JULGAMENTO DEFINITIVO DO TEMA 961. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO CONHECIDO EM PARTE E, NA PARTE CONHECIDA, DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n.º **8057342-12.2023.8.05.0000**, tendo como Agravante **BANCO DO BRASIL S/A** e Agravado **JESUITO ERNESTINO DOS SANTOS**.

Acordam os Desembargadores componentes da Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Bahia, à unanimidade, em **conhecer em parte e, na parte conhecida, NEGAR PROVIMENTO ao recurso**.

DECISÃO PROCLAMADA

Conhecido e não provido Por Unanimidade

RELATÓRIO

Trata-se de Agravo de Instrumento interposto por **BANCO DO BRASIL S/A** contra a decisão proferida nos autos da Ação Monitória n.º **8001417-30.2019.8.05.0078**, ajuizada em face de **JESUITO ERNESTINO DOS SANTOS**, que acolheu a exceção de pré-executividade apresentada pela parte Ré/Agravada, nos seguintes termos (Id. 406967438):

“Isto posto, forte nos argumentos alhures deduzidos, acolho a exceção de pré- executividade, para determinar o cancelamento da constrição do imóvel Matrícula nº 4.356, fl. 162, Livro 2L, no CRIH da Comarca de Euclides da Cunha. Sem condenação em honorários, uma vez que o feito executivo deve seguir seus ulteriores termos”.

Em suas razões recursais (Id. 53604835), a parte Agravante defende que não deve ser apreciada a alegação de invalidade da penhora em razão da falta de intimação do cônjuge do Agravado, já que não ficou demonstrado prejuízo processual no decorrer da ação e o Agravado ainda poderia ter questionado a ausência de citação da sua companheira em sede de embargos à monitoria, mas não o fez.

Afirma que *“a parte embargada apresentou provas escritas, bem como a memória de cálculo exigida para a propositura da referida ação, assim, se pode evidenciar claramente a existência do débito”*.

Pontua que *“o montante cobrado a título de cada parcela foi previamente acordado entre as partes no momento da contratação e os encargos aplicados encontram-se dentro da legalidade”*.

Ressalta que *“o imóvel em questão foi dado em garantia, sem concorrência de terceiros, na cédula de crédito Rural Pignoratícia hipotecaria devidamente registrada no 1º Ofício Cartório de Registro de Imóveis de Comarca de Euclides da Cunha”*.

Sustenta que *“o Executado busca ludibriar o judiciário com uma alegação infundada, claramente infringindo o princípio da boa-fé objetiva, fazendo uso da lei que protege o bem de família para não quitar o débito com o banco credor”*.

Aponta que na procuração juntada aos autos endereço diverso daquele do imóvel em questão foi indicado pelo Agravado, o que reforça a alegação de que o imóvel não se trata de bem de família.

Aduz que a alegação de que se trata de uma pequena propriedade rural não é suficiente para que se configure a impenhorabilidade, porquanto também deve ser comprovado que o imóvel é explorado pela família, conforme ficou decidido pelo STJ no julgamento do REsp nº 1.929.519/SP.

Ao final, requer o provimento do recurso para que seja deferido o pedido de penhora do imóvel. Foram apresentadas contrarrazões pela parte Agravada (Id. 57034548).

É o relatório. Inclua-se em pauta.

VOTO

A teor do art. 1.015, parágrafo único do CPC/2015, é hipótese de cabimento do recurso. Também estão presentes os demais pressupostos de admissibilidade do agravo.

DA AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL

O Banco agravante arguiu que a alegação de invalidade da penhora suscitada pelo agravado *“não deve ser apreciada, tendo em vista que não houve prejuízo processual no decorrer da ação, pois devidamente intimado deixaram transcorrer o prazo para apresentar embargos a ação monitoria, no qual poderia questionar a citação de sua companheira”*.

O agravante não obterá melhoria em relação à sua situação jurídica com o julgamento deste tópico recursal. O recurso não lhe será útil, muito menos resultará em provimento judicial favorável, o que demonstra a ausência do interesse recursal.

Considerando que a decisão considerou que *“a ausência de intimação do cônjuge acerca da penhora não faz nula a constrição que apenas deve ser aperfeiçoada com a intimação dela”*, o pleito recursal não lhe trará benefício algum.

A teor do art. 996 do CPC/2015, o recurso pode ser interposto pela parte vencida, pelo terceiro prejudicado ou pelo Ministério Público, como parte ou fiscal da ordem jurídica, evidenciando que a parte deve ter saído sucumbente para ter interesse em obter melhoria na sua posição jurídica por meio do provimento do apelo.

Sobre o interesse recursal, Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero (*Curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. Vol. 2. [livro eletrônico]. 6. ed. rev., atual. E ampl. - São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 636-639) ensinam:

“A fim de que possa o interessado socorrer-se do recurso, é fundamental que possa antever algum interesse na sua utilização, isto é, antever a possibilidade de o seu provimento levar à melhora de sua esfera jurídica.

À semelhança do que acontece com o interesse de agir, é necessário que o interessado possa vislumbrar alguma utilidade na interposição do recurso, utilidade essa que somente possa ser obtida através da via recursal (necessidade). A fim de preencher o requisito “utilidade”, será necessário que a parte (ou o terceiro), interessada em recorrer, tenha sofrido algum prejuízo jurídico direto ou indireto em decorrência da decisão judicial ou ao menos que essa não tenha satisfeito plenamente a sua pretensão (uma vez que, sendo vencidos autor e réu, ambos terão interesse em recorrer). Em relação à “necessidade”, essa estará presente se, por outro modo, não for possível resolver a questão, alterando-se ou suplantando-se o prejuízo verificado.”

Na lição de Cândido Rangel Dinamarco, Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró e Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes (*Teoria Geral do Processo*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2023, p. 474), sobre o interesse recursal:

“Interesse, em direito, é utilidade. Diante disso, para que se considere presente o requisito do interesse recursal é indispensável que o novo julgamento pedido pela parte seja em tese apto a propiciar ao recorrente a utilidade consistente em uma situação jurídica mais favorável que aquela ditada no ato recorrido. Procede-se a um juízo prospectivo mediante o qual se lançam os olhos ao futuro e se indaga se o recurso interposto será realmente capaz de conduzir a uma melhora na situação do recorrente (Barbosa Moreira) – o qual carecerá do direito ao recurso quando concretamente este não tiver tal aptidão. É essa a leitura correta da locução parte vencida, empregada pelo art. 996 do Código de Processo Civil ao enunciar os sujeitos admitidos a interpor recursos no processo. Em suma, exige-se não só que o recorrente seja um daqueles indicados na lei como partes legítimas ao recurso, como também que no caso concreto esse sujeito possa extrair do novo julgamento um proveito jurídico útil. Só a parte vencida poderá esperar uma melhora em sua situação jurídica por força do julgamento de seu recurso. A vencedora, jamais.”

Confira-se julgados sobre o tema:

APELAÇÃO - AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL - DECISÃO FAVORÁVEL - NÃO CONHECIMENTO. Não se conhece da apelação, por ausência de interesse recursal, se a pretensão do recorrente se encontrar acolhida na sentença atacada. (TJMG - Apelação Cível 1.0344.14.003039-8/001, Relator(a): Des. (a) Maurílio Gabriel, 15ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 07/12/2017, publicação da súmula em 15/12/2017; grifou-se)

AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO DE APELAÇÃO. RECURSO ADESIVO PREJUDICADO. Sabe-se que o interesse é um dos pressupostos recursais subjetivos necessários ao recebimento do apelo, traduzido na situação desfavorável em que foi colocada a parte pelo provimento jurisdicional atacado, sendo condição inafastável para o regular processamento do recurso o seu preenchimento. A falta de interesse recursal

é flagrante, obstando, portanto, o conhecimento do recurso, eis que ausente requisito intrínseco de admissibilidade. Resta prejudicada a decisão adesiva. Recurso principal de apelação não conhecido e recurso adesivo prejudicado (TJPE - Apelação Cível 525496-2, 0000237-12.2014.8.17.0740, Relator(a) Josué Antônio Fonseca de Sena, 4ª Câmara de Direito Público, Data de Julgamento 20/11/2019, Data da Publicação/Fonte 06/12/2019; grifou-se).

Portanto, deixo de conhecer do Agravo interposto pelo autor quanto ao tópico acerca da necessidade de citação do cônjuge para fins de reconhecimento da validade da penhora.

DA IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA RURAL

Trata-se, na origem, de Ação Monitória ajuizada por **BANCO DO BRASIL S/A** contra **JESUITO ERNESTINO DOS SANTOS**, objetivando a cobrança de crédito no valor de R\$ 65.772,00 oriundo do inadimplemento da Cédula Rural Pignoratícia e Hipotecária nº 40/00203-9 (Id. 36906109 dos autos de origem) firmada pelas partes em 28/06/2007.

A parte Ré/Agravada apresentou exceção de pré-executividade (Id. 401806094 dos autos de origem), com pedido de gratuidade da Justiça, suscitando a nulidade da penhora em virtude da ausência de intimação do cônjuge do Recorrido da penhora sobre o imóvel.

Além disso, postulou o reconhecimento da impenhorabilidade do imóvel sobre o qual recaiu a penhora, ponderando que: *“a área de terra objeto da penhora se trata de pequena propriedade rural, estando, assim, resguardada pelo instituto da impenhorabilidade, não apenas pela questão da sua dimensão em módulos fiscais (1,8 módulos fiscais), mas, sobretudo, por se tratar de imóvel de sua moradia como bem de família”*.

A parte Autora/Recorrente ofereceu impugnação à exceção de pré-executividade (Id. 406364568 dos autos de origem), apresentando argumentos em prol da sua rejeição.

Sobreveio a decisão guerreada que acolheu a exceção de pré-executividade para desconstituir a penhora sobre o imóvel registrado sob Matrícula n.º 4.356, fl. 162, Livro 2L, no CRIH da Comarca de Euclides da Cunha por se tratar de pequena propriedade rural protegida pela garantia constitucional da impenhorabilidade.

A parte agravante se insurge contra a decisão que desconstituiu a penhora sobre o imóvel em discussão, alegando que *“o imóvel em questão foi dado em garantia, sem concorrência de terceiros, na cédula de crédito Rural Pignoratícia hipotecária devidamente registrada no 1º Ofício Cartório de Registro de Imóveis de Comarca de Euclides da Cunha”*. Em decorrência disso, afirma que o agravado não pode se valer da alegação de impenhorabilidade do imóvel para evitar a satisfação do crédito, pois isso configuraria comportamento transgressor da boa-fé objetiva.

Ao lado disso, o agravante sustenta que *“o mero enquadramento da metragem dentro dos 4 módulos fiscais exigidos pela lei 8.629/93 não é suficiente para configurar como propriedade rural”* e que o agravado não trouxe provas de que o imóvel é explorado pela sua família.

Antes de se adentrar à controvérsia recursal sobre a impenhorabilidade do imóvel em discussão, é preciso diferenciar os institutos legais que visam à proteção da pequena propriedade rural.

O art. 5º, inc. XXVI da CF/88 dispõe que: *“a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento”*.

Na mesma linha, o art. 833, VIII do CPC/2015 preconiza ser impenhorável *“a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família”*.

O instituto consagrado pelo texto constitucional e pelo CPC/2015 assegura o direito do trabalhador rural prover seu próprio sustento por meio do labor agrícola, garantindo a impenhorabilidade da pequena propriedade rural frente às dívidas que tenham origem na atividade produtiva.

Observa-se que a Lei Maior e o CPC/2015 exigem a demonstração de dois requisitos para fins de reconhecimento da impenhorabilidade do imóvel rural, quais sejam, o imóvel rural deve se enquadrar como pequena propriedade rural e a demonstração de que o imóvel é trabalhado pelo núcleo familiar.

Nos termos do art. 4º, inc. II, alínea “a” da Lei n.º 8.629/1993, a pequena propriedade rural consiste no imóvel rural de área de até quatro módulos fiscais, respeitada a fração mínima de parcelamento.

Ademais, o ônus de demonstrar que o bem constrito é trabalhado pela família recai sobre a parte executada, conforme posicionamento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp n.º 1.913.234/SP:

PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. PENHORA DE IMÓVEL. PEQUENA PROPRIEDADE RURAL. ALEGAÇÃO DE IMPENHORABILIDADE. ÔNUS DA PROVA DO EXECUTADO DE QUE O BEM CONSTRITO É TRABALHADO PELA FAMÍLIA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. JULGAMENTO: CPC/2015.

1. Recurso especial interposto em 23/09/2019 e atribuído ao gabinete em 28/10/2020.
2. O propósito recursal consiste em definir sobre qual das partes recai o ônus da prova de que a pequena propriedade rural é trabalhada pela família e se a proteção da impenhorabilidade subsiste mesmo que o imóvel tenha sido dado em garantia hipotecária. 3. **Para reconhecer a impenhorabilidade, nos termos do art. 833, VIII, do CPC/2015, é imperiosa a satisfação de dois requisitos, a saber: (i) que o imóvel se qualifique como pequena propriedade rural, nos termos da lei, e (iii) que seja explorado pela família.** Até o momento, não há uma lei definindo o que seja pequena propriedade rural para fins de impenhorabilidade. Diante da lacuna legislativa, a jurisprudência tem tomado emprestado o conceito estabelecido na Lei 8.629/1993, a qual regulamenta as normas constitucionais relativas à reforma agrária. Em seu artigo 4º, II, alínea “a”, atualizado pela Lei 13.465/2017, consta que se enquadra como pequena propriedade rural o imóvel rural “de área até quatro módulos fiscais, respeitada a fração mínima de parcelamento”. 4. Na vigência do CPC/73, a Terceira Turma já se orientava no sentido de que, para o reconhecimento da impenhorabilidade, o devedor tinha o ônus de comprovar que além de pequena, a propriedade destinava-se à exploração familiar (REsp 492.934/PR; REsp 177.641/RS). Ademais, como regra geral, a parte que alega tem o ônus de demonstrar a veracidade desse fato (art. 373 do CPC/2015) e, sob a ótica da aptidão para produzir essa prova, ao menos abstratamente, é certo que é mais fácil para o devedor demonstrar a veracidade do fato alegado. Demais disso, art. 833, VIII, do CPC/2015 é expresso ao condicionar o reconhecimento da impenhorabilidade da pequena propriedade rural à sua exploração familiar. Isentar o devedor de comprovar a efetiva satisfação desse requisito legal e transferir a prova negativa ao credor importaria em desconsiderar o propósito que orientou a criação dessa norma, o qual, repise-se, consiste em assegurar os meios para a manutenção da subsistência do executado e de sua família. 5. O oferecimento do bem em garantia não afasta a proteção da impenhorabilidade, haja vista que se trata de norma de ordem pública, inafastável pela vontade das partes. Precedentes. 6. A ausência de comprovação, pela parte executada, de que o imóvel penhorado é explorado pela família afasta a incidência da proteção da impenhorabilidade. 7. O dissídio jurisprudencial deve ser comprovado mediante o

cotejo analítico e a demonstração da similitude fática entre o acórdão recorrido e os acórdãos paradigmas. 8. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, desprovido. (REsp n. 1.913.234/SP, relatora Ministra Nancy Andrighi, Segunda Seção, julgado em 8/2/2023, DJe de 7/3/2023.)

A seu turno, a Lei n.º 8.009/1990 disciplina o instituto do bem de família e possui como corolário a proteção ao direito à moradia do devedor. A teor do caput do art. 5º da Lei n.º 8.009/1990, o imóvel residencial ao qual se assegura a impenhorabilidade deve ser assim compreendido: *“Para os efeitos de impenhorabilidade, de que trata esta lei, considera-se residência um único imóvel utilizado pelo casal ou pela entidade familiar para moradia permanente”*.

Nesse sentido, o art. 4º, § 2º da referida lei dispõe acerca do bem de família rural, afirmando: *“Quando a residência familiar constituir-se em imóvel rural, a impenhorabilidade restringir-se-á à sede de moradia, com os respectivos bens móveis, e, nos casos do art. 5º, inciso XXVI, da Constituição, à área limitada como pequena propriedade rural”*.

Ao julgar o REsp n.º 1.591.298/RJ, o STJ divisou as duas espécies de impenhorabilidade, afirmando que *“o fundamento que orienta a impenhorabilidade do bem de família (rural) não se confunde com aquele que norteia a da pequena propriedade rural, ainda que ambos sejam corolários do princípio maior da dignidade da pessoa humana, sob a vertente da garantia do patrimônio mínimo. O primeiro, destina-se a garantir o direito fundamental à moradia; o segundo, visa assegurar o direito, também fundamental, de acesso aos meios geradores de renda, no caso, o imóvel rural, de onde a família do trabalhador rural, por meio do labor agrícola, obtém seu sustento”*.

Eis a ementa do julgado:

RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. ALEGAÇÃO DE IMPENHORABILIDADE DE PEQUENA PROPRIEDADE RURAL, DEFINIDA EM LEI E TRABALHADA PELA ENTIDADE FAMILIAR, COM ESCOPO DE GARANTIR A SUA SUBSISTÊNCIA. REJEIÇÃO, PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS, SOB O FUNDAMENTO DE QUE O EXECUTADO NÃO RESIDE NO IMÓVEL E DE QUE O DÉBITO NÃO SE RELACIONA À ATIVIDADE PRODUTIVA. IRRELEVÂNCIA. RECONHECIMENTO. NECESSIDADE DE SE AFERIR, TÃO SOMENTE, SE O BEM INDICADO À CONSTRUIÇÃO JUDICIAL CONSTITUI PEQUENA PROPRIEDADE RURAL, NOS TERMOS DA LEI DE REGÊNCIA, E SE A ENTIDADE FAMILIAR ALI DESENVOLVE ATIVIDADE AGRÍCOLA PARA O SEU SUSTENTO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. Tomando-se por base o fundamento que orienta a impenhorabilidade da pequena propriedade rural (assegurar o acesso aos meios geradores de renda mínima à subsistência do agricultor e de sua família), não se afigura exigível, segundo o regramento pertinente, que o débito exequendo seja oriundo do atividade produtiva, tampouco que o imóvel sirva de moradia ao executado e de sua família. 2. Considerada a relevância da pequena propriedade rural trabalhada pela entidade familiar, a propiciar a sua subsistência, bem como promover o almejado atendimento à função sócioeconômica, afigurou-se indispensável conferir-lhe ampla proteção. 2.1 O art. 649, VIII, do CPC/1973 (com redação similar, o art. 833, CPC/2015), ao simplesmente reconhecer a impenhorabilidade da pequena propriedade rural, sem especificar a natureza da dívida, acabou por explicitar a exata extensão do comando constitucional em comento, interpretado segundo o princípio hermenêutico da máxima efetividade. 2.2 Se o dispositivo constitucional não admite que se efetive a penhora da pequena propriedade rural para assegurar o pagamento de dívida oriunda da atividade agrícola,

ainda que dada em garantia hipotecária (ut REsp 1.368.404/SP, Relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 13/10/2015, DJe 23/11/2015), com mais razão há que reconhecer a impossibilidade de débitos de outra natureza viabilizar a constrição judicial de bem do qual é extraída a subsistência do agricultor e de sua família. 3. **O fundamento que orienta a impenhorabilidade do bem de família (rural) não se confunde com aquele que norteia a da pequena propriedade rural, ainda que ambos sejam corolários do princípio maior da dignidade da pessoa humana, sob a vertente da garantia do patrimônio mínimo. O primeiro, destina-se a garantir o direito fundamental à moradia; o segundo, visa assegurar o direito, também fundamental, de acesso aos meios geradores de renda, no caso, o imóvel rural, de onde a família do trabalhador rural, por meio do labor agrícola, obtém seu sustento.** 3.1 As normas constitucional e infralegal já citadas estabelecem como requisitos únicos para obstar a constrição judicial sobre a pequena propriedade rural: i) que a dimensão da área seja qualificada como pequena, nos termos da lei de regência; e ii) que a propriedade seja trabalhada pelo agricultor e sua família. Assim, para o reconhecimento da impenhorabilidade da pequena propriedade rural, não se exige que o imóvel seja a moradia do executado, impõe-se, sim, que o bem seja o meio de sustento do executado e de sua família, que ali desenvolverá a atividade agrícola. 3.2 O tratamento legal dispensado à impenhorabilidade da pequena propriedade rural, objeto da presente controvérsia, afigura-se totalmente harmônico com aquele conferido à impenhorabilidade do bem de família (rural). O art. 4º, § 2º, da Lei n. 9.008/1990, que disciplina a impenhorabilidade do bem de família, põe a salvo de eventual contrição judicial a sede da moradia, e, em se tratando de pequena propriedade rural, a área a ela referente. 4. Recurso especial provido. (REsp n. 1.591.298/RJ, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 14/11/2017, DJe de 21/11/2017.)

Os referidos institutos asseguram a impenhorabilidade da pequena propriedade rural e possuem convivência harmônica no ordenamento jurídico pátrio. Todavia, possuem diferentes regimentos.

No presente caso, a parte agravada pretendeu que fosse reconhecida a impenhorabilidade do imóvel rural por se destinar à moradia do casal, estando protegida pelo instituto do bem de família disciplinado pelo Lei n.º 8.009/1990. Sendo assim, far-se-á a análise do pleito recursal de reforma da decisão guerreada à luz dos dispositivos contidos nesse diploma legal, sob pena de configurar julgamento extra petita, o que violaria os arts. 141 e 492 do CPC/2015, assim redigidos:

Art. 141. O juiz decidirá o mérito nos limites propostos pelas partes, sendo-lhe vedado conhecer de questões não suscitadas a cujo respeito a lei exige iniciativa da parte.

Art. 492. É vedado ao juiz proferir decisão de natureza diversa da pedida, bem como condenar a parte em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.

Sobre a caracterização do bem de família, a parte agravante argumenta que as provas trazidas aos autos não demonstram que o imóvel rural é explorado pela família do agravado. Contudo, por se tratar de pleito de reconhecimento da condição de bem de família, a análise não recai sobre eventual desenvolvimento de atividade produtiva no imóvel rural em questão.

Tanto é assim que a decisão agravada se deteve na análise dos elementos probatórios que pudessem respaldar a alegação de que o referido imóvel se destina à moradia permanente do agravado e da sua família.

Nesse particular, levou-se em consideração o laudo de avaliação do imóvel confeccionado por Oficial de Justiça (Id. 396675881), que certificou que a Fazenda denominada Fortuna se trata de uma

área de terra medindo 90,75 hectares, o que equivale a 1,8 módulo fiscal, donde se conclui que se trata de uma pequena propriedade rural. Soma-se a isso as fotografias juntadas pelo agravado (Id. 401806101), demonstrando que o imóvel lhe serve como moradia permanente.

Diante das provas apresentadas, é forçoso concluir que o agravado se desincumbiu do ônus de provar que a constrição atingiu imóvel da entidade familiar, ao passo que o ônus de descaracterizar a condição de bem de família incumbe ao credor, conforme posicionamento do Superior Tribunal de Justiça. Veja-se:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. EXECUÇÃO. PENHORA. BEM DE FAMÍLIA (LEI 8.009/90, ARTS. 1º E 5º). CARACTERIZAÇÃO. IMÓVEL RESIDENCIAL DO DEVEDOR. ÔNUS DA PROVA. RECURSO PROVIDO. 1. Tendo a devedora provado suficientemente (ab initio) que a constrição judicial atinge imóvel da entidade familiar, mostra-se equivocado exigir-se desta todo o ônus da prova, cabendo agora ao credor descaracterizar o bem de família na hipótese de querer fazer prevalecer sua indicação do bem à penhora. 2. Nos termos da jurisprudência desta Corte, não é necessária a prova de que o imóvel onde reside o devedor seja o único de sua propriedade, para o reconhecimento da impenhorabilidade do bem de família, com base na Lei 8.009/90. Precedentes. 3. Recurso especial provido.

(REsp n. 1.014.698/MT, relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 6/10/2016, DJe de 17/10/2016.)

Entretanto, o Banco agravante não apresentou contraprovas que pudessem descaracterizar o bem de família indicado à penhora, tendo apenas arguido que o endereço do agravado constante na procuração acostada aos autos seria diverso daquele correspondente ao do imóvel constrito.

Dada a insuficiência da alegação para afastar a condição de bem de família do imóvel, deve ser reconhecida a sua impenhorabilidade.

Por outro lado, o agravante argumenta que a impenhorabilidade não poderia ser invocada pelo agravado, vez que ele ofereceu o imóvel em garantia hipotecária e, agora em uma tentativa de evitar a satisfação do crédito, “*busca ludibriar o judiciário com uma alegação infundada, claramente infringindo o princípio da boa-fé objetiva, fazendo uso da lei que protege o bem de família para não quitar o débito com o banco credor*”.

Nota-se que o imóvel rural em questão realmente foi dado em garantia pelo agravado na Cédula Rural Pignoratícia e Hipotecária nº 40/00203-9 firmada entre as partes em 28/06/2007 (Id. 36906109). Também se verifica que o empréstimo concedido se destinou ao financiamento de aquisição de semoventes e benfeitorias a serem realizadas no imóvel (Id. 36906109 – p. 09).

A impenhorabilidade da pequena propriedade rural dada em garantia foi objeto do julgamento do ARE nº 1.038.507/PR (Tema n.º 961), que resultou na fixação da seguinte tese: “*É impenhorável a pequena propriedade rural familiar constituída de mais de 01 (um) terreno, desde que contínuos e com área total inferior a 04 (quatro) módulos fiscais do município de localização.*”

Veja-se a ementa do julgado:

PEQUENA PROPRIEDADE RURAL. BEM DE FAMÍLIA. IMPENHORABILIDADE. ART. 5º, XXVI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

1. As regras de impenhorabilidade do bem de família, assim como da propriedade rural, amparam-se no princípio da dignidade humana e visam garantir a preservação de um patrimônio jurídico mínimo.

2. A pequena propriedade rural consubstancia-se no imóvel com área entre 01 (um) e 04 (quatro) módulos fiscais, ainda que constituída de mais de 01 (um) imóvel, e que não pode ser objeto de penhora.

3. A garantia da impenhorabilidade é indisponível, assegurada como direito fundamental do grupo familiar, e não cede ante gravação do bem com hipoteca. 4. Recurso extraordinário não provido, com fixação da seguinte tese: “É impenhorável a pequena propriedade rural familiar constituída de mais de 01 (um) terreno, desde que contínuos e com área total inferior a 04 (quatro) módulos fiscais do município de localização”.

(ARE 1038507, Relator(a): EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 21-12- 2020, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-049 DIVULG 12-03-2021 PUBLIC 15-03-2021).

Quanto ao tema que é objeto da presente decisão, nota-se que o Item 3 da Ementa do julgado afirma que: *“A garantia da impenhorabilidade é indisponível, assegurada como direito fundamental do grupo familiar, e não cede ante gravação do bem com hipoteca”*.

No voto vencedor, o Relator Min. Edson Fachin frisou o seguinte:

“Em relação ao argumento de que a garantia da impenhorabilidade deveria ceder pelo fato de os proprietários haverem dado o bem em garantia da dívida, exceção contida no art. 4º, § 2º, da Lei 8009/1990, entendo que também não merece prosperar. A pequena propriedade rural, afinal, é impenhorável, nos termos da Constituição. Tal direito fundamental é indisponível, pouco importando a gravação do bem em hipoteca. Nesse sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça: “A pequena propriedade rural, trabalhada pela família, é impenhorável, ainda que dada pelos proprietários em garantia hipotecária para financiamento da atividade produtiva. Precedentes.” (AgInt no REsp 1.757.148, Terceira Turma, Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, DJe 16 maio 2019). Na mesma linha: AgInt no AREsp 1.361.358, Quarta Turma, Relator Ministro Raul Araújo, DJe 20 mar. 2019, STJ. 4ª Turma. REsp 1368404-SP, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, julgado em 13/10/2015. Nesse diapasão, faço menção ao voto proferido pelo saudoso Ministro Ruy Rosado de Aguiar no REsp 262.641:

‘Srs. Ministros, peço vênha ao eminente Ministro Relator e aos que o acompanharam para manter o entendimento do acórdão no sentido do art. 5º, XXVI, da Constituição Federal: “XXVI - a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento”. Esse preceito de natureza constitucional revogou as determinações contidas na legislação ordinária, proibindo a penhora desse bem por sobradas razões, a fim de garantir condições mínimas de sobrevivência e capacidade de produção ao pequeno agricultor. Se não for assim, evidentemente o dispositivo constitucional não está sendo aplicado; e ele existe exatamente para essa finalidade. Daí por que, data venia, o acórdão, ao interpretar o disposto no art. 649 do CPC e o art. 4º da Lei nº 8.009, combinado com o art. 5º, XXVI, da Constituição, que acabei de ler, garantindo e preservando a área correspondente ao módulo para a subsistência familiar, agiu de acordo com o sistema. Conheço do recurso pela divergência, mas lhe nego provimento.’ (REsp 262.641-RS, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, julgado em 28.06.2001)”.

E arrematou:

“Ante o exposto, pode-se concluir que a pequena propriedade rural consubstancia-se no imóvel com área entre 01 (um) e 04 (quatro) módulos fiscais, ainda que constituída de mais de 01 (um) imóvel, e que não pode ser objeto de penhora. A garantia da impenhorabilidade é indisponível, assegurada como direito fundamental do grupo familiar, e não cede ante gravação do bem com hipoteca.

Objetiva-se, assim, assentar que é impenhorável a pequena propriedade rural familiar, desde que, mesmo não sendo a única propriedade da família, constitua-se de terrenos contínuos com área total inferior a 04 (quatro) módulos fiscais do município de localização.

Essa conclusão está em todo harmônica com as premissas que orientam este julgado, no sentido de que as regras de impenhorabilidade do bem de família, assim como da propriedade rural, amparam-se no princípio da dignidade humana e visam a garantir a preservação de um patrimônio mínimo.

Nessa linha, sendo a impenhorabilidade a regra e voltando-se a norma para a proteção da família, eventuais exceções devem ser interpretadas restritivamente, como também apontou a d. PGR em parecer.

Ante o exposto, voto pelo desprovimento do recurso extraordinário interposto e proponho a fixação da seguinte tese: “É impenhorável a pequena propriedade rural familiar constituída de mais de 01 (um) terreno, desde que contínuos e com área total inferior a 04 (quatro) módulos fiscais do município de localização”.

No entanto, percebe-se que houve divergência entre os julgadores, tendo sido apresentados voto divergente pelo Min. Luís Roberto Barroso e voto vogal pelo Min. Nunes Marques, que foram acompanhados pelos Ministros Alexandre de Moraes, Luiz Fux e Gilmar Mendes.

Em seu voto, o Min. Luís Roberto Barroso ponderou que: *“a impenhorabilidade da pequena propriedade rural, garantida no art. 5º, XXVI, da CF, deve ser necessariamente sopesada com outros valores também expressamente consagrados no próprio art. 5º, dentre os quais a segurança jurídica, de que decorrem os princípios da boa-fé objetiva e da proteção da confiança legítima.”*

Ao lado disso, sinalizou que decisões judiciais que têm repercussão geral produzem efeito sistêmico sobre o mundo dos fatos, que não pode ser desprezado pela atividade jurisdicional. Nesse viés, afirmou que *“a aparente proteção concedida neste caso acarretará, do ponto de vista prático, uma desproteção abrangente, decorrente do maior risco a que esse mercado estará sujeito, o que acabará criando mais obstáculos e condições menos favoráveis aos pequenos proprietários rurais.”*

Considerando tais aspectos e as consequências práticas da decisão, o Min. Luís Roberto Barroso divergiu do Relator quanto à possibilidade da penhora do imóvel do pequeno proprietário rural quando ele o oferece de forma voluntária como garantia do débito. Assim, consignou que:

“Ninguém é obrigado a oferecer imóvel como garantia de contrato de fornecimento de insumos; se o faz, porém, no exercício constitucionalmente protegido de sua autonomia da vontade, poderá ter seu imóvel penhorado para o pagamento das dívidas não quitadas.”

Nessa mesma linha, o Min. Nunes Marques considerou que admitir a impenhorabilidade da pequena propriedade rural oferecida em garantia real *“constituir-se-ia a um só tempo, em enriquecimento ilícito, bem assim em clara violação do princípio da boa-fé objetiva.”* À vista disso, propôs a fixação da seguinte tese:

“O direito social à moradia e a impenhorabilidade da pequena propriedade rural, postulados integrantes do texto constitucional (respectivamente, no art. 6º e no inciso XXVI do art. 5º), não podem ser invocados para afastar a plena validade da hipoteca oferecida pelo casal ou pela entidade familiar como garantia real.”

Considerando as diferentes posições assumidas pelos julgadores, alinho-me ao entendimento adotado pelo Min. Luís Roberto Barroso, que admite a penhora da pequena propriedade rural quando o proprietário oferece o bem em garantia hipotecária em verdadeira manifestação da sua autonomia da vontade.

Portanto, entendo que a regra protetiva deve ser afastada quando se está diante de manifesta violação à boa-fé objetiva, uma vez que não deve ser tolerada a utilização abusiva do direito pelo devedor. Não deve ele se furtar ao adimplemento da obrigação invocando a tese de impenhorabilidade do bem que ele próprio deu em garantia, embora estivesse ciente que lhe servia como residência familiar.

Nesse viés, o princípio da boa-fé objetiva impõe aos contratantes um padrão razoável de comportamento, tendo como uma de suas funções a restrição ao exercício abusivo de direitos.

Flávio Tartuce explica que, no âmbito da boa-fé objetiva, o abuso de direito se apresenta como “*princípio geral de lealdade recíproca entre os contratantes*” e “*erige-se em obstáculo ao exercício da autonomia privada em violação aos parâmetros de convivência e confianças mútuas que devem reger as relações patrimoniais*” (TARTUCE, Flávio. *Fundamentos do direito civil: obrigações*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 75-76). Sob tal perspectiva, o doutrinador ensina que a figura do *venire contra factum proprium* consiste em conduta abusiva:

“Justifica-se o *venire*, portanto, na necessidade de salvaguardar a confiança despertada na parte contrária ou até mesmo em terceiro alheio à relação, reprovando a prática de atos incompatíveis com comportamento prévio do agente. A proibição de comportamento contraditório tem sido reiteradamente aplicada pelos tribunais brasileiros para reprimir a adoção de condutas que, embora não desautorizadas pela lei ou pelo ajuste contratual, afiguram-se em concreto abusivas por lesar a legítima confiança despertada na contraparte a partir do comportamento inicial. 49 A configuração do *venire* requer, no direito brasileiro, a presença dos seguintes pressupostos: (i) prática de uma conduta inicial (*factum proprium*); (ii) a legítima confiança de outrem na conservação do sentido objetivo dessa conduta; (iii) um comportamento contraditório com esse sentido objetivo; (iv) dano ou potencial de dano decorrente da contradição. Verificados esses requisitos, admite-se não apenas a reparação dos danos sofridos, como também, e principalmente, o próprio impedimento de tal conduta (ou mesmo o seu desfazimento, caso já tenha sido praticada).”

A esse respeito, o Superior Tribunal de Justiça vem decidindo que a conduta da parte devedora que oferece bem em garantia que é sabidamente destinado à residência familiar e, posteriormente, informa que a garantia não subsiste ante a impenhorabilidade do bem de família se consubstancia em comportamento contraditório, que atenta à boa-fé objetiva e à eticidade. Veja-se:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DECISÃO MONOCRÁTICA. JULGAMENTO COLEGIADO. AUSÊNCIA DE NULIDADE. GARANTIA FIDUCIÁRIA. BEM DE FAMÍLIA. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA. DECISÃO

MANTIDA. 1. A decisão monocrática que nega provimento a recurso especial com base em jurisprudência consolidada desta Corte encontra previsão nos arts. 932, IV, do CPC/2015 e 255, § 4º, II, do RISTJ, não havendo falar, pois, em nulidade por ofensa à nova sistemática do Código de Processo Civil. Ademais, a interposição do agravo interno, e seu consequente julgamento pelo órgão colegiado, sana eventual nulidade. 2. “À luz da jurisprudência dominante das Turmas de Direito Privado: (a) a proteção conferida ao bem de família pela Lei n. 8.009/90 não importa em sua inalienabilidade, revelando-se possível a disposição do imóvel pelo proprietário, inclusive no âmbito de alienação fiduciária; e (b) a utilização abusiva de tal direito, com evidente violação do princípio da boa-fé objetiva, não deve ser tolerada, afastando-se o benefício conferido ao titular que exerce o direito em desconformidade com o ordenamento jurídico” (AgInt nos EREsp 1.560.562/SC, Rel. Ministro Luís Felipe Salomão, Segunda Seção, DJe 30/6/2020). 3. Agravo interno a que se nega provimento. (AgInt no AREsp n. 1.753.664/SC, relator Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 19/3/2024, DJe de 22/3/2024.)

DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE BEM IMÓVEL RECONHECIDO COMO BEM DE FAMÍLIA. POSSIBILIDADE. CONDUTA QUE FERE A ÉTICA E A BOA-FÉ. 1. Ação declaratória de nulidade de alienação fiduciária de imóvel reconhecido como bem de família. 2. Ação ajuizada em 23/08/2013. Recurso especial concluso ao gabinete em 26/08/2016. Julgamento: CPC/73. 3. O propósito recursal é dizer se é válida a alienação fiduciária de imóvel reconhecido como bem de família. 4. A questão da proteção indiscriminada do bem de família ganha novas luzes quando confrontada com condutas que vão de encontro à própria ética e à boa-fé, que devem permear todas as relações negociais. 5. Não pode o devedor ofertar bem em garantia que é sabidamente residência familiar para, posteriormente, vir a informar que tal garantia não encontra respaldo legal, pugnando pela sua exclusão (vedação ao comportamento contraditório). 6. Tem-se, assim, a ponderação da proteção irrestrita ao bem de família, tendo em vista a necessidade de se vedar, também, as atitudes que atentem contra a boa-fé e a eticidade, ínsitas às relações negociais. 7. Ademais, tem-se que a própria Lei 8.009/90, com o escopo de proteger o bem destinado à residência familiar, aduz que o imóvel assim categorizado não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, mas em nenhuma passagem dispõe que tal bem não possa ser alienado pelo seu proprietário. 8. Não se pode concluir que o bem de família legal seja inalienável e, por conseguinte, que não possa ser alienado fiduciariamente por seu proprietário, se assim for de sua vontade, nos termos do art. 22 da Lei 9.514/97. 9. Recurso especial conhecido e não provido.

(REsp n. 1.560.562/SC, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 2/4/2019, DJe de 4/4/2019.)

No caso dos autos, percebe-se que, apesar de o imóvel lhe servir como residência familiar, o agravado o ofereceu em garantia da cédula de crédito rural sem apresentar nenhum óbice no momento da celebração do pacto. Agora, na via processual, pretende se valer da regra da impenhorabilidade para afastar a constrição sobre o mencionado bem.

Esclarece-se que recairia sobre o agravado o ônus de comprovar que teria sido induzido em erro ou que tivesse agido de maneira involuntária no momento de realizar o negócio. Todavia, ele não

apresentou nenhuma prova que pudesse elucidar que o oferecimento do bem naquela ocasião estivesse eivado de algum vício. Ao contrário disso, pode-se inferir que o agravado estava no gozo de sua capacidade civil, não é pessoa sem instrução, além de se qualificar como comerciante (procuração - Id. 145862729), o que revela que reunia condições para celebrar o pacto de maneira válida, inclusive com a obtenção de orientação jurídica, caso entendesse pertinente.

Diante disso, configura-se o desvirtuamento da proteção da impenhorabilidade pelo agravado, que se vale desse instituto em evidente afronta ao comportamento adotado anteriormente, o qual, por sua vez, gerou a legítima confiança do Banco agravante na garantia prestada contratualmente. O fato de o imóvel se destinar à moradia familiar não impediu o Recorrido de oferecê-lo para assegurar o pagamento da dívida, ao passo que, em face do seu inadimplemento, não se torna razoável invocar a proteção legal para afastar o que ficou convencionado entre as partes.

Além disso, e como bem pontuou o Min. Luís Roberto Barroso no seu voto, o julgamento de uma causa deve levar em consideração as consequências sistêmicas que dele advirão, o que se mostra ainda mais relevante no julgamento dos recursos extraordinários, com repercussão geral. Em suas palavras:

25. Esta relevante circunstância importa também para a efetividade da própria garantia fundamental da impenhorabilidade, invocada pelos recorridos em seu favor. Não se está aqui ponderando a regra do art. 5º, XXVI, apenas com a segurança jurídica, na vertente da boa-fé objetiva, mas também com ela própria. Explica-se: garantir a máxima efetividade para a impenhorabilidade neste caso concreto – julgado, frise-se, dentro do regime da repercussão geral, com todas as consequências sistêmicas disso decorrentes – poderá fragilizar essa importante garantia fundamental para outros cidadãos que a titularizam.

26. Conforme destaquei acima, as decisões judiciais devem preocupar-se com o efeito sistêmico que produzirão sobre o mundo dos fatos. Isto é ainda mais verdadeiro para as decisões que tem repercussão geral, como a presente. E, no caso concreto, como já afirmei, a generalização do entendimento firmado pelo tribunal *a quo* poderá produzir grave impacto negativo sobre o mercado de crédito rural para pequenos proprietários. Assim, a aparente proteção concedida neste caso acarretará, do ponto de vista prático, uma desproteção abrangente, decorrente do maior risco a que esse mercado estará sujeito, o que acabará criando mais obstáculos e condições menos favoráveis aos pequenos proprietários rurais.

Tal argumento está calcado nas modificações que a Lei 13.655/2018 instituiu no ordenamento brasileiro, determinando que o julgamento lastreado em cláusulas gerais tome em consideração as implicações práticas que dele advêm, inclusive sob a perspectiva sistêmica e de longo prazo, explicitando-as.

O mencionado Diploma Legislativo incluiu o art. 20 na LINDB, vedando que se decida “*com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão*” (*caput*), além de estipular que a motivação deverá evidenciar “*a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas*” (parágrafo único).

Cuida-se da positivação do pragmatismo jurídico no ordenamento jurídico brasileiro¹⁻², que rompeu uma tradição: ao valer-se de uma cláusula geral, o juiz não pode mais se restringir ao exame da legislação e da jurisprudência, respaldando-se exclusivamente nas teorias jurídicas para desenvolver a atividade judicante. A introdução do consequencialismo no nosso direito positivo fez com que ele passasse a atuar de maneira cogente sobre o labor jurisdicional quando forem invocados conceitos jurídicos indeterminados. Não se trata mais de um entendimento doutrinário ao qual o magistrado pode, ou não, alinhar-se conforme a sua formação intelectual. Cuida-se de previsão legal, de incidência obrigatória.

Bem compreendida a disposição normativa, parece-nos que a exposição dos possíveis impactos decorrentes da decisão judicial funciona como argumento, e não como fundamento propriamente dito. Embora ambos integrem a motivação da decisão judicial, este lhe é central e pauta-se nos fatos da causa e no ordenamento jurídico, ao passo que aquele consiste num reforço. O argumento orbita em torno do fundamento³. Dessa maneira, o pronunciamento jurisdicional não deve repousar exclusivamente sobre tais projeções. Elas devem ser invocadas como apoio, a título contributivo e de maneira cumulativa com os fundamentos fáticos e jurídicos⁴, ampliando o dever motivacional do juiz⁵. As previsões feitas pelo magistrado consistem numa perspectiva para interpretar a decisão, e não na base para edificá-la.

Com todas as vênias aos que adotam posicionamento jurídico diverso, o entendimento deste Julgador se alinha à divergência inaugurada pelo Min. Luís Roberto Barroso no julgamento do referido Agravo em Recurso Extraordinário.

No entanto, nota-se que ela saiu vencedora, tendo prevalecido o voto proferido pelo Exmo. Ministro Edson Fachin, que reconhece a impenhorabilidade do bem, ainda que dado em garantia pelo devedor.

1 Sobre o pragmatismo jurídico: ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. *Pragmatismo como [Meta] Teoria Normativa da Decisão Judicial: Caracterização, estratégias e implicações*. In: SARMENTO, Daniel (coord.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009; DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996; GEORGAKOPOULOS, Nicholas S. *Principles and Methods of Law and Economics*. New York: Cambridge University Press, 2005; LEAL, Fernando. *Juízes pragmáticos são necessariamente juízes ativistas?* In: Revista Brasileira de Direito. Vol. 17, n. 1. Passo Fundo: Faculdade Meridional IMED, maio 2021, p. 1-29; MACCORMICK, Neil. *Retórica e Estado de Direito*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008; PINHO, Diva Benevides. *A Racionalidade Econômica – abordagem histórica*. In: Revista de História – USP. Vol. 54, n.107. São Paulo: USP, 1976; POSNER, Richard A. *Direito, Pragmatismo e Democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2010; POSNER, Richard. *The problems of jurisprudence*. Harvard: Harvard University Press, 1990; SANDEL, Michael J. *Justiça – o que é fazer a coisa certa*. 23. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017; SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. 6. Reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 2010; VIDAL, Bernardo Raposo. *Racionalidade econômica e consequencialismo*. In: Revista Direito Diário. Vol. 3, n. 1. Fortaleza: Direito Diário, jan./fev. 2020, p. 8-23.

2 Sobre a adoção do pragmatismo no direito positivo brasileiro: ALVES, Francisco Sérgio Maia. *O novo paradigma da decisão a partir do art. 20 da LINDB: análise do dispositivo segundo as teorias de Richard Posner e Neil MacCormick*. In: Revista de Direito Administrativo. Vol. 278, n. 3. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas (FGV), set./dez. 2019, p. 113-144; BRANDÃO, Rodrigo; FARAH, André. *Consequencialismo no Supremo Tribunal Federal: uma solução pela não surpresa*. In: Revista de Investigações Constitucionais. Vol. 7, n. 3. Curitiba: Universidade Federal do Paraná (UFPR), set./dez. 2020, p. 831-858; GABARDO, Emerson; SOUZA, Pablo Ademir de. *O consequencialismo e a LINDB: a cientificidade das previsões quanto às consequências práticas das decisões*. In: A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional. Ano 20, n. 81. Belo Horizonte: Fórum, jul/set 2020, p. 97-124; DIDIER JUNIOR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Dever judicial de considerar as consequências práticas da decisão: interpretando o art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro*. In: Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, n. 73. Rio de Janeiro: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, jul./set. 2019, p. 115-132; JORDÃO, Eduardo. *Art. 23 da LINDB – O equilíbrio entre mudança e previsibilidade na hermenêutica jurídica*. In: Revista de Direito Administrativo. Edição Especial – Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei n.º 13.655/2018). Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2018, p. 63-92; JUSTEN FILHO, Marçal. *Art. 20 da LINDB – Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas*. In: Revista de Direito Administrativo. Edição Especial – Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei n.º 13.655/2018). Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2018, p. 13-41; MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Art. 21 da LINDB – Indicando consequências e regularizando atos e negócios*. In: Revista de Direito Administrativo. Edição Especial – Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei n.º 13.655/2018). Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2018, p. 43-61; PARGENDLER, Mariana; SALAMA, Bruno Meyerhof. *Direito e consequência no Brasil: em busca de um discurso sobre o método*. In: Revista de Direito Administrativo. Vol. 262. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas (FGV), jan. 2013, p. 95-144; SANTOLIM, Cesar. *Ainda sobre a Lei n.º 13.655/2018: sobre compatibilizar deontologismo e consequencialismo*. In: Revista Eletrônica do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul. Edição Especial 30 anos da Constituição Estadual. Porto Alegre: Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, 2019, p. 162-166.

3 KOCHER, Ronaldo. *Fundamentando decisões: uma doutrina lógico-argumentativa*. Londrina: Thoth, 2021. SILVA, Maceno Lisboa da. *O pragmatismo ou consequencialismo econômico e a modulação temporal de efeitos das decisões judiciais do STF em matéria tributária*. In: Revista de Direito Tributário Contemporâneo. Vol. 5, n. 224. São Paulo: Revista dos Tribunais, mai/jun. 2020.

4 SILVA, Maceno Lisboa da. *O pragmatismo ou consequencialismo econômico e a modulação temporal de efeitos das decisões judiciais do STF em matéria tributária*. In: Revista de Direito Tributário Contemporâneo. Vol. 5, n. 224. São Paulo: Revista dos Tribunais, mai/jun. 2020.

5 ABOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 367.

Embora tal questão não verse exatamente sobre o objeto da tese firmada no julgamento do ARE nº 1.038.507/PR – que tratou da possibilidade de a pequena propriedade rural ser constituída por mais de um terreno e de a impenhorabilidade atingir todos eles (Tema n.º 961) –, a análise da disponibilidade, ou não, da impenhorabilidade do bem dado em garantia foi enfrentada expressamente no julgamento do referido Agravo em Recurso Extraordinário, como se depreende dos trechos já transcritos dos votos dos Exmos. Mins. Edson Fachin, Luís Roberto Barroso e Nunes Marques.

Confira-se, ainda, a seguinte passagem do voto do Exmo. Min. Edson Fachin:

“Diante destas definições operadas pelo legislador, resta ao intérprete identificar qual seria a mais adequada aos objetivos da proteção conferida pelo constituinte a pequena propriedade rural. Tal definição, a rigor, não pode ser enunciada sem se reconhecer a inegável tendência de humanização do direito patrimonial.

A tessitura constitucional que consubstancia o conteúdo do inciso XXVI do art. 5º da Constituição, na medida em que assenta a impenhorabilidade da pequena propriedade rural trabalhada pela família evoca a proteção da dignidade humana, de modo a garantir a preservação de um patrimônio mínimo, que permita condições suficientes de subsistência.

É preciso reconhecer, portanto, que a redação conferida pelo legislador constituinte ao inciso XXVI e aquela que se volta a proteção da família e de seu mínimo existencial e, por exclusão, não ao patrimônio do credor. Diante desta constatação, verifica-se que a regra geral, quando se trata de dívida contraída pela família, em prol da atividade produtiva desenvolvida na pequena propriedade rural, pelo grupo doméstico, a regra geral é a da impenhorabilidade.

Nessa linha, tal como também reforçou a d. PGR em seu parecer, é necessário interpretar de maneira restritiva quais seriam as exceções a essa regra geral de impenhorabilidade aplicável a pequena propriedade rural cultivada pela família.

Em trabalhos de natureza acadêmica pude desenvolver a tese do estatuto jurídico do patrimônio mínimo. Sublinhei nestes escritos a diferença entre patrimônio e propriedade, a fim de deslocar o *locus* das preocupações do direito para centrá-las na pessoa concreta, abandonando a postura patrimonialista vigente (FACHIN, Luiz Edson. Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo. 2ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 44).

O patrimônio mínimo funda-se no princípio da dignidade da pessoa humana: *“Trata-se de um patrimônio mínimo mensurado consoante parâmetros elementares de uma vida digna e do qual não pode ser expropriada ou desapossada. Por força desse princípio, independente de previsão legislativa específica instituidora dessa figura jurídica, e, para além de mera impenhorabilidade como abonação, ou inalienabilidade como gravame, sustentasse existir essa imunidade juridicamente inata ao ser humano, superior aos interesses dos credores.”* (FACHIN, Luiz Edson. Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo. 2ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.1). Tal mínimo é valor e não metrificação, conceito aberto cuja presença não viola a ideia de sistema jurídico axiológico. O mínimo não é menos nem é ínfimo. É um conceito apto a construção do razoável e do justo ao caso concreto, aberto, plural e poroso ao mundo contemporâneo.

Nessa linha, Ana Paula de Barcellos, ao sustentar que o mínimo corresponde exatamente ao núcleo essencial da dignidade, traz a imagem de dois círculos concêntricos. O círculo interior cuida do mínimo da dignidade. O espaço entre o círculo interno e o externo será ocupado, segundo ela, pela deliberação política, a quem caberá, para além do mínimo existencial, desenvolver a concepção de dignidade prevalente em cada momento histórico (BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios

constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. 2ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. BARCELLOS, 2008, p. 282-283).

A partir da igualdade e da dignidade, portanto, o mínimo passa a ser exigível, impondo a Constituição, que este abarque um conjunto de garantias materiais para uma vida digna. Trata-se de um conceito aberto, histórico e contingente.

Nesta perspectiva, em que se dá o encontro entre norma constitucional e Direito Civil e nessa interrelação que se deve cumprir a tarefa de interpretar criticamente o escopo da funcionalização no transcurso da propriedade e da posse, tal como inscritas nos conceitos, conceitos ressignificados pela matriz constitucional de 1988. Afinal, como alerta Marcos Alberto Rocha Gonçalves, *“se é indubitável que a propriedade não se dissocia da função econômica que dela exige a economia de mercado, não é menos correto assentir que a relação entre sujeitos e coisas não se funda apenas na formação de um título preenchido com valor de troca”*. (GONÇALVES, Marcos Alberto Rocha. A Posse como Direito Autônomo. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. v. 1).

Assegurar o direito à dignidade humana por meio da proteção ao estatuto jurídico do patrimônio mínimo não significa, porém, atacar a propriedade privada, nem o direito creditício, mas permite afastar o caráter estritamente patrimonial das relações jurídicas privadas.

Afinal, como já pude alertar em sede doutrinária, “Em certa medida, a elevação protetiva conferida pela Constituição à propriedade privada pode, também, comportar tutela do patrimônio mínimo, vale dizer, sendo regra de base desse sistema a garantia ao direito de propriedade não é incoerente, pois, que nele se garanta um mínimo patrimonial. Sob o estatuto da propriedade agasalha-se, também, a defesa dos bens indispensáveis à subsistência. Sendo a opção eleita assegurá-lo, a congruência sistemática não permite abolir os meios que, na titularidade, podem garantir a subsistência”. (FACHIN, Luiz Edson. Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo. 2a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 232.)”

Por sua vez, o voto do Exmo. Min. Barroso também fez constar o que segue:

23. Ultrapassado, assim, este primeiro possível óbice à aplicabilidade do art. 5º, XXVI, da CF, ao caso concreto, passo a examinar o segundo aspecto sensível que mencionei acima, ou seja, a circunstância de que o próprio devedor ofereceu o imóvel rural em questão como garantia hipotecária da dívida assumida. Este aspecto é que, a meu ver, dadas as circunstâncias peculiares do caso, determina o provimento do recurso extraordinário interposto.

24. Os direitos e garantias fundamentais, conforme sedimentado na doutrina e reiteradamente reconhecido na jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal, não são, em si mesmos, absolutos, mas relacionam-se numa dialética que determinará a sua ponderação com outros valores, princípios, direitos ou interesses com os quais eventualmente entrem em rota de colisão no caso concreto. Na hipótese tratada no presente recurso extraordinário, a impenhorabilidade da pequena propriedade rural, garantida no art. 5º, XXVI, da CF, deve ser necessariamente sopesada com outros valores também expressamente consagrados no próprio art. 5º, dentre os quais a segurança jurídica, de que decorrem os *princípios da boa-fé objetiva e da proteção da confiança legítima*. No caso, a circunstância de os próprios destinatários da regra da impenhorabilidade haverem oferecido o imóvel como garantia hipotecária da dívida assumida faz a balança da ponderação inclinar-se mais para o lado da tutela destes últimos valores constitucionais.

25. Esta relevante circunstância importa também para a efetividade da própria garantia fundamental da impenhorabilidade, invocada pelos recorridos em seu favor. Não se está aqui ponderando a regra do art. 5º, XXVI, apenas com a segurança jurídica, na vertente da boa-fé objetiva, mas também com ela própria. Explica-se: garantir a máxima efetividade para a impenhorabilidade neste caso concreto – julgado, frise-se, dentro do regime da repercussão geral, com todas as consequências sistêmicas disso decorrentes – poderá fragilizar essa importante garantia fundamental para outros cidadãos que a titularizam. (...)

30. Para a resolução do caso presente, entendo que também deve ser levado em conta o direito à livre iniciativa, princípio fundamental da República (CF, art. 1º, caput) e princípio geral da atividade econômica (CF, art. 170, caput).

31. Numa economia de mercado, como a instituída na Constituição de 1988, a livre iniciativa é aspecto inerente à liberdade individual. Cabe a cada cidadão decidir onde e de que forma aplicará seus rendimentos e seus bens, podendo empregá-los para o exercício da atividade econômica que mais lhe aprouver.

32. No caso dos autos, os recorridos ofereceram imóvel em garantia hipotecária para a aquisição de insumos para sua atividade econômica. Evidentemente, a garantia prestada – inclusive com possibilidade de penhora do bem ofertado – foi fator determinante para a própria celebração do contrato em questão, possibilitando o exercício da atividade econômica pelos recorridos. Sem a prestação da garantia, possivelmente o contrato não teria sido assinado pela empresa, ora recorrente.

33. A possibilidade de penhora do imóvel do pequeno proprietário rural que voluntariamente oferece seu patrimônio como garantia do débito impulsiona o empreendedorismo, ao viabilizar a celebração de contratos e a concessão de crédito em termos mais favoráveis.

34. Por outro lado, não há desproporcionalidade na exceção à impenhorabilidade da pequena propriedade rural. Como já destaquei, aplicam-se aqui os princípios da segurança jurídica e da boa-fé objetiva, legitimando-se a exceção à garantia hipotecária prestada voluntariamente para viabilizar a livre iniciativa. Ninguém é obrigado a oferecer imóvel como garantia de contrato de fornecimento de insumos; se o faz, porém, no exercício constitucionalmente protegido de sua autonomia da vontade, poderá ter seu imóvel penhorado para o pagamento das dívidas não quitadas.

O voto do Exmo. Min. Nunes Marques chegou a afirmar que “*a circunstância de a hipoteca haver sido oferecida em garantia real desautoriza a invocação do postulado da impenhorabilidade da propriedade em análise. Admitir o contrário constituir-se-ia, a um só tempo, em enriquecimento ilícito, bem assim em clara violação do princípio da boa-fé objetiva. O ponto central da controvérsia consiste, portanto, na mencionada circunstância, e não no fato de tratar-se, ou não, de imóvel único*” (destaque já existente no original).

Tanto a questão do afastamento da impenhorabilidade diante do oferecimento do bem em garantia foi abordada de maneira central no julgado que o Exmo. Min. Nunes Marques chegou a propor a fixação da seguinte tese:

“O direito social à moradia e a impenhorabilidade da pequena propriedade rural, postulados integrantes do texto constitucional (respectivamente, no art. 6º e no inciso XXVI do art. 5º), não podem ser invocados para afastar a plena validade da hipoteca oferecida pelo casal ou pela entidade familiar como garantia real.”

No entanto, ela não foi acolhida, tendo em vista que prevaleceu o voto exarado pelo Exmo. Min. Edson Fachin.

Percebe-se que a questão acerca da disponibilidade, ou não, da impenhorabilidade do bem dado em garantia foi frontalmente abordada, tendo, inclusive, chegado a constar no Item 3 da Ementa, como já frisamos.

Embora a tese firmada pelo STF no enunciado do Tema n.º 961 não verse expressamente sobre ela, não se tratou de questão examinada a *latere*. Na realidade, cuida-se de uma das *rationes decidendi* da decisão, não podendo ser considerada um *obiter dictum*. Se os fundamentos a ela atinentes fossem retirados da decisão, o acórdão perderia o seu sentido. Se fosse decidida em sentido contrário, alterar-se-ia a conclusão do julgado. Tive a oportunidade de enfrentar o conceito dos fundamentos determinantes anteriormente, quando expliquei que, “para extrair a *ratio decidendi* do caso anterior, deve-se analisar se a conclusão da decisão do caso a ser solucionado permaneceria a mesma, caso fosse invertido o teor do núcleo decisório. Se a hipotética inversão implicar mudança da decisão, estar-se-á diante de uma *ratio decidendi*. Do contrário, a tese originária não constitui uma *holding*. Portanto, a ‘razão de decidir’ consistiria na regra ou proposição sem a qual a decisão não seria mantida” (BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. *O devido processo legal nas demandas repetitivas*. Tese de Doutorado. Salvador: Universidade Federal da Bahia, 2012, p. 92).

Esclarecido tratar-se de fundamento determinante do julgado proferido pela Excelsa Corte, é preciso frisar que uma única decisão pode conter uma pluralidade de *rationes decidendi*. Há que se diferir o precedente (decisão) da norma que dele emana, que é a *razão de decidir*. Assim expliquei em trabalho doutrinário:

“A diferenciação entre precedente e a razão de decidir realça, ainda, ser possível que uma só decisão possa conter diversas razões de decidir, circunstância, aliás, razoavelmente comum no Direito brasileiro. Se um único precedente possuir várias questões nucleares, cada *quaestio iuris* que constitua o *thema decidendum* e que seja enfrentada no julgado representará uma diversa *ratio decidendi*. É o que sói acontecer na cumulação de pedidos em que pode haver tantas *holding* quantos sejam os pedidos. A diferenciação ainda permite identificar a existência de uma *ratio* nas decisões sobre questões preliminares ou prejudiciais, necessárias para se chegar à análise do mérito ou do próprio caso, quando com ele não se confundem. (...) Além de evidenciar a possibilidade de existência de uma *holding* referente a uma questão preliminar ou a uma prejudicial, quando ela é distinta da questão principal de mérito, tal concepção também demonstra que pode haver uma pluralidade de *rationes* numa única decisão, na medida em que uma(s) pode(m) tratar da preliminar ou da prejudicial, enquanto outra(s) versam sobre a questão principal de mérito, ligada ao pedido formulado pelo autor. Mais do que isso: tal exemplo também reforça a ideia de que a *ratio decidendi* é inferível a partir da rejeição de certa fundamentação jurídica apresentada pela parte. É o que pode acontecer quando o réu alega uma preliminar e ela é rejeitada” (BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. *O devido processo legal nas demandas repetitivas*. Tese de Doutorado. Salvador: Universidade Federal da Bahia, 2012, p. 93-94).

Foi precisamente o que ocorreu no julgamento realizado pelo Supremo Tribunal. Ao firmar a tese de que a impenhorabilidade da pequena propriedade rural familiar abrange mais de um terreno, desde que contínuos e com área inferior a quatro módulos fiscais do município de localização, os Ministros da Suprema Corte enfrentaram a questão prejudicial atinente à possibilidade, ou não, de a

parte dispor da proteção da impenhorabilidade sobre a mencionada espécie de imóvel. Portanto, há, naquele julgado, duas *rationes decidendi*.

Assim, o julgamento realizado pelo STF possui duas razões determinantes. Primeiramente, aquela que versa sobre a disponibilidade, ou não, da impenhorabilidade do bem dado em garantia, tendo o Supremo Tribunal concluído que a proteção legal não está situada no âmbito da disponibilidade da parte. Em segundo lugar, a que diz respeito ao espectro de incidência da impenhorabilidade sobre a pequena propriedade rural, tendo a Excelsa Corte decidido que a proteção legal abrange a pequena propriedade rural mesmo que ela composta por mais de um terreno. Aquela consiste numa questão prejudicial a esta. O acórdão proferido pelo STF enfrentou ambas e repousa sobre ambos os fundamentos determinantes.

Considerando o sistema de precedentes estabelecido pelo CPC/2015, a eficácia vinculante da decisão abrange a resolução das duas questões, a teor do art. 927, III do CPC/2015.

Assim, tal entendimento deve ser aplicado, desde que não haja motivo que enseje a distinção do caso em julgamento, nem conduza à superação do entendimento fixado pela Suprema Corte. Nesse viés, Sandro Marcelo Kozikoski (*Recurso Extraordinário e Repercussão Geral*. In: CLÉVE, Clèmerson Merlin (coord.). *Direito Constitucional Brasileiro: Organização do Estado e dos Poderes*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2022 [Livro Eletrônico]. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/direito-constitucional-brasileiro-organizacao-do-estado-e-dos-poderes/1440744486>. Acesso em: 23 de Julho de 2024.) elucida que:

“Ora, se não é concebível que os órgãos e tribunais inferiores possam julgar em desconformidade com o julgamento do Supremo proferido em sede de controle concentrado, não há razão plausível para se concluir de forma diversa no tocante à técnica de julgamento por amostragem emanada da repercussão geral, cuja transcendência do tema constitucional foi tornada explícita, com o reconhecimento de sua projeção para outros casos semelhantes. Recorde-se ainda que os Tribunais locais, ao insistirem na tese superada pelo STF, poderão estar distanciados do universo cognitivo da Corte Suprema, onde, presumivelmente, o debate foi guiado a partir da manifestação dos grupos de interesses diversos, com a escolha dos melhores argumentos revelados. Diga-se de passagem, a forma responsável de divergir é identificar contornos fáticos que afastem a incidência da *ratio decidendi*. Do contrário, dar-se-á verdadeiro decisionismo, incompatível com os postulados do Estado Democrático de Direito e da força normativa da Constituição.”

Portanto, deve ser reconhecida a impenhorabilidade do imóvel objeto da constrição por se tratar de pequena propriedade rural destinada à moradia do Agravado, que não cede mesmo diante da gravação do bem em hipoteca na Cédula Rural objeto da ação monitória.

Confira-se julgados em que se aplicou o entendimento firmado pelo STF:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE EXECUÇÃO. CÉDULA RURAL HIPOTECÁRIA. PEQUENA PROPRIEDADE RURAL. ÁREA COMPREENDIDA ENTRE 1 (UM) E 4 (QUATRO) MÓDULOS FISCAIS. IMPENHORABILIDADE. EXPLORAÇÃO PELA FAMÍLIA. BEM DADO EM HIPOTECA. GARANTIA CONSTITUCIONAL. DIREITO INDISPONÍVEL. DECISÃO REFORMADA. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO. 1 - Trata-se de Agravo de Instrumento com pedido de concessão de efeito suspensivo manejado por MISAEL SANTOS NETO (ID 25954083) em face de BANCO DO NORDESTE DO BRASIL S/A, com o objetivo de reformar a decisão proferida pelo Juízo da 1ª Vara dos Feitos de Relações

de Consumo, Cíveis e Comerciais da Comarca de Vitória da Conquista que, nos autos da execução n. 0001445-12.2011.8.05.0274, rejeitou o pedido de desconstituição da penhora da pequena propriedade rural, dada em garantia hipotecária do contrato de mútuo bancário. 2 - O agravante, irresignado, alega, em seu recurso, que (I) restou comprovado nos autos que o referido imóvel é impenhorável, uma vez que é reconhecido legalmente como Pequena Propriedade Rural; (II) que a propriedade possui a extensão de 1.7 módulos fiscais, classificando-se legalmente como Pequena Propriedade Rural por ser inferior a 4 módulos fiscais; (III) de acordo com certidão de inteiro teor do imóvel juntada pelo próprio agravante, nas fls. 166-169 dos autos, o imóvel está totalmente de acordo com a definição de Pequena Propriedade Rural presente no art. 4, II, da Lei nº 8.629/9 e (IV) que a dívida cobrada diz respeito a um crédito tomado para a criação de ovinos e que a impenhorabilidade da pequena propriedade rural para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva é um direito fundamental indisponível, expressamente reconhecido no art. 5º, XXVI, da Constituição Federal, não podendo ser afastado por norma infraconstitucional, muito menos por um contrato. 3 - Da análise dos autos, verifica-se que, de fato, as partes celebraram contrato de cédula rural hipotecária, na qual o imóvel foi dado como garantia (Id n. 230881698 - dos autos originários). 4 - Com efeito, consoante disposto nos artigos 5º, inciso XXVI, da CF, e art. 833, inciso VIII, do CPC, a pequena propriedade rural, trabalhada pela família, não será objeto de penhora. 5 - No caso, o imóvel penhorado possui área inferior a 2 módulos fiscais, portanto, caracterizado como pequena propriedade rural, sendo 60 hectares conforme documento de (Id n.230881701 - daqueles autos). 6 - Além disso, restou comprovado que o imóvel se destina à atividade rural, explorada de modo familiar pela parte agravante, considerando que a destinação do empréstimo foi a criação de ovinos dentro da própria unidade rural. 7 - Destarte, ainda que oferecida em garantia hipotecária pelo proprietário, é mantida a impenhorabilidade da pequena propriedade rural. DECISÃO REFORMADA. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO. (Classe: Agravo de Instrumento, Número do Processo: 8009937-14.2022.8.05.0000, Relator(a): MARIA DO ROSARIO PASSOS DA SILVA CALIXTO, Publicado em: 15/02/2023)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO. IMÓVEL DADO EM GARANTIA HIPOTECÁRIA DE DÉBITO PERANTE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. PEQUENA PROPRIEDADE RURAL TRABALHADA PELA ENTIDADE FAMILIAR. IMPENHORABILIDADE. DECISÃO REFORMADA. TESE VINCULANTE FIXADA PELO TRIBUNAL PLENO DO STF NO JULGAMENTO DEFINITIVO DO TEMA 961/RG DO STF. RECURSO PROVIDO. (TJ-RS – AI: 70085521805 RS, Relator: Guinther Spode, Data de Julgamento: 29/04/2022, Décima Primeira Câmara Cível, Data de Publicação: 02/05/2022)

AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO MONITÓRIA – CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – PENHORA – PEQUENA PROPRIEDADE RURAL – Decisão que determinou o levantamento da penhora – Recurso do credor – Não acolhimento – Pequena propriedade rural - Atividade agrícola comprovada – Ainda que o executado seja proprietário de mais de um imóvel, ambos são contínuos e com área total inferior a 04 (quatro) módulos fiscais – Impenhorabilidade que deve ser mantida, conforme entendimento vinculante do E. STF, firmado no Tema 961 – Artigo 5º, inciso XXVI, da Constituição Federal e artigo 833, inciso VIII, do CPC – DECISÃO MANTIDA – AGRAVO DESPROVIDO. (TJ-SP - AI: 20753249320228260000 SP 2075324-

93.2022.8.26.0000, Relator: Fábio Podestá, Data de Julgamento: 18/10/2022, 21ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 18/10/2022)

Portanto, a decisão agravada deve ser mantida, a fim de que seja acolhida a exceção de pré-executividade, haja vista a impenhorabilidade do imóvel rural sobre o qual recaiu a penhora, por se tratar de bem de família, e pela circunstância de a impenhorabilidade não ceder ante a gravação do bem em garantia.

Ante o exposto, **CONHEÇO EM PARTE E, NA PARTE CONHECIDA, NEGÓ PROVIMENTO** ao recurso, mantendo a decisão em sua integralidade.

(TJBA - AGRAVO DE INSTRUMENTO n. 8028258-29.2024.8.05.0000. Quinta Câmara Cível. Relatora: DES^a. CARMEM LÚCIA SANTOS PINHEIRO. Julgado em 06/08/2024)

ACORDÃO

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. IMPUGNAÇÃO À ARREMATAÇÃO. PRECLUSÃO CONSUMATIVA DOS ARGUMENTOS DECIDIDOS EM SEDE DE EMBARGOS À EXECUÇÃO, AINDA QUE SE TRATEM DE MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. ARREMATAÇÃO PERFEITA, ACABADA E IRRETRATÁVEL. A ANÁLISE DOS AUTOS REVELA QUE A INTIMAÇÃO DA DEVEDORA FOI VÁLIDA E QUE O IMÓVEL NÃO FOI ALIENADO POR PREÇO VIL. NÃO EXISTE OBRIGATORIEDADE DE PRESTAÇÃO DE CAUÇÃO PARA A REALIZAÇÃO DO LEILÃO JUDICIAL. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA. AGRAVO DE INSTRUMENTO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

1. A Agravante se irressignou contra a decisão que rejeitou a sua impugnação à arrematação. Nas razões recursais, alegou, em síntese, (i) que o título contém obrigação ilíquida, incerta e inexigível; (ii) que há excesso de execução; (iii) que o imóvel arrematado é impenhorável; (iv) que a Agravante não foi intimada acerca da realização do leilão judicial; (v) que o bem foi alienado por preço vil; e, por fim, (vi) que o imóvel foi alienado sem a prestação de caução.

2. Quanto à inexigibilidade do título, ao excesso de execução e à impenhorabilidade do bem de família, operou-se a preclusão consumativa. Até mesmo as matérias de ordem pública estão sujeitas à preclusão consumativa, com vistas a evitar a rediscussão interminável da mesma matéria, o que violaria o princípio da duração razoável do processo. Precedentes do STJ. Assim, tendo em vista que todos estes argumentos foram decididos no bojo dos embargos à execução opostos pela Agravante, não cabe suscitá-los novamente na impugnação à arrematação.

3. A análise dos autos revela, ainda, que a Agravante foi devidamente intimada acerca do leilão judicial e que o bem foi alienado pelo preço apontado na avaliação judicial, não havendo que se falar em preço vil. Precedentes do STJ. Por fim, inexistente previsão de prestação de caução para que seja efetivado o leilão extrajudicial, devendo ser mantida a decisão agravada em todos os seus termos.

4. AGRAVO DE INSTRUMENTO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Agravo de Instrumento nº 8028258-29.2024.8.05.0000, tendo, como Agravante, **MONICA DE JESUS SANTOS** e, como Agravada, **FERREIRA FERRAZ INCORPORAÇÕES LTDA**.

Acordam os Desembargadores integrantes da Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia em CONHECER DO AGRAVO DE INSTRUMENTO E NEGAR-LHE PROVIMENTO, nos termos do voto condutor.

DECISÃO PROCLAMADA

Improvido. Unanime.

RELATÓRIO

Trata-se de Agravo de Instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto por **MONICA DE JESUS SANTOS** contra a decisão proferida pelo MM. Juízo da 4ª Vara Cível e Comercial da Comarca de Salvador/BA que, nos autos da “Execução de Título Extrajudicial” nº 0036199-57.2010.8.05.0001, proposta por **FERREIRA FERRAZ INCORPORACOES LTDA**, ora Agravada, julgou improcedente a impugnação à arrematação apresentada pela Agravante.

A Agravada ajuizou a demanda executória, tendo como título executivo extrajudicial a Escritura Pública de Confissão de Dívida com Garantia Real firmada entre as partes em 20 de julho de 2009. Aduziu que o referido instrumento contratual foi celebrado com o intuito de quitar o saldo remanescente do débito do cônjuge da Agravante, Antônio Genival Magno Stanchi, em razão deste ter se tornado inadimplente no Contrato de Promessa de Compra e Venda anteriormente pactuado. Requereu a citação da Agravante para pagamento do débito no valor de R\$ 74.895,06 (setenta e quatro mil, oitocentos e noventa e cinco reais e seis centavos) e, em caso de não pagamento voluntário, a execução da garantia real prevista no contrato. Devidamente citada, a Agravante opôs embargos à execução, porém a estes não foi conferido efeito suspensivo, tendo sido determinada a ordem de penhora sobre o imóvel dado em garantia. O juízo a quo julgou improcedente os embargos à execução, determinando a designação de leilão judicial para alienação do bem penhorado. Após a realização da hasta pública, a Agravante apresentou impugnação à arrematação (ID. 434937368), contra a qual a Agravada se manifestou no petitório de ID. 437863490. O magistrado primevo, então, rejeitou a impugnação, determinando a expedição da carta de arrematação (ID. 440259442).

Irresignada contra essa decisão, a Agravante interpôs o presente recurso. Sustentou que o imóvel arrematado em leilão judicial é impenhorável, pois se trata de bem de família. Alegou que não foi devidamente intimada acerca da ocorrência da hasta pública, nem pessoalmente, nem por advogado. Defendeu que o imóvel foi alienado por preço vil e que, portanto, a arrematação seria nula. Argumentou que o título não contém obrigação líquida, certa e exigível. Afirmou que a alienação do imóvel não poderia ocorrer sem a prestação de caução, pois ainda não ocorreu o trânsito em julgado dos embargos à execução. Pontuou que há excesso de execução. Pugnou pela concessão de efeito suspensivo e, ao final, pelo provimento do recurso, para que seja reconhecida a nulidade da arrematação.

O pedido de efeito suspensivo foi indeferido (ID. 62217669).

Devidamente intimada, a Agravada apresentou contrarrazões (ID. 63204722), pugnando pelo não provimento do recurso. Inclua-se em pauta de julgamento.

VOTO

I – JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE

CONHEÇO do recurso, porque presentes os requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade.

II – DECISÃO AGRAVADA MANTIDA:

O presente recurso foi interposto contra a decisão que rejeitou a impugnação à arrematação apresentada pela Agravante. O **pleito recursal** é pela reforma do referido pronunciamento, aduzindo

que (i) que o título contém obrigação ilíquida, incerta e inexigível; (ii) que há excesso de execução; (iii) que o imóvel arrematado é impenhorável; (iv) que a Agravante não foi intimada acerca da realização do leilão judicial; (v) que o bem foi alienado por preço vil; e, por fim, (vi) que o imóvel foi alienado sem a prestação de caução.

Não assiste razão à Agravante.

Inicialmente, cumpre esclarecer que a arrematação é a fase final do procedimento executório, em que os bens penhorados durante o processo serão levados a leilão, com vistas a convertê-los em dinheiro e, assim, saldar a dívida executada. Considerando que se trata de um dos últimos atos a serem realizados na demanda, é fato que boa parte das questões que poderiam ser arguidas como defesa já terão sido enfrentadas, ou terão precluído pelo decurso do tempo.

Assim, as matérias que poderão ser arguidas pelo devedor contra a arrematação estão enumeradas no §1º do art. 903 do CPC, que segue abaixo transcrito:

Art. 903. Qualquer que seja a modalidade de leilão, assinado o auto pelo juiz, pelo arrematante e pelo leiloeiro, a arrematação será considerada perfeita, acabada e irretratável, ainda que venham a ser julgados procedentes os embargos do executado ou a ação autônoma de que trata o § 4º deste artigo, assegurada a possibilidade de reparação pelos prejuízos sofridos.

§ 1º Ressalvadas outras situações previstas neste Código, a arrematação poderá, no entanto, ser:

- I - invalidada, quando realizada por preço vil ou com outro vício;
- II - considerada ineficaz, se não observado o disposto no art. 804 ;
- III - resolvida, se não for pago o preço ou se não for prestada a caução.

Disso, depreende-se que não cabe discutir, nesta fase, a certeza, liquidez e exigibilidade da obrigação contida no título, tampouco a existência de excesso de execução ou a impenhorabilidade do bem leiloado. Todos estes pontos deverão ser suscitados pelo executado em embargos do devedor ou em impugnação à penhora, sob pena de preclusão.

Inclusive, na hipótese, todos estes argumentos foram decididos no bojo dos embargos à execução opostos pela Agravante, de forma que eventual irresignação contra o quanto decidido pelo magistrado deverá ser formulada por meio do recurso cabível, e não por nova peça defensiva apresentada na execução:

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL - AÇÃO CONDENATÓRIA - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NÃO CONHECEU DO RECURSO ESPECIAL. IRRESIGNAÇÃO RECURSAL DA RÉ.

1. A subsistência de fundamento inatacado, apto a manter a conclusão do aresto impugnado, e a apresentação de razões dissociadas desse fundamento impõem o reconhecimento da incidência das Súmulas 283 e 284 do STF, por analogia.

II.III.1.1. Opera-se a preclusão consumativa quanto à impenhorabilidade do bem de família quando houver decisão anterior acerca do tema, mesmo em se tratando de matéria de ordem pública. Incidência da Súmula 83/STJ.

2. Agravo interno desprovido.

(AgInt no REsp n. 2.090.622/RJ, relator Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 8/4/2024, DJe de 11/4/2024.)

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. PENHORA. IMÓVEL. BEM DE FAMÍLIA. QUESTÃO DECIDIDA ANTERIORMENTE. PRECLUSÃO. AGRAVO INTERNO PROVIDO. DECISÃO RECONSIDERADA. AGRAVO CONHECIDO PARA NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL.

1. A decisão agravada merece ser reconsiderada, pois prequestionado o tema referente à preclusão.
2. Opera-se a preclusão consumativa quanto à impenhorabilidade do bem de família quando houver decisão anterior acerca do tema, mesmo tratando-se de matéria de ordem pública. Precedentes.
3. Agravo interno provido. Decisão reconsiderada. Agravo conhecido para negar provimento ao recurso especial.

(AgInt no AREsp n. 2.403.350/DF, relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 18/12/2023, DJe de 20/12/2023.)

AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - AÇÃO CONDENATÓRIA - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE CONHECEU DO AGRAVO PARA NÃO CONHECER DO RECURSO ESPECIAL. IRRESIGNAÇÃO RECURSAL DOS AUTORES.

1. A indenização por danos morais fixada em quantum sintonizado aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade não enseja a possibilidade de interposição do recurso especial, dada a necessidade de exame de elementos de ordem fática, cabendo sua revisão apenas em casos de manifesta excessividade ou irrisoriedade do valor arbitrado, o que não se evidencia no presente caso.

Incidência da Súmula 7 do STJ.

2. Revela-se defesa a oposição simultânea de dois recursos contra o mesmo ato judicial, ante o princípio da unirrecorribilidade e a ocorrência da preclusão consumativa, o que demanda o não conhecimento da segunda insurgência.
3. Primeiro agravo interno desprovido. Segundo agravo interno não conhecido por violação ao princípio da unirrecorribilidade recursal e ocorrência da preclusão consumativa.

(AgInt nos EDcl no AREsp n. 2.432.411/RJ, relator Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 27/5/2024, DJe de 29/5/2024.)

1. Apesar de as matérias de ordem pública não sofrerem preclusão temporal, pois podem ser alegadas a qualquer tempo, o mesmo não se pode dizer quanto à preclusão consumativa.

2. Agravo interno não provido.

(AgInt no REsp n. 2.110.611/RS, relator Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 29/4/2024, DJe de 6/5/2024.)

2. O fato de o tema prescrição não se submeter à preclusão temporal, já que constitui uma matéria de ordem pública cognoscível de ofício pelo juiz a qualquer tempo, não lhe atribui na ordem jurídica a possibilidade de escapar à preclusão consumativa para ser rediscutido sucessivas vezes durante o processo ao talante dos lampejos de reminiscências da parte que não alegou no momento oportuno todas as hipóteses prescricionais cabíveis.

3. Se já decidido nos autos que a prescrição é decenal (art. 205, do CC/2002), ela será tratada como tal; a nova roupagem dos fatos emprestada a recurso superveniente, ora para aduzir prescrição anual (art. 206, § 1º, V, do CC/2002), ora trienal (art. 206, § 3º, III, do CC/2002), não reabre oportunidade impugnativa quanto a mesma questão cujos enfoques deveriam todos ser abordados em recurso próprio interposto contra aquela decisão primeva que fixou o prazo decenal. Ali sua sede própria, sob pena da preclusão consumativa prevista no art. 505 do NCPC.

4. A inexigibilidade do título ou inexigibilidade da obrigação como fundamento da impugnação (NCPC, art. 525, § 1º, III) diz respeito à hipótese de obrigação não vencida ou sujeita a contraprestação ainda não adimplida, portanto, não tem o condão de reabrir possibilidade de discussão de matérias de mérito e já enfrentadas na fase de cognição.

5. Agravo interno não provido.

(AgInt no REsp n. 2.123.657/MG, relator Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 13/5/2024, DJe de 15/5/2024.)

A preclusão consumativa opera-se inclusive sobre as matérias de ordem pública, como a impenhorabilidade do bem de família, uma vez que não é dado rediscutir as mesmas questões sucessivas vezes durante o processo, sob pena de violar os princípios da duração razoável do processo e da eficiência. O processo é uma marcha para frente, que não admite retorno às etapas já vencidas.

Ressalte-se que a decisão final dos embargos à execução ainda não fez coisa julgada, estando pendente de recurso, oportunidade em que todos os pontos trazidos naquele momento serão submetidos ao duplo grau de jurisdição no tempo certo, podendo serem reformados, se for o caso. Não cabe, no entanto, discutir estes argumentos em sede de impugnação à arrematação, seja porque não estão arrolados no art. 903 do CPC, seja porque sobre estes já operou a preclusão consumativa. Portanto, rejeita-se os pontos 1, 2 e 3 suscitados pela Agravante.

Também não assiste razão à Agravante quanto ao argumento de que ela não teria sido intimada acerca da realização do leilão extrajudicial. De acordo com o art. 889 do CPC, a intimação da devedora deverá ser feita por meio do seu patrono 5 (cinco) dias antes da alienação judicial. A comunicação será pessoal apenas caso não tenha advogado constituído nos autos:

Art. 889. Serão cientificados da alienação judicial, com pelo menos 5 (cinco) dias de antecedência:

I - o executado, por meio de seu advogado ou, se não tiver procurador constituído nos autos, por carta registrada, mandado, edital ou outro meio idôneo;

Compulsando os autos, verifica-se que a notificação acerca da ocorrência do leilão não só foi encaminhada para o endereço da devedora, como foi assinada de punho pela Agravante (ID 432029825 dos autos de origem):

Assim, visando dar cumprimento Artigo 889 da Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil - Subseção II - da Alienação, **serve a presente para intimar a V.Sª. da realização do leilão para que, se o caso, requeira o que direito nos respectivos autos. Seguem em anexos a respectiva matrícula do imóvel e o Edital de Leilão em epígrafe.**

Era o que cumpria informar, esclarecendo, ainda que a presente carta é expedida conforme o disposto no Art. 269, do Código de Processo Civil, valendo o recibo que a acompanha como comprovante de que esta intimação se efetivou.

Atenciosamente,


VIRATO CRAVO
Leiloeiro Oficial
JUCEB-15/055964-0

Monica de Jesus Magno Stancher
16/02/2024

Contatos
(71) 99165-0099

E-mail
contato@cravoleiloes.com.br

Site
www.cravoleiloes.com.br

Localização
D. Tir. José Dornas 129 - Sala 301

Além disso, a Agravante juntou petição nos autos em tempo hábil a tomar conhecimento acerca da hasta pública (ID 427967021 dos autos de origem), de forma que resta claro que esta foi devidamente intimada, satisfazendo o quanto disposto no art. 889, I, do CPC (**ponto 4**).

A Agravante alegou ainda que o leilão é nulo, porque o imóvel foi arrematado por preço vil (**ponto 5**). Contudo, o art. 891, parágrafo único do CPC dispõe que, quando o edital não estipula preço mínimo, se considera vil o preço inferior a 50% (cinquenta por cento) do valor da avaliação. Este também é o entendimento do STJ sobre a matéria:

Art. 891. Não será aceito lance que ofereça preço vil.

Parágrafo único. Considera-se vil o preço inferior ao mínimo estipulado pelo juiz e constante do edital, e, não tendo sido fixado preço mínimo, considera-se vil o preço inferior a cinquenta por cento do valor da avaliação.

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - AUTOS DE AGRAVO DE INSTRUMENTO - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU PROVIMENTO AO RECLAMO. INSURGÊNCIA RECURSAL DA AGRAVANTE.

3. Segundo a jurisprudência desta Corte, não se considera vil o preço de arrematação superior a 50% do valor da avaliação. Precedentes.

3.1. Hipótese em que o valor da arrematação é superior a 50% do valor atualizado da avaliação, circunstância que afasta a alegada existência de preço vil.

(AgInt no AREsp n. 1.930.606/SP, relator Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 4/9/2023, DJe de 8/9/2023.)

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. BEM IMÓVEL. ARREMATAÇÃO. PREÇO VIL. NÃO OCORRÊNCIA. ACÓRDÃO COMBATIDO. IMPUGNAÇÃO. DEFICIÊNCIA. REVISÃO FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE.

1. De acordo com a jurisprudência desta Corte, não se caracteriza preço vil quando o bem leilado é arrematado por valor superior a 50% (cinquenta por cento) de sua avaliação, como na hipótese em tela.

(AgInt no AREsp n. 2.193.836/RJ, relator Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, julgado em 26/2/2024, DJe de 12/3/2024.)

O oficial de justiça avaliou o bem em R\$ 305.000,00 (trezentos e cinquenta mil reais) (ID 386262753 dos autos de origem) e este foi exatamente o preço pago pelo arrematante. Portanto, em exame de cognição sumária, não se vislumbra a probabilidade do direito alegado pela Agravante quanto a este ponto.

Por fim, a Agravante afirmou que seria necessária a prestação de caução para a expedição da carta de arrematação, uma vez que a sentença que julgou improcedente os embargos à execução ainda não transitou em julgado. Todavia, a execução de título extrajudicial não exige que o exequente preste caução para que sejam realizados os atos expropriatórios.

Esta apenas é exigida nos casos de cumprimento provisório de sentença, o que não é o caso. Além disso, o caput do art. 903 do CPC é expresso ao dispor que a pendência de embargos à execução não impede que a arrematação seja considerada perfeita, acabada e irretratável. Porém, caso os embargos do devedor venham a ser julgados procedentes, assegura-se a reparação dos prejuízos sofridos por ação própria:

Art. 903. Qualquer que seja a modalidade de leilão, assinado o auto pelo juiz, pelo arrematante e pelo leiloeiro, a arrematação será considerada perfeita, acabada e irretratável, ainda que venham a ser julgados procedentes os embargos do executado ou a ação autônoma de que trata o § 4º deste artigo, assegurada a possibilidade de reparação pelos prejuízos sofridos.

Diante de todo o exposto, verifica-se que a decisão agravada não merece reparos.

I CONCLUSÃO

Isto posto, voto no sentido de **CONHECER DO AGRAVO DE INSTRUMENTO E NEGAR-LHE PROVIMENTO**, mantendo-se incólume a decisão agravada.

(TJBA - AGRAVO DE INSTRUMENTO n. 8050426-25.2024.8.05.0000. Quinta Câmara Cível. Relator: DES^a. CARMEM LÚCIA SANTOS PINHEIRO. Julgado em 14/10/2024).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. BUSCA E APREENSÃO DE CACHORRO. CONTROVÉRSIA ACERCA DA PROPRIEDADE SOBRE O ANIMAL. INSUFICIÊNCIA DAS PROVAS PRODUZIDAS ATÉ ESTE MOMENTO PARA CONCLUIR SOBRE O DIREITO DE PROPRIEDADE. MANUTENÇÃO DO ESTADO ATUAL DA POSSE, COM VISTAS A PRESERVAR O BEM-ESTAR DO ANIMAL. ASSEGURADO O DIREITO DE VISITA. DECISÃO AGRAVADA REFORMADA EM PARTE. AGRAVO DE INSTRUMENTO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

1. O caso versa sobre a propriedade de cachorro da raça Spitz Alemão, denominado “Dom”. O referido animal é um semovente, considerado como bem móvel para fins legais. Consequentemente, a transferência da propriedade se dá mediante tradição, e não por registro. Portanto, qualquer registro que exista não é suficiente para concluir, de forma categórica, acerca da propriedade.

2. No caso, em que pese o Agravado tenha pago pelo cachorro e exista Certificado de Propriedade registrado em seu nome, a Agravante alegou que o animal lhe foi dado de presente pelo Agravado, durante a constância do relacionamento amoroso entre as partes. As provas produzidas até este momento demonstram que ambos se responsabilizavam pelas despesas com o cachorro e conviviam de forma próxima com este, tratando-o como propriedade do casal. Inclusive, o cachorro foi registrado com o sobrenome de ambos. Portanto, não é possível aferir de quem é efetivamente a titularidade do animal.

3. Diante dessa situação, deve-se priorizar sobretudo o bem-estar do cachorro. Isso porque, em que pese se enquadre como bem móvel, o STJ já se posicionou no sentido de reconhecer a condição sui generis dos animais de companhia, que, nas palavras do Ministro Luis Felipe Salomão, “possuem valor subjetivo único e peculiar, afluindo sentimentos bastante íntimos em seus donos, totalmente diversos de qualquer outro tipo de propriedade privada”.

4. Portanto, impõe-se invocar o poder de cautela do magistrado, mantendo-se a dinâmica atual da posse, com vistas a evitar prejuízos irreparáveis. Este cuidado se mostra ainda mais relevante na hipótese dos autos, em que as partes residem em estados distintos, a quilômetros de distância, em que seria necessário realizar viagens de avião para transportar o animal, o que, como se sabe, pode ser bastante prejudicial para o animal, podendo até causar a morte. Assegura-se, contudo, o direito de visita.

5. AGRAVO DE INSTRUMENTO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

ACORDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Agravo de Instrumento nº 8050426-25.2024.8.05.0000, oriundos da Juízo da 5ª Vara Cível e Comercial da Comarca de Salvador/BA, tendo, como Agravante, **LAIS CORTES DE OLIVEIRA**, e, como Agravado, **RENATO COUTINHO DE MELO**.

Acordam os Desembargadores integrantes da Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, **em CONHECER DO AGRAVO DE INSTRUMENTO E DAR-LHE PROVIMENTO PARCIAL**, nos termos do voto condutor.

DECISÃO PROCLAMADA

Conhecido e provido em parte Por Unanimidade

RELATÓRIO

Trata-se de Agravo de Instrumento interposto por **LAIS CORTES DE OLIVEIRA** contra decisão proferida pelo MM. Juízo da 5ª Vara Cível e Comercial da Comarca de Salvador/BA que, nos autos da “Busca e Apreensão” n. 8076801-60.2024.8.05.0001, **ajuizada** por **RENATO COUTINHO DE MELO**, ora Agravado, deferiu parcialmente o pedido de tutela de urgência, determinando que a Agravante entregasse ao Agravado o cachorro Dom, de raça Spitz Alemão, bem como seu cartão de vacina.

O **Agravado ajuizou a demanda de origem**, aduzindo que adquiriu a propriedade do cachorro chamado Dom, da raça Spitz Alemão, no ano de 2019. Alegou que o cachorro residia em sua casa, em São Paulo/SP, desde a data de aquisição. Afirmou que a Agravante apenas mantinha contato com o animal em razão do relacionamento que tinha com o Agravado, o qual se findou em 2023. Defendeu que, após o término do relacionamento, a Agravante o informou que viajaria com o cachorro e o devolveria em 10/01/2024, porém não o fez. Expôs que, posteriormente, teve conhecimento de que a Agravante não realizou a viagem e que, em verdade, permaneceu em sua residência no município de Salvador/BA com o cachorro, se recusando a devolvê-lo. O juízo a quo deferiu parcialmente o pedido de tutela de urgência, determinando que a Agravante entregasse o cachorro ao Agravado, bem como seu cartão de vacina (ID 448871084).

Irresignada contra essa decisão, a Agravante interpôs o presente recurso. Sustentou que o Agravado adquiriu o cachorro para dá-lo de presente para a Agravante e que, portanto, é a real proprietária do animal. Alegou que o nome do Agravado consta nos documentos do cachorro porque ele pagou pelo animal e foi quem levou para a consulta de acompanhamento. Aduziu que sempre residiu com o cachorro, cuidando de suas necessidades básicas e levando a consultas e exames. Defendeu que o animal nunca residiu com o Agravado. Pontuou que os genitores do Agravado, o vendedor do cachorro e seus antigos vizinhos reconhecem que a Agravante é a real proprietária do animal. Pugnou pela concessão de efeito suspensivo e, ao final, pelo provimento do recurso, para reformar a decisão, a fim de indeferir o pedido de tutela de urgência.

O pedido de efeito suspensivo foi parcialmente deferido, mantendo-se, por ora, o cachorro na posse da Agravante, porém assegurando ao Agravado o direito de visitar o animal, quando lhe aprouver (ID. 67675055).

Devidamente intimado, o Agravado apresentou contrarrazões (ID. 68678176), defendendo que é o real proprietário do cachorro, por ter pagado o preço pelo animal e constar como dono no Certificado de Propriedade. Afirmou que não deu o cachorro de presente para a Agravante, mas, em verdade, apenas atendeu ao seu pedido, optando pela raça por ela indicada. Pontuou que o cachorro, inclusive, leva também o seu sobrenome. Requereu a manutenção da decisão agravada.

Inclua-se em pauta de julgamento.

VOTO

I – JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE

CONHEÇO do recurso, porque presentes os requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade.

II – DECISÃO AGRAVADA REFORMADA EM PARTE:

Antes de qualquer coisa, cumpre consignar que o agravo de instrumento é recurso interposto contra decisões proferidas no curso do processo e, portanto, anteriormente à cognição exauriente do conflito discutido nos autos. Em razão disso, a conclusão é obtida segundo o estado atual do processo, não tendo qualquer pretensão de definitividade. Por isso mesmo que, em que pese se reconheça a grande conflituosidade existente entre as partes e a complexidade do caso, não há como expandir a via estreita do agravo de instrumento para resolver toda a controvérsia exposta.

Dito isso, passa-se a apreciação do mérito, **adiantando-se, de logo, que a decisão agravada merece reparos.**

O presente recurso versa exclusivamente sobre a tutela de urgência requerida pelo Agravado em sede de Busca e Apreensão e a controvérsia posta é, em síntese, saber de quem é a propriedade do cachorro Sptiz Alemão, denominado “Dom”. Liminarmente, o juízo a quo reconheceu a probabilidade do direito do Agravado e deferiu parcialmente a tutela provisória por ele requerida, determinando que a Agravante lhe entregasse o animal.

Atualmente, no direito brasileiro, os animais domésticos são considerados bens semoventes, como é o caso do cachorro. Considerando que se trata de bem móvel, aplica-se as disposições acerca do direito de propriedade previstas no Código Civil. De acordo com o art. 1.267 do CC, a propriedade dos bens móveis transfere-se por tradição, diferentemente dos imóveis, cuja titularidade se constitui apenas mediante registro (art. 1.245, CC):

Art. 1.267. A propriedade das coisas não se transfere pelos negócios jurídicos antes da tradição.

Parágrafo único. Subentende-se a tradição quando o transmitente continua a possuir pelo constituto possessório; quando cede ao adquirente o direito à restituição da coisa, que se encontra em poder de terceiro; ou quando o adquirente já está na posse da coisa, por ocasião do negócio jurídico.

Art. 1.245. Transfere-se entre vivos a propriedade mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis.

Não existe um órgão oficial responsável por registrar a cadeia sucessória de propriedade dos bens móveis, como ocorre com os imóveis, o que torna qualquer registro existente insuficiente para concluir sobre a propriedade da coisa, por não gozar da fé pública que têm os Cartórios de Registro de Imóveis. Pode ocorrer, por exemplo, a doação do bem para terceiro, sem qualquer documentação da transação, e este negócio jurídico ainda assim será existente, válido e eficaz.

Por isso, em casos como a hipótese dos autos, a prova documental por vezes não é suficiente para concluir acerca da propriedade da coisa. Isso porque a carga probatória produzida até este momento processual apenas permite dizer que o Agravado pagou o preço pelo animal e, a partir disso, ambos se responsabilizaram igualmente pelas despesas e cuidados com o bicho, além de conviverem diariamente com este. Inclusive, as capturas de tela de conversas trocadas em aplicativo de mensagem, que foram juntadas tanto pela Agravante, quanto pelo Agravado, mostram que eles se referiam ao cachorro como se este fosse uma propriedade compartilhada, aludindo a uma espécie de condomínio.

Verifica-se, ainda, que o cachorro foi registrado com o sobrenome de ambas as partes, de modo que o Certificado de Propriedade não demonstra satisfatoriamente que a propriedade é de um ou de outro. Portanto, o exame de cognição sumária do processo não permite concluir, de forma categórica, quem efetivamente tem direito de propriedade sobre o cachorro.

Diante dessa situação, em que ainda não é possível aferir com grau significativo de certeza acerca da propriedade do bem, deve-se priorizar sobretudo o bem-estar do cachorro. Isso porque, em que pese se enquadre como coisa para fins legais, o STJ já se posicionou no sentido de reconhecer a condição sui generis dos animais de companhia, que, nas palavras do Ministro Luis Felipe Salomão, *“possuem valor subjetivo único e peculiar, aflorando sentimentos bastante íntimos em seus donos, totalmente diversos de qualquer outro tipo de propriedade privada”*:

2. O Código Civil, ao definir a natureza jurídica dos animais, tipificou-os como coisas e, por conseguinte, objetos de propriedade, não lhes atribuindo a qualidade de pessoas, não sendo dotados de personalidade jurídica nem podendo ser considerados sujeitos de direitos. Na forma da lei civil, o só fato de o animal ser tido como de estimação, recebendo o afeto da entidade familiar, não pode vir a alterar sua substância, a ponto de converter a sua natureza jurídica.
3. No entanto, os animais de companhia possuem valor subjetivo único e peculiar, aflorando sentimentos bastante íntimos em seus donos, totalmente diversos de qualquer outro tipo de propriedade privada. Dessarte, o regramento jurídico dos bens não se vem mostrando suficiente para resolver, de forma satisfatória, a disputa familiar envolvendo os pets, visto que não se trata de simples discussão atinente à posse e à propriedade.
4. Por sua vez, a guarda propriamente dita - inerente ao poder familiar - instituto, por essência, de direito de família, não pode ser simples e fielmente subvertida para definir o direito dos consortes, por meio do enquadramento de seus animais de estimação, notadamente porque é um munus exercido no interesse tanto dos pais quanto do filho. Não se trata de uma faculdade, e sim de um direito, em que se impõe aos pais a observância dos deveres inerentes ao poder familiar.
5. A ordem jurídica não pode, simplesmente, desprezar o relevo da relação do homem com seu animal de estimação, sobretudo nos tempos atuais. Deve-se ter como norte o fato, cultural e da pós- modernidade, de que há uma disputa dentro da entidade familiar em que prepondera o afeto de ambos os cônjuges pelo animal. Portanto, a solução deve perpassar pela preservação e garantia dos direitos à pessoa humana, mais precisamente, o âmago de sua dignidade.
6. **Os animais de companhia são seres que, inevitavelmente, possuem natureza especial e, como ser senciente - dotados de sensibilidade, sentindo as mesmas dores e necessidades biopsicológicas dos animais racionais -, também devem ter o seu bem-estar considerado.**
7. **Assim, na dissolução da entidade familiar em que haja algum conflito em relação ao animal de estimação, independentemente da qualificação jurídica a ser adotada, a resolução deverá buscar atender, sempre a depender do caso em concreto, aos fins sociais, atentando para a própria evolução da sociedade, com a proteção do ser humano e do seu vínculo afetivo com o animal.**
8. Na hipótese, o Tribunal de origem reconheceu que a cadela fora adquirida na constância da união estável e que estaria demonstrada a relação de afeto entre o recorrente e o animal de estimação, reconhecendo o seu direito de visitas ao animal, o que deve ser mantido.
9. Recurso especial não provido.

(REsp n. 1.713.167/SP, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 19/6/2018, DJe de 9/10/2018.)

Portanto, impõe-se invocar o poder de cautela do magistrado, mantendo-se a dinâmica atual da posse, com vistas a evitar prejuízos irreparáveis, sobretudo porque as consequências podem ser bastante gravosas para os envolvidos no conflito, sobretudo para o cachorro.

Afinal, trata-se de ser vivo, sendo imperioso priorizar a sua saúde e bem-estar, evitando-se episódios de estresse causados pela troca de rotina e de ambiente. Este cuidado se mostra ainda mais relevante na hipótese dos autos, em que as partes residem em estados distintos, a quilômetros de distância, em que seria necessário realizar viagens de avião para transportar o animal, o que, como se sabe, pode ser bastante prejudicial para o animal, podendo até causar a morte.

Diante disso, conclui-se que o pedido recursal merece acolhimento parcial, para manter o cachorro na posse da Agravante, porém assegurando ao Agravado o direito de visitar o animal, quando lhe aprouver.

III – CONCLUSÃO

Isto posto, e na esteira do parecer ministerial, voto no sentido de **CONHECER DO AGRAVO DE INSTRUMENTO E DAR-LHE PROVIMENTO PARCIAL**, reformando-se em parte a decisão agravada, para manter o cachorro na posse da Agravante, porém assegurando ao Agravado o direito de visitar o animal, quando lhe aprouver.

(TJBA - APELAÇÃO CÍVEL Nº 8052063-47.2020.8.05.0001. Quinta Câmara Cível. Relator: DES. JOSÉ CÍCERO LANDIN NETO. Julgado em de de 2025).

EMENTA

APELAÇÕES CÍVEIS SIMULTÂNEAS – ACIDENTE DE TRÂNSITO – RESPONSABILIDADE CIVIL – DANOS MORAIS – PENSÃO MENSAL – A sentença proferida pelo Juízo de origem reconheceu a responsabilidade da empresa CYA Verde Logística Ltda. pelo acidente ocorrido em 18/06/2019 na rodovia BA-093, condenando-a, juntamente com sua seguradora, Bradesco Auto/RE Companhia de Seguros, ao pagamento de indenizações por danos morais, materiais e pensão mensal. O acidente resultou na morte de quatro pessoas e na incapacidade permanente parcial de uma das vítimas. No tocante aos danos morais, a sentença fixou o valor de R\$ 100.000,00 para cada um dos autores devido à perda de familiares no acidente, mas indeferiu o pedido de pensão mensal, sob o argumento de que não foi comprovada a dependência econômica da autora LUCIANA ANDRADE SANTOS em relação ao filho menor falecido. No que diz respeito à seguradora, a decisão reconheceu sua obrigação de pagamento dos valores indenizatórios, mas dentro dos limites da apólice contratada. Responsabilidade da empresa transportadora – Restando demonstrado, por meio de laudo pericial oficial, que o caminhão da empresa ré trafegava em velocidade superior à permitida, perdeu o controle e invadiu a pista contrária, causando o acidente que resultou em quatro mortes e incapacidade permanente da autora, mantém-se a condenação da transportadora ao pagamento de indenizações por danos morais, materiais e pensão mensal. Seguradora – Limitação da apólice – A seguradora denunciada à lide responde solidariamente até o limite da apólice contratada, conforme entendimento consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça (Súmula 537 do STJ). Danos morais. Considerando a gravidade do acidente, a extensão do sofrimento dos familiares das vítimas fatais e da autora com invalidez permanente, mantém-se a indenização por danos morais em R\$100.000,00, em observância aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. A morte de menor em acidente, mesmo que à data do óbito ainda não exercesse atividade laboral remunerada ou não contribuisse com a composição da renda familiar, autoriza aos genitores, de baixa renda, a pedirem ao responsável pelo sinistro pensão mensal. A pensão deve ser fixada no equivalente a 2/3 (dois terços) do salário-mínimo desde os 18 anos, até os 25 (vinte e cinco) anos de idade e, a partir daí, reduzido para 1/3 do salário-mínimo, até a data correspondente à expectativa média de vida da vítima ou até o falecimento da genitora da vítima, o que ocorrer primeiro. Honorários advocatícios – Majorados em 2% sobre o valor da condenação, nos termos do artigo 85, §11, do CPC, em razão da sucumbência recursal da empresa ré. APELAÇÃO DA CYA VERDE LOGÍSTICA LTDA NÃO PROVIDA. APELAÇÃO DA APELAÇÃO DE LUCIANA ANDRADE SANTOS PROVIDA PARCIALMENTE.

DECISÃO PROCLAMADA

Recurso do Réu Improvido e Recursos dos Autores Provido em Parte. Unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de *APELAÇÕES CÍVEIS SIMULTÂNEAS* interpostas por *CYA VERDE LOGÍSTICA LTDA* e *LUCIANA ANDRADE SANTOS* em face de sentença proferida no Juízo da 2ª Vara Cível e Comercial de Salvador, que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na ação indenizatória em decorrência de acidente de trânsito ocorrido em 18/06/2019 na rodovia BA-093, envolvendo um caminhão da empresa ré, uma Kombi e outros veículos, resultando na morte de quatro pessoas e na invalidez permanente de uma vítima.

A sentença reconheceu a responsabilidade da empresa apelante, destacando que o condutor do caminhão trafegava em velocidade superior à permitida, sob condições climáticas adversas, perdendo o controle direcional do veículo, que invadiu a contramão e colidiu com a Kombi. O laudo pericial elaborado pelo Departamento de Polícia Técnica do Estado da Bahia confirmou a culpa exclusiva do motorista do caminhão, fundamentando a condenação da empresa ré ao pagamento de indenizações por danos morais e materiais, bem como de pensão mensal vitalícia para a vítima sobrevivente com invalidez permanente.

No recurso de apelação da *CYA VERDE LOGÍSTICA LTDA*, a empresa recorrente sustenta, em síntese, a inexistência de provas conclusivas sobre sua culpa, argumentando que há divergências entre os boletins de ocorrência e que o caminhão não invadiu a contramão. Defende, ainda, que o laudo pericial judicial não considerou outros elementos técnicos que indicariam a dinâmica distinta do acidente.

Alega, por fim, que os valores das indenizações foram arbitrados em patamar excessivo e que não há fundamento jurídico para a condenação em pensão vitalícia.

Na apelação cível interposta por *LUCIANA ANDRADE SANTOS* contra a sentença proferida no Juízo da 2ª Vara Cível e Comercial de Salvador, que julgou parcialmente procedentes seus pedidos formulados na ação indenizatória em decorrência do acidente de trânsito ocorrido em 18/06/2019 na rodovia BA-093, envolvendo um caminhão da empresa *CYA VERDE LOGÍSTICA LTDA.*, uma Kombi e outros veículos, resultando na morte de seu filho, *RUBEM DOS SANTOS NETO*, de 17 anos.

A apelante pleiteava, além da indenização por danos morais, a condenação da ré ao pagamento de pensão mensal, sob o argumento de que, caso vivo estivesse, seu filho contribuiria financeiramente para seu sustento. Requereu, ainda, a fixação de um valor maior a título de danos morais, considerando a gravidade da perda sofrida.

A sentença de primeiro grau condenou a empresa ré ao pagamento de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) a título de danos morais, mas negou o pedido de pensão mensal, fundamentando que a vítima ainda não exercia atividade remunerada e que a alegação de dependência financeira futura não era suficiente para justificar a condenação.

Em seu recurso de apelação, *Luciana Andrade Santos* sustenta que a sentença não considerou a expectativa de vida da vítima e o dever de amparo dos filhos aos pais, previsto no artigo 229 da Constituição Federal, e no artigo 1.696 do Código Civil, reforçando que haveria presunção de dependência econômica entre mãe e filho. Argumenta que a fixação da pensão mensal deveria ser concedida, pois o falecido iniciaria a vida profissional e contribuiria para seu sustento.

Além disso, requer majoração da indenização por danos morais, defendendo que o valor arbitrado não é compatível com a extensão do sofrimento causado pela perda de um filho em condições trágicas.

A parte adversa apresentou contrarrazões, alegando que não há comprovação da dependência financeira da apelante em relação ao falecido, pois este ainda não possuía renda própria, e que os valores fixados na sentença atendem ao princípio da razoabilidade.

Desta feita, com fulcro no art. 931 do CPC/2015, restituo os autos, com o presente relatório, à Secretaria, para inclusão em pauta de julgamento, oportunidade na qual será facultada às partes a sustentação oral, na forma prevista no art. 937, do CPC/2015.

VOTO

No caso em análise, trata-se de um acidente de trânsito ocorrido em 18/06/2019 na rodovia BA- 093, proximidades de Pojuca e Mata de São João, envolvendo um caminhão da CYA Verde Logística Ltda. e uma Kombi, resultando na morte de quatro pessoas e na invalidez permanente de Maria das Graças Andrade da Silva.

O laudo pericial oficial apontou que o caminhão da empresa CYA Verde trafegava em velocidade superior à permitida, perdeu o controle em curva e invadiu a contramão, colidindo com a Kombi. A empresa Bradesco Seguros foi acionada como litisdenunciada, pois o caminhão possuía seguro vigente.

No presente processo, a autora é mãe da vítima RUBEM DOS SANTOS NETO, que faleceu no acidente com 17 anos e 10 meses. A sentença condenou a ré e a denunciada ao pagamento de R\$100.000,00 a autora LUCIANA ANDRADE SANTOS como reparação pelos danos morais, com correção a partir do arbitramento e acrescido de juros moratórios a partir da data do evento e julgou improcedente o pedido de reparação por dano material e pensão.

No que tange à apelação da CYA Verde Logística Ltda., o recurso não merece provimento, uma vez que a responsabilidade da empresa pelo acidente está amplamente demonstrada nos autos. O laudo técnico do Departamento de Polícia Técnica do Estado da Bahia concluiu que o caminhão da empresa ré trafegava em excesso de velocidade (74 km/h em trecho cuja máxima permitida era de 60 km/h), em uma curva sinuosa e sob condições climáticas adversas (chuva e pista escorregadia). Com isso, o motorista perdeu o controle do último semirreboque, que invadiu a pista contrária, atingindo a Kombi e outros veículos. Além disso, os relatos colhidos no local, constantes no boletim de ocorrência da Polícia Rodoviária Estadual, confirmam que o caminhão da empresa requerida foi o causador do acidente.

A defesa da CYA Verde se baseia apenas em um laudo particular encomendado pela própria empresa e no depoimento de testemunhas vinculadas à ré, elementos que não possuem força probatória suficiente para afastar a conclusão do laudo oficial.

Além disso, a alegação de culpa concorrente não encontra respaldo nos autos, uma vez que o condutor da Kombi faleceu no local e não há qualquer indício de que tenha cometido infração que pudesse contribuir para o acidente.

O fato de o caminhão estar em boas condições mecânicas e o motorista ser habilitado também não afasta a responsabilidade da empresa, visto que o essencial para a caracterização do ato ilícito é a imprudência na condução do veículo, o que restou comprovado nos autos. Dessa forma, mantém-se a condenação da CYA Verde, negando-se provimento à sua apelação.

Por sua vez, a apelação de Luciana Andrade Santos não deve ser provida, para manter o valor da indenização por danos morais fixado na sentença (R\$ 100.000,00), que se mostra proporcional à gravidade do dano, à extensão da dor sofrida pelos familiares das vítimas fatais e à negligência da empresa ré.

Nesse sentido, a jurisprudência do STJ em casos similares, considerando a necessidade de reparação justa e adequada, o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, a quantidade de entes familiares a serem indenizados e a capacidade da empresa, além de servir como medida punitiva e pedagógica diante da conduta imprudente da empresa ré:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ACIDENTE DE TRÂNSITO. VÍTIMA FATAL. DANOS MORAIS. MONTANTE INDENIZATÓRIO. MAJORAÇÃO. ADEQUAÇÃO AOS PARÂMETROS FIXADOS POR ESTA CORTE. MULTA PREVISTA NO § 4º DO ART. 1.021 DO

CPC/2015. INAPLICABILIDADE .AGRAVO DESPROVIDO. 1. A jurisprudência desta Casa entende ser razoável e proporcional a fixação do valor indenizatório relativo ao dano-morte entre 300 e 500 salários mínimos. 2 . O mero não conhecimento ou a improcedência de recurso interno não enseja a automática condenação à multa do art. 1.021, § 4º, do NCPC, devendo ser analisado caso a caso. 3 . Agravo interno a que se nega provimento. (STJ - AgInt no AREsp: 1823455 PE 2021/0030080- 8, Relator.: Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Data de Julgamento: 22/06/2021, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 25/06/2021).

Além disso, a apelação de Luciana Andrade Santos discute o direito à pensão mensal, defendendo que a autora dependia financeiramente da vítima e que a sentença desconsiderou elementos que comprovariam essa dependência; e a responsabilidade da seguradora, sustentando que a Bradesco Auto/RE deveria responder solidariamente pela indenização, sem a limitação imposta pela apólice.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) é clara no sentido de que, em ação de reparação de danos, a seguradora denunciada, se aceita a denúncia ou contesta o pedido do autor, pode ser condenada, direta e solidariamente, junto com o segurado, ao pagamento da indenização devida à vítima, nos limites contratados na apólice (Súmula 537 do STJ). Ademais, a seguradora não conseguiu demonstrar a inexistência de culpa da segurada, limitando-se a apresentar laudos técnicos questionáveis e a alegar a ausência de responsabilidade, o que não se sustenta diante das provas periciais constantes nos autos. Assim, a condenação solidária da Bradesco Seguros deve ser mantida.

Já no tocante ao pedido de pensão mensal, o art. 948 do Código Civil dispõe que a indenização nos casos de morte (ou “homicídio”, como redigido no texto legal) a indenização abrange a prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia.

O Superior Tribunal de Justiça entende que” a morte de menor em acidente (atropelamento, in casu), mesmo que à data do óbito ainda não exercesse atividade laboral remunerada ou não contribuísse com a composição da renda familiar, autoriza os pais, quando de baixa renda, a pedir ao responsável pelo sinistro a reparação por danos materiais, aqueles resultantes do auxílio que, futuramente, o filho poderia prestar-lhes. Precedentes. 4. O pensionamento mensal devido aos pais da vítima será devido até a data correspondente à expectativa média de vida da vítima.”(STJ - AgRg no AREsp 269.212/RJ - Relator: Ministro Marco Buzzi - Quarta Turma - DJe 21/10/2015).

A Súmula nº 491 do Supremo Tribunal Federal preceitua que” É indenizável o acidente que cause a morte de filho menor, ainda que não exerça trabalho remunerado. “

De acordo com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, a obrigação de pagamento de pensão mensal por morte resultante da prática de ato ilícito tem como termo inicial a data em que o menor, se vivo estivesse, completaria 18 anos, idade em que poderia começar a trabalhar.

O termo final será a data em que a vítima atingiria idade correspondente à expectativa média de vida do brasileiro. Segundo a tábua de mortalidade do IBGE, no ano de 2015 (data da morte do menor) a expectativa era de 75 (setenta e cinco) anos. Assim, a pensão deverá vigorar até a data em que o infante completaria 75 anos ou até a data em que a mãe dele, beneficiária da pensão, falecer.

Em relação ao valor da pensão, como a vítima ainda era menor e nunca havia trabalhado, deve-se ter como referência o valor de um salário-mínimo, montante mínimo previsto constitucionalmente para que um trabalhador sobreviva de forma digna.

A pensão deverá corresponder ao montante de 2/3 do salário-mínimo até a data em que ele completaria 25 anos, pois se presume que o 1/3 restante seria para a própria subsistência. A partir dos 25 anos, a pensão deve ser reduzida para 1/3 do salário-mínimo pois, a partir daí, presume-se que constituiria família própria e teria mais gastos para sustentá-la.

As parcelas vencidas da pensão mensal devem ser pagas de uma só vez, acrescidas de juros de mora desde o vencimento de cada parcela, por se tratar de prestação de trato sucessivo, atualizadas monetariamente.

As parcelas vincendas devem ser adimplidas na forma de pensão mensal, atualizadas monetariamente, sem a incidência dos juros de mora, posto que ainda não houve o vencimento da dívida.

Conforme o art. 533, do CPC, a parte ré deverá constituir capital para assegurar o pagamento do valor mensal da pensão. Excepcionalmente, a medida pode ser dispensada caso a parte ré inclua a credora em sua folha de pagamento e comprove ser pessoa jurídica de notória capacidade econômica, o que deve ser objeto da fase de cumprimento de sentença.

Tais assertivas estão em consonância com a jurisprudência, *in verbis*:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS E MATERIAIS. SUSPENSÃO DA AÇÃO. QUESTÃO ALCANÇADA PELA PRECLUSÃO CONSUMATIVA. MATÉRIAS NÃO ARGUIDAS NA INSTÂNCIA SINGELA. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE. SUPRESSÃO DE UM GRAU DE JURISDIÇÃO. ACIDENTE DE TRÂNSITO - ATROPELAMENTO. MORTE DE MENOR. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. DEVER DE INDENIZAR. QUANTUM INDENIZATÓRIO. MANUTENÇÃO. PENSIONAMENTO. DEVIDO. EMPRESA EM REGIME DE LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL. SUSPENSÃO DOS JUROS MORATÓRIOS. (...). A pensão foi devidamente fixada no equivalente a 2/3 (dois terços) do salário-mínimo desde os 14 (quatorze) anos até os 25 (vinte e cinco) anos de idade e, a partir daí, reduzido para 1/3 do salário-mínimo, até a data correspondente à expectativa média de vida da vítima ou até o falecimento da mãe, o que ocorrer primeiro. 8. A decretação de liquidação extrajudicial não impede a fixação e fluência da correção monetária. (...). APELAÇÃO CÍVEL PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESTA PARTE, PARCIALMENTE PROVIDA. (TJGO, PROCESSO CÍVEL E DO TRABALHO -> Recursos -> Apelação Cível 0313370- 69.2013.8.09.0105, Rel. Des (a). DESEMBARGADOR ALAN SEBASTIÃO DE SENA CONCEIÇÃO, 5a Câmara Cível, julgado em 26/04/2022, DJe de 26/04/2022)

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS, MORAIS, LUCROS CESSANTES E DANOS EMERGENTES. (...). III. DANOS MATERIAIS. PROVA DA DEPENDÊNCIA FINANCEIRA. PENSÃO MENSAL. No que tange ao termo final do pensionamento mensal em relação a filho menor, salienta-se que o Superior Tribunal de Justiça já consolidou o entendimento no sentido de que a pensão em decorrência da morte do genitor, deve permanecer até que a parte beneficiária complete 25 (vinte e cinco) anos de idade. Lado outro, os critérios utilizados pela sentença estão corretos e em consonância com o entendimento mais atualizado do Superior Tribunal de Justiça, pois, em regra, entende-se que os valores percebidos pela falecida eram destinados na proporção de 2/3 (dois terços) para sua própria subsistência e de seu cônjuge e 1/3 (um terço) para o sustento dos filhos, sendo que, in casu, esse valor foi reduzido à metade em razão da culpa concorrente noticiada nos autos. (...). Apelações cíveis conhecidas e improvidas. (TJGO, PROCESSO CÍVEL E DO TRABALHO -> Recursos -> Apelação Cível 0193938-57.2013.8.09.0137, Rel. Des (a). Aureliano Albuquerque Amorim, Rio Verde - 1a Vara Cível, julgado em 30/11/2021, DJe de 30/11/2021)

Diante do exposto, nega-se provimento à apelação da CYA Verde Logística Ltda. e dá-se provimento parcial à apelação de LUCIANA ANDRADE SANTOS, fim de reformar parcialmente a sentença apelada e fixar a pensão equivalente a $\frac{2}{3}$ (dois terços) do salário- mínimo a partir da data em que a vítima completaria 18 anos até os 25 (vinte e cinco) anos, e no montante equivalente a $\frac{1}{3}$ do salário-mínimo a partir data em que ele alcançaria os 25 (vinte e cinco) anos, até a data em que ele atingiria 75 (setenta e cinco) anos ou até a morte de sua genitora; as parcelas já vencidas deverão ser pagas de uma única vez, observando-se a devida atualização monetária pelo INPC, além de juros de 1% ao mês, ambos a partir do vencimento de cada parcela. Mantém-se a sentença nos seus demais termos.

Em razão da sucumbência recursal, majoram-se os honorários advocatícios em 2% sobre o valor da condenação (art. 85, §11 do CPC), em desfavor da Empresa ré apelante.

(TJBA – BA APELAÇÃO CÍVEL n. 0568182-41.2015.8.05.0001. Primeira Câmara Cível. Relatora: Des. Maria de Lourdes Pinho Medauar. Julgado em 12/11/2024).

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. TRANSPORTE MARÍTIMO DE BAGAGEM DESACOMPANHADA. ERRO NO PREENCHIMENTO DO CONHECIMENTO DE EMBARQUE. IMPOSSIBILIDADE DE DESEMBARAÇO ADUANEIRO. INOBSERVÂNCIA DAS OBRIGAÇÕES PELA TRANSPORTADORA. DANO MATERIAL A SER APURADO EM LIQUIDAÇÃO. DANO MORAL CONFIGURADO. RECURSO PROVIDO.

I. Caso em exame

1. Apelação interposta contra sentença que julgou improcedente ação de obrigação de fazer cumulada com danos morais, proposta por empresa de comércio exterior contra transportadora marítima, em razão de erro no preenchimento do conhecimento de embarque (“bill of lading”) que impediu o desembaraço aduaneiro de bagagem desacompanhada.

II. Questão em discussão

2. A questão em discussão consiste em determinar: (i) a responsabilidade da transportadora pelo erro no preenchimento do conhecimento de embarque; (ii) a existência de danos materiais e morais decorrentes deste erro.

III. Razões de decidir

3. Verifica-se que o erro no preenchimento do conhecimento de embarque, atribuindo como consignatária (“consignee”) a pessoa jurídica autora e não a proprietária da bagagem, o que impediu o desembaraço aduaneiro e a isenção de impostos prevista para bagagem desacompanhada.

4. A transportadora marítima é responsável pela verificação e correção das informações contidas no conhecimento de embarque, respondendo pelos danos causados.

5. De acordo com as Instruções Normativas da Receita Federal do Brasil, a legitimidade para correção de conhecimento de embarque é exclusiva da transportadora, de modo que, estando provado que esta recebeu solicitação de retificação dos dados, deve responder pelo não atendimento.

6. Os danos materiais decorrentes da impossibilidade de liberação da carga devem ser apurados em liquidação de sentença.

7. O prejuízo à imagem e credibilidade da empresa de comércio exterior perante seus clientes e parceiros comerciais configura dano moral indenizável, sendo razoável a quantia de R\$ 15.000,00.

IV. Dispositivo e tese

8. Recurso provido.

Tese de julgamento: “É de responsabilidade da transportadora marítima a retificação de erros no conhecimento de embarque quando devidamente notificada, respondendo pelos prejuízos materiais e morais decorrentes de sua omissão.”

Dispositivos relevantes citados: Decreto nº 6.759/2009, arts. 155, II e 158; Instrução Normativa RFB nº 1.059/2010, art. 9º; Instrução Normativa RFB n. 800/2007, arts. 11, 27-A e 27-B; CC, art. 422; CPC, art. 491, § 1º. *Jurisprudência relevante citada:* STJ, Súmula 362.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos o recurso de apelação nº 0568182-41.2015.8.05.0001, oriundo da comarca de Salvador, em que figura, como apelante, **MILLER COMÉRCIO EXTERIOR LTDA - ME**, e, como apelada, **MSC MEDITERRANEAN SHIPPING DO BRASIL LTDA**.

ACORDAM os Desembargadores integrantes da Turma Julgadora da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, por unanimidade, em **DAR PARCIAL PROVIMENTO** à apelação, pelas razões contidas no voto condutor.

DECISÃO PROCLAMADA

Conhecido e provido Por Unanimidade

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação interposto por **MILLER COMÉRCIO EXTERIOR LTDA - ME** contra sentença proferida pelo juízo da 10ª Vara Cível e Comercial da Comarca de Salvador, que julgou improcedentes os pedidos formulados na ação de obrigação de fazer c/c tutela antecipada e danos morais ajuizada em face de **MSC MEDITERRANEAN SHIPPING DO BRASIL LTDA**.

A apelante alega, em síntese, ter contratado a apelada para transporte de bagagem desacompanhada de uma cliente da Itália para o Brasil. Aduz que, quando das instruções pré-embarque da bagagem, a apelada não observou as instruções obrigatórias, pois deveria constar, como consignatário (CONSIGNEE) a pessoa física que embarcou a carga, por se tratar de bagagem de uso pessoal, e não a pessoa jurídica. Afirma que o erro impossibilitou o enquadramento da carga como bagagem desacompanhada, impedindo o desembaraço aduaneiro e gerando prejuízos.

Sustenta que a apelada se recusou a retificar os dados no sistema SISCOMEX CARGA para corrigir o erro, mesmo após solicitação da apelante, através de “Termo de Responsabilidade”, cujo preenchimento teria sido orientado pela apelada.

Narra que a tutela antecipada foi deferida, determinando que a apelada fizesse a retificação, o que não teria sido cumprido.

Aduz que não possui acesso ao sistema “INTRRA” e que o preenchimento das informações ocorreu no exterior, o que comprovaria que a apelada é a única responsável pelos erros.

A apelante afirma ter seguido as recomendações da ré para resolução da questão, bem como ter demonstrado o seu comprometimento em solucionar o problema. Por outro lado, entende haver falta de interesse da apelada.

De acordo com a recorrente, toda carga sofreu perdimento em decorrência da longa tramitação do processo, devendo a apelada responsabilizada pelos danos materiais e morais.

Requer a reforma da sentença para que sejam acolhidas as razões da apelante, condenando-se a apelada em custas processuais e honorários advocatícios.

Em suas contrarrazões (id. 58459880), a apelada defende a manutenção da sentença, argumentando não ter cometido qualquer erro e que a consignação dos bens confiados ao transporte marítimo se fez com base nas informações declaradas pelo exportador. Aduz inexistir comprovação de que o termo de responsabilidade previamente solicitado pela apelada tenha sido providenciado pela apelante.

Reputa impossível o cumprimento dos pedidos da apelante, considerando que a Receita Federal do Brasil não participa da lide, sendo necessária a abertura de processo administrativo e a aprovação da autoridade aduaneira para alteração do consignatário, já requerida. Argumenta não possuir responsabilidade pelo desembaraço aduaneiro, que deve ser feito pelo próprio viajante ou despachante aduaneiro.

Assim, conclui com pedido de que seja negado provimento à apelação, confirmando a sentença.

Assim, examinados os autos, lancei o presente relatório, encaminhando-os à Secretaria da Primeira Câmara Cível, nos termos do art. 931, do Código de Processo Civil, salientando que o presente recurso é passível de sustentação oral, nos termos do art. 937, do CPC e art. 187, I, do RITJBA.

VOTO

Inicialmente verifico que a apelação é tempestiva e recolheu o preparo e as razões preenchem os requisitos intrínsecos de admissibilidade. Portanto, conheço do recurso.

A ação foi proposta pela apelante **MILLER COMÉRCIO EXTERIOR LTDA - ME** contra a apelada **MSC MEDITERRANEAN SHIPPING DO BRASIL LTDA**. A autora alega que contratou os serviços da ré para o transporte de bagagem desacompanhada da Itália para o Brasil; contudo, o conhecimento de embarque foi preenchido erroneamente, indicando a própria Miller como consignatária, quando deveria constar o nome da pessoa física Ornella Daccordi. Este erro impossibilitou o enquadramento da carga como bagagem desacompanhada, impedindo seu desembaraço aduaneiro.

O Brasil é signatário da “Convenção Internacional para o Transporte de Mercadorias pelo Mar”, mais conhecida como Regras de Hamburgo, a qual apresenta certos conceitos importantes à compreensão desta demanda. Em tradução livre:

1. **“Carrier”** – “Transportador” significa qualquer pessoa por quem ou em cujo nome um contrato de transporte de mercadorias por mar foi concluído com um expedidor.
3. **“Shipper”** – “Expedidor” significa qualquer pessoa por quem ou em cujo nome ou em nome de quem um contrato de transporte de mercadorias por mar foi concluído com um transportador, ou qualquer pessoa por quem ou em cujo nome ou em nome de quem as mercadorias são efetivamente entregues ao transportador em relação ao contrato de transporte por mar.
4. **“Consignee”** – “Consignatário” significa a pessoa com direito a receber a entrega das mercadorias.
7. **“Bill of lading”** – “Conhecimento de embarque” significa um documento que comprova um contrato de transporte por mar e a tomada ou carregamento das mercadorias pelo transportador, e pelo qual o transportador se compromete a entregar as mercadorias contra a apresentação do documento. Uma disposição no documento de que as mercadorias devem ser entregues à ordem de uma pessoa nomeada, ou à ordem, ou ao portador, constitui tal compromisso.

Neste contexto, o “conhecimento de embarque” ou “conhecimento de carga” ou ainda “conhecimento marítimo” (“bill of lading”) é o documento mais importante no transporte marítimo, servindo como recibo de mercadorias, contrato de transporte e documento de propriedade.

Para além destes conceitos, a natureza da carga também possui relevância na lide. O transporte em questão envolvia descrita como “lote de itens pessoais usados (“1 lot of used personal effects”), pesando 9500 kg (id. 58459527), pertencente à expedidora (“shipper”) Sra. Ornella Daccordi, italiana.

Tratou-se, portanto, de bagagem desacompanhada, conforme definido pelo art. 155, II, do Decreto nº 6.759/2009 (Regulamento Aduaneiro):

Art. 155. Para fins de aplicação da isenção para bagagem de viajante procedente do exterior, entende-se por:

I - bagagem: os bens novos ou usados que um viajante, em compatibilidade com as circunstâncias de sua viagem, puder destinar para seu uso ou consumo pessoal, bem como para presentear, sempre que, pela sua quantidade, natureza ou variedade, não permitirem presumir importação com fins comerciais ou industriais;

II - bagagem desacompanhada: a que chegue ao País, amparada por conhecimento de carga ou documento equivalente; e

III - bagagem desacompanhada: a que chegue ao País, amparada por conhecimento de carga ou documento equivalente;

IV - bens de uso ou consumo pessoal: os artigos de vestuário, higiene e demais bens de caráter manifestamente pessoal.

Art. 158. A bagagem desacompanhada está isenta do pagamento do imposto relativamente a bens de uso e consumo pessoal, usados, livros e periódicos

§ 1º A bagagem desacompanhada deverá:

I - chegar ao País dentro dos três meses anteriores ou até os seis meses posteriores à chegada do viajante; e

II - provir do país ou dos países de estada ou de procedência do viajante.

§ 2º A bagagem desacompanhada somente será desembaraçada depois da chegada do viajante

Devido à natureza dos itens transportados – bens pessoais usados – a bagagem desacompanhada faria jus a isenção de pagamento de imposto. Contudo, a Instrução Normativa RFB nº 1.059/2010, ao dispor sobre procedimentos de controle aduaneiro e o tratamento tributário aplicáveis aos bens de viajante, faz uma exigência adicional: que o conhecimento de carga (“bill of lading”) seja consignado ao viajante ou a ele endossado. Assim estabelece o art. 9º, inciso II:

Art. 9º O despacho aduaneiro de importação da bagagem desacompanhada será efetuado com base em DSI, registrada no Sistema Integrado de Comércio Exterior (Siscomex), instruída com:

I - a relação dos bens, contendo descrição e valor aproximado, por volume ou caixa; e

II - o conhecimento de carga original ou documento equivalente, consignado ao viajante ou a ele endossado.

Analisando os documentos acostados aos autos, verifica-se que no conhecimento de embarque (“bill of lading”) constou como expedidora (“shipper”) a Sra. ORNELLA DACCORDI e como consignatário (“consignee”) a apelante MILLER COMÉRCIO EXTERIOR LTDA. Ocorre que ORNELLA DACCORDI, enquanto proprietária da bagagem, é quem deveria constar como consignatária (“consignee”).

Este erro, aparentemente simples, impediu o enquadramento da carga como bagagem desacompanhada, por não atender ao art. 9º, II, da Instrução Normativa RFB nº 1.059/2010. Como consequência, restou impossibilitada a aplicação da isenção de impostos prevista no art. 158 do Decreto nº 6.759/2009.

Embora a apelada alegue que o preenchimento foi feito com base nas informações fornecidas pela apelante, o documento de id. 58459526 contradiz a afirmação. As instruções de embarque foram geradas por terceira empresa, a FERLOMAR SRL e por pessoa física a esta vinculada. A autora negou veementemente o preenchimento, esclarecendo sequer possuir acesso ao sistema INTTRA, no qual as instruções teriam sido prestadas. A apelada, por seu turno, não refutou tal alegação e tampouco esclareceu a participação da FERLOMAR SLR na transação.

Mesmo que as informações tenham sido fornecidas por terceiros, a apelada, enquanto transportadora (“carrier”) é responsável por exercer a devida diligência no manuseio e verificação de todas as informações contidas no conhecimento de embarque (“bill of lading”). O transportador, por possuir maiores conhecimentos especializados, estava em posição de privilegiada para apuração de eventuais erros, devendo responder pelas consequências de sua inércia, em aplicação da teoria do risco.

Independente da responsabilidade pela prestação de informações equivocadas quanto à consignatária (“consignee”), consta que a apelada foi informada do erro instada a corrigi-lo (id. 58458244). Apesar de ser a única capaz de corrigir as informações no SISCOMEX CARGA, a apelada não o fez. A Instrução Normativa RFB n. 800/2007, que dispõe sobre o controle aduaneiro informatizado da movimentação de embarcações, cargas e unidades de carga nos portos alfandegados, estabelece ser do transportador (“carrier”) por alterações no manifesto eletrônico:

Art. 11. A informação do manifesto eletrônico compreende a prestação dos dados constantes do Anexo II referentes a todos os manifestos e relações de contêineres vazios transportados pela embarcação durante sua viagem pelo território nacional.

§ 4º A alteração ou exclusão do manifesto eletrônico somente poderá ser efetuada pelo transportador que o informou no sistema.

§ 5º Todos os dados do manifesto eletrônico poderão ser alterados até a sua vinculação à correspondente escala.

Art. 27-A. Entende-se por retificação:

II - de CE, a alteração, exclusão, desassociação ou, na exportação, o desdobro do CE, bem como a inclusão, alteração ou exclusão de seus itens após:

- a) a primeira atracação da embarcação no País, no caso de CE único ou genérico de importação ou passagem;*
- b) a atracação no porto de destino final do CE genérico, no caso de seus CE agregados; ou*
- c) a emissão do passe de saída, no caso dos CE de exportação.*

Art. 27-B. A retificação de que trata o art. 27-A será solicitada pelo transportador, por escrito ou no Sistema Mercante, e ficará sujeita a análise da RFB.

§ 1º A solicitação ocorrerá exclusivamente por escrito caso o CE encontre-se:

I - vinculado a trânsito não concluído, se a concessão for condicionada à retificação;

II - vinculado a despacho de importação; ou

III - bloqueado pelo motivo “início de procedimento fiscal.”

§ 2º A solicitação ocorrerá no sistema nos demais casos.

Portanto, a omissão da apelada em retificar os dados, mesmo tendo sido instada a corrigir o erro, configura violação ao princípio da boa-fé objetiva que deve reger os contratos, nos termos do art. 422 do Código Civil. A inércia causou prejuízo à apelante e à proprietária da bagagem.

Os danos materiais alegados pela apelante decorrem diretamente da impossibilidade de liberação da carga e que entrou em processo de perdimento (id. 58459532) em razão do longo tempo em que permaneceu retida sem o devido desembaraço aduaneiro.

Tendo a ação sido proposta em 2015, quando ainda pendia definição sobre a destinação da carga, os danos materiais devem ser apurados na fase de liquidação de sentença, nos termos do art. 491, §1º do CPC. Em tal oportunidade, deverão ser comprovados os efetivos danos decorrentes da demora na liberação, sejam estes os custos de sobreestadia da armazenagem (“demurrage”), eventuais despesas fiscais ou mesmo a conversão em perdas e danos da carga.

Os fatos narrados ensejaram inequívocos danos morais. A imagem e a credibilidade da apelante foram afetadas, prejudicando o bom nome da empresa, que atuava há anos no mercado de despachos aduaneiros. A falha da apelada frustrou as expectativas da cliente, impactou negativamente a imagem da apelante perante seus clientes e parceiros comerciais. Tal situação ultrapassa o mero aborrecimento, atingindo diretamente a reputação de uma empresa consolidada, cuja confiança é elemento essencial para o desenvolvimento de suas atividades.

Considerando as peculiaridades do caso, bem como a natureza dos prejuízos causados, especialmente por envolver carga comporta de 9500 kg de bens pessoais pertencentes à cliente da apelante, entendo razoável e proporcional a fixação de indenização por danos morais no valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais).

Em relação aos juros moratórios, considerando tratar-se de responsabilidade contratual, o termo inicial deve ser fixado a partir da citação, nos termos do art. 405 do Código Civil. A correção monetária dos danos materiais deve incidir a partir do efetivo prejuízo, enquanto a correção dos danos morais deve incidir a partir deste arbitramento, nos termos da Súmula 362 do Superior Tribunal de Justiça.

Diante da reforma da sentença, impõe-se a inversão dos ônus da sucumbência, de modo que a apelada deverá arcar com o pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, que fixo em 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação, nos termos do art. 85, §2º, do Código de Processo Civil, considerando o trabalho realizado pelos procuradores da parte vencedora ao longo de todo o processo, incluindo a fase recursal.

Ante o exposto, voto por **CONHECER E DAR PROVIMENTO AO RECURSO** para, reformando a sentença, julgar procedente a ação para condenar a ré a indenizar a autora pelos danos materiais causados, a serem apurados em fase de liquidação de sentença bem como nos danos morais, os quais fixo em R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), cabendo a ré, ainda, arcar com as custas processuais e com honorário advocatícios sucumbenciais em favor do patrono da parte autora, estes no importe de 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação.

(TJBA- APELAÇÃO CÍVEL n. 8000147-05.2021.8.05.0044.Segunda Câmara Cível. Relator: Des. José Jorge Barretto. Julgado em 29/07/2024).

APELAÇÕES CÍVEIS SIMULTÂNEAS. DIREITO DO CONSUMIDOR. AÇÃO INDENIZATÓRIA. PEDIDO ATRIBUIÇÃO EFEITO SUSPENSIVO. REJEITADO. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA DO HOSPITAL. AFASTADA. ERRO NO PROCEDIMENTO MÉDICO. AGRAVAMENTO DA CONDIÇÃO DE SAÚDE DO PACIENTE. NECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DE CIRURGIA REPARADORA. DANOS MATERIAIS. INEXISTÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DOS EFETIVOS PREJUÍZOS NA ESFERA PATRIMONIAL. DANO QUE NÃO SE PRESUME NEM ADMITE ESTIMATIVA. AFASTAMENTO DO TRABALHO POR MOTIVOS DIVERSOS. DANOS MORAIS EVIDENCIADOS. NEXO DE CAUSALIDADE. PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL CONFIGURADOS. QUANTUM INDENIZATÓRIO ARBITRADO NA ORIGEM EM R\$ 20.000,00 (VINTE MIL REAIS). NECESSIDADE DE MAJORAÇÃO. PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. DANOS MORAIS MAJORADOS PARA R\$ 60.000,00 (SESSENTA MIL REAIS). SENTENÇA REFORMADA. APELAÇÃO INTERPOSTA POR ULTRA SOM SERVIÇOS MÉDICOS S.A. NÃO PROVIDA. APELAÇÃO INTERPOSTA POR CLAUDEMILSON SOUZA SANTOS PORCINO PARCIALMENTE PROVIDA.

1. O deferimento do efeito suspensivo está condicionado a demonstração da excepcionalidade necessária, sem a qual, resta inviabilizada a pretensão. No caso em apreço, não existem evidências que eventual cumprimento de sentença venha causar dano irreparável, ou coloque em risco a saúde financeira da parte ré. Pedido de atribuição de efeito suspensivo à apelação rejeitado.

2. A ilegitimidade passiva não se verifica no caso em referência, visto que os hospitais, na qualidade de fornecedores de serviço, respondem de forma objetiva pelos danos causados por seus funcionários. Preliminar afastada.

3. O contexto fático-probatório dos autos evidencia o ato ilícito passível de reparação, em razão da falha na prestação dos serviços oferecidos pelo hospital, caracterizando o nexo de causalidade entre o erro na implantação de sonda e o agravamento do estado de saúde do autor, que necessitou de cirurgia reparadora para a melhora de seu estado clínico, sendo dispensado, nesta hipótese, a apuração de culpa.

4. Os danos materiais devem ser comprovados de forma sólida e precisa, sendo o ônus da prova exclusivamente destinado ao autor, nos termos do art. 373, I, do CPC, o qual deve apresentar a comprovação dos prejuízos na esfera de sua existência e extensão, não podendo admitir presunção ou estimativa de dano.

5. A indenização por danos morais busca oferecer uma compensação ou reparação satisfativa pela dor e sofrimento psicológico suportado pelo ofendido. Para sua fixação, além do caráter punitivo, compensatório, da extensão e intensidade do dano, também a equidade é fator preponderante, para que se encontre um valor que não seja irrisório, mas ao mesmo tempo não implique em exagero ou especulação.

6. O quantum indenizatório arbitrado na origem R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) apresenta-se insuficiente, considerando o seu objetivo precípua, sendo merecida sua majoração para R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais), ante as peculiaridades do caso concreto, segundo os critérios de razoabilidade e proporcionalidade. **SENTENÇA REFORMADA. PRELIMINAR REJEITADA. APELAÇÃO INTERPOSTA POR ULTRA SOM SERVIÇOS MÉDICOS S.A.**

NÃO PROVIDA. APELAÇÃO INTERPOSTA POR CLAUDEMILSON SOUZA SANTOS PORCINO PARCIALMENTE PROVIDA.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de **Apelações Cíveis Simultâneas n. 8000147-05.2021.8.05.0044**, em que figuram como apelantes e apelados **ULTRA SOM SERVICOS MEDICOS S.A. e CLAUDEMILSON SOUZA SANTOS PORCINO**.

ACORDAM os Desembargadores integrantes da Segunda Câmara Cível do Estado da Bahia, por unanimidade, em **rejeitar a preliminar**, e, no mérito, **NEGAR PROVIMENTO** à Apelação interposta por **ULTRA SOM SERVICOS MEDICOS S.A., e DAR PARCIAL PROVIMENTO** à Apelação interposta por **CLAUDEMILSON SOUZA SANTOS PORCINO**, majorando o valor da indenização por danos morais para R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais); e assim o fazem pelas razões que integram o voto do eminente Desembargador Relator.

DECISÃO PROCLAMADA

Rejeitou-se a Preliminar de Ilegitimidade Passiva e, no mérito, negou-se provimento a Apelação interposta por Ultra Som Serviços Médicos S/A e deu-se provimento parcial a Apelação interposta por Claudemilson Souza Santos, à unanimidade.

RELATÓRIO

Trata-se de Apelações Simultâneas interpostas por **CLAUDEMILSON SOUZA SANTOS e ULTRA SOM SERVIÇOS MÉDICOS S.A.**, contra sentença prolatada pelo Juízo da Vara de Feitos de Relações de Consumo, Cíveis e Comerciais da Comarca de Candeias, nos autos da Ação Indenizatória nº 8000147-05.2021.8.05.0044.

Adoto, como próprio, o Relatório contido na sentença (ID 56475809), que julgou procedente o pedido autoral, condenando o réu a pagar indenização por danos morais ao demandante, no montante de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), com correção pelo INPC, a contar do arbitramento e juros de mora de 1% ao mês, a partir da citação. As partes foram condenadas em custas e honorários advocatícios recíprocos, fixando ao réu o dever de pagar 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação e, ao autor, o percentual de 10% sobre o valor da causa, apenas ao montante que sucumbiu, ficando suspensa a exigibilidade por ser beneficiário da justiça gratuita.

O autor **CLAUDEMILSON SOUZA SANTOS** interpôs apelação (ID 56475811), alegando a existência de conduta lesiva da ré, que, ao realizar o procedimento de implantação de sonda pelo funcionário do hospital, agiu com negligência, impudência e imperícia, ocasionando uma lesão no canal urinário do paciente, sem a prestação da devida assistência em face do quadro clínico apresentado, resultando em danos materiais e morais.

Sustenta a responsabilidade objetiva do hospital pelo ilícito praticado.

Aduz que estão configurados os danos materiais requeridos, visto que ficou afastado e impedido de trabalhar, arcando com as despesas referentes a exames, medicamentos e gastos para a realização da segunda cirurgia, devendo ser atribuído o valor médio de seus proventos, a cada mês.

Ressalva que, embora a sentença tenha reconhecido a procedência dos pedidos relativos aos danos morais, merece revisão em relação ao valor arbitrado, requerendo a sua majoração para a quantia de R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais), parâmetro adotado pelos tribunais em questões análogas.

Sob tais argumentos, requer o provimento do recurso, para que seja reformada a sentença, com a condenação do réu pelos danos materiais e majoração dos danos morais, com a inversão da sucumbência.

Recurso próprio, tempestivo. Apelante albergado pela gratuidade de justiça.

Por sua vez, a ré **ULTRA SOM SERVIÇOS MÉDICOS LTDA** também interpôs apelação (ID 56475816), suscitando como preliminares o pedido de aplicação do efeito suspensivo e ilegitimidade passiva. No mérito, sustenta a inexistência de erro médico no atendimento dispensado ao autor pelo nosocômio, uma vez que adequado às necessidades do paciente.

Atesta que nenhuma intercorrência foi registrada, quando da implantação da sonda, sendo o procedimento realizado por profissional habilitado e com rigor técnico. Aduz que a doença do autor era preexistente, inexistindo erro médico, e, por conseguinte, a responsabilidade objetiva.

Assevera que não foi comprovado o nexo de causalidade entre o procedimento adotado e os danos morais alegados.

Ao final, requer o provimento do recurso, para que seja reformada a sentença e julgados improcedentes os pedidos deduzidos na inicial, ou reduzido o dano moral.

Recurso próprio, tempestivo. Preparo recolhido (ID's 56475818 e 56475820).

Contrarrazões apresentadas pela autora (ID 56475823), refutando as alegações do apelante. Pela manutenção integral da sentença e não provimento do recurso.

Conclusos os autos, elaborei o presente Relatório e solicitei inclusão em pauta para julgamento, na forma do artigo 931 do CPC c/c 173, § 1º do RITJBA, esclarecendo que será permitida a sustentação oral, nos termos do artigo 187, inciso I, do Regimento Interno.

VOTO

Como visto, trata-se de Apelações Simultâneas interpostas contra sentença que julgou procedente o pedido autoral e condenou o réu a pagar indenização por danos morais no montante de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), nos termos consignados no relatório.

Ab initio, convém apreciar o pedido de atribuição de efeito suspensivo à apelação e a preliminar de ilegitimidade passiva arguida por **ULTRA SOM SERVIÇOS MÉDICOS LTDA**.

O pedido de efeito suspensivo não se aplica ao caso em apreço, visto que não foram apresentados pelo réu os requisitos indispensáveis do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* para a concessão excepcional da medida. A propósito:

REQUERIMENTO DE EFEITO SUSPENSIVO. APELAÇÃO. Art. 1012, § 4º. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE SENTENÇA. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. APELAÇÃO INTERPOSTA. REQUERIMENTO INDEFERIDO. 1- Ação Declaratória de Nulidade de Sentença que julgou improcedente o pedido inicial, da qual foi interposta apelação. 2- Requerimento autônomo de pedido de efeito suspensivo em apelação. 3- **Pretendem as Postulantes o deferimento do efeito suspensivo, a fim de manter a eficácia da decisão que determinou a suspensão da execução proferida nos autos da ação de cobrança das cotas condominiais, obstando o prosseguimento do cumprimento da sentença.** 4- **Inexistência de a hipótese apresentar risco grave ou de difícil ou impossível reparação.** 5- **Indeferimento do pedido.** (TJ-RJ - ES: 0090955-43.2021.8.19.0000, Relator: Des (a). MAFALDA LUCCHESI, Data de Julgamento: 10/02/2022, DÉCIMA NONA CÂMARA CÍVEL) (grifei)

DECISÃO MONOCRÁTICA. PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO À APELAÇÃO. **Verossimilhança das alegações e plausibilidade do direito não verificadas. Ausentes os requisitos dos §§ 3º e 4º do artigo 1.012. Pedido de efeito suspensivo rejeitado. (TJ-SP - ES: 2196384-96.2023.8.26.0000 São Paulo, Relator: Eduardo Prativiera, Data de Julgamento: 01/08/2023, 5ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 01/08/2023)**

Destarte, não há evidências que eventual cumprimento da sentença, venha causar dano irreparável, ou coloque em risco a saúde financeira da parte ré.

Voto, pois, no sentido de rejeitar o pedido de atribuição de efeito suspensivo ao presente recurso.

A legitimidade para agir é condição essencial da ação, sendo qualidade indispensável para que as partes possam estar em juízo, e a falta desse requisito leva à extinção da ação, nos termos do art. 485, VI do CPC.

Na espécie, não há que se falar em ilegitimidade passiva do nosocômio, visto que os procedimentos questionados na lide foram realizados no estabelecimento, que responde de forma objetiva pelos danos causados, na forma do art. 932 e 933 do Código Civil e art. 14, § 4º do CDC, podendo exercer o direito de regresso contra os profissionais que integram seu corpo clínico.

Nestes lindes:

Dupla Apelação Cível. Ação declaratória c/c condenatória (indenização por danos morais, materiais e estéticos). I. Troca de bebês de suas respectivas incubadoras na UTI Neonatal. Aquisição/agravamento de infecção hospitalar pela infante, que resultou na realização de três cirurgias, **dano antiestético e distúrbios neurológicos, classificados como transtorno global do desenvolvimento. O nosocômio responde objetivamente por eventuais lesões causadas a pacientes em decorrência da má prestação de serviços que se inserem no rol de atribuições da entidade hospitalar, dentre os quais se incluem aqueles praticados pela enfermagem e por outros profissionais que executam serviços auxiliares, além de estadia e instalações físicas, diferenciando-se dos serviços prestados exclusivamente por médicos, hipótese em que é necessária a demonstração da culpa profissional (artigo 14, § 4º, do Código de Processo Civil)**. Os documentos colacionados aos autos e o laudo pericial demonstram ser inconteste que houve a troca de incubadora da infante, ora autora/2ª apelante, com outra recém-nascida na UTI Neonatal, consubstanciando falha da assistência técnica médica e de enfermagem da maternidade requerida/1ª apelante. II. Ausente responsabilidade solidária. Sentença mantida. Embora não existam dúvidas da falha praticada pela equipe da UTI Neonatal, o laudo pericial não aponta que os médicos requeridos foram responsáveis diretos pela troca de bebês. Ao contrário, consta que a responsável pela troca foi a equipe de enfermagem, não sendo possível concluir em qual dos plantões ela efetivamente ocorreu. III. Danos morais. Danos estéticos. Manutenção. [Omissis] (TJ-GO 0077366- 77.2016.8.09.0051, Relator: ANA CRISTINA RIBEIRO PETERNELLA FRANÇA, 7ª Câmara Cível, Data de Publicação: 27/01/2023) (grifei)

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. LEGITIMIDADE PASSIVA. CONFIGURAÇÃO. MÉRITO. ERRO MÉDICO. LAQUEADURA NÃO REALIZADA DURANTE CESÁREA. FALHA DE INFORMAÇÃO NÃO

EVIDENCIADA. PROVA PRODUZIDA QUE COMPROVOU A CIENTIFICAÇÃO DA PACIENTE E DO MARIDO. DANOS MORAIS. NÃO CONFIGURAÇÃO. DANOS MATERIAIS. AUSÊNCIA DE PROVA DE EFETIVO DESEMBOLSO. INADMISSIBILIDADE. RECURSOS PROVIDOS. 1. **O Hospital que integra a cadeia de fornecimento relativa aos serviços prestados pelo médico que realizou o procedimento cirúrgico impugnado é parte legítima para responder aos termos da ação.** 2. Demonstrado que a paciente foi devidamente cientificada acerca da não realização da laqueadura durante cesárea de urgência, não há fundamento para condenar o médico e o hospital ao pagamento de indenização por danos morais e materiais, principalmente quando, em relação a este último, não há sequer prova de pagamento do procedimento do qual se almeja o reembolso. (TJ-SP – **Apelação Cível: 1001807- 24.2018.8.26.0417, Relator: Maria do Carmo Honorio, Data de Julgamento: 14/01/2023, 6ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 14/01/2023**) (grifei)

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO ORDINÁRIA - ERRO MÉDICO - LEGITIMIDADE PASSIVA HOSPITAL – RECONHECIMENTO - RESPONSABILIDADE OBJETIVA - DECISÃO REFORMADA. 1. No caso de erro médico, quando comprovada a culpa do profissional atuante, **a instituição hospitalar responde objetivamente pela má execução do serviço**, revelando-se despcienda a constatação de qual o vínculo existente entre ambos para fins de inclusão da pessoa jurídica no polo passivo do feito e reconhecimento de sua legitimidade passiva (art. 14, § 4º, do CDC). (TJ-MG – **Agravo de Instrumento: 10000191239755002 MG, Relator: Amorim Siqueira, Data de Julgamento: 22/06/2021, Câmaras Cíveis / 9ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 28/06/2021**)

Aplica-se ainda a teoria da aparência, podendo o autor demandar perante qualquer um dos responsáveis pelo prejuízo causado, possibilitando a efetiva prestação jurisdicional e a reparação do seu direito.

Ademais, resta configurada a ilicitude no procedimento, que resultou em dano físico ao autor, ato realizado por funcionário do hospital e dentro do estabelecimento, razão pela qual o hospital possui legitimidade para figurar no polo passivo da relação processual.

Desta feita, afasta-se a preliminar suscitada.

Cumpra, agora, apreciar o mérito recursal.

A sentença merece reforma.

Do cotejo dos autos, consta que o autor, acometido de uma infecção urinária, compareceu à emergência do Hospital Teresa de Lisieux, em 06/01/2024, sendo atendido por médico plantonista que fez a indicação de implantação de sonda urinária vesical de demora, procedimento realizado pela equipe de enfermagem do referido hospital, resultando em lesão do canal urinário, sendo necessária posterior intervenção para realização de cistostomia, visando a drenagem da urina, conforme relatórios (ID 56475696 e 56475671).

A irresignação recursal se volta a obrigação de reparação pelos danos morais e materiais decorrentes de erro em procedimento para implantação de sonda vesical.

O Código Civil, ao cuidar da responsabilidade civil, consigna, nos artigos 186 e 927, que todo aquele que causar dano a outrem, por ação ou omissão, negligência ou imprudência, comete ato ilícito e, por conseguinte, deverá repará-lo, prescrevendo, ainda, a responsabilidade objetiva, quando a atividade implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Por consequência disso, o exame da matéria de fundo fica restrito à existência do dano, da **conduta lesiva e do nexo de causalidade entre ambos**, porquanto o reconhecimento da responsabilidade do réu, na hipótese, não exige a averiguação de culpa ou dolo, conquanto não lhe seja interditado demonstrar a existência de alguma excludente de responsabilidade.

Passando a apreciar o **conteúdo probatório dos autos**, verifica-se como incontroverso que o procedimento de implantação de sonda, realizado nas instalações do hospital, causou danos ao autor, que foi obrigado a se submeter a tratamento cirúrgico reparador para preservação de sua integridade física (ID 56475671), tendo sido ressaltado, inclusive, através de áudios juntados aos autos (ID 56475678 e 56475679), o erro do enfermeiro, atraindo, assim, a responsabilidade objetiva.

Diversamente do sustentado pelo réu, o nexo causal entre a conduta negligente dos profissionais que atenderam o autor e o agravamento da sua saúde, que culminou na necessidade de novo **procedimento cirúrgico, restou claramente evidenciado pelas provas apresentadas, corroborado ainda pelo laudo pericial (ID 56475798 – P. 4), onde o perito afirma que:**

“07. Houve progressão, agravamento ou desdobramento da doença ou lesão, ao longo do tempo? É possível afirmar que houve um agravamento da condição do Sr. Claudemilson Souza Santos ao longo do tempo. Originalmente, ele sofreu um trauma urológico no dia 6 de janeiro de 2021. Este trauma resultou em estenose da uretra, uma condição que causa estreitamento da uretra e que pode levar a sintomas como dor e dificuldade para urinar. Este agravamento da condição levou o paciente a necessitar de um procedimento de ureteroplastia posterior em 11 de junho de 2023. Portanto, é razoável inferir que a lesão sofreu uma progressão e agravamento ao longo desse período, culminando na necessidade de intervenção cirúrgica.”

Desta forma, não prosperam os fundamentos da apelação do réu para a improcedência dos pedidos.

No que concerne à Apelação do autor CLAUDEMILSON SOUZA SANTOS, tem-se que a situação atravessada pelo demandante mostra-se arbitrária, não subsistindo dúvidas quanto à lesividade aos direitos subjetivos, decorrentes da conduta lesiva do hospital.

Os danos materiais correspondem ao dano patrimonial, podendo ser considerado como o prejuízo efetivamente sofrido ou o que deixou de receber/auferir (lucros cessantes) em razão do evento danoso, portanto, exigem sólidas e precisas comprovações, sendo ônus da prova exclusivo do autor, que a teor do art. 373, I do CPC, deve demonstrar o fato constitutivo de seu direito.

Neste sentido, é firme a jurisprudência:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - DANOS MATERIAIS - PRELIMINARES - ILEGITIMIDADE ATIVA - REJEIÇÃO - INÉPCIA DA INICIAL - REFUTADA - CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - REPAROS NO EDIFÍCIO - INADIMPLEMENTO DAS OBRIGAÇÕES - MÁ EXECUÇÃO - RECONHECIMENTO - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO NÃO PROVIDO. - A legitimidade ad causam trata de requisito de validade relacionado à relação jurídica de direito material deduzida pelas partes. Sendo assim, possui legitimidade processual a parte que tiver vínculo com o direito material reivindicado – Detém legitimidade o condomínio, na pessoa do síndico, conforme art. 1.348, II, CC, - para demandar judicialmente os reparos de áreas comuns - Se a peça exordial atende aos requisitos legais, decorrendo logicamente dos fatos e dos fundamentos expostos o pedido almejado, não se justifica seu indeferimento - A indenização por danos materiais decorrente de falha na prestação de

serviços rege-se pelas regras do artigo 14 e seguintes do CDC, respondendo o fornecedor objetivamente pelos danos causados ao consumidor - **Os danos materiais demandam a existência de provas concretas dos prejuízos efetiva e potencialmente sofridos, não podendo ser presumidos, sejam os danos emergentes, sejam os lucros cessantes - [omissis].** (TJ-MG - Apelação Cível: 5120579- 79.2020.8.13.0024, Relator: Des. (a) Mariangela Meyer, Data de Julgamento: 05/12/2023, 10ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 13/12/2023) (Grifei)

Destarte, ausente a comprovação dos alegados danos materiais experimentados, não há que se falar em restituição dos valores, principalmente por não poder fixar o dano material de forma presumida ou baseado em uma estimativa do prejuízo.

Ao analisar os elementos probatórios, verifica-se que não formam preenchidos os requisitos para seu deferimento, uma vez que o autor deixou de comprovar efetivamente os prejuízos materiais, vez que não apresentou a comprovação das despesas com medicação, cirurgia e tratamentos de forma a garantir o direito a reparação material.

Ademais, o documento da perícia médica, realizada na Justiça Federal (ID 56475704), indica que o autor foi afastado do trabalho em 21/02/2021, por motivo diverso do agravamento da sua condição física, sendo decorrente de um surto psicótico, doença preexistente, a qual o autor já faz acompanhamento, desde 2018, através do CAPS. Portanto, neste aspecto, a sentença deve ser mantida.

Com relação aos danos morais, indiscutível que a piora do estado de saúde do autor obreveio da falha no procedimento de passagem da sonda uretral, executada de maneira incorreta, ocasionando dores intensas, sangramento, tendo que realizar novos procedimentos na tentativa de viabilizar melhoras consideráveis.

Claro, portanto, que o caso *sub judice* reclama a responsabilidade civil do nosocômio, uma vez que o conjunto probatório demonstrou que o atendimento prestado pela equipe de enfermagem foi inadequado, não se cercando de providências que poderiam ter evitado ou reduzido o dano físico do autor. Por esta razão, resta cristalino e inquestionável o nexo de causalidade, exurgindo o dever de reparar, cujo valor da indenização deve ser arbitrado de forma justa, a compensar o abalo sofrido.

Impõe-se observar, para tanto, que a reparação à ofensa por dano moral não pretende um enriquecimento ilícito, pois, visa dar à pessoa lesada uma satisfação que lhe é devida, não tendo a prestação pecuniária uma função simplesmente compensatória, não podendo ser esquecida a função altamente moralizadora que a reparação representa para o causador do dano, com a diminuição imposta em seu patrimônio, pela indenização paga ao ofendido.

Para sua fixação, além do caráter punitivo, compensatório, da extensão e intensidade do dano, também a equidade é fator preponderante, sendo este elemento de suma importância, em razão da ausência de critério legal para tanto. E a equidade da indenização deve ser obtida com o encontro de um valor que não seja irrisório, mas ao mesmo tempo não implique em exagero ou especulação.

Acerca da intrincada matéria referente à configuração de dano moral, extrai-se da doutrina de YUSSEF SAID CAHALI:

“(...) tudo aquilo que molesta gravemente a alma humana, ferindo-lhe gravemente os valores fundamentais inerentes à sua personalidade ou reconhecidos pela sociedade em que está integrado, qualifica-se, em linha de princípio, como dano moral; não há como enumerá-los exhaustivamente, evidenciando-se na dor, na angústia, no sofrimento, na tristeza pela ausência de um ente querido falecido; no desprestígio, na desconsideração social, no descrédito à reputação, na humilhação pública, no devassamento da privacidade; no desequilíbrio da normalidade psíquica, nos

traumatismos emocionais, na depressão ou no desgaste psicológico, nas situações de constrangimento moral.” (Dano moral. 2.ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 20- 21).

Sob essa perspectiva, a fixação do *quantum* indenizatório deverá se pautar pelo critério da ponderação, levando-se em conta fatores como a gravidade da lesão e sua repercussão, a capacidade econômica das partes, bem como as circunstâncias do caso.

Assim, na fixação do montante a ser pago a título de indenização, deve o julgador analisar as peculiaridades do caso concreto, as condições financeiras do autor do ato ilícito e a extensão do dano sofrido pela vítima. Consoante o colendo Superior Tribunal de Justiça, é recomendável *“na fixação da indenização a esse título, o arbitramento seja feito com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao nível sócio-econômico da parte autora e, ainda ao porte econômico da ré, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos na doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade de vida e às peculiaridades de cada caso.”*(STJ, REsp 259816/RJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4ª Turma).

Logo, analisando as peculiaridades do caso concreto, tais como a gravidade e a repercussão da lesão, resultante da má prestação do serviço, o potencial punitivo em razão da sua capacidade econômica e a extensão do dano, verifica-se que o montante indenizatório fixado na sentença se apresenta insuficiente, sendo merecida sua majoração.

Por isso, considero que o valor da indenização fixada na sentença encontra-se abaixo do que se espera para atender a todos os critérios atinentes à matéria. Assim, entendo que o valor de R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) é representativo da prudência e razoabilidade.

Seguindo a mesma linha de entendimento, a jurisprudência deste Sodalício em casos análogos:

APELAÇÃO CÍVEL. RECURSOS SIMULTÂNEOS. DIREITO CIVIL E CONSUMIDOR. AÇÃO INDENIZATÓRIA. RESPONSABILIDADE CIVIL POR ERRO MÉDICO. FALHA DO SERVIÇO. HISTERECTOMIA (REMOÇÃO DO ÚTERO) REALIZADA APÓS AGRAVAMENTO DE QUADRO DE ATONIA UTERINA. RETARDO NA ADOÇÃO DE MEDIDAS PERTINENTES. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO VERIFICADA. DEFEITO DO SERVIÇO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. I. No campo da responsabilidade civil por erro médico imputado ao profissional médico, vige o sistema de responsabilidade subjetiva, apurada mediante verificação de culpa, não podendo esta ser presumida. II. Erro médico não verificado. Ausência de culpa do médico plantonista, seja por imperícia, seja por imprudência ou por negligência. III. Verificação de falha do serviço por parte do Hospital, consistente na alocação de recursos humanos insuficientes no plantão médico obstétrico, o que contribuiu para a ocorrência do resultado danoso. IV. Danos morais configurados. Sentença reformada apenas em relação ao quantum indenizatório. Indenização majorada de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) para o montante de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais). RECURSO INTERPOSTO PELO HOSPITAL CONHECIDO E DESPROVIDO. RECURSO INTERPOSTO PELA CONSUMIDORA CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO

(TJ-BA – Apelação Cível: 0505391-36.2015.8.05.0001, Relator: CARMEM LUCIA SANTOS PINHEIRO, 2ª VICE-PRESIDÊNCIA, Data de Publicação: 30/03/2022)

APELAÇÃO CÍVEL. DANOS MORAIS. CIRURGIA. CORPO ESTRANHO NA CAVIDADE ABDOMINAL. ERRO MÉDICO. COMPROVAÇÃO. ALEGAÇÃO DE

NECESSIDADE DE DENUNCIAÇÃO À LIDE. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DO ART. 125 DO CPC/73. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. TESE FIRMADA NO STJ. ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DIREITO DE DEFESA. DESNECESSIDADE DE PROVA PERICIAL. EXAMES DE IMAGEM, RELATÓRIOS MÉDICOS E PROVA TESTEMUNHAL QUE ATESTAM A EXISTÊNCIA DO ERRO. PROVA DA CULPA. DEVER DE INDENIZAR. RECURSO IMPROVIDO. No presente caso, instruído durante a vigência do CPC/73, era obrigatória a denúncia à lide àquele que estivesse obrigado, pela lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo do que perder a demanda. Apelante que não comprova que o médico seria obrigado a ressarcir-lo por previsão expressa de lei ou contrato. Ainda há que se ressaltar a ausência de prejuízo ante a possibilidade de ação regressiva contra o profissional liberal. Preliminar de nulidade rejeitada. No que tange a alegação de nulidade por cerceamento de defesa em razão da não realização de perícia, também não possui razão o Apelante vez que a prova documental e testemunhal comprovam o erro médico e a negligência necessárias para a formação da culpa. Preliminar afastada. Ainda há que se ressaltar que quando do julgamento do REsp 1.145.728/MG, o Min. Luis Felipe Salomão - relator para o acórdão, na oportunidade - sintetizou as situações de responsabilidade atinentes às sociedades empresárias hospitalares por dano causado ao paciente-consumidor, destacando que: iii) quanto aos atos técnicos praticados de forma defeituosa pelos profissionais da saúde vinculados de alguma forma ao hospital, respondem solidariamente a instituição hospitalar e o profissional responsável, apurada a sua culpa profissional. Nesse caso, o hospital é responsabilizado indiretamente por ato de terceiro, cuja culpa deve ser comprovada pela vítima, de modo a fazer emergir o dever de indenizar da instituição, de natureza absoluta (arts. 932 e 933 do CC/02), sendo cabível ao juiz, demonstrada a hipossuficiência do paciente, determinar a inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII, do CDC) (REsp 1.145.728/MG, 4ª Turma, DJe 08/09/2011). Constatada então a responsabilidade solidária para o caso em questão. No mérito, então, entendo que a prova documental produzida foi conclusiva no sentido da procedência da ação. O exame de imagem realizado demonstrou a existência do corpo estranho no abdômen do Apelado. Da mesma forma o autor acostou relatório médico (fls. 15) informando a existência do mesmo e a necessidade de sua retirada, como foi feito no segundo procedimento cirúrgico. Condenação de indenização por danos morais e materiais no montante de R\$ 70.000,00 (setenta mil reais) que se entende razoável. Recurso improvido. Sentença mantida.

(TJ-BA – Apelação Cível: 0012045-60.2007.8.05.0039, Relator: IVANILTON SANTOS DA SILVA, TERCEIRA CAMARA CÍVEL, Data de Publicação: 05/11/2019)

Em relação aos honorários recursais, o art. 85, § 11º do CPC, prevê a sua majoração em favor do advogado da parte vencedora, em valor que obedeça aos critérios estabelecidos no art. 85, § 2º, do mesmo diploma legal.

Entretanto, tratando-se de hipótese de sucumbência recíproca, deve ser observada a regra inserta no art. 86, caput, do CPC, *in verbis*:

“Art. 86. Se cada litigante for, em parte, vencedor e vencido, serão proporcionalmente distribuídas entre eles as despesas.

[...]”

Assim, não há o que se falar em inversão da verba honorária na forma consignada pela douta Juíza. Como apenas a apelação do autor logrou êxito, majoro a condenação do réu de 10% para 12% sobre o valor da condenação.

Diante do exposto, voto no sentido de **rejeitar a preliminar de ilegitimidade passiva, e, no mérito, NEGAR PROVIMENTO à Apelação interposta por ULTRA SOM SERVIÇOS MÉDICOS S.A. (HOSPITAL TERESA DE LISIEUX S.A) e, DAR PROVIMENTO PARCIAL à Apelação interposta por CLAUDEMILSON SOUZA SANTOS**, reformando a sentença para majorar o valor da indenização por danos morais para a quantia de R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais), mantendo hígido os demais termos da sentença.

É como voto.

(TJBA - APELAÇÃO CÍVEL n. 8001051-86.2023.8.05.0001. Segunda Câmara Cível. Relator: Des. José Jorge Barretto, Julgado em 01/04/2025).

ACÓRDÃO

***Ementa:* DIREITO DO CONSUMIDOR E PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DESCUMPRIMENTO DE LEI MUNICIPAL. FILA PREFERENCIAL PARA IDOSOS. MULTA COMINATÓRIA. DESPROPORCIONALIDADE INEXISTENTE. DANO MORAL COLETIVO. DESCABIMENTO. TEMA 1.156/STJ. REFORMA PARCIAL DA SENTENÇA. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA.**

I. CASO EM EXAME.

1. Apelação interposta pelo Banco Bradesco S.A. contra sentença da 15ª Vara de Relações de Consumo de Salvador, que julgou procedente, em parte, a Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado da Bahia. A sentença tornou definitiva a tutela de urgência, determinando a disponibilização de fila prioritária para idosos nas agências bancárias, no prazo estabelecido pela legislação municipal, sob pena de multa, e condenou o réu ao pagamento de R\$ 50.000,00 a título de danos morais coletivos, revertidos ao Fundo Estadual dos Direitos do Consumidor.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO.

2. Discute-se a (i) a observância pela instituição financeira da obrigação prevista em legislação municipal que estabelece prazos máximos de espera em fila do caixa, em especial o atendimento prioritário ao consumidor idoso; (ii) a configuração do dano moral coletivo em razão do descumprimento da legislação municipal e a razoabilidade da multa cominatória.

III. RAZÕES DE DECIDIR.

3. Preliminar de inépcia da inicial: A petição inicial atende aos requisitos processuais, detalhando fatos, fundamentos jurídicos e pedidos, o que viabilizou o contraditório e a ampla defesa, nos termos dos arts. 319 e 320 do CPC.

4. Preliminar de ausência de interesse de agir: O Ministério Público é parte legítima para a propositura da ação, com base nos arts. 127 e 129, III, da CF/1988 e no art. 5º da Lei nº 7.347/85, considerando tratar-se de defesa de interesses difusos e coletivos relacionados à proteção de idosos.

5. A prática reiterada de descumprimento da Lei Municipal nº 5.978/01, evidenciada por relatórios do Procon, justifica a imposição de multa cominatória como meio coercitivo para assegurar o cumprimento das normas.

6. Não configurado o dano moral coletivo, à míngua de comprovação de grave impacto na esfera extrapatrimonial da coletividade. O simples descumprimento do prazo de atendimento não caracteriza, por si só, lesão grave e intolerável aos valores coletivos, conforme precedente do STJ (Tema nº 1.156).

IV. DISPOSITIVO.

7. Apelação provida em parte.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de **Apelação n. 8001051- 86.2023.8.05.0001**, em que figuram como apelante BANCO BRADESCO SA e como apelado o MINISTERIO PUBLICO DO ESTADO DA BAHIA.

ACORDAM os Desembargadores integrantes da Segunda Câmara Cível do Estado da Bahia, por unanimidade, **em rejeitar as preliminares e DAR PROVIMENTO PARCIAL À APELAÇÃO**, nos termos do voto do relator.

DECISÃO PROCLAMADA

Rejeitaram-se as preliminares e, no mérito, deu-se provimento parcial ao apelo, à unanimidade.

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação interposta pelo BANCO BRADESCO S.A., contra sentença prolatada pelo Juízo da 15ª Vara de Relações de Consumo da Comarca de Salvador nos autos da Ação Civil Pública, ajuizada pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DA BAHIA.

Adoto, como próprio, o Relatório contido na sentença (ID 69607092), que julgou procedentes em parte os pedidos, para tornar definitiva a tutela antecipada deferida, determinando que o réu disponibilize aos idosos, uma fila para atendimento prioritário, no prazo máximo permitido pela legislação de regência, bem como condenar o acionado a pagar indenização por danos morais coletivos, no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), a ser revertido para o Fundo Estadual dos Direitos do Consumidor.

Em suas razões (ID 69607112), o apelante agitou, em preliminar, a inépcia da petição inicial, por apresentar caráter genérico, obstando o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa. Aduziu que a inicial não individualiza condutas concretas atribuídas à instituição financeira que justifiquem a demanda coletiva, limitando-se a alegações amplas e genéricas, sem estar calcada em provas idôneas das alegações.

Ainda em preliminar, arguiu a ausência de interesse de agir, afirmando que, à época das fiscalizações realizadas pelo Procon/Ba, as circunstâncias excepcionais decorrentes da pandemia de COVID-19, que impôs a observância de normas de segurança sanitária, justificaram eventuais e pontuais filas externas e a extensão do tempo de atendimento.

No mérito, a alegou que a agência Calçada dispõe de infraestrutura adequada, incluindo filas preferenciais para idosos, colaboradores para triagem e tempos de atendimento em conformidade com a Lei Municipal nº 5.978/01, o Estatuto do Idoso e o Código de Defesa do Consumidor.

Defendeu que os fatos relatados não caracterizam lesão efetiva à coletividade, e que não há provas idôneas de práticas reiteradas que justifiquem a condenação ao pagamento de danos morais coletivos. Sustentou que a norma municipal que cuida da matéria impõe restrições desproporcionais e viola os princípios da razoabilidade, legalidade e isonomia, além de representar uma indevida ingerência do poder público na atividade privada.

Reputou desarrazoada e desproporcional a multa diária estabelecida na sentença, pois contrária à natureza e objetivos das astreintes, violando os artigos 536 e 537 do Código de Processo Civil.

Sob tais argumentos, requereu o provimento do apelo com o acolhimento das preliminares suscitadas e extinção do feito sem resolução do mérito. Vencidas as preliminares, pugnou pela reforma integral da sentença com a improcedência dos pedidos formulados na inicial.

Recurso próprio, tempestivo. Preparo recolhido (ID 69607113).

Contrarrazões ao recurso de apelação (ID 69607115), refutando os argumentos da parte apelante e pleiteou o desprovemento do apelo e a manutenção da sentença recorrida.

A douta Procuradoria de Justiça oficia pelo não provimento do apelo (ID 71324608).

Conclusos os autos, elaborei o presente Relatório e solicitei inclusão em pauta para julgamento, na forma do artigo 931 do CPC c/c 173, § 1º do RITJBA, esclarecendo que será permitida a sustentação oral, nos termos do artigo 187, inciso I, do Regimento Interno.

VOTO

Como visto, trata-se de Apelação interposta com o objetivo de reformar a sentença que julgou procedente em parte o pleito autoral para, tornar definitiva a decisão concessiva da tutela de urgência, determinou ao réu/apelante, disponibilizar aos idosos uma fila para atendimento prioritário, no prazo máximo permitido pela legislação de regência, observado o prazo máximo permitido por lei, sob pena de multa diária fixada em R\$ 1.000,00 (um mil reais) até o limite de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), bem como condenar o acionado a pagar indenização por danos morais coletivos, no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), a ser revertido para o Fundo Estadual dos Direitos do Consumidor.

Havendo preliminares suscitadas pelo recorrente, passo a examiná-las.

A **prefacial de inépcia da inicial** não merece guarida, pois é manifesta a adequação formal da peça exordial, que detalha os fatos, fundamentos jurídicos e pedidos de forma clara, atendendo ao disposto nos artigos 319 e 320 do CPC.

Ali, se identifica com iniludível clareza, que a demanda foi ajuizada contra a instituição financeira para obrigá-la ao cumprimento da legislação municipal que determina o atendimento nos caixas no limite temporal de 15 (quinze) minutos.

Mostra-se, portanto, a inicial adequada e necessária à pretensão autoral, porque dos fatos resultaram pedidos que lhe são lógicos, haja vista que a partir do quanto afirmado (descumprimento de obrigação legal a respeito do serviço bancário) foram deduzidos pedidos de condenação da obrigação de fazer (disponibilizar atendimento prioritário aos idosos) e a pagar indenização por danos morais transindividuais, restando preenchidos os requisitos das normas processuais anteditas.

Segundo dispõem tais normas, a petição inicial indicará, dentre outros requisitos, o fato e os fundamentos jurídicos do pedido, devendo ser instruída com os documentos indispensáveis à propositura da ação. E tais atributos não se pode negar à petição inicial desta ação, tanto assim que possibilitou ao réu discorrer sobre os fatos e impugná-los, exercendo plenamente seu direito de defesa.

Aquilo que o réu atribui à falta de lógica, em verdade se confunde com a questão probatória, onde se opera o exame da veracidade ou não dos fatos alegados pelo autor. Como bem esclarecem Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery: *“Trata-se do interesse processual, condição da ação, e não do interesse de direito material, que respeita ao mérito.”*

Ademais, a documentação acostada aos autos, especialmente os relatórios de fiscalização do PROCON, conferem suporte probatório suficiente à demanda, afastando qualquer alegação de falta de elementos mínimos para a apreciação da lide.

No tocante ao **interesse de agir**, não merece prosperar a preliminar.

Com efeito, a atuação do Ministério Público encontra respaldo nos arts. 127 e 129, III, da Constituição Federal, e no art. 5º da Lei nº 7.347/85, uma vez que se trata de tutela de interesses difusos e coletivos. O direito ao atendimento prioritário, em tempo razoável, das pessoas idosas configura prerrogativa de relevante interesse social, cabendo ao Ministério Público zelar por sua efetividade.

Rejeitadas as preliminares, avanço ao mérito recursal.

Historiando os fatos, a ação possui como móvel a alegação do reiterado descumprimento pelo Banco réu das normas que regulam os atendimentos prioritários e especiais aos idosos, notadamente na Agência Calçada, situada nesta capital. Segundo o *Parquet*, foi constatado após denúncias de consumidores, que Banco Bradesco não disponibiliza a necessária fila preferencial para a retirada de senha por pessoas idosas, bem como extrapola o limite temporal de atendimento de 15 minutos previsto na Lei Municipal n. 5.978/01.

De proêmio, cumpre acentuar que a Ação Civil Pública tem como objetivo a apuração de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados ao consumidor, sendo o Ministério Público parte legítima para a sua propositura nos termos do art. 1º, II, e art.5º,I, da Lei nº7.347/85.

Todavia, não é todo ato que atenta aos interesses da coletividade que pode acarretar em responsabilidade civil por dano difuso. É necessário que haja afronta aos valores de uma comunidade, de maneira tão grave que acarreta a produção de insegurança social e alterações relevantes na ordem extrapatrimonial coletiva, como inequivocamente ocorreu no caso *sub judice*.

Sobre o fundamento legal da pretensão autoral, a Lei Municipal nº. 5.978/2001, estabelece:

“Art. 1º Ficam as agências bancárias, instaladas no âmbito do Município, obrigadas a prestar, no setor de caixas, atendimento aos usuários dentro dos períodos de tempo estabelecidos na presente Lei.

Art. 2º O tempo máximo de atendimento, para efeito da aplicação do disposto no artigo anterior, corresponde a:

I - até 15 (quinze) minutos em dias normais;

II - até 15 (quinze) minutos nos dias de pagamentos dos funcionários públicos municipais, estaduais e federais, de vencimentos de contas de concessionária de serviços públicos e de recebimento de tributos municipais, estaduais e federais.”

Da farta documentação carreada aos autos é possível extrair a violação pela instituição financeira ré das normas derredor da matéria, em especial as que cuidam do atendimento prioritário aos idosos, que encontram fundamento de validade na Constituição Federal.

As provas que escoltaram a exordial, produzidas no âmbito de Inquérito Civil instaurado pelo Ministério Público da Bahia (ID 69606348) evidenciam a prática reiterada - e não pontual ou isolada - de condutas ilícitas pela apelante.

Verificou-se, em mais de uma ocasião, a ausência de estrutura adequada para atendimento prioritário, bem como o descumprimento do prazo máximo de espera previsto na legislação municipal de regência, conforme relatórios de inspeção realizados pelo Procon.

Os argumentos da apelante, no sentido de que as irregularidades foram pontuais e relacionadas ao período de pandemia de COVID-19, não encontram amparo nos autos. Relatórios de fiscalização posteriores à emergência sanitária demonstram que as falhas persistiram, evidenciando negligência em atender às normas de proteção aos consumidores, especialmente os idosos, que compõem o grupo mais vulnerável.

Além disso, o apelante não produziu provas capazes de infirmar as conclusões dos relatórios do PROCON, limitando-se a apresentar documentos isolados que não contrariam a constatação de violação sistemática das normas aplicáveis. Como acentuou a Procuradoria de Justiça (ID 71324608) *“a instituição bancária apelante limitou-se a juntar autos de constatação que não comprovam o contínuo cumprimento da lei, restringindo-se a promover meras alegações de que as práticas abusivas foram verificadas em contexto sanitário completamente distinto de atual, bem como que as irregularidades são causadas por alto fluxo de correntistas, inobstante o fato de tal situação representar um acontecimento corriqueiro na atividade desenvolvida, que não justifica a exposição*

de clientes, principalmente de idade avançada, aos transtornos evidenciados.”

Nem mesmo a existência de uma ata notarial adunada pelo réu é suficiente para infirmar as provas produzidas nos autos a respeito da falha na prestação dos serviços, haja vista que não há contemporaneidade com os fatos apurados nas fiscalizações que embasaram a ação.

A propósito, consignou o juízo a quo, de forma irretocável, que *“não obstante tal documento goze de presunção de veracidade em razão da fé pública ao seu autor atribuída, verifica-se que, in casu, o documento cinge-se a relatar que, na tarde do supracitado dia, a agência gerida pela pessoa jurídica acionada cumpria, aparentemente, todas as disposições da Lei Municipal Nº 5.978/2001, do Código de Defesa do Consumidor e do Estatuto do Idoso.”*

E conclui:

“Os autos de constatação que atestaram a regularidade das atividades promovidas pela instituição financeira demandada na agência localizada no bairro da Calçada demonstram a conformidade aos ditames legais nas datas referidas, não comprovando, entretanto, o contínuo cumprimento da lei. Entende-se de tal forma, pois a inversão do ônus da prova, aplicada na decisão proferida no ID 349989191, impôs à pessoa jurídica acionada maior rigor probatório.

Deveria, com efeito, ter demonstrando que no período compreendido na presente lide o respeito ao tempo de espera máximo fora devidamente observado, bem como de que eventual descumprimento teria decorrido de fortuito externo, ou motivo de força maior. Datas de alto fluxo de correntistas, a exemplo de vésperas de feriado, dias de pagamento de benefícios sociais, não constituem fortuito externo mas sim acontecimentos corriqueiros, inerentes à atividade desenvolvida, run of the mill.”

O dever de observar o tempo máximo de espera e de garantir o atendimento prioritário não é apenas um imperativo legal, mas também uma obrigação ética e social, especialmente em relação a clientes idosos. A persistência das irregularidades configura afronta aos direitos garantidos pelo Estatuto do Idoso e pelo Código de Defesa do Consumidor, justificando a intervenção judicial e a aplicação de medidas sancionatórias.

Não se olvida que a jurisprudência dos tribunais superiores confere às pessoas idosas a condição de hipervulneráveis, devendo, desse modo, o particular atuar em regime de prioridade, como, de resto, prevê o parágrafo único, do art. 2º, da Lei n. 10.048/2000, que impõe às instituições financeiras atendimento prioritário às pessoas idosas.

Ademais, a prestação de serviços, de um modo geral, traz consigo a presença de uma cláusula de confiança, que se assenta na efetiva adequação do serviço. CLÁUDIA LIMA MARQUES traz valioso ensinamento ao afirmar que *“enquanto o direito tradicional se concentra na ação do fornecedor do serviço, no seu fazer, exigindo somente diligência e cuidados ordinários, o sistema do CDC, baseado na teoria da função social do contrato, concentra-se no efeito do contrato. O efeito do contrato é a prestação de uma obrigação de fazer, de meio ou de resultado. Este efeito, este serviço prestado, é que deve ser adequado para os fins que ‘razoavelmente deles de esperam’ (...)”*

Ademais, verifica-se que a prestação de serviços bancários com a designação de pessoal insuficiente para permitir o atendimento de forma rápida e eficiente provoca riscos à saúde do consumidor idoso, dos quais o banco apelante, na qualidade de fornecedor dos serviços, tem o dever de proteger, nos termos do artigo 6º, inciso I, do CDC e art. 230, *caput*, da Constituição Federal.

O louvável avanço da tecnologia tem determinado a automação dos serviços bancários, mas não pode descuidar da observância da tutela legal do direito dos idosos e das necessidades especiais que demandam pessoas na senilidade. Em que pese a automação dos serviços bancários, é cediço que os

idosos enfrentam, em sua grande maioria, vulnerabilidade tecnológica e necessidades especializadas, a justificar a designação de funcionários suficientes para permitir o atendimento de forma célere e precisa, de modo a evitar prejuízos à saúde e, até, às finanças desse nicho consumerista.

Resta claro, portanto, não haver o apelante observado as normas protetivas do consumidor, ofendendo os valores da boa-fé objetiva e causando evidente desequilíbrio da relação de consumo, como acertadamente salientou o juízo singular.

Quanto à multa cominatória, seu propósito é dissuadir o devedor de descumprir decisão judicial. Ademais, possuindo regramento processual próprio, a multa arbitrada para cumprimento da tutela específica conserva grau de autonomia com relação à obrigação que constitui o núcleo do bem da vida tutelado na ação principal.

Admitir a exclusão ou redução da multa antes do cumprimento da obrigação específica – à guisa de uma suposta desproporcionalidade e sem razões robustas – desnaturaria o objetivo das astreintes.

Em julgado do Superior Tribunal de Justiça em que se discutia a razoabilidade das astreintes, foi mantido o valor da multa cominatória, em acórdão assim ementado:

RECURSOS ESPECIAIS. PROCESSUAL CIVIL. IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. VALORES BLOQUEADOS. BACEN- JUD. TRANSFERÊNCIA. ORDEM JUDICIAL. DESCUMPRIMENTO. MULTA COMINATÓRIA. VALOR. REDUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. PRINCÍPIOS RESPEITADOS. TETO. FIXAÇÃO. EXCEPCIONALIDADE. 1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ). 2. A decisão que arbitra astreintes, instrumento de coerção indireta ao cumprimento do julgado, não faz coisa julgada material, podendo, por isso mesmo, ser modificada, a requerimento da parte ou de ofício, seja para aumentar ou diminuir o valor da multa, seja para suprimi-la. Precedentes. 3. Para a apuração da razoabilidade e da proporcionalidade das astreintes, não é recomendável se utilizar apenas do critério comparativo entre o valor da obrigação principal e a soma total obtida com o descumprimento da medida coercitiva, sendo mais adequado, em regra, o cotejamento ponderado entre o valor diário da multa no momento de sua fixação e a prestação que deve ser adimplida pelo demandado recalcitrante. 4. Razoabilidade e proporcionalidade da multa cominatória aplicada em virtude do descumprimento, por 280 (duzentos e oitenta) dias, da ordem judicial de transferência de numerário bloqueado via BacenJus. 5. A exigibilidade da multa aplicada é a exceção que somente se torna impositiva na hipótese de recalcitrância da parte, de modo que, para nela não incidir, basta que se dê fiel cumprimento à ordem judicial. 6. Tendo sido a multa cominatória estipulada em valor proporcional à obrigação imposta, não é possível reduzi-la alegando a expressividade da quantia final apurada se isso resultou da recalcitrância da parte em promover o cumprimento da ordem judicial. Precedentes. 7. Admite-se, excepcionalmente, a fixação de um teto para a cobrança da multa cominatória como forma de manter a relação de proporcionalidade com o valor da obrigação principal. 8. O descumprimento de uma ordem judicial que determina a transferência de numerário bloqueado via Bacen-Jud para uma conta do juízo, além de configurar crime tipificado no art. 330 do Código Penal, constitui ato atentatório à dignidade da Justiça, a teor do disposto nos arts. 600 do CPC/1973 e 774 do CPC/2015. 9. Hipótese em que a desobediência à ordem judicial foi ainda agravada pelos seguintes fatores: a) a recalcitrância perdurou por 280 (duzentos e oitenta) dias; b) a instituição financeira apenas atuou de forma a obstar a efetividade de execução proposta contra empresa do seu próprio grupo econômico; c)

a simples transferência de numerário entre contas-correntes não apresenta nenhuma dificuldade de ordem técnica ou operacional a justificar a exasperação do prazo de 24 (vinte e quatro) horas concedido pelo juízo e d) não foram apresentados motivos plausíveis para o descumprimento da ordem judicial, senão que a instituição financeira confiava no afastamento da multa ou na sua redução por esta Corte Superior.¹⁰ Admitir que a multa fixada em decorrência do descumprimento de uma ordem de transferência de numerário seja, em toda e qualquer hipótese, limitada ao valor da obrigação é conferir à instituição financeira livre arbítrio para decidir o que melhor atende aos seus interesses.¹¹ O destinatário da ordem judicial deve ter em mente a certeza de que eventual desobediência lhe trará consequências mais gravosas que o próprio cumprimento da ordem, e não a expectativa de redução ou de limitação da multa a ele imposta, sob pena de tornar inócuo o instituto processual e de violar o direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional.¹² Recurso especial de AUREO HOEFLING DE JESUS provido.¹³ Recurso especial do BANCO SANTANDER parcialmente provido.

(REsp n. 1.840.693/SC, relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 26/5/2020, DJe de 29/5/2020.)

Registrou-se, como razões de decidir, que *“o destinatário da ordem judicial deve ter em mente a certeza de que a desobediência trará consequências mais gravosas do que o cumprimento, e não ter a expectativa de limitação da multa, sob pena de tornar inócuo o instituto processual e violar o direito fundamental à tutela jurisdicional. Estaríamos aceitando a tese do descumprimento eficiente da ordem. Bastaria fazer as contas para deixar de cumprir [uma decisão].”*

Portanto, incensurável a sentença também neste capítulo.

Sobre a condenação do réu ao pagamento de indenização de danos morais transindividuais, adoto entendimento diverso.

Inicialmente, importante destacar que o art.1º, I, da Lei nº7.347/85, preceitua:

“Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:(Redação dada pela Lei nº12.529, de 2011).

I - ao meio ambiente;

II - ao consumidor;

(...)

IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo.(Incluído pela Lei nº8.078de 1990)
(...)”

Nas lições de Flávio Tartuce e Daniel Amorim Neves Assumpção *“... dano moral coletivo é modalidade de dano que atinge, ao mesmo tempo, vários direitos da personalidade, de pessoas determinadas ou determináveis (danos morais somados ou acrescidos). Deve-se compreender que os danos morais coletivos atingem direitos individuais homogêneos e coletivos em sentido estrito, em que as vítimas são determinadas ou determináveis. Por isso, a indenização deve ser destinada para elas, as vítimas concretas do evento. Serve como inspiração para tal dedução o art.8ºdoCDC. Pela norma, os interesses ou direitos individuais homogêneos são os decorrentes de origem comum, sendo possível identificar os direitos dos prejudicados. Já os interesses ou direitos coletivos em sentido estrito são os transindividuais e indivisíveis, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base”(TARTUCE,*

Flávio, NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito do Consumidor :direito material e processual, 7ª ed., Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018, pág. 72).

Para a configuração do dano moral coletivo, exige-se a demonstração de violação grave e intolerável a valores essenciais da coletividade, apta a atingir a integridade psíquica e moral de um grupo social de forma relevante e inequívoca. Dessa forma, resplandece que nem todo ato ilícito é capaz de afrontar os valores de uma comunidade impondo dever de reparação do dano moral coletivo.

Não é qualquer atentado aos interesses dos consumidores que pode acarretar dano moral difuso, vez que nem todo ato ilícito se revela como afronta aos valores de uma comunidade. Faz-se necessário que o fato transgressor seja de tamanha significância que desborde os limites da tolerabilidade sendo, ou seja, que se faça presente agressão contundente cuja intensidade e extensão implique na sensação de repulsa coletiva a ato intolerável.

Nesse aspecto, no julgamento do REsp n. 1.962.275/GO, sob a sistemática dos recursos repetitivos, o Superior Tribunal de Justiça, fixou a seguinte tese “o simples descumprimento do prazo estabelecido em legislação específica para a prestação de serviço bancário não gera, por si só, dano moral in re ipsa.”

Eis o teor do acórdão:

RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. TEMA Nº 1.156/STJ. INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS (IRDR). DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CONSUMIDOR. SERVIÇOS BANCÁRIOS. FILA. DEMORA. LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA. DANO MORAL IN RE IPSA. INEXISTÊNCIA. INDENIZAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. CASO CONCRETO. 1. Para os fins do art. 1.036 do CPC/2015, a tese firmada é a seguinte: O simples descumprimento do prazo estabelecido em legislação específica para a prestação de serviço bancário não gera por si só dano moral in re ipsa. 2. Julgamento do caso concreto. 2.1. É necessário que, além do ato ilícito, estejam presentes também o dano e o nexo de causalidade, tendo em vista serem elementos da responsabilidade civil. 2.2. Na hipótese, o autor não demonstrou como a espera na fila do banco lhe causou prejuízos, circunstância que não ultrapassou a esfera do mero aborrecimento cotidiano. 3. Recurso especial provido.

(STJ - REsp: 1962275 GO 2021/0299734-2, Relator: Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Data de Julgamento: 24/04/2024, S2 - SEGUNDA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 29/04/2024)

No presente caso, embora se constate a inadequação na prestação do serviço bancário, não há elementos concretos nos autos que demonstrem impacto coletivo de tal magnitude que justifique a reparação por dano moral.

A inicial foi avara em descrever, como exige o precedente, quais condutas específicas atingiram esfera dos direitos da personalidade dos protegidos. Apenas o descumprimento de prazos de atendimento e ausência de estrutura prioritária, ainda que reprováveis, configuram falhas administrativas que devem ser sanadas pelos meios próprios, como as sanções administrativas previstas em lei.

A condenação por dano moral coletivo, sem a comprovação de impacto profundo sobre a coletividade, esvazia a exigência de efetiva demonstração de dano concreto e extrapola os limites da responsabilidade civil.

Repita-se que a conduta do recorrente já foi sancionada, de acordo com a legislação cabível. E poderá sê-lo novamente, caso persista o descumprimento da legislação municipal

derredor da matéria, conforme determinado na sentença, mediante o pagamento da multa cominatória e até mesmo a suspensão do alvará de funcionamento, como previsto na indigitada norma local.

Infere-se, pois, que tais sanção atende aos postulados da razoabilidade e da proporcionalidade, pois se apresenta como meio adequado, necessário e proporcional ao quanto almejado pelo legislador para proteção do bem jurídico jungido a norma em debate.

Portanto, não configurado, no caso em tela, dano coletivo, à míngua de demonstração da gravidade da ação praticada, seja no tocante à vítima, de forma individualizada, ou à carga de valores de determinado grupo, de ordem social, econômica ou cultural.

Cumpre o oportuno registro de que deve ser considerado que a uniformização da jurisprudência, positivada nos artigos 926 e 927, CPC, é norte a ser perseguido em nome da segurança jurídica, porque sentido algum haveria na coexistência no âmbito do mesmo tribunal, de decisões em sentido diametralmente opostos.

A propósito, o escólio de FREDIE DIDIER JUNIOR: “O art. 926 CPC brasileiro inova ao dispor que *“os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”* 3. Prevê, assim, deveres gerais para os tribunais no âmbito da construção e manutenção de um sistema de precedentes (jurisprudência e súmula), persuasivos e obrigatórios, sendo eles: a) o dever de uniformizar sua jurisprudência; b) o dever de manter essa jurisprudência estável; c) o dever de integridade; e d) o dever de coerência. Todos eles são decorrência de um conjunto de normas constitucionais: dever de motivação, princípio do contraditório, princípio da igualdade e segurança jurídica. Mas isso não elimina a relevância de sua previsão no plano infraconstitucional. A consagração legislativa explicita diretamente o comportamento exigido dos tribunais na atividade de elaboração e desenvolvimento de um direito judicial” (In: *Sistema Brasileiro de Precedentes Judiciais Obrigatórios e os Deveres Institucionais dos Tribunais: Uniformidade, Estabilidade, Integridade e Coerência da Jurisprudência. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro nº 64, abr./jun. 2017. Pg. 136).*”

Por derradeiro, considero prequestionada toda a matéria de legislação federal e constitucional versada neste apelo.

Diante do exposto, voto no sentido de rejeitar as preliminares, **CONHECER E DAR PROVIMENTO PARCIAL** a Apelação, para reformar a sentença e julgar improcedente o pedido de condenação do réu ao pagamento de danos morais coletivos, mantendo-a inalterada quanto aos demais capítulos.

(TJBA - APELAÇÃO CÍVEL n. 0318059-23.2015.8.05.0001. Segunda Câmara Cível. Relator: Des. JORGE BARRETTO)

ACORDÃO

APELAÇÃO CÍVEL. TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. CORREÇÃO MONETÁRIA DE CRÉDITOS ESCRITURAIS DO ICMS. INEXIGIBILIDADE DO TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL. APLICAÇÃO OU INTERPRETAÇÃO DA LEI OU ATO NORMATIVO TIDAS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO INCOMPATÍVEIS COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DO PRESENTE FEITO. REGRA INSERTA NO ARTIGO 535, §§ 5º E 7º DO CPC. CONTROLE DIFUSO OU CONCENTRADO. JULGADOS QUE NÃO ATENDEM AO REQUISITO DA LEI POR NÃO SEREM PROVENIENTES DO TRIBUNAL PLENO DA SUPREMA CORTE. CRÉDITO ESCRITURAL. CORREÇÃO MONETÁRIA DEVIDA SOMENTE SE HOUVER OPOSIÇÃO DE SUA UTILIZAÇÃO PELO FISCO, SEM JUSTA CAUSA, OBRIGANDO O CONTRIBUINTE A RECORRER AO JUDICIÁRIO. ENTENDIMENTO ATUALIZADO DO PLENÁRIO DO STF. ACÓRDÃOS POSTERIORES AO TRÂNSITO EM JULGADO DA AÇÃO DE CONHECIMENTO QUE SE DEU NO ANO DE 2015. DISCUSSÃO SOMENTE POR AÇÃO VIA RESCISÓRIA. SENTENÇA REFORMADA. APELAÇÃO PROVIDA.

1. O Código de Processo Civil, ao prever a inexigibilidade do título fundado em lei ou ato normativo declarado inconstitucional, ou fundado em interpretação de lei ou ato normativo tido como incompatível com a Constituição Federal, contempla hipótese de *'desconstituição da coisa julgada'* (além daquelas previstas no artigo 966 do CPC), exigindo-se que a decisão desconstitutiva seja proferida em sede de controle de constitucionalidade formal, ou seja, de ter sido emanada pelo Plenário da Corte Suprema, quer seja em controle difuso ou concentrado.

2. Sobre a *vexata quaestio*, o Supremo Tribunal Federal, em julgados recentes, flexibilizou a tese anteriormente firmada, dessa vez o fazendo através do seu Tribunal Pleno, para ressaltar a possibilidade de aplicação de correção monetária aos casos em que o Fisco tenha obstado, de forma ilegítima, a compensação pelo contribuinte. APELAÇÃO PROVIDA.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação n. 0318059-23.2015.8.05.0001, em que figuram como apelante DOW BRASIL INDUSTRIA E COMERCIO DE PRODUTOS QUIMICOS LTDA e como apelada ESTADO DA BAHIA.

ACORDAM os Desembargadores integrantes da Segunda Câmara Cível do Estado da Bahia, por unanimidade, em DAR PROVIMENTO À APELAÇÃO, nos termos do voto do relator.

DECISÃO PROCLAMADA

Deu-se provimento ao apelo, à unanimidade.

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Cível interposta por DOW QUÍMICA contra a sentença prolatada pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador, que julgou procedentes os Embargos à Execução opostos pelo ESTADO DA BAHIA.

Adoto, como próprio, o Relatório contido na sentença (ID 30189215), que aplicando a regra inserta no artigo 535, §§ 5º e 7º do CPC, extinguiu a Execução movida contra a Fazenda Pública para declarar a inexigibilidade do título judicial exequendo, por estar fundado em interpretação e/ou aplicação das normas que tratam da analogia, da não-cumulatividade tributária e da isonomia reputada incompatível com a Constituição Federal por acórdãos proferidos pelo STF em controle de constitucionalidade difuso, os quais vedam a correção monetária de créditos escriturais, inclusive de ICMS, com base em alegações de violação à isonomia e à não cumulatividade tributária.

A embargada, ora apelante, foi, ainda condenada a pagar *honorários advocatícios nos percentuais mínimos das faixas constantes dos incisos I a V do art. 8º 3º do art. 85 do CPC, sobre o valor do cumprimento de sentença, monetariamente corrigido (proveito econômico)*.

Em suas razões recursais (ID 30189369), após síntese fática da ação, a embargada sustenta o desacerto da sentença, ante a violação do art. 741, parágrafo único do CPC, cuja incidência é a demonstração da inconstitucionalidade da norma aplicada pela sentença.

Argumenta, nesta senda, que no acórdão exequendo não houve controle de constitucionalidade de norma, mas apenas decidiu a questão ali posta à luz do art. 108, I, do Código Tributário Nacional, com a ressalva de que inexistiu decisão do Plenário do Supremo Federal que tenha reconhecido a inconstitucionalidade das normas que fundamentaram as razões de decidir do título executado pela ora apelante.

Defende a inaplicabilidade dos artigos 535, §§ 5º e 7º, CPC, que somente seria cabível entendimentos firmados em sede de controle de constitucionalidade concentrado, ou seja, cujo trâmite tenha ocorrido no plenário da citada Suprema Corte.

Sob tais argumentos, requer o provimento da apelação para reformar a sentença e reconhecer a higidez do título exequendo, julgando-se, por consequência, improcedentes os pedidos formulados nos Embargos à Execução, com a inversão dos ônus da sucumbência.

Recurso próprio, tempestivo. Preparo recolhido (ID 30189368).

Contrarrazões apresentadas (ID 30189383), refutando as alegações do apelante. Pela manutenção integral da sentença e não provimento do recurso.

Conclusos os autos, elaborei o presente relatório e solicitei inclusão em pauta para julgamento, na forma do artigo 931 do CPC c/c 173, § 1º do RITJBA, esclarecendo que será permitida a sustentação oral, nos termos do artigo 187, inciso I, do Regimento Interno.

VOTO

Como visto, trata-se de Apelação Cível interposta contra a sentença que, aplicando a regra inserta no artigo 535, §§ 5º e 7º do CPC, extinguiu a Execução movida contra a Fazenda Pública para declarar a inexigibilidade do título judicial exequendo, por estar fundado em interpretação e/ou aplicação das normas que tratam da analogia, da não-cumulatividade tributária e da isonomia reputada incompatível com a Constituição Federal por acórdãos proferidos pelo STF em controle de constitucionalidade difuso, os quais vedam a correção monetária de créditos escriturais, inclusive de ICMS, com base em alegações de violação à isonomia e à não cumulatividade tributária.

Na origem a Apelante ajuizou ação de repetição de indébito (0036219-73.1995.8.05.0001) contra o Estado da Bahia, fundamentada no respeito ao princípio da não cumulatividade fiscal do ICMS (art. 155, inciso 1, 8 2º, e II, da Constituição Federal/88) e o suposto tratamento igualitário entre os créditos escriturais da contribuinte e os créditos da Fazenda Pública (isonomia).

A sentença foi proferida em 22 de março de 2004, deferindo o pedido formulado no sentido de reconhecer o direito da ora embargada de ter os créditos escriturais excedentes de ICMS corrigidos monetariamente e acrescidos de encargos moratórios pelos índices utilizados para correção dos créditos devidos à Fazenda Pública do Estado da Bahia.

No julgamento da apelação que se seguiu, a 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Bahia, por maioria, deu provimento ao recurso, negando o direito da embargada à atualização monetária de créditos fiscais escriturários. O acórdão embasou-se em diversos julgados do STF.

Escorada no voto divergente, a contribuinte manejou Embargos Infringentes perante a Seção Cível de Direito Público do TJ/BA, cujo julgamento culminou na restauração do conteúdo da sentença, sob o fundamento de que caberia aplicação da analogia para autorizar a correção do crédito escritural em respeito ao princípio da igualdade jurídica, leia-se, isonomia.

Em sede de cumprimento de sentença instaurado pela apelante, no valor de R\$ 32.041.926,08 (trinta e dois milhões quarenta e um mil novecentos e vinte e seis reais e oito centavos), o Estado da Bahia opõe Embargos à Execução aduzindo a inexigibilidade do título em face de interpretação diversa dada pelo Supremo Tribunal Federal para casos idênticos ao do ora Recorrente, requerendo, por conseguinte, a extinção da execução em face da aplicabilidade do artigo 535, §§ 5º e 7º do CPC.

Sentença proferida (ID 30189215), julgando procedente os Embargos opostos, com a consequente extinção da execução.

Irresignada a Embargada interpõe o presente Apelo, alegando que os julgados apresentados pelo Embargante seriam casos isolados, que a interpretação incompatível com a constituição deveria se dar em sede de controle de constitucionalidade concentrado. Com base nesse argumento, requereu que a sentença fosse reformada para reconhecer o seu direito à correção monetária sobre os créditos escriturais de ICMS referente ao período descrito na inicial.

Feita essa pequena digressão, necessária para a exata compreensão do feito, passa-se a análise das razões recursais.

Com efeito, já de início afirmo comungar com a tese explanada na peça recursal.

Da análise do feito originário percebe-se que o ente federativo embargante valeu-se de decisões proferidas por Turmas do Supremo Tribunal Federal para pleitear a aplicabilidade do artigo 535, o que desatende o requisito de ser a decisão proferida em sede de controle de constitucionalidade formal, ou seja, de ter sido emanada pelo Plenário da Corte, quer seja em controle difuso ou concentrado.

Ora, nos termos do artigo 535, inciso III, e §§5º, 6º e 8º (para o caso de cumprimento de sentença que reconhece a obrigação de pagar quantia certa pela Fazenda Pública), somente se admite tal defesa quando a inconstitucionalidade for **declarada** pelo Supremo Tribunal Federal.

O termo Supremo Tribunal Federal, utilizado pela lei, deve ser entendido como o órgão único, maior e competente para o exercício dessa declaração, ou seja, o Plenário da citada Corte.

As hipóteses elencadas na inicial, embora se refiram à impossibilidade de atualização monetária para os créditos escriturais, como é o caso daqueles provenientes da aplicação da não cumulatividade do ICMS, não se enquadram no conceito de Acórdãos Declaratórios de Inconstitucionalidade da Corte Suprema, se referindo ao entendimento de órgãos fracionários, imprestáveis para caracterizar a inexigibilidade do título.

Apesar da sentença recorrida adotar entendimento de que decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal sobre a matéria em sede de recurso extraordinário veicula controle difuso de constitucionalidade, tal tese não merece prosperar, uma vez que a interpretação acerca da

conformidade ou não de determinada norma ao Texto Constitucional não significa reconhecimento da inconstitucionalidade pelo citado sistema.

Registre-se, em reforço, existir *discrimen* entre os precedentes trazidos à lume pela sentença como confirmativo da inconstitucionalidade do título com o caso concreto, no qual se atribui a legalidade da correção monetária dos créditos escriturais do ICMS em virtude de óbices à apropriação do crédito pela Fazenda Pública, questão de há muito dirimida pelo Supremo Tribunal Federal, como ilustra o seguinte julgado:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO (LEI Nº 12.322/2010) – ICMS – CRÉDITO TRIBUTÁRIO DECORRENTE DE PAGAMENTO A MAIOR – REPETIÇÃO DE INDÉBITO – RESISTÊNCIA ILEGÍTIMA DA FAZENDA PÚBLICA – HIPÓTESE QUE NÃO SE TRATA DE MERA ESCRITURAÇÃO – CORREÇÃO MONETÁRIA PRETENDIDA PELO CONTRIBUINTE – POSSIBILIDADE – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.(ARE 695592 AgR, Relator(a): CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 24/09/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-206 DIVULG 16-10- 2013 PUBLIC 17-10-2013)

Portanto, se não houve reconhecimento da inconstitucionalidade das normas que embasaram a pretensão executiva, descabido o reconhecimento da inexigibilidade do título executivo, justamente porque a norma que o autoriza relativiza o instituto da coisa julgada, deve ser interpretado de forma restrita.

O Código de Processo Civil, ao prever a inexigibilidade do título fundado em lei ou ato normativo declarado inconstitucional, ou fundado em interpretação de lei ou ato normativo tido como incompatível com a Constituição Federal, textualiza uma nova hipótese de *‘desconstituição da coisa julgada’* (além daquelas previstas no artigo 966 do CPC), identificada pela doutrina como *“coisa julgada inconstitucional”*.

A *“coisa julgada inconstitucional”* já era prevista no Código anterior, estabelecendo a possibilidade de impugnação do cumprimento da sentença fundada em ato normativo declarado inconstitucional.

A norma prevista na Codificação Atual veio a esclarecer algumas dúvidas decorrentes da redação da norma anterior, como a sua aplicação tanto às hipóteses de controle concentrado quanto difuso, mantendo-se a determinação de que os dispositivos sejam aplicados apenas nas hipóteses em que a inconstitucionalidade for declarada pelo Excelso Supremo Tribunal Federal, e concretizado através de Embargos a Execução ou Ação Rescisória, a depender do momento em que foi declarada a inconstitucionalidade, senão vejamos:

“Artigo 535:

(...)

§ 5º Para efeito do disposto no inciso III do caput deste artigo, considera-se também inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso.

§ 6º No caso do § 5º, os efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal poderão ser modulados no tempo, de modo a favorecer a segurança jurídica.

§ 7º A decisão do Supremo Tribunal Federal referida no

§ 5º deve ter sido proferida antes do trânsito em julgado da decisão exequenda.

§ 8º Se a decisão referida no § 5º for proferida após o trânsito em julgado da decisão exequenda, caberá ação rescisória, cujo prazo será contado do trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

Superada esta questão, e reconhecida a impossibilidade de declarar inexigível o título exequendo sob o fundamento de haver sido declarada a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo que subsidiam a pretensão executiva, porque, repita-se à exaustão, tal não ocorreu, resta examinar a pertinência da questão de fundo.

A este respeito, impende ressaltar que, aprimorando o entendimento firmado a respeito do assunto, o STF flexibilizou a tese anteriormente firmada, dessa vez o fazendo através do seu Tribunal Pleno, para ressaltar a possibilidade de aplicação de correção monetária aos casos em que o Fisco tenha obstado, de forma ilegítima, a compensação pelo contribuinte. Veja-se o entendimento atual da Corte:

AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO TRIBUTÁRIO. ICMS. CRÉDITOS ESCRITURAIS. APROVEITAMENTO EXTEMPORÂNEO. ÓBICE CRIADO PELA FAZENDA PÚBLICA. INCIDÊNCIA DE CORREÇÃO MONETÁRIA. PRECEDENTES. AGRADO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO, COM APLICAÇÃO DE MULTA. I - É devida a correção monetária dos créditos escriturais quando seu aproveitamento se dá tardiamente em razão de óbice criado pelo Fisco. Precedentes. II – As razões do agravo regimental são inaptas para desconstituir os fundamentos da decisão agravada, que, por isso, se mantêm hígidos. III – Agravo regimental a que se nega provimento, com aplicação de multa. (STF - RE: 333744 PR, Relator: RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 23/11/2020, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 03/12/2020)

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRADO. DIREITO TRIBUTÁRIO. ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RESTITUIÇÃO DOS VALORES PAGOS A MAIOR. DEMORA INJUSTIFICADA DO FISCO NO USUFRUTO DO DIREITO. CORREÇÃO MONETÁRIA DEVIDA. CONFIGURAÇÃO DA RESISTÊNCIA ILEGÍTIMA. OFENSA INDIRETA E SÚMULA 279. DEFINIÇÃO DO ÍNDICE A SER APLICADO. QUESTÃO INFRACONSTITUCIONAL. PRECEDENTES. DESPROVIMENTO DO AGRADO.

1. O contribuinte tem direito de ver corrigido monetariamente seus créditos escriturais de tributo nas hipóteses de expressa previsão na legislação correspondente ou de comprovada resistência injustificada do Fisco em adimplir a obrigação tempestivamente. 2. Eventual discussão sobre a existência de oposição injustificada do Fisco ao reconhecimento e aproveitamento do crédito ou da definição do índice de correção aplicável ao caso concreto possui caráter infraconstitucional e depende da análise do conjunto fático probatório dos autos, não sendo permitido sua discussão na via extraordinária, por configurar, quando muito, ofensa reflexa à Constituição e em razão da Súmula 279 do STF. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (STF - ARE: 1314110 PR, Relator: EDSON FACHIN, Data de Julgamento: 28/11/2022, Segunda Turma, Data de Publicação: PROCESSO ELETRÔNICO DJe-260 DIVULG 19-12-2022 PUBLIC 09-01-2023)

Em outras palavras, os **RECENTES** julgados do Supremo Tribunal Federal, afirmam que a correção monetária de crédito escritural é condicionada à existência de ato estatal impeditivo de seu aproveitamento no momento oportuno.

Acontece que, embora fosse essa uma justificativa para afastar a inexigibilidade do presente título executivo, tal pretensão não poderia ser formulada em sede de Embargos à Execução, justamente por se constituir em decisões recentes, posteriores ao trânsito em julgado da sentença, o que desrespeitaria a norma contida no § 8º do artigo 535 do CPC.

Enfatize-se, por imperioso, que existem acórdãos que revelam a inconstitucionalidade da correção monetária de créditos escriturais por não estar prevista em lei ou por não ter sido proveniente de conduta retardatária pelo Fisco, mas tais Julgados ou não foram proferidos pelo Plenário, e por isso não atendem ao requisito de terem sido prolatados pelo órgão responsável pelo controle de constitucionalidade do Supremo Tribunal, ou não atendem ao requisito temporal, sendo prolatados após o trânsito em julgado da sentença, o que ocasiona o fato de somente servirem de paradigma através de ação rescisória, em respeito à formação da coisa julgada material.

Dessa forma, como não existem julgados proferidos em sede de controle de constitucionalidade (difuso ou concentrado) anteriores ao trânsito em julgado da sentença, não há como se reconhecer a inexigibilidade do citado título judicial através da oposição de Embargos à Execução.

Diante do exposto, voto no sentido de **DAR PROVIMENTO AO RECURSO**, para reformar a sentença e julgar improcedentes os Embargos à Execução, reconhecendo a higidez do título executivo judicial, determinando-se o prosseguimento da execução em seus posteriores termos. Condene o Estado da Bahia (embargante) a pagar os honorários advocatícios com base nos percentuais mínimos previstos nos incisos I a V, do §3º, do art. 85, do CPC, a incidir sobre o valor atualizado da causa e observado o escalonamento previsto no §5º desta norma.

É como voto.

(TJBA - APELAÇÃO CÍVEL Nº 8000605-98.2021.8.05.0245. Quarta Câmara Cível. Relator: Des. MARCELO SILVA BRITTO. Julgado em 17/10/2023).

ACÓRDÃO

APELAÇÃO CÍVEL. EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. ISSQN - IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA. AEROGERADORES EM PARQUE EÓLICO PROJETO UMBURANAS. COBRANÇA DE TRIBUTO DEVIDA. EMPREITADA MISTA DE ENGENHARIA CIVIL. ENQUADRAMENTO NO SUBITEM 7.02 DA LEI COMPLEMENTAR Nº 116/2003. SENTENÇA REFORMADA. APELO PROVIDO.

O Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISSQN tem previsão geral na Constituição Federal, que atribuiu aos Municípios a competência para exigí-lo, nos termos do art. 156 da Carta Magna.

O texto constitucional evidencia a importância da lei complementar como o instrumento definidor do fato gerador e da base de cálculo do tributo, ficando tal mister a cargo, atualmente, da Lei Complementar nº 116/2003.

A análise pormenorizada dos contratos firmados entre as partes demonstra que se trata de negócio jurídico complexo para a realização de empreitada mista de engenharia (fornecimento de equipamentos + prestação de serviços técnicos de engenharia) - com compra e construção a preços globais para o fornecimento, transporte, montagem, instalação e comissionamento de aerogeradores do parque eólico de Umburanas, localizado no Município de Sento Sé, a justificar a exigência do ISSQN pelo enquadramento no subitem 7.02 da lista anexa de serviços da Lei Complementar nº 116/2003.

O Anexo 4 do contrato firmado entre as partes - denominado de Matriz de Responsabilidades – UMBURANAS comprova que ficou a cargo das Apeladas o fornecimento dos componentes dos Aerogeradores do tipo Nacelle 2,4 MW – 116 90 HH 60 Hz, das pás 2.5 de diâmetro 116 m e Torre H90m (aço), entre outros integrantes do sistema, mas também a prestação de serviços relevantes de elaboração de projeto e fornecimento de sinalização do sistema especial de iluminação anticolisão aprovado pelo COMAR; realização de teste de malha de aterramento das bases dos aerogeradores; efetiva realização de aterramento dos aerogeradores e transporte das peças e dos componentes do sistema até o local da instalação.

Fundamentos que fragilizam a tese de que se trataria de simples fornecimento de aerogeradores com a afirmação de que a contratação se encerraria na entrega destes equipamentos ou de que os serviços prestados configurariam exceção à regra legal pelo princípio da preponderância, uma vez que a complexidade dos serviços anexos efetivamente contratados confirma a pactuação de operação mista com previsão abrangente das prestações ditas “acessórias” pelas Apeladas no próprio item 7.02 da lista anexa à Lei Complementar nº 116/03.

Exigência de ISS devida. Sentença reformada. Apelo provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 8000605- 98.2021.8.05.0245, sendo Apelante Município de Sento Sé e Apeladas GE POWER & WATER EQUIPAMENTOS E SERVIÇOS DE ENERGIA E TRATAMENTO DE ÁGUA LTDA GE POWER & WATER EQUIPAMENTOS E SERVIÇOS DE ENERGIA E TRATAMENTO DE ÁGUA LTDA, ACORDAM os Desembargadores componentes da Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia em **conhecer e dar provimento ao recurso**.

DECISÃO PROCLAMADA

Conhecido e provido por unanimidade. Sustentou a Bela. Daniela Lima de Andrade Borges.
Presente a Bela. Cynthia Possádio.

RELATÓRIO

Adoto o relatório da sentença de id 38115772, acrescentando que os embargos à execução fiscal foram acolhidos para determinar a extinção da execução fiscal em apenso, com a seguinte parte dispositiva:

“Pelo exposto, ACOLHO os Embargos, e JULGO EXTINTA a presente execução fiscal. Condeno o Município ao pagamento dos honorários advocatícios sobre o valor atualizado do crédito tributário em questão, pelo percentual mínimo de cada faixa fixada nos incisos do §3º do artigo 85 do NCPC e, sendo o caso, na forma do respectivo §5º. Ademais, condeno o ente federativo ao ressarcimento das custas processuais.

A Presente sentença encontra-se sujeita ao reexame obrigatório, por força do art. 496, II, NCPC. Assim, transcorrido o prazo para interposição de recurso voluntário, encaminhe-se o feito ao TJBA.

Com o trânsito em julgado, arquivem-se.

P.R.I.” (id 38115772)

Inconformado, o Município de Sento Sé apelou (id 38115783), objetivando a reforma da decisão de mérito sob o argumento de que não houve a análise adequada das provas (contratos e anexos) dos autos em correta conformidade com a legislação tributária e a jurisprudência vigente.

Defende que a documentação do processo comprova que o negócio jurídico firmado entre as partes constitui empreitada integral de operação mista (fornecimento de equipamentos + prestação de serviços técnicos de engenharia) com enquadramento legal no CNAE nº 432 e no item 7.02 da lista de serviços da Lei Complementar nº 116/2003 (instalações e montagem de peças e equipamentos), a ensejar a incidência do ISSQN sobre os contratos.

Advoga que as obrigações pactuadas não configuram somente o fornecimento de mercadorias, aludindo à vinculação a uma prestação de serviço de construção civil em execução para a instalação de usina eólica.

Consigna que, além do fornecimento de produtos (com incidência de ICMS), tem-se também os indispensáveis serviços de transporte dos equipamentos, instalação, montagem eletromecânica e comissionamento dos aerogeradores com tipificação no item 7.02 da LC nº 116/2003.

Aduz que a conduta de emissão de notas fiscais de fornecimento de mercadorias (DANFES) nos valores totais dos contratos tem o propósito de sonegar o imposto municipal.

Refere ao Anexo 04 – Matriz de Divisão de Responsabilidades dos pactos firmados, bem como, a trechos do contrato para demonstrar a prestação de diversos serviços técnicos de engenharia agregados ao fornecimento dos equipamentos para obra de infraestrutura energética.

Afirma que a cobrança do ISSQN sobre operações mistas (aquelas que agregam mercadorias e serviços) tem respaldo na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, nos termos do Recurso Especial nº 0220511-9 /2008, decidido sob o rito dos recursos repetitivos.

Argumenta que o Supremo Tribunal Federal (RE 605552) estabeleceu critério objetivo em favor da incidência do imposto sobre serviços para os casos em que a prestação esteja prevista na lei complementar como tributável, ainda que se envolva a utilização ou o fornecimento de bens.

Segundo diz o Apelante, “... quanto à questão do fornecimento dos componentes dos Aerogeradores previsto nos contratos, o STJ já pacificou o entendimento de que, sobre estruturas pré-moldadas, fabricadas fora do local da obra, pela empresa responsável pela construção, não incide o ICMS (Imposto Estadual), pois não se configura a circulação de mercadorias, senão vejamos: (...)” (fl. 40 do id 38115783)

Alega que o caso concreto se amolda à proposta de fabricação por encomenda dos componentes dos aerogeradores com destinação ao local da obra (complexo eólico), no qual serão instalados, montados e comissionados pela empresa (que assume a função de construtora) do empreendimento.

Em suas palavras, “... serve como um claro exemplo para o caso concreto, a atividade de fornecimento, montagem e instalação de elevadores em edifícios, o qual foi considerado pelo STJ – Superior Tribunal de Justiça, como sendo serviços de engenharia/construção civil, com incidência exclusiva do ISSQN, confirmando tudo até aqui demonstrado, vejamos: (...)” (fl. 58 do id 38115783)

Pugna pelo provimento do recurso para a reforma da sentença e reconhecimento da incidência do ISSQN sobre os contratos de empreitadas/operações mistas firmados com enquadramento legal previsto no subitem 7.02 da lista de serviços anexa à Lei Complementar nº 116/2003, devendo ser recolhido o valor do débito fiscal junto ao Município de Sento Sé; requer ainda a condenação das Apeladas nos ônus da sucumbência.

Contrarrazões no id 38116289.

Foram acolhidos embargos de declaração para o restabelecimento de segredo de justiça parcial ao processo, conforme decisão de id 42937198.

Remetidos os autos a este Tribunal e distribuídos a esta Quarta Câmara Cível, coube-me, por sorteio, o encargo de relatá-los.

Com este sucinto relato, nos termos do art. 931 do Código de Processo Civil, encaminhem-se os autos à Secretaria para inclusão em pauta de julgamento, observada a faculdade das partes de realizarem sustentação oral (art. 937, I).

VOTO

O recurso deve ser provido.

O Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISSQN tem previsão geral na Constituição Federal, que atribuiu aos Municípios a competência para exigí-lo:

Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre:

(...)

III - serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II, definidos em lei complementar.

O texto constitucional evidencia a importância da lei complementar como o instrumento definidor do fato gerador e da base de cálculo do tributo, ficando tal mister a cargo, atualmente, da Lei Complementar nº 116/2003.

Art. 1º O Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, tem como fato gerador a prestação de serviços constantes da lista anexa, ainda que esses não se constituam como atividade preponderante do prestador.

Pois bem.

No caso concreto, o Município de Sento Sé propôs execução fiscal com a pretensão de cobrança de ISSQN sobre serviços prestados na construção das usinas de energia eólica (Complexo Eólico Umburanas), realizada no espaço geográfico daquela localidade, no período entre janeiro de 2018 e abril de 2019, nos termos da certidão de dívida ativa nº 69/2021 (fl. 07 do id 38114000).

Em sede de embargos à execução fiscal, as Apeladas defendem que as operações realizadas não constituem fato gerador do ISSQN, à vista do objeto central dos contratos firmados ser o fornecimento de mercadorias pelas fabricantes.

Argumentam que os lançamentos fiscais seriam nulos por impropriedade da metodologia adotada pelo fisco para arbitrar a base de cálculo do tributo e que as operações possuem enquadramento apenas na exceção estabelecida no item 7.02 da lista anexa a LC nº 116/2003, fugindo à incidência do ISSQN.

Ocorre que a análise pormenorizada dos contratos firmados entre as partes (id 38114001) demonstra que se trata de negócio jurídico complexo para a realização de empreitada mista de engenharia (fornecimento de equipamentos + prestação de serviços técnicos de engenharia) - com compra e construção a preços globais para o fornecimento, transporte, montagem, instalação e comissionamento de aerogeradores do parque eólico de Umburanas, localizado no Município de Sento Sé, a justificar a exigência do ISSQN pelo enquadramento no subitem 7.02 da lista anexa de serviços da Lei Complementar nº 116/2003.

O Anexo 4 do contrato firmado entre as partes - denominado de Matriz de Responsabilidades – UMBURANAS (fl. 575 do id 38114002) comprova que ficou a cargo das Apeladas o fornecimento dos componentes dos Aerogeradores do tipo Nacelle 2,4 MW – 116 90 HH 60 Hz, das pás 2.5 de diâmetro 116 m e Torre H90m (aço), entre outros integrantes do sistema, mas também a **prestação de serviços** relevantes de elaboração de projeto e fornecimento de sinalização do sistema especial de iluminação anticolisão aprovado pelo COMAR; realização de teste de malha de aterramento das bases dos aerogeradores; efetiva realização de aterramento dos aerogeradores e transporte das peças e dos componentes do sistema até o local da instalação.

Há, ainda, no referido documento encartado à fl. 576 do id 38114002 específica referência às Apeladas como as responsáveis pelos serviços de instalação completa, montagem e comissionamento das torres, incluindo, a realização de algumas obras civis, a realização de projeto de fundação dos equipamentos, da construção do edifício de controle com a realização dos serviços de fornecimento e instalação de *hardware e software* para o controle do parque eólico, além da efetivação do fornecimento de insumos e treinamento de pessoal.

No mesmo contexto jurídico, é preciso considerar que no rol das atividades econômicas da GE POWER & WATER EQUIPAMENTOS E SERVICOS DE ENERGIA E TRATAMENTO DE AGUA LTDA descritas no Comprovante de Inscrição e de Situação Cadastral (fl. 02 do id 38113999) figura a habilitação para prestação de serviços de engenharia (código 71.12-0-00), a fabricação de motores e turbinas, peças e acessórios, exceto para aviões e veículos rodoviários (código 28.11-9-00), instalação de máquinas e equipamentos, manutenção e reparação de equipamentos e produtos e serviços de operação (código 33.19-8-00) e fornecimento de equipamentos para transporte e elevação de cargas e pessoas para uso em obras (código 43.99-1-04), o que confere legitimidade à tese de que os negócios realizados pelas empresas abrangem a empreitada mista de engenharia, neste caso, para a construção substancial do parque eólico.

De igual modo, a cópia da 62ª Alteração de Contrato Social da GE Power & Power (fl. 05 do id 38113999) corrobora que o objeto social da empresa alude ao desenvolvimento de atividades de engenharia com escopo na “... fabricação, reparo, manutenção, instalação de motores e equipamentos para a geração de energia eólica e energias renováveis em geral, bem como, peças de reposição e acessórios, aparelhos em geral, maquinários, complementos e acessórios elétricos conexos à produção de energia. Serviços afins à operação da filial, em especial, os de projeto, montagem, supervisão de montagem, comissionamento e gerenciamento de projetos relacionados à infraestrutura de energia, consultoria e assistência técnica, econômica e administrativa e treinamento ligadas aos produtos e serviços relacionados, bem como serviços de operação e manutenção das plantas de produção de energias renováveis em geral.” (id 38113999), pontuando-se, expressamente, que estes serviços poderão ser prestados diretamente pela sociedade, sem embargo da contratação de terceiros.

Tais argumentos fragilizam a tese de que se trataria de simples fornecimento de aerogeradores com a afirmação de que a contratação se encerraria na entrega destes equipamentos ou de que os serviços prestados configurariam exceção à regra legal pelo princípio da preponderância, uma vez que a complexidade dos serviços anexos efetivamente contratados confirma a pactuação de operação mista com previsão abrangente das prestações ditas “acessórias” pelas Apeladas no próprio item 7.02 da lista anexa à Lei Complementar nº 116/03.

7.02 – Execução, por administração, empreitada ou subempreitada, de obras de construção civil, hidráulica ou elétrica e de outras obras semelhantes, inclusive sondagem, perfuração de poços, escavação, drenagem e irrigação, terraplanagem, pavimentação, concretagem e a instalação e montagem de produtos, peças e equipamentos (exceto o fornecimento de mercadorias produzidas pelo prestador de serviços fora do local da prestação dos serviços, que fica sujeito ao ICMS). (grifos nossos)

Importa registrar, ainda, a relevância das atividades exercidas pelo prestador para o atingimento do objeto do contrato, sendo oportuno pontuar que a jurisprudência admite a interpretação ampliativa das hipóteses de incidência de **atividades-meio** até mesmo para impedir que a alegação da ocorrência de indefinição (zona cinzenta) ou a nomenclatura dada aos fatos favoreça a evasão fiscal (TJBA - Classe: Apelação, Número do Processo: 0337200-91.2016.8.05.0001, Relator: Desembargador IVANILTON SANTOS DA SILVA, Publicado em: 03/11/2020).

No particular, dispõe a doutrina de Hely Lopes Meireles, na obra Direito Municipal Brasileiro:

“... cabe ponderar que as chamadas **atividades-meio – assim consideradas as atividades imprescindíveis à execução do serviço efetivamente contratado – devem ser tributadas pelo imposto**. Com isso, o legislador infraconstitucional pretendeu deixar consignado que todos os serviços previstos na lista constituem fato gerador do imposto, ainda que considerados de menor relevância ou prestados em volume inferior, se comparados às demais atividades (‘ainda que esses não constituam como atividade preponderante dos prestados, segundo a dicção do art. 1º’)” (14ª edição, editora Malheiros, pag. 214) (grifos nossos)

Por outro lado, não merece prosperar a arguição no sentido de que teria havido deliberada incidência do imposto municipal sobre operações sujeitas à incidência de ICMS em violação ao entendimento jurisprudencial firmado no Agravo Regimental no RE nº 958.421 ou quanto à metodologia adotada para o cálculo do débito fiscal, primeiro, porque, como fundamentado acima, está afastada a aplicação da exceção à regra estabelecida no item 7.02 da LC nº 116/03; a dois, porque, a ementa da decisão administrativa proferida no recurso voluntário julgado no âmbito

administrativo (fl. 305 do id 38114014) comprova que o fisco apurou e realizou a dedução dos custos dos materiais e mercadorias fornecidos, retirando-os da incidência do ISSQN, com a devida correção dos cálculos.

Por haver semelhança entre as causas de pedir, cumpre referir a trecho de sentença proferida pelo i. Juiz de Direito Demétrio Demeval Trigueiro do Vale Neto, integrante do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte, unidade federativa que detém relevante potencial eólico em desenvolvimento:

“II.5. Configuração da atividade prestada como prestação de serviços sujeita à incidência do ISSQN, e não circulação de mercadorias sujeita à incidência do ICMS.

A promovente argumenta a inexistência de hipótese de incidência do ISS.

Pois bem. O art. 156, inciso III, da Constituição Federal estabelece que compete aos Municípios instituir impostos sobre *“serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, inciso II, definidos em lei complementar”*.

A Lei Complementar nº 116/03, que dispõe sobre serviços de qualquer natureza, dispõe em seu art. 1º que o *“Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, tem como fato gerador a prestação de serviços constantes da lista anexa, ainda que esses não se constituam como atividade preponderante do prestador”*.

Da mesma forma, o § 2º do dispositivo conclama que *“ressalvadas as exceções expressas na lista anexa, os serviços nela mencionados não ficam sujeitos ao Imposto Sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS, ainda que sua prestação envolva fornecimento de mercadorias”*.

O item 2.1 do contrato celebrado entre as partes aponta que *“O objeto do presente contrato é o fornecimento, na modalidade de empreitada integral por preço global (turnkey lump sum) incluindo, sem limitação, a fabricação, testes em fábrica, envio, transporte e descarga, entrega em obra, montagem, testes e funcionamento de 15 Aerogeradores modelo G90 de 2.000 kw, de 78 m de altura e demais elementos integrantes dos equipamentos, de acordo com o projeto da Contratada”*.

Cuida-se, portanto, de contrato de empreitada integral para a edificação e operacionalidade completa de usina eólica, estando incluída na atividade a montagem acoplada dos aerogeradores e o comissionamento de todos os operadores eólicos em pleno funcionamento, o que atrai a hipótese de incidência prevista expressamente no item 7.02 da Lista de Serviços Anexa à Lei Complementar nº 116/03, que prevê expressamente o serviço de **“instalação e montagem de produtos, peças e equipamentos”**, dispositivo repetido no mesmo item 7.02 da Lista de Serviços Anexa à Lei Complementar Municipal nº 01/05.

Por essa razão, não se sustenta a alegação de que o serviço prestado estaria fora da hipótese de incidência legal, ainda que tenha sido prestado de forma acessória, ou mesmo que envolva fornecimento de mercadoria, pois o legislador complementar já previu a hipótese de incidência sem prejuízo de que os fatos geradores estejam nestas duas situações jurídicas.” (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte. Procedimento Comum Cível nº 0800331- 95.2019.8.20.5127; sentença proferida em 7 de abril de 2022.)

Assim, restando comprovado que as Apeladas deixaram de emitir adequadamente as notas fiscais relativas aos serviços prestados, a aplicação da multa isolada de 40% (quarenta por cento) sobre

o débito fiscal apurado não se afigura excessiva por possuir respaldo nos termos do art. 289, inciso II, do Código de Rendas do Município de Sento Sé.

Tampouco cuidaram as Apeladas de comprovar a incidência cumulativa de juros de mora de 1% com a taxa SELIC, não podendo tal irresignação prosperar.

Por fim, em razão da sucumbência pelos fundamentos dessa decisão, impõe-se a inversão da obrigação com a condenação das Apeladas ao pagamento de custas judiciais e honorários advocatícios pelos percentuais mínimos de cada faixa prevista nos incisos do §3º do art. 85 do Código de Processo Civil c/c o §5º da mesma norma, em montante a ser apurado em fase de liquidação.

Ante o exposto, **voto no sentido de conhecer e dar provimento** ao apelo para reformar a sentença com o reconhecimento da improcedência da pretensão de nulidade da certidão de dívida ativa nº 69/2021 discutida nos embargos à execução fiscal de origem, taxa de juros de mora aplicada (SELIC), multa de 40% (quarenta por cento) e honorários advocatícios.

(TJBA- APELAÇÃO CÍVEL Nº 8024453-36.2022.8.05.0001. Quarta Câmara Cível. Relator: DES. MARCELO SILVA BRITTO. Julgado em 05/09/2023).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA. NULIDADE DA SENTENÇA. PREJUDICIAL DE MÉRITO REJEITADA. ANULAÇÃO DOS DÉBITOS DE IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIA E SERVIÇOS. COMBUSTÍVEL. DILATAÇÃO VOLUMÉTRICA. FATO GERADOR CRIADO POR ATO INFRALEGAL. OFENSA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. COMPLEMENTAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. IMPOSTO RECOLHIDO EM REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PROGRESSIVA. VIOLAÇÃO A CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO. INOCORRÊNCIA. SENTENÇA MANTIDA. APELAÇÃO NÃO PROVIDA.

O julgamento antecipado da lide, sem a produção de provas complementares e sem a prolação de decisão de saneamento, não configura a nulidade da sentença na hipótese em que o Magistrado da causa reputa suficiente ao deslinde do feito a prova documental constante dos autos.

Caso em que se trata de questão essencialmente de direito centrada na análise da legalidade dos autos de infração fiscal, que têm como base legal a Portaria 445/98.

A criação de fato gerador do Imposto sobre Circulação de Mercadoria e Serviços - ICMS, por meio de ato infralegal, representa ofensa ao artigo 150, I da Constituição da República.

Mostra-se impossibilitada a complementação do ICMS sobre operações com combustíveis, já recolhido em regime de substituição tributária progressiva, quando fundada na dilatação volumétrica do produto, decorrente da variação térmica.

A constitucionalidade do ato normativo impugnado, embora fundamente a pretensão, não se constitui como objeto principal, admitindo, portanto, a declaração incidental de inconstitucionalidade sem que haja usurpação da competência.

Sentença mantida. Apelo não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 8024453- 36.2022.8.05.0001, sendo Apelante o Estado da Bahia e Apeladas Rede Kalilândia Ltda. e suas filiais, ACORDAM os Desembargadores componentes da Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia **em rejeitar a arguição de nulidade e negar provimento ao recurso.**

DECISÃO PROCLAMADA

NEGADO PROVIMENTO POR MAIORIA.

RELATÓRIO

Adoto o relatório da sentença constante do id 39586666, acrescentando que o pedido formulado na petição inicial foi julgado procedente com a seguinte parte dispositiva:

“Feitas tais considerações, **JULGO PROCEDENTE** a ação, para declarar a improcedência de todas as autuações realizadas pelo Réu, **objetos desta ação**, contra os Postos de Combustíveis Autores descritos no contrato social juntado aos autos, que tenham como enquadramento legal os arts. 4º, §4º, inciso IV, 6º, inciso IV, 23-A, inciso II, todos da Lei 7.014/96, e do art. 10, parágrafo único, da Portaria 445/98 e que visam a cobrança de ICMS sobre volume de combustíveis oriundo de variação volumétrica acarretada pelo aumento da temperatura, em razão da ausência de fato gerador de ICMS, do recolhimento total do referido imposto de forma antecipada pelo regime da substituição tributária progressiva e da ilegalidade/inconstitucionalidade do art. 10, parágrafo único, da Portaria 445/98.

Ademais, deixo de apreciar os outros pedidos, por restarem logicamente prejudicados diante do julgamento procedente do primeiro pedido.

Condeno o Estado da Bahia no ressarcimento das custas e no pagamento dos honorários advocatícios, no mínimo legal, a ser apurado nos termos do § 3º, do art. 85, do CPC/2015.

Sentença sujeita à remessa necessária.”

Irresignado, o Estado da Bahia opôs Embargos de Declaração, os quais foram desacolhidos (id 39586723).

Ainda inconformado, o Ente Estatal interpôs recurso de Apelação (id 39586727), sustentando que os lançamentos impugnados foram realizados depois de a Administração Tributária fiscalizar os estoques de combustíveis nos estabelecimentos das Apeladas e identificar, com base na própria escrituração do contribuinte, que houve a aquisição de mercadorias sem prévia emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem o recolhimento do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS nas operações anteriores e posteriores.

Alega que, por meio dos registros diários no Livro de Movimentação de Combustíveis – LMC realizados pelos postos de combustíveis, é possível constatar a quantidade física de combustível que entrou e saiu de cada tanque e por qual bico de bomba se deu essa saída, e fiscalizar os estoques dos contribuintes, conforme procedimento para a auditoria descrito na Portaria nº 445/98.

Aduz, que, nas hipóteses em que o volume encontrado por meio do aludido procedimento é inferior ao volume medido no encerramento da atividade diária, como ocorrido no caso dos autos, há uma presunção ex lege de que houve a aquisição de combustível sem o amparo de documentos fiscais, bem como que a comercialização se deu sem o recolhimento do ICMS nas etapas anteriores, tornando o adquirente responsável pelo pagamento do tributo a autorizar o arbitramento da respectiva base de cálculo, a teor dos artigos 4º, inciso IV, 6º, inciso IV e 23-A, inciso III da Lei nº 7.014/1996.

Defende que, ao julgar o feito antecipadamente, sem oportunizar a indicação de provas pelas partes, desconsiderando a existência de controvérsia relativamente aos fatos, a MM. Magistrada singular incorreu em *error in procedendo* na condução do processo, violando as normas insertas nos artigos 355, inciso I, 357, incisos II e III e 374, inciso III do Código de Processo Civil, devendo a sentença ser anulada.

Assere, ademais, que “... o MM Juízo a quo decidiu pela procedência dos pedidos sem qualquer prova dos fatos constitutivos do direito alegado pelo Apelado e sem “prova inequívoca” capaz de ilidir a presunção de certeza e liquidez dos créditos regularmente constituídos, tudo em violação literal aos arts. 373, inciso I, do CPC, 3º da LEF e 204 do CTN.” (id 39586727 – p. 15).

Sustenta que a sentença reflete a ausência de compreensão das inúmeras peculiaridades que envolvem a cadeia de produção, comercialização e consumo de combustíveis, porquanto desconsidera o fato de que o quantitativo apurado pela Administração Tributária extrapola o limite de tolerância de 1,8387% previsto na Portaria nº 159, para fins de exclusão da cobrança de ICMS.

Argumenta que a ausência de notas fiscais relativas às entradas ou qualquer prova de retenção e recolhimento do ICMS, em substituição tributária, na saída dos produtos do estabelecimento industrial, além da ausência de identificação do fornecedor, legitima a constituição do crédito tributário, com fundamento no artigo 6º, inciso IV da Lei Estadual nº 7.014/1996.

Afirma, por fim, que a declaração de inconstitucionalidade dos artigos 4º, §4º, IV, 6º, IV, 23-A, II da Lei Estadual nº 7.014/1996 e do artigo 10, parágrafo único, da Portaria nº 445/1998, não respeitou a cláusula de reserva de plenário.

Requer, por tais razões, o provimento do recurso para, reconhecendo o erro *in procedendo* por violação aos artigos 355, I e 357 do Código de Processo Civil, anular a sentença e determinar o retorno dos autos ao MM Juízo de origem, a fim de que seja proferida a decisão de organização e saneamento do processo e oportunizado às partes indicarem as provas que pretendem produzir. Subsidiariamente, postula a reforma da sentença, a fim de que seja julgado improcedente o pedido, com fundamento nos artigos 373 do Código de Processo Civil, 3º da Lei de Execuções Fiscais e 204 do Código Tributário Nacional e declarada a constitucionalidade dos artigos 4º, §4º, inciso IV, 6º, inciso IV, 23-A, inciso II, todos da Lei 7.014/96, e do art. 10, parágrafo único, da Portaria 445/98, ainda que depois de instaurado o respectivo incidente.

As Apeladas ofereceram as contrarrazões de id 39586731, pugnando pelo não provimento do recurso e majoração da verba honorária.

Remetidos os autos a este Tribunal e distribuídos a esta Quarta Câmara Cível, coube-me, por sorteio, o encargo de relatá-los.

Com este sucinto relato, nos termos do artigo 931 do Código de Processo Civil, encaminhem-se os autos à Secretaria para inclusão em pauta de julgamento, observada a faculdade das partes de realizarem sustentação oral (art. 937, I).

VOTO

Inicialmente, não merece prosperar a arguição de nulidade da sentença por não ter sido oportunizada a produção de provas, que o Apelante afirma ser imprescindível para o desate da causa.

Isso porque, com a presente demanda, as Autoras objetivam a destituição das autuações realizadas pelo fisco, aduzindo a impossibilidade de cobrança de ICMS sobre volume de combustíveis oriundo de variação volumétrica acarretada pelo aumento de temperatura, em razão da ausência de fato gerador, do recolhimento total do referido imposto de forma antecipada pelo regime da substituição tributária progressiva e da ilegalidade/inconstitucionalidade do artigo 10, parágrafo único da Portaria 445/98, que originou os autos de infração.

Trata-se de questão essencialmente de direito centrada na análise da legalidade dos autos de infração fiscal, que têm como base legal a Portaria 445/98.

Para dirimir qualquer dúvida quanto a natureza da discussão trazida a juízo como estranha à questão fática, não se pode esquecer que a ação ajuizada consiste em ação que busca invalidar as autuações fiscais em razão da ilegalidade do fundamento normativo calcado na Portaria SEFAZ nº 445/98. E só.

Por ser oportuno, transcreve-se a descrição da infração 01 – 04.07.01 do AI nº 2691380028/21-5 (ID 39585583) com a respectiva tipificação dada pelo fiscal no auto de infração:

“Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido combustíveis de terceiros desacompanhados de documentação fiscal e, consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas das mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, **apurado mediante verificação de variação volumétrica em índice acima do admitido pela ANP registrada no LMC/Registro 1300 da EFD.**”

“Enquadramento Legal: Art. 4º, § 4º, inciso IV; Art. 6º, Inciso IV; art. 23-A, inciso II da Lei 7.014/96; e **art. 10, parágrafo único da Portaria 445/98.**” (ID 39585583)

Assim, considerando que os atos impugnados foram colacionados aos autos, basta o cotejo analítico destes com as regras de interpretação legal/constitucional para o julgamento do feito, sem a necessidade de realização de outras provas, sendo perfeitamente aplicável o disposto no artigo 355, inciso I, do Código de Processo Civil, *in verbis*:

Art. 355. O juiz julgará antecipadamente o pedido, proferindo sentença com resolução de mérito, quando:

I - não houver necessidade de produção de outras provas;

Fica rejeitada a arguição de nulidade.

Ultrapassada a prejudicial de mérito, o recurso deve ser improvido.

Trata-se de ação ajuizada por Rede Kalilândia Ltda. e suas filiais em face da Fazenda Pública do Estado da Bahia, objetivando a anulação dos débitos de ICMS formalizados por meio dos autos de infração e imposição de multa que instruíram a inicial.

A autuação das Autoras, ora Apeladas, se deu por infringência aos artigos 4º, §4º, inciso IV, 6º, inciso IV, 23-A, inciso II, todos da Lei 7.014/96, além do artigo 10, parágrafo único, da Portaria SEFAZ nº 445/98, que assim consignam:

“Art. 4º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento: (...)

§ 4º Salvo prova em contrário, presume-se a ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto sempre que se verificar:

(...)

IV - entradas de mercadorias ou bens não registradas;

Art. 6º São solidariamente responsáveis pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito:

(...)

IV - qualquer pessoa física ou jurídica, em relação às mercadorias que detiver para comercialização ou simples entrega desacompanhadas da documentação fiscal exigível ou com documentação fiscal inidônea;

Art. 23-A. Nos casos de presunção de omissão de saídas ou de prestações, a base de cálculo do ICMS é:

(...)

II - na hipótese de omissão de entradas apurada pelo Fisco por meio de levantamento quantitativo de estoque.” (Lei nº 7.014/98)

“Art. 10. No caso de omissão do registro de entrada de mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária:

(...)

Parágrafo único. A omissão do registro de entrada de combustível, derivado ou não de petróleo, em postos ou revendedores varejistas de combustíveis automotivos será caracterizada quando se verificar que, a título de variação volumétrica em decorrência de dilatação térmica, a quantidade de litros escriturados diariamente como ganho no Livro de Movimentação de Combustíveis (LMC)/Registro 1300 da EFD excedeu 1,8387% da relação entre ganho e volume disponível (estoque no início do dia + volume recebido no dia), percentual calculado com base em índices técnicos de ganhos e perdas admitidos como normal pela Agência Nacional de Petróleo (ANP).

A imputação de não recolhimento de ICMS por meio de aquisição de combustíveis sem documentação fiscal e sem escrituração da entrada das mercadorias, resultou da verificação de variação volumétrica em índice acima do admitido pela Portaria 445/98.

Defendem as Autoras, no entanto, que a aludida portaria instituiu novos parâmetros para a base de cálculo do ICMS-ST sobre produto resultante, única e exclusivamente, da dilatação volumétrica, em afronta ao princípio da legalidade.

De fato. A base de cálculo do ICMS encontra-se definida no artigo 8º da Lei Complementar 87/96:

“Art. 8º A base de cálculo, para fins de substituição tributária, será:

I - em relação às operações ou prestações antecedentes ou concomitantes, o valor da operação ou prestação praticado pelo contribuinte substituído;

II - em relação às operações ou prestações subsequentes, obtida pelo somatório das parcelas seguintes:

a) o valor da operação ou prestação própria realizada pelo substituto tributário ou pelo substituído intermediário;

b) o montante dos valores de seguro, de frete e de outros encargos cobrados ou transferíveis aos adquirentes ou tomadores de serviço;

c) a margem de valor agregado, inclusive lucro, relativa às operações ou prestações subsequentes.”

Assim, a criação de fato gerador do ICMS, por meio de ato infralegal, não pode ser legitimada, por representar ofensa ao artigo 150, I da Constituição da República:

“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;”

Acrescente-se, ainda, que as Apeladas atuam no ramo de revenda de combustíveis a consumidor final, sujeitando-se, assim, ao recolhimento do ICMS pela sistemática de substituição tributária, de modo que o imposto devido é recolhido pelas refinarias.

Logo, também por esse motivo, mostra-se impossibilitada a complementação do imposto sobre operações com combustíveis, já recolhido em regime de substituição tributária progressiva, quando fundada na dilatação volumétrica do produto, decorrente da variação térmica.

Registre-se, a propósito, que, sobre a impossibilidade de tributação de sobra de combustível oriunda da dilatação volumétrica acarretada pela variação da temperatura, já se pronunciou esta Corte:

“DIREITO TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA COM PEDIDO DE TUTELA DE URGÊNCIA INAUDITA ALTERA PARS. SENTENÇA IMPROCEDENTE. ICMS SOBRE COMBUSTÍVEIS. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM DA PARTE AUTORA REJEITADA. VARIAÇÃO DE TEMPERATURA DE CARREGAMENTO E DESCARREGAMENTO. DILATAÇÃO VOLUMÉTRICA DE COMBUSTÍVEL. FENÔMENO FÍSICO. INEXISTÊNCIA DE FATO GERADOR. RECURSO DESPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA.

Trata-se de Apelação interposta por ESTADO DA BAHIA (FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL) em face da sentença proferida pela MM. Juíza de Direito da 4ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador – BA, que nos autos de AÇÃO DECLARATÓRIA COM PEDIDO DE TUTELA DE URGÊNCIA INAUDITA ALTERA PARS, tombada sob nº 8057416-34.2021.8.05.0001, julgou procedente o pleito autoral, declarando a improcedência de todas as autuações realizadas pelo apelante, objetos desta ação, contra os Postos de Combustíveis apelados, que tenham como enquadramento legal os arts. 4º, § 4º, inciso IV, 6º, inciso IV, 23-A, inciso II, todos da Lei 7.014/96, e do art. 10, parágrafo único, da Portaria 445/98 e que visam a cobrança de ICMS sobre volume de combustíveis oriundo de variação volumétrica acarretada pelo aumento da temperatura, em razão da ausência de fato gerador de ICMS, do recolhimento total do referido imposto de forma antecipada pelo regime da substituição tributária progressiva e da ilegalidade/inconstitucionalidade do artigo 10, parágrafo único, da Portaria 445/98.

Insta salientar que na substituição tributária progressiva ocorre a transferência da responsabilidade pelo recolhimento do tributo de toda a cadeia aos ocupantes das posições anteriores. Deste modo, os participantes das posições posteriores na cadeia de substituição não pagam os tributos diretamente, pois são contribuintes substituídos, de outro modo, arcam também com os prejuízos econômicos provenientes de uma cobrança irregular do tributo assim como os membros das primeiras posições.

Com efeito, a própria natureza desse instituto tributário demonstra que qualquer irregularidade na cobrança do imposto em pauta, acaba prejudicando e interessando a todos os membros da cadeia indistintamente, justificando assim o interesse de agir da parte autora.

Destarte, rejeito a preliminar arguida.

Cumprе ressaltar que o Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS está previsto no art. 155, II, da Constituição Federal, e na Lei Complementar nº 87/1996, tratando-se de imposto de competência estadual com incidência sobre as operações relativas à circulação de mercadorias e prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação. Observa-se que o regime da substituição tributária progressiva, por sua vez, foi instituído pelo §7º, do art. 150, da Constituição Federal.

Deste modo, correta a sentença ao declarar a improcedência de todas as autuações realizadas pelo apelante, objetos desta ação, contra os Postos de Combustíveis apelados em razão da ausência de fato gerador de ICMS. RECURSO DESPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA.” (Apelação Cível, Nº 8057416-34.2021.8.05.0001, Segunda Câmara Cível, Relatora: Des. Maria de Fátima Silva Carvalho, Julgado em: 14-06-2022). (destaques apostos)

Por todas as razões explicitadas, é de se concluir que agiu com acerto a MM. Juíza singular ao declarar a nulidade das autuações objetos desta ação, seja porque reconhecida a ausência de fato gerador de ICMS, seja em razão do recolhimento total do referido imposto de forma antecipada pelo regime da substituição tributária progressiva e pela ilegalidade/inconstitucionalidade do artigo 10, parágrafo único da Portaria 445/98.

Não se alegue que o reconhecimento da ilegalidade/inconstitucionalidade da norma que embasou os autos de infração viola a cláusula de reserva de plenário.

Sabe-se que o controle de constitucionalidade difuso permite que os Juízes analisem se as leis contrariam ou não a Constituição Federal, mediante exame de questão incidental e prejudicial para, caso ultrapassada a eventual inconstitucionalidade, apreciar o caso concreto.

A inconstitucionalidade, nessa hipótese, não é objeto principal do pedido, mas adentra a causa de pedir, sendo que a apreciação da matéria é antecedente e necessária ao exame da questão principal do feito.

No caso dos autos, não houve pedido de declaração de inconstitucionalidade do dispositivo legal que respaldou os autos de infração impugnados. A pretensão das Autoras é de obter a declaração de nulidade dos atos administrativos, porquanto amparados em norma infralegal, que instituiu novos parâmetros para a base de cálculo do ICMS, havendo, portanto, requerimento de providência concreta.

Nesse contexto, a constitucionalidade do referido ato normativo, embora fundamente a pretensão, não se constitui como objeto principal, admitindo, portanto, a declaração incidental de inconstitucionalidade sem que haja usurpação da competência.

Portanto, entendo ser dispensável a submissão da questão ao Plenário deste Tribunal de Justiça.

Ante o exposto, rejeitando a arguição de nulidade, voto no sentido de conhecer e negar provimento ao apelo, mantendo a sentença intacta em todos os seus termos.

E, considerando o trabalho adicional realizado em grau recursal, nos termos do artigo 85, § 11 do Código de Processo Civil, majoro os honorários arbitrados ao advogado das Autoras para 15%, a ser apurado nos termos do § 3º do mesmo dispositivo legal.

(TJBA – APELAÇÕES SIMULTÂNEAS nº 8001792-12.2023.8.05.0039. Segunda Câmara Cível. Relator: Des. Maurício Kertzman Szporer. Julgado em 09/04/2024).

ACORDÃO

APELAÇÕES SIMULTÂNEAS. DIREITO TRIBUTÁRIO E DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO. APELO DO RÉU. JULGAMENTO EXTRA PETITA. PROVIMENTO JURISDICIONAL DIVERSO DAQUELE PLEITEADO NA EXORDIAL. ACOLHIMENTO. CAUSA MADURA PARA JULGAMENTO. INTELIGÊNCIA DO ART. 1.013, §3º, II, DO CPC. PERDA SUPERVENIENTE DO OBJETO COM RELAÇÃO AO PEDIDO DE DECLARAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO/ AUSÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICO-TRIBUTÁRIA COM RELAÇÃO AS EXECUÇÕES FISCAIS N. 8053996-04.2021.8.05.0039 E 8039872-16.2021.8.05.0039, JÁ EXTINTAS. EXECUÇÃO FISCAL DE N. 8018093-73.2019.8.05.0039. RECONHECIMENTO DO MUNICÍPIO DE CAMAÇARI QUANTO AO EQUÍVOCO DO ENDEREÇO CONSTANTE NA CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA. HOMÔNIMO. INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICO-TRIBUTÁRIA EVIDENTE. RECURSO DA PARTE AUTORA. DANO MORAL. SITUAÇÃO QUE ULTRAPASSOU OS LIMITES DO MERO ABORRECIMENTO. AJUIZAMENTO DE 3 (TRÊS) EXECUÇÕES FISCAIS SEGUIDAS COM ENDEREÇO ERRÔNEO DO DE CUJUS/HOMÔNIMO. PRECEDENTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. SENTENÇA REFORMADA NO PONTO. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA, SUSPENSA A EXIGIBILIDADE EM RELAÇÃO À PARTE AUTORA TAL COMO JÁ FIXADO NA SENTENÇA. RECURSOS SIMULTÂNEOS PARCIALMENTE PROVIDOS.

1. Inicialmente, analisando o recurso do réu, de fato, observo que há evidente descompasso entre o pedido e a decisão proclamada, em violação ao disposto nos artigos 141 e 492, do Código de Processo Civil. É que embora a parte autora esclareça que seu falecido marido/genitor não possui relação jurídico-tributária com o Município de Camaçari, em face das execuções fiscais impugnadas, não requereu que tais feitos fossem vinculados à terceira pessoa, estranha à lide.

2. Logo, observa-se, na situação dos autos, nítido provimento jurisdicional fora dos pleitos declinados na exordial, já que a causa de pedir e o pedido se lastrearam na ilegitimidade de JOÃO BATISTA DE JESUS (CPF 285.089.205-04), buscando, em maior medida, pronunciamento do juízo no sentido de se declarar a ausência de relação jurídico-tributária entre o *de cujus* e o Município. Nada obstante, o reconhecimento da nulidade da sentença no ponto não conduz o retorno do feito à origem, diante do que preleciona o Código de Processo Civil, *ex vi* do art. 1.013, §3, II, do CPC.

3. Assim, referente à causa de pedir/pedidos no que atine às execuções fiscais de n. 8053996-04.2021.8.05.0039 e 8039872-16.2021.8.05.0039, observo a perda superveniente do objeto na declaração da ausência da relação jurídico-tributária porque na primeira o feito já fora extinto, reconhecendo-se a ilegitimidade passiva de JOÃO BATISTA DE JESUS (CPF 285.089.205-04), na forma da sentença de ID 395589872 daqueles autos; enquanto que no segundo processo também proferiu-se sentença extintiva, inclusive com certidão de trânsito em julgado (ID 287677749), diante da notícia de remissão e

cancelamento da inscrição de dívida ativa, de modo que resta prejudicado o pedido de inexistência de débito com relação às referidas execuções fiscais.

4. Por outro lado, quanto à execução fiscal de n. 8018093-73.2019.8.05.0039, ante da possibilidade de o Município buscar o adimplemento do crédito tributário em relação ao verdadeiro devedor, afasto o pleito de extinção do referido processo executivo, mas, observando-se a causa de pedir e a própria nomenclatura da ação ajuizada, declaro a inexistência de débito/ausência de relação jurídico tributária entre o de cujus, JOÃO BATISTA DE JESUS (CPF 285.089.205-04), e o Município de Camaçari, referentes as CDA(s) do imóvel com inscrição municipal n. 0000007181.

5. Quanto ao recurso da parte autora, na esteira de precedente firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, entendo que é devida a indenização por dano moral quando a persecução estatal ultrapassa o mero dissabor, obrigando o indivíduo que não é parte legítima na ação a se defender reiteradamente, em diversas instâncias judiciais, como no caso vertente (AgRg no AREsp: 426631 RS 2013/0370755-8).

6. Quanto aos honorários advocatícios, considerando o provimento, em parte, tanto do apelo do Município, como da parte autora e, portanto, a sucumbência recíproca, mantenho os ônus já fixados no juízo de origem, deixando de proceder a majoração em sede recursal, vide art. 85, § 11, do CPC, diante do entendimento firmado pelo STJ ao julgar o Tema 1.059. Nada obstante, suspensa a exigibilidade das custas e honorários em relação a parte autora, por ser beneficiária da gratuidade de justiça, na forma do art. 98, §3º, do CPC, tal como já fixado pelo juízo de origem, não merecendo acolhimento a insurgência da autora neste aspecto.

7. Recursos simultâneos parcialmente providos.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de n. **8001792-12.2023.8.05.0039**, em que figuram como apelante MUNICIPIO DE CAMACARI e outros (3) e como apelada JACSON PEREIRA DE JESUS e outros (3).

ACORDAM os magistrados integrantes da Segunda Câmara Cível do Estado da Bahia **em DAR PROVIMENTO PARCIAL AOS RECURSOS SIMULTÂNEOS**, nos termos do voto do relator.

DECISÃO PROCLAMADA

Conhecido e provido em parte Por Unanimidade

RELATÓRIO

Tratam-se de recursos simultâneos de apelação interpostos por **MUNICÍPIO DE CAMACARI E JOSELITA PEREIRA DOS SANTOS DE JESUS e Outros** contra sentença proferida pelo Douto Juízo da 2ª Vara da Fazenda Pública de Camaçari/BA, nos autos da ação declaratória de inexistência de débito c/c danos morais, julgou a demanda parcialmente procedente nos seguintes termos:

Ante todo o exposto, julgo parcialmente procedente o pedido formulado para determinar à parte ré que vincule, nos autos das execuções fiscais n.º 8053996-04.2021.8.05.0039, n.º 8039872-16.2021.8.05.0039 e n.º 8018093-73.2019.8.05.0039, os créditos tributários ao correto devedor, a saber: JOÃO BATISTA DE JESUS – CPF 074.451.215-87. Improcedente o pedido de condenação ao pagamento de indenização por danos morais.

Em face da sucumbência recíproca:

a) fica a parte autora condenada ao pagamento de metade das custas processuais (art. 86, caput, do C.P.C.), bem como ao pagamento de honorários advocatícios, os quais, porque o referido dispositivo legal é aplicável tanto quando a Fazenda Pública se sagrar vencida ou vencedora (Apelação Cível 0019265-90.2009.4.01.3400, TRF – 1ª Região, Sexta Turma, relator o Desembargador Federal João Batista Moreira, “e-DJF1” de 09.10.2019), na forma do art. 85, § 3º, I, II e III, do C.P.C.), arbitro em 15% (quinze por cento) do valor postulado a título de indenização por danos morais. Sobre tal condenação deverá incidir atualização monetária pelo INPC a partir da presente data e sujeito a juros de mora de 1% (um por cento) ao mês (art. 406 do Código Civil c/c o art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional e art. 240, terceira figura, do Código de Processo Civil), com termo inicial a partir da intimação para cumprimento de sentença, na forma do art. 525, caput, do Código de Processo Civil, tudo na forma do art. 98, § 3º, do Diploma Adjetivo.

b) Sem condenação da parte ré ao pagamento de custas processuais, eis que isenta. Fica a mesma, entretanto, condenada ao pagamento de honorários advocatícios, os quais, mediante apreciação equitativa, na forma do art. 85, § 8º, do Código de Processo Civil e observando-se os critérios dos incisos I, II, III e IV, do § 2º do mesmo dispositivo, arbitro em montante que fixo R\$ 2.000,00 (dois mil reais). Sobre tal valor deverá incidir correção monetária e compensação pela mora mediante a aplicação, uma única vez até o efetivo pagamento, do índice da Taxa Referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (SELIC), acumulado mensalmente (art. 3º da Emenda Constitucional n.º 113/2021), a partir da presente data.

Irresignada, a parte **AUTORA/APELANTE** defende a reforma da decisão, argumentando, em síntese, que faz jus ao dano moral indenizável, *in re ipsa*, uma vez que o cônjuge e os herdeiros da pessoa falecida podem postular uma reparação pelos prejuízos causados, após a sua morte, por um ato ilícito que atinge sua imagem e memória, em especial no caso dos autos em que o Município move execuções fiscais em face do de *cujos* e vinculando seu CPF às sobreditas execuções.

Suscita que, em razão da gratuidade que lhe fora deferida na origem, a condenação em custas e honorários deveria restar suspensa, diante do que preleciona o art. 98, §3º do CPC.

O **MUNICÍPIO/APELANTE**, por sua vez, alega que a sentença prolatada pelo juízo primevo é extra petita, uma vez que o provimento jurisdicional é diverso daquele pleiteado na peça inicial.

Pontua que “*o error in procedendo (a sentença ser extra petita) se torna mais evidente quando se verifica que: i) houve sentença de extinção da execução fiscal nº 8039872-16.2021.8.05.0039, por remissão do crédito exequendo, anteriormente ao ajuizamento do presente feito; ii) o Município informou sobre a remissão do crédito tributário no bojo da execução fiscal nº 8053996-04.2021.8.05.0039, anteriormente à sua citação na presente ação, iii) a providência determinada por este Juízo já ter sido realizada pelo Município de Camaçari, nos autos da execução fiscal nº 8018093-73.2019.8.05.0039, antes da prolação da sentença deste processo.*”

Requer “*seja reformada a sentença para decotar o fundamento e a conclusão relativa à correção do CPF nas certidões de dívida ativa e, conseqüentemente, nas execuções fiscais respectivas, já que este*

pedido não foi deduzido pelo Recorrido e tampouco consta na sua causa de pedir na petição inicial, em respeito ao art. 492 do CPC e impedir a manutenção de decisão flagrantemente extra petita”.

Pugna, ao fim, pela reforma “*do capítulo de sentença extrapetita, excluindo-se a obrigação de fazer imposta ao Município de Camaçari, e, por via de consequência, em razão da improcedência total dos pedidos exordiaes, estabelecer o ônus sucumbencial unicamente à parte Apelada.*”

Contrarrazões do Município ao ID 56432343.

Sem contrarrazões da parte autora, apesar de devidamente intimada (ID 56432347).

Sendo o que importa relatar, solicito a inclusão do feito em pauta para julgamento, ressaltando que cabe sustentação oral, nos moldes do art. 937, I do CPC.

VOTO

Na origem, **JOSELITA PEREIRA DOS SANTOS DE JESUS e OUTROS** ingressam com ação declaratória de inexigibilidade de débito com dano moral em face do **MUNICÍPIO DE CAMAÇARI**, pleiteando a extinção das execuções fiscais n. 8053996-04.2021.8.05.0039; 8039872-16.2021.8.05.0039; 8018093-73.2019.8.05.0039, bem como a condenação do ente municipal em danos morais.

O juízo primevo, ao sentenciar o feito, determinou que a parte ré vinculasse os créditos tributários ao correto devedor, ou seja, **JOÃO BATISTA DE JESUS – CPF 074.451.215-87**, julgando improcedente o pedido de pagamento de danos morais.

Em sequência, as partes recorreram no ponto em que foram sucumbentes, pleiteando o Município, de um lado, a nulidade da sentença por decisão extrapetita e, a parte autora, de outro, a condenação da municipalidade à indenização por danos morais e, em todo caso, a suspensão da exigibilidade de custas e honorários, tendo em vista ser beneficiário da gratuidade de justiça.

Assim, sopesando os elementos dos autos, com as teses agitadas pelas partes em sede recursal, entendo que tem razão, em parte, tanto o Município, como a parte autora.

Inicialmente, analisando o recurso do réu, de fato, observo que há evidente desconexão entre o pedido e a decisão proclamada, em violação ao disposto nos artigos 141 e 492, do Código de Processo Civil.

No particular, a parte autora declinou, em sua peça preambular, que seu falecido marido vinha sofrendo diversas execuções fiscais em razão de ser homônimo do verdadeiro devedor, requerendo, ao fim:

d) No mérito, reconhecer a extinção do crédito tributário, por força do Artigo 156, inciso I, do CTN, para bem declarar a extinção da dívida executada e, consequentemente, decretar a extinção da ação com a respectiva baixa e arquivamento da execução fiscal;

e) A condenação da Administração Pública a indenização por danos morais no valor de R\$39.060,00 (trinta e nove mil e sessenta reais);

f) Seja acolhida a preliminar de ilegitimidade passiva, com a extinção da ação sem resolução do mérito, com base nos fatos e fundamentos descritos no item 3 desta exordial

Veja-se que, embora a parte autora esclareça que seu falecido marido/genitor não possui relação jurídico-tributária com o Município de Camaçari, em face das execuções fiscais impugnadas, não requereu que tais feitos fossem vinculados à terceira pessoa, estranha à lide.

Contudo, o juízo primevo desviando, em parte, do que fora pedido na exordial, determinou:

Ante todo o exposto, julgo parcialmente procedente o pedido formulado para **determinar à parte ré que vincule, nos autos das execuções fiscais n.º 8053996-04.2021.8.05.0039, n.º 8039872-16.2021.8.05.0039 e n.º 8018093-73.2019.8.05.0039, os créditos tributários ao correto devedor, a saber: JOÃO BATISTA DE JESUS – CPF 074.451.215-87.** Improcedente o pedido de condenação ao pagamento de indenização por danos morais.

Logo, observa-se, na situação dos autos, nítido provimento jurisdicional fora dos pleitos declinados na exordial, já que a causa de pedir e o pedido se lastrearam na ilegitimidade de JOÃO BATISTA DE JESUS (CPF 285.089.205-04), buscando, em maior medida, pronunciamento do juízo no sentido de se declarar a ausência de relação jurídico-tributária entre o de *cujus* e o ente municipal.

Nada obstante, o reconhecimento da nulidade da sentença no ponto não conduz o retorno do feito à origem, diante do que preleciona o Código de Processo Civil. Confira-se:

Art. 1.013. A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada.
(...)

§ 3º Se o processo estiver em condições de imediato julgamento, o tribunal deve decidir desde logo o mérito quando:

I – reformar sentença fundada no art. 485;

II – decretar a nulidade da sentença por não ser ela congruente com os limites do pedido ou da causa de pedir;

III – constatar a omissão no exame de um dos pedidos, hipótese em que poderá julgá-lo;

IV – decretar a nulidade de sentença por falta de fundamentação.

Assim, considerando que na origem já houve formação do contraditório, com apresentação de contestação pelo Município, além de réplica pela parte autora, estando a causa madura para julgamento, passo a análise da causa de pedir/pedido.

Na hipótese, **com relação as execuções fiscais de n. 8053996-04.2021.8.05.0039 e 8039872-16.2021.8.05.0039, observo a perda superveniente do objeto na declaração da ausência da relação jurídico-tributária** porque na primeira o feito já fora extinto, reconhecendo-se a ilegitimidade passiva de JOÃO BATISTA DE JESUS (CPF 285.089.205-04), na forma da sentença de ID 395589872 daqueles autos; enquanto que no segundo processo também proferiu-se sentença extintiva, inclusive com certidão de trânsito em julgado (ID 287677749), diante da notícia de remissão e cancelamento da inscrição de dívida ativa, **de modo que resta prejudicado o pedido de inexistência de débito com relação às referidas execuções fiscais.**

Noutro giro, quanto à execução fiscal de n. 8018093-73.2019.8.05.0039, apesar de já oposto exceção de pré-executividade, não houve pronunciamento judicial, estando o feito pendente de julgamento, pelo que permanece o interesse processual na espécie, inclusive diante da impugnação do Município.

Contudo, observo que também nesta execução, apesar da impugnação, a municipalidade reconhece a ausência de relação jurídico-tributária com de *cujus*, alegando que houve equívoco no endereço constante na CDA. Veja-se (ID 388560281):

“ao confrontar o endereço do proprietário/ executado na ficha cadastral e o constante na exordial, salienta-se que o endereço – Rua do Espírito Santo, nº 244, bairro Quarenta

e Seis, Camaçari-BA, do imóvel de propriedade do esposo da Sr^a.Joselita Pereira dos Santos de Jesus, fora indicado equivocadamente”.

Dessa forma, ante da possibilidade de o Município buscar o adimplemento do crédito tributário em relação ao verdadeiro devedor, afasto o pleito de extinção do referido processo executivo, mas, observando- se a causa de pedir e a própria nomenclatura da ação ajuizada declaro a inexistência de débito/ausência de relação jurídico tributária entre o de cujus, JOÃO BATISTA DE JESUS (CPF 285.089.205-04), e o Município de Camaçari, referentes as CDA(s) do imóvel com inscrição municipal n. 0000007181.

No que se refere ao recurso da parte autora, especificamente em relação ao capítulo da sentença que julgou improcedente o dano moral, entendo que este também merece retoques.

Nesse aspecto, ressalto que o direito a reparação ao dano estritamente moral possui previsão na Constituição Federal, o qual prescreve em seu artigo 5º, incisos V e X:

V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além de indenização por dano moral ou à imagem.

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.”

A seu turno, e em regra, a responsabilidade da Administração Pública é objetiva, consagrada pela teoria do risco administrativo, estando expressamente adotada pela Constituição Federal em seu artigo 37, § 6º, assim redigido:

Art. 37 – omissis

[...]

§ 6º – As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadores 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.

Aliás, na hipótese, vale citar, ainda, previsão do Código Civil:

Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.

Feitas tais considerações, passo à análise do caso concreto.

Na situação em evidência, restaram incontroversos e, sobretudo demonstrados e confessor pelo próprio Município, os fatos alegados na petição inicial, no sentido de que os demandantes receberam indevidamente não apenas uma, mas duas cartas de citação decorrente de execuções fiscais em virtude do *de cujus* de ser homônimo do verdadeiro devedor.

Desse episódio, é possível concluir, sem embargo, que o réu não tomou os devidos cuidados acerca do endereço correto do verdadeiro executado antes da expedição da carta de citação.

Mister ressaltar que o ente público não juntou aos autos nenhum documento a fim de comprovar que a pesquisa realizada pelo juízo da execução fiscal, mediante o uso do número de CPF correto, informou o endereço do *de cujus* como sendo o do verdadeiro executado. Muito ao contrário, confessa que o endereço fora declinado com equívoco, inclusive em sede de apelação:

O de cujus não foi o proprietário ou possuidor a qualquer título dos imóveis de inscrição 7181 e 49164 e as fichas cadastrais dos imóveis acostadas aos autos corroboram tal fato (...) a única ligação do *de cujus* com os imóveis de inscrição imobiliária nº 7181 e 49164 e as referidas execuções fiscais é que foi utilizado o seu endereço, no bojo dos referidos processos, para enviar a carta de citação.

No mais, o fato de a parte ser indevidamente citada em ação de execução fiscal, não caracteriza, por si só, dano moral indenizável. Tal situação, em regra, causa mero dissabor e não afronta qualquer dos direitos da personalidade.

Na hipótese, todavia, restou comprovado a reiteração do equívoco do Município que ajuizou não uma, mas três execuções fiscais declinando na certidão de dívida ativa o endereço do *de cujus*, obrigando a contratação de advoga e a defesa reiterada da ilegitimidade do falecido.

A propósito, trago a colação entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. DANO MORAL. IPTU. EXECUÇÃO FISCAL. DÍVIDA ATIVA. COBRANÇA DIRIGIDA À PESSOA ERRADA. CONSTRANGIMENTO QUE ULTRAPASSA O MERO DISSABOR. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. VALOR DA INDENIZAÇÃO.

RAZOABILIDADE. 1. **É devida a indenização por dano moral quando a persecução estatal ultrapassa o mero dissabor, obrigando o indivíduo que não é parte legítima na ação a se defender reiteradamente, em diversas instâncias judiciais, como no caso vertente.** 2. A pretensão do agravante de rever a condenação demanda incursão no conjunto fático-probatório da demanda, seara na qual o Tribunal a quo é soberano. Incidência da Súmula 7/STJ. 3. Referente ao quantum indenizatório, somente é cabível a intervenção desta Corte quando se mostra irrisório ou exorbitante, hipóteses que não foram demonstradas na presente demanda. Agravo regimental improvido. (STJ - AgRg no AREsp: 426631 RS 2013/0370755-8, Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS, Data de Julgamento: 06/02/2014, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 17/02/2014)

Na mesma linha, esta Corte de Justiça ao julgar situação assemelhada:

APELAÇÃO DO MUNICÍPIO REQUERIDO. DIREITO ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA POR EXECUÇÕES FISCAIS E PENHORAS INDEVIDAS. HOMÔNIMO. SENTENÇA PELA PROCEDÊNCIA PARCIAL. APELO. ERRO INCONTROVERSO. ALEGAÇÃO DE ERRO DE TERCEIRO QUANDO DO CADASTRO QUE CULMINOU NA INSCRIÇÃO DA DÍVIDA EQUIVOCADA. INSCRIÇÃO, **EXECUÇÕES FISCAIS E PENHORAS INDEVIDAS**. CPF DA AUTORA NÃO DEVEDORA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. **ATO ILÍCITO POR PARTE DO**

REQUERIDO/APELANTE. EXECUÇÕES FISCAIS E PENHORAS DE CONTAS. DANO MORAL PRESUMIDO (IN RE IPSA CONFIGURADO). FIXAÇÃO DA INDENIZAÇÃO SEGUNDO CRITÉRIOS DE RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. RECURSO DE APELAÇÃO IMPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA. SUCUMBÊNCIA MÍNIMA DA AUTORA MANTIDA. É incontroverso o erro quando da inscrição de dívida em nome da Autora que ocasionou, restrições, execuções fiscais e penhoras de contas indevidamente. O Cerne da questão que gira em torno da responsabilidade do Requerido pelo erro, os consequentes danos morais e o seu valor arbitrado, bem como a sucumbência. No caso concreto, verifica-se que a Autora, ora Apelada, teve o seu nome inscrito indevidamente na dívida ativa do município de Salvador, por três vezes, uma vez que foram ajuizadas três execuções fiscais, em razão de débitos decorrentes do imposto predial territorial urbano - IPTU, ocasião em que a Recorrida sofreu constrição de seu patrimônio, com penhora de valores, por total negligência do ente municipal. O Apelante cometeu equívocos ao incluir indevidamente o nome da Recorrida em dívida ativa municipal, sendo que ela comprovou que o imóvel de sua propriedade não possuir qualquer débito de IPTU e que houve erro do Município, que assume a existência, porém, o atribui a terceiro. **O Município exerceu o seu direito de forma irresponsável, diante da configuração de cobrança indevida de IPTU, baseada em informações cadastrais incorretas e imprecisas** do próprio gerando prejuízos à Autora/Apelada. Quanto aos danos morais, o ato administrativo de inscrição indevida de crédito tributário em dívida ativa é passível de configurar a responsabilidade do ente tributário pelo dano moral ao contribuinte. Ademais, considero razoável o valor arbitrado. Não houve apenas o ajuizamento da ação e sua extinção, no caso, o embargado sem estar inadimplente, sofreu a constrição judicial através da penhora realizada nos autos de ação de execução fiscal, além disso o erro do município foi reiterado, considerando mais duas ações ajuizadas de forma equivocada, fato confessado pelo Município, havendo divergência quanto ao nome e CPF. Portanto, a sentença recorrida analisou o conjunto probatório constante dos autos, bem como os fatos e fundamentos jurídicos e, com base no livre convencimento motivado, observou a caracterização do ato ilegal praticado pelo Município, reconhecendo o direito à indenização por dano moral em favor da Autora/Apelada no valor de R\$ 35.000,00(trinta e cinco mil reais). Não prospera o argumento do ente municipal que aduz sucumbência parcial. Apelo improvido. **ACÓRDÃO** Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0529503-06.2014.8.05-0001, de Salvador, em que são Apelante e Apelada MUNICÍPIO DE SALVADOR e ÚRSULA MARTINS CATARINO, respectivamente. ACORDAM os Desembargadores integrantes da Segunda Câmara Cível, à unanimidade, Conhecer e NEGAR PROVIMENTO ao Recurso de Apelação do Réu para manter a sentença a quo, de acordo com o voto desta Relatora. (TJ-BA - APL: 05295030620148050001, Relator: LIGIA MARIA RAMOS CUNHA LIMA, 2ª VICE-PRESIDÊNCIA, Data de Publicação: 15/09/2020)

E, ainda, diversos precedentes dos Tribunais pátrios:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. CITAÇÃO EQUIVOCADA EM EXECUÇÃO FISCAL. HOMÔNIMO. DANOS MORAIS CONFIGURADOS.

1) Trata-se de ação de indenização por danos morais aforada em razão da citação equivocada do autor nos autos da ação de execução fiscal movida pelo ente público em

face de homônimo, julgada parcialmente procedente na origem. 2) A responsabilidade civil do município (latu sensu) é objetiva, nos termos do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, respondendo pelos danos que seus agentes derem causa, seja por ação, seja por omissão, cabendo à parte contrária a prova dos fatos, o nexo de causalidade e o dano. 3) Na situação em evidência, restaram incontroversos e, sobretudo demonstrados os fatos alegados na petição inicial, no sentido de que o demandante recebeu indevidamente uma carta de citação, penhora, registro e avaliação, oriunda de execução fiscal, em virtude de ser homônimo do verdadeiro devedor. 4) O mandado juntado com a exordial atesta que o autor fora citado para pagamento de uma dívida que não lhe pertencia, sob pena das medidas legais (penhora de bens), pelo que, necessitou opor embargos à execução para ver reconhecido a sua ilegitimidade e o erro cometido pelo ente público. 5) Desse episódio, é possível concluir, sem embargo, que o demandado não tomou os devidos cuidados acerca do endereço correto do verdadeiro executado antes da expedição da carta de citação. 6) Não há dúvida acerca dos constrangimentos suportados ao autor, pessoa humilde e idosa, ao receber a citação de mencionada execução fiscal. Os transtornos sofridos diante de tal situação, a aflição e o desequilíbrio em seu bem-estar, fogem da normalidade, constituindo-se como agressão à sua dignidade. Em que pese o autor não tenha sofrido penhora de bens ou qualquer outro prejuízo material, a situação vivenciada ultrapassou a esfera do mero dissabor. Trata de danos morais *in re ipsa*, os quais independem de prova do prejuízo concreto. **APELAÇÃO DESPROVIDA. (TJ-RS - AC: 50001162120218210002 CAMAQUÃ, Relator:**

Niwtton Carpes da Silva, Data de Julgamento: 27/10/2022, Sexta Câmara Cível, Data de Publicação: 08/11/2022)

APELAÇÃO – INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – EXECUÇÃO INDEVIDA DE VALORES REFERENTES A IPTU DE HOMÔNIMO DO AUTOR, BEM COMO OUTRAS COBRANÇAS INDEVIDAS – Caracterização de erro da Municipalidade – Existência de nexo de causalidade entre o ato da Administração e o evento danoso – Incidência da responsabilidade objetiva do ente público – Inteligência do art. 37, § 6º do CF – Dano moral caracterizado por força do simples fato da violação – Desnecessidade de comprovação do prejuízo – Inexistência de prescrição, porque se trata de hipótese com aplicação do lustrro prescricional quinquenal, de acordo com o Decreto nº 20.910/32 - Tese firmada no âmbito do STJ, no julgamento do REsp 1.251.993/PR - Indenização arbitrada na origem em R\$ 5.000,00, com adequação, observando-se os critérios de razoabilidade e proporcionalidade - Recurso não provido. (TJ-SP - AC: 10026408920218260529 SP 1002640-89.2021.8.26.0529, Relator: Bandeira Lins, Data de Julgamento: 06/09/2022, 8ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 06/09/2022)

Embargos infringentes. Responsabilidade civil. Indenização decorrente de ajuizamento de execução fiscal indevida. **Homônimo. Negligência do Município. Dano moral. Ocorrência. Transtornos que ultrapassam o mero aborrecimento.** Presentes os pressupostos caracterizadores do instituo da responsabilidade civil.

\n**ACOLHERAM OS EMBARGOS INFRINGENTES, POR MAIORIA. (TJ-RS -**

EI: 70048990139 RS, Relator: Luís Augusto Coelho Braga, Data de Julgamento: 06/07/2012, Terceiro Grupo de Câmaras Cíveis, Data de Publicação: 16/07/2012)

APELAÇÃO. AÇÃO DE REPARAÇÃO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO PODER PÚBLICO. HOMÔNIMO. CITAÇÃO EM EXECUÇÃO FISCAL. CERTIDÃO POSITIVA DE DÉBITO. DESÍDIA DO MUNICÍPIO. NEXO CAUSAL. DANOS MORAIS. DANOS MATERIAIS. DEVER DE INDENIZAR

CONFIGURADO. CONFIRMAÇÃO DA SENTENÇA. A responsabilidade do Estado por danos causados por seus agentes é objetiva, adotando-se a teoria do risco. Constatada conduta do agente estatal, o dano, e o nexo de causalidade entre a referida conduta e o dano moral sofrido, sua reparação é devida, posto que protegido constitucionalmente (artigo 5º, X, da CF/88)- O dano moral classifica-se como lesão a interesses não patrimoniais, surgindo quando a lesão atinge aqueles bens que têm um valor precípuo na vida do ser humano, como a paz, a liberdade individual, a integridade física e a honra - **Não se tratando a hipótese de mero aborrecimento, mas, de execução fiscal ajuizada para a cobrança de débito de responsabilidade de homônimo, em que foi necessária a contratação de advogado para a apresentação de exceção de pré-executividade (prejuízo material passível de ressarcimento) e expedição de certidão positiva de débito fiscal, presente o dano moral indenizável.** (TJ-MG - AC: 10471091137847001 Pará de Minas, Relator: Armando Freire, Data de Julgamento: 28/06/2011, Câmaras Cíveis Isoladas / 1ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 15/07/2011)

A situação gerada, portanto, ultrapassou a esfera do mero dissabor, causando danos aos demandantes que merecem ser indenizados, razão pela qual, sopesando o binômio proporcionalidade e razoabilidade, bem como o fato de que, embora diante das reiteradas execuções fiscais, ausente o bloqueio ou penhora de bens, o valor de R\$ 3.000,00 para cada demandante se mostra justo.

Quanto aos honorários advocatícios, considerando o provimento, em parte, tanto do apelo do Município, como da parte autora e, portanto, a sucumbência recíproca, mantenho os ônus já fixados no juízo de origem, deixando de proceder a majoração em sede recursal, vide art. 85, § 11, do CPC, diante do entendimento firmado pelo STJ ao julgar o Tema 1.059.

Nada obstante, suspensa a exigibilidade das custas e honorários em relação a parte autora, por ser beneficiária da gratuidade de justiça, na forma do art. 98, §3º, do CPC, tal como já fixado pelo juízo de origem.

Conclusão.

Ante o exposto, o voto é no sentido de **DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO DA PARTE RÉ para acolher a preliminar de julgamento extrapetita**, anulando a sentença especificamente quanto à obrigação de fazer imposta pelo juízo de origem e estando a causa madura para julgamento, declarar, de ofício, a perda superveniente do objeto da inexistência de relação jurídico-tributária com relação as execuções fiscais n. 8053996-04.2021.8.05.0039 e 8039872-16.2021.8.05.0039, postos que extintas e, **no que pertine à execução fiscal n. 8018093-73.2019.8.05.0039, declarar a ausência de relação jurídico tributária entre o de cujus, JOÃO BATISTA DE JESUS (CPF 285.089.205-04), e o Município de Camaçari, referente as CDA(s) do imóvel com inscrição municipal n. 0000007181; e DAR PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso da parte autora para condenar à municipalidade ao pagamento de danos morais no importe de R\$ 3.000,00 para cada demandante, nos termos acima fundamentado.

Decorrido o prazo para recurso, baixem-se os autos à origem.

Publique-se. Intime-se. Cumpra-se.

(TJBA - APELAÇÃO CÍVEL n. 8012291-09.2022.8.05.0001. Terceira Câmara Cível. Relator: Desa. Marielza Brandão Franco. Julgado em 05/08/2024).

ACORDÃO

EMENTA: RECURSO DE APELAÇÃO. AÇÃO ACIDENTÁRIA. PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. APLICAÇÃO DOS PARÂMETROS DE HERMENÊUTICA DO *IN DUBIO PRO MISERO* E DA INTERPRETAÇÃO SOCIOLÓGICA. ANÁLISE DAS CONDIÇÕES SOCIOECONÔMICAS ESPECÍFICAS DO APELANTE. RECONHECIMENTO DO DIREITO À CONCESSÃO DE AUXÍLIO-ACIDENTE AO AUTOR TRABALHADOR BRAÇAL. AMPUTAÇÃO PARCIAL DO 2º QUIRODÁCTILO DA MÃO ESQUERDA. LIMITAÇÃO LABORAL RECONHECIDA. REQUISITOS PREENCHIDOS. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

1. Trata a ação sobre o requerimento do benefício de auxílio-acidente em razão de perda da capacidade laboral decorrente de acidente de trabalho no qual o Autor foi vitimado de amputação traumática da falange distal do 2º quirodáctilo da mão esquerda.

2. O Apelante comprovou os requisitos do art. 86 da Lei dos Planos de Benefícios da Previdência Social, bem como, a natureza ocupacional da doença, o que se comprovou das provas juntadas aos autos, sendo o Autor trabalhador braçal, exercendo a atividade de montador de veículos, na funilaria, no reparo de avarias na chaparia, mecânico de automóvel e capotaria.

3. O Art. 371 do Código de Processo Civil prevê, de modo expresso, o Princípio Processual do Livre Convencimento Motivado, que prescreve que o magistrado tem liberdade para apreciar e avaliar as provas produzidas nos autos e, a partir de tais parâmetros, formar livremente o seu convencimento, desde que fundamentado nesses elementos.

4. É certo que o magistrado não está adstrito à conclusão contida no laudo pericial, nos termos do Art. 479 do CPC, assim, no que se examina das provas constantes nos autos, é indubitável a limitação da capacidade laboral do Apelante, diante da perda da falange distal do 2º quirodáctilo da mão esquerda, a demonstrar que a solução dada à lide em primeiro grau destoou do caso em análise considerando as sequelas consolidadas para o labor habitual, sendo devida a concessão do benefício de auxílio-acidente pleiteado.

5. Honorários advocatícios sucumbenciais, a serem definidos na fase de liquidação do julgado, em conformidade ao previsto no art. 85, § 4º, II, do CPC, oportunidade em que os litigantes poderão discutir, em contraditório, os parâmetros pertinentes e a aplicação da Súmula 111/STJ, observando o decidido pelo Superior Tribunal de Justiça ao Tema nº. 1.105

6. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos da **Apelação Cível nº 8012291- 09.2022.8.05.0001**, em que é Apelante, **ROBSON LEONARDO DOS SANTOS PEREIRA**, e Apelado, **INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS**.

ACORDAM os Desembargadores integrantes da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia em **DAR PROVIMENTO** ao Recurso de Apelação na forma do voto da Relatora.

DECISÃO PROCLAMADA

Conhecido e provido Por Unanimidade

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Apelação, interposto por **ROBSON LEONARDO DOS SANTOS PEREIRA**, em face da Sentença, na **AÇÃO DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO POR ACIDENTE DE TRABALHO - AUXÍLIO-ACIDENTE**, julgada improcedente pelo juízo da Vara de Acidentes de Trabalho da Comarca de Salvador, nos seguintes termos:

“(...) Portanto, a necessidade de adoção de cuidados preventivos, não implica em quaisquer restrições de capacidade, representando práticas que todo trabalhador deveria adotar para evitar doenças funcionais.

Por tudo o exposto, JULGO IMPROCEDENTE O PEDIDO, em virtude da ausência de qualquer tipo de incapacidade que afete o(a) Autor(a), extinguindo, como corolário, o processo com resolução de mérito, conforme art. 487, I, do Código de Processo Civil de 2015.

Isenta de custas e sem condenação em honorários, tendo em vista o que prescreve o artigo 129, parágrafo único da Lei 8.213/91 e a Súmula 110 do STJ.

Aguarde-se o decurso do prazo recursal. Havendo recurso, retornem-se os autos para as providências dos §§ 1º e 2º do artigo 1010 do CPC. Não interposto por qualquer das partes, arquivem-se os autos, com a correspondente baixa (...).”

Irresignado, o Autor interpôs apelação, sustentando em síntese que “embora o laudo oficial não ateste categoricamente lesão parcial, há nos autos elementos comprobatórios de que o recorrente possui lesões parciais, conforme se pode verificar através do Laudo Médico Pericial elaborado na trabalhista na ação de responsabilidade civil movida em face do seu empregador, processo 000128-74.2022.5.05.0037, na qual o i. Perito assevera que em razão do típico acidente do trabalho sofrido o recorrente possui lesões de natureza leve”; e que “há elementos nos autos a amparar o julgamento de procedência da pretensão autoral, sendo o laudo oficial apenas um dos meios de provas produzidos na presente demanda”.

Por fim, requer a procedência do recurso e a reforma da sentença para que seja concedido deferido o pleito e concedido o benefício de auxílio-acidente.

O Apelado não apresentou contrarrazões ao Recurso, conforme certidão de Id. Num. 48355031. Foram distribuídos os autos a esta Relatoria.

Em cumprimento ao art. 931, do CPC, restituo os autos à Secretaria, com relatório, ao tempo em que solicito dia para julgamento, salientando, com fulcro no art. 937, I, do referido Código, a possibilidade de sustentação oral.

É o que importa relatar. Passo a decidir.

VOTO

Recurso tempestivo, Apelante beneficiário da justiça gratuita, preparo dispensado. Preenchidos os pressupostos de admissibilidade, conhecimento do recurso.

Trata-se de Recurso de Apelação, interposto pelo Autor, em face da Sentença, que na Ação de Concessão de Auxílio-acidente, julgou improcedente a demanda.

Sustenta o Recorrente em síntese que apesar da perícia judicial ter concluído a ausência de limitação funcional, houve sequelas que implicam no direito de concessão de auxílio-acidente, não estando o juiz adstrito às conclusões da perícia, podendo julgar com as demais provas presentes nos autos.

O Autor requer apenas o benefício do auxílio-acidente, em razão da limitação funcional que se apresenta neste momento, pois foi vitimado de amputação distal de segundo quirodáctilo de mão esquerda, trabalhador braçal, passa se tornar mais limitadora.

Do caderno processual infere-se que o Apelante comprovou os requisitos do art. 86 da Lei dos Planos de Benefícios da Previdência Social, bem como, a natureza ocupacional da doença, o que se comprovou das provas juntadas aos autos, sendo o Autor trabalhador braçal, exercendo a atividade de montador de veículos, na funilaria, no reparo de avarias na chaparia, mecânico de autos e capotaria.

Em seguimento, dos autos é possível extrair de forma incontroversa que o Autor sofreu lesão gravíssima e insanável, com amputação traumática parcial do 2º quirodáctilo da mão esquerda.

Pois bem, o Art. 371 do Código de Processo Civil prevê, de modo expresso, o Princípio Processual do Livre Convencimento Motivado, que prescreve que o magistrado tem liberdade para apreciar e avaliar as provas produzidas nos autos e, a partir de tais parâmetros, formar livremente o seu convencimento, desde que fundamentado nesses elementos.

Posta essa premissa, é certo que o magistrado não está adstrito à conclusão contida no laudo pericial, nos termos do Art. 479 do CPC.

Sobre o tema, leia-se um precedente do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, o qual a Corte Federal sedimentou o entendimento de que o juiz apreciará a prova pericial de acordo com o disposto no art. 371, indicando na sentença os motivos que o levaram a considerar ou a deixar de considerar as conclusões do laudo, podendo discordar, fundamentadamente, das conclusões do perito em razão dos demais elementos probatórios coligido aos autos, sendo que, ao final, a aludida Corte reconheceu em favor da parte o direito à percepção de auxílio doença. Assim, leia-se:

PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO POR INCAPACIDADE. VINCULAÇÃO AO LAUDO. INOCORRÊNCIA. PROVA INDICIÁRIA. LUMBAGO COM CIÁTICA; ESTENOSE DA COLUNA VERTEBRAL; TRANSTORNOS DE DISCOS LOMBARES E DE OUTROS DISCOS INTERVERTEBRAIS COM RADICULOPATIA E DORSALGIA. COMPROVAÇÃO. AUXÍLIO-DOENÇA. 1. O juízo não está adstrito às conclusões do laudo médico pericial, nos termos do artigo 479 do NCPC (O juiz apreciará a prova pericial de acordo com o disposto no art. 371, indicando na sentença os motivos que o levaram a considerar ou a deixar de considerar as conclusões do laudo, levando em conta o método utilizado pelo perito), podendo discordar, fundamentadamente, das conclusões do perito em razão dos demais elementos probatórios coligido aos autos. 2. Ainda que o caderno processual não contenha elementos probatórios conclusivos com relação à incapacidade do segurado, caso não se possa chegar a uma prova absolutamente conclusiva, consistente, robusta, é adequado que se busque socorro na prova indiciária e nas evidências. 3. Tendo o laudo pericial confirmado a moléstia referida na exordial exordial (M51.1- Transtornos de discos lombares e de outros discos intervertebrais com radiculopatia M54.4 -Lumbago com ciática M48.0 - Estenose da coluna vertebral M55.5 - Dorsalgia), corroborada pela documentação clínica supra, associada às suas condições pessoais - habilitação profissional (sapateiro) e idade atual (43 anos) - demonstra que houve efetiva incapacidade para o exercício da atividade profissional, o que enseja, indubitavelmente, o restabelecimento do auxílio-doença desde a indevida cessação até a data da realização da perícia judicial que atestou a recuperação da capacidade do autor para o seu trabalho habitual. 4. **Apelação provida.**

(TRF-4 - AC: 50332442620184049999 5033244-26.2018.4.04.9999, Relator: PAULO AFONSO BRUM VAZ, Data de Julgamento: 18/09/2019, TURMA REGIONAL SUPLEMENTAR DE SC) (grifos nossos).

De mais a mais, é importante salientar que, em se tratando de direitos sociais e, sobretudo, de direito previdenciário, ramo da ciência jurídica primordial para a concretização da proteção social do indivíduo e da efetivação do Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana, na hipótese de existência de divergência de laudos médicos, o parâmetro de interpretação a ser considerado é o do “IN DUBIO PRO MISERO”, entendido como uma forma de hermenêutica utilizada pelo magistrado, quando este se deparar com um processo onde é possível interpretar as provas apresentadas de diversas formas, devendo o julgado considerar as provas mais favoráveis à parte hipossuficiente. Sobre o tema, leia-se precedente do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Goiás:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RESTABELECIMENTO/CONCESSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO C/C ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. AUXÍLIO- DOENÇA. PERÍCIA MÉDICA VÁLIDA. INCAPACIDADE PARCIAL DA APELADA/A. RESTABELECIMENTO DE BENEFÍCIO. TERMO INICIAL. 1. In casu, a perícia produzida no processo mostra-se satisfatória, vez que realizada por órgão oficial desta eg. Tribunal, atendendo aos comandos da determinação judicial. 2. Havendo divergência de interpretação e valoração do laudo médico pericial, deve o Julgador optar pelo entendimento mais favorável à parte hipossuficiente, em razão do princípio in dubio pro misero, observado, ainda, o princípio do livre convencimento motivado ou persuasão racional. 3. O termo inicial para o restabelecimento de benefício de auxílio-doença deve ser a data da cessação indevida. 4. Inviável a pretensão de prequestionamento acerca de determinados dispositivos citados, porquanto, dentre as funções do Poder Judiciário, não lhe é atribuída a de órgão consultivo. APELAÇÃO CÍVEL CONHECIDA E DESPROVIDA. SENTENÇA MANTIDA. (TJ-GO 0002657-45.2012.8.09.0105, Relator: DELINTRO BELO DE ALMEIDA FILHO, Mineiros - 1ª Vara Cível, Data de Publicação: 30/01/2018) (grifos nossos).

Postas essas premissas, não podemos deixar de olvidar que a realidade social se impõe e orienta a aplicação do direito e, não por acaso, que na seara do direito trabalhista, prevalece o Princípio da Primazia da Realidade, segundo o qual a verdade dos fatos impera sobre qualquer contrato formal.

Em outras palavras, caso haja conflito entre o que está escrito e o que ocorre de fato, prevalece o que ocorre de fato, sendo que no âmbito previdenciário a mesma lógica é aplicável, de modo a se adotar uma espécie de hermenêutica sociológica, com vistas a se verificar a aplicação da lei da melhor forma possível dentro da sociedade, realizando-se, por conseguinte, uma concatenação lógica entre a dogmática jurídica, a causa e a finalidade que determinada lei propõe.

Dessa maneira, qual seria, sob a perspectiva da interpretação sociológica, a finalidade do auxílio-doença? O auxílio-acidente é um benefício previdenciário pago pelo INSS ao *segurado quando, após consolidação das lesões decorrentes de acidente de qualquer natureza, resultarem seqüelas que impliquem redução da capacidade para o trabalho que habitualmente exercia*. Assim, com ele, o segurado protege a sua renda e garante o seu bem-estar.

Dessa maneira, leia-se a integralidade do Art. 86 da Lei 8.213/91 *in verbis*:

Art. 86, da Lei 8.213/91. O auxílio-acidente será concedido, como indenização, ao segurado quando, após consolidação das lesões decorrentes de acidente de

qualquer natureza, resultarem seqüelas que impliquem redução da capacidade para o trabalho que habitualmente exercia. (grifos nossos).

Nesse sentido, para a concessão do auxílio-acidente, deve ser considerado, sob as perspectivas da interpretação sociológica e do “in dubio pro misero”, não apenas a enfermidade em si, mas, também, o contexto das condições sociais e econômicas do segurado que o impossibilita a se reinserir no mercado de trabalho, sobretudo quando da análise do acervo probatório se evidencia, de modo cristalino, uma divergência entre laudos médicos ou em relação a outras provas, que é o caso da presente demanda, visto que houve perda parcial de dedo da mão esquerda, confirmado pelos documentos do acidente relatório médico e perícia, sendo o Autor trabalhador braçal, exercendo a atividade de montador de veículos, na funilaria, no reparo de avarias na chaparia, mecânico de autos e capotaria.

Assim, leia-se precedente judicial do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Goiás:

EMENTA: DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO PREVIDENCIÁRIA DE CONVERSÃO DE AUXÍLIO-ACIDENTE EM APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. LAUDO PERICIAL CONCLUSIVO PELA INCAPACIDADE PARCIAL E PERMANENTE. IN DUBIO PRO MISERO. CRITÉRIOS PESSOAIS E SOCIAIS. IMPOSSIBILIDADE DE REINserÇÃO NO MERCADO DE TRABALHO. TERMO INICIAL. DATA DA CITAÇÃO. CONECTIVOS LEGAIS. ADEQUAÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SENTENÇA ILÍQUIDA. 1. A concessão da aposentadoria por invalidez requer a análise de elementos pertinentes que vão além dos listados no art. 42, da Lei nº 8.213/1991. É imprescindível considerar fatores adicionais, como a situação socioeconômica, profissionais e culturais do segurado, consoante entendimento do Superior Tribunal de Justiça e deste Tribunal de Justiça. 2. No caso de eventuais divergências quanto a possíveis interpretações ou a valoração de provas, impõe-se ao aplicador do direito optar pelo entendimento mais favorável à parte hipossuficiente (aplicação do princípio in dubio pro misero), mormente em se tratando de causa de natureza previdenciária, na qual se deve conferir prevalência à garantia e efetivação do princípio da dignidade humana, em especial o direito à subsistência, ainda que em detrimento dos princípios e regras que resguardam a Administração Pública, a par de um juízo de ponderação dos valores envolvidos. 3. É admissível a concessão de aposentadoria por invalidez quando a incapacidade parcial é acompanhada por outras circunstâncias que claramente demonstrem a inviabilidade de reabilitação do segurado para desempenhar sua atividade habitual ou qualquer outra ocupação que assegure sua subsistência, de modo que o julgador não está adstrito ao laudo pericial, tendo a prerrogativa de formar sua convicção com base em outros elementos apurados nos autos. 4. Desfavoráveis as condições socioeconômicas, profissionais e culturais, impõe-se a concessão de aposentadoria por invalidez. 5. Tratando-se de condenação judicial de natureza previdenciária, incidem correção monetária, pelo INPC (art. 41-A, Lei nº 8.213/91), desde a data do vencimento e juros de mora segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança (art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com redação dada pela Lei nº 11.960/09), a contar da citação, ambos até 08.12.2021, a partir de quando (09/12/2021) deverá incidir a taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (Selic), acumulado mensalmente, uma única vez, até o efetivo pagamento, nos termos do art. 3º da EC 113/2021. 6. Por se tratar de sentença ilíquida, os honorários advocatícios sucumbenciais devem ser definidos em fase de liquidação de sentença, conforme disciplina o art. 85, § 4º, inciso II, do CPC,

com incidência apenas sobre as prestações vencidas até a prolação da sentença, conforme Súmula 111 do STJ. APELAÇÃO CÍVEL CONHECIDA E DESPROVIDA. DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. (TJ-GO - APL: 54399833020198090011 APARECIDA DE GOIÂNIA, Relator: Des(a). DESEMBARGADORA MARIA DAS GRAÇAS CARNEIRO REQUI, 9ª Câmara Cível, Data de Publicação: (S/R) DJ) (grifos nossos).

De igual forma, há precedentes de outros Tribunais Pátrios que reconhecem a prerrogativa do magistrado de analisar as circunstâncias do caso concreto e as condições socioeconômicas do segurado, podendo o juiz, se assim entender, conceder determinado benefício, ainda que o laudo pericial divirja da prova apresentada pelo Autor.

Assim, leia-se precedente no Egrégio Tribunal de Justiça do Ceará nesse sentido:

PREVIDENCIÁRIO. APELAÇÃO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. CONCESSÃO DE APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. REQUISITOS LEGAIS DEMONSTRADOS. INCAPACIDADE LABORAL PARCIAL E DEFINITIVA ATESTADA EM LAUDO PERICIAL. SÚMULA 47 DA TNU. PONDERAÇÃO COM AS CONDIÇÕES SOCIOECONÔMICAS E CULTURAIS DO SEGURADO. PROGNÓSTICO PESSIMISTA PARA REABILITAÇÃO DO RECORRIDO PARA O EXERCÍCIO DE ATIVIDADE LABORAL. DEVER DE CONCEDER A PARTIR DA DATA DA CESSAÇÃO DO ÚLTIMO AUXÍLIO-DOENÇA DEFERIDO (10/04/2019). APLICAÇÃO DE JUROS PELO ÍNDICE OFICIAL DA CADERNETA DE POUPANÇA. CORREÇÃO MONETÁRIA PELO INPC. ISENÇÃO DE CUSTAS PROCESSUAIS PELO INSS. PERCENTUAL DA VERBA HONORÁRIA A SER FIXADO QUANDO DA LIQUIDAÇÃO DO JULGADO. INTELIGÊNCIA DO ART. 85, § 4º, II, DO CPC. APELO CONHECIDO E DESPROVIDO. 1. A competência para processar e julgar as causas relativas à concessão de benefícios previdenciários decorrentes de acidente de trabalho, conforme o STF assentou, em repercussão geral (tema 414), é da Justiça Estadual. 2. A lide diz respeito ao pedido para que o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) conceda ao autor o benefício de aposentadoria por invalidez, a contar da data de 10/04/2019 (data de cessação do último auxílio-doença concedido), tendo em vista as condições socioeconômicas e culturais do segurado. 3. Resta incontroverso nos autos que o apelado sofreu acidente de trânsito no trajeto para o trabalho, sendo portador de lesão de menisco medial de joelho direito (CID 10 M23.2), entorse e distensão envolvendo ligamento cruzado (anterior) (posterior) do joelho (CID 10 S83.5), lumbago com ciática (CID 10 M54.4), outras sinovites e tenossinovites (CID 10 M 65.8) e síndrome servicobraquial (CID 10 M53.1), motivo pelo qual passou a receber o benefício de auxílio-doença acidentário (Código 91), consoante documento de p. 18. 4. Aplicação da Súmula 47 da TNU: “Uma vez reconhecida a incapacidade parcial para o trabalho, o juiz deve analisar as condições pessoais e sociais do segurado para a concessão de aposentadoria por invalidez”. Desta feita, revela-se escorreita a concessão de aposentadoria por invalidez acidentária ao recorrido. 5. Quanto à condenação do INSS à concessão de aposentadoria por invalidez, deve-se avaliar as circunstâncias sociais, econômicas e culturais que cercam o segurado no intuito de ser este reinserido no mercado de trabalho, ainda que a perícia técnica tenha concluído pela incapacidade parcial para o labor. 6. In casu, o demandante possui 54 (cinquenta e quatro) anos de idade, pouca instrução (ensino fundamental completo), tem dor e limitação de movimentos na coluna vertebral e no joelho direito, circunstâncias que impossibilitam a reabilitação do segurado ao exercício

de qualquer atividade laboral que lhe garanta a subsistência, dificultando a sua reinserção no mercado de trabalho. 7. Isenção legal do INSS ao pagamento de custas processuais. 8. Aplicação do INPC como índice de correção monetária. 9. Fixação do percentual de honorários advocatícios após a liquidação do julgado. 10. Apelo conhecido e desprovido. **ACÓRDÃO** Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a 1ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por julgamento de Turma e decisão unânime, em conhecer da apelação para negar-lhe provimento, nos termos do voto do Relator. Fortaleza, 25 de outubro de 2021.

DESEMBARGADOR FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA Relator (TJ-CE - AC: 00085696820198060167 CE 0008569-68.2019.8.06.0167, Relator: FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA, Data de Julgamento: 25/10/2021, 1ª Câmara Direito Público, Data de Publicação: 25/10/2021) (grifos nossos).

Nessa mesma linha de inteligência, leia-se precedente do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso:

*RECURSO DE APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE RESTABELECIMENTO DE AUXÍLIO DOENÇA CONVERTIDO EM APOSENTADORIA POR INVALIDEZ – PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS – LAUDO PERICIAL – INCAPACIDADE PERMANENTE E DEGENERATIVA – MOTORISTA DE CAMINHÃO – CONDIÇÕES PESSOAIS E SOCIOECONÔMICAS DO SEGURADO DESFAVORÁVEIS À REINERÇÃO NO MERCADO DE TRABALHO – TERMO INICIAL DO BENEFÍCIO – DATA DA SUSPENSÃO DO AUXÍLIO-DOENÇA – TEMA 862/STJ – CONECTIVOS LEGAIS – TEMAS 810/STF E 905/STJ – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – FIXAÇÃO EM LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA – ARTIGO 85, § 4º, II, DO CPC - SENTENÇA REFORMADA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1 - O art. 42 da Lei federal nº 8.213/1991 prevê que a aposentadoria por invalidez deve ser concedida ao segurado que, estando, ou não, em gozo do auxílio-doença, for considerado incapaz para o trabalho e insuscetível de reabilitação para o exercício da atividade que lhe garanta a subsistência, e ser-lhe-á paga enquanto permanecer nesta condição. 2 - **Entretanto, a concessão de aposentadoria por invalidez deve atender, além dos elementos do artigo 42 da Lei federal nº 8.213/1991, aos aspectos socioeconômicos, profissionais e culturais do segurado, ainda que o laudo pericial tenha concluído pela sua incapacidade parcial para o trabalho.** 3 - Assim, a despeito da natureza parcial da incapacidade, se as condições pessoais e sociais do segurado demonstram a inviabilidade fática de sua reinserção no mercado de trabalho, a concessão da aposentadoria por invalidez é medida impositiva. 4 - O termo inicial do benefício previdenciário deve recair no dia seguinte ao da cessação do auxílio-doença que lhe deu origem, observando-se a prescrição quinquenal da Súmula 85/STJ. Inteligência do Tema 862/STJ. 5 - O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento das ADIs 4357 e 4425, do RE 870.947/SE (Tema 810) e do REsp 1.495.146/MG (Tema 905), ditaram as diretrizes para a atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública, como na hipótese.*

(TJ-MT - AC:10482784520198110041, Relator: MARIA APARECIDA RIBEIRO, Data de Julgamento: 05/06/2023, Primeira Câmara de Direito Público e Coletivo, Data de Publicação: 14/06/2023) (grifos nossos).

Dessarte, a redução da capacidade laboral implica em concessão do benefício de auxílio-acidente.

Em seguimento, ao que se examina das provas constantes nos autos, é indubitável a limitação da capacidade laboral do Apelante, diante da perda da falange distal do 2º quirodáctilo esquerdo, a demonstrar que a solução dada à lide em primeiro grau destoou do caso em análise considerando as sequelas consolidadas para o labor habitual.

Isto posto, demonstrando o preenchimento dos requisitos para a concessão é devido o auxílio-acidente ao segurado nos termos do art. 86 da Lei nº 8.213 de 24 de Julho de 1991, veja-se:

Art. 86. O auxílio-acidente será concedido, como indenização, ao segurado quando, após consolidação das lesões decorrentes de acidente de qualquer natureza, resultarem sequelas que impliquem redução da capacidade para o trabalho que habitualmente exercia.

O Colendo Superior Tribunal de Justiça firmou teses a em relação à incapacidade laborativa, para fins de concessão do benefício de auxílio-acidente, nos seguintes termos:

“Tema Repetitivo nº. 156 do STJ: Será devido o auxílio-acidente quando demonstrado o nexo de causalidade entre a redução de natureza permanente da capacidade laborativa e a atividade profissional desenvolvida, sendo irrelevante a possibilidade de reversibilidade da doença”.

“Tema Repetitivo nº. 416 do STJ: “Exige-se, para concessão do auxílio- acidente, a existência de lesão, decorrente de acidente do trabalho, que implique redução da capacidade para o labor habitualmente exercido. O nível do dano e, em consequência, o grau do maior esforço, não interferem na concessão do benefício, o qual será devido ainda que mínima a lesão”.

Conforme a reiterada jurisprudência do STJ, a data de início do benefício previdenciário por acidente, deve ser o dia seguinte ao da cessação do benefício anterior, assim, no caso concreto a data a ser considerada deve ser o dia seguinte a data de cessação do auxílio-doença.

Com efeito, vale destacar que o Superior Tribunal de Justiça julgou o Tema Repetitivo nº. 862, fixando o seguinte entendimento:

“Tema Repetitivo nº. 862 STJ: O termo inicial do auxílio-acidente deve recair no dia seguinte ao da cessação do auxílio-doença que lhe deu origem, conforme determina o art. 86, § 2º, da Lei 8.213/91, observando-se a prescrição quinquenal da Súmula 85/STJ.”

Em relação à correção monetária, está incidirá a contar do vencimento de cada prestação e será á calculada pelo INPC a partir de abril de 2006 (Lei 11.430/06, que acrescentou o artigo 41-A a Lei 8.213/91), conforme decisão do Supremo Tribunal Federal no Tema 810, RE 870.947, Pleno, Rel. Min. Luiz Fux, DJE de 20.11.2017, item 2 (EDs rejeitados na íntegra sem modulação dos efeitos, julgamento concluído em 03.10.2019), e do Superior Tribunal de Justiça no Tema 905. REsp. 1.492.221/PR, 1ª Seção, Rel. Min. Mauro Campbel Marques, DJe de 20.03.2018, item 3.2 da decisão e da tese firmada.

Quanto aos juros moratórios estes serão de 1% (um por cento) ao mês aplicados a contar da citação (Súmula 204 do STJ), até 29.06.2009 e a partir de 30.06.2009, serão computados de acordo

com os índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, conforme dispõe o artigo 5º da Lei 11.960/09, que deu nova redação ao artigo 10-F da Lei 9.494/97, consoante decisão do STF no RE 870.947, DJE de 20.11.2017.

A inexistência de trânsito em julgado não impede a produção imediata dos efeitos dos precedentes firmados pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF, ARE 686607 ED, Rel. Min. Dias Toffoli, 1ª T., j. 30.10.2012; RMS 35348 AgR, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª T., j. 10.5.2019).

Por fim, a correção monetária e os juros devem ser calculados com base na taxa SELIC, a partir de 09/12/2021, data da entrada em vigor da Emenda Constitucional nº. 113/2021, neste sentido, veja-se o seguinte precedente:

*EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO DE APELAÇÃO EM AÇÃO REVISIONAL DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. MATÉRIA ALEGADA EM SEDE DE EMBARGOS QUE NÃO FOI OBJETO DE RECURSO DE APELAÇÃO. INOVAÇÃO RECURSAL. EMBARGOS NÃO CONHECIDOS NESSA PARTE. PRECLUSÃO CONSUMATIVA. JUROS DE MORA E CORREÇÃO MONETÁRIA. APLICAÇÃO DO TEMA 810 DO STF E TEMA 905 DO STJ. **NOVO REGRAMENTO A PARTIR DA EC Nº 113/2021. INCIDÊNCIA UMA ÚNICA VEZ DA TAXA SELIC.** ACLARATÓRIOS PARCIALMENTE CONHECIDOS E PROVIDOS. 1. Como é cediço, os aclaratórios constituem modalidade recursal de integração e objetivam esclarecer obscuridade, eliminar contradição, suprir omissão ou corrigir erro material, consoante estabelece o art. 1.022 do CPC. 2. A parte embargante alega que os presentes aclaratórios são cabíveis, sob o fundamento de que a decisão atacada foi omissa por não ter apreciado a alegação de decadência do direito à revisão de benefício previdenciário com fundamento no art. 103 da Lei nº 8.213/91. 3. Nesse ponto, os presentes embargos não devem ser conhecidos em face da inexistência de omissão, haja vista que a matéria suscitada nos aclaratórios não foi arguida no recurso de apelação, conforme se infere da análise pormenorizada das razões recursais, tratando-se, portanto, de inovação recursal face a ocorrência da preclusão consumativa. 4. Verifica-se a existência da omissão apontada na peça de embargos, visto que a correção monetária e os juros devem ser calculados com base na taxa SELIC, a partir de 09/12/2021, data da entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 113/2021, aplicável a todos os processos em curso contra a Fazenda Pública, porque não pode a Emenda Constitucional ser aplicada retroativamente. 5. Aliás, o art. 3º da EC nº 113/2021 assim estabelece: “Nas discussões e nas condenações que envolvam a Fazenda Pública, independentemente de sua natureza e para fins de atualização monetária, de remuneração do capital e de compensação da mora, inclusive do precatório, haverá a incidência, uma única vez, até o efetivo pagamento, do índice da taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (Selic), acumulado mensalmente.”. 6. Embargos de declaração parcialmente conhecidos e providos para sanar omissão, consignando que a correção monetária e os juros devem ser calculados com base na taxa SELIC, a partir de 09/12/2021. **ACÓRDÃO** Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que figuram como partes as acima identificadas, acorda a Terceira Câmara de Direito Público do Egrégio Tribunal de Justiça do Ceará, por unanimidade, conhecer em parte e dar provimento aos embargos de declaração, em conformidade com o voto da Relatora. Fortaleza/CE, data e hora da assinatura digital. Presidente do Órgão Julgador MARIA VILAUBA FAUSTO LOPES Desembargadora Relatora*

(TJ-CE - EMBDECCV: 00007521520098060001 Fortaleza, Relator: MARIA VILAUBA FAUSTO LOPES, Data de Julgamento: 28/11/2022, 3ª Câmara Direito Público, Data de Publicação: 28/11/2022).

Consigne-se que, para fins de prequestionamento, encontra-se o julgado em consonância com os dispositivos legais e constitucionais mencionados nas razões recursais.

Ante o exposto voto pelo conhecimento e **PROVIMENTO** do Recurso de Apelação, para que seja reformada a sentença e concedido ao Apelante o benefício de auxílio-acidente pleiteado a partir de findo o auxílio-doença, sendo considerada, entretanto, a prescrição quinquenal das parcelas anteriores aos cinco anos da propositura da ação, honorários advocatícios sucumbenciais, a serem definidos na fase de liquidação do julgado, em conformidade ao previsto no art. 85, § 4º, II, do CPC, oportunidade em que os litigantes poderão discutir, em contraditório, os parâmetros pertinentes e a aplicação da Súmula 111/STJ, observando o decidido pelo Superior Tribunal de Justiça ao Tema 1.105 e quanto a correção monetária e juros de mora aplicáveis na forma definida neste voto.

JURISPRUDÊNCIA CÍVEL



— 150 —

— ¿Y cómo
preocuparse
encontraron al
ahí las cosas así
Pais. — ¿Qué y qué?
teoría. — Se para con
Me ref. a España en la
refugiados.

(TJBA - CONFLITO DE JURISDIÇÃO. Processo nº: 8061155-13.2024.8.05.0000. Seção Criminal. Relator: DES. NILSON CASTELO BRANCO, Julgado em 04/12/2024).

EMENTA: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. 2ª VARA CRIMINAL E VARA DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. COMARCA DE FEIRA DE SANTANA. MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA REQUERIDAS PELA VÍTIMA DE AGRESSÕES VERBAIS E FÍSICAS SUPOSTAMENTE PRATICADAS POR SEU IRMÃO. INCIDÊNCIA DA LEI Nº 11.340/2006. COMPETÊNCIA DA VARA ESPECIALIZADA. CONFLITO PROCEDENTE.

1. Trata-se de conflito que tem por objeto a definição da competência para o processo e o julgamento do pedido de aplicação de medidas protetivas de urgência, tombado sob o nº 8015159-43.2024.8.05.0080, requerido pela vítima individualizada nos autos, em razão das supostas agressões físicas e verbais praticadas pelo irmão daquela.

2. A análise do mérito do conflito negativo de competência suscitado dirige-se à apreciação do contexto fático e normativo subjacente à discrepância manifestada pelas partes, bem como à conseguinte identificação do critério decisório mais apropriado para a sua resolução.

3. A esse respeito convém explicitar que comungo do entendimento no sentido de que deve ser preconizada a aplicação da Lei nº 11.343/2006, a partir de fatores objetivos, reveladores das hipóteses de violência descritas no artigo 5º¹. Nesse sentido, segue a postura da doutrina².

4. Assim, diante da notícia/comunicação de uma ação violenta contra a mulher e tendo sido identificado o contexto afetivo e/ou doméstico e/ou familiar entre a vítima do sexo feminino e seu agressor, deve-se partir da presunção *juris tantum* de que a referida violência se deu em razão do gênero.

5. Por essa senda, a incidência da novel legislação é determinada sem a necessária demonstração, pela mulher ofendida, da motivação específica do agressor. Em outras palavras, o preconceito, a subjugação, o menosprezo, a vingança ou a discriminação quanto ao gênero feminino, este não seria um fator a ser provado pela mulher vitimada, *ab initio*, como requisito para a aplicação dos institutos jurídicos que visam protegê-la, inclusive como forma de viabilizar o acesso à justiça e a investigação dos casos de violência para a contenção de resultados mais graves à saúde, à integridade física e à vida da mulher. Entendimento que, inclusive, se justifica no contexto potencializador da violência, quando o agressor é alcoólatra e/ou usuário de drogas. Por essa trilha, também se apresenta a postura de Renato Brasileiro³.

6. Essa parece, inclusive, a razão de ser e a mais ajustada compreensão do artigo 40-A da Lei Maria da Penha, incluído pela Lei nº 14.550/2023 (DOU 20.04.2023), o qual estipula, em prol da efetividade da proteção dirigida à mulher vítima de violência, que “Esta Lei será aplicada a todas as

1 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.

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.

2 LOBO, Marcela. Medidas Protetivas de Urgência. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2023. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/medidas-protetivas-de-urgencia-ed-2023/1982367480>. Acesso em: 3 de setembro de 2024. FERNANDES, Valéria Diez Scarance. **Lei Maria da Penha: O processo no caminho da efetividade**. 5. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora JusPodivm, 2024, p. 73.

3 LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Legislação Criminal Especial - Volume Único. 12. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora JusPodivm, 2024, p. 1505.

situações previstas no seu art. 5º, independentemente da causa ou da motivação dos atos de violência e da condição do ofensor ou da ofendida”.

7. Nesse sentido, na linha da doutrina de Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto⁴, entendo que, tendo sido narrada pela ofendida a situação de violência a que está submetida, essa deve ser, em princípio, reputada verossímil, para efeito de aplicação dos institutos previstos na Lei Maria da Penha, configurando-se como ônus do agressor a demonstração de que o ato sob apuração não tem correlação com violência de gênero.

8. Na mesma direção, apresentam-se os recentes julgados do Superior Tribunal de Justiça. Confira-se: STJ - AgRg no REsp n. 2.080.317/GO, Relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 4/3/2024, DJe de 6/3/2024; AgRg no REsp n. 1.906.303/SP, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 13/3/2023, DJe de 16/3/2023; REsp n. 1.913.762/GO, Relator Ministro Antônio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 14/2/2023, DJe de 17/2/2023.

9. Tendo como ponto de partida o critério jurídico apresentado, cabe analisar o contexto fático que ensejou o presente conflito. Emerge dos autos que a ofendida comunicou à autoridade policial as agressões sofridas no dia 13/06/2024, supostamente perpetradas por seu irmão, Wiliton dos Santos.

10. Encaminhado o correspondente pedido de medidas protetivas de urgência para a Vara de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher da Comarca de Feira de Santana, o Ministério Público posicionou-se no sentido da imposição de medidas protetivas de urgência contra o agressor.

11. O Magistrado da Vara de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher da Comarca de Feira de Santana, nada obstante o relato da agressão sofrida, deliberou pela redistribuição dos autos a uma das Varas Criminais da Comarca de Feira de Santana/BA.

12. Redistribuído o processo para a 2ª Vara Criminal da Comarca de Feira de Santana, o Ministério Público se posicionou no sentido da “suscitação do conflito negativo de competência, nos termos do art. 114, inciso I, e do art. 115, inciso do II, do CPP, defendendo o entendimento de que a competência é da Vara de Violência Doméstica contra a mulher”.

13. Acolhendo a manifestação do *Parquet*, o Magistrado da referida Vara suscitou esse conflito de competência, sob o argumento de que a Vara de Violência Doméstica contra a Mulher é o juízo competente para apreciar e julgar a matéria em questão.

14. No contexto fático e procedimental delineado, data vênua do Voto apresentado pelo Exmo. Des. Relator, entendo que o conflito deve ser julgado procedente, para que o feito relativo à aplicação de medidas protetivas de urgência seja apreciado pelo MM. Juiz de Direito da Vara de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher da Comarca de Feira de Santana.

15. Com efeito, noticiadas as agressões sofridas pela vítima, as quais teriam sido supostamente perpetradas pelo seu irmão alcoolizado e sob o efeito de drogas, não é possível afastar, nessa etapa inicial, a incidência da Lei nº 11.343/2006.

16. Por essa senda, observado o critério decisório erigido, com apoio no entendimento firmado pela doutrina e pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, entendo que o presente conflito deve ser julgado procedente, fixando a competência do Juízo Suscitado para a apreciação e o julgamento do pedido de concessão de medidas protetivas de urgência nos autos de nº 8015159-43.2024.8.05.0080.

17. Parecer da Procuradoria de Justiça pela improcedência do presente conflito.

18. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA PROCEDENTE. FIXADA A COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITADO.

4 CUNHA, Rogério Sanches Cunha; PINTO, Ronaldo Batista. Violência Doméstica. Lei Maria da Penha – nº 11.343/2006. 14 ed. São Paulo: JusPodivm, 2024, p. 78/79.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos esses autos de Conflito de Competência de n. **8061155-13.2024.8.05.0000**, suscitado pelo Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Feira de Santana em face do Juízo da Vara de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher da Comarca de Feira de Santana.

ACORDAM os Desembargadores integrantes da Seção Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade, em conhecer do conflito e, por maioria de votos, por julgá-lo procedente, para firmar a competência do Juízo Suscitado (Juízo de Direito da Vara de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher da Comarca de Feira de Santana) para o processamento e o julgamento da causa, nos termos do voto condutor.

DECISÃO PROCLAMADA

Julgou-se procedente o conflito, por maioria, nos termos do voto divergente do Desembargador Nilson Soares Castelo Branco, que restou designado para lavrar o acórdão. Acompanharam o relator: Des. Ivone Bessa Ramos e Des. Soraya Moradillo Pinto. Acompanharam a divergência: Des. Eserval Rocha, Des. Jefferson Alves de Assis, Des. Inez Maria Brito Santos Miranda, Des. Pedro Augusto Costa Guerra, Des. Aliomar Silva Britto, Des. Rita De Cássia Machado Magalhães, Des. Aracy Lima Borges e Des. Alvaro Marques de Freitas Filho.

RELATÓRIO

Cuida-se de conflito negativo de competência suscitado pelo MM. Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Feira de Santana em face da decisão proferida pelo MM. Juiz de Direito da Vara de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher da Comarca de Feira de Santana que declinou da competência, nos autos do Processo nº 8015159-43.2024.8.05.0080.

Emerge dos fólios que a ofendida comunicou à autoridade policial as agressões sofridas no dia 13/06/2024, supostamente perpetradas por seu irmão, Wiliton dos Santos.

Encaminhado o correspondente pedido de medidas protetivas de urgência para a Vara de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher da Comarca de Feira de Santana, o Magistrado deliberou pela redistribuição dos autos a uma das Varas Criminais dessa Comarca de Feira de Santana/BA.

Redistribuído o processo para a 2ª Vara Criminal da Comarca de Feira de Santana, o Magistrado da referida Vara suscitou esse conflito de competência, sob o argumento de que a Vara de Violência Doméstica contra a Mulher é o juízo competente para apreciar e julgar a matéria em questão.

Instaurado o conflito negativo, os autos foram distribuídos, por livre sorteio, ao Eminente Des. Carlos Roberto Santos Araújo (certidão de ID 70625725).

Instada a se manifestar, a Procuradoria de Justiça apresentou opinativo pela improcedência do presente conflito.

Iniciado o julgamento, o Exmo. Relator originário proferiu voto pela improcedência do conflito, para que fosse declarado competente o Juízo Suscitante. Acompanharam o Exmo. Relator originário as Eminentes Desembargadoras Ivone Bessa Ramos e Soraya Moradillo Pinto.

Na sessão de julgamento, apresentei divergência, no que fui seguido pelos demais integrantes do Colegiado, motivo pelo qual fui designado para lavrar o Acórdão, nos termos da certidão de ID 74353059.

É o relatório.

VOTO

Trata-se de conflito que tem por objeto a definição da competência para o processo e o julgamento do pedido de aplicação de medidas protetivas de urgência, tombado sob o nº 8015159-43.2024.8.05.0080, requerido pela vítima individualizada nos autos, em razão da suposta prática de agressões físicas e verbais pelo irmão daquela.

A análise do mérito do conflito negativo de competência suscitado dirige-se à apreciação do contexto fático e normativo subjacente à discrepância manifestada pelas partes, bem como à conseguinte identificação do critério decisório mais apropriado para a sua resolução.

A esse respeito convém explicitar que comungo do entendimento no sentido de que deve ser preconizada a aplicação da Lei nº 11.343/2006, a partir de fatores objetivos, reveladores das hipóteses de violência descritas no artigo 5º⁵.

Como pontuado por Marcela Lobo:

A violência contra as mulheres tem sido um dos mecanismos sociais principais para impedi-las a ter acesso a posições de igualdade em todas as esferas da vida social, incluindo a vida privada. Essa violência é uma manifestação de poder e expressa uma dominação masculina de amplo espectro, histórica e culturalmente construída, para além de sua manifestação nos corpos das mulheres. É uma violência difusa e, muitas vezes, tolerada e não visibilizada, especialmente quando ocorre na família, no ambiente de trabalho ou mesmo nas instituições públicas, o que dificulta para a vítima o acesso aos mecanismos de proteção do Estado e da sociedade. Em contextos sociais nos quais a violência é usada como um padrão de resolução de conflitos, sua incidência se exacerba em relação às mulheres como mais um componente de dominação⁶.

Na profícua dicção de Valéria Diez Scarance Fernandes:

Gênero é o pressuposto para a aplicação da Lei Maria da Penha, que contempla um microsistema de proteção com norma de conteúdo, material, processual, de direitos humanos e políticas públicas.

O conceito de gênero existe em razão das desigualdades históricas, econômicas e

5 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. Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.

6 LOBO, Marcela. **Medidas Protetivas de Urgência**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2023. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/medidas-protetivas-de-urgencia-ed-2023/1982367480>. Acesso em: 3 de Setembro de 2024.

sociais entre homens e mulheres e ao modo como eles se relacionam, naturalizando um padrão desigual, que importa em submissão da mulher ao homem. Essa terminologia, incorporada ao movimento feminista, atua para “questionar o caráter natural dado às relações desiguais entre os sexos a partir da percepção de que não são os caracteres sexuais que determinam o modo de ser e agir das pessoas”, do que gênero “diz respeito à construção social do que é ser homem e do que é ser mulher em uma sociedade”.⁷

Assim, diante da notícia/comunicação de uma ação violenta contra a mulher e tendo sido identificado o contexto afetivo e/ou doméstico e/ou familiar entre a vítima do sexo feminino e seu agressor, deve-se partir da presunção *juris tantum* de que a referida violência se deu em razão do gênero.

Por essa senda, a incidência da novel legislação é determinada sem a necessária demonstração, pela mulher ofendida, da motivação específica do agressor.

Em outras palavras, o preconceito, a subjugação, o menosprezo, a vingança ou a discriminação quanto ao gênero feminino, este não seria um fator a ser provado pela mulher vitimada, *ab initio*, como requisito para a aplicação dos institutos jurídicos que visam protegê-la, inclusive como forma de viabilizar o acesso à justiça e a investigação dos casos de violência para a contenção de resultados mais gravosos à saúde, à integridade física e à vida da mulher. **Entendimento que, inclusive, se justifica no contexto potencializador da violência, quando o agressor é alcoólatra e/ou usuário de drogas.**

Por essa trilha, também se apresenta a postura de Renato Brasileiro:

Antes de ser um aspecto subjetivo que motiva a ação do agressor, a questão de gênero é um fato objetivo, sempre subjacente na violência doméstica e familiar. Não por outro motivo, irmãs sofrem mais violência do que irmãos; idosas sofrem mais violência do que idosos; mulheres sofrem mais agressões, por parte de parceiros e familiares bêbados ou drogados, do que os homens.

É dentro desse contexto que surge o art. 40-A da Lei Maria da Penha, incluído pela Lei n. 14.550/23: “Art. 40-A. Esta Lei será aplicada a todas as situações previstas no seu art. 5º, independentemente da causa ou da motivação dos atos de violência e da condição do ofensor ou da ofendida”. **Doravante, portanto, a indicação de um foco de conflito ou de motivação qualquer não mais poderá ter o condão de restringir a aplicação da lei, porquanto não retira a violência baseada no gênero. Carecerá de respaldo legal o não reconhecimento da violência baseada no gênero quando houver conflitos colaterais ou fatores de risco, a exemplo do uso de álcool ou outras drogas**⁸.

Essa parece ser, inclusive, a motivação e a mais ajustada compreensão do artigo 40-A da Lei Maria da Penha, incluído pela Lei nº 14.550/2023 (DOU 20.04.2023), o qual estipula, em prol da efetividade da proteção dirigida à mulher vítima de violência, que “*Esta Lei será aplicada a todas as situações previstas no seu art. 5º, independentemente da causa ou da motivação dos atos de violência e da condição do ofensor ou da ofendida*”.

Nesse sentido, na linha da doutrina de Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto, entendendo que, *tendo sido narrada pela ofendida a situação de violência a que está submetida, essa deve ser, em princípio, reputada verossímil, para efeito de aplicação dos institutos previstos na Lei*

⁷ FERNANDES, Valéria Diez Scarance. Lei Maria da Penha: O processo no caminho da efetividade. 5. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora JusPodivm, 2024, p. 73.

⁸ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Legislação Criminal Especial - Volume Único. 12. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora JusPodivm, 2024, p. 1505.

Maria da Penha, configurando-se como ônus do agressor a demonstração de que o ato sob apuração não tem correlação com violência de gênero. Confira-se:

Embora a quase totalidade dos casos de violência no contexto doméstico tenha um viés de gênero, já que a misoginia e a discriminação são problemas profundamente arraigados na sociedade, é possível vislumbrar situação excepcional, em que um caso de violência comum se deu no ambiente doméstico, mas não está necessariamente relacionado ao gênero. (...) Diante disso, por cautela, sugere-se reconhecer que se trata de presunção relativa (*juris tantum*).

Ao reconhecer a presunção relativa, o legislador estabelece que determinada situação é considerada verdadeira e só pode ser afastada diante de provas em contrário. Em outras palavras, trata-se de uma presunção de que a violência, nesses contextos, é uma violência de gênero, salvo quando ocorrer a demonstração inequívoca de que aquele ato não atingiu ou visou a mulher vítima.

O ônus da prova cabe ao agressor (fato modificativo), que não poderá trazer aos autos elementos impertinentes e estranhos ao processo ou que importem em violação da intimidade ou vida privada da vítima para afastar competência (Lei Mariana Ferrer, art. 400-A, CPP).

A autoridade judiciária, em razão do princípio da proteção e da vulnerabilidade da mulher nesse contexto, não poderá afastar a incidência da lei com base em entendimentos pessoais, mas somente - e, excepcionalmente, repita-se - quando houver provas aptas a afastar uma presunção legal. Inclusive nos crimes envolvendo violência contra a mulher no ambiente doméstico e familiar, a investigação, *ab initio*, deve considerar que o fato foi cometido em situação de violência de gênero.⁹

Na mesma direção, apresentam-se os recentes julgados do Superior Tribunal de Justiça. Confira-se:

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CRIME DE LESÃO CORPORAL NO ÂMBITO DOMÉSTICO PRATICADO POR IRMÃO CONTRA IRMÃ. PRESUNÇÃO DE VULNERABILIDADE DA MULHER. DESNECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DA MOTIVAÇÃO DE GÊNERO. INCIDÊNCIA DA LEI N. 11.340/2006. COMPETÊNCIA DO JUIZADO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Na presente hipótese, o Tribunal goiano, em julgamento de conflito de competência, rechaçou a competência do Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, bem como a incidência da Lei Maria da Penha, sob o fundamento de que não teria sido constatada relação de dominação ou poder do acusado sobre a vítima, o que afastaria, por conseguinte, a motivação de gênero na ação delituosa.

2. Na decisão monocrática ora agravada, consignei estar-se diante de uma situação de violência doméstica e familiar contra a mulher, praticada por irmão contra irmã. Com efeito, consoante destaquei dos termos do acórdão recorrido, “o acusado, segundo as declarações da ofendida, atacou-a pelas costas com socos, enquanto ela lavava louça e, depois, apossou-se de uma faca com a intenção de feri-la com o instrumento”.

⁹ CUNHA, Rogério Sanches Cunha; PINTO, Ronaldo Batista. Violência Doméstica. Lei Maria da Penha – 11.343/2006. 14 ed. São Paulo: Jus Podium, 2024, p. 78/79.

3. Em que pese o entendimento do Tribunal *a quo*, a orientação mais condizente com o espírito protetivo da Lei n. 11.340/2006, que restou evidenciada pela inovação legislativa promovida pela Lei n. 14.550/2023 e abraçada pelos precedentes mais recentes desta Corte, é no sentido de que a vulnerabilidade e a hipossuficiência da mulher são presumidas, em todas as relações previstas no seu art. 5º (no âmbito das relações domésticas, familiares ou íntimas de afeto).

4. Nesse sentido, o novel art. 40-A da Lei Maria da Penha passou a prever que o diploma protetivo será aplicado “a todas as situações previstas no seu art. 5º, independentemente da causa ou da motivação dos atos de violência e da condição do ofensor ou da ofendida”.

5. Na mesma toada, “[o] Superior Tribunal de Justiça entende ser presumida, pela Lei n. 11.340/2006, a hipossuficiência e a vulnerabilidade da mulher em contexto de violência doméstica e familiar. É desnecessária, portanto, a demonstração específica da subjugação feminina para que seja aplicado o sistema protetivo da Lei Maria da Penha, pois a organização social brasileira ainda é fundada em um sistema hierárquico de poder baseado no gênero, situação que o referido diploma legal busca coibir” (AgRg na MPUMP n. 6/DF, relatora Ministra Nancy Andrighi, Corte Especial, julgado em 18/5/2022, DJe de 20/5/2022).

6. Assim, denota-se existir situação de violência doméstica e familiar contra a mulher a ser apurada no presente caso, apta a justificar a incidência do diploma protetivo pertinente e da competência da vara especializada, nos termos do art. 5º, I e II, da Lei n. 11.340/2006. Mantida, pois, a decisão agravada que, dando provimento ao recurso especial ministerial, determinou a observância da competência do Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher da Comarca de Aparecida de Goiânia/GO para processar e julgar o feito.

7. Agravo regimental desprovido.

(STJ - AgRg no REsp n. 2.080.317/GO, Relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 4/3/2024, DJe de 6/3/2024.).

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. VIOLAÇÃO DO ART. 5º DA LEI N. 11.340/2006 (LEI MARIA DA PENHA). ALEGAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE VIOLÊNCIA DE GÊNERO. IMPROCEDÊNCIA. VÍTIMA CUNHADA DO AGRESSOR. RELAÇÃO FAMILIAR QUE JUSTIFICA A INCIDÊNCIA DA LEGISLAÇÃO PROTETIVA. JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 129 E 165 DO CP. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO. INVIABILIDADE. NECESSIDADE DE REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ.

1. Aprópria Lei n. 11.340/2006, ao criar mecanismos específicos para coibir e prevenir a violência doméstica praticada contra a mulher, buscando a igualdade substantiva entre os gêneros, fundou-se justamente na indiscutível desproporcionalidade física existente entre os gêneros, no histórico discriminatório e na cultura vigente. Ou seja, a fragilidade da mulher, sua hipossuficiência ou vulnerabilidade, na verdade, são os fundamentos que levaram o legislador a conferir proteção especial à mulher e por isso têm-se como presumidos (AgRg no AREsp n. 1.439.546/RJ, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 5/8/2019).

1.1. No caso, incide a Lei n. 11.340/2006 por estar evidenciado o vínculo familiar entre o acusado e a vítima, já que são cunhados um do outro. Precedente.

2. O Tribunal de origem entendeu pela condenação do recorrente, baseando-se na dinâmica dos fatos e nas provas colhidas na instrução processual, notadamente nos depoimentos coesos da vítima e de diversas testemunhas (irmão do acusado, J e policial), as quais demonstraram as agressões perpetradas pelo recorrente contra sua cunhada, bem como a depredação do veículo em que se encontrava.

Desse modo, para se concluir de modo diverso, seria necessário o revolvimento dos elementos probatórios, providência vedada conforme Súmula 7/STJ.

3. Agravo regimental desprovido.

(STJ - AgRg no REsp n. 1.906.303/SP, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 13/3/2023, DJe de 16/3/2023.).

RECURSO ESPECIAL. LESÃO CORPORAL EM AMBIENTE DOMÉSTICO COMETIDO POR FILHO CONTRA MÃE. PRESUNÇÃO DE VULNERABILIDADE DA MULHER. RECONHECIMENTO DA COMPETÊNCIA DO JUIZADO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. INCIDÊNCIA DA LEI N. 11.340/2006. RECURSO PROVIDO.

1. “O Superior Tribunal de Justiça entende ser presumida, pela Lei n. 11.340/2006, a hipossuficiência e a vulnerabilidade da mulher em contexto de violência doméstica e familiar. É desnecessária, portanto, a demonstração específica da subjugação feminina para que seja aplicado o sistema protetivo da Lei Maria da Penha, pois a organização social brasileira ainda é fundada em um sistema hierárquico de poder baseado no gênero, situação que o referido diploma legal busca coibir” (AgRg na MPUMP n. 6/DF, Relatora Ministra Nancy Andrighi, Corte Especial, julgado em 18/5/2022, DJe de 20/5/2022).

2. A violência contra a mulher provém de um aspecto cultural do agente no sentido de subjugar e inferiorizar a mulher, de modo que, ainda que a motivação do delito fosse financeira, conforme asseverado pelas instâncias de origem, não é possível afastar a ocorrência de violência doméstica praticada contra mulher.

3. Dessa forma, tendo em vista que, no presente caso, foram cometidos crimes, em tese, por filho contra a mãe, de rigor o reconhecimento da competência do Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher.

4. Recurso especial provido.

(STJ - REsp n. 1.913.762/GO, Relator Ministro Antônio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 14/2/2023, DJe de 17/2/2023.).

Tendo como ponto de partida o critério jurídico apresentado, cabe analisar o contexto fático que ensejou o presente conflito.

Emerge dos autos que a ofendida comunicou à autoridade policial as agressões sofridas no dia 13/06/2024, supostamente perpetradas por seu irmão, Wiliton dos Santos, nos seguintes termos:

Que a declarante é irmã de WILITON; que no dia 13/06/2024, por volta das 17:30, WILITON chegou no portão da casa da mãe da declarante, pedindo comida para a irmã de ambos, (...); que R. não abriu o portão; que WILITON se alterou e ficou agressivo porque a irmã não abriu o portão; que WILITON estava bêbado e drogado, estando bastante alterado como de costume; que WILITON se dirigiu até o portão da casa da declarante, batendo no portão de forma agressiva; que ao escutar o barulho se dirigiu ao local para ver o que estava acontecendo; que **ao chegar no**

local percebeu que WILITON havia quebrado os dois disjuntores de energia; que R. saiu e entregou a comida a WILITON; que WILITON pegou a vasilha com comida e arremessou em direção a declarante; que a vasilha atingiu sua mão esquerda, bem como também atingiu um dedo da mão; que logo após a declarante pegou um cabo de vassoura que estava no local e também bateu em WILITON; que R. entrou na discussão, para separar a briga; que a genitora das partes também tentou separá-los, momento em que acabou sendo empurrada por WILITON; que R. ficou segurando WILITON pois ele queria continuar lhe batendo; que WILITON proferiu diversos xingamentos, chamando a declarante de “vagabunda”, “puta” e “desgraça”; que WILITON ameaçou a declarante de morte, dizendo “sua desgraça, eu vou lhe matar, em qualquer momento e em qualquer hora”; que WILITON costuma andar com uma sacola; que nessa sacola ele costuma levar um facão ou latas cortadas; que WILITON arruma confusão com toda família; que WILITON é alcoólatra e viciado em drogas; que não sabe informar o tipo de droga que WILITON faz uso, mas acredita que não seja maconha, pois o nariz dele vive escorrendo; que teme por sua vida, pois WILITON é muito agressivo; que **DESEJA REPRESENTAR CRIMINALMENTE. QUE DESEJA REQUERER MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA.** (Declarações da vítima).

Encaminhado o correspondente pedido de medidas protetivas de urgência para a Vara de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher da Comarca de Feira de Santana, o Ministério Público posicionou-se no sentido da imposição de medidas protetivas de urgência contra o agressor. Confira-se:

Da narrativa contida nos autos, observa-se que há arrimo probatório para a concessão das medidas protetivas pleiteadas, tendo em vista que, em virtude da existência de uma relação íntima de afeto, a Requerente foi ameaçada, agredida e ofendida moralmente, como acima relatado.

Nesse contexto, as medidas protetivas de urgência podem surtir efeito positivo na coibição dos atos de violência doméstica e familiar contra a mulher, eis que são claras e autoexplicativas, devendo ser deferidas para evitar males maiores e irreparáveis ou de natureza irreversível.

Com efeito, as medidas protetivas de urgência, previstas nas Leis nº 11.340/2006 e 13.431/2017, constituem espécie de tutela de urgência, de natureza satisfativa, que visam garantir direitos fundamentais e coibir ou fazer cessar a violência de gênero perpetrada contra mulheres no âmbito das relações domésticas, familiares e íntimas de afeto, e crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência, conforme preconiza o art. 226, § 8º e 227, da Constituição Federal.

Para o deferimento das medidas em comento, devem ser preenchidos os pressupostos do *fumus boni iuris*, consubstanciado na prova inequívoca da verossimilhança da alegação, e o *periculum in mora*, ou seja, o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação e observadas as disposições atinentes à matéria, em conformidade com o art. 13 da Lei nº 11.340/2006.

A Lei 11.340/2006 traçou novos parâmetros de proteção à mulher no âmbito de suas relações domésticas e familiares, ambiente onde mais tem sido vítima de violência, destacando-se, aqui, como objetivo primordial, a preservação de sua integridade física, sexual, patrimonial, psicológica e moral.

Assim, como consignado alhures, no caso vertente, resta demonstrada a necessidade de proteção da vítima, a fim de obstar futuros episódios de violência, que podem ter intensidade crescente, causando fatos graves.

Por fim, insta consignar que a natureza cautelar das medidas protetivas, no tocante à mulher, perderia sentido se fosse necessário, para seu deferimento, a prova cabal do cometimento de crime, não sendo esta a finalidade pretendida pela Lei nº 11.340/06, mas, sim, antecipar-se ao seu cometimento, resguardando a integridade da vítima.

Destarte, a fim de preservar os bens jurídicos tutelados pela Lei 11.340/06, aquiesce o Ministério Público à pretensão da demandante, em conformidade com o disposto no art. 22, III, alínea “a”, “b” e “c”, da Lei 11.340/06 (fls. 31/33 do ID 70609447).

O Magistrado da Vara de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher da Comarca de Feira de Santana, nada obstante o relato da agressão sofrida, deliberou pela redistribuição dos autos a uma das Varas Criminais da Comarca de Feira de Santana-BA, nos seguintes termos:

Trata-se de pleito de medidas protetivas de urgência formulado por R. dos S. C. em face de W. dos S., em razão da suposta prática dos crimes de ameaça, lesão corporal, injúria, contra aquela, sua irmã. Oportunizado ao Ministério Público manifestar-se, opinativo pela concessão das medidas protetivas de urgência. Sem delongas, entendo que falece competência a esse Juízo para apreciar o feito sob análise, lastreado nas seguintes razões: A Lei Federal nº 11.340/2006, popularmente conhecida como Lei Maria da Penha, criou mecanismos de defesa da mulher ofendida, no âmbito do lar ou de uma relação familiar, quando oriunda de violência praticada em decorrência do gênero, ou seja, naquelas hipóteses que a mulher foi agredida pelo fato de ser mulher. Essa violência pode ser praticada pelo homem ou até mesmo por outra mulher, mas ocorre em virtude de suposta superioridade imaginada pelo agressor em face da agredida, o que não é a hipótese dos autos. Da análise dos autos, as agressões decorrem do consumo de entorpecentes pela requerida, o fato motivador da violência não diz respeito ao gênero feminino e à condição de mulher da vítima, mas é derivado do próprio desvio de conduta causado pelo uso indiscriminado de drogas pela agressora. Analisando-se os autos, id. 449258050, as declarações da vítima, à fl. 05, evidenciam o grau de dependência química do requerido, que xinga e ameaça a vítima, inclusive ameaça de morte, pois sob efeito de substância entorpecente ou em razão da abstinência. (...)

Ademais, não é em todos os casos que a competência decorrente de agressão praticada contra a mulher pertence à Vara Especializada de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, é imprescindível que a vítima seja mulher, ou seja, pessoa do sexo feminino e maior de idade nos termos da Lei Civil; que a violência tenha ocorrido no âmbito doméstico ou familiar e que seja praticada em decorrência da suposta superioridade da agressora em face da ofendida.

Concluo, que esse Juízo não possui competência para apreciar o presente feito, nos termos das razões ora expostas, razão pela qual **DETERMINO a remessa dos autos ao Setor de Distribuição para ser redistribuído a uma das Varas Crime dessa Comarca de Feira de Santana/BA**, a quem incumbirá conhecer do mencionado pedido e deliberar a seu respeito. (Decisão declinatória da competência – fls. 34-36 do ID 70609447). (Grifou-se).

Redistribuído o processo para a 2ª Vara Criminal da Comarca de Feira de Santana, o Ministério Público se posicionou no sentido da “*suscitação do conflito negativo de competência, nos termos do art. 114, inciso I, e do art. 115, inciso do II, do CPP, defendendo o entendimento de que a competência é da Vara de Violência Doméstica contra a Mulher*”.

Acolhendo a manifestação do *Parquet*, o Magistrado da referida Vara suscitou esse conflito de competência, sob o argumento de que a Vara de Violência Doméstica contra a Mulher é o juízo competente para apreciar e julgar a matéria em questão. Confirma-se o teor da decisão:

Pelos motivos a seguir expostos, venho nos termos dos artigos 113 e 114, inciso I, do Código de Processo Penal, suscitar CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA, entre este Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal e o Juízo de Direito da Vara de Violência Doméstica desta Comarca de Feira de Santana. Preliminarmente, diante das razões a seguir expostas, requer seja designado o Juízo Suscitado para decidir as questões urgentes que, eventualmente, possam surgir, uma vez que as Varas de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher dispõem de equipe multidisciplinar, que conta com juiz, psicólogos, assistentes sociais e servidores devidamente preparados quanto aos aspectos socio-psicológicos que envolvem a violência doméstica e familiar, além do apoio de órgãos externos de fiscalização, segurança e monitoramento das mulheres e agressores, para prevenir e reprimir atos de violações de dignidade das mulheres e garantir o cumprimento das Medidas Protetivas de Urgência, na dissuasão e repressão ao descumprimento de ordem judicial e, por fim, no encaminhamento das mulheres à Rede de Atendimento à Mulher Vítima de Violência Doméstica no âmbito municipal ou estadual, tais como a Ronda Maria da Penha e a Central de Monitoramento de Pessoas/SEAP/BA, enquanto que este Juízo, dispõe apenas de 05 (servidores) para cumprimentos das inúmeras demandas criminais (patrimoniais, crimes contra a liberdade sexual, crimes tributários, crimes do sistema nacional de armas, lavagem de dinheiro, organização criminosa, crimes ambientais, etc). Trata-se de pedido de medidas protetivas de urgência formulado em face de WILTON DOS SANTOS, em razão da suposta prática dos crimes de violência física e ameaça em contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher, na forma do inciso III do art. 5º e do inciso I do art. 7º, ambos da Lei 11.340/06, contra a sua irmã.

(...) Em que pese o parecer do promotor titular da Vara de Violência Doméstica desta comarca pugnando pela concessão da medida protetiva de urgência com fulcro nas Leis n.º 11.340/2006 e 13.431/2017 (Id nº 451270623– fls. 01-03), entendeu por bem o MM. Juízo declarar a incompetência da Vara de Violência Doméstica, sob o argumento de que a suposta violência ocorreu em face de desentendimentos entre o agressor e a vítima, decorrentes do uso de substâncias entorpecentes pelo acusado. A razão subjacente à violência não se relaciona ao gênero feminino nem à condição de mulher da vítima, mas decorre do próprio desvio de comportamento gerado pelo consumo descontrolado de drogas pelo agressor.

Não concordo, no entanto, com a devida vênia, com a referida decisão.

A Lei nº 11.340/2006, mais conhecida como Lei Maria da Penha, visa prevenir e coibir a violência familiar e doméstica contra a mulher, em seguimento aos termos do art. 226, § 8º, da nossa Magna Lex. Assim, o dito Diploma Legislativo tipifica e define os casos de violência, que, segundo seu artigo 5º, consistem em: “qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial”. E ela ainda especifica em seus incisos: “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. Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.” O texto da Lei acima define, ainda, as formas de violência vividas por mulheres no cotidiano: física, psicológica, sexual, patrimonial e moral. Contudo, malgrado a existência e abrangência da Lei, com o intuito de proteger a mulher, tal diploma não pode ser aplicado indistintamente a qualquer mulher, mas àquelas que se encontram numa condição de opressão em função de gênero, e que possuam algum convívio doméstico ou familiar com o agressor. Ocorre que o referido diploma não estabelece nenhum critério pautado na idade da vítima, muito menos excetua, sob qualquer aspecto, que mulheres idosas não possam padecer da violência de gênero, tal como acima descrita.

Lado outro, o MM. Juízo faz referência a diversos julgados para embasar o entendimento de que os presentes autos não devem tramitar na Vara Especializada, contudo, vale ressaltar que os julgados foram proferidos anterior a entrada em vigor da Lei nº 14.550/2023 que alterou Lei Maria da Penha e incluiu o art. 40 que dispõe que:

“Art. 40-A. Esta Lei será aplicada a todas as situações previstas no seu art. 5º, independentemente da causa ou da motivação dos atos de violência e da condição do ofensor ou da ofendida”.

Verifica-se nos autos em questão que a unidade jurisdicional competente para processar e julgar o feito é a Vara de Violência Doméstica contra a mulher, conforme dispõe o art. 71 da Lei nº 10.845/2007: “As Varas de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher têm competência para processamento, julgamento e execução das causas cíveis e criminais, decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, na conformidade da Lei Federal nº 11.340, de 07 de agosto de 2006” e em consonância com o art. 131, V, do mesmo diploma legal.

A Lei nº 11.340/06, denominada como “Lei Maria da Penha”, deve incidir desde que se tenha uma mulher, vítima de qualquer tipo de violência; a existência de uma relação no âmbito doméstico, familiar ou numa relação íntima de afeto e que a violência tenha se operado em razão do gênero, situações verificadas no caso em análise. No caso em comento, a afirmação do Juízo da Vara de Violência Doméstica não pode servir de base para declaração de incompetência, uma vez que as agressões não foram praticadas contra vítimas indistintamente e sim contra a irmã do acusado dentro do ambiente doméstico e familiar assim, após a alteração legislativa recente, pouco importam os motivos da agressão e a condição da vítima e do acusado para aplicação da Lei Especial.

Registre-se que aquela Vara possui o aparato necessário para julgar os crimes desta espécie, pois, em muitos casos, a vítima precisa ser acompanhada por equipe multidisciplinar e de guarida das equipes de proteção instituídas pela polícia que trabalham para evitar novas agressões e garantir a efetividade das medidas. Importante ressaltar que a violência perpetrada contra a mulher, independente do gênero, se ocorrida no âmbito doméstico, familiar ou numa relação íntima de afeto, como no presente caso, a competência para processar, apreciar e julgar o feito é da Vara de Violência Doméstica e Familiar da Mulher.

(...)

Diante do exposto, reconhecendo a incompetência deste Juízo, sendo indiscutível a aplicação da Lei nº 11.340/2006 ao presente caso, **SUSCITO O CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA** a ser dirimido pelo Eg. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Remetam-se os autos ao TJBA para apreciação do conflito negativo suscitado.

(Trechos da decisão que suscita o conflito negativo de competência – fls. 52-58 do ID 70609447).

No contexto fático e procedimental delineado, data vênua do Voto apresentado pelo Exmo. Relator originário, entendo que o conflito deve ser julgado procedente, para que o feito relativo à aplicação de medidas protetivas de urgência seja apreciado pelo MM. Juiz de Direito da Vara de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher da Comarca de Feira de Santana.

Com efeito, noticiadas as agressões sofridas pela vítima, as quais teriam sido supostamente perpetradas pelo seu irmão alcoolizado e sob o efeito de drogas, não é possível afastar, nessa etapa inicial, a incidência da Lei nº 11.343/2006.

Por essa senda, observado o critério decisório erigido, com apoio no entendimento firmado pela doutrina e pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, entendo que o presente conflito deve ser julgado procedente, fixando a competência do Juízo Suscitado para a apreciação e o julgamento do pedido de concessão de medidas protetivas de urgência nos autos de nº 8015159-43.2024.8.05.0080.

Conclusão

Ante o exposto, divergindo do posicionamento adotado pelo Eminentíssimo Relator originário, voto pelo julgamento procedente do conflito, para que seja fixada a competência do Juízo da Vara de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher da Comarca de Feira de Santana.

É como voto.

(TJBA – APELAÇÃO CRIMINAL n. 8010362-29.2021.8.05.0274. Primeira Câmara Criminal 1ª Turma. Relatora: Desa. Aracy Lima Borges. Julgado em 02/04/2024).

APELAÇÃO CRIMINAL. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PLEITO DE REFORMA E CONSEQUENTE CONDENAÇÃO PELO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33, *CAPUT*, DA LEI Nº 11.343/2006) – ACOLHIMENTO - CONJUNTO PROBATÓRIO SUFICIENTE. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

1. Trata-se de Recurso de Apelação interposto pelo Ministério Público Estadual, em face da sentença proferida pelo Juízo da 3ª Vara Criminal da Comarca de Vitória da Conquista, que julgou improcedente a pretensão punitiva deduzida na denúncia e absolveu Eliel de Jesus Silva, forte no art. 386, VII, do CP.

2. **Pleito de Condenação** – Demonstradas a materialidade e autoria delitivas, de forma contundente, através das provas produzidas à luz da ampla defesa e do contraditório, deve-se dar provimento ao recurso, para condenar Eliel de Jesus Silva pela prática do crime de tráfico de drogas (art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006).

3. **Dosimetria da Pena – 1ª fase:** Acolhida a pretensão ministerial e valorada negativamente a quantidade de droga, porquanto foram apreendidos em poder do Acusado 283,13g (duzentos e oitenta e três gramas e treze centigramas) de “maconha”, distribuídas em 11 (onze) trouxinhas envoltas em saco plástica e meio tablete. Pena-base fixada em 6 (seis) anos e 3 (três) meses de reclusão. **2ª fase:** Ausentes agravantes. Reconhecida a atenuante da menoridade relativa (art. 65, I, do CP). Pena intermediária fixada em 5 (cinco) anos, 2 (dois) meses e 15 (quinze) dias de reclusão. **3ª fase:** Ausentes causas de aumento. Reconhecido o tráfico privilegiado (art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/2006), reduzida a reprimenda na fração de 1/6 (um sexto), considerando a quantidade de substância ilícita, além da apreensão de uma balança de precisão e embalagens plásticas. Réu definitivamente condenado à pena de 4 (quatro) anos, 4 (quatro) meses e 2 (dois) dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 433 (quatrocentos e trinta e três) dias-multa, na razão de 1/30 do salário mínimo nacional vigente à época dos fatos.

RECURSO CONHECIDO E PROVIDO

ACORDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 8010362- 29.2021.8.05.0274, da Comarca de Vitória da Conquista, tendo como Apelante o **Ministério Público do Estado da Bahia** e Apelado **Eliel de Jesus Silva**.

ACORDAM os Desembargadores que compõem a Primeira Turma Julgadora da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade de votos, em **conhecer e dar provimento ao recurso**, nos termos do voto da Relatora.

DECISÃO PROCLAMADA

Conhecido e provido Por Unanimidade

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Apelação interposto pelo Ministério Público Estadual, em face da sentença proferida pelo Juízo da 3ª Vara Criminal da Comarca de Vitória da Conquista, que julgou improcedente a pretensão punitiva deduzida na denúncia e absolveu Eliel de Jesus Silva, forte no art. 386, VII, do CP.

Nas razões recursais, requer o *Parquet* a condenação do Acusado, pela prática do delito tipificado no art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006, sustentando que o conjunto probatório demonstra a materialidade e autoria delitivas. Além disso, argui que a quantidade de drogas apreendidas não é pequena e evidencia o potencial alcance de uma quantidade considerável de consumidores, devendo tal fator ser sopesado, comportando, inclusive, exasperação da pena acima do mínimo legal (ID 55008223).

Em sede de contrarrazões, o Recorrido pleiteia o não provimento do apelo, refutando os argumentos ministeriais (ID 55008232).

Instada, a douta Procuradoria de Justiça apresentou opinativo, pugnando pelo conhecimento e provimento do apelo, para reformar a sentença vergastada e condenar o apelado nas penas do artigo pleiteado (ID 55623504).

Estando em condições de proferir julgamento, lancei este relatório, submetendo-o à apreciação do eminente Desembargador Revisor.

É o relatório.

VOTO

I – DO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE.

Conheço do recurso, visto que atendidos os pressupostos de admissibilidade.

II – DO MÉRITO.

O Ministério Público ofereceu denúncia em desfavor de Eliel de Jesus Silva, imputando-lhe a prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006, narrando os seguintes fatos:

“[...] Conforme consta do Inquérito Policial anexo, no dia 12 de julho de 2021, por volta das 21h15min, na Rua E, bairro Nossa Senhora Aparecida, nesta cidade, o denunciado trazia consigo 11 (onze) porções e meio tablete da substância entorpecente maconha, sem que tivesse autorização legal ou regulamentar para tanto, além de 01 (uma) balança digital, diversas embalagens plásticas e R\$ 535,00 (quinhentos e trinta e cinco reais) em espécie (depoimentos fls. 3 e 6; auto de exibição e apreensão fl. 05; laudo de constatação maconha fl. 11 do IP).

De acordo com o caderno investigativo, no dia e horário mencionados, a guarnição da Polícia Militar se encontrava de serviço na viatura de prefixo 5505, quando, no endereço supracitado, efetuaram abordagem pessoal no denunciado, que caminhava pela via pública, e encontrando em sua posse, dentro de uma sacola plástica que ele carregava consigo, a droga, a balança digital, as embalagens plásticas e o valor supramencionado.

O entorpecente tratava-se da substância análoga à maconha, totalizando a massa bruta de 283,13g (duzentos e oitenta e três gramas e treze centigramas), distribuída em 11 (onze) trouxinhas envoltas em saco plástico e meio tablete, o que, somando ao fato de ter sido encontrado os apetrechos (a balança digital e as diversas embalagens plásticas) e o valor em espécie de R\$ 535,00 (quinhentos e trinta e cinco reais), demonstraram que a droga se destinava ao comércio ilícito e não ao consumo pessoal. [...].” (ID 55007242).

Após a regular instrução processual, o Juízo a quo absolveu o Acusado, forte no art. 386, VII, do CPP, por entender que “o elemento subjetivo do tipo penal, consistente no dolo, não ficou suficientemente demonstrado, tendo em vista a fragilidade das provas apresentadas pela acusação” (ID 5508218).

Da análise detida do feito, constata-se a existência de elementos robustos a autorizar a formação de um juízo de convicção em torno da responsabilidade criminal do Apelante quanto a prática do delito de tráfico de drogas, não havendo que se falar em absolvição por insuficiência de provas.

A **materialidade delitiva** está devidamente demonstrada através do auto de prisão em flagrante (ID 55007243 – fl. 03), auto de exibição e apreensão (ID 55007243 – fl. 06), laudos de constatação e definitivo (ID 55007243 – fl. 12 e ID 55008204 – fl. 01, respectivamente), boletim de ocorrência (ID 55007243 – fls. 17/19).

Quanto a **autoria delitiva**, importa transcrever trechos da prova oral produzida, para fins de análise do pleito recursal.

O PM **Wanderley Cajado dos Santos**, o qual se apresentou como condutor na Delegacia de Polícia, ao ser ouvido em juízo, narrou a diligência de forma precisa, esclarecendo que:

[...] estavam fazendo rondas, quando perceberam que uma pessoa visualizou a viatura e tentou se evadir pulando o muro, em um terreno baldio; que o alcançaram e ele estava com uma sacola na mão; que na sacola havia 11 porções de maconha e um pedaço maior, meio tablete; que o réu tinha uma quantia em dinheiro, mais de quinhentos reais, uma balança de precisão e algumas embalagens para droga também; que tudo estava dentro da sacola, só o dinheiro que estava no bolso do réu; que o réu estava só; que ninguém se aproximou durante a abordagem; que foram direto para a Delegacia, não passaram na casa do réu; que a guarnição não foi na casa do réu. (Íntegra do depoimento disponível na plataforma PJe Mídias).

O Policial Militar **Anderson Maciel**, efetivamente, não recordou da diligência em juízo (PJe Mídias). Todavia, este fato em nada macula o arcabouço probatório sendo, em verdade, compreensível o esquecimento, haja vista o lapso temporal decorrido entre o dia dos fatos (12.07.2021) e a data da audiência de instrução e julgamento (03.11.2022), aliado, ainda, ao elevado número de diligências, pelo mesmo delito.

Lado outro, a genitora do Acusado, **Maria Lúcia de Jesus**, prestou declarações em juízo, afirmando que a diligência ocorreu dentro do seu domicílio, tendo o filho sofrido violência policial:

[...] Que presenciou os fatos narrados na denúncia na sua casa; que por volta de 21h/21h40min, estava deitada no quarto, ouviu um barulho estranho no quintal e quando abriu a janela do quarto, se deparou com um policial apontando a arma na sua cara; que perguntou “o que é isso? Pelo amor de Deus!”; que não lhe responderam nada, foram logo invadindo, empurrando a porta da sala, procurando coisas nos quartos, inclusive no seu; que eles se dividiram em duplas e, não tendo encontrado nada no seu

quarto, do da sua filha de 14 anos e nem do seu outro filho, caminharam e encontraram o quarto do réu; que o réu também estava deitado e acredita que ele estava jogando videogame; que lhe acuraram na porta e não a deixaram ir para o quarto do réu; que ouvia o barulho, som e movimentos; que bateram muito no réu; que não vai dizer se encontraram alguma coisa, porque não viu, mas acredita que não; que o que sabe é que eles pegaram dinheiro mesmo, no valor relatado; que esse valor é do grupo do SENAI, que o réu estava de jovem aprendiz; que o réu tinha recebido; que, inclusive, o réu iria lhe dar esse dinheiro que era para pagar a pensão do filho dele e comprar mais alguma coisa para ele; que os policiais bateram muito no réu, sem contar a bagunça que fizeram; que afirma que os policiais não pegaram o réu na rua coisa nenhuma; que volta a afirmar que invadiram a sua residência, inclusive ocasionando a perda de algumas coisas em casa, pelo fato de chegarem quebrando tudo; que também, roubaram o dinheiro do seu outro filho, que estava dentro da bíblia; que era um dinheiro que tinha compromisso, dinheiro certo de coisas de trabalho mesmo, não era nada de errado; que é isso que tem para dizer; que volta a afirmar que é mentira o que estão dizendo, que não pegaram seu filho com balança, nem com nada, levaram foi ele para um lugar, para uma casa; que quando chegou no DISEP, não tinham chegado ainda com ele; que segundo seu filho falou, levaram ele para outro lugar e o torturaram ainda mais lá, além de forjaram essas drogas e essa balança; [...] que acredita que a polícia não tinha motivo para entrar na casa, primeiro porque não tinham nenhum mandado, segundo pelo horário e também porque quando eles entraram, não informou nada, já vieram com tudo, derrubando tudo; que não informaram nada, nem o que estava acontecendo; [...] que sabe que o filho foi torturado, porque ouvia os gritos dele; que não sabe se tinha marcas no corpo do filho, por conta que eles a deixaram sentada e não permitiram que levantasse para nada, mas como estava em casa, percebia que eles estavam batendo e o filho gritando; que a filha menor também estava em casa [...]. (Íntegra das declarações disponível na plataforma PJe Mídias).

O Réu, de igual modo, sustentou que:

*[...] Na data relatada na denúncia foi conduzido para a Delegacia de Polícia; que estava em casa, jogando videogame, quando, de repente, eles invadiram com tudo em casa, já chegaram espancando, pegaram R\$ 575,00 que era do SENAI; **que começaram a te espancar no carro, entregar coisa que não sabia, começaram a lhe bater;** que depois o levaram para o mato, querendo que desse coisas que não tinha; **que o torturaram, jogaram spray de pimenta no seu rosto e colocaram saco também; que ficaram entre 20 a 30 minutos fazendo isso; que depois o levaram para uma casa, para tentar tomar banho;** que ficou uns 15 minutos só passando shampoo no rosto para sair o spray de pimenta, pois não estava aguentando mais, estava ficando quase cego; **que depois que tomou banho, os policiais lhe deram outra roupa e o levaram para o DISEP;** que quando chegou lá, não tinha apenas o seu dinheiro do SENAI, tinha mais coisas que eles forjaram; que no quarto só tinha o dinheiro, que já ia entregar para a mãe; que a balança de precisão e a droga nada sabe dizer; que foi preso 3 vezes do ano passado para cá; que foi preso em julho de 2021, maio de 2022 e em outubro 2022; [...] **que teve uma namorada envolvida com o tráfico de drogas; que os policiais invadiram sua casa, porque pegaram uma foto sua com a namorada; que acharam umas coisas com ela e vieram até ele, por conta disso; que a namorada foi presa no mesmo dia que o interrogando e o nome dela era Alana.** [...]. (Íntegra do interrogatório disponível na plataforma PJe Mídias).*

Vê-se, pois, que existem duas versões nos fôlios acerca da diligência que culminou na prisão em flagrante do Apelante.

A primeira, a dos agentes públicos, os quais, diferente do quanto alegado pela Defesa, foram convergentes com o quanto asseverado na fase investigatória, e estão corroborados nos fôlios, especialmente pelo auto de exibição e apreensão (ID 55007243 – fl. 06), boletim de ocorrência (ID 55007243 – fls. 17/19) e laudos periciais (ID 55007243 – fl. 12 e ID 55008204 – fl. 01), que atestam a apreensão de 283,13g (duzentos e oitenta e três gramas e treze centigramas) da substância entorpecente vulgarmente conhecida como “maconha” (Δ -9-tetrahidrocanabinol - THC)¹, distribuídas em 11 (onze) trouxinhas envoltas em saco plástico e meio tablete, além de uma balança de precisão, embalagens plásticas, e a quantia de R\$ 535,00 (quinhentos e trinta e cinco reais) em espécie, em poder do Acusado, em via pública.

A segunda, a tese destacada pelo Denunciado, no sentido de que os Policiais Militares adentraram abruptamente à sua residência, não encontraram nada de ilícito, mas o conduziram a uma casa, onde foi torturado. Após, os agentes permitiram que tomasse banho, lhe entregaram outra roupa e apresentaram objetos e entorpecentes na Delegacia que não eram de sua propriedade. Todas essas ações teriam ocorrido em razão de ter uma namorada envolvida com o tráfico de drogas.

Com efeito, apesar de a versão apresentada pelo Réu estar em consonância com as declarações da genitora dele, à luz do conjunto probatório, mostram-se isoladas e inverossímeis. Isso porque, embora o Acusado estivesse acompanhado na Delegacia pela Bela. Andressa de Alcântara Dantas – OAB/BA 58.068, naquela oportunidade nada informou à autoridade policial acerca da suposta violência sofrida, tendo, apenas, se reservado ao direito de permanecer em silêncio.

Outrossim, na defesa prévia, a Defensoria Pública também não noticiou possível violência policial e arrolou três testemunhas (Andressa Souza Silva, Luzinete Alves Souza e Natally Teixeira Novais Paz), não constando o nome da genitora do Acusado naquele rol (ID 55007253). Posteriormente, quando constituído novo Advogado, é que fora pleiteada a substituição das testemunhas arroladas por Maria Lúcia de Jesus (ID 55007263).

Além disso, apesar de o Periciando ter afirmado que foi agredido durante a abordagem policial, no Laudo de Exame de Lesões Corporais não foram evidenciadas lesões (ID 55008204 – fls. 02/04).

De mais a mais, a namorada do Réu, que teoricamente é envolvida com o comércio ilícito de drogas, não foi arrolada como testemunha, tampouco fora acostado aos fôlios o auto de prisão em flagrante ou o número da ação penal que ela responde por ter, supostamente, sido flagrantada na mesma data que o namorado. Portanto, descurou-se a Defesa de comprovar o quanto alegado, na forma do art. 156, do CPP.

Nessa senda, a meu sentir, as declarações da mãe do Acusado e o interrogatório dele não são capazes de rechaçar os depoimentos dos policiais militares, os quais possuem fé pública e gozam da presunção juris tantum de legitimidade nas suas atuações.

Válido destacar que, diferente do quanto alegado pela Defesa, em juízo, a testemunha Wanderley Cajado dos Santos não acrescentou uma versão completamente diferente daquela narrada na fase investigatória, porquanto, constou no Boletim de Ocorrência a informação que o Réu, ao avistar a guarnição, tentou empreender fuga (ID 55007243 – fls. 17/19).

Saliente-se, ainda, que os depoimentos dos policiais, colhidos sob o crivo do contraditório, revestem-se de inquestionável eficácia probatória, salvo prova em contrário, que não foi produzida neste caso. Neste sentido:

¹ Trata-se de um dos princípios ativos do vegetal *Cannabis sativa* L., substância de uso proscrito no Brasil, relacionada na Lista F-2 da Portaria 344/98 da Secretaria de Vigilância Sanitária/Ministério da Saúde, ora em vigor.

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO. PRETENSÃO ABSOLUTÓRIA. REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ELEITA. TESTEMUNHO DOS POLICIAIS. VALOR PROBANTE. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

[...] 3. É pacífica a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que os depoimentos prestados por policiais têm valor probante, na medida em que seus atos são revestidos de fé pública, sobretudo quando se mostram coerentes [...] e ausentes quaisquer indícios de motivos pessoais para a incriminação injustificada do investigado, como na espécie. Precedentes. (AgRg no AREsp n. 1.997.048/ES, Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe de 21/2/2022). 4. Agravo regimental improvido. (AgRg no HC n. 716.902/SP, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 2/8/2022, DJe de 4/8/2022 – grifos nossos).

Por outro lado, sabe-se que para a caracterização do crime de tráfico não é necessário que o agente seja flagrado comercializando a substância ilícita, basta tão somente que ele realize uma das 18 (dezoito) condutas, previstas no art. 33, da Lei nº 11.343/2006, sendo que a conduta dos Réus em “**trazer consigo**” drogas, com vontade livre e consciente, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, se amolda ao tipo penal em debate.

Nessas circunstâncias, conquanto o Acusado negue a prática delitiva, as provas colacionadas aos fólios formam um todo harmônico, sendo afastada, portanto, a hipótese de absolvição por insuficiência probatória.

Por tais razões, dou provimento ao recurso do Ministério Público, para condenar o Réu **Eliei de Jesus Silva** pela prática do crime de tráfico de drogas (art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006), e, seguindo as diretrizes do artigo 59 e 68 do Código Penal, passo à dosimetria da pena.

DOSIMETRIA DA PENA

Analisando as circunstâncias judiciais descritas no art. 59, do CP, verifica-se que a conduta do Réu é reprovável, contudo, não transborda, a **culpabilidade**, dos elementos relativos ao tipo penal em apreço. Não registra **antecedentes criminais**; inexistem elementos nos autos para sopesar **a conduta social**; a **personalidade** do imputado não restou delimitada, não havendo estudo técnico a esse respeito ou mesmo elemento capaz de subsidiar tal valoração; os **motivos** são inerentes **ao delito**; **as circunstâncias do crime** não fogem à espécie delitiva; **consequências do crime** foram normais à espécie, não há o que se valorar quanto ao **comportamento da vítima**, já que se trata de crime cuja vítima é a própria coletividade.

Lado outro, a **quantidade de droga** deve ser sopesada em desfavor do Recorrido, em observância ao disposto no art. 42, da Lei nº 11.343/06, porquanto foram apreendidos em poder dele 283,13g (duzentos e oitenta e três gramas e treze centigramas) de “maconha”, distribuídas em 11 (onze) trouxinhas envoltas em saco plástico e meio tablete.

À vista das circunstâncias analisadas, fixo a pena-base em 6 (seis) anos e 3 (três) meses de reclusão.

Na **segunda fase**, não incidem agravantes. Todavia, deve ser reconhecida a atenuante da menoridade relativa (art. 65, I, do CP), de modo que resulta a pena intermediária em **5 (cinco) anos, 2 (dois) meses e 15 (quinze) dias de reclusão**.

Na **terceira etapa**, ausentes causas de aumento.

Na esteira do art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/06, a pena, nos delitos de tráfico de drogas, pode ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), quando o agente é primário, tem bons antecedentes, não se dedica a atividades criminosas e não integra organização criminosa, devendo o acusado preencher todos os requisitos de forma cumulativa, sendo a razão de ser dessa minorante justamente punir com menor rigor o traficante ocasional, aquele que não faz do tráfico de drogas o seu meio de vida.

In casu, apesar de o Réu responder a outras ações penais, é primário e não possui antecedentes criminais. Assim, à luz da atual jurisprudência do Tribunal da Cidadania (Resp 1977027/PR e Resp 1977180/PR), deve ser reconhecida a supramencionada causa de diminuição de pena. Contudo, para a modulação da fração, podem ser observadas as circunstâncias da prisão.

Neste sentido:

*AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. TRÁFICO PRIVILEGIADO. FRAÇÃO DE 1/6 DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. DISCRICIONARIEDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. APREENSÃO DE BALANÇA DE PRECISÃO E SIGNIFICANTE QUANTIDADE DE DROGA. REFORMATION IN PEJUS NÃO CONFIGURADA. AGRAVO DESPROVIDO. 1. Esta Corte Superior possui entendimento reiterado no sentido de que a apreensão de apetrechos no contexto da traficância evidencia a maior familiaridade ou mesmo a dedicação à prática criminosa. Além da **significante quantidade de droga (70g de crack e 147g de cocaína)**, foi também apreendida **balança de precisão empregada para o fracionamento dos entorpecentes e venda a varejo**. Logo, não há falar em falta de fundamentação para aplicação da minorante no patamar mínimo.*

2. Descabe falar em reformatio in pejus, vez que não foi acrescida fundamentação ao acórdão proferido na origem. Na hipótese, a decisão impugnada apenas especificou quais eram as circunstâncias do delito que já haviam sido reconhecidas no corpo da sentença e que estariam aptas justificar a modulação da minorante do tráfico privilegiado. 3. Agravo Regimental desprovido. (STJ - AgRg no AgRg no HC: 727668 RS 2022/0063774-6, Data de Julgamento: 19/12/2022, T5 - QUINTA

TURMA, Data de Publicação: DJe 22/12/2022 – grifos nossos).

Deste modo, considerando a quantidade de droga, aliada a apreensão de petrechos (balança de precisão e embalagens plásticas), promovo a redução da pena na fração de 1/6 (um sexto), resultando-a em **4 (quatro) anos, 4 (quatro) meses e 2 (dois) dias de reclusão**.

Em observância aos critérios utilizados para aplicação da pena privativa de liberdade, fixo a pena de multa em 433 (quatrocentos e trinta e três) dias-multa, cada uma no valor equivalente a um trigésimo do salário mínimo vigente ao tempo do fato delituoso, em observância ao disposto no art. 60, do Código Penal.

O Réu deve iniciar o cumprimento da pena em **regime semiaberto**, nos termos do art. 33, § 2º, alínea “b”, e §3º do Código Penal.

Incabível a substituição por pena restritiva de direitos e concessão de *sursis*, pelo não preenchimento dos requisitos previstos nos artigos 44 e 77, ambos do Código Substantivo Penal.

Por derradeiro, considerando que o Réu respondeu a este processo em liberdade e que não estão presentes os requisitos previstos no art. 312, do CPP, concedo ao mesmo o direito de recorrer em liberdade.

Devem ser adotadas, na origem, as providências legais e administrativas decorrentes da condenação, após seu trânsito em julgado.

CONCLUSÃO

Ante o exposto, voto no sentido de **conhecer e dar provimento ao Apelo do Ministério Público**, para condenar Eliel de Jesus Silva pela prática do crime de tráfico de drogas (art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006), à pena de 4 (quatro) anos, 4 (quatro) meses e 2 (dois) dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 433 (quatrocentos e trinta e três) dias-multa, na razão de 1/30 do salário mínimo nacional vigente à época dos fatos.

(TJBA - APELAÇÃO CRIMINAL n. 0550336-40.2017.8.05.0001. Primeira Câmara Criminal 2ª Turma. Relator: DES. BALTAZAR MIRANDA SARAIVA. Julgado em 06/05/2025).

ACORDÃO

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. BUSCA PESSOAL SEM MANDADO. FUNDADA SUSPEITA CARACTERIZADA. INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA PARA CONFIGURAÇÃO DA TRAFICÂNCIA. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. AUSÊNCIA DE PETRECHOS COMUMENTE UTILIZADOS NA TRAFICÂNCIA. INEXISTÊNCIA DE INVESTIGAÇÕES PRÉVIAS OU CAMPANA. PRINCÍPIO DO *IN DUBIO PRO REO*. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DE POSSE PARA USO PESSOAL. PARCIAL PROVIMENTO DO RECURSO.

I. CASO EM EXAME

1. Apelação criminal interposta por **JONATAS PEREIRA DA SILVA**, representado pelo advogado Marcelo Bonfim (OAB/BA 46.857), em irresignação à sentença proferida pelo Juízo da 3ª Vara de Tóxicos da Comarca de Salvador/BA, que o condenou pela prática do crime de tráfico de drogas (art. 33, caput, da Lei 11.343/2006), com pena de 5 anos de reclusão e 500 dias-multa, ante a apreensão 27,94g de crack. A defesa requereu, preliminarmente, a nulidade da busca pessoal e, no mérito, a absolvição ou desclassificação para o delito de posse para uso pessoal (art. 28 da Lei 11.343/2006), além da revisão da dosimetria da pena e substituição da pena privativa de liberdade.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. Há duas questões em discussão: (i) definir se a abordagem policial que resultou na apreensão da droga é válida, à luz do art. 244 do CPP; (ii) determinar se há provas suficientes para sustentar a condenação por tráfico ou se é caso de desclassificação para posse para uso pessoal.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. A abordagem policial é válida quando motivada por fundada suspeita, o que se verifica no caso concreto diante do comportamento do réu ao dispensar objeto suspeito ao avistar a viatura.

4. A jurisprudência do STJ e do TJBA admite busca pessoal sem mandado judicial quando há indícios concretos, como fuga ou descarte de objeto.

5. As provas dos autos demonstram a posse da droga pelo acusado, mas são insuficientes para comprovar, de forma inequívoca, a finalidade de tráfico, notadamente pela quantidade não elevada, ausência de dinheiro ou petrechos de venda e a inexistência de atos típicos de mercancia.

6. A simples condição de usuário, associada à ausência de elementos objetivos de traficância, impõe a aplicação do princípio do *in dubio pro reo*, com a consequente desclassificação para o art. 28 da Lei 11.343/2006.

IV. DISPOSITIVO E TESE

7. Recurso parcialmente provido.

Tese de julgamento:

1. A abordagem policial motivada por descarte de objeto em local conhecido por tráfico configura fundada suspeita e legítima a busca pessoal sem mandado.

2. A condenação por tráfico exige provas seguras e inequívocas da destinação mercantil da droga.

3. A ausência de petrechos típicos do tráfico, somada à pequena quantidade de droga e à inexistência de outros elementos objetivos, autoriza a desclassificação para o delito de posse para uso pessoal.

4. A adoção do Direito Penal do Fato impõe a inadmissibilidade de uma condenação criminal calcada pelo “Direito Penal do Autor”, embasada pela circunstância de o acusado já ter sido condenado anteriormente por tráfico.

Dispositivos relevantes citados: CF/1988, art. 5º, LIV e LVII; CPP, arts. 240, § 2º, 244 e 386, VII; Lei 11.343/2006, arts. 28, caput, e 33, caput.

Jurisprudência relevante citada: STJ, HC 929936/RJ, Rel. Min. Daniela Teixeira, DJe 19/11/2024; STJ, AgRg no HC 810639/SP, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, DJe 29/06/2023; TJBA, ApCrim 0568465-93.2017.8.05.0001, Rel. Des. Abelardo da Matta Neto, j. 07/12/2018; TJBA, ApCrim 0002900-44.2013.8.05.0079, Rel. Des. Pedro Augusto C. Guerra, j. 03/03/2020.

Vistos, relatados e discutidos estes autos da **Apelação Criminal n.º 0550336-40.2017.8.05.0001**, em que figura, como Apelante, **JONATAS PEREIRA DA SILVA** e, como Apelado, o **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA**,

ACORDAM os Desembargadores integrantes da Primeira Câmara Criminal Segunda Turma Julgadora do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade de votos, **CONHECER, REJEITAR a PRELIMINAR**, e, no mérito, **DAR PARCIAL PROVIMENTO** ao Recurso de Apelação, para desclassificar a capitulação legal imputada ao Apelante, prevista no art. 33, §4º, para aquela prevista no art. 28, *caput*, ambos da Lei n.º 11.343/2006, e assim o fazem pelas razões que integram o voto do eminente Desembargador Relator.

DECISÃO PROCLAMADA

Conhecido e provido em parte Por Unanimidade

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Apelação interposto por **JONATAS PEREIRA DA SILVA**, representado pelo advogado Marcelo Bonfim (OAB/BA 46.857), em irresignação à sentença proferida pelo Juízo da 3ª Vara de Tóxicos da Comarca de Salvador/BA, que o condenou às penas de **05 (cinco) anos de reclusão**, a ser cumprida em regime inicial semiaberto, e ao **pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa**, cada uma no valor de 1/30 do salário-mínimo vigente ao tempo dos fatos, pela prática do delito capitulado no artigo 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006, concedendo-lhe o direito de recorrer em liberdade.

Consoante se extrai da denúncia, no dia 01 de abril de 2017, por volta das 17h18min, foi constatado que o denunciado trazia consigo substância entorpecente, com o fim de praticar tráfico de drogas.

Consta, ainda, na exordial acusatória, que:

*“[...] Apurou-se que policiais militares realizavam rondas, na Rua Presidente Vargas, Itapuã, mais precisamente, nas proximidades de Nova Brasília, quando perceberam que o denunciado, ao notar a presença da viatura, arremessou um saco, que trazia consigo, a uma pequena distância, próximo a algumas pessoas, de modo que imediatamente desceram da viatura e procederam a abordagem do denunciado e garantiram a apreensão do saco, quando constataram que **continha 66 (sessenta e seis) pedras de crack, com massa bruta de 27,94g [...]**” (ID 76939394) (Grifos nossos).*

Em prestígio aos preceitos da celeridade e da economia processual, e tendo em vista ali se externar, suficientemente, no que relevante, a realidade da marcha processual até então desenvolvida, adota-se o relatório da sentença de **ID 76941316**, a ele acrescentando o registro dos eventos subsequentes, conforme a seguir disposto.

Apreciando as imputações da respectiva denúncia, o Juízo primevo julgou procedente a exordial acusatória, condenando o Apelante nas penas supramencionadas, pela prática do delito tipificado no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006.

Inconformado, o Apelante, representado pelo advogado Marcelo Bonfim (OAB/BA 46.857), interpôs o presente Recurso, pugnando, preliminarmente, pela declaração de ilegalidade da busca pessoal, asseverando que os policiais não possuíam fundadas razões que justificassem a abordagem.

No mérito, requer, **a)** a sua absolvição por insuficiência de provas para embasar a condenação, ou, subsidiariamente, **b)** a desclassificação do crime de tráfico de drogas para o tipo previsto no artigo 28, da Lei n. 11.343/2006; **c)** a aplicação da causa de diminuição da pena prevista no art. 33, §4º, da Lei 11.343/06; **d)** a fixação de regime inicial mais brando; **e)** a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito; e, por fim, **f)** a revisão da dosimetria da pena (**ID 78326763**).

Em contrarrazões de **ID 79479118**, o *Parquet* requereu o desprovemento do recurso de Apelação, para que seja mantida a condenação do Réu, nos exatos termos da sentença recorrida.

Instada a se manifestar, a douta Procuradoria de Justiça ofertou parecer pelo conhecimento e improvemento do recurso de Apelação (**ID 80415860**).

Com este relato, submeto o exame dos autos ao eminente Des. Revisor, nos termos do artigo 166 do RITJBA.

VOTO

Preenchidos os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Conforme relatado, cuida-se de Recurso de Apelação interposto por **JONATAS PEREIRA DA SILVA**, representado pelo advogado Marcelo Bonfim (OAB/BA 46.857), em irresignação à sentença proferida pelo Juízo da 3ª Vara de Tóxicos da Comarca de Salvador/BA, que o condenou às penas de **05 (cinco) anos de reclusão**, a ser cumprida em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de **500 (quinhentos) dias-multa**, cada uma no valor de 1/30 do salário-mínimo vigente ao tempo dos fatos, pela prática do delito capitulado no artigo 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006, concedendo-lhe o direito de recorrer em liberdade.

Consoante se extrai da denúncia, no dia 01 de abril de 2017, por volta das 17h18min, foi constatado que o denunciado trazia consigo substância entorpecente, com o fim de praticar tráfico de drogas.

Consta, ainda, na exordial acusatória, que:

*“[...] Apurou-se que policiais militares realizavam rondas, na Rua Presidente Vargas, Itapuã, mais precisamente, nas proximidades de Nova Brasília, quando perceberam que o denunciado, ao notar a presença da viatura, arremessou um saco, que trazia consigo, a uma pequena distância, próximo a algumas pessoas, de modo que imediatamente desceram da viatura e procederam a abordagem do denunciado e garantiram a apreensão do saco, quando constataram que **continha 66 (sessenta e seis) pedras de crack, com massa bruta de 27,94g [...]**” (ID 76939394) (Grifos nossos).*

Apreciando as imputações da respectiva denúncia, o Juízo primevo julgou procedente a exordial acusatória, condenando o Apelante nas penas supramencionadas, pela prática do delito tipificado no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006.

Inconformado, o Apelante, representado pelo advogado Marcelo Bonfim (OAB/BA 46.857), interpôs o presente Recurso, pugnando, preliminarmente, pela declaração de ilegalidade da busca pessoal, asseverando que os policiais não possuíam fundadas razões que justificassem a abordagem.

No mérito, requer, **a)** a sua absolvição por insuficiência de provas para embasar a condenação, ou, subsidiariamente, **b)** a desclassificação do crime de tráfico de drogas para o tipo previsto no artigo 28, da Lei n. 11.343/2006; **c)** a aplicação da causa de diminuição da pena prevista no art. 33, §4º, da Lei 11.343/06; **d)** a fixação de regime inicial mais brando; **e)** a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito; e, por fim, **f)** a revisão da dosimetria da pena (ID 78326763).

Feito esse registro, passa-se ao exame das razões recursais.

I – PRELIMINAR DE NULIDADE DAS PROVAS POR ABORDAGEM POLICIAL SEM FUNDADA SUSPEITA

De início, importa consignar a ausência de mácula nos elementos probatórios coligidos aos autos, não merecendo acolhimento a preliminar de nulidade das provas, sob a alegação de que foram obtidas por meio ilícito diante da suposta ausência de justa causa para a abordagem policial.

Nos termos do art. 240, §2º, do Código de Processo Penal, “*Proceder-se-á à busca pessoal quando houver fundada suspeita de que alguém oculte consigo arma proibida ou objetos mencionados nas letra b a f e letra h do parágrafo anterior*”, situações essas que justificam a realização da revista independentemente de mandado judicial, conforme previsto no art. 244 do CPP.

In casu, infere-se da prova colacionada aos autos que o Réu foi abordado por agentes policiais, que realizavam patrulhamento de rotina no local, quando avistaram o acusado, que, ao perceber a presença da guarnição, descartou um pacote em meio a outras pessoas presentes, demonstrando nervosismo.

Sendo assim, em que pese a alegação do Apelante, resta evidente a existência de fundada suspeita apta a legitimar a abordagem policial, visto que o Réu dispensou um objeto ao avistar os policiais, elemento concreto que suscitou a suspeita nos prepostos, levando-os a proceder a abordagem.

Ressalte-se que a suspeita foi confirmada após a busca pessoal, vez que se constatou que o material descartado pelo Réu consistia em 66 (sessenta e seis) pedras de crack, totalizando uma massa bruta de 27,94g (vinte e sete gramas e noventa e quatro centigramas).

Assim, verifica-se a existência de indícios de ilicitude aptos a autorizar a abordagem policial, não havendo que se falar em nulidade no caso em apreço.

Nesse exato sentido posiciona-se o Superior Tribunal de Justiça:

DIREITO PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PINOS DE COCAÍNA COM INSCRIÇÕES ALUSIVAS À FACÇÃO CRIMINOSA. BUSCA PESSOAL DENTRO DA LEGALIDADE. ORDEM DENEGADA. I. Caso em exame 1. Habeas corpus impetrado contra acórdão que negou provimento a recurso defensivo, mantendo condenação por tráfico de drogas. A defesa alegou nulidade da prova obtida por busca pessoal sem justa causa. A abordagem ocorreu após denúncia de tráfico em local conhecido, onde o réu foi visto descartando um saco contendo cocaína. II. Questão em discussão 2. A questão em discussão consiste na legalidade da busca pessoal realizada sem mandado judicial e a consequente validade das provas obtidas. III. Razões de decidir 3. **A busca pessoal foi justificada pela fundada suspeita, evidenciada pelo descarte de sacola contendo drogas em local de tráfico.** 4. A jurisprudência do STJ admite busca pessoal sem mandado em casos de fundada suspeita, conforme art. 244 do CPP. 5. A abordagem foi considerada legal, pois os policiais agiram em estrito cumprimento do dever legal, com base em indícios concretos. 6. A busca pessoal foi motivada pelo descarte de sacola, na qual encontrou-se tubos contendo cocaína, com insígnia de Facção Criminosa, mesmo produto encontrado em revista pessoal do paciente. IV. Dispositivo 7. Ordem de habeas corpus denegada (STJ - HC: 929936 RJ 2024/0262351-7, Relator: Ministra DANIELA TEIXEIRA, Data de Julgamento: 15/10/2024, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 19/11/2024) (Grifos nossos).

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. NULIDADE DA BUSCA PESSOAL. INOCORRÊNCIA. FUNDADA SUSPEITA. DESCLASSIFICAÇÃO PARA PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PRÓPRIO. IMPOSSIBILIDADE. VEDADO REEXAME DA MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Nos termos do art. 240, § 2º, do Código de Processo Penal - CPP, para a realização de busca pessoal é necessária a presença de fundada suspeita no sentido de que a pessoa abordada esteja na posse de drogas, objetos ou papéis que constituam corpo de delito. 2. **A abordagem dos policiais somente se deu em virtude de fundada suspeita de que o paciente estava realizando o comércio ilícito de entorpecentes, porquanto estava em local conhecido como ponto de venda de drogas e, quando viu a viatura, saiu correndo com um volume no seu moletom, o que gerou fundada suspeita de ilicitude.** Suspeita confirmada após a revista pessoal, uma vez que foram encontradas 5g de cocaína e 44g de maconha em poder do agravante. 3. Nesse contexto, a partir da leitura dos autos, verifica-se que foi constatada a existência de indícios prévios da prática da traficância, a autorizar a atuação policial, não havendo falar em nulidade da busca pessoal. 4. Para afastar a conclusão das instâncias ordinárias a respeito da prática do delito de tráfico ilícito de entorpecentes é necessário o reexame de todo o conjunto probatório, procedimento vedado na via mandamental. Precedentes. 5. Agravo regimental desprovido. (STJ - AgRg no HC: 810639 SP 2023/0092240-0, Relator: Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Data de Julgamento: 26/06/2023, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 29/06/2023) (Grifos nossos).

Afasta-se, portanto, a sobredita preliminar, passando-se à análise do mérito.

I – PLEITO DE ABSOLVIÇÃO OU, SUBSIDIARIAMENTE, DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DE POSSE DE DROGAS PARA USO PESSOAL (ART. 28 DA LEI N. 11.343/2006)

O Apelante aduz, em síntese, que o conjunto probatório é insuficiente para indicar que a droga encontrada com o acusado se destinava ao tráfico, pugnando, assim, pela absolvição, ou, subsidiariamente, pela desclassificação do delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006, para o previsto no art. 28 do mesmo Diploma Legal.

Compulsando detidamente os autos, vê-se que as provas carreadas ao processo, legalmente produzidas, evidenciam a materialidade e a autoria quanto ao porte das substâncias ilícitas, conforme se extrai do Auto de Exibição e Apreensão (ID 76939395 - Pág. 11), do Laudo de Exame Pericial nº 2017 00 LC 016812-01 (ID 76939395 - Pág. 19), Laudo de Exame Pericial nº 2017 00 LC 016812-02 (ID 76941282), bem como dos depoimentos dos policiais que realizaram a apreensão em flagrante do Recorrente, prestados em sede inquisitorial (ID 76939395 – Págs. 04/05/06) e em Juízo (Pje Mídias).

De outra banda, não restou comprovada a prática do delito de tráfico de drogas, uma vez que as provas carreadas aos autos não evidenciam, de forma inequívoca, a destinação da droga à comercialização, não sendo suficientes para afastar a afirmação do Recorrente de que a substância apreendida se destinava ao seu consumo pessoal.

Com efeito, em análise aos depoimentos dos policiais militares responsáveis pela prisão em flagrante do acusado, colhidos durante a audiência de instrução e julgamento, não se identificam elementos concretos que comprovem, de forma inequívoca, a prática de tráfico de drogas por parte do Réu.

Em sede judicial, o policial **Anselmo Mululo da Silva**, declarou que, no dia dos fatos, estava em rotina nas proximidades de Nova Brasília de Itapuã, na Baixa da Gia, local típico de venda de drogas; **que quando se aproximavam do local, visualizaram o acusado que, ao perceber a presença da guarnição, lançou um saco em meio a umas pessoas que havia no local e ficou nervoso**; que viu o acusado dispensando o saco; que procederam a abordagem e localizaram o saco; que constaram que havia drogas no saco; que o réu admitiu que a droga lhe pertencia; que a droga estava fracionada e acondicionada para venda; que não se recorda se foi apreendido dinheiro; **que o réu estava caminhando quando os policiais o avistaram e estava sozinho** (Depoimento em Juízo da testemunha de acusação SD/PM Anselmo Mululo da Silva, transcrito na sentença e conferido no Pje Mídias) (Grifos nossos).

Por sua vez, ao ser ouvido em Juízo, o SD/PM **Arley Moreira Bonfim Silva** relatou que estavam em ronda de rotina na localidade em que é comum o tráfico de drogas; **que, ao descer a rua, avistaram o acusado que, notar a presença da guarnição, correu uns 20 a 30 metros e dispensou um saquinho; que foi feita a abordagem ao acusado e apreendido o saquinho contendo a droga**; que a droga era crack; que foi a segunda prisão que efetuou do réu; que o réu estava sozinho; que nada mais foi encontrado com o réu; que o réu não falou nada a respeito da destinação da droga (Depoimento em Juízo da testemunha de acusação SD/PM Arley Moreira Bonfim Silva, transcrito na sentença e conferido no Pje Mídias) (Grifos nossos).

Verifica-se, portanto, que, conforme pontuado pela Defesa, os depoimentos supracitados não se mostram suficientes para embasar a condenação do ora Apelante pelo delito de tráfico de drogas, posto que não há elementos concretos que indiquem o intuito de mercância do material entorpecente, sendo certo que a pequena quantidade de droga apreendida (27,94 gramas de crack), aliada à ausência de apreensão de outros objetos capazes de descrever contexto de traficância deve ser enxergada como situação de uso de drogas para consumo próprio.

Diante desse cenário, ganha credibilidade a versão do Recorrente, o qual, frise-se, negou que portava drogas com a finalidade de comércio, tendo afirmado que a substância encontrada com ele destinava-se ao seu consumo pessoal. Senão, veja-se:

“[...] admitiu a propriedade das drogas. Contudo, negou a destinação das substâncias ao tráfico, aduzindo que: na época dos fatos era usuário de crack; que havia acabado de adquirir a droga pelo valor de R\$ 150,00 o qual tinha recebido em seu trabalho de ajudante de marceneiro; que se assustou quando viu a viatura e dispensou a droga; que teria comprado o entorpecente para usá-lo por cerca de 10 dias evitando ter que retornar ao local com frequência para adquirir a droga; que não sabe precisar a quantidade de droga que trazia consigo, mas que não correspondia à toda a droga [...]” (Interrogatório em Juízo do Réu **Jonatas Pereira da Silva**, transcrito na sentença e conferido no Pje Mídias) (Grifos nossos).

Digno de registro, ademais, que, consoante Auto de Exibição e Apreensão e Laudo de Exame Pericial n.º 2017 00 LC 016812-01, a droga apreendida tratava-se de 66 (sessenta e seis) pedras de crack, totalizando uma massa bruta de 27,94g (vinte e sete gramas e noventa e quatro centigramas), quantidade compatível com o consumo pessoal.

Outrossim, diversos estudos técnicos apontam que a quantidade média de consumo diário de um usuário ultrapassa 10 pedras de crack. Nesse sentido, por exemplo: a Pesquisa Nacional sobre o Crack da Fiocruz assevera que *“o consumo médio por dia para as mulheres é de 21 pedras de crack e, para os homens, 13 pedras”*. Disponível em: <https://informe.ensp.fiocruz.br/noticias/33845>. Acesso em: 22/04/2025); a Secretaria Nacional de Políticas sobre drogas apontou em seu estudo que *“o número médio de pedras usadas pelos usuários nas capitais é de 16 por dia. Já nos demais municípios, este número é de 11 pedras ao dia”*.

Disponível em: https://app.uff.br/slab/uploads/Pesquisa_Nacional_sobre_uso_de_crack_e_outras_drogas.pdf. Acesso em: 22/04/2025); os pesquisadores TEIXEIRA, Mirna Barros; ENGSTROM, Elyne Montenegro; RIBEIRO, José Mendes, apontam no artigo intitulado “Revisão sistemática da literatura sobre crack: análise do seu uso prejudicial nas dimensões individual e contextual”, que os usuários utilizam uma média de *“10 pedras/dia”*. Disponível em <https://www.scielo.br/j/sdeb/a/RXYBpTBFJtkRmkLnXrpQwtq/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 22/04/2025.

Ressalte-se, ademais, que não fora apreendido nenhum petrecho comumente utilizado na traficância, como balança de precisão, caderno de anotações ou material para embalar drogas, bem como não fora apreendida qualquer quantia em dinheiro com o acusado. Ainda, não ocorreu nenhuma investigação anterior ou posterior ao flagrante que apontasse envolvimento atual do Recorrente com o mercado ilícito de entorpecentes, como monitoramento, campana, e/ou abordagem a possíveis usuários.

Com efeito, na perspectiva do Direito Penal mínimo, que orienta e legitima o controle social de *ultima ratio* adotado pelo Estado Brasileiro, não se pode imputar a alguém a autoria de tráfico de drogas pelo simples fato de se encontrar portando determinada quantidade de droga, se não houver elementos outros a indicar a conduta imputada.

Não se ignora o entendimento de que o tráfico de drogas é delito de ação múltipla, que se consuma com a prática de qualquer dos verbos nele descritos, sendo prescindível a comprovação da finalidade de comercialização, bem como que o fato de ser usuário não exclui a possibilidade da prática do crime de tráfico pelo envolvido – no entanto, no caso em comento, a análise dos depoimentos das testemunhas ouvidas, a natureza e a quantidade da substância apreendida, a ausência de variedade destas, bem como as condições em que se desenvolveu a ação, não permitem a afirmação, com a certeza necessária, de que a conduta praticada pelo Réu se amolda ao art. 33 da Lei de Drogas, sendo forçoso a desclassificação da imputação para aquela disposta no art. 28, Lei de Drogas.

Isto porque, conforme mencionado alhures, não foram encontrados, com o Recorrente, petrechos comumente associados à mercancia, a exemplo de balança de precisão, sacolas ou pinos vazios para preenchimento ou mesmo anotações acerca de clientela, compra e venda dos entorpecentes;

armas de fogo ou munições em posse do sentenciado; e, por fim, foi ínfima a quantidade de drogas encontrada em sua posse, além de se tratar de apenas um tipo de droga (crack).

Salvo, portanto, o fato de os entorpecentes terem sido encontrados de forma fracionada, o que por si só, não pode ser indicativo de traficância, já que, no varejo do mercado ilícito de drogas, as substâncias são adquiridas habitualmente desta maneira, não há quaisquer outros indicativos concretos que possam ser invocados para fins de enquadramento das condutas ilícitas do Apelante no delito previsto no art. 33 da Lei n.º 11.343/2006.

Desta mesma maneira tem entendido esta 2ª Turma da Primeira Câmara Criminal do TJBA em casos similares:

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PRELIMINAR. ALEGAÇÃO DE QUE A CONFISSÃO OBTIDA NA FASE INQUISITORIAL OCORREU SOB TORTURA. IMPROCEDÊNCIA. DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO PARA A CONDUTA TIPIFICADA NO ART. 28 DA LEI 11.343/06. PERTINÊNCIA. AUSÊNCIA DE PROVAS QUANTO A PRÁTICA DE TRÁFICO DE DROGAS. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO EM PARTE. Processada e julgada, a Apelante foi condenada pela prática do crime inculcado no art. 33 da Lei 11.343/2006, à pena privativa de liberdade de 05 anos de reclusão, em regime semiaberto, além do pagamento de 500 (quinhentos) dias multa. Na hipótese sob descortino, requer, em caráter preliminar, a nulidade da sentença ora guerreada ao argumento de que o eminente juízo a quo, obteve as provas da fase inquisitória mediante violência. No mérito, pugna pela desclassificação do delito de tráfico para a conduta inculcada no art. 28 da Lei 11.343/2006, e, caso não acolhida as aventadas teses, pela diminuição da pena privativa de liberdade imposta, a partir da incidência da causa redutora prevista no parágrafo 4º do artigo 33 da referida lei. [...] **Quanto ao pedido de desclassificação, impende consignar que, efetivamente, os depoimentos testemunhais trazidos ao bojo do processo pecam pela fragilidade no que concerne à busca da verdade real, deles não se extraíndo, de maneira límpida, a culpabilidade da ré no que tange ao crime de tráfico de drogas. conforme extrai-se dos depoimentos acima resumidos, não há como assegurar que a Apelante estava praticando comércio ilícito de substâncias entorpecentes, não apenas pela pequena quantidade de drogas encontradas, mas pelo lugar e contexto em que se desenvolveram os fatos. Destaca-se, ainda, não foi encontrado junto a pequena quantidade da droga apreendida, materiais acessórios como balança de precisão e sacos plásticos, o que seria um indicativo que a substância se destinava à revenda. De fato, existe forte temor, nesse contexto, de se violentar a justiça e a verdade. Assim, 20,72g vinte gramas e setenta e dois centigramas de maconha, por si só, não têm o condão de configurar mercancia ilícita, especialmente quando inexistem elementos coadjuvantes outros que apontem nessa direção, restando evidente, pois, a fragilidade do arcabouço probatório. Portanto, havendo dúvida fundada acerca da destinação da droga, considerando-se, sobretudo, a pequena quantidade de entorpecentes encontrados e as circunstâncias em que o fato em análise se desenvolveu, em observância ao princípio constitucional do “in dubio pro reo”, revela-se imperativa a reforma da sentença hostilizada, para desclassificar a conduta de tráfico de drogas para aquela prevista no art. 28 da lei Antidrogas. Diante do exposto, vota-se no sentido de CONHECER do presente recurso para, no mérito, PROVER-LHE PARCIALMENTE no sentido de ser desclassificado o crime de Tráfico de Drogas para a infração prevista no artigo 28 da Lei nº 11.343/2006 (uso de drogas), devendo os autos serem encaminhados ao Juizados Especiais**

Criminais da Comarca de Salvador, competente para o julgamento do presente feito, possibilitando, desta forma, a aplicação dos institutos benéficos previstos no art. 72 da Lei n. 9.099/95. A Procuradoria de Justiça, pronunciou-se pelo conhecimento e, no mérito, pelo improvimento do apelo, preservando in totum a sentença vindicada. **RECURSO CONHECIDO E PROVIDO EM PARTE.** (TJBA, Apelação Criminal n.º 05684659320178050001, Relator: Des. Abelardo Paulo da Matta Neto, Primeira Câmara Criminal Segunda Turma, Data de Publicação: 07/12/2018). (Grifos nossos).

APELAÇÃO. SENTENÇA CONDENATÓRIA POR CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33, “CAPUT”, DA LEI Nº 11.343/06) – RECURSO DEFENSIVO REQUERENDO DESCLASSIFICAÇÃO PARA A FIGURA PREVISTA NO ART. 28 DO MESMO DIPLOMA (PORTE DE DROGA PARA CONSUMO PESSOAL) OU AFASTAMENTO DA PENA DE MULTA, ALÉM DA ISENÇÃO DO PAGAMENTO DE CUSTAS PROCESSUAIS – RECURSO PROVIDO. DESCLASSIFICAÇÃO DAS ACUSAÇÕES REFERENTES AO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS PARA O CRIME DE PORTE PARA USO, COM A DEVIDA REMESSA AO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 48, § 1º, DA LEI ANTIDROGAS C/C ARTIGO 383, § 2º, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. RECURSO PROVIDO. SENTENÇA REFORMADA. I – Sentença que julga procedente a pretensão punitiva para condenar MAXSUEL DIAS DOS SANTOS pelo crime de tráfico (art. 33, caput, da Lei de Regência), aplicando a pena de 01 (um) anos e 08 (oito) meses de reclusão, em regime aberto, e 165 (cento e sessenta e cinco) dias- multa, no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos, substituindo, ao final, a pena privativa de liberdade por duas penas restritiva de direitos. [...] IV - Incabível a condenação por Tráfico de Drogas, pois há dúvidas de que o réu tenha concorrido para a prática deste crime, mormente quando suas declarações em juízo foi consistente no sentido de que seria usuário de drogas, que se encontra em total harmonia com todo o caderno probatório carreado aos autos, inclusive pelos depoimentos dos policiais que se limitaram a afirmar que o Acusado foi flagrado portando a ínfima quantidade de entorpecente. V - **A ausência de elementos suficientes à comprovação inequívoca de que as drogas apreendidas em poder do Réu destinavam-se à difusão ilícita impõe, por força do princípio do in dubio pro reo, desclassificação referente ao crime estampado no artigo 33, da Lei de Drogas, para o tipo descrito no artigo 28 da Lei no 11.343/2006.** VI - Nos termos do art. 383, § 2º, do Código de Processo Penal, tratando-se de infração da competência de outro Juízo, a este devem ser encaminhados os autos. In casu, o feito deve ser enviado ao Juizado Especial Criminal competente para fins de aplicação dos benefícios da Lei 9.099/95, ex vi do artigo 48, § 1º, da Lei de Regência, devendo ser expedido o competente Alvará de Soltura. VII - RECURSO PROVIDO. Desclassificação das acusações relativas ao crime elencado no artigo 33, caput, da Lei Antidrogas para o crime de Uso próprio, tipificado no artigo 28 da Lei Antidrogas, que se impõe. (TJBA, Apelação Criminal n.º 0002900442013805079, Relator: Des. Pedro Augusto Costa Guerra, Primeira Câmara Criminal Segunda Turma, Data de Publicação: 03/03/2020). (Grifos nossos).

“[...] V – De logo, registre-se que merece acolhimento a tese principal da Defesa de desclassificação delitiva. Com efeito, da detida análise dos autos, verifica-se que não foi produzida qualquer prova de traficância, uma vez que, embora os Policiais Militares tenham se dirigido à residência do Apelante sob a suspeita

de lá encontrarem uma “boca de fumo”, o local e as duas pessoas que lá estavam foram totalmente revistados, tendo sido apreendido, apenas, um tipo de droga, e em pequena quantidade compatível com o consumo, qual seja, 23 (vinte e três) pedras de crack, além de um cachimbo, petrecho utilizado para o uso da substância psicoativa. VI – Nesse ponto, dois dos Policiais Militares ouvidos em Juízo, além do Delegado de Polícia, apesar de, em sua maioria, afirmarem não se recordarem plenamente dos fatos, que teriam ocorrido no ano de 2011, foram uníssonos em relatar que apenas encontraram determinada quantidade de pedras de crack no bolso da bermuda do Apelante e outras em um colchão que se encontrava na residência, além de cachimbo com a Codenunciada, não tendo sido localizado nenhum petrecho para o tráfico, como balança, caderno de anotações, etc. IX – Diante de tal panorama, e considerando as demais circunstâncias fáticas relacionadas ao caso concreto, como a inexistência de outros registros criminais em nome do Apelante, pequena quantidade de droga, ausência de variedade, bem como de apreensão de quantia em espécie e de petrechos para o tráfico, de modo a não estar devidamente evidenciada a destinação comercial da droga apreendida, faz-se inviável a condenação do Réu pela prática do delito de tráfico de drogas, previsto no art. 33, caput, da Lei 11.343/2006. Malgrado este contenha uma série de condutas, entre elas “fornecer, ainda que gratuitamente” drogas em desacordo com regulamentação legal ou regulamentar, certamente ele não foi cominado com o objetivo de punir a conduta de mera cessão de drogas a pessoas do relacionamento dos indivíduos usuários, sem o objetivo de lucro, para a qual incide o tipo penal do consumo compartilhado (art. 33, § 3º, da Lei 11.343/2006). XIV – Apelação CONHECIDA e PROVIDA, com a desclassificação do delito para o previsto no art. 33, § 3º, da Lei 11.343/2006, além do reconhecimento, DE OFÍCIO, da ocorrência da prescrição retroativa da pretensão punitiva estatal, com a consequente declaração de extinção da punibilidade do Apelante (TJBA, Apelação Criminal no 0000036-67.2012.8.05.0079, Relator: Des. Baltazar Miranda Saraiva, Primeira Câmara Criminal Segunda Turma. Julgado em 01/08/2023). (Grifos nossos).

No mesmo sentido, transcreve-se os seguintes precedentes deste Egrégio Tribunal de Justiça:

APELAÇÃO CRIMINAL. LEI DE DROGAS. DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME DE TRÁFICO PARA A CONDUTA PREVISTA NO ARTIGO 28 DA LEI 11.343/2006. DÚVIDA ACERCA DA DESTINAÇÃO DO ENTORPECENTE APREENDIDO. IN DUBIO PRO REO. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. Nos termos do art. 28, §2º, da Lei de Tóxicos, o julgador deve atentar para as circunstâncias do caso para determinar a destinação da droga apreendida, e, havendo dúvidas, se para venda ou consumo pessoal, aplica-se o princípio in dubio pro reo, com a consequentemente desclassificação do crime de tráfico para a conduta de posse para uso próprio. Recurso conhecido e não provido. (TJBA, Apelação criminal n.º 0303824-06.2015.8.05.0113, Relator: Des. Substituto MOACYR PITTA LIMA FILHO, Segunda Câmara Criminal - Segunda Turma, julgado em: 09/11/2021). (Grifos nossos).

DIREITO PENAL. DIREITO PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. RECURSO DEFENSIVO. TRÁFICO DE DROGAS. (ART. 33 DA LEI Nº 11.343/2006). PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS SUBSIDIARIAMENTE A DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA PARA O

TIPO DO ART. 28 DA LEI DE TÓXICOS. AUSÊNCIA DE PROVAS SEGURAS E INEQUÍVOCAS DE QUE O APELANTE TENHA PRATICADO O CRIME DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES. POLICIAIS QUE NÃO APONTARAM ELEMENTOS CONCRETOS DE QUE A DROGA QUE FOI ENCONTRADA COM O RÉU SE DESTINAVA AO COMÉRCIO. PROVA FRÁGIL. NECESSÁRIA DESCLASSIFICAÇÃO DA ACUSAÇÃO REFERENTE AO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS PARA O CRIME DE PORTE PARA USO (ART. 28, DA LEI 11.343/06). RECURSO DE APELAÇÃO CONHECIDO E PROVIDO. (TJBA, Apelação Crime n.º 0500258- 91.2020.8.05.0080, Relator: Des. ANTONIO CUNHA CAVALCANTI, Segunda Câmara Criminal, Segunda Turma, julgado em: 27/07/2021). (Grifos nossos).

Não é outro o entendimento das duas Turmas Criminais do Superior Tribunal de Justiça para casos como o dos presentes autos:

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO PESSOAL. PRINCÍPIO DO IN DUBIO PRO REO. SANÇÕES ADMINISTRATIVAS. REJEIÇÃO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. I. CASO EM EXAME 1. Habeas corpus impetrado em favor do paciente Otacílio Batista de Lima Júnior, condenado à pena de 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão, além de 591 dias-multa, pela prática dos crimes previstos no art. 33 da Lei n. 11.343/2006 e no art. 14 da Lei n. 10.826/2003, na forma do art. 69 do Código Penal. A defesa pleiteia a desclassificação do crime de tráfico de drogas (art. 33) para posse de drogas para uso pessoal (art. 28 da Lei n. 11.343/2006), argumentando que a condenação foi baseada em provas insuficientes e circunstâncias que não comprovam o tráfico, tais como: pequena quantidade de drogas apreendidas (9,87g de cocaína e 12,22g de maconha), ausência de elementos típicos da mercancia e insuficiência dos depoimentos dos policiais. II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO. 2. Há duas questões em discussão: (i) verificar se a conduta atribuída ao paciente se amolda ao crime de tráfico de drogas (art. 33 da Lei n. 11.343/2006) ou ao crime de posse para consumo próprio (art. 28 da mesma Lei); (ii) analisar se há omissões, contradições ou obscuridades no acórdão embargado que justifiquem o acolhimento dos embargos de declaração. III. RAZÕES DE DECIDIR. **3. A desclassificação para o art. 28 da Lei n. 11.343/2006 é cabível quando a quantidade de droga apreendida, aliada à ausência de elementos concretos indicativos de mercancia (como balanças de precisão, embalagens ou petrechos) e às circunstâncias pessoais do acusado, não permite a configuração do tráfico de drogas com segurança necessária ao decreto condenatório, aplicando-se o princípio do in dubio pro reo.** 4. A jurisprudência do STJ e do STF reconhece a possibilidade de reavaliação de fatos incontroversos em habeas corpus para verificar a adequação do tipo penal, sem necessidade de revolvimento fático-probatório. **5. No caso, as circunstâncias indicam que a quantidade de droga apreendida (9,87g de cocaína e 12,22g de maconha) é insuficiente para justificar a destinação mercantil, inexistindo provas concretas de traficância. Assim, impõe-se a desclassificação da conduta para posse de drogas para consumo pessoal (art. 28 da Lei n. 11.343/2006).** 6. Os embargos de declaração, por sua vez, não podem ser utilizados como meio de revisão do mérito da decisão. Inexistindo obscuridade, contradição ou omissão no acórdão embargado, os embargos não merecem acolhimento. IV. DISPOSITIVO.

7. Embargos de declaração rejeitados. (STJ, EDcl no HC n. 860.606/RJ, Relatora: Ministra Daniela Teixeira, Quinta Turma, julgado em 26/2/2025, DJEN de 5/3/2025). (Grifos nossos).

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. **TRÁFICO DE DROGAS. DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA PARA PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS DA TRAFICÂNCIA. ELEMENTOS INDICANDO DESTINAÇÃO AO CONSUMO PRÓPRIO. MÍNIMA QUANTIDADE 19 GRAMAS DE COCAÍNA E CRACK. AGRAVO DESPROVIDO.** I. CASO EM EXAME. 1. Agravo regimental interposto pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul contra decisão que concedeu habeas corpus em favor de Adriano Coimbra, desclassificando a conduta do art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006 (tráfico de drogas) para o art. 28 do mesmo dispositivo legal (porte de drogas para consumo pessoal). II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO. 2. A questão central consiste em determinar se a conduta atribuída ao agravado pode ser desclassificada do crime de tráfico de drogas para o crime de porte de drogas para consumo pessoal, com base nas provas constantes dos autos. III. RAZÕES DE DECIDIR. **3. A desclassificação da conduta para o crime de porte de drogas para consumo pessoal é cabível quando as provas não indicam, de forma inequívoca, a destinação da droga para o comércio ilícito. 4. No presente caso, o agravado foi flagrado com 19g de cocaína e crack, sem a apreensão de apetrechos relacionados à traficância e sem evidências claras de comercialização da droga. As instâncias inferiores basearam a condenação no relato de policiais e em uma denúncia, porém, não houve a demonstração de atos concretos que caracterizassem o tráfico.** 5. A quantidade de droga e as circunstâncias da apreensão, sem outros elementos de traficância, indicam que a droga era destinada ao consumo próprio, conforme o entendimento da jurisprudência do STJ em casos semelhantes. 6. O reconhecimento do porte de drogas para consumo pessoal, previsto no art. 28 da Lei n. 11.343/2006, não implica revolvimento de provas, mas, sim, reavaliação jurídica dos elementos fáticos apresentados. IV. Agravo regimental desprovido. (STJ, AgRg no HC n. 838.593/RS, Relatora: Ministra Daniela Teixeira, Quinta Turma, julgado em 26/2/2025, DJEN de 13/3/2025). (Grifos nossos).

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. **TRÁFICO DE DROGAS. TESE DE NULIDADE POR CERCEAMENTO DE DEFESA. PLEITO DE RECONHECIMENTO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. CARÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA DA INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 284/STF E 7/STJ. RAZÕES QUE NÃO INFIRMARAM O FUNDAMENTO DO DECISUM ATACADO. INOBSERVÂNCIA DO COMANDO LEGAL INSERTO NO ART. 932, III, DO CPC. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 182/STJ. MANIFESTA ILEGALIDADE. DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS. EXCEPCIONALIDADE. ÍNFINA QUANTIDADE DE ENTORPECENTE APREENDIDO (18,3 G DE MACONHA - PESO BRUTO). CARÊNCIA DE ELEMENTOS QUE COMPROVASSEM AS ELEMENTARES DO TRÁFICO DE DROGAS. JURISPRUDÊNCIA DA SEXTA TURMA. DETERMINADO O RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM PARA PROSSEGUIMENTO DA PERSECUÇÃO PENAL.** Agravo regimental não conhecido. Concedido habeas corpus de ofício, para desclassificar a conduta do

agravante, considerada pelas instâncias ordinárias como tráfico de drogas, para a de uso de entorpecente para consumo pessoal. (STJ, AgRg no AREsp n. 2.404.580/SP, Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 21/5/2024, DJe de 23/5/2024). (Grifos nossos).

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. **TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PROVAS DE AUTORIA INSUFICIENTES. DESCLASSIFICAÇÃO. ART. 28 DA LEI N. 11.343/2006.** 1. Admite-se, em recurso especial, a desclassificação do delito quando, para tanto, bastar a reavaliação dos fatos e provas delineados no acórdão, como no caso em exame. 2. **A apreensão de 25,94g (vinte e cinco gramas e noventa e quatro centigramas) de maconha e 0,09g (nove centigramas) de cocaína com o acusado, que afirmou ser para uso próprio, indica, neste caso, a configuração do tipo descrito no art. 28 da Lei n. 11.343/2006, pois, além desses elementos, nada mais foi produzido que sinalize a possível prática do crime de tráfico de entorpecentes.** 3. A condenação pressupõe prova robusta, que indique, sem espaço para dúvida, a existência do crime e a prova de autoria, situação não ocorrente na espécie, em que o Juízo condenatório apoiou-se em uma presunção. 4. Agravo regimental desprovido (STJ, AgRg no AREsp n. 2.522.148/RO, Sexta Turma, Relator: Ministro Antonio Saldanha Palheiro, julgado em 14/5/2024, DJe de 17/5/2024). (Grifos nossos).

DIREITO PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PLEITO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DE USO PESSOAL. **PEQUENA QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDA. INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA QUANTO À DESTINAÇÃO MERCANTIL DOS ENTORPECENTES. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO IN DUBIO PRO REO. ORDEM CONCEDIDA.** I. CASO EM EXAME. 1. Habeas corpus impetrado por Phelipe Wener Rodrigues da Silva e Gilvan Gomes Dias contra acórdão que manteve a condenação dos pacientes pelo crime de tráfico de drogas (art. 33, caput, da Lei 11.343/2006). A defesa pleiteia a desclassificação da conduta para o crime de posse para uso pessoal (art. 28 da Lei 11.343/2006), alegando que a pequena quantidade de drogas apreendidas (36 gramas) seria destinada ao consumo próprio. II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO. 2. **A questão em discussão consiste em definir se a conduta pela qual os pacientes foram condenados configura o crime de tráfico de drogas (art. 33, caput, da Lei 11.343/2006) ou se deve ser desclassificada para o crime de posse de drogas para uso pessoal (art. 28 da Lei 11.343/2006), considerando a quantidade de entorpecentes apreendida e os demais elementos do caso.** III. RAZÕES DE DECIDIR. 3. A controvérsia envolve a interpretação dos fatos incontroversos e a aplicação da norma penal adequada, sem necessidade de revolvimento de provas, já que a questão central é a destinação dos entorpecentes apreendidos. 4. **Embora o Tribunal de origem tenha considerado os depoimentos dos policiais como suficientes para embasar a condenação, a quantidade de drogas apreendida (36 gramas) não permite, com a segurança necessária, afirmar que os entorpecentes eram destinados à venda ou mercancia.** 5. Em situações de dúvida quanto à destinação da droga, a jurisprudência desta Corte tem se posicionado pela aplicação do princípio do in dubio pro reo, prevalecendo a tese defensiva de uso pessoal quando não há elementos seguros que comprovem o tráfico. 6. A reavaliação das provas permite concluir que a quantidade de entorpecentes apreendida e a ausência de outros elementos típicos de traficância indicam o

consumo pessoal, sendo aplicável o art. 28 da Lei 11.343/2006. IV. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA. **Notas: Quantidade de droga apreendida: 05 pinos de cocaína, 03 papelotes da mesma substância, 02 buchas de maconha e 51 pedras de crack, no total de 36 g de entorpecentes.** (STJ, HC n. 848.490/ES, Relatora: Ministra Daniela Teixeira, Quinta Turma, julgado em 10/12/2024, DJEN de 23/12/2024.)

PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO RECEBIDO COMO AGRAVO REGIMENTAL. TRÁFICO DE DROGAS. PLEITOS DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO DE ENTORPECENTES E DE ABRANDAMENTO DO REGIME INICIAL. TEMAS QUE NÃO FORAM OBJETO DE EXAME POR ESTA CORTE EM ANTERIOR IMPETRAÇÃO. REFORMA DA DECISÃO AGRAVADA PARA EXAMINAR OS PLEITOS RECURSAIS. DESCLASSIFICAÇÃO. POSSIBILIDADE. **AUSÊNCIA DE FUNDAMENTOS PARA EMBASAR A CONDENAÇÃO DO PACIENTE PELA PRÁTICA DO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. APREENSÃO DE ÍNFINA QUANTIDADE DE DROGAS SEM O APONTAMENTO DE PROVAS ACERCA DA TRAFICÂNCIA.** AGRAVO PROVIDO PARA CONHECER DO RECURSO ORDINÁRIO E DAR-LHE PROVIMENTO.[...] **4. Embora o crime de tráfico de entorpecentes seja de ação múltipla, sendo suficiente o implemento de qualquer dos verbos previstos no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006, é imprescindível que o agente seja flagrado em atos de traficância ou que seja comprovada a finalidade mercantil por outros meios, como petrechos usualmente utilizados na traficância, quantidade incompatível com a figura do usuário, etc.** (STJ, AgRg no RHC n. 192.282/SP, Quinta Turma, Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 23/4/2024, DJe de 29/4/2024). (Grifos nossos).

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. **TRÁFICO DE DROGAS (89,01 G DE MACONHA). SENTENÇA DESCLASSIFICATÓRIA PARA O ART. 28 DA LEI DE DROGAS. AUSÊNCIA DE OUTROS ELEMENTOS PROBATÓRIOS. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL.** Agravo regimental desprovido. (STJ, AgRg no HC n. 831.636/BA, Sexta Turma, Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior, julgado em 28/8/2023, DJe de 1/9/2023). (Grifos nossos).

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. **TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. LASTRO PROBATÓRIO INSUFICIENTE. DESCLASSIFICAÇÃO. ART. 28 DA LEI N. 11.343/2006.** AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. É possível examinar em habeas corpus a legitimidade da condenação imposta desde que não seja necessário que se proceda à dilação probatória. 2. Para a imposição de uma condenação criminal, faz-se necessário que seja prolatada uma sentença, após regular instrução probatória, na qual haja a indicação expressa de provas suficientes acerca da comprovação da autoria e da materialidade do delito, nos termos do art. 155 do Código de Processo Penal. 3. Insta salientar, ainda, que a avaliação do acervo probatório deve ser realizada balizada pelo princípio do favor rei. Ou seja, remanescendo dúvida sobre a responsabilidade penal do acusado, imperiosa será a sua absolvição, tendo em vista que sobre a acusação recai o inafastável ônus de provar o que foi veiculado na denúncia. 4. **A apreensão da droga em poder do acusado, por si só, não indica a realização do tipo inserto no art. 33 da Lei de Drogas, notadamente se considerada a**

pouca quantidade que foi encontrada. Além disso, não foram localizados petrechos comuns a essa prática (balança de precisão, calculadora, recipientes para embalar a droga, etc). Em suma, baseou-se a sentença apenas na apreensão dos entorpecentes, cuja quantidade, a meu ver, “42,2 gramas de maconha, em 50 porções; 2,38 gramas de cocaína, em 12 porções; e 4,34 gramas de crack, em 22 porções” (e-STJ fls. 151/152), ajusta-se ao que prescreve o art. 28 da Lei de Drogas, autorizando concluir que o réu a tinha para uso próprio. 5. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ, AgRg no HC n. 687.674/SP, Sexta Turma, Relator: Ministro Antonio Saldanha Palheiro, julgado em 15/2/2022, DJe de 18/2/2022). (Grifos nossos).

Diante de tudo quando exposto, vê-se que a sentença condenatória baseou-se apenas na apreensão dos entorpecentes, cuja quantidade autoriza a concluir que o Réu a tinha para uso próprio, notadamente pela ausência de outros elementos indicadores de traficância, como multicitado. Assim, por todos os pontos consignados, há dúvida persistente nestes autos em relação à comprovação da autoria, sendo imperioso se aclarar a inadmissibilidade, num Estado Democrático de Direito, de uma condenação criminal calcada pelo “Direito Penal do Autor”, embasada pela circunstância de o acusado já ter sido condenado anteriormente por tráfico. A condenação penal, em virtude do princípio da culpabilidade, exige que um cidadão só possa ser condenado por ato que efetivamente cometa (“Direito Penal do Fato”), devidamente comprovada, de forma individualizada, sua responsabilidade penal - que é sempre subjetiva.

A jurisprudência de diversos Tribunais de Justiça do país, em atenção aos princípios constitucionais penais da culpabilidade e do *in dubio pro reo*, rechaça condenações baseadas no “Direito Penal do Autor”:

RECURSO DE APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE DROGAS – SENTENÇA ABSOLUTÓRIA – INCONFORMISMO MINISTERIAL – PRETENDIDA CONDENAÇÃO DO ACUSADO PELO DELITO PREVISTO NO ART. 33, CAPUT, C/C ART. 40, INCISO III, DA LEI N.º 11.343/06 – IMPOSSIBILIDADE – DÚVIDAS ACERCA DA AUTORIA DELITIVA – MEROS INDÍCIOS NÃO AUTORIZAM A REFORMA DO JULGADO – APLICAÇÃO DO BROCARDO JURÍDICO IN DUBIO PRO REO EM DETRIMENTO DO DIREITO PENAL DO AUTOR – ABSOLVIÇÃO MANTIDA – APELO DESPROVIDO. 1. No processo penal, a dúvida milita em favor do acusado, mormente porque a condenação, como medida rigorosa e privativa de uma liberdade constitucionalmente assegurada (CF/88, art. 5º, XV, LIV, LV, LVII e LXI), requer a demonstração cabal da materialidade e autoria delitivas, de modo que, remanescendo dúvidas acerca do envolvimento do réu no delito de tráfico de drogas, a absolvição é medida que se impõe, em observância ao brocardo jurídico do *in dubio pro reo*. 2. **Embora o indivíduo seja conhecido pelo seu envolvimento no mundo da criminalidade, possuindo extensa ficha de antecedentes criminais, não se pode levar tal fato em consideração para sustentar uma condenação, especialmente quando as provas produzidas nas fases inquisitiva e judicial não atestam de forma indubitosa a autoria delitiva, sendo certo que o ordenamento jurídico pátrio adota o Direito Penal dos Fatos, e não o Direito Penal do Autor.** 3. Absolvição mantida. Apelo ministerial desprovido. (TJMT, Apelação: 00059183420168110004 MT, Relator: Des. GILBERTO GIRALDELLI, Data de Julgamento: 26/07/2017, TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 01/08/2017). (Grifos nossos).

PENAL E PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOIS RÉUS. DESCLASSIFICAÇÃO. ART. 28, DA LEI Nº 11.343/2006. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. **Utilizar como prova para novo delito a afirmação de que o réu tem condenação por tráfico e a ré anotação criminal por diversos roubos e estelionatos se traduz claramente em um Direito Penal do Autor, amplamente repelido pelo Direito Penal Brasileiro**. Condenações anteriores devem ser ponderadas a título de dosimetria da pena, como agravante de reincidência ou circunstância judicial de maus antecedentes, jamais como prova de autoria. 2. A quantidade e o tipo de droga, por si sós, não são suficientes para comprovar ou afastar uma acusação por tráfico de drogas, é necessário sopesar, no contexto, o comportamento do acusado. Na presente situação, nem a quantidade e o tipo de droga¹, nem o comportamento dos réus, avaliado no contexto da ocorrência, são capazes de comprovar indubitavelmente a prática do tráfico de drogas, mas apenas de que são meros usuários. 3. Recurso improvido. (TJPE, Apelação 4736929 PE, Relator: Des. DEMOCRITO RAMOS REINALDO FILHO, Data de Julgamento: 25/10/2018, 1ª Câmara Regional de Caruaru - 2ª Turma, Data de Publicação: 12/11/2018). (Grifos nossos).

APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO DE DROGAS - ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO - ABSOLVIÇÃO MANTIDA - RECURSO MINISTERIAL DESPROVIDO. **A tese ministerial da prática do comércio ilícito de drogas e associação para tanto restou insuficientemente provada, assentada em elementos inquisitoriais, em recontados relatos de terceiros e no inaceitável Direito Penal do Autor**. (TJMG - Apelação 10027130051397001 MG, Relator: Alexandre Victor de Carvalho, Data de Julgamento: 03/03/2015, Câmaras Criminais / 5ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 09/03/2015). (Grifos nossos).

Esta Egrégia Corte Estadual de Justiça baiana tem se posicionado da mesma forma:

APELAÇÃO CRIMINAL DA DEFESA. TRÁFICO. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. DIMINUTA QUANTIDADE DE MACONHA APREENDIDA. DROGA DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO. AUSÊNCIA DE APREENSÃO DE BALANÇA OU DE OUTRO APETRECHO PARA O TRÁFICO. AUSÊNCIA DE INVESTIGAÇÃO PRÉVIA, CAMPANA OU MONITORAMENTO. AUSÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIA QUE INDIQUE O FIM DE MERCÂNCIA. FRAGILIDADE DOS TESTEMUNHOS POLICIAIS. POLICIAIS QUE JÁ CONHECIAM O ACUSADO. INDÍCIOS DE QUE A PRISÃO DO ACUSADO SE DEU EM VIRTUDE DE SUA VIDA PRETÉRITA, DE EX-PENITENCIÁRIO. RECORRENTE QUE NEGA A POSSE DA PEQUENA QUANTIDADE DE MACONHA APREENDIDA. AUTODEFESA QUE ENCONTRA AMPARO EM DEMAIS ELEMENTOS DOS AUTOS. IN DUBIO PRO REO. INADMISSIBILIDADE DO DIREITO PENAL DO AUTOR. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. SENTENÇA REFORMADA PARA ABSOLVER O APELANTE POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. I – Trata-se de Recurso de Apelação interposto contra a sentença condenou o Acusado à pena definitiva de 06 (seis) anos e 03 (três) meses de reclusão e a 630 (seiscentos e trinta) dias-multa, à base de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do delito, a ser cumprida em regime inicial semiaberto, pela prática do crime previsto no art. 33, caput, da Lei 11.343/2006, concedendo-lhe o direito de recorrer em liberdade. Inconformada, a

Defesa requer, em suas razões recursais: a) a absolvição, por ausência de provas; b) a aplicação do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, com consequente alteração do regime de cumprimento da pena para o aberto, e substituição da pena restritiva de liberdade por restritivas de direitos. A exordial acusatória assim narrou a conduta delitiva: “(...) no dia e horas referidos, policiais militares em ronda de rotina avistaram um grupo em atividade suspeita, dentre eles o denunciado que, quando percebeu a viatura, dispensou um pacote no chão. Os policiais abordaram os indivíduos, tendo encontrado com o acusado, no bolso, a quantia acima descrita, e ao pegar o pacote que havia dispensado, encontraram as cinco petecas de maconha.”. **II – Analisando os autos de forma detida, é impossível afastar a dúvida persistente quanto à comprovação da autoria do delito imputado na exordial acusatória, de sorte que, dada a prevalência do princípio do in dubio pro reo, a absolvição do Recorrente é medida que se impõe. De início, faz-se imprescindível registrar a diminuta quantidade de maconha (droga considerada de menor potencial ofensivo) apreendida, apenas “cinco petecas”, sendo que a Denúncia ofertada sequer informa o peso do material, a quantidade em “gramas”. Segundo o Auto de Exibição e Apreensão, foram “aproximadamente 09 (nove) gramas”. Já o Laudo Pericial de Constatação, aponta a quantidade de “11,5 gramas”. Não houve apreensão de qualquer apetrecho para o tráfico, como balança, pequenos sacos para embalagem, caderno com anotações etc. O Acusado não foi flagrado em ato típico de mercancia, o lugar da apreensão não foi indicado como ponto de tráfico e não ocorreu qualquer investigação anterior que apontasse envolvimento atual do Recorrente com o mercado ilícito de entorpecentes, como monitoramento, campana, e/ou abordagem a usuários. Em ambos os interrogatórios, policial e judicial, o Apelante, sem entrar em contradições, nega a mercancia ilícita, afirmando que a droga apreendida sequer era sua, e que foi conduzido apenas por ser ex-penitenciário. Estes pontos ora mencionados já demonstram a dificuldade de se sustentar uma condenação por tráfico no presente caso concreto. Precedentes. III – Dificultando o afastamento da dúvida razoável que impede a condenação criminal, a Denúncia, por sua vez, apenas narrou como se deu a prisão em flagrante do Acusado (por supostamente ter jogado as “cinco petecas de maconha” no chão, após avistar uma guarnição policial se aproximando), mas não indicou, minimamente, quais as circunstâncias que demonstrariam que esta pequena quantidade de maconha se destinava ao comércio. A insuficiência da exordial acusatória na descrição da tipicidade subjetiva do art. 33, caput, da Lei 11.343/06, neste caso concreto, é mais um elemento a indicar a fragilidade do material probatório existente contra o Acusado. Precedentes. IV – Feitas estas observações sobre as fragilidades da exordial acusatória, antes de se prosseguir com a análise do material probatório contido nos autos, é imprescindível ressaltar ainda que a peça primeva traz em um de seus parágrafos o quê, supostamente, pode ter conduzido o órgão ministerial a formar sua opinio delicti no sentido da prática do delito de tráfico: o Acusado “confessou chamar-se Juarez”. Relacionando a narrativa da Denúncia com a análise pormenorizada das provas produzidas sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, persiste uma dúvida inafastável: os policiais viram, de forma individualizada, o Acusado tentar se desvencilhar das “cinco petecas de maconha”, ou não conseguiram individualizar, dentre o grupo de cerca de cinco pessoas que caminhavam juntas, quem foi o responsável por jogar a droga no chão, mas imputaram isto ao Recorrente em virtude de sua suposta vida pregressa, quando o identificaram como “Juarez”, ex-penitenciário? É esta, especificamente, a dúvida que, somada aos demais pontos já elencados, impede a condenação do Acusado nas penas do art. 33, caput, da Lei 11.343/06. V – (...). VI – Avançando para a prova**

produzida no bojo da instrução, faz-se necessário ressaltar as ponderações da Defesa, quando aduz que “apesar de os policiais considerarem o Apelante como um traficante conhecido na cidade, ao prendê-lo, em meio a outras cinco pessoas, não conduz nenhuma outra para servir como testemunha”. De fato, os policiais militares, o Delegado de Polícia e o órgão ministerial poderiam ter diligenciado no sentido de ouvir as demais pessoas que estavam presentes durante a abordagem policial, mas não o fizeram, fazendo com que a dúvida já mencionada persista, mesmo após a finalização da instrução probatória.

VII – O PM Ricardo Rodrigues Alves, testemunha de acusação, ouvido em Juízo, ao narrar os fatos de forma espontânea, não disse ter visto, de forma individualizada, quem, do grupo de pessoas, teria se desvincilhado da droga ao avistar a guarnição. Por outro lado, afirmou que o Recorrente já era “conhecido de outras abordagens, e da fama também, né?! ele é famoso como traficante da região”. Somente após ter sido indagado especificamente pelo Promotor de Justiça, “e o Sr. chegou a ver ele, ele, o Acusado aqui presente, dispensando a droga?”, o depoente passou a afirmar que viu, “de dentro da viatura”, “perfeitamente”, que foi o Recorrente quem se desvincilhou dos entorpecentes. Quando questionado pelo órgão ministerial se teria sido o depoente quem retornou para pegar a droga, o PM Ricardo Rodrigues Alves entrou em contradição, dizendo, primeiro, que teria voltado pessoalmente para pegar a droga, e, depois, mudou sua narrativa para declarar que “na verdade, quem voltou para pegar a droga foi o outro colega, Rafael”. Por fim, o PM mencionado disse ainda que “não recorda como estava a droga”, que o Recorrente negou desde o início a posse, alegando ser usuário, e que “a gente já conhecia ele de várias outras ocorrências”.

VIII - O outro policial ouvido durante a instrução, a testemunha de acusação PM Leonardo Gomes Silva, ao contar, de forma espontânea, como se deu os fatos, também não disse que teria visto, de forma individualizada, o Acusado jogar a droga no chão. Da mesma forma como havia narrado durante a lavratura do Auto de Prisão em Flagrante, o policial afirmou, no início de seu depoimento em Juízo, que viu “um deles” se desvincilhar do material. Somente após ter sido inquirido especificamente pelo Promotor de Justiça, o depoente em comento passou a dizer que viu, ainda de dentro da viatura, de forma individualizada, o Recorrente jogar o material no chão. Ademais, como se pode depreender do depoimento em Juízo desta testemunha de acusação, os policiais conheciam o Acusado, já que um dos militares afirmou “não, velho, você é Juarez! Traficante e tal... você é Juarez!”, havendo dúvidas relevantes de que essa identificação pessoal de um ex-presidiário tenha interferido na diligência e na conclusão sobre de quem seria a posse das 11,5 gramas de maconha encontrada.

IX - É cediço que os testemunhos dos policiais que realizam uma prisão em flagrante, quando harmônicos, em consonância com os demais meios de prova, e quando não se demonstra que os policiais já conheciam pessoalmente o flagranteado, são elementos hábeis a alicerçar uma condenação penal. Imprescindível registrar que se perfilha, aqui, a este entendimento consolidado da jurisprudência pátria. Ocorre que, neste caso concreto, há certa discrepância entre o que narraram os policiais na lavratura do Auto de Prisão em Flagrante, o que falaram no início de seus depoimentos judiciais, e que o passam a dizer após inquiridos especificamente pelo órgão ministerial: “e o Sr. chegou a ver ele, ele, o Acusado aqui presente, dispensando a droga?”

X - Quando não há harmonia entre os relatos prestados pelos policiais, esta Colenda Primeira Câmara Criminal Segunda Turma Julgadora do Tribunal de Justiça da Bahia tem entendido pela perda da força probante de tais testemunhos. (TJBA, Apelação nº: 0700246-85.2021.8.05.0039, Primeira Câmara Criminal, Segunda Turma, Relator: Des. BALTAZAR MIRANDA SARAIVA, Data de Publicação: 10/05/2022). (TJBA, 0700092-

69.2021.8.05.0103, Primeira Câmara – Segunda Turma, Relator: Des. BALTAZAR MIRANDA SARAIVA, Data de Publicação: 05/07/2022). XI - O Acusado, por sua vez, não apresentou contradições, tendo negado a posse da droga apreendida em ambas as fases da persecução criminal, alegando, de forma convincente, que foi preso somente por ter sido reconhecido pelos policiais como “Juarez”, em virtude de seu passado no cárcere, quando ficou preso um tempo pela prática de tráfico. (...). Precedentes desta Egrégia Corte Estadual de Justiça. XIII - Destarte, por medida de justiça, faz-se imprescindível a reforma da sentença guerreada para, diante da persistente dúvida razoável que paira sobre estes autos, e com base no art. 386, inciso VII, do Código de Processo Penal, absolver o Recorrente. XIV - Demais questões aventadas no Apelo, julgadas prejudicadas. XV – Recurso CONHECIDO e PROVIDO, para reformar a sentença guerreada, absolvendo-se o Acusado da imputação de tráfico. (TJBA, Apelação 0304095-51.2014.8.05.0274, Primeira Câmara Criminal – Segunda Turma, Relator: Des. BALTAZAR MIRANDA SARAIVA, Julgado em 06/09/2022). (Grifos nossos).

APELAÇÃO DEFENSIVA. LEI DE TOXICO. APELANTE CONDENADO COMO INCURSO NAS SANÇÕES DO ART. 33, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/06, A UMA PENA DE 05 (CINCO) ANOS E 10 (DEZ) MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME FECHADO, E AO PAGAMENTO DE 583 (QUINHENTOS E OITENTA E TRÊS) DIAS-MULTA. NEGADO O DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. PRETENSÕES RECURSAIS: 1) **ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS OU DESCLASSIFICAÇÃO PARA O ART. 28 DA LEI 11.343/06. ACOLHIMENTO PARCIAL. CONJUNTO FÁTICO- PROBATÓRIO QUE NÃO SE MOSTRA SUFICIENTE À CORROBORAR A CONFIGURAÇÃO DO DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS. ÍNFINA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA, REFERIDA NO LAUDO DE EXAME PERICIAL COMO SENDO 2,61 G (DOIS GRAMAS E SESSENTA E UM CENTIGRAMAS) DE COCAÍNA E 1,10G (UM GRAMA E DEZ CENTIGRAMAS) DE MACONHA. NÃO ENCONTRADO NO LOCAL DO FLAGRANTE APARATO QUE INDICASSE O TRÁFICO DE DROGAS POR PARTE DO APELANTE, NEM APONTADA TESTEMUNHA QUE AMPARASSE A PRÁTICA DE TAL CONDUTA AO MESMO. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO POR PARTE DOS POLICIAIS MILITARES DE QUALQUER ATITUDE SUSPEITA DO APELANTE, O QUAL, INCLUSIVE, AFIRMOU JUDICIALMENTE SER USUÁRIO DE DROGAS DESDE A ADOLESCÊNCIA. CIRCUNSTÂNCIAS DO FLAGRANTE QUE NÃO PERMITEM FORMAR JUÍZO DE CERTEZA SOBRE O CRIME IMPUTADO. INDICAÇÃO DE CONDENAÇÃO ANTERIOR DO APELANTE PELO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS QUE NÃO PODE SUBSIDIAR A IMPUTAÇÃO EM COMENTO, SOB PENA DE CONSAGRAR O DIREITO PENAL DO AUTOR EM DETRIMENTO DO DIREITO PENAL DO FATO. EMBASAMENTO LEGAL E PROBATÓRIO SUFICIENTE À OPERAR A DESCLASSIFICAÇÃO PRETENDIDA. PRECEDENTES DOS TRIBUNAIS PÁTRIOS. REMESSA DOS AUTOS AO COMPETENTE JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL. (...).** (TJBA, Apelação 05001908120168050113, Relator: Des. JOÃO BOSCO DE OLIVEIRA, Segunda Câmara Criminal - Segunda Turma, Data de Publicação: 19/10/2017). (Grifos nossos).

APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA. DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. LEI ANTIDROGAS. APELANTE CONDENADO PELA PRÁTICA

DO DELITO PREVISTO NO ARTIGO 33 DA LEI Nº 11.343 /2006 A UMA REPRIMENDA DE 6 (SEIS) ANOS DE RECLUSÃO, A SER CUMPRIDA EM REGIME INICIAL FECHADO (...) PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO POR NÃO EXISTIR PROVA DE TER O RÉU CONCORRIDO PARA A INFRAÇÃO E ANTE **A PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA**. CABIMENTO. PROVAS UTILIZADAS PELO JUIZ SENTENCIANTE QUE SE MOSTRAM FRÁGEIS A APONTAR O APELANTE COMO AUTOR DO DELITO SUB JUDICE. **ALÉM DESTES NEGAR A PROPRIEDADE DA DROGA APREENDIDA, OS DEPOIMENTOS PRESTADOS PELOS POLICIAIS MILITARES FORAM CLAROS NO SENTIDO DE QUE NÃO VIRAM O APELANTE DISPENSANDO A SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE, MAS QUE APENAS A LOCALIZARAM PERTO DE ONDE O RECORRENTE ESTAVA**. PESSOA APONTADA PELO APELANTE COMO PROPRIETÁRIA DA DROGA NÃO OUVIDA NA FASE POLICIAL OU JUDICIAL. **CONDENAÇÃO QUE CHANCELA O DIREITO PENAL DO AUTOR, NÃO ADOTADO PELO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**. MEROS INDÍCIOS E SUSPEITAS NÃO PERMITEM CONCLUIR POR UM JUÍZO CONDENATÓRIO. INTELIGÊNCIA DO 386 , INCISO VII , DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. **OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DO FAVOR REI E DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. GARANTIA CONSTITUCIONAL. ABSOLVIÇÃO DO APELANTE QUE SE IMPÕE. PRELIMINARES AFASTADAS, APELAÇÃO CONHECIDA E PROVIDA. CONCESSÃO, EX OFFICIO, DE HABEAS CORPUS EM FAVOR DO APELANTE**. (TJBA, Apelação 0000463-70.2014.8.05.0119, Relator: Des. JOÃO BOSCO DE OLIVEIRA SEIXAS, Primeira Câmara Criminal - Primeira Turma, Publicado em: 21/01/2015). (Grifos nossos).

Portanto, havendo dúvida quanto à finalidade mercantil da droga, a qual o Réu assumiu a posse, afirmando que se tratava para consumo pessoal, esta deve ser sopesada em favor do Apelante, em homenagem ao princípio do favor rei, materializado no brocardo *in dubio pro reo*, de modo que a desclassificação dos fatos narrados nestes cadernos processuais da capitulação constante do art. 33, §4º, para aquela prevista no art. 28, *caput*, ambos da Lei nº 11.343/2006, é medida de justiça que se impõe, estando prejudicada a análise dos demais pleitos defensivos.

Frise-se que a denúncia foi recebida em 26 de junho de 2018 (**ID 76939411**) e a sentença condenatória proferida/publicada em 29/04/2019 (**ID 76941316**), já tendo transcorrido, até a presente data, o lapso prescricional de dois anos, previsto no art. 30 da Lei 11.343/2006, contado a partir do último marco interruptivo mencionado.

Assim, deixa-se de remeter para os Juizados Especiais Criminais, de acordo com a Tese nº 506 do STF e nos termos previstos pela Lei nº 9.099/1995, para o devido processamento legal, uma vez que a pretensão punitiva estatal já foi fulminada pela prescrição.

Do exposto, **VOTO** no sentido de **CONHECER, REJEITAR a PRELIMINAR**, e, no mérito, **DAR PARCIAL PROVIMENTO** ao Recurso de Apelação, para desclassificar a capitulação legal imputada ao Apelante, prevista no art. 33, *caput*, para aquela prevista no art. 28, *caput*, ambos da Lei nº 11.343/2006, reconhecendo-se, **DE OFÍCIO**, a extinção da punibilidade do Apelante, em face do decurso do lapso prescricional, nos termos do art. 30 da Lei 11.343/2006 c/c art. 107 e seguintes do Código Penal.

É como voto.

(TJBA - APELAÇÃO CRIMINAL n. 0706479-18.2021.8.05.0001. Primeira Câmara Criminal 2ª Turma. Relator: DES. BALTAZAR MIRANDA SARAIVA. Julgado em 05/11/2024).

ACORDÃO

APELAÇÃO CRIMINAL. RECURSO DEFENSIVO. TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33, CAPUT, DA LEI 11.343/2006). PLEITO ABSOLUTÓRIO. ACOLHIMENTO. DÚVIDA ACERCA DA AUTORIA DELITIVA. VERSÃO ACUSATÓRIA NÃO CONFIRMADA PELAS PROVAS PRODUZIDAS NA INSTRUÇÃO CRIMINAL. DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS LACUNOSOS E CONTRADITÓRIOS. INTERROGATÓRIO DO RÉU CORROBORADO PELOS DEPOIMENTOS DE TESTEMUNHAS PRESENCIAIS, ARROLADAS PELA DEFESA. RELATO DE AGRESSÕES AO RÉU E A POPULARES QUE SE INSURGIRAM COM A SUA PRISÃO. NOTÍCIA DE DISPAROS DE “BALAS DE BORRACHA”. EXAME DE LESÕES CORPORAIS REALIZADO QUATRO DIAS APÓS OS FATOS. INTERROGATÓRIO E TESTEMUNHOS RICOS EM DETALHES. PLAUSIBILIDADE DA VERSÃO DEFENSIVA EM CONTRAPONTO À FRAGILIDADE DAS PROVAS PRODUZIDAS PELA ACUSAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE SOBREVALORAÇÃO DOS DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS. FUNDADA DÚVIDA ACERCA DA VERACIDADE DA PALAVRA DOS POLICIAIS E DA LICITUDE DA DILIGÊNCIA. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO *IN DUBIO PRO REO*. PRECEDENTES. APELAÇÃO CONHECIDA E PROVIDA, COM A ABSOLVIÇÃO DO RECORRENTE.

I – Trata-se de de Recurso de Apelação interposto por **DAVID ISRAEL DA SILVA ARAÚJO**, qualificado nos autos, por intermédio da advogada Edilene Rocha (OAB/BA 61.143), em irresignação à sentença proferida pelo Juízo de Direito da 2ª Vara de Tóxicos da Comarca de Salvador/BA, que o condenou à pena de 5 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, no valor unitário mínimo, pela prática do delito previsto no art. 33, caput, da Lei 11.343/2006, concedendo-lhe o direito de recorrer em liberdade.

II – Narra a exordial acusatória que “*no dia 13 de março de 2021, por volta das 22h40min, na Rua Poço Verde, local de intenso tráfico de drogas e violento, Invasão Planeta dos Macacos, São Cristóvão, Salvador, Policiais Militares realizavam ronda, quando visualizaram um indivíduo, o ora Acusado, que, ao perceber a presença da guarnição, empreendeu fuga, sendo alcançado, detido e abordado pelos Agentes Públicos. Dando continuidade a diligência, os Prepostos do Estado procederam revista pessoal no Inculpado e encontraram em seu poder 36 (trinta e seis) doses de cocaína, acondicionadas em microtubos plásticos na cor cinza, massa bruta de 28,02g (vinte e oito gramas e dois centigramas [...])*”.

III – Em suas razões, a Defesa pugna pela absolvição do Apelante, com base no princípio *in dubio pro reo*, sustentando a fragilidade do conjunto probatório produzido, notadamente ante as contradições mencionadas nos depoimentos dos policiais militares, destacando, ainda, a pequena quantidade de droga em tese apreendida, a ausência de apreensão de qualquer petrecho para o tráfico e a truculência da diligência policial, sustentando a tese de que a falsa imputação delitiva teria sido pelo fato de que o Recorrente já respondia a uma outra ação penal por tráfico de drogas.

IV – Em que pese constar dos fólios a ocorrência de apreensão de 36 (trinta e seis) doses de cocaína, acondicionadas em microtubos plásticos na cor cinza, com massa bruta de 28,02g (vinte e oito gramas e dois centigramas) – o que, em tese, poderia configurar a materialidade do delito de tráfico de drogas –, do detido revolvimento fático-probatório, verifica-se que a versão acusatória não restou sobejamente comprovada nos autos.

V – Com efeito, como bem apontado pela Defesa, existem contradições relevantes nos depoimentos dos policiais militares que participaram da detenção do réu, arrolados como testemunhas de Acusação, das quais não se extrai a certeza suficiente da configuração da autoria do delito de tráfico de drogas imputada ao Apelante. Inicialmente, é digno de registro que, ao passo que, em Juízo, os milicianos afirmaram que, no momento da diligência, vários indivíduos se evadiram ao avistar a viatura, tendo sido alcançado apenas o réu, na fase extrajudicial há a menção apenas quanto à fuga do Sentenciado, tanto que a denúncia narra os fatos da seguinte forma: *“Policiais Militares realizavam ronda, quando visualizaram um indivíduo, o ora Acusado, que, ao perceber a presença da guarnição, empreendeu fuga, sendo alcançado”*, exatamente nos termos do quanto aduzido nos depoimentos por eles prestados no bojo do inquérito.

VI – Insta consignar, outrossim, que, na instrução criminal, um dos policiais militares, o **SD/PM WILLIAM DOS SANTOS SOUSA**, afirmou que foi apreendida certa quantia em dinheiro, além de declinar, detalhadamente, que *“havia cerca de 65 pedras de crack, 20 pinos de cocaína e 20 trouxas de maconha”*; enquanto, em realidade, somente consta a apreensão de 28,02g (vinte e oito gramas e dois centigramas) de cocaína. Ressalte-se ainda, nesse ponto, que, a despeito da pequena monta de droga apreendida, e apesar de afirmar *“não se recordar”* do tipo de entorpecente encontrado com o réu, o **SD/PM ANDRÉ LUÍS DOS SANTOS SOARES** asseverou que a quantidade certamente era indicativa de tráfico.

VII – Interessante observar, ademais, que, dois dos policiais militares ouvidos em Juízo, pouco mais de um ano após os fatos, às perguntas da Defesa, responderam *“não se recordar”* se houve qualquer tipo de interferência de populares na diligência e tampouco se foi utilizado *spray* de pimenta, se houve tiro para cima ou se foi necessário uso de força, enquanto um deles afirmou peremptoriamente que não foram deflagrados disparos para cima, ao passo que *“não se recordaria”* da presença da mãe do réu no local.

VIII – Não obstante ser comum os agentes policiais não se recordarem com tantos detalhes das múltiplas diligências realizadas em seus ofícios, causa estranheza tamanha deslembração de fato que, conforme relatado, não somente pelo Sentenciado, mas asseverado, de modo uníssono, por duas testemunhas de Defesa, teria causado grande tumulto na comunidade.

IX – Com efeito, de acordo com os depoimentos citados, os moradores teriam interferido prontamente na detenção do Apelante, o qual, segundo aduzem, foi agredido pela Polícia, tendo desmaiado e sido exposto a situação vexatória, ao ser despido pelos milicianos em plena via pública, durante a busca pessoal, enquanto a sua genitora e outros populares foram atingidos por disparos, que depois verificaram se tratar de *“balas de borracha”*, tendo a mãe do Recorrente desfalecido no local.

X – No particular, vale o registro de que, na ocasião da audiência de instrução, a Defesa técnica depositou duas mídias, contendo vídeos que teriam sido realizados por populares durante a diligência policial, demonstrando o tumulto causado. Não obstante o *Juízo a quo* tenha desconsiderado tal prova, sob o fundamento de as imagens não estavam dotadas de boa qualidade, vale salientar que a versão defensiva encontra ainda respaldo na prova oral produzida judicialmente.

XI – Com efeito, como já mencionado, as testemunhas arroladas pela Defesa relataram a revolta dos populares contra a detenção do Recorrente, que teria sido permeada de agressões físicas pelos policiais, e afirmaram que, ao revés do quanto dito pelas testemunhas de Acusação, o réu não se encontrava evadindo-se da Polícia quando abordado, não tendo praticado nenhum ato que justificasse a busca pessoal em seu desfavor, confirmando a versão do réu de que inicialmente estava sentado próximo a uma residência, quando os Policiais se aproximaram.

XII – No particular, registre-se que, embora o laudo de exame de corpo de delito não tenha evidenciado lesões corporais macroscópicas recentes no Sentenciado, sendo inconclusivo quanto ao quesito de ofensa à sua integridade física, chama a atenção o fato de tal exame ter sido realizado somente em 14 de março de 2021, enquanto o flagrante da prática delitiva teria ocorrido quatro dias antes, isto é, no dia 10 de março de 2021. Acerca deste ponto, indagado porque não teria relatado as agressões no inquérito, o Réu afirmou, em seu interrogatório realizado na esfera judicial, sob o crivo do contraditório, que, embora estivesse machucado e mancando, o que levou o Delegado de Polícia a orientar a sua condução à UPA, negou-lhe que teria sido agredido pelos policiais, por medo do que lhe poderia acontecer.

XIII – É de se ressaltar, outrossim, que, em Juízo, o réu narrou com detalhes como teria ocorrido a diligência, afirmando que estava sentado tomando uma cerveja próximo à casa da sua vó, quando os policiais lhe abordaram, sendo que, ao responder afirmativamente que já tinha passagem policial, passaram a tratar-lhe de modo agressivo, perguntando-lhe *“onde estava a droga”*, quando populares se insurgiram em sua defesa, deixando os milicianos nervosos e ainda mais agressivos, tirando a sua roupa e o fazendo desmaiar, além de atirarem com bala de borracha inclusive em sua genitora, que teria desmaiado em sua frente. Ademais, relatou que, já na viatura, os milicianos o teriam levado à Avenida Paralela, quando *“abriram o carro e mandaram o interrogado tirar a roupa novamente; que colocaram a lanterna em seu rosto e lhe mandaram dar o nome de uma casa; que os informou que não se envolvia em nada e que já havia anos desde a época em que foi preso e que era trabalhador; que o policial lhe olhou e disse ‘eu sei que você é trabalhador e no caso aí, você vai pagar pelos outros, é?’; que informou que não tinha nada para dar; que os policiais bateram a mala e lhe disseram ‘é, vai comer 2 anos de cadeia por causa dos homens’ e o levaram para a Central de Flagrantes”*. Indagado se já conhecia tais agentes policiais, respondeu que *“[...] não conhecia as testemunhas de acusação, mas enquanto o interrogado estava na mala do carro, os policiais lhe mostraram uma fotografia sua de quando havia sido preso anteriormente; que eles disseram ‘Olha você aqui. Se a gente quiser, poderíamos levar você preso agora’; que informou que esse fato foi a primeira vez; que o interrogado não errava mais e já havia pagado pelo seu erro”*.

XIV – Acresça-se a isto o fato de que, malgrado a anterior prisão do réu por tráfico, as três testemunhas de Defesa ouvidas relataram que ele possuía ocupação lícita, trabalhando no ramo de alimentação, vendendo salgados e fazendo entregas, nos mesmos moldes do quanto alegado pelo Recorrente, que asseverou que *“se tornou uma pessoa honesta e trabalhadora; que está suando muito trabalhando vendendo coxinha e está trabalhando de garçom quando dá; que não fica parado”*.

XV – Diante do arcabouço probatório acima descortinado, verifica-se, no mínimo, fundada dúvida acerca da veracidade da palavra dos policiais que prestaram depoimentos em Juízo, e até mesmo sobre a licitude da diligência policial e das provas que dela resultaram. Cumpre destacar que, apesar da reconhecida força probante dos policiais militares pela Corte de Cidadania, tais testemunhos devem ser analisados em conjunto com os demais elementos probatórios produzidos nos autos, caso contrário,

se estaria a incidir em verdadeira injustiça epistêmica, ao se dar maior peso a estes depoimentos do que às outras provas testemunhais, igualmente capazes de demonstrar a ocorrência ou não do fato delitivo.

XVI – Tendo em vista que, na esfera penal, a condenação exige um juízo de certeza, não é possível, de nenhum modo, condenar o réu por uma suposta prática delitiva, quando há qualquer laivo de dúvida, e ainda mais quando há relevante dúvida, até mesmo acerca da própria existência do fato criminoso. Nessa senda, o princípio do *in dubio pro reo* tem primazia, sendo evidente a sua aplicação no presente caso concreto, por haver fortes dúvidas sobre a imputação delitiva. Precedentes.

XVII – Parecer ministerial pelo conhecimento e desprovemento do Apelo.

XVIII – Recurso **CONHECIDO e PROVIDO**, com a absolvição do Apelante, com fulcro no art. 386, VII, do CPP.

Vistos, relatados e discutidos estes autos da **Apelação Criminal nº 0706479-18.2021.8.05.0001**, em que figuram, como Apelante, **DAVID ISRAEL DA SILVA ARAÚJO**, e, como Apelado, o **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA**,

ACORDAM os Desembargadores integrantes da Primeira Câmara Criminal Segunda Turma Julgadora do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade de votos, em **CONHECER e DAR PROVIMENTO** ao recurso defensivo, para reformar a sentença vergastada, com a consequente absolvição do Apelante, por insuficiência de provas aptas a embasar a sua condenação, nos termos do art. 386, VII, do CPP, e assim o fazem pelas razões que integram o voto do eminente Desembargador Relator.

Sala das Sessões da Primeira Câmara Criminal 2ª Turma do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, 05 de novembro de 2024.

DECISÃO PROCLAMADA

Conhecido e provido Por Unanimidade

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Apelação interposto por **DAVID ISRAEL DA SILVA ARAÚJO**, qualificado nos autos, por intermédio da advogada Edilene Rocha (OAB/BA 61.143), em irresignação à sentença proferida pelo Juízo de Direito da 2ª Vara de Tóxicos da Comarca de Salvador/BA, que o condenou à pena de 5 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, no valor unitário mínimo, pela prática do delito previsto no art. 33, caput, da Lei 11.343/2006, concedendo-lhe o direito de recorrer em liberdade.

Narra a exordial acusatória que “no dia 13 de março de 2021, por volta das 22h40min, na Rua Poço Verde, local de intenso tráfico de drogas e violento, Invasão Planeta dos Macacos, São Cristóvão, Salvador, Policiais Militares realizavam ronda, quando visualizaram um indivíduo, o ora Acusado, que, ao perceber a presença da guarnição, empreendeu fuga, sendo alcançado, detido e abordado pelos Agentes Públicos. Dando continuidade a diligência, os Prepostos do Estado procederam revista pessoal no Inculcado e encontraram em seu poder 36 (trinta e seis) doses de cocaína, acondicionadas em microtubos plásticos na cor cinza, massa bruta de 28,02g (vinte e oito gramas e dois centigramas [...]).”

Em prestígio aos preceitos da celeridade e da economia processual, e tendo em vista ali se externar, suficientemente, no que relevante, a realidade da marcha processual até então desenvolvida, adota-se o relatório da sentença de **ID 65040209**, a ele acrescentando o registro dos eventos subsequentes, conforme a seguir disposto.

Apreciando as imputações da respectiva denúncia, o Juízo primevo reconheceu a materialidade e a respectiva autoria do delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006, condenando o Recorrente às penas definitivas já mencionadas.

Irresignado, o Apelante, por meio da sua Defesa técnica, interpôs o presente Recurso.

Em suas razões (**ID 66998509**), a Defesa pugna pela absolvição do Apelante, com base no princípio *in dubio pro reo*, sustentando a fragilidade do conjunto probatório produzido, notadamente ante as contradições mencionadas nos depoimentos dos policiais militares, destacando, ainda, a pequena quantidade de droga em tese apreendida, a ausência de apreensão de qualquer petrecho para o tráfico e a truculência da diligência policial, sustentando a tese de que a falsa imputação delitiva teria sido pelo fato de que o Recorrente já respondia a uma outra ação penal por tráfico de drogas.

Em contrarrazões, o Ministério Público requer seja negado provimento ao recurso interposto (**ID 69806216**).

Instada a se manifestar, a douta Procuradoria de Justiça opinou pelo conhecimento e desprovimento do Apelo (**ID 70343365**).

Com este relato, submeto o exame dos autos ao eminente Des. Revisor, nos termos do artigo 166 do RI/TJBA.

VOTO

Preenchidos os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Conforme relatado, cuida-se de Recurso de Apelação interposto por **DAVID ISRAEL DA SILVA ARAÚJO**, qualificado nos autos, por intermédio da advogada Edilene Rocha (OAB/BA 61.143), em irressignação à sentença proferida pelo Juízo de Direito da 2ª Vara de Tóxicos da Comarca de Salvador/BA, que o condenou à pena de 5 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, no valor unitário mínimo, pela prática do delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006, concedendo-lhe o direito de recorrer em liberdade.

Narra a exordial acusatória que *“no dia 13 de março de 2021, por volta das 22h40min, na Rua Poço Verde, local de intenso tráfico de drogas e violento, Invasão Planeta dos Macacos, São Cristóvão, Salvador, Policiais Militares realizavam ronda, quando visualizaram um indivíduo, o ora Acusado, que, ao perceber a presença da guarnição, empreendeu fuga, sendo alcançado, detido e abordado pelos Agentes Públicos. Dando continuidade a diligência, os Prepostos do Estado procederam revista pessoal no Inculpadado e encontraram em seu poder 36 (trinta e seis) doses de cocaína, acondicionadas em microtubos plásticos na cor cinza, massa bruta de 28,02g (vinte e oito gramas e dois centigramas [...])”*.

Em suas razões, a Defesa pugna pela absolvição do Apelante, com base no princípio *in dubio pro reo*, sustentando a fragilidade do conjunto probatório produzido, notadamente ante as contradições mencionadas nos depoimentos dos policiais militares, destacando, ainda, a pequena quantidade de droga em tese apreendida, a ausência de apreensão de qualquer petrecho para o tráfico e a truculência da diligência policial, sustentando a tese de que a falsa imputação delitiva teria sido pelo fato de que o Recorrente já respondia a uma outra ação penal por tráfico de drogas.

Assiste razão ao Recorrente.

Em que pese constar dos fólios a ocorrência de apreensão de 36 (trinta e seis) doses de cocaína, acondicionadas em microtubos plásticos na cor cinza, com massa bruta de 28,02g (vinte e oito gramas e dois centigramas) (ID 65039970 - Pág. 10 e 27) – o que, em tese, poderia configurar a materialidade do delito de tráfico de drogas –, do detido revolvimento fático-probatório, verifica-se que a versão acusatória não restou sobejamente comprovada nos autos.

Com efeito, como bem apontado pela Defesa, existem contradições relevantes nos depoimentos dos policiais militares que participaram da detenção do réu, arrolados como testemunhas de Acusação, das quais não se extrai a certeza suficiente da configuração da autoria do delito de tráfico de drogas imputada ao Apelante.

Inicialmente, é digno de registro que, ao passo que, em Juízo, os milicianos afirmaram que, no momento da diligência, vários indivíduos se evadiram ao avistar a viatura, tendo sido alcançado apenas o réu, na fase extrajudicial há a menção apenas quanto à fuga do Sentenciado, tanto que a denúncia narra os fatos da seguinte forma: “*Policiais Militares realizavam ronda, quando visualizaram um indivíduo, o ora Acusado, que, ao perceber a presença da guarnição, empreendeu fuga, sendo alcançado*”, exatamente nos termos do quanto aduzido nos depoimentos por eles prestados no bojo do inquérito (ID 65039970 - Pág. 3 a 6).

Insta consignar, outrossim, que, na instrução criminal, um dos policiais militares, o SD/PM WILLIAM DOS SANTOS SOUSA, afirmou que foi apreendida certa quantia em dinheiro, além de declinar, detalhadamente, que “*havia cerca de 65 pedras de crack, 20 pinos de cocaína e 20 trouxas de maconha*”; enquanto, em realidade, somente consta a apreensão de 28,02g (vinte e oito gramas e dois centigramas) de cocaína (ID 65039970 - Pág. 10).

Ressalte-se ainda, nesse ponto, que, a despeito da pequena monta de droga apreendida, e apesar de afirmar “não se recordar” do tipo de entorpecente encontrado com o réu, o SD/PM ANDRÉ LUÍS DOS SANTOS SOARES asseverou que a quantidade certamente era indicativa de tráfico.

Interessante observar, ademais, que, dois dos policiais militares ouvidos em Juízo, pouco mais de um ano após os fatos, às perguntas da Defesa, responderam “*não se recordar*” se houve qualquer tipo de interferência de populares na diligência e tampouco se foi utilizado spray de pimenta, se houve tiro para cima ou se foi necessário uso de força, enquanto um deles afirmou peremptoriamente que não foram deflagrados disparos para cima, ao passo que “*não se recordaria*” da presença da mãe do réu no local.

Confira-se:

“(...) que se lembra do fato denunciado; que também se lembra do réu; que o local do fato é conhecido pelo intenso tráfico de drogas e guerra de facções; que por essa razão o policiamento é reforçado no local; que ao chegarem na rua Poço Verde, vários indivíduos evadiram, mas foram alcançados e abordados, tendo sido encontrado com o réu um saco plástico com drogas; que a droga estava fracionada, mas não se lembra o tipo; que acredita que a droga estava pronta para o tráfico; que o local é ponto de tráfico; que a quantidade da droga também é um fator indicativo dessa conclusão; que não lembra da apreensão de outros objetos; que não lembra o que o réu disse sobre o destino da droga; que a facção do réu, segundo ele era Bonde do Ajeita; que após a prisão do réu, a guarnição foi para a delegacia; que atua como PM há 4 anos; que as facções que atuam no local estavam em guerra, mas hoje predomina o Bonde do Ajeita/Tropa do A; que não se recorda de ter tido conhecimento do envolvimento do réu com outros fatos criminosos (...): que não se recorda se a operação policial foi tranquila ou se teve alguma interferência externa; que a droga estava na posse do acusado; que o réu resistiu à prisão e não queria ingressar no presídio da viatura; que não se recorda se foi usado spray de pimenta e nem se foi necessário atirar para cima. (...)” (Depoimento em Juízo da testemunha de acusação

SD/PM ANDRÉ LUÍS DOS SANTOS SOARES, transcrito na sentença e confirmado em *link* de acesso à gravação em meio audiovisual na Plataforma LifeSize). (Grifos nossos).

*“(...) que se recorda da diligência policial narrada na denúncia, bem como da pessoa do réu; que estava em diligência na localidade Planeta dos Macacos, quando o réu foi abordado e revistado e flagrado com certa quantidade de drogas e de dinheiro; que a localidade é também conhecida como Colejão, onde o tráfico de entorpecentes é corriqueiro; que a droga estava embalada e fracionada; que havia cerca de 65 pedras de crack, 20 pinos de cocaína e 20 trouxas de maconha; que flagrado o réu com as drogas em ponto de tráfico, ele foi conduzido para a DT sem ser perguntado o que pretendia fazer com as drogas; que não perguntou se o réu era vinculado a facção ou a algum traficante; que o local do fato é altamente perigoso; que a polícia é recebida a tiros nessa localidade; que após o fato, o acusado foi conduzido para a Central de Flagrantes; que atua como policial da Rondesp Atlântico e várias localidades da Capital e, na região do fato, há mais de 5 anos; que corriqueiramente são alterados os comandantes das facções, razão pela qual não pode responder; que não se recorda se teve informações sobre outros antecedentes do réu (...) **que não se recorda a quantidade de dinheiro apreendida, se foi utilizado spray de pimenta ou se houve tiro para cima ou necessário uso da força** (...) que questionado sobre a divergência dos seus depoimentos da delegacia e em Juízo, no que pertine aos tipos de drogas apreendidas, o depoente informa que participa de muitas diligências e que, se na delegacia disse que era só cocaína, mantém essa informação; que acredita que já prendeu o réu em outra ocasião (...)”* (Depoimento em Juízo da testemunha de acusação SD/PM WILLIAM DOS SANTOS SOUSA, transcrito na sentença e confirmado em *link* de acesso à gravação em meio audiovisual na Plataforma LifeSize). (Grifos nossos).

*“(...) **que se recorda tanto do réu, quanto da diligência; que como de costume faziam incursão na localidade que é tida por homicídios; que foi visualizado um grupo de pessoas e estas evadiram quando perceberam a presença da guarnição; que os policiais desembarcaram rapidamente; que o acusado foi alcançado, sendo revistado e encontrado com o mesmo certa quantidade de cocaína; que o acusado foi levado para a delegacia; que a droga estava acondicionada em pinos; que não se recorda da apreensão de petrechos pois acredita que o acusado estava apenas vendendo e não confeccionado o ilícito; que pelo que se recorda o réu não foi questionado sobre a origem e destinação da droga; que o réu resistiu a prisão, mas foi levado para a Central de Flagrantes; que o depoente é lotado na RONDESP Atlântico há 5 anos; que na região do fato é dominada pela facção criminosa Ajeita, e sob comando do traficante Paquita; que após o fato, nada soube sobre o réu; que a quantidade de droga encontrada com o réu era naquele momento percebida ser destinada na viatura; que o réu não entrou de maneira voluntária na viatura, mas foi vencido pela guarnição; que não foi necessário efetuar disparos para cima; que não se recorda a mãe do réu esteve presente no local;(...)**”* (Depoimento em Juízo da testemunha de acusação SD/PM LUIZ ANCELMO SANTANA LIMA, transcrito na sentença e confirmado em *link* de acesso à gravação em meio audiovisual na Plataforma LifeSize). (Grifos nossos).

Não obstante ser comum os agentes policiais não se recordarem com tantos detalhes das múltiplas diligências realizadas em seus ofícios, causa estranheza tamanha deslembração de fato

que, conforme relatado, não somente pelo Sentenciado, mas asseverado, de modo uníssono, por duas testemunhas de Defesa, teria causado grande tumulto na comunidade.

Com efeito, de acordo com os depoimentos citados, os moradores teriam interferido prontamente na detenção do Apelante, o qual, segundo aduzem, foi agredido pela Polícia, tendo desmaiado e sido exposto a situação vexatória, ao ser despido pelos milicianos em plena via pública, durante a busca pessoal, enquanto a sua genitora e outros populares foram atingidos por disparos, que depois verificaram se tratar de “*balas de borracha*”, tendo a mãe do Recorrente desfalecido no local.

Veja-se:

“(...) que no dia do fato, a depoente estava chegando do trabalho e ali estava a confusão; que ouviu a tiros e gente gritando; que procurou saber do que se tratava; que depois ficou ciente que o fato estava ocorrendo numa rua transversal à de sua residência; que as pessoas lhe disseram que eram policiais; que viu uma vizinha, mãe do réu, a qual estava desmaiada e atingida; que populares ficaram revoltados e gravaram ao fato, pois disseram que o menino estava fazendo nada; que disseram que o acusado estava somente sentado conversando; que o réu mora numa rua anterior a da depoente; que o réu não é envolvido com atividades criminosas; que nunca foi amiga do acusado, mas este já participou de um grupo na catequese onde a depoente dava aula; que sempre vê o acusado fazendo entregas de comida; que o réu também trabalhou fazendo entregas para uma conhecida da depoente; que apesar de ser uma pessoa fechada, o réu é bom menino (...) que conhece o acusado há uns 8 anos, da época da catequese; que ele era de um outro grupo da catequese; que soube que o réu já foi preso uma outra vez; que o fato se deu na saída da rua que o acusado reside; que pessoas disseram que os policiais agrediram o réu; que quando chegou o réu estava desmaiado e havia sido jogado no fundo da mala; que com isso conclui a depoente que ele foi agredido; que os policiais não deixam que vejam o que estão fazendo; que somente dá para ouvir gritos e gemidos; que a rua Poço Verde que conhece não há tráfico de drogas, mas a comunidade é violenta (...)” (Depoimento em Juízo da testemunha de defesa DANIELE DE JESUS SANTOS, transcrito na sentença e confirmado em [link](#) de acesso à gravação em meio audiovisual na Plataforma LifeSize). (Grifos nossos).

“(...) que no dia do fato, o depoente estava presente; que estava na rua indo fazer uma entrega de água mineral; que populares disseram que os policiais estavam na rua e este não os deixaram passar; que logo após, o depoente encontrou com a mãe do acusado e ela também tentou passar, mas não conseguiu; que o depoente tentou dizer ao policiais que o réu não era envolvido em nada; que os policiais deram tiros de borracha no depoente e na mãe do réu; que pessoas relataram que o réu já estava sendo agredido anteriormente à chegada da testemunha; que quando tentou chegar próximo, o depoente não viu nada de ilícito com o acusado; que quando os policiais pararam de dar tiros, o depoente viu que não havia nada; que não visualizou as agressões ao acusado, mas segundo relatos de pessoas que estavam no local, estas disseram que o réu não estava correndo e sim entrando na casa de uma vizinha; que ‘aparentava que os policiais queriam humilhar o menino’; que foi uma situação bem chata (...) que não viu o começo da abordagem, mas chegou quando os policiais trouxeram o réu da viela para a rua principal em poder dos policiais; que o depoente visualizou os policiais realizando violência física no réu e nos moradores; que salvo engano, um policial apontou uma arma calibre.12 em direção da mãe do acusado;

que os policiais deixaram o réu nu, o envergonhando; que viu o acusado dentro da viatura; que viu de longe as agressões dos policiais em desfavor do réu; que o policial estava segurando o réu com um mata-leão e um outro, dava murros na região do tórax para retirarem as roupas do acusado e dava pontapés nas pernas para que o acusado caísse; que conhece o réu há quase 10 anos; que o depoente tem amizade com a mãe do réu, mas não com ele; que o réu é amigo do filho do depoente; que não conhece o nome da rua Poço Verde; que mora em São Cristóvão; que mora na mesma rua que o réu; que ficou sabendo por populares de uma prisão anterior do réu por tráfico (...) que pelo o que observou o réu estava tentando ser empresário, pois o vê realizando vendas (...).” (Depoimento em Juízo da testemunha de defesa ARIVALDO SANTOS CERQUEIRA, transcrito na sentença e confirmado em link de acesso à gravação em meio audiovisual na Plataforma LifeSize). (Grifos nossos).

No particular, vale o registro de que, na ocasião da audiência de instrução, a Defesa técnica depositou duas mídias, contendo vídeos que teriam sido realizados por populares durante a diligência policial, demonstrando o tumulto causado (IDs 65040172 e 65040176).

Não obstante o Juízo *a quo* tenha desconsiderado tal prova, sob o fundamento de as imagens não estavam dotadas de boa qualidade, vale salientar que a versão defensiva encontra ainda respaldo na prova oral produzida judicialmente.

Com efeito, como já mencionado, as testemunhas arroladas pela Defesa relataram a revolta dos populares contra a detenção do Recorrente, que teria sido permeada de agressões físicas pelos policiais, e afirmaram que, ao revés do quanto dito pelas testemunhas de Acusação, o réu não se encontrava evadindo-se da Polícia quando abordado, não tendo praticado nenhum ato que justificasse a busca pessoal em seu desfavor, confirmando a versão do réu de que inicialmente estava sentado próximo a uma residência, quando os Policiais se aproximaram.

No particular, registre-se que, embora o laudo de exame de corpo de delito não tenha evidenciado lesões corporais macroscópicas recentes no Sentenciado, sendo inconclusivo quanto ao quesito de ofensa à sua integridade física (ID 65039970 - Pág. 29), chama a atenção o fato de tal exame ter sido realizado somente em 14 de março de 2021, enquanto o flagrante da prática delitiva teria ocorrido quatro dias antes, isto é, no dia 10 de março de 2021.

Acerca deste ponto, indagado porque não teria relatado as agressões no inquérito, o Réu afirmou, em seu interrogatório realizado na esfera judicial, sob o crivo do contraditório, que, embora estivesse machucado e mancando, o que levou o Delegado de Polícia a orientar a sua condução à UPA, negou-lhe que teria sido agredido pelos policiais, por medo do que lhe poderia acontecer.

É de se ressaltar, outrossim, que, em Juízo, o réu narrou com detalhes como teria ocorrido a diligência, afirmando que estava sentado tomando uma cerveja próximo à casa da sua vó, quando os policiais lhe abordaram, sendo que, ao responder afirmativamente que já tinha passagem policial, passaram a tratar-lhe de modo agressivo, perguntando-lhe “onde estava a droga”, quando populares se insurgiram em sua defesa, deixando os milicianos nervosos e ainda mais agressivos, tirando a sua roupa e o fazendo desmaiar, além de atirarem com bala de borracha inclusive em sua genitora, que teria desmaiado em sua frente.

Ademais, relatou que, já na viatura, os milicianos o teriam levado à Avenida Paralela, quando “abriram o carro e mandaram o interrogado tirar a roupa novamente; que colocaram a lanterna em seu rosto e lhe mandaram dar o nome de uma casa; que os informou que não se envolvia em nada e que já havia anos desde a época em que foi preso e que era trabalhador; que o policial lhe olhou e disse ‘eu sei que você é trabalhador e no caso aí, você vai pagar pelos outros, é?’; que informou que não tinha nada para dar; que os policiais bateram a mala e lhe disseram ‘é, vai comer 2 anos de cadeia por causa dos homens’ e o levaram para a Central de Flagrantes”.

Indagado se já conhecia tais agentes policiais, respondeu que “[...] não conhecia as testemunhas de acusação, mas enquanto o interrogado estava na mala do carro, os policiais lhe mostraram uma fotografia sua de quando havia sido preso anteriormente; que eles disseram ‘Olha você aqui. Se a gente quiser, poderíamos levar você preso agora’; que informou que esse fato foi a primeira vez; que o interrogado não errava mais e já havia pagado pelo seu erro”.

Acresça-se a isto o fato de que, malgrado a anterior prisão do réu por tráfico, as três testemunhas de Defesa ouvidas relataram que ele possuía ocupação lícita, trabalhando no ramo de alimentação, vendendo salgados e fazendo entregas, nos mesmos moldes do quanto alegado pelo Recorrente, que asseverou que “se tornou uma pessoa honesta e trabalhadora; que está suando muito trabalhando vendendo coxinha e está trabalhando de garçom quando dá; que não fica parado”.

Senão, veja-se, a título de exemplo, o depoimento de **Cristiane Cláudia Souza**, *in verbis*:

“(...) que não presenciou o fato, pois estava trabalhando pela noite; que soube do fato por populares; que o acusado é trabalhador; que sempre o vê trabalhando em eventos e vendendo salgado; que nunca o viu em ponto de tráfico e nunca soube do envolvimento do réu com o tráfico de drogas; que sempre o vê numa loja trabalhando; que todos os moradores do local gostam do réu; que conhece o acusado desde quando ele era pequeno; que não tem costume de visitar a casa do acusado; que a depoente sai para trabalhar e somente chega à noite; que moram no mesmo bairro; já ouviu falar da rua Poço Verde, mas não a conhece; que nunca ouviu falar se na referida rua há tráfico (...).” (Depoimento em Juízo da testemunha de defesa CRISTIANE CLÁUDIA SOUZA, transcrito na sentença). (Grifos nossos).

Vale, ademais, conferir o interrogatório do réu, em sua íntegra:

“(...) que no dia do fato, era um sábado e o interrogado estava tomando uma cervejinha; que os policiais se aproximaram, o que é normal; que depois os policiais o abordaram, o que também é normal; que não estava com nada de ilícito; que estava tudo indo também até o momento em que o interrogado, após ser questionado, informou aos policiais que possuía antecedente criminal; que a partir daí a abordagem mudou completamente; que os policiais questionaram ao interrogado onde estavam as drogas; que o interrogado não se envolve em nada; que já pagou o que tinha que pagar; que hoje em dia não se envolve em nada; que continua assinando; que está trabalhando e vivendo em paz; que o interrogado também questionou aos policiais ‘os senhores irão fazer isso com uma inocente?’; que populares começaram a gritar e a ir para cima; que os policiais ficaram nervosos e lhe bateram mais ainda; que tiraram a sua roupa e o interrogado disse aos policiais que estavam o envergonhando; que os policiais enforcaram; que o interrogado desmaiou pela primeira vez; que a mãe do réu veio de frente e eles apontaram a arma para o rosto da mesma; que deram um tiro para cima com uma arma de fogo; que os policiais cataram as capsulas do chão e as colocaram em seus fardamentos; que ‘a sua mãe desmaiou em sua frente’; que vendo toda aquela cena, o interrogado questionou ‘por que o senhor está fazendo isso com uma pessoa inocente?’; que o desmaiaram e o mandaram entrar na mala; que interrogado negou-se a entrar pois não tinha droga; que o interrogado estava sentado sozinho em frente à porta de casa de sua avó; que foi abordado sem que desse motivo para tanto, mas o local do fato é perigoso e o interrogado acreditou se tratar de uma abordagem comum; que não entendeu por qual razão os policiais o trataram daquela forma; que os policiais foram bastante agressivos com o réu e com a comunidade; que eles, os policiais, deram um tiro de bala de borracha na mãe do interrogado e ela desmaiou em sua frente; que não são verdadeiros os fatos narrados na denúncia; que além disso, os policiais o levaram, pararam na Paralela; que eles

*abriram o carro e mandaram o interrogado tirar a roupa novamente; que colocaram a lanterna em seu rosto e lhe mandaram dar o nome de uma casa; que os informou que não se envolvia em nada e que já havia anos desde a época em que foi preso e que era trabalhador; que o policial lhe olhou e disse “eu sei que você é trabalhador e no caso aí, você vai pagar pelos outros, é?”; que informou que não tinha nada para dar; que os policiais bateram a mala e lhe disseram “é, vai comer 2 anos de cadeia por causa dos homens” e o levaram para a Central de Flagrantes; que na Central de Flagrantes não lhe foi disponibilizado contato telefônico; que populares vieram atrás da viatura para a Central de Flagrantes; que o povo tudo viu que aquilo estava errado; que em razão do interrogatório não conhecia as testemunhas de acusação, mas enquanto o interrogado estava na mala do carro, os policiais lhe mostraram uma fotografia sua de quando havia sido preso anteriormente; que eles disseram “Olha você aqui. Se a gente quiser, poderíamos levar você preso agora”; que informou que esse fato foi a primeira vez; que o interrogado não errava mais e já havia pagado pelo seu erro; que anda pelo correto; que com sinceridade, os policiais mandaram o interrogado tirar a roupa e lhe bateram muito; que ainda lhe ameaçaram; que agrediram com chutes, murros e pontapés; que não lhe bateram no rosto; que somente lhe bateram nas partes debaixo; que vieram muitos policiais; que chegou mancando na Central de Flagrantes; que o delegado mandou o réu retornar; que não informou as agressões ao delegado pois ficou com medo; que o interrogado não realizou o exame de lesões corporais; que o delegado mandou os policiais levarem o interrogado para a UPA, mas ficou com medo de ser levado por eles; que na madrugada foi levado para fazer o exame de lesões; que passaram um remédio e disseram que o interrogado depois ficaria melhor; que não fez o exame e o médico nem olhou o interrogado; que quando chegou para fazer o exame, o médico saiu apressado e nem olhou o interrogado; que ficou somente mancando no local (...) que na primeira em que foi preso, o interrogado estava com pouca quantidade de droga; que estava passando por necessidades e para se sustentar foi; que não durou cerca de 2 dias; que foi preso na rua do campo pela RONDESP; que assumiu tudo e se arrependeu; que hoje em dia, o interrogado é uma nova pessoa e está lutando muito; que no dia deste fato em apuração, o interrogado não mais possuía envolvimento com o tráfico de drogas; que hoje em dia tem orgulho de si, pois se tornou uma pessoa honesta e trabalhadora; que está suando muito trabalhando vendendo coxinha e está trabalhando de garçom quando dá; que não fica parado; que não faz uso de nenhum tipo de droga(...)” (Interrogatório em Juízo do réu **DAVID ISRAEL DA SILVA ARAÚJO**, transcrito na sentença e confirmado em [link](#) de acesso à gravação em meio audiovisual na Plataforma LifeSize).*

Nesse contexto, ante a plausibilidade da tese defensiva, que se encontra corroborada com os depoimentos, inclusive, de testemunhas presenciais, e não tendo a Acusação se desincumbido do ônus de comprovar o ilícito, sobretudo ao se observar que a única prova produzida na instrução criminal foram os depoimentos dos policiais militares responsáveis pela prisão do Apelante, os quais se encontram lacunosos e permeados de contradições, a absolvição do Recorrente é medida de rigor.

Com efeito, diante do arcabouço probatório acima descortinado, verifica-se, no mínimo, fundada dúvida acerca da veracidade da palavra dos policiais que prestaram depoimentos em Juízo, e até mesmo sobre a licitude da diligência policial e das provas que dela resultaram.

Cumprido destacar que, apesar da reconhecida força probante dos policiais militares pela Corte de Cidadania, tais testemunhos devem ser analisados em conjunto com os demais elementos probatórios produzidos nos autos, caso contrário, se estaria a incidir em verdadeira injustiça epistêmica, ao se

dar maior peso a estes depoimentos do que às outras provas testemunhais, igualmente capazes de demonstrar a ocorrência ou não do fato delitivo.

Partindo-se dessa premissa, não há que se falar que tais agentes gozam de fé pública e as suas palavras de presunção de veracidade. Como bem asseverado pelo Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Joel Ilan Paciornik, em Voto-Vista proferido no julgamento do Agravo em Recurso Especial n.º 1.936.393 – RJ (2021/0232070-2), *“o depoimento policial tem um peso abstrato equivalente a qualquer outra prova testemunhal, cabe ao magistrado, diante do caso concreto, verificar a coerência, plausibilidade e verossimilhança da narrativa, além da compatibilidade ou confronto com os demais elementos probatórios amealhados aos autos”*.

Não há que se perder de vista, ademais, que os agentes policiais, responsáveis pela prisão em flagrante e, consequentemente, pela origem da ação penal, têm interesse em confirmar perante o Magistrado a legitimidade de seus atos, inclusive para não ser responsabilizado por eventuais ilegalidades, não se devendo olvidar, tampouco, que a Polícia trabalha com metas de produtividade cujo critério principal é a prisão, independentemente da sua legitimidade, a fim de demonstrar, ainda que ilusoriamente, a presteza e eficiência da agência policial para a sociedade civil.

Nesse ponto, transcreve-se trechos do ilustrado voto do Ministro Relator Ribeiro Dantas no julgamento do Agravo em Recurso Especial nº 1.936.393 – RJ (2021/0232070-2), pelo Superior Tribunal de Justiça:

“[...] Existe, por isso, um estímulo institucional muito grande para prender, processar e condenar, inflando os números de prisões como uma tentativa de mostrar eficiência e presteza da agência policial à sociedade. Esse estímulo não é acompanhado de controles objetivos, como bem salientou o Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, até porque o que traz poder à agência policial, aos olhos da população, não é necessariamente a prisão ou condenação de um culpado, mas a prisão ou condenação em si. Afinal, a sociedade civil confia no que dizem as instituições oficialmente encarregadas da persecução penal e, salvo notáveis exceções, não tem condições de averiguar ela própria a culpabilidade do acusado. A peculiar combinação de estímulos para prender e condenar (quem quer que seja), sem uma contrapartida de controle criterioso da prova e da atividade policial, cria um terreno fértil para condenações de pessoas inocentes.

Revelam certa ingenuidade, assim, afirmações do tipo que mencionei na introdução deste voto e que vemos não poucas vezes em sentenças judiciais sobre o tráfico de drogas, como: “o policial não teria motivos para incriminar falsamente o réu”, “o policial sequer conhecia o acusado”, “não é crível que a polícia saísse para se dedicar a prender pessoas inocentes” etc. Essa compreensão ignora os vieses próprios da atividade de policiamento e a existência de um sistema institucional que não somente estimula, mas verdadeiramente exige do policial a realização de prisões, sejam elas legítimas ou não.

É o que aponta THEREZA CRISTINA DAS NEVES em capítulo da obra coletiva A prova e o processo penal constitucionalizado: estudos em homenagem ao Ministro Sebastião Reis, da qual tenho a honra de ser coautor, juntamente com os Ministros JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, REYNALDO SOARES DA FONSECA e ROGERIO SCHIETTI CRUZ: ‘Em sua grande maioria, os juízes fundamentam suas decisões na fé pública de que gozariam os agentes policiais, cujos depoimentos teriam ‘presunção de veracidade’, ignorando que tais agentes não vão deixar de validar suas condutas que deram azo aos ‘flagrantes’, tornando, assim, ínfima qualquer possibilidade de absolvição. Com efeito, o entendimento generalizado é o de que o policial é um agente

do Estado, cuja palavra tem fé pública e cuja atividade é a de garantir a ordem, de modo que não haveria motivos para mentir, chegando alguns magistrados a invocar que pensar o contrário se trataria de uma ‘teoria da conspiração’, que ‘policiais não são psicopatas que saem perseguindo para forjar acusações falsas’ ou que ‘Policiais Militares não perambulam pelas ruas da cidade, imputando crimes a inocentes, por mero capricho’. Não obstante, considerar que os policiais não mentem seria apostar em um ‘mito’, uma vez que, além de denotar uma suposta imparcialidade dos agentes que em verdade deram causa ao processo, trata-se de ignorar que a Polícia trabalha com metas de produtividade cujo critério principal é a prisão, bem como que muitas vezes se utiliza de ações violentas e de ‘kits flagrante’, conforme largamente sabido por toda a população, seja por meio da mídia, seja por presenciar os arbítrios cometidos no patrulhamento ostensivo das nossas corporações verticalizadas’ (2021, p. 705-706).

Lembre-se que, quando depõe em juízo em desfavor de um réu preso em flagrante, o policial tem interesse em confirmar perante o magistrado a legitimidade de seus atos, inclusive para evitar o risco de uma responsabilização administrativa ou mesmo penal caso seja identificada alguma irregularidade em sua conduta. É certo, e sobre isso muito já se escreveu em nosso país, que existe uma enorme deficiência no controle externo da atividade policial por parte do Ministério Público, que amiúde apresenta em face da polícia uma postura acrítica e leniente. Não obstante, é igualmente certo ser melhor para o policial nem correr o risco, ainda que diminuto, de responsabilização, razão pela qual a defesa da legalidade dos procedimentos por ele adotados na etapa extrajudicial é o curso de ação mais egoisticamente racional [...]’. (Grifos nossos).

Diante de tais considerações, e tendo em vista que, na esfera penal, a condenação exige um juízo de certeza, não é possível, de nenhum modo, condenar o réu por uma suposta prática delitiva, quando há qualquer laivo de dúvida, e ainda mais quando há relevante dúvida, até mesmo acerca da própria existência do fato criminoso.

Nessa senda, o princípio do *in dubio pro reo* tem primazia, sendo evidente a sua aplicação no presente caso concreto, por haver fortes dúvidas sobre a imputação delitiva.

Em sentido similar, colacionam-se os seguintes precedentes desta Colenda Segunda Turma Julgadora da Primeira Câmara Criminal do TJBA:

APELOS DEFENSIVOS. TRÁFICO DE DROGAS. PRELIMINAR DE NULIDADE DO PROCESSO, EM RAZÃO DE TORTURA E DA ILICITUDE DA BUSCA QUE CULMINOU NA APREENSÃO DO ENTORPECENTE. ALEGATIVA QUE ESTÁ INTIMAMENTE RELACIONADA AO MÉRITO DO PLEITO ABSOLUTÓRIO E SERÁ ASSIM ANALISADA. FUNDADA SUSPEITA DE VIOLÊNCIA POLICIAL. INDÍCIOS QUE INQUINAM DE NULIDADE AS DILIGÊNCIAS RELATIVAS A GUILHERME E EVANDRO E QUE TORNAM FRÁGIL O CONJUNTO PROBATÓRIO EM RELAÇÃO A ADINAEL E FABRÍCIO. DEPOIMENTOS POLICIAIS INCONSISTENTES E CONTRADITÓRIOS. INEXISTÊNCIA DE ELEMENTOS DE PROVA SUFICIENTES PARA EMBASAR A CONDENAÇÃO PELO DELITO DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. AUTORIA NÃO COMPROVADA. PRINCÍPIO DO IN DUBIO PRO REO. ABSOLUÇÃO QUE SE IMPÕE. PREJUDICADAS AS DEMAIS ALEGATIVAS. APELOS CONHECIDOS E PROVIDOS, para absolver Evandro Barbosa de Nascimento, Fabrício de Matos Rodrigues, Adinael Silva de Souza e Guilherme Silva de Lima

das imputações contra si formuladas, com fulcro no art. 386, inciso VII, do Código de Processo Penal, restando prejudicadas todas as demais alegativas. [...] (TJBA, Apelação nº 0007683-73.2019.8.05.0110, Primeira Câmara Criminal, Segunda Turma, Relatora: Des.^a RITA DE CÁSSIA MACHADO MAGALHÃES, Data de Publicação: 02/07/2020). (Grifos nossos).

APELAÇÃO CRIMINAL MINISTERIAL. PENAL E PROCESSO PENAL. RECORRIDO ABSOLVIDO DO DELITO CAPITULADO NO ART. 33, CAPUT, DA LEI Nº. 11.343/06, SENDO RECONHECIDAS A FRAGILIDADE DOS DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS EM JUÍZO E A NULIDADE DA PROVA OBTIDA EM DILIGÊNCIA POLICIAL REALIZADA COM FORTES INDÍCIOS DE TORTURA E INVASÃO DOMICILIAR, NA FORMA DO ART. 5º, INCISO LVI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E ARTS. 157, §1º, E 386, INCISO II, DO CPP. PRETENSÃO RECURSAL QUE VISA À CONDENAÇÃO DO APELADO PELA PRÁTICA DELITIVA DO TRÁFICO DE DROGAS, SUSTENTANDO QUE A PROVA FOI COLHIDA EM DILIGÊNCIA LÍCITA QUE NÃO ADENTROU O DOMICÍLIO DO APELADO, NEM SE VALEU DE TORTURA. NÃO PROVIMENTO. OS DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS EM JUÍZO DEMONSTRARAM CONTRADIÇÕES, **HAVENDO CONJUNTO PROBATÓRIO PRODUZIDO PELA DEFESA** NO SENTIDO DE QUE HOUVE INGRESSO DE POLICIAIS NA RESIDÊNCIA DO APELADO, BEM COMO A PRÁTICA DE TORTURA. DÚVIDA RELEVANTE SOBRE A LICITUDE DAS PROVAS JUNTADAS AOS AUTOS. FORTES INDÍCIOS DE PRÁTICA DE TORTURA. PALAVRAS DOS POLICIAIS QUE NÃO GUARDAM SINTONIA COM O RESTANTE DO CONJUNTO PROBATÓRIO. A ABSOLVIÇÃO DO APELADO É MEDIDA QUE SE IMPÕE. ACERTO DA SENTENÇA DE PRIMEIRO GRAU. APELAÇÃO CONHECIDA E DESPROVIDA. I – Analisando detidamente as provas produzidas em Juízo, é possível constatar respostas evasivas dos policiais a perguntas objetivas tanto da Defesa como da douta Juíza que presidiu o feito. [...] VII – Há também, nos autos, laudo do exame de corpo delito realizado no Recorrido, logo após sua prisão, dando conta de lesões corporais compatíveis com a violência que ele narrou ter sofrido, mediante a utilização de instrumento contundente. VIII – Não se admite, de forma alguma, a prática de tortura no âmbito do processo penal, especialmente porque a Constituição Federal determina expressamente a inadmissibilidade da utilização de provas obtidas por meio ilícito, bem como a vedação ao emprego de tortura ou tratamento desumano ou degradante, além do respeito à integridade física e moral do preso, conforme o art. 5º, incisos LVI, III e XLIX, da Constituição Federal. IX – (...). X – Assim, não merece reparos a decisão que absolveu o recorrido por insuficiência de material probatório, em virtude da nulidade da diligência policial e de toda prova que dela resultou. XI – Recurso CONHECIDO e DESPROVIDO. (TJBA, Apelação 0700246-85.2021.8.05.0039, Primeira Câmara Criminal, Segunda Turma, Relator: Des. BALTAZAR MIRANDA SARAIVA, Data de Publicação: 10/05/2022). (Grifos nossos).

APELAÇÃO CRIMINAL DA DEFESA. PROCESSO PENAL. RECORRENTE CONDENADO PELA PRÁTICA DO DELITO CAPITULADO NO ART. 33, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/06. (...) INSURGÊNCIA DEFENSIVA ALEGANDO INVASÃO DOMICILIAR POR PARTE DOS POLICIAIS E INSUFICIÊNCIA DE PROVAS PARA A CONDENAÇÃO. OS DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS EM JUÍZO SE MOSTRARAM EVASIVOS, HAVENDO CONJUNTO PROBATÓRIO PRODUZIDO

PELA DEFESA NO SENTIDO DE QUE HOUVE ENTRADA FORÇADA DOS POLICIAIS NA CASA EM QUE O APELANTE SE ENCONTRAVA, BEM COMO A PRÁTICA DE VIOLÊNCIA FÍSICA CONTRA ESTE. A ABSOLVIÇÃO DO APELANTE É MEDIDA QUE SE IMPÕE, NA FORMA DO ART. 5º, INCISO LVI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E ARTS. 157, §1º, E 386, INCISO II, DO CPP. PRECEDENTES. APELAÇÃO CONHECIDA E PROVIDA, PARA REFORMAR A SENTENÇA GUERREADA E ABSOLVER O APELANTE. (...) III – No mérito, insurge-se a Defesa contra a sentença sob a argumentação de que as provas produzidas ao longo da instrução criminal não são suficientes para sustentar uma condenação pelo delito de tráfico de entorpecentes, aduzindo que os fatos não ocorreram conforme narrado na exordial acusatória, uma vez que o Apelante “estava dormindo no momento que a polícia invadiu sua residência”. IV – Analisando de forma detida os depoimentos colhidos sob o crivo do contraditório, constata-se que assiste razão ao Apelante, pois, além de as inquirições judiciais dos policiais terem se demonstrado lacunosas, **três testemunhas de Defesa foram uníssonas ao afirmar em Juízo, sem qualquer contradição**, que o Recorrente foi preso mediante invasão de domicílio e sofreu violência física perpetrada pelos militares. [...] VIII – Recurso CONHECIDO e PROVIDO (TJBA, 0700092-69.2021.8.05.0103, Primeira Câmara Criminal, Segunda Turma, Relator: Des. BALTAZAR MIRANDA SARAIVA, Data de Publicação: 05/07/2022). (Grifos nossos).

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33, CAPUT, DA LEI 11.343/06) E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO (ART. 16, LEI 10.826/03). **SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. APELO MINISTERIAL. MATERIALIDADE DELITIVA COMPROVADA. AUSÊNCIA DE PROVAS ROBUSTAS ACERCA DA AUTORIA DELITIVA. RÉU QUE, EM JUÍZO, NEGOU A PRÁTICA DOS CRIMES IMPUTADOS NA DENÚNCIA. CONTRADIÇÕES E INCONSISTÊNCIA NOS DEPOIMENTOS PRESTADOS PELOS POLICIAIS RESPONSÁVEIS PELO FLAGRANTE. CONTEXTO FÁTICO APRESENTADO QUE DEIXA DÚVIDAS ACERCA DA PRÓPRIA LEGALIDADE DA AÇÃO POLICIAL QUE RESULTOU NA APREENSÃO DAS DROGAS E DA ARMA E NA PRISÃO DO ACUSADO. DÚVIDA RELEVANTE ACERCA DA DINÂMICA DOS FATOS. FRAGILIDADE DA PRETENSÃO ACUSATÓRIA FORMALMENTE DEDUZIDA. IN DUBIO PRO REO. MANUTENÇÃO DA ABSOLVIÇÃO QUE SE IMPÕE. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.** (TJBA, AP 03030078420138050250, Primeira Câmara Criminal, Segunda Turma, Relator: Des. Substituto ICARO ALMEIDA MATOS, Data de Publicação: 11/05/2021). (Grifos nossos).

Nessa esteira, do cotejo dos elementos probatórios colacionados ao feito, em observância ao princípio *in dubio pro reo*, é imperiosa a reforma do édito condenatório guerreado.

Do exposto, **VOTO** no sentido de **CONHECER** e **DAR PROVIMENTO** ao recurso defensivo, para reformar a sentença vergastada, com a conseqüente absolvição do Apelante, por insuficiência de provas aptas a embasar a sua condenação, nos termos do art. 386, VII, do CPP.

É como voto.

(TJBA – APELAÇÃO CRIMINAL n. 8097828-70.2022.8.05.0001. Primeira Câmara Criminal 1ª Turma. Relator: Des. Eserval Rocha. Julgado em 13/05/2025)

Direito penal. Apelação criminal. Tráfico de drogas. Apreensão de droga durante visita em presídio. Materialidade e autoria fartamente comprovadas nos autos. Recurso que se nega provimento.

I. Caso em exame

1. Apelação criminal interposta pela defesa da ré contra sentença condenatória proferida nos autos de ação penal, na qual o Juízo a quo julgou procedente a denúncia para condená-la pela prática do crime previsto no art. 33 da Lei nº 11.343/2006. Consta dos autos que a ré foi flagrada em posse de 91,02g (noventa e um gramas e dois centigramas) de maconha, divididos em duas porções, no momento em que tentava ingressar no presídio Lemos Brito, em Salvador, para visitar detento.

II. Questão em discussão

2. A questão em discussão consiste analisar se as provas constantes dos autos são suficientes para sustentar a condenação da apelante.

III. Razões de decidir

3. As provas constantes dos autos, especialmente os laudos periciais e os depoimentos testemunhais, comprovam de forma robusta a materialidade e autoria do crime imputado.

4. Os depoimentos prestados pelos policiais responsáveis pelo flagrante, mormente quando colhidos sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, constituem meio de prova apto e suficiente para fundamentar a condenação, desde que estejam em consonância com o restante do conjunto probatório, como ocorre *in casu*.

IV. Dispositivo e tese

5. Recurso conhecido e desprovido.

Tese de julgamento: “1. É válida a condenação por tráfico de drogas baseada em flagrante ocorrido durante visita a presídio, quando há prova robusta da posse de substância entorpecente. 2. Os depoimentos de agentes públicos, quando harmônicos com as demais provas, são aptos a fundamentar condenação criminal.”

Dispositivos relevantes citados: CPP, arts. 155; Lei nº 11.343/2006, art. 33.

Jurisprudência relevante citada: STJ, AgRg no HC 789.375/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, 5ª Turma, j. 06.03.2023; STJ, AgInt no AREsp 1304665/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, 5ª Turma, j. 23.08.2018.

ACORDÃO

Relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 8097828-70.2022.8.05.0001, da comarca de Salvador/BA, sendo apelante ENATÁLIA CERQUEIRA DOS SANTOS e apelado o MINISTÉRIO PÚBLICO.

ACORDAM os Desembargadores integrantes da Primeira Turma Julgadora da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade de votos, em dar conhecimento e negar provimento ao apelo defensivo, na forma do relatório e do voto constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

DECISÃO PROCLAMADA**Conhecido e não provido Por Unanimidade**

I - O Ministério Público do Estado da Bahia denunciou ENATÁLIA CERQUEIRA DOS SANTOS pela prática do crime delineado art. 33 c/c 40, III, ambos da Lei nº 11.343/2006.

De acordo com a denúncia:

Consta do incluso Inquérito Policial que, no dia 16 de setembro de 2021, por volta das 09h00min, na Estrada da Mata Escura, Presídio de Salvador, Bairro Mata Escura, nesta cidade, Servidores Públicos flagraram a denunciada trazendo consigo substâncias entorpecentes com fim de entregar a terceiro.

Segundo logrou apurar, no dia, horário e local, acima especificados, as Agentes Penitenciárias, Katya e Marcela, quando realizaram a revista de ENATÁLIA CERQUEIRA DOS SANTOS, notaram que ela estava bastante nervosa e trêmula e, no momento em que ela atendeu o pleito de sacudir o sutiã, perceberam que ela ali trazia uma porção de maconha.

Foi, ainda, registrado que Enatália iria visitar CARLOS ANDRÉ DOS SANTOS MAIA e, ao ser flagrada com a droga citada, foi encaminhada à sala de segurança para ser apresentada ao Diretor da Unidade.

Em seguida, a Inculpada foi conduzida à Central de Flagrantes, assim como a droga apreendida, e, quando ela foi revistada na unidade policial, por uma Investigadora da Polícia Civil, foi constatado que trazia consigo mais uma porção de maconha.

O material ilícito apreendido foi submetido a testes, conforme laudo de constatação, à fl. 56, sendo identificados da seguinte forma: MATERIAL A – 91,02g (noventa e um gramas e dois centigramas) de maconha, distribuída em duas porções, acondicionadas em plástico de cor branca e fita crepe de cor preta.

Em seu interrogatório extrajudicial, a denunciada afirmou que trazia consigo as substâncias entorpecentes apreendidas, com o fim de entregá-las ao detento CARLOS ANDRÉ DOS SANTOS MAIA para que este repassasse a outros custodiados.

Encerrada a instrução criminal, julgou-se procedente a denúncia para condenar a ré pela prática do crime tipificado no art. 33 da Lei 11.343/2006, à pena de 1 (um) ano e 11 (onze) meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicial aberto, além de 192 (cento e noventa e dois) dias-multa (ID 80819576).

Irresignada, a defesa pleiteia a absolvição da recorrente, nos termos do art. 386, VII, do CPP, sob o argumento de insuficiência de provas para a condenação, mormente quanto à autoria delitiva e à destinação das substâncias apreendidas. Apresenta prequestionamento ao art. 33 da Lei de Tóxicos e aos artigos 155, 156 e 386 do CPP, bem como aos incisos LIV e LVII do art. 5º da Constituição Federal de 1988 (ID 80819585).

O Ministério Público apresentou contrarrazões recursais, pugnando pelo não provimento do recurso manejado (ID 808119587).

A Procuradoria de Justiça apresentou parecer, opinando pelo não provimento do apelo defensivo (ID 81678628).

Examinados, lancei este relatório e submeti-o à douta Revisão. É o relatório

VOTO

II - Consoante relatado, a recorrente sustenta a inexistência de provas suficientes para embasar o édito condenatório, especialmente no que tange à autoria delitiva, pugnando pela reforma da sentença vergastada, de forma a absolver-se a Sentenciada, nos termos do art. 386, VII, do CPP.

Em que pese a argumentação da apelante, examinando detidamente os autos, afasta-se a tese defensiva de absolvição por fragilidade do conjunto probatório, na medida em que, tanto os elementos de informação colhidos na fase inquisitorial quanto as provas produzidas em Juízo, permitem assegurar que a materialidade e a autoria do delito em referência estão devidamente evidenciadas.

A rigor, a materialidade e a autoria delitiva dos crimes imputados acham-se sobejamente demonstradas por meio do auto de prisão em flagrante (ID 80819131 – fls. 5 e 6), do auto de exibição e apreensão (ID 80819131 – fl. 10), do recibo de entrega do preso (ID 80819131 – fl. 11), do laudo de exame pericial (ID 80819131 – fl. 24), além dos termos de depoimentos do condutor e das testemunhas (ID 80819131 – fls. 3 a 9), corroborados durante a instrução processual, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, os quais comprovam a apreensão de 91,02g (noventa e um gramas e dois centigramas) de maconha, distribuídas em 2 (duas) porções, em posse da ré. Saliente-se que os depoimentos das testemunhas, prestados perante a autoridade policial e o Juízo de Primeiro Grau, demonstram, de forma inequívoca, a prática do delito em comento pela apelante, conforme transcrito em sentença:

Katya Maria Santos dos Anjos – policial civil – Disse que se recorda da acusada, mas não se lembra dos fatos narrados na denúncia.

Marcela Bezerra – policial civil – Disse que se recorda dos fatos. Contou que naquele dia era um dia de visita no presídio, quando a acusada entrou, aparentando estar nervosa e se tremendo, o que chamou a atenção da depoente e de sua outra colega policial. Falou que perguntaram a ela porque estava tão nervosa e ela disse que era porquê tinha bebido. Contou que as policiais pediram pra ela tirar a roupa e ela segurou o soutien e disse que estava com droga. Falou que as policiais pediram para ela tirar a droga e ficou constatado que a droga era maconha. Disse que a acusada foi visitar um companheiro, mas que não sabia dizer se ela estava levando a droga para este companheiro. Falou que a revista é feita através de um detector de metais, mas quando as policiais percebem que a pessoa aparenta nervosismo ou está com algum volume estranho na roupa, elas pedem para que a pessoa balance a roupa ou baixe a alça de algum vestido. Contou que no local não há aparelho específico para verificar a existência de drogas nas vestimentas das pessoas. Disse que não se lembra da explicação da acusada para o porte daquela substância naquele dia. Contou que lembra que a droga era maconha, mas não sabe como estava acondicionada. Falou que o detector de metais não acusou se ela estava com mais drogas nas mãos.

Armando Menezes da Silva – policial civil- Disse que se recorda que as colegas se dirigiram à Coordenação de Segurança, na qual ele era coordenador da unidade e comunicaram o fato de terem desconfiado do nervosismo da acusada e que verificaram

que ela portava determinada quantidade de droga no soutien. Contou que, após, eles seguiram com a acusada para a Central de Flagrantes. Falou que com a acusada estava com um invólucro e que chegando na delegacia, ela apresentou outro invólucro. Disse que nos invólucros tinha maconha e que ela ia encontrar o companheiro na prisão.

Extraí-se dos depoimentos colacionados que os policiais condutores são uníssonos em relatar a sequência e as particularidades do fato em análise, além de acharem-se em consonância os demais elementos constantes do caderno processual.

Acerca dos depoimentos referidos, frise-se que a jurisprudência, de maneira uníssona, entende que o convencimento do juiz pode ter como base depoimentos prestados por policiais e que somente prova estreme de dúvida, em sentido contrário, poderia desacreditá-los, o que não é o caso dos autos:

PROCESSUAL PENAL E PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. AUSÊNCIA DE PROVA. NÃO OCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Esta Corte - HC 535.063/SP, Terceira Seção, Rel. Ministro Sebastião Reis Junior, julgado em 10/6/2020 - e o Supremo Tribunal Federal - AgRg no HC 180.365, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 27/3/2020; AgR no HC 147.210, Segunda Turma, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 30/10/2018 -, pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. Os depoimentos dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante são meio idôneo e suficiente para a formação do édito condenatório, quando em harmonia com as demais provas dos autos, e colhidos sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, como ocorreu na hipótese.

3. Com efeito, feita a diligência na casa, foi achado maconha na geladeira, bem como todas as porções de maconha localizadas com o paciente estavam embaladas da mesma maneira. Ainda o laudo pericial disponibilizado continha fotografias de drogas em grande quantidade a granel no dispositivo do paciente, bem como conversas a demonstrar que o paciente efetivamente comercializava entorpecentes na companhia de sua esposa.

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 789.375/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 6/3/2023, DJe de 15/3/2023 - grifos acrescidos)

Registre-se, ainda, que a ré exerceu seu direito constitucional ao silêncio.

Além disso, importa salientar que não há qualquer afronta ao art. 155, do CPP, haja vista que, embora os elementos de informação colhidos durante o inquérito tenham sido sopesados quando da apreciação do conjunto probatório, estes foram corroborados pelas provas produzidas na fase judicial. Ademais, inexistente qualquer imposição legal para que as declarações prestadas na fase inquisitiva sejam desconsideradas.

Neste sentido:

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 155 E 386, VII, DO CPP. CONDENAÇÃO

LASTREADA EXCLUSIVAMENTE EM PROVAS PRODUZIDAS NA FASE INQUISITORIAL. NÃO OCORRÊNCIA. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DEPOIMENTO EXTRAJUDICIAL DORÉU, RETRATADO EM JUÍZO. RATIFICAÇÃO POR OUTROS ELEMENTOS PROBATÓRIOS, COLHIDOS JUDICIALMENTE. POSSIBILIDADE. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. A condenação do acusado não se deu exclusivamente com base no depoimento prestado pela vítima na fase inquisitorial. Conforme se extrai do decreto condenatório, este encontra-se lastreado, também, na prova testemunhal e no próprio depoimento do acusado, os quais foram produzidos em juízo, com plena garantia ao contraditório e à ampla defesa. 2. Nesse contexto, é inadmissível o exame do pedido de absolvição do réu, pois o Tribunal de origem, soberano na análise dos elementos fáticos e probatórios dos autos, concluiu que a materialidade e autoria do crime de porte ilegal de arma de fogo atribuídas ao acusado restaram devidamente fundamentadas em provas colhidas tanto na fase inquisitorial quanto na fase judicial, notadamente os depoimentos das testemunhas e dos policiais que efetuaram o flagrante. 3. Cumpre ressaltar que, conforme o disposto no art. 155 do Código de Processo Penal, não se mostra admissível que a condenação do réu seja fundada exclusivamente em elementos de informação colhidos durante o inquérito e não submetidos ao crivo do contraditório e da ampla defesa, ressalvadas as provas cautelares e não repetíveis. Contudo, mister se faz reconhecer que tais provas, em atendimento ao princípio da livre persuasão motivada do juiz, desde que corroboradas por elementos de convicção produzidos na fase judicial, podem ser valoradas na formação do juízo condenatório. 4. No caso em apreço, malgrado o réu tenha se retratado em juízo, verifica-se que as declarações por ele prestadas na fase inquisitiva foram confirmadas em juízo pelos policiais responsáveis por sua prisão em flagrante. 5. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ. AgInt no AREsp 1304665/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 23/08/2018, DJe 03/09/2018 – grifos nossos).

Logo, ponderando detidamente todos os elementos contidos no caderno processual e os expostos na sentença recorrida, conclui-se restar comprovado que, na manhã do dia 16 de setembro de 2021, na Penitenciária Lemos Brito, nesta Capital, durante inspeção das agentes penitenciárias responsáveis pela revista de visitantes, a ré foi encontrada na posse de 91,02g (noventa e um gramas e dois centigramas) de maconha, distribuídas em 2 (duas) porções.

Saliente-se que, para que haja a configuração do ilícito penal de tráfico de drogas, faz-se necessário que o agente incida ao menos em um dos verbos nucleares do tipo, verbos estes que estão previstos no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006, não sendo necessário ser flagrado na realização de atos de comércio com a droga. Logo, o cometimento de qualquer uma das dezoito condutas é suficiente para configurar o crime e, no caso concreto, restou evidenciada, pelas provas carreadas aos autos, a prática das ações de “trazer consigo” e “transportar”.

Dessa forma, considerando que as provas da materialidade e da autoria são seguras e aptas a fundamentar a condenação da recorrente pelo crime tipificado no art. 33 da Lei 11.343/2006, mantém-se a sentença proferida pelo Juízo a quo, negando-se provimento ao pleito defensivo de absolvição.

CONCLUSÃO

III - Por todo o exposto, na esteira do parecer ministerial, concede-se conhecimento e nega-se provimento ao apelo defensivo, mantendo-se a sentença guerreada na integralidade.

(TJBA - APELAÇÃO CRIMINAL n. 8008014-59.2024.8.05.0039. Segunda Câmara Criminal 1ª Turma. Relator: Des. Geder Luiz Rocha Gomes. Julgado em 20/06/2025).

EMENTA. DIREITO CONSTITUCIONAL, PROCESSUAL PENAL E LEGISLAÇÃO PENAL ESPECIAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS ILÍCITAS (ART. 33, *CAPUT*, DA LEI Nº 11.343/06). PLEITO DE GRATUIDADE DE JUSTIÇA. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA EXECUÇÃO. QUEBRA DA CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA. PEDIDO ACOLHIDO. NULIDADE DO AUTO DE EXIBIÇÃO E APREENSÃO DECLARADA. RÉU DIRIGINDO VEÍCULO E FAZENDO MANOBRAS PERIGOSAS. ABORDAGEM PELA POLÍCIA. DROGAS APREENDIDAS NO CARRO. DILIGÊNCIA QUE SE SEGUIU ATÉ UMA CASA. APREENSÃO DE DROGAS E DE OUTROS MATERIAIS NA RESIDÊNCIA. AUTO DE EXIBIÇÃO E APREENSÃO SEM ESPECIFICAR AS DROGAS E MATERIAIS ENCONTRADOS NA CASA E NO CARRO. POLICIAL MILITAR QUE RELATA, EM JUÍZO, QUE O RÉU NÃO TEM QUALQUER VÍNCULO COM A CASA ONDE FORA EFETIVADA A DILIGÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE DE O RÉU SER RESPONSABILIZADO PELAS DROGAS ENCONTRADAS NA RESIDÊNCIA. NECESSIDADE DE O AUTO DE EXIBIÇÃO E APREENSÃO TER DIFERENCIADO OS MATERIAIS ENCONTRADOS EM CADA LUGAR. QUEBRA DA CADEIA DE CUSTÓDIA. INOBSERVÂNCIA DO ART. 158-B, III, DO CPP. NULIDADE DO AUTO DE EXIBIÇÃO E APREENSÃO DECLARADA. NULIDADE DA ABORDAGEM POLICIAL. NÃO ACOLHIDA. REVISTA JUSTIFICADA PELA CONDUÇÃO DE VEÍCULO DE FORMA INDEVIDA, FAZENDO MANOBRAS RADICAIS NA VIA PÚBLICA. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO PARA A CONDUTA DE USO PESSOAL. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. EXISTÊNCIA DE OUTROS ELEMENTOS PROBATÓRIOS QUE NÃO O AUTO DE EXIBIÇÃO E APREENSÃO. DEPOIMENTO DOS POLICIAIS E PRÓPRIA CONFISSÃO DO RÉU DE QUE TINHA DROGAS PARA USO PRÓPRIO. ART. 28, §2º, DA LEI 11.343/2006, ESTABELECE OS CRITÉRIOS PARA DEFINIR QUAL A CONDUTA PERPETRADA. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. CIRCUNSTÂNCIAS SOCIAIS E PESSOAIS, BEM COMO ANTECEDENTES. DÚVIDA ACERCA DA QUANTIDADE DE DROGA. HAVENDO DÚVIDA, É IMPERIOSO O RECONHECIMENTO DA CONDUTA DE CONSUMO PESSOAL. DESCLASSIFICAÇÃO QUE SE IMPÕE. REMESSA DOS AUTOS PARA O JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL PARA ADOÇÃO DAS MEDIDAS CABÍVEIS. PARECER DA PROCURADORIA DE JUSTIÇA PELO CONHECIMENTO E DESPROVIMENTO. RECURSO CONHECIDO PARCIALMENTE E, NESSA EXTENSÃO, PARCIALMENTE PROVIDO.

I. Caso em Exame

1. Recurso de Apelação Criminal interposto por BRUCE WILLIAM COSTA DOS SANTOS, contra a sentença proferida pelo Juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Camaçari que, nos autos da ação penal tombada sob o nº 8008014-59.2024.8.05.0039, julgou procedente a denúncia formulada pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA para condenar o acusado pela prática do

delito descrito no art. 33 da Lei 11.343/2006 (tráfico ilícito de droga), fixando a pena definitiva de 05 (cinco) anos de reclusão, no regime inicial semiaberto, e 500 (quinhentos) dias-multa.

2. De acordo com a denúncia, no dia 04 de junho de 2024, por volta das 22:10 horas, na Avenida Radial A, no bairro Triângulo, policiais militares avistaram um veículo Chevrolet Prisma, placa policial PKY3B91, fazendo manobras radicais na via, o que motivou os agentes a abordarem o carro. Estavam no automóvel o réu, que era quem fazia a condução, a namorada e o primo dele e um bebê. Conforme a exordial, ao ser feita a busca veicular, foram encontradas drogas ilícitas na parte traseira do carro, sendo mais de um quilo e meio de maconha e mais de oito quilos de cocaína.

3. Os policiais militares que efetivaram a prisão do réu, ao serem ouvidos em Delegacia, relataram que o réu dirigia o veículo Chevrolet Prisma, placa policial PKY3B91, e fazia manobras radicais no veículo, o que os levou a fazerem a abordagem e a encontrarem as drogas ilícitas. Segundo os agentes, após a busca pessoal e veicular, o réu, impressionantemente, informou que havia mais entorpecentes em uma casa, tendo a polícia se dirigido ao endereço fornecido, onde houve troca de tiros e foi encontrada uma quantidade expressiva de substâncias ilícitas.

II. Questão em discussão

4. De pronto, calha destacar que o presente recurso tem como questão nuclear o pleito de justiça gratuita, de nulidade do processo, em decorrência da suposta ilegalidade da busca pessoal e veicular, bem como da quebra da cadeia de custódia da prova. No mérito, busca a absolvição ou a desclassificação para a conduta de uso pessoal e, subsidiariamente, a aplicação da causa de diminuição do tráfico privilegiado em seu patamar máximo.

III. Razões de decidir

5. O entendimento do STJ é de que a competência para apreciar a alegada hipossuficiência do Recorrente é do Juízo da Execução, enfatizando que *“o momento de se aferir a situação do condenado para eventual suspensão da exigibilidade do pagamento das custas processuais é a fase de execução, por tal razão, nos termos do art. 804 do Código de Processo Penal, mesmo que beneficiário da justiça gratuita, o vencido deverá ser condenado nas custas processuais.”* (STJ, AgRg no AREsp 1916809/PR, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 14/09/2021, DJe 20/09/2021). Assim, o recurso não deve ser conhecido nesse ponto.

6. Quebra da Cadeia de Custódia. Não obstante a especificação dos objetos e materiais apreendidos, é imprescindível destacar que não se procedeu à devida indicação e individualização do que foi recolhido no interior do veículo e do que foi encontrado na residência. Se todos esses materiais estivessem, unicamente, na posse do réu, talvez fosse irrelevante a forma como houve a especificação. Todavia, ao que tudo indica, o acusado só tem relação com a droga supostamente apreendida no automóvel, não tendo qualquer ligação com os objetos e entorpecentes encontrados na residência. Desta feita, seria essencial fazer uma criteriosa divisão entre o que foi encontrado em cada um dos lugares.

7. Nesse contexto de instrução probatória é que exsurge a ideia da importância da preservação da cadeia de custódia. A relevância da incolumidade da cadeia de custódia das provas produzidas no processo penal ganhou enfoque global quando do julgamento do ex-jogador de futebol americano OJ. Simpson, ocorrido em 3/10/1995 e transmitido ao vivo pela televisão norte-americana, ficando ali conhecido como “Julgamento do Século”. Na ocasião, OJ. Simpson estava indo

a Júri sob a acusação de ter praticado os crimes de homicídio que vitimaram sua ex-mulher, Nicole Brown Simpson, e seu amigo, Ronald Goldman. Quando do julgamento, alegou sua inocência e trouxe como uma de suas teses defensivas a contaminação das provas que compunham o acervo processual, de forma que *“mesmo diante de provas que demonstravam o envolvimento do jogador em um duplo homicídio, a defesa conseguiu a absolvição devido à preservação do local inadequada, aos procedimentos de coleta de vestígios em que ficaram evidentes falhas na cadeia de custódia.”* (MACHADO, Michelle Moreira, 2017)

8. No Brasil, apesar de há algum tempo ser alvo de debate na doutrina e na jurisprudência, a cadeia de custódia foi introduzida na legislação pátria por meio da Lei nº 13.964/2019, conhecida como “Pacote Anticrime”, e encontra previsão nos artigos 158-A e seguintes do CPP, sendo definida pelo legislador pátrio como sendo *o conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio coletado em locais ou em vítimas de crimes, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte* (art. 158-A, caput, CPP).

8. A cadeia de custódia foi concebida como uma forma de se garantir a lisura da produção probatória, assegurando que todas as etapas foram respeitadas e cumpridas nos exatos ditames da norma legal, com vistas a formar um conjunto probatório lícito, obtido sob a luz das previsões constitucional e infraconstitucional, assegurando-se, deste modo, a autenticidade ou autenticação da prova, em observância ao que a doutrina denomina de princípio da mesmidade, conforme dita Geraldo Prado: *“a cadeia de custódia fundamenta-se no princípio universal de ‘autenticidade da prova’, definido como ‘lei da mesmidade’, isto é, o princípio pelo qual se determina que ‘o mesmo’ que se encontrou na cena [do crime] é ‘o mesmo’ que se está utilizando para tomar a decisão judicial.”*

9. Segundo o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, *“[o] instituto da quebra da cadeia de custódia diz respeito à idoneidade do caminho que deve ser percorrido pela prova até sua análise pelo magistrado, sendo certo que qualquer interferência durante o trâmite processual pode resultar na sua imprestabilidade. Tem como objetivo garantir a todos os acusados o devido processo legal e os recursos a ele inerentes, como a ampla defesa, o contraditório e principalmente o direito à prova lícita.”* (STJ - AgRg no HC: 752444 SC 2022/0197646-2, Data de Julgamento: 04/10/2022, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 10/10/2022)

10. *In casu*, surge dúvida acerca da idoneidade da Cadeia de Custódia, uma vez que não se sabe ao certo o que foi apreendido com o réu. Embora, no momento da prisão, tenha sido lavrado o auto de exibição e apreensão, com a indicação das drogas apreendidas, não houve uma individualização do que foi encontrado no carro que o acusado dirigia e na casa para onde os policiais seguiram após a prisão do réu. A falha nesse procedimento gera, por si só, um risco substancial de prejuízo à confiabilidade da prova, o que se traduz na ilicitude da mesma. Quando concluído o inquérito policial e iniciada a instrução processual, dois policiais militares que empreenderam a prisão do acusado foram ouvidos, tendo um se restringido a afirmar que nada lembrava sobre o caso, enquanto o outro, Celiomar Alexandre da Silva Santos, relatou que não sabe precisar qual droga e quantidade foi apreendida no carro e que o entorpecente encontrado na casa não tem vínculo com o réu. Segundo o policial, a conduta do acusado atém-se, apenas, ao que aconteceu na Avenida Radial A, que é onde o réu estava com o carro e onde ocorreu a revista veicular. A situação da casa envolve outras pessoas, que não o acusado.

11. Ora, se o réu não possui relação com as drogas encontradas na casa, por qual razão elas foram descritas no auto de exibição e apreensão do acusado, mormente sem que fossem especificadas a espécie e quantidade encontradas em cada um dos lugares? Levando em consideração que as provas apontam que as drogas encontradas na residência não eram do acusado, difícil conceber que não há nulidade do auto de exibição e apreensão. Era de extrema importância e imprescindibilidade que constassem no auto de exibição e apreensão somente as drogas encontradas no carro ou, pelo menos, que houvesse uma especificação para que pudesse individualizar e quantificar o que estava na posse do acusado. Sem esse cuidado, impossível saber quais drogas e qual quantidade estava no veículo.

12. Esse entendimento, ressalte-se, não demonstra que o réu não praticou o crime ou que não estava com droga, mas, sim, que o auto de exibição e apreensão está eivado de nulidade.

13. A fim de compreender a nulidade do auto de exibição e apreensão, interessante repisar a transcrição do art. 158-B, III, do CPP: *“A cadeia de custódia compreende o rastreamento do vestígio nas seguintes etapas: (...) III - fixação: descrição detalhada do vestígio conforme se encontra no local de crime ou no corpo de delito, e a sua posição na área de exames, podendo ser ilustrada por fotografias, filmagens ou croqui, sendo indispensável a sua descrição no laudo pericial produzido pelo perito responsável pelo atendimento”*. Do dispositivo, fica claro o dever da autoridade policial de descrever o material apreendido em cada local, especificando a natureza e quantidade.

14. Nulidade da Busca Pessoal e Veicular. In casu, levando em consideração que a busca veicular e pessoal realizada fora motivada pelo fato de ele estar dirigindo um veículo e fazendo manobras, colocando em risco a segurança do local, a abordagem fora feita com base em elementos fundados, e não em razão de critérios subjetivos. Assim, não está revestida de nulidade.

15. Absolvção ou Desclassificação para uso pessoal. Para o cometimento do crime de tráfico de drogas, é necessário que a conduta do indivíduo adéque-se a um dos verbos mencionados no caput do art. 33 da Lei 11.343/2006 e que a finalidade seja o consumo de drogas por terceiros. Por sua vez, com núcleos semelhantes – adquirir, guardar, ter em depósito, transportar, trazer consigo – a Lei de Drogas faz previsão, também, da conduta de uso pessoal, prevista no art. 28. Aqui, diferentemente do que ocorre no crime de tráfico de drogas, a intenção do sujeito é o consumo pessoal da droga. Quando pratica qualquer um dos núcleos acima elencados, a pretensão não é a mercancia da droga ou o uso por terceiro, mas, sim, o consumo por ele próprio.

16. Estabelecendo os critérios para definir se a pessoa deve ser punida pelo uso pessoal ou pelo tráfico, o art. 28, §2º da Lei 11.343/2006 faz a seguinte previsão: *“Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente”*. Assim, deve-se levar em consideração a quantidade e natureza da droga, o contexto em que o acusado fora flagrado com as substâncias ilícitas, bem como se já fora condenado anteriormente por crime do mesmo jaez, dentre outras circunstâncias sociais e pessoais.

17. In casu, consoante já destacado, o auto de exibição e apreensão encontra-se eivado de nulidade, de modo que não pode ser levado em consideração. Todavia, não se pode desprezar os outros elementos probatórios colhidos durante o inquérito

policial e a fase judicial. Os policiais militares que efetivaram a prisão do réu, ao serem ouvidos em Delegacia, relataram que o réu dirigia o veículo Chevrolet Prisma, placa policial PKY3B91, e fazia manobras radicais no veículo, o que os levou a fazerem a abordagem e a encontrarem as drogas ilícitas. Quando concluído o inquérito policial e iniciada a instrução processual, dois policiais militares que empreenderam a prisão do acusado foram ouvidos, tendo um se restringido a afirmar que nada lembrava sobre o caso, enquanto o outro, Celiomar Alexandre da Silva Santos, relatou que, embora não saiba precisar qual droga e quantidade foi apreendida no carro, havia entorpecente. Corroborando a existência de droga no veículo, o próprio réu, ao ser ouvido sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, afirma que havia entorpecente com ele, o qual era destinado para uso próprio. Desse modo, não se pode desprezar que a droga existia e que fora atestada pelas próprias declarações do réu e dos depoimentos das testemunhas. Ressalte-se que, dentre os materiais apreendidos, todos testaram positivo, seja para tetrahydrocannabinol ou para benzoilmetilecgonina.

18. Nesse contexto, havendo certeza quanto à existência de droga, mas não ocorrendo elementos para atestar a quantidade apreendida, é premente que seja imputada ao Acusado a conduta de uso pessoal. Na dúvida se o acusado é traficante ou usuário, deve sempre prevalecer a conduta de uso pessoal, mais favorável ao réu. O Poder Judiciário não pode, indistintamente, reconhecer usuários como traficantes, quando as circunstâncias não apontam a mercancia.

19. Parecer da douta Procuradoria de Justiça pelo Conhecimento e Desprovemento IV. Dispositivo e tese

11. Recurso de Apelação **CONHECIDO PARCIALMENTE E, NESSA EXTENSÃO, PARCIALMENTE PROVIDO** para: A) declarar a quebra da cadeia de custódia quanto à lavratura do auto de exibição e apreensão, considerando-se, porém, os demais elementos probatórios colhidos no inquérito policial e na fase judicial; e B) para operar a desclassificação do crime imputado – tráfico ilícito de drogas (art. 33, caput, da Lei 11.343/2006) – para o ilícito descrito no art. 28 do mesmo Diploma Legal, determinando a remessa dos autos para o Juizado Especial Criminal para a adoção e imposição das medidas cabíveis..

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº **8008014-59.2024.8.05.0039**, em que figuram como apelante **BRUCE WILLIAM COSTA DOS SANTOS** e como apelado o **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA**.

ACORDAM os Desembargadores integrantes da 1ª Turma da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça da Bahia, por maioria, em **CONHECER PARCIALMENTE** o recurso de Apelação e, nessa extensão **DAR PARCIAL PROVIMENTO**, nos termos do voto do Relator.

DECISÃO PROCLAMADA

Conhecido e provido em parte Por Maioria

RELATÓRIO

Vistos, etc.,

Versam os presentes autos sobre Recurso de Apelação Criminal interposto por BRUCE WILLIAM COSTA DOS SANTOS, contra a sentença proferida pelo Juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Camaçari que, nos autos da ação penal tombada sob o nº 8008014-59.2024.8.05.0039, julgou procedente a denúncia formulada pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA para condenar o acusado pela prática do delito descrito no art. 33 da Lei 11.343/2006 (tráfico ilícito de droga), fixando a pena definitiva de 05 (cinco) anos de reclusão, no regime inicial semiaberto, e 500 (quinhentos) dias-multa.

Narrou a denúncia (Id 77365594) que: *“No dia 4 de junho de 2024, por volta das 22h10, ao ser abordado na Av. Radial A, bairro Triângulo, nesta cidade, o denunciado transportava, no veículo Chevrolet Prisma placa PKY3B91 que conduzia, farto volume de substâncias entorpecentes de natureza ilícita (laudo pericial incluso), com finalidade inegavelmente comercial, sem autorização e em desacordo com determinação legal. Ao realizar manobras arriscadas em trânsito, o jovem chamou a atenção de uma guarnição militar e ensejou a própria abordagem. A bordo do automóvel, sua namorada, um sobrinho bebê e um primo. No banco traseiro, mais de 1 quilo e meio de maconha e a surpreendente quantidade de pedras (incluindo escória), com mais de 8 quilos de cocaína (auto de apreensão incluso). Em sua oitiva, refutando a versão dos agentes, negou qualquer relação com o material ilícito apresentado e garantiu que não transportava droga alguma no automóvel, sugerindo ardil policial para prejudicá-lo, notadamente após anterior e recente prisão (em janeiro de 2024), sob idêntica prática ilícita. As investigações, todavia, avançaram e seguiram exitosas (RIC incluso), confirmando-se vestígios de drogas em busca posterior veicular (laudo incluso). Mas não é só. O acusado aparece como gerente de facção criminosa com ampla ramificação local”*.

Realizada a instrução criminal, foram oferecidas as alegações finais, sobreveio a sentença ora combatida, julgando procedente o pedido formulado na denúncia para condenar o recorrente pela prática do crime descrito no art. 33 da Lei 11.343/2003 (tráfico ilícito de droga).

Inconformado, o Apelante interpôs o presente recurso (Id 81399910), requerendo, inicialmente, a concessão do benefício da Justiça Gratuita, sob o argumento de não possuir condições para arcar com as custas do processo sem prejuízo do próprio sustento e da família.

Apresenta preliminar de mérito, qual seja: a ilicitude da abordagem policial para fins de busca pessoal e veicular.

Alega que: *“o art. 244 do CPP e os entendimentos jurisprudenciais para uma abordagem veicular e uma busca pessoal, quando na ausência de mandado judicial, deve-se apresentar uma FUNDADA SUSPEITA PARA JUSTIFICAR O ATO, como pode se observar o PRÓPRIO POLICIAL INFORMOU QUE NÃO HOUVE NENHUMA SUSPEITA, ou seja, sendo nulo todo o processo. (...) O FATO DA MANOBRA, NÃO ENSEJARIA UMA ABORDAGEM VEICULAR E PESSOAL, APENAS UMA APLICAÇÃO DE MULTA E APREENSÃO DO VEÍCULO CONFORME O ART. 175 DO CTB, O PRÓPRIO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL QUE UMA INFRAÇÃO DE TRÂNSITO, REALIZADO UMA BUSCA VEICULAR E PESSOAL CONVÉM UMA NULIDADE PROCESSUAL”*.

Argumenta: *“o depoimento coerente, sensato, verdadeiro da apelante combinada com os demais elementos dos autos deverá, por justiça, reconhecer a ausência de fundadas razões para busca pessoal e veicular sem fundadas razões, pugnando pela invalidade do procedimento, eivado de vício com base na renomada e concebida Teoria dos Frutos da árvore envenenada”*.

No mérito, pleiteia pela absolvição, alegando insuficiência probatória.

Menciona que: *“esta defesa não poderia deixar de mencionar e demonstrar as contradições nas versões dos policiais militares acerca da prisão do apelante e caso não fosse o empenho da*

defesa desde o auto de prisão em flagrante para apresentar a verdade dos fatos, as informações SERIAM OMITIDAS EM JUÍZO TAMBÉM”.

Explica que: “os depoimentos oferecidos pelos agentes da segurança pública, contrariamente ao que ocorre com as testemunhas civis, não são dotados da necessária imparcialidade, na medida em que os policiais tenderão, por certo, a corroborar as diligências (e a própria prisão) efetivadas na fase extraprocessual, sendo naturalmente inclinados, portanto, a atestar a lisura das suas ações realizadas na fase investigativa, o que por óbvio aconteceu neste presente caso”.

Destaca que: “toda esta questão levantada é para demonstra-lo que se os policiais foram omissos e faltaram com a verdade sobre a QUANTIDADE DE PESSOAS QUE HAVIA NO CARRO E COM AS DROGAS ENCONTRADA. O questionamento que fica é que se foram omissos por tão por pouco, quem dirá se realmente havia droga no veículo”.

Afirma que: “O Douto Magistrado, NÃO utilizou do princípio da inocência, condenando o APELANTE COM INFORMAÇÕES DESCONEXAS PRESTADAS PELO O AGENTE POLICIAL SD PM CELIOMAR, UMA VEZ QUE FOI O ÚNICO QUE SE RECORDOU DO CASO EM CONCRETO, NÃO PRESTRANDO INFORMAÇÃO PRECISAS E CONCISAS”.

Relata que: “a caracterização do crime de tráfico de drogas não restou provada pelo órgão ministerial e nem embasada na sentença, isso porque, o tráfico se caracterizou pela apreensão do material entorpecente encontrado supostamente no seu veículo, que está defesa já demonstrou violação na busca pessoal, além de ter o depoimento do agente policial que a maior quantidade foi encontrada dentro da casa onde ocorreu a outra situação, CONFIRMANDO QUE NÃO SE INTERLIGAVA COM O FLAGRANTE, ocasionando dúvida sobre a licitude das drogas. Partindo do princípio que o ÚNICO TESTEMUNHO PRESTADO COM DETALHES É DO SD PM CELIOMAR ALEXANDRE, que entrou em NÍTIDA CONTRADIÇÃO desde o seu depoimento prestado em delegacia, como demonstrado acima, ressaltando que o mesmo omitiu sobre as pessoas que havia dentro do carro, todo trabalho para incluílos foi desta defesa desde o APF. A suposta droga encontrada no interior do veículo, mais precisamente no assoalho, traz dúvida acerca de quem realmente pertence, HAVIA MAIS DUAS PESSOAS DENTRO CARRO, confirmado pelo o próprio SD PM CELIOMAR ALEXANDRE, como pode afirmar que realmente esta droga seja do apelante? A DROGA NÃO FOI ENCONTRADA EM POSSE DO APELANTE, MAS INTERIOR DO VEÍCULO, SÓ FOI ATRIBUÍDO PARA O MESMO PORQUE ESTAVA CONDUZINDO O CARRO, CONFORME depoimento em juízo por SD PM CELIOMAR ALEXANDRE”.

Assevera que: “a testemunha de acusação SD PM CELIOMAR ALEXANDRE NÃO SE RECORDOU NEM DO TIPO E NEM DA QUANTIDADE ENCONTRADA NO CARRO, SENDO QUE FOI O MESMO QUE REALIZOU A BUSCA NO INTERIOR DO VEÍCULO CONFORME SEU DEPOIMENTO”.

Acrescenta que: “O RIC NÃO É UMA PROVA contudente de que o apelante seja integrante de facção já que o IPC que realizou não traz informações desta coleta de dados. O próprio policial SD PM CELIOMAR ALEXANDRE em juízo informou que não obteve nenhuma informação do apelante ser envolvido, que ninguém da delegacia prestou nenhuma informação, que não o conhece, que seria a primeira vez”.

Pondera que: “O ônus da prova é do órgão acusador, e apresentação de testemunhas que efetivamente tem ligação diretamente com o fato e que em juízo não conseguem descrever sequer a CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA, é impossível de aceitar, isso porque, se não sabem quem realizou a busca, quem e COMO achou, imagine quem as PRESERVOU até chegar na delegacia de polícia”.

Subsidiariamente, questiona a não aplicação da causa de diminuição referente ao tráfico privilegiado, especificando que: “os requisitos para ser consignado a minorante prevista no artigo 33 no § 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/06, é que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa E NÃO A QUANTIDADE DE

DROGA, tal decisão é totalmente ao contrária ao dispositivo. O próprio MM.JUIZO reconheceu que Apelante preenche os requisitos estabelecidos por Lei”.

Afirma que: “A 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça decidiu que a natureza e a quantidade de droga só podem afastar o reconhecimento do tráfico privilegiado quando outras circunstâncias do caso concreto demonstrarem a dedicação do réu a atividade criminosa ou sua participação em organização voltada para o crime, a quantidade da droga já havia sido usada pelo juiz para conferir um valor maior à pena-base eo uso de tal argumento para afastar o tráfico privilegiado “evidencia indevido bis in idem” e reconheceu pela aplicação do tráfico privilegiado conforme HC 834.817-MS (2023/0224134-0)”.

Ao final, requer: “a) Reconhecimento das preliminares de nulidades narradas na Apelação e o reconhecimento de suas consequências legais, com a nulidade do processo e absolvição do Apelante; b) A absolvição do Apelante pelos fundamentos narrados e quebra da cadeia de custódia; c) Caso assim não entendam, pelo princípio da eventualidade, que seja reconhecido o TRÁFICO PRIVILEGIADO em 2/3 (patamar mínimo), e sejam estabelecidas medidas restritivas de direito, que a pena seja reformada e estabelecida no seu patamar mínimo, que seja realizada a detração do período cumprido, ou em caso de condenação pelos crimes contidos na denúncia que estes sejam estabelecidas em pena mínima e se possível o regime seja o menos gravoso”.

Em sede de contrarrazões (Id 81399913), o Ministério Público refutou os argumentos do apelo interposto, pugnando pela manutenção da sentença guerreada em todos os seus termos.

Vieram os autos à Segunda Instância, onde, distribuídos a esta Colenda Câmara Criminal, coube-me a relatoria.

Remetidos os autos à douta Procuradoria de Justiça, a ilustre Procuradora de Justiça Márcia Luzia Guedes de Lima opinou pelo conhecimento parcial e, nessa extensão, pelo desprovemento do recurso de Apelação interposto, nos termos do parecer ministerial de id 81616015.

Assim, examinados os autos, lancei o presente relatório e o submeti à apreciação do eminente Revisor, que pediu a inclusão do feito em pauta de julgamento.

VOTO

I. DA ADMISSIBILIDADE RECURSAL

Com relação ao cabimento da apelação, Aury Lopes Júnior¹ afirma que: “é a exigência de que inexista uma decisão imutável e irrevogável, ou seja, não se tenha operado a coisa julgada formal. Uma decisão é apelável porque não preclusa.” Já com relação à adequação, é “vista como a correção do meio de impugnação eleito pela parte interessada, também abrange a regularidade formal da interposição do recurso.”

Sobre o recurso de apelação, Aury Lopes Júnior² também assevera: “Na visão de DALIA e FERRAIOLI³, l'appello è il mezzo di impugnazione ordinário che consente ad un giudice di grado superiore di rivedere, in forma “critica”, il giudizio pronunciato dal giudice di primo grado. É um meio de impugnação ordinário por excelência (podendo ser total ou parcial), que autoriza um órgão jurisdicional de grau superior a revisar, de forma crítica, o julgamento realizado em primeiro grau. O “revisar de forma crítica” deve ser compreendido na mesma perspectiva de CARNELUTTI,

1 Direito processual penal / Aury Lopes Junior. – 17. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 1597.

2 Idem, p. 1596.

3 DALIA, Andrea Antonio; FERRAIOLI, Marzia. Manuale di Diritto Processuale Penale. Milano, CEDAM, 1997. p. 685.

anteriormente referida, de que os recursos são “la crítica a la decisión”, posto que, etimologicamente, criticar não significa outra coisa que julgar, e o uso deste vocábulo tende a significar aquele juízo particular que tem por objeto outro juízo, isto é, o juízo sobre o juízo e, dessa maneira, um juízo elevado à segunda potência.”

Já para o Preclaro Guilherme de Souza Nucci⁴: *“Cuida-se de recurso contra decisões definitivas, que julgam extinto o processo, apreciando ou não o mérito, devolvendo ao tribunal amplo conhecimento da matéria⁵. Essa seria, a nosso ver, a melhor maneira de conceituar a apelação, embora o Código de Processo Penal tenha preferido considerá-la como o recurso contra as sentenças definitivas, de condenação ou absolvição, e contra as decisões definitivas ou com força de definitivas, não abrangidas pelo recurso em sentido estrito.”*

Gustavo Henrique Badaró acrescenta sobre o conceito e antecedentes históricos⁶: *“A apelação é o recurso ordinário por excelência, visando à reapreciação de matéria de fato e de direito. É cabível, inclusive, quando houver provas novas. Sua finalidade é a correção de error in iudicando (reforma da decisão) ou error in procedendo (anula a decisão) das sentenças. Prevalece o entendimento de que sua origem histórica é a appellatio dos romanos. No regime português, a apelação ingressou por meio das querimas ou querimonias dos Foraes chegando às Ordenações Manuelinas, recebendo reformulações, até chegar ao modelo de t. 68 a 83 do L. III das Ordenações Filipinas. Entre nós, sua referência pode ser buscada no Regulamento 737, de 21.11.1950.”*

Em relação aos requisitos de admissibilidade, novamente Aury Lopes Júnior assim dispõe⁷:

“=>Requisitos objetivos:

→ Cabimento e adequação: pode ser interposta por petição ou termo nos autos, nos casos previstos no art. 593.

→ Art. 593, II: é residual em relação à taxatividade do RSE, cabendo em relação às decisões interlocutórias mistas não abrangidas pelo art. 581.

→ Art. 593, III: o inciso III dirige-se exclusivamente às decisões proferidas pelo Tribunal do Júri. Nas alíneas “a” e “d”, se acolhido o recurso, a consequência será a realização de novo júri. Nas alíneas “b” e “c”, acolhendo o recurso, o tribunal faz a retificação se enviar a novo júri.

→ Art. 593, § 3º: decisão manifestamente contrária à prova dos autos é aquela completamente dissociada da prova dos autos, sem qualquer apoio no processo. O que se entende por “mesmo motivo”? Significa novo recurso com base na letra “d”, sendo irrelevante a tese sustentada. Quanto ao cabimento do recurso de apelação, por parte do acusador, com base no art. 593, III, d, quando o réu é absolvido no quesito genérico da absolvição, existe uma divisão no STJ e uma importante decisão do STF no sentido do não cabimento.

4 Curso de direito processual penal / Guilherme de Souza Nucci. – 17. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 1418.

5 O termo apelação deriva do vocábulo latino appellationem, no sentido de recurso de juiz inferior para superior, oriundo do verbo appellare, recorrer a tribunal superior. A apelação sempre teve como característica a natureza definitiva da sentença de que se recorre para instância superior e nisso se distingue do recurso em sentido estrito, que é interposto, em regra, das decisões interlocutórias” (Câmara Leal, Comentários ao Código de Processo Penal, v. IV, p. 78). Na mesma ótica, Florêncio de Abreu (Comentários ao Código de Processo Penal, v. V, p. 280).

6 Manual dos recursos penais / Gustavo Henrique Badaró. - 2. ed. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p.235.

7 Direito processual penal / Aury Lopes Junior. – 7. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2020., p. 1709-1710.

→ Tempestividade: 5 dias para interposição (art. 593) e 8 dias para razões. Assistente: 5 dias habilitado – 15 dias não habilitado.

→ Preparo: exige-se nas ações penais privadas.

=>Requisitos subjetivos:

→ Legitimidade (art. 577) e gravame/prejuízo.”

Volvendo olhares para os autos, verificada a tempestividade do recurso em tela.

Em relação ao mérito do presente recurso, impende destacar que este deve ser parcialmente conhecido, vejamos.

Consoante adiantado alhures, de forma preliminar, o Apelante solicitou que lhe fosse concedida a benesse da assistência judiciária gratuita.

Todavia, tal pleito não prospera, visto que o momento de se aferir a situação do condenado para eventual suspensão da exigibilidade do pagamento das custas processuais é a fase de execução, nos termos do art. 66, III, alínea “f”, da Lei de Execução Penal, que dispõe sobre a competência para apreciar os pleitos relativos à gratuidade da justiça é do Juízo da Execução.

Nesse contexto, o órgão com atribuição para analisar o pedido de assistência judiciária gratuita é o Juízo da Execução, o qual, diante de circunstâncias concretas, poderá verificar a hipossuficiência econômica do agente e outorgar-lhe o favor esculpido no artigo 5º LXXIV da Constituição Federal e no artigo 98 do CPC.

Nesse sentido, este E. Tribunal de Justiça já se manifestou, vejamos:

APELAÇÃO CRIMINAL. FURTO PRIVILEGIADO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. CUMPRIMENTO INTEGRAL DA PENA. NÃO COMPROVADO. PRELIMINAR REJEITADA. ABSOLVIÇÃO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. REINCIDÊNCIA. APLICAÇÃO. INCABÍVEL. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. DISPENSA DO PAGAMENTO DAS CUSTAS E MULTA. IMPOSSIBILIDADE. SANÇÃO PENAL. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. DE OFÍCIO, ALTERADA A PENA PECUNIÁRIA APLICADA.

A ausência de comprovação do pagamento da pena pecuniária pelo agente inviabiliza o imediato reconhecimento da extinção da punibilidade pelo cumprimento da reprimenda. A reincidência delitiva demonstra, em geral, a existência de relevante grau de ofensividade e periculosidade social, requisitos necessários para o reconhecimento do princípio da insignificância. Inexiste previsão legal que fundamente a exclusão da pena de multa pelo juízo de conhecimento, por se tratar de sanção penal. Cabe ao juízo da execução a análise da eventual condição de miserabilidade do condenado, para fins de isenção das custas processuais e multa, ante a possibilidade de alteração da situação financeira daquele entre a data da condenação e a concreta execução da sentença condenatória. Deve a pena de multa deter como parâmetro a reprimenda corporal dosada ao agente, sob pena de mácula ao princípio da proporcionalidade. (TJ-BA - APL: 05308413920198050001, Relator: INEZ MARIA BRITO SANTOS MIRANDA, SEGUNDA CAMARA CRIMINAL - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: 06/08/2021)

APELAÇÃO CRIMINAL. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO (ART. 14 DA LEI Nº 10.826/03). RECURSO DA DEFESA.

INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. JUÍZO DA EXECUÇÃO PENAL. RECURSO CONHECIDO EM PARTE, E, NESSA EXTENSÃO, PROVIDO.

I - A matéria atinente à isenção de custas e gratuidade da justiça está disposta no art. 12 da Lei nº 1.060/50, sendo de competência do Juízo da Vara das Execuções Penais.

II - Em observância ao princípio do in dubio pro reo, não existindo certeza acerca da autoria delitiva, não há como manter a condenação do Apelante. (TJ-BA - APL: 05614986620168050001, Relator: NAGILA MARIA SALES BRITO, SEGUNDA CAMARA CRIMINAL - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: 12/05/2021)

Pelo exposto, a análise do referido pedido ensejaria supressão de instância – o que não se pode admitir –, razão pela qual **não conheço da súplica**.

II. DO MÉRITO

De pronto, calha destacar que o presente recurso tem como questão nuclear o pleito de nulidade do processo, em decorrência da suposta ilegalidade da busca pessoal e veicular, bem como da quebra da cadeia de custódia da prova. No mérito, busca a absolvição, sob o argumento de insuficiência probatória, a desclassificação do crime de tráfico para o de uso pessoal e, subsidiariamente, a aplicação da causa de diminuição do tráfico privilegiado em seu patamar máximo.

De acordo com a denúncia, no dia 04 de junho de 2024, por volta das 22:10 horas, na Avenida Radial A, no bairro Triângulo, policiais militares avistaram um veículo Chevrolet Prisma, placa policial PKY3B91, fazendo manobras radicais na via, o que motivou os agentes a abordarem o carro.

Estavam no automóvel o réu, que era quem fazia a condução, a namorada e o primo dele e um bebê.

Conforme a exordial, ao ser feita a busca veicular, foram encontradas drogas ilícitas na parte traseira do carro, sendo mais de um quilo e meio de maconha e mais de oito quilos de cocaína.

Eis o teor da denúncia:

“No dia 4 de junho de 2024, por volta das 22h10, ao ser abordado na Av. Radial A, bairro Triângulo, nesta cidade, o denunciado transportava, no veículo Chevrolet Prisma placa PKY3B91 que conduzia, farto volume de substâncias entorpecentes de natureza ilícita (laudo pericial incluso), com finalidade inegavelmente comercial, sem autorização e em desacordo com determinação legal. Ao realizar manobras arriscadas em trânsito, o jovem chamou a atenção de uma guarnição militar e ensejou a própria abordagem. A bordo do automóvel, sua namorada, um sobrinho bebê e um primo. No banco traseiro, mais de 1 quilo e meio de maconha e a surpreendente quantidade de pedras (incluindo escória), com mais de 8 quilos de cocaína (auto de apreensão incluso). Em sua oitiva, refutando a versão dos agentes, negou qualquer relação com o material ilícito apresentado e garantiu que não transportava droga alguma no automóvel, sugerindo ardil policial para prejudicá-lo, notadamente após anterior e recente prisão (em janeiro de 2024), sob idêntica prática ilícita. As investigações, todavia, avançaram e seguiram exitosas (RIC incluso), confirmando-se vestígios de drogas em busca posterior veicular (laudo incluso). Mas não é só. O acusado aparece como gerente de facção criminosa com ampla ramificação local”.

Os policiais militares que efetivaram a prisão do réu, ao serem ouvidos em Delegacia, relataram que o réu dirigia o veículo Chevrolet Prisma, placa policial PKY3B91, e fazia manobras radicais no veículo, o que os levou a fazerem a abordagem e a encontrarem as drogas ilícitas.

Segundo os agentes, após a busca pessoal e veicular, o réu, impressionantemente, informou que havia mais entorpecentes em uma casa, tendo a polícia se dirigido ao endereço fornecido, onde houve troca de tiros e foi encontrada uma quantidade expressiva de substâncias ilícitas.

Interessante colacionar os depoimentos dos policiais militares:

SOLDADO DINIZ:

“hado do SD/PM CELIOMAR, em ronda, quando avistaram um veículo marca/modelo Prisma, placa policial PKY3B9, realizando direção perigosa em via pública; que foi realizado o acompanhamento e localizado o veículo e nele encontrado o condutor, a pessoa identificada como BRUCE WILLIAM COSTA DOS SANTOS e ao realizar a busca pessoal e vistoria no veículo, foi encontrado no seu interior certa quantidade de substância entorpecente e aparelhos celulares; que a pessoa de BRUCE informou a guarnição que numa residência ainda tinham mais substâncias entorpecentes; que a guarnição se deslocou para o endereço informado pelo conduzido e ao chegar no local, avistaram certa quantidade de indivíduos e aqueles ao perceberem a presença da guarnição, alguns empreenderam fuga e outros adentraram uma residência; que alguns dos indivíduos fugiram pulando uma janela do imóvel, ficando somente um indivíduo o qual passou a efetuar disparos de arma de fogo; que houve o revide a injusta agressão; que após cessarem os disparos, foi encontrado na área externa do imóvel um indivíduo caído ao solo e com ele foi encontrada uma arma de fogo tipo revólver; que como o indivíduo identificado posteriormente como MIKE DOUGLAS NASCIMENTO SILVA, apresentava sinais vitais, o mesmo foi encaminhado para o Hospital Geral de Camaçari onde passou por atendimento médico, sendo constatado o óbito pelo Dr. Dr. Ramon de Assis, CRM 30109; que em seguida o indivíduo BRUCE WILLIAM COSTA DOS SANTOS foi apresentado na 18ª DT, juntamente com os objetos apreendidos e em seguida, o mesmo foi conduzido até esta Unidade Policial para adoção das medidas cabíveis; que foi solicitado o apoio de outra guarnição para realizar a varredura na residência, sendo encontrada outras substâncias entorpecentes; que o veículo foi exibido na 18ª DT, onde ficou apreendido”.

TENENTE NOGUEIRA:

“Relata o condutor que durante a ronda avistou um veículo marca/modelo Prisma, placa PKY3B91 realizando manobras perigosas em via pública; que foi realizado o acompanhamento e localizado o citado veículo na Rua Radial A e nele estava o conduzido, a pessoa identificada como BRUCE WILLIAM COSTA DOS SANTOS; que foi realizada a revista pessoal e vistoria no interior do veículo, sendo encontrado no banco de trás, certa quantidade de substâncias entorpecentes, tipo: maconha, cocaína e crack em tabletes e porções, além de telefones celulares e a pessoa de BRUCE informou ter mais droga em uma residência, localizada na Rua Delmiro Gouveia, bairro Alto da Cruz, cidade de Camaçari; que a guarnição se deslocou de imediato até o endereço e ao

chegar no local, avistaram alguns indivíduos que empreenderam fuga, sendo que por volta de três indivíduos adentraram o imóvel e outros evadiram pela janela, ficando um indivíduo para conter a guarnição, que este indivíduo atirou várias vezes, havendo o revido a injusta agressão e ao cessar os disparos, foi encontrado ao solo, na área externa do imóvel o indivíduo com uma arma de fogo tipo revólver, marca Rossi, numeração suprimida, calibre 38, com quatro munições deflagradas e uma intacta, do mesmo calibre; que o indivíduo foi identificado como MIKE DOUGLAS NASCIMENTO SILVA, o qual apresentava sinais vitais, sendo encaminhado para atendimento médico no Hospital Geral de Camaçari, onde foi atendido pelo médico Dr. Ramon de Assis, CRM 30109 e o mesmo confirmou o óbito; que as outras guarnições que deram apoio a situação, fizeram a busca no imóvel, encontrando certa quantidade de substância entorpecente e um aparelho celular; que em seguida, o indivíduo e os objetos apreendidos foram apresentados na 18ª Delegacia Territorial, onde foi registrado o boletim de ocorrência em posteriormente a pessoa de BRUCE WILLIAM COSTA DOS SANTOS, foi conduzido a esta Unidade Policial para adoção das medidas cabíveis; que vale salientar que o veículo apreendido ficou no pátio da 18ª Delegacia Territorial”.

SOLDADO CELIOMAR:

“Que estava compondo a guarnição, tendo como condutor o TEN/PM NOGUEIRA se deslocando para 59ª CIPM, quando avistaram um veículo realizando manobras perigosas em via pública; que o veículo foi identificado como um Prisma, placa policial PKY 3B91; que a guarnição realizou o acompanhamento, localizando o citado veículo na Rua Radial A e nele estava o condutor, a pessoa identificada como BRUCE WILLIAM COSTA DOS SANTOS; que ao realizar a busca pessoal e vistoria interna no carro, foi encontrado no banco de trás certa quantidade de substância entorpecente, além de telefones celulares; que a pessoa de BRUCE informou ter mais drogas numa residência, localizada na Rua Delmiro Gouveia, bairro Alto da Cruz, na cidade de Camaçari; que a guarnição fez o deslocamento até o supracitado endereço e chegando no local avistou certa quantidade de indivíduos e aqueles ao perceberem a aproximação da viatura empreenderam fuga; que no local ficou um indivíduo para conter a guarnição e o mesmo passou a efetuar disparos de arma de fogo, havendo o revide a injusta agressão por parte da guarnição; que ao cessar os disparos, foi encontrado ao solo um indivíduo e em seu poder foi encontrada uma arma de fogo tipo revólver, calibre 38, marca Rossi, numeração suprimida, 04 (quatro) munições deflagradas e 01 (um) munição supostamente intacta; que como a pessoa identificada como MIKE DOUGLAS NASCIMENTO SILVA apresentava sinais vitais, a guarnição de imediato conduziu o indivíduo até o Hospital Geral de Camaçari, onde o mesmo foi atendido pelo Dr. Ramon de Assis, CRM 30109, tendo sido constatado o óbito; que foi solicitado apoio policial da viatura 4.104, a qual realizou a varredura no imóvel sendo encontrada mais substâncias entorpecentes; que diante dos fatos, após o atendimento médico, a pessoa de BRUCE WILLIAM COSTA DOS SANTOS, juntamente com os objetos apreendidos foram encaminhados até a 18ª DT onde foi registrado o boletim de ocorrência e em seguida, apresentado nesta Unidade Policial para adoção das medidas cabíveis; que o veículo Prisma, placa policial PKY3B91 foram exibidos na 18ª DT, onde ficaram apreendido”.

Diante desse contexto de uma busca veicular e domiciliar, onde supostamente foram encontradas drogas nos dois lugares, fora lavrado o auto de exibição e apreensão nº 14105/2024, no qual foram descritos os supostos materiais e objetos apreendidos com o réu:

“-Pulseira, Descrição: um pulseira em metal amarel, Fabricação: Sem informação.

- Motores Diversos, Descrição: certa quantidade de sacos plásticos vazios, Fabricação: Sem informação.

- Celulares, Descrição: 01 IPHONE CINZA, Marca: IPHONE, Cor: CINZA, Fabricação: Sem informação.

- Cocaína, Descrição: 01 TABLETE DE COCAINA EM ENVELOPE PRETO, Tipo Embalagem: Pacote, Cor: PRETA. Quantidade: 0 Quilograma

- Cocaína, Descrição: 02 TABLETES DE COCAINA, Tipo Embalagem: Pacote, Cor: BRANCA. Quantidade: 0 Quilograma

- Cocaína, Descrição: 04 PORÇÕES DE COCAÍNA, Tipo Embalagem: Outro SACO PLÁSTICO, Cor: BRANCA.

- Cocaína, Descrição: 1/2 TABLET DE COCAINA EM EMBALAGEM PRETA, Tipo Embalagem: Pacote, Cor: PRETA. Quantidade: 1

- Revólver, Descrição: CALIBRE .38 MARCA ROSSI COR PRETA, Número de identificação: SUPRIMIDO, Calibre: .38, Uso: Permitido, Quantidade de Tiros: 5, Quantidade de Canos: 1, Acabamento: PRETO, Fabricação: Nacional, Marca: ROSSI, Arma de Fogo Artesanal?: Não. Quantidade: 0 Quilograma

- Maconha/TETRAHIDROCANABINOL, Descrição: 01 TABLETE DE MACONHA PRENSADA, Tipo Embalagem: Pacote.

- Munição, Descrição: CALIBRE .38, Fabricação: Sem informação, Calibre: .38, Uso: Permitido, Situação Disparo: Intacta. - Celulares, Descrição: 01 CELULAR MOTOROLA COR VERDE, Marca: MOTOROLA, Cor: VERDE, Fabricação: Sem informação.

- Plástico Filme, Fabricação: Sem informação. - REAL Brasil, Descrição: R\$ 66.00, Valor Total: 66,00. Quantidade: 0 Quilograma

- Maconha/TETRAHIDROCANABINOL, Descrição: 03 porções de maconha, Tipo Embalagem: Pacote.

- Estojo, Descrição: 04 ESTOJOS CALIBRE .38, Marca: ROSSI, Fabricação: Nacional, Acabamento: PRETO, Calibre: .38, Uso: Permitido, Situação Disparo: Deflagrada
- Celulares, Descrição: 02 IPHONES BRANCOS, Marca: APPLE, Modelo: IPHONE, Cor: BRANCA, Fabricação: Estrangeira.
- Crack, Descrição: 02 PEDAÇOS DE CRACK, Tipo Embalagem: Pacote. Quantidade: 0 Quilograma
- Maconha/TETRAHIDROCANABINOL, Descrição: 01 TABLETE DE MACONHA PRENSADA, Tipo Embalagem: Pacote, Cor: ESVERDEADA.
- Outras Drogas, Descrição: 01 TABLETE DE SUBSTANCIA ANALOGA AO CRACK. Quantidade: 0 Quilograma - Crack, Descrição: 01 TABLETE DE CRACK, Tipo Embalagem: Pacote, Cor: AMARELADO.
- Balança de Precisão, Descrição: 01 BALANÇA, Fabricação: Sem informação.
- Cocaína, Descrição: 04 PORÇÕES DE COCAÍNA, Tipo Embalagem: Pacote.
- Cocaína, Descrição: 02 PEDAÇOS DE COCAINA. Quantidade: 1
- Balança de Precisão, Descrição: 01 BALANÇA DE PRECISÃO DE MARCA ECOS, Fabricação: Sem informação.
- Anel, Descrição: ANEL DOURADO, Fabricação: Sem informação.
- Cocaína, Descrição: 01 TABLETE DE COCAINA EM EMBALAGEM VERDE, Tipo Embalagem: Pacote, Cor: VERDE. Quantidade: 0 Quilograma
- Crack, Descrição: 01 PORÇÃO DE CRACK, Tipo Embalagem: Outro - null, Cor: BRANCA. Quantidade: 0 Quilograma
- Cocaína, Descrição: certa quantidade de cocaína armazenada em saquinhos plásticos, Tipo Embalagem: Pacote, Cor: BRANCA.
- Cocaína, Descrição: 1/2 TABLETE DE COCAINA EM EMBALAGEM PRETA, Tipo Embalagem: Pacote, Cor: PRETA.
- Colar (Cordão/Corrente), Descrição: 02 CORRENTES EM METAL AMARELO, Fabricação: Sem informação.

- Pulseira, Descrição: 01 PULSEIRA DE COURO, Fabricação: Sem informação.

- Relógio de Pulso, Descrição: 01 RELOGIO DOURADO, Fabricação: Sem informação”.

2.1 – QUEBRA DA CADEIA DE CUSTÓDIA

O primeiro ponto trazido no presente recurso é a quebra da cadeia de custódia, uma vez que não fora observada a regra processual penal quando da lavratura do auto de exibição e apreensão.

Analisando os autos, observa-se que, não obstante a especificação dos objetos e materiais apreendidos, o auto de exibição e apreensão não procedeu à devida indicação e individualização do que foi recolhido no interior do veículo e do que foi encontrado na residência.

Se todos esses materiais estivessem, unicamente, na posse do réu, talvez fosse irrelevante a forma como houve a especificação. Todavia, conforme será abaixo examinado, ao que tudo indica, o acusado só tem relação com a droga supostamente apreendida no automóvel, não tendo qualquer ligação com os objetos e entorpecentes encontrados na residência.

Desta feita, seria essencial fazer uma criteriosa divisão entre o que foi encontrado em cada um dos lugares.

É nesse cenário que merece discussão a cadeia de custódia.

Pois bem.

Assim como ocorre no direito penal, a tipicidade também faz parte da seara processual penal. Enquanto naquele a tipicidade se mostra por meio da subsunção do fato à norma, neste ela se dá pela observância das normas que regem o procedimento processual, seja antes ou depois da instrução, isso porque em que pese um olhar superficial do título de “Código de Processo Penal” remeta à ideia errônea de que naquele diploma legal estão codificadas tão somente matérias atinentes à fase instrutória, a verdade é que o processo penal inicia-se antes do oferecimento da inicial acusatória.

Com efeito, não é com o oferecimento da denúncia ou queixa que se dá o start para o processo penal. Com a oferta da peça ovo, o que ocorre é o início da instrução processual, sob o crivo do contraditório, com vistas a se perquirir se existem provas hábeis da autoria e materialidade delitiva pois, do contrário, absolver-se-á o acusado.

De fato, antes mesmo de tratar acerca da natureza da ação penal, o Diploma Processual Penal trata de assuntos pertinentes à fase pré-instrutória, citando-se por amostragem as disposições concernentes ao juiz das garantias e ao inquérito policial.

Ademais, a produção probatória, via de regra, tem início antes de instaurada a ação penal, posto que é necessária a presença de justa causa para o oferecimento da inicial acusatória, tratando-se da presença de um suporte probatório mínimo apto a embasar o exercício da ação penal. Não estando presente a justa causa, não há o oferecimento da denúncia ou queixa ou, sendo estas oferecidas e constatando o Magistrado que as provas apresentadas não se mostram aptas a amparar a persecução penal, rejeitá-las-á, porquanto o próprio início da instrução sem o mínimo probatório exigido culminaria em uma ilegalidade manifesta.

Nesse sentido, cite-se a doutrina de Alexandre Morais da Rosa⁸: “(...) *Aparentemente o jogo somente começa com a denúncia. Todavia, reside justamente na atuação do órgão investigador, na maioria das vezes, o ponto de virada das expectativas de comportamento. Desde as relações que se estabelece com os agentes da força pública, a vítima e o investigado, bem assim com o advogado. A atitude ativa ou passiva pode ser determinante na apuração das provas necessárias à verificação*

da conduta imputada. Portanto, joga-se muito na fase do pré-jogo. As Garantias Constitucionais e Convencionais devem incidir na investigação preliminar. (...) No contexto brasileiro, de mentalidade autoritária, parte-se da legitimidade dos atos administrativos tendentes à apuração de infrações penais, contaminando as fases posteriores. Entretanto, deveria acontecer justamente o inverso. A legitimidade da intervenção da vida, propriedade e liberdade dos sujeitos deve ser comprovada – pelo Estado – e no decorrer do processo. (...) Não é o acusado quem deve comprovar que seus direitos e garantias não foram efetivados, mas o Estado promover meios (gravação, testemunhas, etc.) capazes de demonstrar o procedimento correto. Esse giro de compreensão, da pressuposta legitimidade dos atos, para a presunção de ilicitude é um passo para a efetivação do devido processo substancial. (...) a finalidade do inquérito policial é de produzir material probatório e informativo capaz de colher todos os pontos de vistas possíveis, a partir das regras democráticas, para o fim de justificar ou não a autoria, materialidade e culpabilidade, diante dos efeitos nefastos do processo de criminalização. (...) A função da investigação preliminar é a de produzir as provas irrepetíveis decorrentes da ação do Estado Policial, juntamente com as declarações preliminares, tanto de testemunhas, como informantes e o interrogatório do indiciado. Com base nesses elementos o jogador-acusador poderá exercer a ação penal ou promover o arquivamento. Esses elementos, embora produzidos unilateralmente, servem à análise da justa causa da ação penal. (...).”

Nesse contexto de instrução probatória é que exsurge a ideia da importância da preservação da cadeia de custódia.

A relevância da incolumidade da cadeia de custódia das provas produzidas no processo penal ganhou enfoque global quando do julgamento do ex-jogador de futebol americano OJ. Simpson, ocorrido em 3/10/1995 e transmitido ao vivo pela televisão norte-americana, ficando ali conhecido como “Julgamento do Século”. Na ocasião, OJ. Simpson estava indo a Júri sob a acusação de ter praticado os crimes de homicídio que vitimaram sua ex-mulher, Nicole Brown Simpson, e seu amigo, Ronald Goldman. Quando do julgamento, alegou sua inocência e trouxe como uma de suas teses defensivas a contaminação das provas que compunham o acervo processual, de forma que, conforme destaca Michelle Moreira Machado⁹, “*mesmo diante de provas que demonstravam o envolvimento do jogador em um duplo homicídio, a defesa conseguiu a absolvição devido à preservação do local inadequada, aos procedimentos de coleta de vestígios em que ficaram evidentes falhas na cadeia de custódia.*”

Aponta a autora que, após o supracitado caso judicial, “[o] Departamento Nacional de Justiça dos Estados Unidos elaborou um guia denominado ‘Crime Scene Investigation’ destinado a todos os profissionais que atuam na cena do crime, desde o isolamento e a preservação do local até a análise científica dos vestígios. O guia compreende os procedimentos a serem adotados pelos profissionais em suas áreas de atuação. (...)”¹⁰

No Brasil, apesar de há algum tempo ser alvo de debate na doutrina e na jurisprudência, a cadeia de custódia foi introduzida na legislação pátria por meio da Lei nº 13.964/2019, conhecida como “Pacote Anticrime”, e encontra previsão nos artigos 158-A e seguintes do CPP, sendo definida pelo legislador pátrio como sendo o conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e

9 MACHADO, Michelle Moreira. Importância da cadeia de custódia para prova pericial. In: REVISTA CRIMINALÍSTICA E MEDICINA LEGAL V.1 | N.2 | 2017 | P. 8 - 12 | ISSN 2526-0596. Disponível em: <https://revistacml.com.br/wp-content/uploads/2018/04/RCML-2-01.pdf> Acesso em: 14/06/2024.

10 MACHADO, Michelle Moreira. Importância da cadeia de custódia para prova pericial. In: REVISTA CRIMINALÍSTICA E MEDICINA LEGAL V.1 | N.2 | 2017 | P. 8 - 12 | ISSN 2526-0596. Disponível em: <https://revistacml.com.br/wp-content/uploads/2018/04/RCML-2-01.pdf> Acesso em: 14/06/2024.

documentar a história cronológica do vestígio coletado em locais ou em vítimas de crimes, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte (art. 158-A, caput, CPP¹¹). Geraldo Prado¹² conceitua a cadeia de custódia como sendo o “método por meio do qual se pretende preservar a integridade do elemento probatório e assegurar sua autenticidade em contexto de investigação e processo”; Badaró¹³, por seu turno, enfatiza que ela “deve ser entendida como a sucessão encadeada de pessoas que tiveram contato com a fonte de prova real, desde que foi colhida, até que seja apresentada em juízo.”

Pacelli¹⁴ leciona que “[a] definição do conceito e dos parâmetros da denominada cadeia de custódia das provas foi introduzida pela Lei nº 13.964/19. Para além da conceituação jurídica agora incorporada ao ordenamento, a doutrina e a jurisprudência há muito tratavam do que se denomina cadeia de custódia, que nada mais é do que a preservação e registro do caminho da prova, desde sua coleta até a apreciação pelo Poder Judiciário. A finalidade precípua é garantir a lisura e validade das provas que serão valoradas pelo julgador, maximizando-se o devido processo legal, sob duplo vetor: a) tanto sob a ótica da necessária apuração dos fatos na sua maior inteireza; b) como também para permitir o exercício da ampla defesa e do contraditório a partir de provas e indícios que sejam considerados como válidos à luz do ordenamento jurídico. (...).”

Tecendo comentários acerca da cadeia de custódia da prova, Aury Lopes Jr.¹⁵ destaca que ela “(...) nos remete ao conjunto de procedimentos, concatenados, como elos de uma corrente, que se destina a preservar a integridade da prova, sua legalidade e confiabilidade. Uma corrente que liga duas pontas, que vai da identificação dos vestígios até o seu descarte. A quebra equivale ao rompimento de um dos elos da corrente.”

Para Avena¹⁶, “[t]rata-se do caminho percorrido pela prova desde o conhecimento da prática de uma infração pelas autoridades encarregadas da persecução criminal até o momento em que, constatada a ocorrência de vestígios e realizados os exames necessários, for produzido o laudo pericial e descartado o material que serviu de base para a perícia.”

Renato Brasileiro¹⁷ disserta que a cadeia de custódia “(...) consiste, em termos gerais, em um mecanismo garantidor da autenticidade das evidências coletadas e examinadas, assegurando que correspondem ao caso investigado, sem que haja lugar para qualquer tipo de adulteração. Funciona, pois, como a documentação formal de um procedimento destinado a manter e documentar a história cronológica de uma evidência, evitando-se, assim, eventuais interferências internas e externas capazes de colocar em dúvida o resultado da atividade probatória, assegurando, assim, o rastreamento da evidência desde o local do crime até o Tribunal. Fundamenta-se no chamado princípio da “autenticidade da prova”, um princípio básico pelo qual se entende que determinado vestígio relacionado à infração penal, encontrado, por exemplo, no local do crime, é o mesmo que o magistrado está usando para formar seu convencimento. Daí o porquê de tamanho cuidado na formação e preservação dos elementos probatórios no âmbito processual penal. (...).”

Vê-se, assim, que a cadeia de custódia foi concebida como uma forma de se garantir a lisura da produção probatória, assegurando que todas as etapas sejam respeitadas e cumpridas nos exatos

11 Art. 158-A. Considera-se cadeia de custódia o conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio coletado em locais ou em vítimas de crimes, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte.

12 PRADO, Geraldo. A cadeia de custódia da prova no processo penal. 2. ed. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2021.

13 *Apud*: SIDI, Ricardo; LOPES, Anderson B. A cadeia de custódia e sua relevância para a prova penal. Temas atuais da investigação preliminar no processo penal. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

14 PACELLI, Eugênio Curso de processo penal. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

15 LOPES JR., Aury Direito Processual Penal. 19. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

16 AVENA, Norberto Processo penal. 15. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023.

17 LIMA, Renato Brasileiro de. Pacote anticrime: comentários à Lei 13.964/2019 artigo por artigo. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

ditames da norma legal, com vistas a formar um conjunto probatório lícito, obtido sob a luz das previsões constitucional e infraconstitucional, assegurando-se, deste modo, a autenticidade ou autenticação da prova, em observância ao que a doutrina denomina de princípio da mesmidade, conforme dita Geraldo Prado¹⁸: *“a cadeia de custódia fundamenta-se no princípio universal de ‘autenticidade da prova’, definido como ‘lei da mesmidade’, isto é, o princípio pelo qual se determina que ‘o mesmo’ que se encontrou na cena [do crime] é ‘o mesmo’ que se está utilizando para tomar a decisão judicial.”*

Respeitando-se a cadeia de custódia durante a instrução probatória, há a presunção (*juris tantum*, claro) de que a prova que consta do mundo formado pelos autos, são oriundas daquele fato investigado (cena do crime, objeto ou corpo periciado, material coletado etc.), de forma que se cria uma segurança jurídica na relação entre os sujeitos que compõem aquele processo quanto à coleta da(s) prova(s), materializando-se, assim, o princípio da autenticidade da prova, que ganha grande relevância na seara do direito penal (material e processual), porquanto lida com um dos bens mais valiosos do ser humano: a sua liberdade.

Na mesma linha são os ensinamentos de Renato Brasileiro¹⁹, *exempli gratia*: *“(...) Em um sistema processual penal regido pela presunção de inocência e pelo devido processo legal, e inspirado em uma matriz processual consentânea com o modelo acusatório, estrutura básica para a realização de um processo equitativo, há se de tutelar com muito cuidado a atividade probatória, assegurando-se à defesa não apenas o conhecimento da acusação, mas também à ciência dos meios e fontes de prova existentes. (...) A cadeia de custódia visa assegurar a idoneidade dos objetos e bens apreendidos, de modo a evitar qualquer tipo de dúvida quanto a sua origem e caminho percorrido durante a investigação criminal e o subsequente processo criminal.(...)”*

Segundo o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, *“[o] instituto da quebra da cadeia de custódia diz respeito à idoneidade do caminho que deve ser percorrido pela prova até sua análise pelo magistrado, sendo certo que qualquer interferência durante o trâmite processual pode resultar na sua imprestabilidade. Tem como objetivo garantir a todos os acusados o devido processo legal e os recursos a ele inerentes, como a ampla defesa, o contraditório e principalmente o direito à prova lícita.”*²⁰

Do cenário até aqui descrito, percebe-se que o desenrolar dos atos processuais para a obtenção da prova (praticados tanto na fase inquisitória quanto na instrutória) não se dá de forma aleatória. Contrariamente a isso, segue ritos preestabelecidos e a sua observância é uma forma de materialização do princípio da segurança jurídica, porquanto *“[a] regulamentação das formas processuais, longe de representar um mal, constitui para as partes a garantia de uma efetiva participação na série de atos necessários à formação do convencimento judicial e, para o próprio juiz, instrumento útil para alcançar a verdade sobre os fatos que deve decidir.”*²¹

O legislador ordinário, por meio do art. 158-A ao art. 158-F, detalhou de forma proficiente a forma como se deve dar a preservação da cadeia de custódia.

Eis o teor dos artigos:

Art. 158-A. Considera-se cadeia de custódia o conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio coletado em locais ou em vítimas de crimes, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte.

18 PRADO, Geraldo. A cadeia de custódia da prova no processo penal. 2. ed. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2021.

19 LIMA, Renato Brasileiro de. Pacote anticrime: comentários à Lei 13.964/2019 artigo por artigo. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

20 STJ - AgRg no HC: 752444 SC 2022/0197646-2, Data de Julgamento: 04/10/2022, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 10/10/2022

21 GRINOVER, Ada Pellegrini. As nulidades no processo penal. 6. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

§ 1º O início da cadeia de custódia dá-se com a preservação do local de crime ou com procedimentos policiais ou periciais nos quais seja detectada a existência de vestígio.

§ 2º O agente público que reconhecer um elemento como de potencial interesse para a produção da prova pericial fica responsável por sua preservação.

§ 3º Vestígio é todo objeto ou material bruto, visível ou latente, constatado ou recolhido, que se relaciona à infração penal.

Art. 158-B. A cadeia de custódia compreende o rastreamento do vestígio nas seguintes etapas:

I - reconhecimento: ato de distinguir um elemento como de potencial interesse para a produção da prova pericial;

II - isolamento: ato de evitar que se altere o estado das coisas, devendo isolar e preservar o ambiente imediato, mediato e relacionado aos vestígios e local de crime;

III - fixação: descrição detalhada do vestígio conforme se encontra no local de crime ou no corpo de delito, e a sua posição na área de exames, podendo ser ilustrada por fotografias, filmagens ou croqui, sendo indispensável a sua descrição no laudo pericial produzido pelo perito responsável pelo atendimento;

IV - coleta: ato de recolher o vestígio que será submetido à análise pericial, respeitando suas características e natureza;

V - acondicionamento: procedimento por meio do qual cada vestígio coletado é embalado de forma individualizada, de acordo com suas características físicas, químicas e biológicas, para posterior análise, com anotação da data, hora e nome de quem realizou a coleta e o acondicionamento;

VI - transporte: ato de transferir o vestígio de um local para o outro, utilizando as condições adequadas (embalagens, veículos, temperatura, entre outras), de modo a garantir a manutenção de suas características originais, bem como o controle de sua posse;

VII - recebimento: ato formal de transferência da posse do vestígio, que deve ser documentado com, no mínimo, informações referentes ao número de procedimento e unidade de polícia judiciária relacionada, local de origem, nome de quem transportou o vestígio, código de rastreamento, natureza do exame, tipo do vestígio, protocolo, assinatura e identificação de quem o recebeu;

VIII - processamento: exame pericial em si, manipulação do vestígio de acordo com a metodologia adequada às suas características biológicas, físicas e químicas, a fim de se obter o resultado desejado, que deverá ser formalizado em laudo produzido por perito;

IX - armazenamento: procedimento referente à guarda, em condições adequadas, do material a ser processado, guardado para realização de contraperícia, descartado ou transportado, com vinculação ao número do laudo correspondente;

X - descarte: procedimento referente à liberação do vestígio, respeitando a legislação vigente e, quando pertinente, mediante autorização judicial.

Art. 158-C. A coleta dos vestígios deverá ser realizada preferencialmente por perito oficial, que dará o encaminhamento necessário para a central de custódia, mesmo quando for necessária a realização de exames complementares.

§ 1º Todos vestígios coletados no decurso do inquérito ou processo devem ser tratados como descrito nesta Lei, ficando órgão central de perícia oficial de natureza criminal responsável por detalhar a forma do seu cumprimento.

§ 2º É proibida a entrada em locais isolados bem como a remoção de quaisquer vestígios de locais de crime antes da liberação por parte do perito responsável, sendo tipificada como fraude processual a sua realização.

Art. 158-D. O recipiente para acondicionamento do vestígio será determinado pela natureza do material.

§ 1º Todos os recipientes deverão ser selados com lacres, com numeração individualizada, de forma a garantir a inviolabilidade e a idoneidade do vestígio durante o transporte.

§ 2º O recipiente deverá individualizar o vestígio, preservar suas características, impedir contaminação e vazamento, ter grau de resistência adequado e espaço para registro de informações sobre seu conteúdo.

§ 3º O recipiente só poderá ser aberto pelo perito que vai proceder à análise e, motivadamente, por pessoa autorizada.

§ 4º Após cada rompimento de lacre, deve se fazer constar na ficha de acompanhamento de vestígio o nome e a matrícula do responsável, a data, o local, a finalidade, bem como as informações referentes ao novo lacre utilizado.

§ 5º O lacre rompido deverá ser acondicionado no interior do novo recipiente.

Art. 158-E. Todos os Institutos de Criminalística deverão ter uma central de custódia destinada à guarda e controle dos vestígios, e sua gestão deve ser vinculada diretamente ao órgão central de perícia oficial de natureza criminal.

§ 1º Toda central de custódia deve possuir os serviços de protocolo, com local para conferência, recepção, devolução de materiais e documentos, possibilitando a seleção, a classificação e a distribuição de materiais, devendo ser um espaço seguro e apresentar condições ambientais que não interfiram nas características do vestígio.

§ 2º Na central de custódia, a entrada e a saída de vestígio deverão ser protocoladas, consignando-se informações sobre a ocorrência no inquérito que a eles se relacionam.

§ 3º Todas as pessoas que tiverem acesso ao vestígio armazenado deverão ser identificadas e deverão ser registradas a data e a hora do acesso.

§ 4º Por ocasião da tramitação do vestígio armazenado, todas as ações deverão ser registradas, consignando-se a identificação do responsável pela tramitação, a destinação, a data e horário da ação.

Art. 158-F. Após a realização da perícia, o material deverá ser devolvido à central de custódia, devendo nela permanecer.

Parágrafo único. Caso a central de custódia não possua espaço ou condições de armazenar determinado material, deverá a autoridade policial ou judiciária determinar as condições de depósito do referido material em local diverso, mediante requerimento do diretor do órgão central de perícia oficial de natureza criminal.

In casu, surge dúvida acerca da idoneidade da Cadeia de Custódia, uma vez que não se sabe ao certo o que foi apreendido com o réu.

Embora, no momento da prisão, tenha sido lavrado o auto de exibição e apreensão, com a indicação das drogas apreendidas, não houve uma individualização do que foi encontrado no carro que o acusado dirigia e na casa para onde os policiais seguiram após a prisão do réu.

A falha nesse procedimento gera, por si só, um risco substancial de prejuízo à confiabilidade da prova, o que se traduz na ilicitude da mesma.

Quando concluído o inquérito policial e iniciada a instrução processual, dois policiais militares que empreenderam a prisão do acusado foram ouvidos, tendo um se restringido a afirmar que nada lembrava sobre o caso, enquanto o outro, Celiomar Alexandre da Silva Santos, relatou que não sabe precisar qual droga e quantidade foi apreendida no carro e que o entorpecente encontrado na casa não tem vínculo com o réu.

Segundo o policial, a conduta do acusado atém-se, apenas, ao que aconteceu na Avenida Radial A, que é onde o réu estava com o carro e onde ocorreu a revista veicular. A situação da casa envolve outras pessoas, que não o acusado. Veja-se:

“Que lembra parcialmente das informações sobre essa prisão; estava em patrulhamento de rotina e observou um veículo fazendo manobras perigosas e decidiram fazer a abordagem do veículo; encontraram drogas dentro do veículo na parte de trás; acha que o horário da abordagem foi pela noite; ele trazia outras pessoas dentro do veículo, uma mulher, uma criança e outro rapaz; a única razão da abordagem foram as manobras; não havia indício ou suspeita de que ele trazia algum material; a abordagem só foi por conta das manobras mesmo; participou diretamente da busca veicular; acha que o material estava na parte de trás do assoalho, mas não sabe precisar; não lembra como o material estava acondicionado; não lembra do material em si, só lembra que era droga; não lembra quantidade nem o tipo de droga; não lembra se o réu declarou algo; na revista pessoal nele e no outro adulto não foi encontrado nenhum material; só foi encontrado dentro do veículo; não recorda se o réu apresentou alguma documentação do automóvel ou de habilitação; não conhecia o réu antes da abordagem; ao chegar na delegacia de polícia, não trocou nenhuma informação com os policiais civis acerca do envolvimento dele; para salvaguardar a mulher e a criança e não deixá-los no local, mantiveram eles sob a custódia; colocaram eles na viatura e em outra viatura foi colocado o outro rapaz; após terminar a diligência, a senhora e a criança foram deixados em sua residência; o outro rapaz também foi deixado em sua residência; não se recorda se o outro rapaz era adulto; não se recorda se o imputado admitiu a responsabilidade integral acerca do material encontrado no veículo; acha que só o réu foi conduzido por conta do veículo estar sendo dirigido por ele; não sabe dizer se o material era uma única droga; ele mesmo que realizou a abordagem veicular; na hora da revista, eles afastaram a mulher e a criança e realizaram a abordagem nos dois rapazes; não sabe precisar de quem o material que foi apreendido estava próximo, só sabe que estava no fundo do veículo; aquela droga toda não foi encontrada só no carro; a diligência se prolongou; a droga também foi encontrada em uma casa com outras pessoas; em nenhum processo o réu esteve nessa residência; a todo momento o réu ficou na viatura custodiado; antes dessa diligência acontecer, não tem conhecimento se o réu foi nessa residência; a situação do réu é o que aconteceu na Avenida Radial A; o que foi encontrado na residência não tem relação com o que foi apreendido com ele; foi encontrado na residência com outras pessoas; não tem conhecimento se a residência era dele”.

Ora, se o réu não possui relação com as drogas encontradas na casa, por qual razão elas foram descritas no auto de exibição e apreensão do acusado, mormente sem que fossem especificadas a espécie e quantidade encontradas em cada um dos lugares?

Levando em consideração que as provas apontam que as drogas encontradas na residência não eram do acusado, difícil conceber que não há nulidade na colheita das provas.

Era de extrema importância e imprescindibilidade que constassem no auto de exibição e apreensão somente as drogas encontradas no carro ou, pelo menos, que houvesse uma especificação para que pudesse individualizar e quantificar o que estava na posse do acusado.

Fazendo analogia à situação cotidiana com vistas a explicitar a importância da cadeia de custódia, Moraes da Rosa²² explica: *“Como demonstrar que o elemento probatório apresentado aos autos é o mesmo apreendido por ocasião da ação policial na cena do crime ou mesmo em decorrência de interceptação telefônica, de dados, etc.? (...) Todos nós já fomos fazer exame de sangue em laboratórios e o cuidado com a identificação da titularidade do material coletado, os cuidados metodológicos com o manuseio, buscam garantir a cadeia de custódia, evitando-se, com isso, erros de resultados. O percurso é importante para a demonstração do nexo entre o meio de prova obtido e os resultados buscados.”*

Prossegue o jurista, ao tratar da relevância da cadeia de custódia: *“(...) O trajeto percorrido entre a obtenção do elemento probatório, especificando as condições, a higidez, e completude do material que será usado para fins probatórios, precisa ser levado a sério. De um lado garante a legitimidade da prova de acusação e, por outro, efetiva a possibilidade de a defesa manifestar-se sobre o percurso. A fê inabalável nos agentes estatais deve ser invertida, não pela desconfiança pressuposta e sim porque se trata de comprovação de condutas, a partir da presunção de inocência. (...)”*²³

Nesse contexto, é premente a declaração de nulidade do auto de exibição e apreensão.

Esse entendimento, ressalte-se, não demonstra que o réu não praticou o crime ou que não estava com droga, mas, sim, que o auto de exibição e apreensão não serve para formar o contexto probatório, uma vez que eivado de vício.

O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do RHC 77.836, destacou: *“a cadeia de custódia tem como objetivo garantir a todos os acusados o devido processo legal e os recursos a ele inerentes, como a ampla defesa, o contraditório e, principalmente, o direito à prova lícita. O instituto abrange todo o caminho que deve ser percorrido pela prova até sua análise pelo magistrado, sendo certo que qualquer interferência durante o trâmite processual pode resultar na sua imprestabilidade”*.

A essência e a finalidade primordial da cadeia de custódia encontram-se na salvaguarda do pleno e efetivo exercício do contraditório e da ampla defesa no âmbito processual. Tal mecanismo visa assegurar, com rigor e transparência, que o vestígio originalmente coletado durante a investigação seja preservado em sua integridade e autenticidade, garantindo, assim, que seja o mesmo elemento probatório submetido à análise judicial e utilizado como fundamento na formação da decisão jurisdicional. Dessa forma, a cadeia de custódia constitui pilar essencial para a legitimidade e a confiabilidade do processo penal.

A fim de compreender a nulidade do processo em comento, interessante repisar a transcrição do art. 158-B, III, do CPP: *“A cadeia de custódia compreende o rastreamento do vestígio nas seguintes etapas: (...) III - fixação: descrição detalhada do vestígio conforme se encontra no local de crime ou no corpo de delito, e a sua posição na área de exames, podendo ser ilustrada por fotografias, filmagens ou croqui, sendo indispensável a sua descrição no laudo pericial produzido pelo perito responsável pelo atendimento”*.

22 ROSA, Alexandre Moraes da. Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos. 3. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

23 ROSA, Alexandre Moraes da. Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos. 3. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

Do dispositivo, fica claro o dever da autoridade policial de descrever o material apreendido em cada local, especificando a natureza e quantidade.

Desse modo, se as drogas apreendidas no carro e na casa foram todas misturadas e tratadas como decorrentes de um único fato, como distinguir quais, dentre elas, será compreendida como aquelas que estavam com o réu e, por conseguinte, utilizada para formar o convencimento do Magistrado.

Dessarte, deve ser declarado nulo o auto de exibição e apreensão, eis que não houve o cuidado de fazer uma separação e individualização entre as drogas encontradas no carro e as apreendidas na casa.

2.2 - DA NULIDADE. DA AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA A BUSCA PESSOAL.

Preliminarmente, alega a defesa que a busca pessoal e veicular realizada em busca de droga fora desmotivada, de modo que arbitrária, irregular e abusiva.

A busca pessoal está prevista no art. 240, § 2º, do Código de Processo Penal, *in verbis*:

Art. 240. A busca será domiciliar ou pessoal.

§ 1º Proceder-se-á à busca domiciliar, quando fundadas razões a autorizarem, para:

- a) prender criminosos;
- b) apreender coisas achadas ou obtidas por meios criminosos;
- c) apreender instrumentos de falsificação ou de contrafação e objetos falsificados ou contrafeitos;
- d) apreender armas e munições, instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fim delituoso;
- e) descobrir objetos necessários à prova de infração ou à defesa do réu;
- f) apreender cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder, quando haja suspeita de que o conhecimento do seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato;
- g) apreender pessoas vítimas de crimes;
- h) colher qualquer elemento de convicção.

§ 2º Proceder-se-á à busca pessoal quando houver fundada suspeita de que alguém oculte consigo arma proibida ou objetos mencionados nas letras b a f e letra h do parágrafo anterior.

Ainda sobre a busca pessoal, o art. 244 do diploma processual penal assim dispõe:

Art. 244. A busca pessoal independe de mandado, no caso de prisão ou quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar.

Segundo os ensinamentos de Renato Brasileiro²⁴, a busca pessoal de natureza processual penal *deve ser determinada quando houver fundada suspeita de que alguém oculte consigo coisas achadas ou obtidas por meios criminosos, instrumentos de falsificação ou de contrafação e objetos falsificados ou contrafeitos, armas e munições, instrumentos utilizados na prática de*

crime ou destinados a fim delituoso, objetos necessários à prova de infração ou à defesa do réu, apreender cartas abertas destinadas ao acusado ou em seu poder, quando haja suspeita de que o conhecimento do seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato, assim como qualquer outro elemento de convicção.

Colaciona-se a doutrina de Eugênio Pacelli²⁵: “(...) Já a busca pessoal, a nosso aviso, não depende de autorização judicial, ainda que se possa constatar, em certa medida, uma violação à intangibilidade do direito à intimidade e à privacidade, previstos no art. 5º, X, da CF. (...) Sob tais considerações, acreditamos perfeitamente possível a realização de busca pessoal sem autorização judicial, desde que, uma vez prevista em lei, existam e estejam presentes razões de natureza cautelar e, por isso, urgentes. A nosso aviso, então, a previsão do art. 244 do CPP atende às exigências para a execução da medida, porque somente possível “quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar”. (...)”

Calha à fiveleta trazer a visão crítica de Aury Lopes Jr.²⁶ sobre o tema: “Ao lado da busca e apreensão domiciliar, está a busca pessoal, ou seja, aquela que incide diretamente sob o corpo do agente. Autoriza o art. 240, § 2º, que se proceda a busca pessoal quando “houver fundada suspeita de que alguém oculte consigo arma proibida ou objetos mencionados nas letras b a f e letra h do parágrafo anterior”. Assim, a autoridade policial (militar ou civil, federal ou estadual) poderá revistar o agente quando houver “fundada suspeita”. Mas, o que é “fundada suspeita”? Uma cláusula genérica, de conteúdo vago, impreciso e indeterminado, que remete à ampla e plena subjetividade (e arbitrariedade) do policial. (...) Assim, a autoridade policial poderá proceder à revista pessoal (e nos automóveis, caminhões, ônibus etc.), a qualquer hora do dia ou da noite, sem a necessidade de mandado judicial, bastando, para tanto, que alegue a “fundada suspeita” de que alguém possa estar ocultando (quase que) qualquer coisa... Claro, em tese, há a possibilidade de o policial ser responsabilizado pelo crime de abuso de autoridade, previsto na Lei n. 13.869/2019, quando não houver “fundada suspeita”. O problema é que, ao dar-se tal abertura para o uso da autoridade, fica extremamente difícil a demonstração de que houve abuso. O que separa o uso do abuso quando há tal indefinição da lei? O problema de medidas assim, com amplo espaço para abusos, poderia ser atenuado com maior rigor no preparo técnico dos policiais e, principalmente, efetivo controle da validade dos atos por parte dos juízes e tribunais. Infelizmente nada disso ocorre e, com ampla complacência dos julgadores, os abusos são frequentes. Não raras vezes, os próprios juízes legitimam as buscas de “arrastão” e sem qualquer critério legítimo, sob o argumento de que são “meros dissabores, justificados pelos altos índices de violência urbana” (claro, até porque eles estão imunes a tais dissabores...). Outros ainda, com precários subterfúgios discursivos, recorrem à lógica de que os fins justificam a (ilegalidade) dos meios. (...)”

Conforme assentado pela Suprema Corte, a “fundada suspeita”, prevista no art. 244 do CPP, não pode fundar-se em parâmetros unicamente subjetivos, exigindo elementos concretos que indiquem a necessidade da revista, em face do constrangimento que causa. Ausência, no caso, de elementos dessa natureza, que não se pode ter por configurados na alegação de que trajava, o paciente, um “blusão” suscetível de esconder uma arma, sob risco de referendo a condutas arbitrárias ofensivas a direitos e garantias individuais e caracterizadoras de abuso de poder²⁷.

Quanto ao tema, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é assente no sentido de que “a busca pessoal, conforme o art. 244 do CPP, dispensa mandado quando há prisão ou fundada suspeita de posse de arma proibida, objetos ou papéis delituosos, ou quando determinada no curso

25 PACELLI, Eugênio. Curso de processo penal. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

26 LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 19. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

27 STF - HC: 81305 GO, Relator: ILMAR GALVÃO, Data de Julgamento: 13/11/2001, Primeira Turma, Data de Publicação: DJ 22-02-2002 PP-00035 EMENT VOL-02058-02 PP-00306 RTJ VOL-00182-01 PP-00284

de busca domiciliar. Além disso esta Corte Superior possui entendimento segundo o qual a busca veicular equipara-se à busca pessoal, desde que haja fundada suspeita de crime.”²⁸

Mutatis mutandis, citem-se os seguintes julgados nos quais a Corte Cidadã, apreciando caso cuja diligência policial se amolda à ora analisada, entendeu pela licitude da diligência realizada pelos agentes de segurança, *verbi gratia*:

PENAL E PROCESSO PENAL. TRÁFICO. JULGAMENTO MONOCRÁTICO. OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. INOCORRÊNCIA. BUSCA PESSOAL/VEICULAR. BUSCA DOMICILIAR. PRESENÇA DE JUSTA CAUSA. DENÚNCIA ANÔNIMA ESPECIFICADA. EXERCÍCIO REGULAR DA ATIVIDADE INVESTIGATIVA. JUSTA CAUSA CONFIGURADA. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ELEVADA QUANTIDADE DE ENTORPECENTES. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (...) 2. A teor do art. 244 do CPP, a busca pessoal independerá de mandado quando houver prisão ou fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida, de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou ainda quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar. A busca pessoal/veicular é legítima se amparada em fundadas razões, se devidamente justificada pelas circunstâncias do caso concreto. 3. No caso, a ação policial se baseou em informações concretas e precisas acerca da prática do crime de tráfico pelo paciente, contando inclusive com o endereço onde eram guardados os entorpecentes, a partir do que a diligência levada a termo culminou na apreensão, com o paciente, de uma porção de cocaína. No veículo, foi localizada uma conta de água e chaves, relativas ao endereço mencionado na denúncia anônima. Por sua vez, no imóvel indicado, foram encontrados 10 tijolos de maconha (8 inteiros e duas metades), 1 tijolo de cocaína e mais 03 porções da mesma droga, bem como balança, peneira, facas, assadeira e uma quantidade considerável de munições (49 quarenta e nove) de calibre 12. 4. De tal modo a denúncia anônima foi minimamente confirmada, sendo que a busca pessoal/veicular (revista) e a busca domiciliar traduziram em exercício regular da atividade investigativa promovida pela autoridade policial, o que justificou a abordagem após a confirmação das informações relatadas na denúncia apócrifa. 5. Por fim, Afastada qualquer flagrante ilegalidade, importante esclarecer a impossibilidade de se percorrer todo o acervo fático/probatório nesta via estreita do writ, como forma de desconstituir as conclusões das instâncias ordinárias, soberanas na análise dos fatos e provas, providência inviável de ser realizada dentro dos estreitos limites do habeas corpus, que não admite dilação probatória e o aprofundado exame do acervo da ação penal (HC 693.758/MT, Rel. Ministro JESUÍNO RISSATO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJDF), Quinta Turma, julgado em 7/12/2021, DJe de 15/12/2021). 6. Agravo regimental improvido.

(STJ - AgRg no HC: 831827 SP 2023/0208451-7, Relator: REYNALDO SOARES DA FONSECA, Data de Julgamento: 27/06/2023, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 30/06/2023)

PROCESSO PENAL E PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CRIMES DE TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ALEGADA NULIDADE DA PROVA. BUSCA PESSOAL. DENÚNCIA ANÔNIMA ESPECIFICADA. EXERCÍCIO REGULAR DA ATIVIDADE INVESTIGATIVA. INVASÃO DE DOMICÍLIO. INOCORRÊNCIA.

28 STJ - AgRg no AgRg nos EDcl no AgRg no HC: 791510 SP 2022/0396747-6, Relator: RIBEIRO DANTAS, Data de Julgamento: 13/06/2023, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 27/06/2023

FUNDADAS RAZÕES PARA O INGRESSO DOS POLICIAIS. ABSOLVIÇÃO. ARTIGO 35 DA LEI Nº 11.343/06. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 7/STJ. BENEFÍCIO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. IMPOSSIBILIDADE. CONDENAÇÃO POR ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. REGIME MAIS GRAVOSO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. Esta Corte Superior firmou o entendimento jurisprudencial no sentido de que: Não satisfazem a exigência legal, por si sós [para a realização de busca pessoal/veicular], meras informações de fonte não identificada (e. g. denúncias anônimas) ou intuições e impressões subjetivas, intangíveis e não demonstráveis de maneira clara e concreta, apoiadas, por exemplo, exclusivamente, no tirocínio policial. Ante a ausência de descrição concreta e precisa, pautada em elementos objetivos, a classificação subjetiva de determinada atitude ou aparência como suspeita, ou de certa reação ou expressão corporal como nervosa, não preenche o standard probatório de ‘fundada suspeita’ exigido pelo art. 244 do CPP (RHC n. 158.580/BA, Relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 19/4/2022, DJe 25/4/2022). 2. Na hipótese dos autos, verifica-se que a busca pessoal e veicular decorreu de denúncia anônima especificada, que corresponde à verificação detalhada das características descritas da acusada e do seu veículo (mulher com as características de Maine realizava a entrega de entorpecentes na cidade com um bebê no colo e utilizando um veículo Corsa de cor vinho). Desse modo, as informações anônimas foram minimamente confirmadas, sendo que a referida diligência traduziu em exercício regular da atividade investigativa promovida pela autoridade policial, o que justificou a abordagem após a confirmação das características relatadas na denúncia apócrifa. Precedentes. 3. O Supremo Tribunal Federal, apreciando o Tema n. 280 da sistemática da repercussão geral, à oportunidade do julgamento do RE n. 603.616/RO, decidiu que, para a adoção da medida de busca e apreensão sem mandado judicial, faz-se necessária a presença da caracterização de justa causa, consubstanciada em razões as quais indiquem a situação de flagrante delito. 4. O ingresso regular em domicílio alheio depende, para sua validade e regularidade, da existência de fundadas razões (justa causa) que sinalizem para a possibilidade de mitigação do direito fundamental em questão. É dizer, somente quando o contexto fático anterior à invasão permitir a conclusão acerca da ocorrência de crime no interior da residência, é que se mostra possível sacrificar o direito à inviolabilidade do domicílio. 5. No presente caso, os policiais ingressaram no imóvel logo após darem voz de prisão em flagrante à acusada Maine, surpreendida pouco depois de sair da residência com expressiva quantidade de drogas, o que leva a crer que os agentes da lei apenas deram sequência e complementaram as diligências iniciadas na frente do imóvel, o que justificou a busca domiciliar. Assim, afastar os fundamentos utilizados pelo Tribunal de Justiça, para decidir pela ilegalidade da prova, como requer a defesa, importa revolvimento de matéria fático-probatória, vedado em recurso especial, segundo óbice da Súmula 7/STJ. (...) 11. Agravo regimental não provido.

(STJ - AgRg no AREsp: 2507410 SP 2023/0407643-0, Relator: Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Data de Julgamento: 27/02/2024, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/03/2024)

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE. BUSCA PESSOAL E VEICULAR. INOCORRÊNCIA. FUNDADA SUSPEITA DEMONSTRADA. DENÚNCIA ANÔNIMA ESPECIFICADA. PRISÃO PREVENTIVA. SEGREGAÇÃO DEVIDAMENTE JUSTIFICADA PARA A

GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. GRAVIDADE CONCRETA DOS FATOS. QUANTIDADE DE SUBSTÂNCIA APREENHIDA. 5KG DE COCAÍNA. PACIENTE REINCIDENTE. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. INSUFICIÊNCIA. GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA. RISCO DE REITERAÇÃO DELITIVA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. A jurisprudência desta Corte Superior firmou-se no sentido de que “não satisfazem a exigência legal, por si sós [para a realização de busca pessoal ou veicular], meras informações de fonte não identificada (e.g. denúncias anônimas) ou intuições e impressões subjetivas, intangíveis e não demonstráveis de maneira clara e concreta, apoiadas, por exemplo, exclusivamente, no tirocínio policial. Ante a ausência de descrição concreta e precisa, pautada em elementos objetivos, a classificação subjetiva de determinada atitude ou aparência como suspeita, ou de certa reação ou expressão corporal como nervosa, não preenche o standard probatório de ‘fundada suspeita’ exigido pelo art. 244 do CPP” (RHC n. 158.580/BA, Relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 19/4/2022, DJe 25/4/2022). 2. Na hipótese, constata-se a legalidade das buscas pessoal e veicular realizadas, uma vez que decorreram de denúncia anônima especificada, que corresponde à verificação detalhada das características descritas do veículo do agravante (veículo Toyota/Corola, de cor bege). Dessa forma, as informações anônimas foram minimamente confirmadas, sendo que a diligência efetuada consistiu em exercício regular da atividade investigativa promovida pela autoridade policial, o que justificou a abordagem após a confirmação das informações relatadas na denúncia apócrifa. Precedentes. (...) 7. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ - AgRg no RHC: 193038 MG 2024/0025373-8, Relator: Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Data de Julgamento: 27/02/2024, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/03/2024)

In casu, levando em consideração que a busca veicular e pessoal realizada fora motivada pelo fato de ele estar dirigindo um veículo e fazendo manobras, colocando em risco a segurança do local, a abordagem fora feita com base em elementos fundados, e não em razão de critérios subjetivos. Assim, não está revestida de nulidade.

2.3 – ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO PARA A CONDUTA DE USO PESSOAL

No mérito, busca o apelante a absolvição quanto ao crime de tráfico ou a desclassificação para a conduta de uso pessoal.

Para o cometimento do crime de tráfico de drogas, é necessário que a conduta do indivíduo adéqüe-se a um dos verbos mencionados no caput do art. 33 e que a finalidade seja o consumo de drogas por terceiros. Dispõe o texto legal:

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

Sobre este tipo penal, Luiz Flávio Gomes vaticina: *“Consuma-se o crime com a prática de qualquer um dos núcleos trazidos pelo tipo, não se exigindo efetivo ato de tráfico.”*

Cesar Dário Mariano da Silva escreve: *“Trata-se de crimes de perigo abstrato e coletivo. Como crimes de perigo abstrato, não necessitam da demonstração de que efetivamente alguém foi exposto a perigo de dano, que é presumido pela lei de forma absoluta, não admitindo prova em contrário. São, também, crimes de perigo coletivo (ou comum), uma vez que a saúde de um número indeterminado de pessoas é exposta a perigo de dano. Com efeito, a objetividade jurídica dos delitos descritos na Lei de Drogas é a saúde pública, ou seja, a saúde de toda a coletividade, que pode ser seriamente atingida quando circulam substâncias ou produtos capazes de levar à dependência física ou psíquica. Os crimes descritos na Lei de Drogas prescindem da comprovação da ocorrência de perigo concreto, uma vez que a experiência tem demonstrado que a posse ou o porte, bem como o tráfico de drogas, são condutas nocivas não apenas em relação à saúde pública, mas também quanto à individualidade das pessoas.”*

Sobre o delito em comento, Cleber Masson e Vinícius Marçal lecionam:²⁹ *“Como deixa claro o caput do art. 33³⁰ da Lei de Drogas, a traficância pode ocorrer ainda que gratuitamente, mas desde que a conduta seja praticada sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar (elementos normativos do tipo). Como se sabe, o tráfico de drogas é crime de ação múltipla, e não exige a prática de atos de mercancia para a sua configuração, bastando a realização de alguma das condutas previstas no tipo penal³¹. Com efeito, a conduta de vender materializa apenas uma das dezoito figuras típicas”.*

Extraí-se daqui, que não é preciso o indivíduo ser flagrado vendendo as substâncias ilícitas para que o crime de tráfico esteja configurado. Basta que seja praticado um dos núcleos do tipo penal e exista o ímpeto de praticar a traficância.

Por sua vez, com núcleos semelhantes – adquirir, guardar, ter em depósito, transportar, trazer consigo – a Lei de Drogas faz previsão, também, do porte de drogas para uso pessoal, previsto no art. 28 nos seguintes termos:

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

§ 1º Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica.

§ 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se

29 Lei de Drogas: aspectos penais e processuais / Cleber Masson, Vinícius Marçal. - [2. Reimp.] - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019, pp. 40-41.

30 “Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar(...).”

31 “A legislação penal brasileira não faz qualquer distinção, para efeito de configuração típica do delito de tráfico de entorpecentes, entre o comportamento daquele que fornece gratuitamente e conduta do que, em caráter profissional, comercializa a substância tóxica. A cessão gratuita de substância *canabica* (‘maconha’) equivale, juridicamente, ao fornecimento oneroso de substância tóxica, pelo que ambos os comportamentos realizam, no plano da tipicidade penal, a figura delitosa do tráfico de entorpecentes” (STF, HC 69.806/GO, rel. Min. Celso de Mello, j. 04.06.1993).”

desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.

§ 3º As penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 5 (cinco) meses.

§ 4º Em caso de reincidência, as penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 10 (dez) meses.

§ 5º A prestação de serviços à comunidade será cumprida em programas comunitários, entidades educacionais ou assistenciais, hospitais, estabelecimentos congêneres, públicos ou privados sem fins lucrativos, que se ocupem, preferencialmente, da prevenção do consumo ou da recuperação de usuários e dependentes de drogas.

§ 6º Para garantia do cumprimento das medidas educativas a que se refere o caput, nos incisos I, II e III, a que injustificadamente se recuse o agente, poderá o juiz submetê-lo, sucessivamente a:

I - admoestação verbal;

II – multa.

§ 7º O juiz determinará ao Poder Público que coloque à disposição do infrator, gratuitamente, estabelecimento de saúde, preferencialmente ambulatorial, para tratamento especializado.

Aqui, diferentemente do que ocorre no crime de tráfico de drogas, a intenção do sujeito é o consumo pessoal da droga. Quando pratica qualquer um dos núcleos acima elencados, a pretensão não é a mercancia da droga ou o uso por terceiro, mas, sim, o consumo por ele próprio.

Fazendo uma diferenciação simples entre o crime de tráfico e o de uso pessoal, Paulo Queiroz e Marcus Mota Moreira Lopes³² ensina que: *“Além disso, os verbos típicos não são exatamente os mesmos, embora coincidam no essencial. De todo o modo, temos que sempre que o agente praticar as ações descritas como constitutivas de tráfico (importar, exportar, remeter etc.) sem o objetivo de difusão (onerosa ou gratuita) para terceiros, mas visando apenas ao consumo próprio, responderá segundo o art. 28, na forma de adquirir, transportar ou trazer consigo droga.”*

Aqui, diferentemente do que ocorre no crime de tráfico de drogas, a intenção do sujeito é o consumo pessoal da droga. Quando pratica qualquer um dos núcleos acima elencados, a pretensão não é a mercancia da droga ou o uso por terceiro, mas, sim, o consumo por ele próprio.

Juarez Cirino dos Santos esclarece uma questão relevante sobre o concurso de condutas: *“A conduta preexistente de ter em depósito ou de guardar drogas aparece no contexto de um concurso aparente de leis penais, porque está prevista em dois tipos legais da Lei 11.343/06: no art. 33, que define o tipo de tráfico; e no art. 28, que define o tipo de uso pessoal de drogas. O dilema de interpretação é óbvio: como saber se a conduta preexistente de ter em depósito ou de guardar drogas é subsumível no art. 33, como tráfico de drogas, ou no art. 28, como uso pessoal de drogas? O concurso aparente é resolvido pelo critério da especialidade: o tipo especial (art. 28) exclui o tipo geral (art. 33), porque contém todos os caracteres do tipo geral e mais alguns caracteres especiais, que afastam o tipo geral, segundo o princípio *lex specialis derogat legi generali* (Jescheck; Weigend, 1996; Santos, 2022, p. 447). Assim, se não existe indicação probatória da ação de ter em depósito ou de guardar droga para comercialização, então o tipo especial menos grave (art. 28) exclui o tipo geral mais grave (art. 33) da Lei de Drogas. Logo, a opção judicial de subsunção da conduta preexistente no tipo legal mais grave do art. 33, ignorando idêntica conduta*

32 QUEIROZ, Paulo; Lopes, Marcus Mota Moreira. Comentários à Lei de drogas. Salvador: JusPODIVM, 2018. p23

no tipo legal menos grave do art. 28, infringe o princípio da especialidade, o mais importante critério do concurso aparente de tipos penais.”

Estabelecendo os critérios para definir se a pessoa deve ser punida pelo uso pessoal ou pelo tráfico, o art. 28, §2º da Lei 11.343/2006 faz a seguinte previsão: *“Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente”*.

Assim, deve-se levar em consideração a quantidade e natureza da droga, o contexto em que o acusado fora flagrado com as substâncias ilícitas, bem como se já fora condenado anteriormente por crime do mesmo jaez, dentre outras circunstâncias sociais e pessoais.

In casu, consoante já destacado, o auto de exibição e apreensão encontra-se eivado de nulidade, de modo que não pode ser levado em consideração. Todavia, não se pode desprezar os outros elementos probatórios colhidos durante o inquérito policial e a fase judicial.

Os policiais militares que efetivaram a prisão do réu, ao serem ouvidos em Delegacia, relataram que o réu dirigia o veículo Chevrolet Prisma, placa policial PKY3B91, e fazia manobras radicais no veículo, o que os levou a fazerem a abordagem e a encontrarem as drogas ilícitas.

Interessante colacionar os depoimentos dos policiais militares, prestados em Delegacia:

SOLDADO DINIZ:

“hado do SD/PM CELIOMAR, em ronda, quando avistaram um veículo marca/modelo Prisma, placa policial PKY3B9, realizando direção perigosa em via pública; que foi realizado o acompanhamento e localizado o veículo e nele encontrado o condutor, a pessoa identificada como BRUCE WILLIAM COSTA DOS SANTOS e ao realizar a busca pessoal e vistoria no veículo, foi encontrado no seu interior certa quantidade de substância entorpecente e aparelhos celulares; (...)”.

TENENTE NOGUEIRA:

“Relata o condutor que durante a ronda avistou um veículo marca/modelo Prisma, placa PKY3B91 realizando manobras perigosas em via pública; que foi realizado o acompanhamento e localizado o citado veículo na Rua Radial A e nele estava o conduzido, a pessoa identificada como BRUCE WILLIAM COSTA DOS SANTOS; que foi realizada a revista pessoal e vistoria no interior do veículo, sendo encontrado no banco de trás, certa quantidade de substâncias entorpecentes, tipo: maconha, cocaína e crack em tabletes e porções, além de telefones celulares (...)”.

SOLDADO CELIOMAR:

“Que estava compondo a guarnição, tendo como condutor o TEN/PM NOGUEIRA se deslocando para 59ª CIPM, quando avistaram um veículo realizando manobras perigosas em via pública; que o veículo foi identificado como um Prisma, placa policial PKY 3B91; que a guarnição realizou o acompanhamento, localizando o citado

veículo na Rua Radial A e nele estava o condutor, a pessoa identificada como BRUCE WILLIAM COSTA DOS SANTOS; que ao realizar a busca pessoal e vistoria interna no carro, foi encontrado no banco de trás certa quantidade de substância entorpecente, além de telefones celulares; (...).”.

Quando concluído o inquérito policial e iniciada a instrução processual, dois policiais militares que empreenderam a prisão do acusado foram ouvidos, tendo um se restringido a afirmar que nada lembrava sobre o caso, enquanto o outro, Celiomar Alexandre da Silva Santos, relatou que, embora não saiba precisar qual droga e quantidade foi apreendida no carro, havia entorpecente. Veja-se:

“Que lembra parcialmente das informações sobre essa prisão; estava em patrulhamento de rotina e observou um veículo fazendo manobras perigosas e decidiram fazer a abordagem do veículo; encontraram drogas dentro do veículo na parte de trás; acha que o horário da abordagem foi pela noite; ele trazia outras pessoas dentro do veículo, uma mulher, uma criança e outro rapaz; a única razão da abordagem foram as manobras; não havia indício ou suspeita de que ele trazia algum material; a abordagem só foi por conta das manobras mesmo; participou diretamente da busca veicular; acha que o material estava na parte de trás do assoalho, mas não sabe precisar; não lembra como o material estava acondicionado; não lembra do material em si, só lembra que era droga; não lembra quantidade nem o tipo de droga; não lembra se o réu declarou algo; na revista pessoal nele e no outro adulto não foi encontrado nenhum material; só foi encontrado dentro do veículo; não recorda se o réu apresentou alguma documentação do automóvel ou de habilitação; não conhecia o réu antes da abordagem; ao chegar na delegacia de polícia, não trocou nenhuma informação com os policiais civis acerca do envolvimento dele; para salvaguardar a mulher e a criança e não deixá-los no local, mantiveram eles sob a custódia; colocaram eles na viatura e em outra viatura foi colocado o outro rapaz; após terminar a diligência, a senhora e a criança foram deixados em sua residência; o outro rapaz também foi deixado em sua residência; não se recorda se o outro rapaz era adulto; não se recorda se o imputado admitiu a responsabilidade integral acerca do material encontrado no veículo; acha que só o réu foi conduzido por conta do veículo estar sendo dirigido por ele; não sabe dizer se o material era uma única droga; ele mesmo que realizou a abordagem veicular; na hora da revista, eles afastaram a mulher e a criança e realizaram a abordagem nos dois rapazes; não sabe precisar de quem o material que foi apreendido estava próximo, só sabe que estava no fundo do veículo; aquela droga toda não foi encontrada só no carro; a diligência se prolongou; a droga também foi encontrada em uma casa com outras pessoas; em nenhum processo o réu esteve nessa residência; a todo momento o réu ficou na viatura custodiado; antes dessa diligência acontecer, não tem conhecimento se o réu foi nessa residência; a situação do réu é o que aconteceu na Avenida Radial A; o que foi encontrado na residência não tem relação com o que foi apreendido com ele; foi encontrado na residência com outras pessoas; não tem conhecimento se a residência era dele”.

Corroborando a existência de droga no veículo, o próprio réu, ao ser ouvido sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, afirma que havia entorpecente com ele, o qual era destinado para uso próprio: *“tinha uma quantidade pouca de droga no carro que era para uso dele; era uma quantidade de cocaína; era pouca; um pacotinho de 50 g; estava guardada perto da marcha”*.

Desse modo, não se pode desprezar que a droga existia e que fora atestada pelas próprias declarações do réu e dos depoimentos das testemunhas.

Ressalte-se que, dentre os materiais apreendidos, todos testaram positivo, seja para tetrahydrocannabinol ou para benzoilmetilecgonina.

No que concerne à materialidade, interessante entender o conceito de droga. O parágrafo único do art. 1º da Lei 11.346/06 preleciona: *“Para fins desta Lei, consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União”*.

Trata-se de norma penal em branco, preenchida pelo teor da portaria Nº 344 da ANVISA, em que são elencadas quais as drogas proibidas. Somente constando nesta portaria e tendo o status de substância proibida é que o item poderá ser considerado droga nos termos da lei 11.346/06.

Nesse contexto, havendo certeza quanto à existência de droga, mas não ocorrendo elementos para atestar a quantidade apreendida, é premente que seja imputada ao Acusado a conduta de uso pessoal.

Na dúvida se o acusado é traficante ou usuário, deve sempre prevalecer a conduta de uso pessoal, mais favorável ao réu.

O Poder Judiciário não pode, indistintamente, reconhecer usuários como traficantes, quando as circunstâncias não apontam a mercancia.

Como bem ressaltado por Walter Nunes da Silva Júnior e Olavo Hamilton, na obra “Drogas e Punitivismo – Superlotação carcerária, aumento de criminalidade e fomento das organizações criminosas”, quando alguém é flagrado com uma quantidade de droga, a tendência imediata é enquadrá-lo no crime de tráfico, cabendo ao sujeito demonstrar que, na verdade, a substância era para consumo pessoal. *In verbis*:

“Por outro lado, observa-se que, quanto à distinção entre o consumo de drogas e o tráfico, não se adotou o sistema objetivo, tendo sido dada preferência ao flexível, estratégia que, como se verá no item seguinte, se revelou um grande equívoco, pois fomentou a atuação policial tendo em mente que, na dúvida, a apreensão de drogas nas mãos de pessoas da periferia se enquadra como tráfico, dado que o que distingue um e outro crime é o tipo subjetivo, ou melhor, o que se acredita que seja a intenção do agente. A redação empregada pelo legislador estimula esse pensamento. Para o crime do art. 28, caput e § 1º, exige-se a comprovação de que a ação foi praticada para fins de consumo próprio. Para o crime do art. 33, caput e § 1º, apresenta-se suficiente, apenas, a identificação do dolo, desacompanhado de qualquer fim específico (BALTAZAR JR 2015, pos. 35741). Na prática, a autoridade policial, ao flagrar alguém com a droga, se não comprovado que era para consumo, por presunção, entende que se trata de tráfico. Isto é, o flagranteado que prove ser a droga com ele encontrada era destinada para consumo, em evidente maltrato ao princípio da presunção de inocência.”

Tem-se, aqui, fugido à lógica natural, o que não pode ocorrer. Se o indivíduo é flagrado portando uma quantidade de droga, a presunção deve ser no sentido de que é para o consumo pessoal, e não o contrário.

Nos termos do art. 28, §2º, da Lei 11.343/2006, somente se a quantidade e natureza da droga, bem como as demais circunstâncias apontarem a mercancia, que o crime de tráfico deverá ser reconhecido.

Diante deste contexto, impõe-se a desclassificação do crime descrito na exordial para a conduta de porte de drogas para consumo pessoal, prevista no art. 28 da Lei nº 11.343/06, com a imediata remessa dos autos ao Juizado Especial Criminal.

III - DA CONCLUSÃO

Diante do exposto, voto no sentido de **CONHECER PARCIALMENTE e, nessa extensão, DAR PARCIAL PROVIMENTO** ao presente recurso de Apelação para: A) declarar a quebra da cadeia de custódia quanto à lavratura do auto de exibição e apreensão, considerando-se, porém, os demais elementos probatórios colhidos no inquérito policial e na fase judicial; e B) para operar a desclassificação do crime imputado – tráfico ilícito de drogas (art. 33, caput, da Lei 11.343/2006) – para o ilícito descrito no art. 28 do mesmo Diploma Legal, determinando a remessa dos autos para o Juizado Especial Criminal para a adoção e imposição das medidas cabíveis.

(TJBA - REVISÃO CRIMINAL n. 8042862-92.2024.8.05.0000. Seção Criminal. Relator: IVONE BESSA RAMOS. Julgado em 04/12/2024).

PENAL E PROCESSO PENAL. REVISÃO CRIMINAL FUNDADA NO ARTIGO 621, INCISOS II E III, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL (CPP). REQUERENTE CONDENADO PELO TIPO PREVISTO NO ARTIGO 157, § 2.º, II, DO CÓDIGO PENAL (CP) ÀS PENAS DE 05 (CINCO) ANOS E 04 (QUATRO) MESES DE RECLUSÃO E 13 (TREZE) DIAS-MULTA).

MÉRITO. ALEGAÇÃO DE ERRO NA IDENTIFICAÇÃO DO VERDADEIRO RÉU. OCORRÊNCIA. VERDADEIRO AGENTE CRIMINOSO QUE SE APRESENTOU COM TRÊS NOMES DIFERENTES E PORTAVA DIVERSOS DOCUMENTOS EM NOME DE PESSOAS DISTINTAS. AUSÊNCIA DE IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL. AJUIZAMENTO DE AÇÃO DE JUSTIFICAÇÃO CRIMINAL. VÍTIMAS QUE RECONHECERAM QUE O REQUERENTE NÃO CORRESPONDE ÀS CARACTERÍSTICAS FÍSICAS DO AUTOR DO CRIME. PROVA NOVA QUE ATESTA A INEXISTÊNCIA DE VÍNCULO ENTRE ELE E OS FATOS APURADOS NA AÇÃO SUBJACENTE. ADMISSIBILIDADE DA REVISÃO CRIMINAL QUANDO SURGIREM NOVAS PROVAS DA INOCÊNCIA DO CONDENADO, NOS TERMOS DO ARTIGO 621, INCISO III, DO CPP. ERRO JUDICIÁRIO DEMONSTRADO. EXCLUSÃO DO REQUERENTE DO POLO PASSIVO DA AÇÃO PENAL SUBJACENTE QUE SE IMPÕE. DIREITO À INDENIZAÇÃO PELOS PREJUÍZOS SUPOSTOS, NOS TERMOS DO ARTIGO 630 DO CPP. PRECEDENTES DESTA CORTE.

REVISÃO CRIMINAL JULGADA PROCEDENTE.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos da **Revisão Criminal n.º 8042862-92.2024.8.05.0000**, na qual figura como Requerente **JACI FERNANDES DA SILVA**, constando, como Decisão revidenda, o Acórdão proferido pela 2.ª Turma da Primeira Câmara Criminal na Apelação n.º 000317-86.2005.8.05.0079.

ACORDAM os Desembargadores componentes da Seção Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia em **JULGAR PROCEDENTE** a Revisão, com fundamento no art. 621, inciso III, c/c o art. 630, ambos do Código de Processo Penal, para excluir **JACI FERNANDES DA SILVA** do Processo n.º 000317-86.2005.8.05.0079 e declarar que é certa a obrigação de indenização pelos danos suportados pelo erro judiciário, nos termos do voto da Relatora.

DECISÃO PROCLAMADA

Procedente - Unânime- Suspeitos/Impedidos: Desa Soraya Moradillo Pinto

RELATÓRIO

Trata-se de Revisão Criminal ajuizada pelo Sentenciado **JACI FERNANDES DA SILVA**, por meio de Advogados constituídos, com fundamento no art. 621, incisos II e III, visando à reforma do

Acórdão proferido pela 2.^a Turma da Primeira Câmara Criminal deste Egrégio Tribunal de Justiça nos autos da Apelação Criminal n.º 000317-86.2005.8.05.0079, mediante o qual o requerente foi condenado como incurso nas sanções do art. 157, § 2.º, incisos I e II, do Código Penal (CP), sendo-lhe imposta a pena de 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, a ser cumprida no regime inicial semiaberto, e 13 (treze) dias-multa.

Consta da Denúncia que:

“Na tarde do dia 24.05.2005, os denunciados acompanhados de um terceiro comparsa, simularam uma corrida de táxi de Feira de Santana para Eunápolis, fretando uma corrida no veículo marca FIAT Siena ELX FLEX, 2004/2005, PP JQR 0132, licenciado de Feira de Santana-Ba, de propriedade de José Renato Pinha, mas que estava como motorista a vítima Luiz Carlos Conceição de Assis. Informa a peça inquisitorial que os denunciados ao chegarem no município de Gandú-Ba, anunciaram o assalto, simulando o denunciado Jaci que estava portando um revólver, deixando o motorista naquele município, que lá registrou ocorrência (...). Informam também os autos que o denunciado foi preso portando uma cédula de identidade falsificada, onde consta sua fotografia, mas tem como nome do titular Mario Rocha Braga.” (Conforme transcrito ao ID 65213098)

Após o processamento do feito, teve lugar a prolação de sentença pelo Juízo da 2.^a Vara Criminal de Eunápolis (ID 65213098), na qual o ora Revisionando restou condenado como incurso nas previsões do art. 157, § 2.º, incisos I e II, e art. 297, ambos do Código Penal (CP), sendo-lhe imposta a pena definitiva de 07 (sete) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 107 (cento e sete) dias-multa.

Interposta Apelação pela Defesa, tal recurso foi provido em parte para reduzir a reprimenda do Acusado para 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e ao pagamento de 13 (treze) dias-multa, pela 2.^a Turma da Primeira Câmara Criminal deste Tribunal, à unanimidade, em sessão realizada no dia 08.03.2022, nos termos de Acórdão assim ementado:

“APELAÇÃO CRIMINAL – PRELIMINAR: NULIDADE DO FEITO EM RAZÃO DA INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO SENTENCIANTE – NÃO ACOLHIMENTO. MÉRITO: REDIMENSIONAMENTO DA PENA IMPOSTA EM RAZÃO DA PRÁTICA DO CRIME PREVISTO NO ART. 157, § 2º, II, DO CÓDIGO PENAL – ACOLHIMENTO – RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO QUANTO AO DELITO CATALOGADO NO ART. 297 DO CÓDIGO PENAL – VIABILIDADE – PRELIMINAR REJEITADA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1 - Trata-se de recurso de apelação interposto contra a Sentença lavrada às fls. 220/226, que condenou Jaci Fernandes da Silva (apelante) a 07 anos e 06 meses de reclusão, inicialmente em regime semiaberto, e ao pagamento de 107 dias multa, pela prática dos crimes previstos no art. 157, § 2º, I e II, e no art. 297, ambos do Código Penal.

2 - Preliminarmente, o Recorrente pleiteia a anulação do feito, alegando a incompetência do Juízo da Comarca de Eunápolis, por considerar que o crime mais grave fora cometido na Comarca de Gandu.

3 - No entanto, a preliminar suscitada não merece ser acolhida, tendo em vista que, conforme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, “A nulidade decorrente da inobservância das regras de competência territorial é relativa, restando sanada se não alegada em momento oportuno.” (AgRg no REsp 1741568/MT. Data do Julgamento: 09/02/2021).

4 - Seguindo à análise do mérito recursal, verifica-se que os elementos informativos e as provas constantes dos autos confirmam que o Apelante, em concurso com outro agente e mediante grave ameaça, subtraiu para si o veículo TAXI FIAT Siena de propriedade de José Renato da Silva, que na ocasião estava sendo conduzido por Luiz Carlos Conceição de Assis.

5 - O Auto de Exibição (fls. 48) e o Auto de Entrega juntado às fls. 63 confirmam a apreensão do veículo FIAT Siena ELX FLEX, de propriedade de José Renato da Silva, “que foi tomado de assalto, na cidade de Gandu, quando os três passageiros viajavam de Feira de Santana, sendo um deles Jaci Fernandes da Silva”.

6 - Em suas declarações prestadas em Juízo (fls. 172/173), a vítima Luiz Carlos Conceição de Assis noticiou que estava trabalhando na condução de um veículo Taxi e o Recorrente se apresentou com o nome de “Mário” e contratou uma “corrida” até a cidade de Eunápolis. Detalhou que “Mario mandou [...] parar o veículo dizendo que precisava tirar água do joelho, tendo o declarante parado o veículo e Mario desferiu um murro no vidro do carro para acordar seu comparsa; que o declarante permaneceu no interior do veículo com a porta aberta, esperando o retorno de Mario, tendo este retornado correndo com uma arma na mão e anunciando o assalto, oportunidade em que o declarante saiu do veículo correndo; (...); que na Delegacia o declarante tomou conhecimento que Mário tinha se identificado com nome falso e que o seu nome na realidade era Jaci Fernandes da Silva (...).”

7 - As declarações da Vítima são reforçadas pelos depoimentos prestados em Juízo pelas testemunhas PRF Joeliton Pinto dos Santos (fls. 149/150) e PRF Carlos Francisco Neves Borges (fls. 151/152), que noticiaram que prenderam o Apelante na posse do veículo subtraído.

8 - Além disso, em seu interrogatório prestado na Delegacia de Polícia (fls. 41/43), o Apelante confessou que estava “acompanhado do seu afilhado Willians Siva Matos” e “fretou um táxi para trazê-lo de volta a esta cidade de Eunápolis; (...); Que saíram de Feira de Santana por volta das duas horas da madrugada e quando chegaram na cidade de Gandu o interrogado simulou portar uma arma, com o uso de uma base de aparelho telefônico residencial e anunciou o assalto, Que ao anunciou o assalto, o taxista parou o carro, abriu a porta e saiu correndo.”

9 - Vale anotar que, em que pese a Vítima ter noticiado que o Apelante usou uma arma de fogo para exercer a grave ameaça, a Denúncia não faz referência à efetiva utilização do instrumento bélico, tendo em vista que narrou apenas que o Denunciado simulou que estava portando um revólver. Assim, é inviável a incidência da causa de aumento alusiva ao emprego de arma de fogo.

10 - Portanto, o acervo probatório confirma que o Recorrente, em concurso com outro agente e mediante grave ameaça, subtraiu o veículo TAXI que, na ocasião, era conduzido por Luiz Carlos Conceição de Assis. Deste modo, Jaci Fernandes da Silva consumou o crime previsto no art. 157, § 2º, II, do Código Penal.

11 - Seguindo à análise da pena imposta, verifica-se que a Sentença fixou a pena base em 04 anos e 09 meses de reclusão, ou seja, 09 meses acima do mínimo previsto para o tipo penal violado, mas não apontou a existência de circunstância judicial desfavorável.

12 - Deste modo, a pena base deve ser redimensionada ao mínimo previsto para o crime praticado, ou seja, 04 (quatro) anos de reclusão e pagamento de 10 (dez) dias multa.

13 - Na segunda fase da dosimetria, apesar do reconhecimento da confissão espontânea, não é possível a atenuação da pena reduzida ao mínimo legal (Súmula 231 do STJ). Não há agravantes.

14 - Na terceira e última fase incide a causa de aumento alusiva ao concurso de pessoas, que na fração de um terço resulta na pena definitiva de 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e pagamento de 13 dias multa.

15 - A pena privativa de liberdade deve ser iniciada em regime semiaberto, conforme previsto no art. 33, § 2º, b, do Código Penal.

16 - A pena privativa de liberdade não pode ser substituída por restritivas de direitos, tendo em vista a quantidade de pena aplicada e o comprovado emprego de grave ameaça (art. 44, CP).

17 - Portanto, mantêm-se a condenação de Jaci Fernandes da Silva pela prática do crime previsto no art. 157, § 2º, II, do Código Penal, com redimensionamento da sua pena a 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, inicialmente em regime semiaberto, e ao pagamento de 13 dias multa.

18 - Por fim, observa-se que os fatos foram praticados em 24/05/2005; a Denúncia foi recebida em 22/08/2005 (fls. 85) e a Sentença foi publicada em 26/11/2013 (fls. 220/226).

19 - A pena concretamente imposta pela prática do crime previsto no art. 157, § 2º, II, do Código Penal tem prazo prescricional de 12 (doze) anos, conforme disposto no art. 109 do Código Penal. Deste modo, não há prescrição quanto a este crime.

20 - Por outro lado, anota-se que a Sentença recorrida também condenou o Apelante pela prática do delito catalogado no art. 297 do Código Penal, impondo-lhe a pena de 02 anos de reclusão e pagamento de 10 dias multa. Para a pena concretamente imposta por este crime o prazo prescricional é de 04 anos (art. 109, V, CP), já superado entre o recebimento

da denúncia (22/08/2005) e a publicação da Sentença (26/11/2013). É imperioso, portanto, o reconhecimento da prescrição quanto ao crime previsto no art. 297 do Código Penal.

21 - Parecer da douta Procuradoria de Justiça pelo reconhecimento da prescrição do crime catalogado no art. 297 do Código Penal e pela manutenção da Sentença em seus demais termos.

PRELIMINAR REJEITADA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (ID 65213097) – Destaques no original

Em não havendo a interposição de recursos ulteriores, a decisão transitou em julgado no dia 05.05.2022 (ID 65212176), ao que seguiram a baixa dos autos à origem e a expedição de guia de recolhimento definitiva para o cumprimento da pena.

Na inicial da presente ação, o Requerente alega ter sido injustamente condenado por crime de roubo qualificado, com base em erro de identificação causado por uso indevido de sua identidade por terceiro.

Sustenta que, em 2005, o autor do crime foi preso em flagrante após a prática do delito de roubo em companhia de um comparsa. Relata que, o verdadeiro agente portava diversos documentos em nome de terceiros, tendo se identificado como JACI FERNANDES DA SILVA.

Discorre que o processo seguiu sem que houvesse qualquer confirmação de identidade por exame datiloscópico ou fotográfico, conforme exigido pela legislação em vigor e JACI FERNANDES DA SILVA foi condenado como sendo a identidade do Réu.

Defende o cabimento do pedido revisional, com fundamento no art. 621, incisos II e III, do Código de Processo Penal, uma vez que a condenação foi baseada em documentos comprovadamente falsos e novas provas atestam a inocência de JACI FERNANDES DA SILVA.

Pleiteia, assim, a nulidade do Processo n.º 000317-86.2005.8.05.0079, com a consequente extinção das ordens de prisão expedidas e o reconhecimento do erro judiciário.

Pede, ainda, seja declarada que é certa a obrigação de indenizar, nos termos do art. 5.º, inciso LXXV, da Constituição Federal, e do art. 630 do Código de Processo Penal.

A Exordial foi instruída com as peças do feito de origem e diversos documentos.

A Revisão foi distribuída por livre sorteio a esta Desembargadora Relatora (ID 65230846).

O pedido liminar foi parcialmente deferido para determinar a expedição de Contramandado de Prisão em favor do Autor (ID 66263651).

Instada a se manifestar, o Exma. Procuradora de Justiça Cláudia Carvalho Cunha dos Santos manifestou-se pelo não conhecimento da Revisão Criminal e pela concessão de ofício de Habeas Corpus, ratificando-se a liminar (ID 67536580).

Eis, em síntese, o relatório que ora submeto à apreciação da Exma. Desembargadora Revisora.

VOTO

Trata-se de Revisão Criminal ajuizada por JACI FERNANDES DA SILVA, por meio de Advogados constituídos, com fundamento no art. 621, incisos II e III, visando à reforma do Acórdão proferido pela 2.ª Turma da Primeira Câmara Criminal deste Egrégio Tribunal de Justiça nos autos da Apelação n.º 000317-86.2005.8.05.0079, mediante o qual o requerente foi condenado como incurso nas sanções do art. 157, § 2.º, incisos I e II, do Código Penal, sendo-lhe imposta a pena de

05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, a ser cumprida no regime inicial semiaberto, e 13 (treze) dias-multa.

O requerente postula a desconstituição da decisão contra ele prolatada, alegando que não foi o autor dos fatos que ensejaram a sua condenação.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conhece-se do pedido.

Como se sabe, a revisão criminal visa desconstituir sentença condenatória, com trânsito em julgado, tendo caráter de excepcionalidade, nos casos de erro judiciário, ficando, desse modo, circunscrita às hipóteses taxativas, previstas no artigo 621 do Código de Processo Penal, vale dizer, quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei ou à evidência dos autos, ou, ainda, fundada em depoimentos, exames ou documentos falsos e, por fim, quando surjam novas provas de inocência do condenado ou circunstância que autorize redução da pena.

Insta destacar, que o acolhimento da revisão criminal, com fulcro na alegação, constante do artigo 621, do Código de Processo Penal, apenas poderá ocorrer em situações excepcionais, tendo em vista que a finalidade da revisional é alterar a coisa julgada.

Voltando ao exame das alegações, verifica-se que a decisão objurgada foi proferida em dissonância com a realidade fática, uma vez que foi lastreada em errônea identificação do verdadeiro Réu.

Assim sendo, há que se reconhecer que razão assiste ao Requerente, no particular.

Consta do Auto de Prisão em Flagrante (ID 65212179, p. 17-22) que o agente preso em flagrante, no dia 24.06.2005, inicialmente apresentou documento se identificando como MARIO ROCHA BRAGA.

Que, após a constatação que a cédula de identidade apresentada naquele momento era montada, o indivíduo abordado se apresentou como PAULO SÉRGIO BORGES SANTOS.

Como a qualificação passada não correspondia a nenhum CPF existente, a guarnição policial inquiriu novamente acerca do seu verdadeiro nome, tendo o flagrantado se identificado como JACI FERNANDES DA SILVA.

Consta do Auto de Apreensão (ID 65212198) e do relato policial que estavam em poder do flagrantado diversos documentos em nome de pessoas distintas, quais sejam:

- (i) Cédula de identidade, cartão CPF e cartão magnético de conta-corrente em nome MARCOS ANTONIO SOUZA ALVES;
- (ii) Cartão magnético do Bradesco em nome JACI FERNANDES DA SILVA;
- (iii) Cópia xerográfica dos documentos de identidade, CPF e Certificado de Dispensa de Incorporação em nome de LUCAS SOUZA SANTOS;
- (iv) Cédula de identidade e Título de Eleitor de MARIA APARECIDA SILVA SOUZA;
- (v) Cartão CIC, carteira de identidade, extrato de consulta e fatura da Telemar em nome de MARIO ROCHA BRAGA;
- (vi) Contrato de promessa de compra e venda em nome de CLEBER CATULE CESÁRIO E ISA HELENA ALVES MARROQUES.

A despeito da diversidade de documentos de distintas identificações, a Polícia Civil e o Juízo não procederam à identificação criminal do agente. Assim, o processo criminal prosseguiu em face de JACI FERNANDES DA SILVA, que foi erroneamente condenado.

Depreende-se dos autos que o Requerente suportou diversos prejuízos pelo erro na identificação do verdadeiro Réu. Tendo sido abordado pela Polícia e, inclusive, preso, ante a existência de mandado de prisão pendente de cumprimento em seu nome.

Assim, buscou o Poder Judiciário a fim de regularizar sua situação processual, mediante Ação de Justificação Criminal n.º 8025026- 31.2022.8.05.0080, tendo realizado produção antecipada de prova mediante audiência com as Vítimas dos fatos apurados na ação penal subjacente.

Quando realizada a aludida audiência, em 16.04.2024, a Vítima **IDOCLEY NASCIMENTO DE ASSIS** narrou que a pessoa responsável pelos fatos era morena, alta e forte. Ainda, no momento em que JACI FERNANDES DA SILVA se apresentou, a Vítima afirmou não ter jamais visto o Requerente e que acreditava não ser a mesma pessoa responsável pelos fatos apurados na ação penal subjacente (Disponível no PJE Mídias sob o n.º 8025026-31.2022.8.05.0080).

Em consonância com o referido depoimento, a também Vítima José Renato da Silva, então proprietário do carro objeto da ação criminoso, afirmou que o verdadeiro agente criminoso era moreno “meio escuro”, de cabelo crespo preto, estatura mediana e forte. Quando colocado em frente a JACI FERNANDES DA SILVA, disse que aparentemente não se tratava da mesma pessoa que foi presa pelo roubo de seu veículo (Disponível no PJE Mídias sob o n.º 8025026-31.2022.8.05.0080).

O Código de Processo Penal, admite a revisão de processos findos quando após a sentença se descobrirem novas provas de inocência do condenado:

“Art. 621. A revisão dos processos findos será admitida:

(...)

III - quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena.”

No caso dos autos, constata-se que a supramencionada audiência realizada no âmbito Ação de Justificação Criminal n.º 8025026- 31.2022.8.05.0080 tem aptidão de figurar como “nova prova” pois, os depoimentos prestados pelas Vítimas, associados a não identificação do agente criminoso no decorrer da Ação Penal subjacente, mesmo diante de sua apreensão com diversos documentos em nome de terceiros, atestam que o Requerente JACI FERNANDES DA SILVA não foi a pessoa efetivamente presa em flagrante em razão da prática do crime pelo qual foi condenado.

Em casos análogos, esta Egrégia Corte assim decidiu:

“REVISÃO CRIMINAL n. 8025891-08.2019.8.05.0000 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal REQUERENTE: EMANUEL NATALICIO SANTOS SILVA Advogado (s): CLECIO SANTANA PEREIRA REQUERIDO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): ACORDÃO EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. REVISÃO CRIMINAL. REVISIONANDO CONDENADO PELA PRÁTICA DO DELITO CAPITULADO NO ARTIGO 157, § 2º, INCISO I, À PENA DE 05 (CINCO) ANOS E 04 (QUATRO) MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME SEMIABERTO. ALEGAÇÃO DE QUE A SENTENÇA CONDENATÓRIA FOI PROFERIDA DE MODO CONTRÁRIO À EVIDÊNCIA DOS AUTOS, UMA VEZ QUE A DECISÃO SE FUNDA EM DEPOIMENTOS E DOCUMENTOS FALSOS, BEM ASSIM QUE, APÓS A ALUDIDA DECISÃO, FORAM DESCOBERTAS

NOVAS PROVAS DE INOCÊNCIA DO REQUERENTE. PLEITO REVISIONAL: REFORMA DO ÉDITO CONDENATÓRIO, TRANSITADO EM JULGADO, E RECONHECIMENTO DO SEU DIREITO A UMA INDENIZAÇÃO EM RAZÃO DA INJUSTA PRISÃO. ACOLHIMENTO. ERRO NA IDENTIFICAÇÃO DO RÉU CONDENADO. RETIFICAÇÃO. APLICAÇÃO DO ARTIGO 259, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL: “[...] A QUALQUER TEMPO, NO CURSO DO PROCESSO, DO JULGAMENTO OU DA EXECUÇÃO DA SENTENÇA, SE FOR DESCOBERTA A SUA QUALIFICAÇÃO, FAR-SE-Á A RETIFICAÇÃO, POR TERMO, NOS AUTOS, SEM PREJUÍZO DA VALIDADE DOS ATOS PRECEDENTES”. INDENIZAÇÃO CABÍVEL. REVISÃO JULGADA PROCEDENTE PARA EXCLUIR-SE O NOME DO REQUERENTE DO PÓLO PASSIVO DA AÇÃO PENAL Nº 0088613-32.2010.8.05.0001 E DA EXECUÇÃO PENAL Nº 0027855-91.2011.8.05.0150, RECONHECENDO-SE O DIREITO A UMA INDENIZAÇÃO EM DECORRÊNCIA DA INJUSTA PRISÃO. Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal nº 8025891-08.2019.8.05.0000, da 7ª Vara Criminal da Comarca de Salvador-BA, em que figura, como Requerente, EMANUEL NATALICIO SANTOS SILVA. ACORDAM, à unanimidade de votos, os Senhores Desembargadores, componentes da Seção Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, em JULGAR PROCEDENTE O PEDIDO REVISIONAL, nos termos do voto do Desembargador Relator. Salvador, (TJ-BA - RVCR: 80258910820198050000, Relator: ALIOMAR SILVA BRITTO, PRIMEIRA CAMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 17/03/2021)”

“REVISÃO CRIMINAL – REQUERENTE CONDENADO EM PRIMEIRO GRAU DE JURISDIÇÃO PELA PRÁTICA DO CRIME PREVISTO NO ART. 16, PARÁGRAFO ÚNICO, IV, DA LEI 10.826/2003 – VERDADEIRO AUTOR DO FATO QUE SE IDENTIFICOU COMO O REQUERENTE QUANDO DA SUA PRISÃO EM FLAGRANTE – REALIZAÇÃO DE EXAMES PERICIAIS QUE COMPROVARAM QUE O REQUERENTE NÃO FOI A PESSOA EFETIVAMENTE PRESA EM FLAGRANTE EM RAZÃO DO CRIME PELO QUAL FOI CONDENADO – ART. 621, III, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - DESCOBERTA DE NOVAS PROVAS DA INOCÊNCIA DO REQUERENTE – REVISÃO CRIMINAL PROCEDENTE. 01 - Cuida-se de Revisão Criminal proposta por Rodrigo Garcia Santos, condenado pelo Juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Ilhéus a 03 (três) anos de reclusão, inicialmente em regime aberto, e ao pagamento de 10 (dez) dias multa, pela prática do crime previsto no art. 16, parágrafo único, IV, da Lei n. 10.826/03. 02 - O Requerente postula a desconstituição da Sentença contra ele prolatada, alegando que não foi o autor dos fatos que ensejaram a sua condenação. 03 - Em síntese, argumenta que, em verdade, o crime fora cometido por seu irmão Rangel Garcia Santos, que, no momento da prisão em flagrante, se identificou utilizando o nome do Requerente (Rodrigo Garcia Santos). 04 - Razão lhe assiste. 05 - Diante da plausibilidade das alegações formuladas e considerando a possibilidade da existência de erro na identificação do agente efetivamente preso em flagrante, a gerar eventual dano de ampla gravidade à liberdade e à vida de terceira pessoa, foi determinada a realização de exame pericial nas assinaturas apostas pela pessoa efetivamente presa em flagrante no “Termo de qualificação e Interrogatório”, na “Nota de culpa”, e, também, no posterior “Alvará de soltura”. 06 - O exame pericial foi realizado pelo Instituto de Criminalística Afrânio Peixoto, do Departamento de Polícia Técnica da Secretaria de Segurança Pública do Estado da Bahia, que, no Laudo juntado sob o ID 11044730, concluiu que, “não obstante a extemporaneidade entre as peças questionadas e o padrão 1, além da exiguidade de padrões, as assinaturas impugnadas

‘Rodrigo Garcia Santos, apostas nas peças questionadas ‘TERMO DE QUALIFICAÇÃO E INTERROGATÓRIO’ PQ1, ‘NOTA DE CULPA’ PQ2 e ‘ALVARÁ DE SOLTURA’ PQ3, são inautênticas e foram produzidas pelo punho subscriptor do indivíduo identificado no IIPM como RANGEL GARCIA SANTOS, RG 14403000 46.’ 07 - Deste modo, constata-se a existência de prova nova que confirma que o Requerente (Rodrigo Garcia Santos) não foi a pessoa efetivamente presa em flagrante em razão da prática do crime pelo qual foi condenado. 08 - Percebe-se, portanto, que a revisão proposta é procedente, ante a existência de provas novas da inocência do Requerente. 09 Vale lembrar que Código de Processo Penal, em seu art. 621, III, admite a revisão de processos findos “quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena.” 10 - Imperioso, portanto, reconhecer que Rodrigo Garcia Santos não foi o autor do crime pelo qual foi condenado, motivo pelo qual deve ser acolhido o pleito por ele formulado em sua Inicial, para a sua consequente absolvição. 11 Também nesta linha, em seu Parecer juntado sob o ID 13426089, a Douta Procuradoria de Justiça destacou que está confirmado que “requerente foi vítima de falsa identificação produzida pelo irmão Rangel Garcia Santos - no momento da sua prisão em flagrante, no dia 02 de julho de 2012 –, pois, apesar de não apresentar documentos pessoais, identificou-se com o seu nome, visando eximir-se da responsabilidade penal em derredor do ato ilícito praticado”. 12 - Finalmente, vale rememorar que semelhante entendimento foi adotado por esta Segunda Turma da Primeira Câmara Criminal deste Tribunal de Justiça, no julgamento da Apelação Criminal de n. 0000007-55.2002.8.05.0212, em 04/08/2015, sob a relatoria da Eminentíssima Desembargadora Janete Fadul de Oliveira. Ementa transcrita no voto. 13 – Em seu Parecer, a Douta Procuradoria de Justiça se manifestou pelo “conhecimento e pela procedência da vertente ação revisional, afigurando-se devida a inclusão formal de Rangel Garcia Santos, nos autos de origem, suportando os efeitos da condenação imposta.” REVISÃO CRIMINAL PROCEDENTE. ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos esses autos da Revisão Criminal de n. 8022112-45.2019.8.05.0000, da Comarca de Ilhéus, requerida por Rodrigo Garcia Santos. ACORDAM os Desembargadores integrantes da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade, em julgar procedente a revisão criminal proposta, nos termos do voto condutor. (ULB) (TJ-BA - RVCR: 80221124520198050000, Relator: NILSON SOARES CASTELO BRANCO, PRIMEIRA CAMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 23/03/2021)”

Nesse cenário, tendo sido demonstrado o erro judiciário mediante a produção de prova nova que atesta a inexistência de vínculo entre o requerente e os fatos que lhe foram imputados, é imperioso que JACI FERNANDES DA SILVA tenha seu nome excluído do polo passivo da Ação Penal n.º 000317-86.2005.8.05.0079 e seja ressarcido dos prejuízos suportados.

IV. Dispositivo

Ante todo o exposto, **JULGA-SE PROCEDENTE a presente Revisão Criminal**, com fundamento no art. 621, inciso III, c/c o art. 630, ambos do Código de Processo Penal, para excluir JACI FERNANDES DA SILVA do Processo n.º 000317-86.2005.8.05.0079 e declarar que é certa a obrigação de indenização pelos danos suportados pelo erro judiciário.

(TJBA – APELAÇÕES CRIMINAIS SIMULTÂNEAS n. 8063655-49.2024.8.05.0001. Primeira Câmara Criminal – Primeira Turma. Relator: Des. Jatahy Júnior. Julgado em 11/04/2025).

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÕES CRIMINAIS SIMULTÂNEAS. LATROCÍNIO. FRAUDE PROCESSUAL. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. DOSIMETRIA DA PENA. MULTA. RECURSO DA DEFESA IMPROVIDO. RECURSO DA ACUSAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDO.

I. CASO EM EXAME

1. Apelações interpostas por LUIZ GUILHERME DAS NEVES INÁCIO e pelo Ministério Público do Estado da Bahia contra sentença da 16ª Vara Criminal de Salvador, que condenou o réu a 20 anos de reclusão, em regime fechado, pela prática do crime de latrocínio (art. 157, § 3º, II, do CP), contra a vítima MARCOS LUÍS SILVA ALVES.

2. A defesa pleiteia a redução da pena, a aplicação de frações mais favoráveis às atenuantes e a revisão da pena de multa. O Ministério Público requer a condenação do réu pelos crimes de fraude processual (art. 347, parágrafo único, do CP) e porte ilegal de arma de fogo de uso permitido (art. 14 da Lei 10.826/2003), além da majoração da pena do latrocínio.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

3. Há quatro questões em discussão: (i) definir se a pena do latrocínio foi fixada com fundamentação idônea e se a aplicação das atenuantes deve conduzir a maior redução da pena; (ii) aferir se a pena de multa foi corretamente aplicada; (iii) estabelecer se o réu praticou o crime de fraude processual ao destruir provas relacionadas ao delito; (iv) determinar se o acusado cometeu o crime de porte ilegal de arma de fogo.

I. RAZÕES DE DECIDIR

4. A pena-base do latrocínio deve ser fixada considerando circunstâncias concretas que extrapolem o tipo penal. A culpabilidade do réu se evidencia pelo planejamento meticuloso do crime, desde a solicitação da corrida via aplicativo até a execução da vítima, demonstrando frieza extrema ao lançar o corpo em via pública e prosseguir com a fuga. As circunstâncias do delito também agravam a conduta, pois o crime foi cometido em concurso de agentes, durante a madrugada, contra um motorista de aplicativo que trabalhava para sustentar sua família. As consequências são particularmente gravosas, uma vez que a vítima, pai de três filhos menores, teve sua vida ceifada de forma brutal.

5. A aplicação de atenuantes não pode reduzir a pena abaixo do mínimo legal (Súmula 231 do STJ). Assim, a compensação entre agravantes e atenuantes deve respeitar os limites previstos na legislação penal.

6. A conduta do réu de queimar suas roupas, com o propósito de suprimir vestígios do crime e dificultar a investigação, configura fraude processual. O crime do art. 347, parágrafo único, do CP, não exige que já exista processo penal ou inquérito em curso, bastando a intenção de induzir o juízo ou o perito a erro.

7. O porte ilegal de arma de fogo não restou suficientemente comprovado nos autos, pois os elementos colhidos indicam que a arma foi portada pelo corréu ANDERSON SANTOS COSTA, enquanto o apelante possuía apenas um simulacro. Dessa forma, a emendatio libelli em relação para inclusão do delito do art. 14 da Lei 10.826/2003 é inviável.

8. A pena de multa foi fixada em conformidade com o art. 49 do Código Penal, considerando a gravidade do crime e seus impactos sociais. A sentença aplicou o mínimo

legal de 10 dias-multa, com valor unitário de 1 salário-mínimo, montante proporcional à infração e inferior ao máximo permitido, não havendo motivo para revisão.

I. DISPOSITIVO E TESE

9. Recurso da defesa desprovido. Recurso do Ministério Público parcialmente provido para condenar o réu pelo crime de fraude processual.

Teses de julgamento:

“A pena-base do crime de latrocínio pode ser fixada acima do mínimo legal quando presentes circunstâncias concretas que extrapolem o tipo penal, como premeditação, frieza na execução e consequências graves para os familiares da vítima.”

“A incidência de atenuantes não pode reduzir a pena aquém do mínimo legal, conforme dispõe a Súmula 231 do STJ.”

“O crime de fraude processual, na forma do art. 347, parágrafo único, do CP, pode se consumir mesmo sem processo penal ou inquérito policial em curso, bastando que o agente atue com o propósito de dificultar a persecução penal.”

“A condenação por porte ilegal de arma de fogo pela prática do núcleo ‘ceder’ exige prova inequívoca da materialidade e autoria (art. 14 da Lei 18.826/2003), não se presumindo pelo simples contexto do crime praticado.”

“A pena de multa deve ser fixada com base nos critérios do art. 49 do Código Penal, considerando a gravidade do crime, o grau de reprovabilidade da conduta e seus impactos sociais, sendo legítima sua aplicação no patamar mínimo quando compatível com a infração”.

Dispositivos relevantes citados: CP, arts. 59, 61, II, “c”, 65, I e III, “d”, 69, 76, 111 e 347, parágrafo único; Lei 10.826/2003, art. 14; STJ, Súmula 231.

Jurisprudência relevante citada: STJ, RHC 53.491/PE, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, j. 10.11.2015; STJ, HC 834.126/RS, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, j. 05.09.2023; STJ, AgRg no REsp 1993618/MG, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, j. 06.03.2023.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos da **Apelação Criminal n.º 8063655-49.2024.8.05.0001**, em que figura como apelantes e apelados **LUIZ GUILHERME DAS NEVES INACIO**, e o **MINISTERIO PUBLICO DO ESTADO DA BAHIA**.

ACORDAM os Senhores Desembargadores integrantes da Primeira Turma da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, por unanimidade, em **NEGAR PROVIMENTO** ao recurso do réu e **DAR PROVIMENTO EM PARTE** ao recurso do Ministério Público, condenando o agente à pena definitiva de 6 (seis) meses de detenção e 10 dias-multa, à base de 1 salário mínimo, pelo crime de fraude processual (art. 347, parágrafo único, do Código Penal), em regime semiaberto; e consolidar em 20 anos de reclusão e 10 dias- multa à base de 1 salário mínimo a pena pelo crime de Latrocínio (art. 157, § 3º, II, do CP), reajustados os parâmetros da dosimetria, nos termos do voto do Relator

DECISÃO PROCLAMADA

Conhecido e provido em parte Por Unanimidade

RELATÓRIO

Tratam-se de Apelações interpostas por **LUIZ GUILHERME DAS NEVES INACIO** e pelo órgão ministerial contra a sentença (ID 76814118), proferida pelo MM. Juiz da 16ª Vara Criminal de Salvador, que condenou o réu a pena de 20 (vinte) anos de reclusão pela prática do crime de Latrocínio (art. 157, § 3º, II, do CP) contra a vítima **MARCOS LUÍS SILVA ALVES**, a ser cumprida em regime fechado, além de 10 (dez) dias-multa, no valor correspondente a 1 (um) salário mínimo vigente na época do delito.

Em suas razões recursais (ID 76814121), o réu sustenta a nulidade da dosimetria da pena, arguindo que houve excesso na valoração negativa de circunstâncias judiciais.

Alega que o magistrado de primeiro grau majorou a pena-base sem fundamentos concretos, atribuindo peso indevido à culpabilidade, às circunstâncias e às consequências do crime. Argumenta que, para crimes de latrocínio, esses elementos já estão embutidos na severidade da pena mínima prevista no tipo penal, sendo vedado utilizá-los para elevar a pena-base acima do mínimo legal.

Afirma que a culpabilidade foi considerada exacerbada pelo fato de a vítima ser motorista de aplicativo, em razão da suposta vulnerabilidade desse grupo. Defende que esse critério não pode ser aplicado, pois não há distinção entre esse tipo de vítima e outras que possam estar em situações semelhantes de risco. Assim, não haveria fundamento para agravar a pena com base nesse argumento.

Defende que as consequências do crime foram valoradas negativamente em razão da vítima deixar três filhos menores. Contudo, sustenta que a perda de um ente querido é inerente ao crime de latrocínio, de modo que tal circunstância não pode ser utilizada para exasperar a pena-base.

Narra que, na segunda fase da dosimetria, o juiz reconheceu duas circunstâncias atenuantes: confissão espontânea e menoridade relativa. Entretanto, ao aplicá-las, limitou-se a reduzir a pena de 26 para 20 anos, sem justificar a fração aplicada. Argumenta que a redução deveria ter sido de, no mínimo, 1/6 para cada atenuante reconhecida.

Quanto à pena de multa, alega que o valor dos dias-multa foi fixado de forma desproporcional, sem fundamentação adequada, o que violaria os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Ao final, requer a reforma da sentença para que a pena-base seja fixada sem a valoração de culpabilidade e consequências do crime, ou pela valoração negativa a 1/8 da diferença entra a pena mínima e a máxima; redução de 1/6, no mínimo, para cada atenuante na segunda fase; e revisão do valor da multa para o mínimo legal.

Por sua vez, o Ministério Público do Estado da Bahia interpôs apelação, ID 76814131, arguindo a necessidade de reforma da sentença para condenação do réu pelos crimes de fraude processual majorada e porte irregular de arma de fogo de uso permitido.

Sustenta que o magistrado de origem se equivocou ao absolver o réu do crime de fraude processual, sob o argumento de que os atos praticados tinham como único objetivo facilitar a fuga. Defende que a destruição de provas após o crime, incluindo a queima das roupas utilizadas na execução e o descarte da arma de fogo, configuram o dolo específico de embaraçar a persecução penal, devendo ser reconhecida a tipificação do art. 347, parágrafo único, do Código Penal.

Alega que a fundamentação empregada pelo juízo de primeiro grau ao afastar a condenação por fraude processual é insustentável, pois a tese de que a ocultação e destruição de provas configurariam meramente atos vinculados à tentativa de fuga ignora a existência de um dolo específico, revelado no contexto fático, bem como em elementos objetivos colhidos nos autos.

Argumenta que, conforme entendimento consolidado nos Tribunais Superiores, a destruição de provas não pode ser considerada uma forma legítima de defesa, visto que tal conduta não se

restringe a uma reação defensiva contra a persecução penal, mas sim a um ato que visa impedir a correta aplicação da justiça.

Articula que a Súmula 522 do Superior Tribunal de Justiça, que estabelece que a atribuição de identidade falsa perante autoridade policial é crime, ainda que praticada sob a justificativa de autodefesa, demonstra que o ordenamento jurídico não admite que o acusado tome medidas ilícitas para obstruir a atividade jurisdicional.

Enfatiza que a tipificação da fraude processual não exige que a conduta tenha efetivamente induzido as autoridades ao erro, bastando a intenção do agente de alterar, destruir ou ocultar provas para que se configure o delito.

No tocante ao crime de porte irregular de arma de fogo de uso permitido, assevera que a decisão de primeiro grau laborou em erro ao considerar que a posse do armamento estaria abarcada pelo princípio da consunção, dado que o porte se limitara à prática do latrocínio.

Discorre que, embora a arma tenha sido utilizada na prática do crime patrimonial violento, a conduta posterior de entregar o armamento a um terceiro não identificado configura um novo fato típico e autônomo, desvinculado do crime de latrocínio.

Enfatiza que a jurisprudência pátria tem reiteradamente afastado a consunção entre os delitos de porte ilegal de arma de fogo e crimes patrimoniais, uma vez que a posse do armamento constitui um crime de perigo abstrato, cuja existência independe do efetivo emprego da arma na execução de outro delito.

Aponta que a absolvição do acusado pelo crime de porte ilegal de arma de fogo viola os princípios da proporcionalidade e da segurança pública, uma vez que o descarte do armamento em favor de um terceiro não identificado reforça o ciclo de circulação ilícita de armas de fogo no meio criminoso, favorecendo a perpetuação de práticas delitivas graves. Sustenta, portanto, que a absolvição nessa seara fragiliza o sistema penal e permite que condutas de elevado potencial lesivo fiquem impunes, motivo pelo qual pugna pela condenação do réu pelo porte ilegal de arma de fogo, nos termos do artigo 14 da Lei 10.826/03.

No que tange à **dosimetria da pena**, alega que o juízo sentenciante não realizou a devida valoração das circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal, aplicando uma majoração irrisória à pena-base do crime de latrocínio.

Argumenta que, diante da brutalidade da conduta, da premeditação do crime, da vulnerabilidade da vítima, da impossibilidade de defesa e do impacto social da infração, a elevação da pena-base deveria ter sido significativamente superior ao acréscimo aplicado na sentença.

Pontua que a valoração dessas circunstâncias deve ser feita de maneira condizente com a gravidade dos fatos, sob pena de afronta ao princípio da individualização da pena e de tratamento indulgente a crimes de extrema violência.

Assim, diante do exposto, pugna pela reforma da sentença para que o réu seja condenado pelos crimes de fraude processual e porte ilegal de arma de fogo, bem como para que sua pena pelo crime de latrocínio seja agravada, em observância aos princípios da proporcionalidade e da segurança jurídica.

Contrarrazões da acusação ao apelo defensivo repousam ao ID 76814132, pelo seu improvimento.

Por sua vez, a defesa ofereceu suas contrarrazões ao ID 76814135, defendendo o improvimento do apelo em todos os seus termos.

A Procuradoria de Justiça opinou pelo conhecimento e improvimento do apelo da Defensoria Pública, e provimento integral do recurso da acusação (ID 78169645).

É o relatório, que submeto ao crivo da ilustre Desembargadora Revisora.

VOTO

Cuidam-se de Apelações interpostas por **LUIZ GUILHERME DAS NEVES INACIO** e pelo órgão ministerial contra a sentença (ID 76814118), proferida pelo MM. Juiz da 16ª Vara Criminal de Salvador, que condenou o réu a pena de 20 (vinte) anos de reclusão pela prática do crime de Latrocínio (art. 157, § 3º, II, do CP) contra a vítima **MARCOS LUÍS SILVA ALVES**, a ser cumprida em regime fechado, além de 10 (dez) dias-multa, no valor correspondente a 1 (um) salário mínimo vigente na época do delito.

No mérito, consta nos autos que no dia 04 de maio de 2024, por volta das 04h41, **LUIZ GUILHERME DAS NEVES INACIO** e ANDERSON SANTOS COSTA, previamente ajustados e com *animus furandi*, solicitaram uma corrida através do aplicativo UBER e foram atendidos pela vítima, que atuava como motorista do aplicativo na ocasião e buscou os criminosos no local solicitado; ao adentrarem no veículo, nas imediações da Avenida Luiz Viana Filho, sentido bairro da Paz, na cidade de Salvador/BA, os agentes anunciaram assalto e reivindicaram o veículo da vítima. Contudo, mesmo que esta não tivesse esboçado reação, foi alvejada por tiros enquanto tentava estacionar o veículo para entregá-lo aos assaltantes.

A análise dos recursos será feita conjuntamente.

O órgão ministerial, à luz da dinâmica dos fatos verificada durante a instrução, postulou em alegações finais a *emendatio libelli* para que o réu fosse condenado, em concurso material com o latrocínio, pelos crimes de fraude processual (art. 347, parágrafo único, do Código Penal) e porte irregular de arma de fogo (art. 14 da Lei 10.826/2006).

Nota-se que o acréscimo operado na decisão não trouxe qualquer circunstância ou elemento que já não estivesse descrito na inicial acusatória, em que se narrou:

*“Apurou-se, outrossim, que após consumado o latrocínio, a dupla criminosa conduziu o veículo para Estrada Velha do Cabrito, n.º 562, tendo, posteriormente, **queimado as roupas utilizadas no momento do crime, dispensado a arma de fogo, o celular da vítima, além de um simulacro de arma de fogo e um bloqueador de sinal de celular, também utilizados na empreitada criminosa.**”*

Em interrogatório judicial, para além do crime de roubo (embora tenha asseverado que não visava a nada além da subtração), o réu confessou que, diante da repercussão do crime, decidiu juntamente ao agente ANDERSON mudar a sua fisionomia antes de irem para Mata de São João, e que a arma do crime foi entregue a um mototaxista conhecido de ANDERSON, e que ambos queimaram as roupas que vestiam durante o assalto. Tais informações em específico foram corroboradas por ANDERSON perante o juízo. Veja-se:

Interrogatório do réu LUIZ GUILHERME DAS NEVES INÁCIO: *“Que saiu com o Anderson para roubar, mas que não tinha a intenção de matar; que conhece Anderson da sua rua; Que a ideia do assalto foi de Anderson; que na Paralela, já perto do bairro da Paz deram a voz de assalto; que o uber os pegou na Boca do Rio e seguiu para a Paralela; que mandaram a vítima encostar e, nesse momento, Anderson disparou sem motivo algum; que depois disso tomou a direção do carro e levou para uma rua próximo à rua de Anderson e foram para casa de Anderson onde dormiram; que na manhã, o fato já havia repercutido; **que a arma era um revólver calibre 38**; que pegaram um carro ‘ligeirinho’ e foram para Mata de São João e lá decidiram ir para Simões Filho e seguir para Cruz das Almas; que antes de saírem resolveram mudar a*

fisionomia; que em Simões Filho, após atravessar a passarela, foram abordados pela polícia; que no dia do assalto saíram de casa por volta das 18:00 horas e foram para Boca do Rio; que Anderson tinha um bloqueador de sinal de celular; que chamaram vários carros até que a vítima aceitou fazer a corrida; que antes de saírem sabia que Anderson estava armado com uma arma de fogo, tendo o declarante se munido de um simulacro; que esta foi o segundo assalto, sendo que o primeiro não deu certo, tendo ambos desistido da ação; que apenas queriam os pertences da vítima; que levaram o aparelho celular da vítima; que entrou em pânico após o disparo; **que sua roupa ficou suja de sangue**; que Anderson colocou a vítima para fora do carro; que permaneceu todo o tempo dentro do carro; **que o revólver foi entregue a um mototaxista conhecido de Anderson** e as roupas foram queimadas; que nenhum diálogo foi travado com a vítima durante o assalto.”

Interrogatório do réu ANDERSON SANTOS COSTA: “Que conheceu Luís Guilherme há uns três dias antes do corrido; que o conheceu pelo whatssap, sendo que Luís Guilherme pegou seu contato com alguém e começou a lhe ligar para marcar coisa; que Luís Guilherme queria praticar assalto, mas que não queria participar, tendo se recusado inicialmente; que saiu com Luís Guilherme para praticar o assalto do uber, mas não teve a intenção de matar; que Luís Guilherme passou em sua casa e ficou o incentivando a praticar assalto; que chegou a recusar por três vezes, aceitando na quarta vez em razão de dívidas que possuía; disse que conseguiriam uns R\$13.000,00 (treze mil reais) e dividiriam ao meio; que não teve a intenção de atirar, mas apenas de dar uma coronhada na vítima, mas a arma disparou; que a arma foi providenciada por Luís Guilherme lhe sendo entregue por um mototaxista; que Luís Guilherme estava com um simulacro de pistola 380 e a do depoente era um revólver calibre 38; que pegaram o uber na Boca do Rio e que Luís Guilherme fez a chamada; que a intenção era ir para Simões Filho ou Feira de Santana;

que Luís Guilherme tocou em sua perna por três vezes lhe dando o sinal da voz de assalto; que deu a voz de assalto e colocou a arma de fogo na cabeça da vítima; que na hora que a vítima ia descer, a arma disparou sem que tocasse no gatilho; que a arma estava engatilhada já tendo recebido desse modo da mão de Luís Guilherme; que Luís Guilherme abriu a porta o carro e jogou a vítima para fora; que saíram com o carro estando na direção; que queimou suas roupas que estavam sujas de sangue; que a arma foi entregue a um mototaxista, numa XRE 300, chamado por Luís Guilherme; que tinham a intenção de fugir para Cruz das Almas; que pegaram um carro e foram até Santo Amaro e lá pegaram um ônibus; que desceram na PRF, mas foram recebidos pela polícia; que havia cortado o cabelo antes da fuga, mas foi porque estava muito grande e não para se diferenciar; que está com sequelas em razão dos tiros; que a vítima não esboçou reação; que sabia que a arma estava com defeito, mas não sabia qual; que morava na Estrada Velha do Cabrito; que saíram de lá e foram para a Boca do Rio; que chegaram na Boca do Rio umas 22:00 horas e já estava com a arma de fogo; que na Boca do Rio adquiriu a arma de fogo e o bloqueador de sinal; que um rapaz da Boca do Rio usou uma conta falsa para chamar o uber; que pretendiam ir para Feira de Santana com o carro, mas a chamada era para Plataforma; que pegaram o uber às 23:30; que Luís Guilherme bateu em sua perna três vezes e disse ‘é agora’; que bateu duas vezes na cabeça da vítima com a arma engatilhada, mas não tinha a intenção de disparar, embora soubesse que a arma tivesse um defeito; que após o assalto tomou a direção do carro; que não sabe o nome da pessoa que fez a entrega da arma.”

O art. 347, parágrafo único, do Código Penal tipifica a conduta de inovar artificialmente o estado de lugar, de coisa ou de pessoa, com o fim de induzir a erro o juiz ou o perito, na pendência de processo penal. Em que pese a argumentação da defesa, em se tratando de processo penal, ao contrário do que prevê o caput do dispositivo (que trata de processos cíveis e administrativos), não se exige que a ação esteja em curso, tampouco instaurado inquérito policial, não mencionado no tipo, e cuja própria existência é dispensável.

Da jurisprudência, colhe-se que “*para a caracterização do delito de fraude processual, especificamente em relação à conduta descrita no parágrafo único do art. 347 do CP, é despcienda a existência de um procedimento previamente instaurado, diferentemente da conduta prevista no caput do mesmo preceito de regência, o qual veda a inovação artificial ‘na pendência de processo civil ou administrativo (...) com o fim de induzir a erro o juiz ou o perito’.*” (RHC 53.491/PE, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 10/11/2015, DJe 27/11/2015).

A fraude processual é crime comum e formal que dispensa, para a sua consumação, a efetiva indução do Juiz ou do perito a erro, bastando que a inovação seja potencialmente apta a produzir tal efeito.

Segundo a acusação, após a empreitada criminosa, os agentes queimaram as roupas que vestiam durante o assalto, inovando o estado de coisa com o objetivo de influir em eventual investigação criminal. Com efeito, o réu notadamente vestia uma camiseta de cor verde, que se vê incinerada nas fotos acostadas à perícia realizada na residência de ANDERSON (ID 76814090).

Não há que se confundir com o direito à autodefesa.

O princípio do *nemo tenetur se detegere*, embora autorize ao réu que se abstenha de adotar comportamentos ativos que impliquem em sua autoincriminação, bem como tolere a mentira em determinado grau (não se punindo, por exemplo, a simples negativa de autoria do crime sabidamente cometido), não deve ser interpretado de modo a admitir que o réu, sob o pretexto de exercer a autodefesa, pratique atos ilícitos, especialmente quando expressamente tipificados como tal.

Sobre a questão, veja-se elucidativo precedente da Corte Superior:

*HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PRIMEIRA FASE. AUMENTO DA PENA-BASE. NEMO TENETUR SE DETEGERE. DIREITO DE MENTIR. INEXISTÊNCIA. TOLERÂNCIA JURÍDICA NÃO ABSOLUTA. SUPOSTA MENTIRA DO RÉU NO INTERROGATÓRIO. ATRIBUIÇÃO FALSA DE CRIME A OUTREM. VALORAÇÃO COMO CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL NEGATIVA. IMPOSSIBILIDADE. FATO NÃO COMPROVADO E POSTERIOR AO DELITO IMPUTADO NA DENÚNCIA. FUNDAMENTO INIDÔNEO. ORDEM CONCEDIDA. 1. O direito a não se autoincriminar (do qual deriva, por lógica, o direito ao silêncio) é regra antiga e inerente ao processo penal de cariz democrático e racional. Constitui, nos dizeres de Ferrajoli, “a primeira máxima do garantismo processual acusatório, enunciada por Hobbes e recebida desde o século XVII no direito inglês” (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: Teoria do garantismo penal*, tradução coletiva, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 486). 2. Se, por um lado, a sua estatura é incontroversa, por outro, os seus limites geram acirrados debates na doutrina, especialmente no que concerne ao exercício da autodefesa no interrogatório. 3. Não é adequado admitir que haja, propriamente, um “direito de mentir”. A rigor, o que existe é uma tolerância jurídica - não absoluta - em relação ao falseamento da verdade pelo réu, sobretudo em virtude da ausência de criminalização do perjúrio no Brasil, conduta cuja tipificação penal é objeto de alguns projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional (por exemplo: PL 3148/21 e PL 4192/2015). 4. Tolerância não absoluta porque, em algumas oportunidades, a própria lei cuida de atribuir relevância penal à mentira ou outras*

formas de encobrir a verdade. É o que ocorre, por exemplo, nos crimes de autoacusação falsa (art. 341 do CP) e falsa identidade (art. 307 do CP), ainda que praticado este em nome da autodefesa (Súmula n. 522 do STJ: “A conduta de atribuir-se falsa identidade perante autoridade policial é típica, ainda que em situação de alegada autodefesa”). Também é o que sucede nas hipóteses em que, para defender-se, o acusado comete fraude processual (art. 347, parágrafo único, do CP) ou coage testemunhas (art. 344 do CP), a evidenciar que, se, por um lado, o nemo tenetur se detegere é garantia fundamental, por outro, encontra importantes limitações no ordenamento jurídico pátrio. (...)” (HC n. 834.126/RS, relator Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 5/9/2023, DJe de 13/9/2023.)

Fica evidente que o réu agiu com a finalidade de induzir o juízo e o perito a erro, porque ciente da existência de vestígios de sangue da vítima nas suas vestes, de modo que a incineração inequivocamente visava a impossibilitar a perícia e, assim, influir no julgamento.

Portanto, impõe-se a reforma da sentença, condenando-se o réu pela prática do crime de fraude processual, em concurso material, conforme previsto no art. 347, parágrafo único, do CP.

Neste sentido:

DIREITO PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. RECORRIDO DENUNCIADO PELA PRÁTICA DOS DELITOS PREVISTOS NOS ARTIGOS 121, § 2º, I E IV (DUAS VEZES), 211 (DUAS VEZES), E 347 (UMA VEZ) DO CÓDIGO PENAL. REJEIÇÃO PARCIAL DA DENÚNCIA. INADMISSÃO DA IMPUTAÇÃO DE PRÁTICA DO DELITO PREVISTO NO ART. 347 DO CÓDIGO PENAL. PLEITO RECURSAL DE REFORMA DA DECISÃO E CONSEQUENTE RECEBIMENTO INTEGRAL DA PEÇA ACUSATÓRIA. PROVIMENTO. SEGUNDO CLARA DISPOSIÇÃO CONTIDA NO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 347 DO CÓDIGO PENAL, CONFIGURA FRAUDE PROCESSUAL A INOVAÇÃO ARTIFICIOSA DO ESTADO DE LUGAR, DE COISA, OU DE PESSOA, AINDA QUE NÃO TENHA SIDO INICIADO PROCEDIMENTO PENAL, INCLUSIVE INQUÉRITO POLICIAL. PRECEDENTES DO STJ. DENÚNCIA COM NARRATIVA DE DESTRUIÇÃO DE PERTENCES DAS VÍTIMAS DE HOMICÍDIO, E DE ROUPAS DO RECORRIDO, UTILIZADAS DURANTE O DELITO, COM OBJETIVO DE APAGAR PROVAS DE SUA SUPOSTA PARTICIPAÇÃO NO DUPLO HOMICÍDIO. REJEIÇÃO PARCIAL DA DENÚNCIA QUE SE MOSTRA DESCABIDA. INEXISTÊNCIA DE EXCESSO DE ACUSAÇÃO. DECISÃO QUE DEVE SER REFORMADA, COM A ACEITAÇÃO DA PEÇA INCOATIVA NOS TERMOS PROPOSTOS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. 2.- PREQUESTIONAMENTO. REQUISITO DO PREQUESTIONAMENTO QUE SE SATISFAZ, NESTE JULGAMENTO, COM A EXISTÊNCIA DE PRONUNCIAMENTO SOBRE AS MATÉRIAS QUE SE PRETENDE SUBMETER AO CRIVO DAS INSTÂNCIAS EXTRAORDINÁRIAS. PRECEDENTES. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (Classe: Recurso em Sentido Estrito, Número do Processo: 0300568-12.2020.8.05.0103, Relator(a): JOAO BOSCO DE OLIVEIRA SEIXAS, Publicado em: 25/11/2021)

No que concerne ao crime de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido, o art. 14 da Lei 10.826/2003 pune com pena de reclusão, de 2 a 4 anos, a conduta de “portar, deter, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter,

empregar, manter sob guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.”

Embora cabível, em tese, a *emendatio libelli*, a instrução processual não enfrentou com a profundidade necessária a materialidade e a autoria do delito em questão.

Apenas se colheu do réu, em resposta a questionamento da acusação, que “o 38 ele ligou para um rapaz, um moto taxi e mandou pegar, o simulacro também”, notadamente atribuindo a autoria do porte ilegal a ANDERSON.

O que se colhe dos autos é que o réu LUIZ GUILHERME, aparentemente, portava apenas um simulacro, e não arma de fogo, acessório ou munição; ao contrário de ANDERSON, autor do disparo que ceifou a vida da vítima.

Não há, portanto, elementos suficientes para se firmar juízo de certeza acerca da justa causa para o crime de porte ilegal de arma de fogo, em relação ao acusado, pelo que não procede a *emendatio libelli*.

No tocante ao crime de latrocínio, como exaustivamente já abordado nas linhas alhures, a materialidade delitiva encontra-se suficientemente comprovada em laudo de exame cadavérico (ID 76814086) e laudo pericial de ID 76814088, constando que MARCOS LUIS SILVA ALVES faleceu vitimado por transfixação cervical por projétil de arma de fogo.

E a autoria do crime, extraída de elementos colhidos no inquérito policial, instruído com, dentre outros, imagens extraídas de câmera de monitoramento que guarnecia o veículo da vítima; prova testemunhal produzida em juízo e confissão do réu perante a autoridade policial (ID 76814113, PJE-Mídias), não havendo discussão quanto a estes pontos.

No tocante à dosimetria da pena, na primeira fase, para o crime de **fraude processual** (art. 347, parágrafo único, CP), não há circunstâncias que extrapolem o tipo penal, que mereçam consideração, de modo que a pena-base deve ser fixada em **6 (seis meses) e 10 dias-multa**, o mínimo legal.

Na segunda fase, deixo de considerar como agravante ter sido a fraude cometida “para facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime” (art. 61, “b”, CP), sob pena de incorrer em *bis in idem*, pois a circunstância se confunde sobremaneira com o próprio tipo penal. Deixo, também, de aplicar a majorante “com emprego de veneno, fogo, explosivo, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que podia resultar perigo comum” (alínea “d”), uma vez que o fogo foi utilizado como instrumento para a prática do crime, não se resultando desta conduta perigo comum.

Por sua vez, a atenuante genérica referente à menoridade relativa do agente (menor de 21 anos), prevista no art. 65, I, do CP, não terá efeito prático, eis que a pena base já se encontra em seu mínimo, dele não podendo retroceder (súmula 231 do STJ).

A pena intermediária resta mantida, e, em razão da ausência de causas de aumento ou diminuição a serem ponderadas, consolido a pena definitiva em **6 (seis) meses de detenção e 10 dias-multa**.

No tocante à dosimetria da pena do crime de latrocínio, na primeira fase, as circunstâncias judiciais não socorrem ao réu, especialmente: **culpabilidade** (diante do planejamento do crime, mediante solicitação de corrida através do aplicativo Uber, com animus furandi; o desprezo demonstrado à vítima em todo o iter criminis, inclusive após o disparo, lançando o corpo em via pública e seguindo o trajeto com abominável frieza); **circunstâncias** (o crime foi praticado em concurso de agentes, contra motorista de aplicativo que laborava durante a noite, justamente para compor renda que auxiliasse no sustento de sua família; e os fatos sucederam durante a madrugada, para facilitar a execução); e as **consequências do crime** pesam contra o réu, eis que a vítima era pai de família, que deixa três filhos menores. Ademais, conforme pontuado pelo juízo, o meio utilizado para escolha da vítima vulnerabiliza toda a comunidade e abala a sua confiança no sistema de transporte por aplicativo.

Acerca das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, sua análise não se baseia em critérios fixos que permitam uma operação matemática rigorosa entre os limites mínimo e

máximo da pena do crime. Isso implica que o réu não possui um direito subjetivo a que seja aplicada uma fração específica na fixação da pena-base em razão de cada circunstância judicial.

Tendo em vista que a diferença entre as penas mínima e máxima (20 a 30 anos de reclusão) é de 10 anos, a pena deverá ser majorada em 1 (um) ano 3 (três) meses para cada circunstância desfavorável considerando o patamar de 1/8 (um oitavo) do intervalo entre os parâmetros do preceito secundário.

No caso concreto, havendo **três circunstâncias desfavoráveis (culpabilidade, circunstâncias do crime e consequências)**, o acréscimo a ser feito sobre a pena mínima (20 anos) será de 3 anos e 9 (nove) meses.

Portanto, *ex officio*, fixo a pena-base em **23 (vinte e três) anos e 9 (nove) meses de reclusão e 141 dias-multa**.

Na segunda fase, o juízo reconheceu corretamente duas atenuantes genéricas, quais sejam: o agente ser menor de 21 anos à data do fato, porque nascido em 26/02/2005 (art. 65, I, CP) e a confissão espontânea (inciso III, “d”).

Deixou, no entanto, de fazer incidir a agravante referente à utilização de recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido (art. 61, II, “c”), uma vez que a dinâmica dos fatos demonstra que, inequivocamente, à vítima não restou qualquer possibilidade de defesa, rendido que estava pelos dois agentes portando armas (de fogo e simulacro), e que em seguida vieram a lhe ceifar a vida.

Havendo duas atenuantes, uma delas há de ser compensada com a atenuante da confissão espontânea, ocasionando, portanto, a diminuição da pena-base em 1/6, o que levaria a pena a 19 (dezenove) anos, 9 (nove) meses e 15 (quinze) dias. No entanto, a pena deve ser reconduzida ao mínimo legal, baliza que deve ser observada nesta fase. Logo, a pena intermediária resta fixada em **20 (vinte) anos e 10 dias-multa**.

Neste particular, o enunciado da Súmula 231 do STJ reza que a *“A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.”*

Conforme voto-vogal do Excelentíssimo Ministro Vicente Cernicchiaro no paradigmático RESP 7.287/PR, leading case que culminou na edição do referido enunciado, as agravantes e atenuantes são regidas por limites estritos, que não comportam qualquer alteração, seja para beneficiar ou para prejudicar a parte envolvida:

*“A pena é cominada em lei, não podendo – até por garantia, tanto da acusação, como da defesa – ser alterada pelo juiz. Este poderá, segundo o critério de oportunidade e conveniência, em função do caso concreto, aumentá-la ou reduzi-la, **dentro dos limites da cominação**, que é a hipótese de agravante ou atenuante. Causa especial de diminuição de pena é redução feita em tese pela própria lei, o que mostra que a hipótese é diferente. **Quanto à agravante e atenuante, realmente, os limites são rígidos. Não pode haver modificação, nem para favorecer nem para prejudicar.**”*

Assim, a despeito da irresignação da defesa em seu apelo, ainda que o réu tenha confessado espontaneamente o crime perante a autoridade judicial, a aplicação da atenuante deverá obedecer os limites do preceito secundário, o que não macula o princípio da individualização da pena.

Ausentes causas de aumento ou diminuição, a pena fica cominada em definitivo em **20 (vinte) anos de reclusão e 10 dias-multa**.

Havendo concurso de crimes apenados com reclusão e detenção, deve ser aplicado o regime inicial correspondente para cada um dos crimes, pois se aplica o disposto nos arts. 69 (concurso material de crimes) e 76 do Código Penal, em detrimento do art. 111 da Lei de Execuções Penais, que trata da hipótese de unificação das penas na execução. Sobre o tema:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO PENAL. CONCURSO DE INFRAÇÕES. RECLUSÃO E DETENÇÃO . APLICAÇÃO DO REGIME REFERENTE A CADA DELITO.

JURISPRUDÊNCIA DO STJ. 1. Na hipótese de concurso de infrações apenadas com reclusão e detenção, deve ser aplicado o regime inicial correspondente para cada um dos crimes, pois se aplica o disposto nos arts .69 e 76 do Código Penal, e não o art. 111 da Lei de Execucoes Penais, que cuida da hipótese de unificação das penas na execução. 2. A pena de reclusão será cumprida em primeiro lugar e, posteriormente, a de detenção, não havendo falar em unificação de penas, diante da impossibilidade de execução simultânea de duas modalidades distintas de penas privativas de liberdade (AgRg no REsp n. 1.835.638/GO, Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 3/12/2019). 3 . Verifica-se que o caso dos autos não se refere à unificação das penas para fins de execução penal, mas para definição do regime inicial de cumprimento da pena. Nesse contexto, deve ser aplicado o regime correspondente para cada um dos crimes, nos termos dos arts. 69 e 76 do Código Penal e, não, o art. 111 da Lei de Execução Penal - LEP, como fez o TJGO . [...] No caso, mantém-se o estabelecimento do regime inicial semiaberto para o crime cuja a pena é de reclusão e regime inicial aberto para o crime cuja a pena é de detenção (AgRg no REsp n. 1.935.456/GO, Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, DJe de 26/5/2022) . 4. Agravo regimental desprovido. (STJ - AgRg no REsp: 1993618 MG 2022/0088942-5, Relator.: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Data de Julgamento: 06/03/2023, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 10/03/2023)

Logo, em relação ao latrocínio, o regime inicial de cumprimento será o fechado, com fundamento no art. 33, §2º, “a”, do Código Penal (“o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado”) e quanto à fraude processual, será o regime semiaberto.

Por fim, relação ao valor da pena de multa, a sentença não merece reproche, uma vez que a sua fixação deve ser feita com base nos parâmetros legais elencados pelo Código Penal, levando em conta a gravidade concreta do crime, o alto grau de reprovabilidade da conduta e os impactos sociais da infração.

O art. 49 do Código Penal estabelece que a pena consistirá no pagamento de, no mínimo, de 10 (dez) e, no máximo, de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa, cujo valor pode variar de um trigésimo a cinco vezes o valor do salário-mínimo vigente ao tempo do fato.

A sentença, em atenção a tais critérios, estabeleceu a quantidade mínima de 10 (dez) dias-multa, no valor de 1 (um) salário mínimo, muito aquém do valor máximo permitido, e compatível com a gravidade da conduta.

Diante do exposto, voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao recurso do réu e DAR PROVIMENTO EM PARTE ao recurso do Ministério Público, condenando o agente à pena definitiva de 6 (seis) meses de detenção e 10 dias-multa, à base de 1 salário mínimo, pelo crime de fraude processual (art. 347, parágrafo único, do Código Penal), em regime semiaberto; e consolidar em 20 anos de reclusão e 10 dias-multa à base de 1 salário mínimo a pena pelo crime de Latrocínio (art. 157, § 3º, II, do CP), reajustados apenas os parâmetros da dosimetria.

(TJBA – AGRAVO INTERNO EM AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA . 8003442-51.2022.8.05.0000. Segunda Câmara Criminal. Relator: Des. João Bosco de Oliveira Seixas. Julgado em 24/02/2025).

ACÓRDÃO

Ementa: DIREITO PROCESSUAL PENAL. AGRAVO INTERNO NA AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. INVESTIGAÇÃO SOBRE SUPOSTAS IRREGULARIDADES EM PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS, SENDO APONTADA A UTILIZAÇÃO DE VERBAS FEDERAIS. DECLINADA A COMPETÊNCIA PARA A JUSTIÇA FEDERAL. RECURSO DESPROVIDO.

I. CASO EM EXAME

1. Agravo interno interposto por CÉSAR ROTONDANO MACHADO contra decisão monocrática que declarou a incompetência do Tribunal de Justiça da Bahia para prosseguir no julgamento da ação penal originária nº 8003442-51.2022.8.05.000, declinando-se da referida competência para a Justiça Federal, com fundamento no art. 109, inciso IV, da Constituição Federal.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. O cerne da discussão é verificar se houve alteração fática suficiente para justificar o reconhecimento da competência da Justiça Federal em razão da origem das verbas públicas supostamente utilizadas nos pregões licitatórios investigados.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. Através de laudo contábil elaborado pela Polícia Federal (nº 0539/2023), restou demonstrada a utilização de verba pública federal oriunda do Fundo Nacional de Saúde no pagamento de despesas decorrentes dos Pregões Presenciais nºs 13/2018 e 01/2019, bem como a possibilidade de conexão probatória com o Pregão Presencial nº 001/2017, em que a análise da origem das verbas se mostrou inconclusiva.

4. Registrado que, apesar de o primeiro parecer do Tribunal de Contas da União (TCU) e da decisão do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) terem indicado, em momento anterior, ausência de interesse federal, restou esclarecido que tais manifestações se limitaram ao Pregão Presencial nº 001/2017 e ao exame de dotações orçamentárias, mas sem o aprofundamento necessário para as investigações dos supramencionados pregões.

6. Em recente precedente, destaca-se entendimento perfilhado pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça no sentido de que causas envolvendo verbas públicas oriundas do Sistema Único de Saúde, mesmo quando transferidas “fundo a fundo” e incorporadas ao patrimônio municipal, atraem a competência da Justiça Federal, em razão do interesse da União na fiscalização desses recursos.

7. Nos termos da regra de conexão probatória, prevista no art. 76, inciso III, do Código de Processo Penal, é possível concluir que os fatos investigados, relativos aos Pregões Presenciais nº 001/2017, nº 13/2018 e nº 01/2019, devem ser analisados de forma conjunta, em razão da inter-relação dos elementos probatórios, com eventual repercussão sobre a competência jurisdicional.

8. Evidenciando-se alteração fática relevante e demonstrado o interesse federal nas verbas públicas supostamente envolvidas, a competência deve ser fixada na Justiça Federal, consoante dispõe o art. 109, inciso IV, da Constituição Federal.

IV. DISPOSITIVO E TESE

8. Recurso desprovido.

Tese de julgamento:

1. Verbas públicas oriundas do Sistema Único de Saúde transferidas “fundo a fundo” estão sujeitas à competência da Justiça Federal, em razão do interesse da União na sua fiscalização, nos termos do art. 109, inciso IV, da Constituição Federal.
2. A conexão probatória entre fatos investigados em diferentes procedimentos licitatórios justifica o julgamento conjunto na Justiça Federal, quando identificada a utilização de recursos públicos federais.

Dispositivos relevantes citados: CF/1988, art. 109, IV; CPP, art. 76, III; Decreto-Lei nº 201/1967, art. 1º, I; Lei nº 8.666/1993, art. 90.

Jurisprudência relevante citada: STJ, AgRg nos EDcl no HC nº 869.767/MT, rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, j. 08/04/2024, DJe 12/04/2024.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de AGRAVO INTERNO NA AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA Nº 8003442-51.2022.8.05.0000, tendo como Agravante CÉSAR ROTONDANO MACHADO e Agravado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA.

Acordam os Desembargadores componentes da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça da Bahia no sentido de CONHECER E NEGAR PROVIMENTO AO AGRAVO INTERNO, de acordo com o voto do Relator.

DECISÃO PROCLAMADA

Conhecido e não provido Por Unanimidade

RELATÓRIO

“Trata-se de agravo interno interposto por **CÉSAR ROTONDANO MACHADO**, empresário e prefeito de Milagres, contra a decisão monocrática que declarou a incompetência desta Corte de Justiça para prosseguir no julgamento da ação penal nº 8003442-51.2022.8.05.0000, declinando a referida competência para a Justiça Federal, com fulcro no art. 109, inciso IV, da Constituição Federal (id. 67828816).

Nas presentes razões recursais, o agravante assevera que a decisão recorrida, proferida deve ser reformada. Sustenta que, mesmo diante das novas investigações feitas pela Polícia Federal e das conclusões obtidas com o novo laudo contábil elaborado por esta, não houve alteração dos fatos inicialmente analisados por este relator, precisamente na decisão anterior, datada de 01/03/2023 (id. 40570243), que manteve a competência da Justiça Estadual.

Nesse sentido, aduz que resta demonstrado que a origem dos recursos públicos em discussão teriam sido incorporados ao patrimônio do município, sendo o Tribunal de Contas de Município o órgão competente para fiscalização dos referidos recursos e, logo, suficientemente configurada a competência deste Tribunal de Justiça, nos termos da Súmula nº 209 do STJ.

O agravante argumenta, ainda, que, mesmo se tratando de recursos transferidos “fundo a fundo”, o órgão fiscalizatório é o Tribunal de Contas do Estado, situação que também atrairia a competência da Justiça Estadual.

Requer, portanto, o conhecimento e provimento do agravo interno, a fim de reformar a decisão recorrida e manter o trâmite da ação penal em comento perante este Tribunal de Justiça (id. 72180798).

Nas contrarrazões recursais, o Ministério Público pugna pelo desprovimento do agravo interno (id. 76087395).

Encontrando-se os autos conclusos para julgamento e não sendo caso de revisão, solicito a inclusão em pauta, nos termos do art. 55-A, § 1º, inciso I, do RITJBA.

É o relatório.

VOTO

Presentes os pressupostos extrínsecos e intrínsecos de admissibilidade, conheço do recurso.

Inicialmente, cumpre esclarecer que, através de pesquisa realizada no site do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), verificou-se que o réu César Rotondano Machado, ora agravante, e o corréu Ivan Cláudio de Almeida não concorreram, respectivamente, ao cargo de prefeito de Milagres e de Ibiquera para o novo quadriênio 2025/2028. Entretanto, a decisão agravada, que declinou da competência para a Justiça Federal foi proferida em 17/10/2024, ou seja, antes mesmo da referida perda da prerrogativa de foro perante este Tribunal de Justiça. Ainda, registra-se, também, que o presente agravo interno em comento foi interposto em 29/10/2024 (id. 72180798).

Ultrapassada tal questão e adentrando na análise do caso concreto, sustenta o agravante que a decisão monocrática merece ser reformada, pois, mesmo diante das novas investigações feitas pela Polícia Federal e das conclusões obtidas com o novo laudo contábil elaborado por perito oficial, não houve alteração dos fatos inicialmente analisados por este relator, precisamente dos que haviam sido apreciados na decisão proferida em 01/03/2023 (id. 40570243), quando se entendeu pela manutenção da competência da Justiça Estadual.

Ora, sobre tal contexto apresentado pelo agravante, cumpre esclarecer algumas questões, as quais, inclusive, foram abordadas na decisão recorrida. Vejamos:

Consoante relato feito na denúncia, foi possível extrair, em síntese, que através do procedimento investigatório criminal nº 003.9.86035/2020, foram apuradas supostas irregularidades ocorridas no município de Ibiquera, na realização do pregão presencial nº 01/2017, investigações que, posteriormente, foram estendidas às possíveis irregularidades também nos pregões nºs 13/2018 e nº 01/2019 (id. 24374305).

Nesse sentido, registra-se que, no início do trâmite desta ação penal, quando o Órgão Ministerial arguiu a incompetência desta Corte de Justiça para conhecer e julgar a presente ação penal, este relator expressamente consignou não restar demonstrada a alegação da existência de verbas federais nas contratações licitatórias apuradas.

Naquele momento, conforme as razões de julgar na decisão proferida em 01/03/2023 (id. 40570243), foi expressamente registrado que, além do Tribunal de Contas da União ter declarado inexistir qualquer recurso de origem federal envolvido nos indícios de irregularidades no Pregão Presencial nº 01/2017, também não poderia se desconsiderar o resultado do julgamento do Conflito Negativo de Atribuição. No referido Conflito, observou-se que o Conselho Nacional do Ministério Público firmou a atribuição do Ministério Público do Estado da Bahia, em detrimento do Ministério Público Federal, para conhecer da “notícia crime” que embasou a instauração da presente ação penal.

Ainda, em tal decisão, também foi destacado que, mesmo que comprovada fosse a existência de verba federal no fundo municipal, esta seria considerada como incorporada ao patrimônio do Município de Ibiquera, nos termos da orientação sumular nº 209 do STJ. Assim, naquele referido momento processual, foi mantida a competência deste Tribunal de Justiça (id. 40570243), sendo a denúncia parcialmente recebida (id. 45234353), eis que verificada a existência de justa causa tão somente para prosseguir na apuração do crime previsto no art. 90 da Lei 9.666/1993, precisamente apenas acerca do pregão presencial nº 001/2017 (imputado a ambos os denunciados) e do crime do art. 1º, inciso I, do Decreto-Lei nº 201/1967 (imputado apenas ao denunciado Ivan Cláudio).

Entretanto, mais recentemente, o Órgão Ministerial novamente peticionou nos presentes autos, apresentando fatos novos que, no seu entender, demonstraram o envolvimento de repasses federais nas irregularidades ora apuradas e, portanto, justificariam o declínio da competência para a Justiça Federal. Destacou, através das informações extraídas no IPL 2020.0048409-SR/PF/BA e encaminhadas através da Petição Criminal nº 8013650-26.2024.8.05.0000 (no Sistema PJE de Segundo Grau), que foi possível verificar que os fatos ali narrados eram os mesmos que estavam sendo apurados na presente ação penal, quais sejam, o envolvimento dos referidos denunciados em supostas fraudes dos pregões presenciais nº 001/2017, nº 013/2018 e nº 01/2019, ocorridas no Município de Ibiquera.

Neste aspecto, o representante ministerial prosseguiu relatando que o Laudo Contábil 0539/2023-SETEC/SR/PF/PE, emitido em 31/07/2023 (e, portanto, posterior ao julgamento do Conflito de Atribuição pelo CNMP, realizado em 28/09/2021), comprovou a utilização de verbas públicas federais financiadoras da saúde no pagamento das despesas contratuais ora investigadas. Detalhou que a manifestação anterior do Tribunal de Contas da União (TCU) se limitou à análise do Pregão Presencial nº 01/2017 e à previsão editalícia das fontes de financiamento do futuro contrato, não englobando, portanto, a análise dos pregões presenciais nºs 13/2018 e 01/2019, bem como não teria avançado na averiguação da natureza dos recursos efetivamente utilizados na realização dos pagamento decorrentes do correlato contrato.

Ressaltou, inclusive, que houve duplicidade de procedimentos instaurados nesta Justiça e na Justiça Federal, bem como que o eminente Desembargador federal Leão Alves, ao ser instado a se manifestar sobre a competência para processar e julgar os fatos narrados nos autos do Inquérito Penal nº 1017097-30.2020.4.01.0000, oriundos da Polícia Federal e remetidos ao Tribunal Regional Federal da 1ª Região, consignou se tratar dos mesmos fatos apurados na presente ação penal e, por isso, determinou a remessa do supramencionado inquérito policial para análise do promotor atuante na ação penal em trâmite neste Tribunal de Justiça. É o que se pode conferir dos seguintes trechos da referida decisão federal, proferida em 22/01/2024 (id. 58124986, fls. 18/20 dos autos da Petição Criminal nº 8013650-26.2024.8.05.0000):

“(..). I. A. O presente inquérito policial foi instaurado em 29/05/2020 para apurar a suposta prática de crimes previstos no Art. 1º, I, do Decreto-Lei 201/1967 e no Art. 90 da Lei 8.666/1993 (atualmente correspondente ao crime do Art. 337-F do Código Penal), “pelos prefeitos de Ibiquera/BA, IVAN CLÁUDIO DE ALMEIDA (quadriênios 2017/2020 e 2021/2024), e de Milagres/BA, CÉZAR ROTONDANO MACHADO (quadriênios 2017/2020 e 2021/2024), em razão de supostas irregularidades na realização do Pregão Presencial nº 01/2017 e do Pregão Presencial nº 13/2018.” Id. 385857148. Posteriormente, as investigações foram estendidas a possíveis irregularidades no Pregão Presencial n. 01/2019.

Os fatos investigados referem-se a supostas fraudes nos procedimentos licitatórios, assim como na execução de despesas decorrentes dos contratos firmados com C.R.M. Comercial de Derivados de Petróleo Ltda., para o fornecimento de combustíveis e lubrificantes para a frota veicular da prefeitura.

B. O laudo contábil-financeiro n. 0539/2023 – SETEC/SR/PF/PE atestou irregularidades (sobrepço, montagem e direcionamento de licitação) e a efetiva utilização de verba pública oriunda do Fundo Nacional de Saúde, no valor R\$ 215.997,93. Id. 378025153, pp. 6-136.

C. Por outro lado, durante a oitiva do prefeito de Ibiquera, informou-se o trâmite de investigação concomitante, perante a Justiça do Estado da Bahia, sobre os mesmos fatos. Provocado em razão de conflito negativo de atribuição, o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) reconheceu a ausência de interesse federal, nos seguintes termos: (...)

II. Conforme consignou a PRR1, de fato, há duplicidade de procedimentos no presente caso, uma vez que já tramita na Justiça Estadual a Ação Penal n. 8003442-51.2022.8.05.0000, com prévia manifestação do CNMP acerca da atribuição do Ministério Público do Estado da Bahia, diante da ausência de interesse federal. Id. 378025153, pp. 192-241.

Registre-se que o mencionado feito possuía inicialmente o objeto mais restrito do que o dos presentes autos, pois se referia apenas ao Pregão Presencial nº 01/2017, sendo posteriormente estendido, por ocasião da denúncia, para os Pregões Presenciais nº 13/2018 e 01/2019. A mencionada manifestação do CNMP, em sede de conflito de jurisdição, diz respeito somente ao primeiro procedimento licitatório.

Nesse contexto, faz-se necessário que haja manifestação do CNMP a respeito da atribuição do órgão ministerial em relação aos referidos procedimentos licitatórios. Ademais, a decisão do CNMP encontra-se em vigor, competindo, até o momento, ao Ministério Público do Estado da Bahia, atuar no caso.

III. Em consonância com a fundamentação acima, defiro o pedido de remessa dos autos ao Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, para fins de exame do promotor atuante nos autos da Ação Penal nº 8003442-51.2022.8.05.0000 (...)” - grifos nossos.

Verifica-se, também, que, na decisão ora agravada, foi registrado que, embora constada a duplicidade de procedimentos para apurar os mencionados fatos delitivos, o recebimento da denúncia da presente ação penal originária foi parcial, eis que admitiu existirem elementos indiciários para a instauração desta apenas quanto à acusação envolvendo o pregão presencial nº 01/2017, sendo rejeitada por ausência de justa causa exatamente em relação aos demais pregões presenciais nº 13/2018 e nº 01/2019.

Feita a delimitação da matéria sub judice, atestou este relator que, de fato, o *decisum* anterior, proferido em 01/03/2023, que tinha mantido a competência desta Corte de Justiça, embasou-se na decisão proferida pelo Conselho Nacional do Ministério Público, a qual, por sua vez, teve suporte no parecer do TCU. Entretanto, como bem pontuado pelo Ministério Público, o mencionado parecer, além de não ter analisado os Pregões nº 13/2018 e nº 01/2019, também não se aprofundou na análise da origem dos valores efetivamente utilizados no Pregão nº 001/2017, limitando-se, portanto, a analisar o edital de dotação orçamentária.

Ainda, observou este relator que o novo laudo pericial nº 539/2023, realizado posteriormente ao referido parecer do TCU, trouxe um exame mais completo, através do qual se extraiu informações mais precisas, indicando a utilização de verba federal nos processos de pagamento referentes aos Pregões nºs 13/2018 (itens “171 ao 173”) e 01/2019 (itens “275 ao 277”) (respectivamente, id. 58124983, fls. 154 e id. 58124984, fls. 06, ambos dos autos da Petição Criminal nº 8013650-26.2024.8.05.0000).

Também, precisamente quanto ao processo licitatório do Pregão Presencial nº 001/2017, o novo laudo pericial reafirmou que não houve indicação de utilização de verba federal, ressaltando, entretanto, a impossibilidade de comprovar a lisura dos lançamentos contábeis ante a falta de acesso a todos os documentos para tal análise. É o que se infere dos seguintes trechos do referido laudo

(item “IV.1.1.3.5 - Fonte orçamentária dos recursos públicos informada nos processos de pagamentos das despesas relativas ao Contrato nº 12/2017 - PP 01/2017” - id. 58124983, fls. 124/125 dos autos da Petição Criminal nº 8013650-26.2024.8.05.0000):

“(...) os demonstrativos de prestação de contas da Prefeitura de Ibiquera-BA e os documentos de execução orçamentária mencionam que as fontes de recursos utilizados para os gastos na execução das despesas foram de recursos próprios do município, não havendo, na documentação analisada, indicação de que os recursos vieram das transferências do Governo Federal. Contudo, resta observar:

a) Que a perícia não teve acesso a toda a documentação contábil para verificação, por exemplo, da lisura dos lançamentos contábeis do sistema orçamentário e do sistema financeiro do ente municipal e de seus documentos suportes; e

b) Os exames e constatações expostos nas demais subseções deste Laudo (...)” – grifos nossos.

Inferiu-se, portanto, quanto ao Pregão nº 001/2017, que, apesar de o mencionado laudo não ter sido conclusivo quanto à efetiva utilização de verbas federais, os peritos afirmaram que não tiveram acesso a toda documentação contábil, registrando, ainda, que houve um reforço (subempenhos adicionais) do valor orçamentário inicialmente previsto para o pagamento dos valores do pregão em comento (id. 58124983, dos autos da Petição Criminal nº 8013650-26.2024.8.05.0000 - fls. 126, item “b”; fls. 128, itens “b”, “84” e “85”; fls. 132, item “c” e fls. 133, item “b”).

Diante de tais informações, não se descartou, portanto, a possibilidade da utilização de outras verbas não documentadas nos autos, bem como da origem destas (se seriam ou não verbas federais, inclusive, oriundas do Fundo da Saúde).

Ademais, no que se refere ao aspecto da dotação orçamentária, também se ressaltou que os valores mencionados em tal dotação seriam apenas uma previsão da verba que será utilizada para efetuar os pagamentos, situação que não excluiria a possibilidade de que outras verbas tenham sido efetivamente utilizadas nos processos de pagamento (que não as previstas inicialmente, não se sabendo, de igual sorte, se as verbas efetivamente usadas seriam ou não federais).

Arrematando tais conclusões, este relator registrou recente precedente do Egrégio STJ perfilhando o entendimento de que, ainda que a verba seja incorporada ao patrimônio do Município, a competência para julgar supostos desvios do Fundo de Saúde seria da Justiça Federal, já que o Fundo Municipal de Saúde recebe recursos da União e é fiscalizado pelo órgão federal (TCU). Nesse sentido, *mutatis mutandis*, destacou-se o seguinte julgado:

“AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO HABEAS CORPUS. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. TRANSFERÊNCIA FUNDO A FUNDO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A jurisprudência desta Corte Superior se firmou no sentido de que é da competência da Justiça Federal as causas que envolvam verbas repassadas pelo Sistema Único de Saúde, inclusive na modalidade de transferência “fundo a fundo”. Isso porque essas verbas ostentam interesse da União em sua aplicação e destinação, além de estarem sujeitas à fiscalização dos órgãos de controle interno do Poder Executivo federal e do TCU, nos termos do art. 109, inciso IV, da Constituição da República 2. Agravo regimental desprovido” (STJ, AgRg nos EDcl no HC n. 869.767/MT, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 8/4/2024, DJe de 12/4/2024) – grifos nossos.

Destarte, ante a ausência de comprovação da lisura na contratação do Pregão nº 001/2017 e, por consequência, da impossibilidade de atestar a origem das verbas públicas supostamente envolvidas nos contratos em discussão, bem como diante da apontada conexão probatória de tais fatos com as supostas ilegalidades ocorridas nos demais pregões nº 13/2018 e nº 01/2019, nos quais há indicação de utilização de verba pública federal, este relator verificou a necessidade de serem julgados conjuntamente, consoante regra inserta no art. 76, inciso III, do CPP.

Exatamente por todas essas ponderações, entendeu este relator por declarar a incompetência desta Corte de Justiça para prosseguir no julgamento da presente ação penal, declinando da referida competência para a Justiça Federal, com fulcro no art. 109, inciso IV, da Constituição Federal.

Portanto, diferentemente do que sustenta o agravante, houve demonstração da alteração fática a embasar o declínio da competência em comento, motivo pelo qual vota-se no sentido de CONHECER E NEGAR PROVIMENTO AO AGRAVO INTERNO, mantendo-se integralmente a decisão agravada”.

Ex positis, acolhe essa Segunda Câmara Criminal do Tribuna de Justiça da Bahia, o voto por meio do qual se **CONHECE E SE NEGA PROVIMENTO AO PRESENTE AGRAVO INTERNO**, nos termos ora proferidos.

(TJBA – APELAÇÃO CRIMINAL Nº 8045346-77.2024.8.05.0001. Segunda Câmara Criminal – Segunda Turma. Relator: Des. Mario Alberto Hirs. Julgado em 22/05/2025).

EMENTA

APELAÇÃO CRIMINAL. DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA. RELAÇÃO EMPREGATÍCIA ENTRE RÉU E VÍTIMA. INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. INOCORRÊNCIA. CONDENAÇÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

I. Caso em exame

1. Apelação interposta por Hercules Tavares de Souza contra sentença que o condenou como incurso nas sanções do art. 168, § 1º, III, do Código Penal, por se apropriar de mercadorias no valor de R\$ 11.000,00, pertencentes à empresa para a qual prestava serviço de entrega, sendo a vítima seu irmão.

II. Questão em discussão

2. Examina-se a suficiência de provas para a condenação, bem como a possibilidade de absolvição com base na inexigibilidade de conduta diversa, suscitada pela Defesa sob alegação de que o réu teria vendido carga excedente para evitar prejuízos com descontos em sua remuneração.

III. Razões de decidir

3. A materialidade e autoria foram comprovadas por documentos, depoimentos e confissão parcial do réu, que admitiu a venda da mercadoria e o não repasse dos valores à vítima.

4. A tese de inexigibilidade de conduta diversa foi afastada, porquanto o réu tinha outros meios legais de resolver o impasse sem se apropriar da carga.

5. A dosimetria da pena foi revista para corrigir a aplicação da agravante e da causa de aumento, sem prejuízo ao réu. A pena definitiva foi fixada em 01 ano e 09 meses de reclusão e 15 dias-multa, substituída por penas restritivas de direitos, a serem especificadas na execução.

IV. Dispositivo e tese

6. Recurso conhecido e não provido.

Tese de julgamento:

“1. A confissão parcial aliada aos demais elementos probatórios é suficiente para manter a condenação por apropriação indébita. 2. Não se reconhece a inexigibilidade de conduta diversa quando há alternativas lícitas ao alcance do agente para evitar o prejuízo.”

Dispositivos legais relevantes citados: CP, arts. 168, § 1º, III; 61, II, “e”; 69; 59; CPP, art. 386, III e VII.

Jurisprudência relevante citada: STJ, AgRg no HC n. 964.982/SP; TJMG, Apelação Criminal 1.0114.15.013281-8/001; Apelação Criminal 1.0694.13.004001-7/001; Súmula 231/STJ.

ACORDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos da apelação nº **8045346-77.2024.8.05.0001**, em que são partes as acima citadas.

Acordam os Desembargadores integrantes da Segunda Turma Julgadora da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, em **NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO DEFENSIVO**, nos termos do voto do relator.

DECISÃO PROCLAMADA

Conhecido e não provido Por Unanimidade

RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta pela Defesa em razão da sentença condenatória proferida em desfavor de Hercules Tavares de Souza, condenando-o como incurso nas sanções do art. 168, § 1º, III, do Código Penal.

Evitando tautologia desnecessária, adoto o relatório da sentença, *in verbis*:

[...]

O Ministério Público do Estado da Bahia ofereceu em 09/01/2024, nos autos do processo em epígrafe, denúncia em desfavor de Hercules Tavares de Souza, maior, brasileiro, solteiro, de profissão ignorada, CPF 780.946.825-15, filho de Rita de Cassia Tavares, residente na Rua Amapá, 11, Residencial Recanto Cristo Rei, Bairro Cristo Rei, Dias D'Ávila/Ba., pelos fatos e fundamentos a seguir expostos. a prática do crime previsto no art. 168, §1º, III c/c art. 69 e art. 61, II, “e”, todos do CP, ante os argumentos alinhados a seguir:

Aduziu o Ministério Público que No dia 06 de dezembro de 2021, por volta das 10:00h., na Rua Direta da Palestina, Bairro Palestina, nesta cidade, o acusado apropriou-se do veículo tipo caminhão, de placa PPRCU3B54 e respectiva mercadoria que conduzia para entrega no valor aproximado de R\$ 11.000,00 (onze mil reais), da vítima Hilton dos Santos Sousa (preposto da SSA Cargas Eireli), Segundo restou apurado, Hilton (a vítima) é irmão do acusado, e o havia contratado para dirigir o referido veículo a fim de prestar serviço de entrega à Empresa Salvador Cargas, localizada no bairro de Valéria. Ocorre que o acusado, em razão do emprego que lhe foi oportunizado pelo irmão, resolveu apropriar-se dos bens móveis já referidos, de que tinha a posse, na ocasião. Consta que o acusado exerceu a função por aproximadamente 08 (oito) meses e, nesse período, apropriou-se de outras mercadorias, noutras oportunidades, vendendo-as. Restou apurado, finalmente, que acusado e vítima chegaram a firmar um acordo com o escopo de ressarcir o prejuízo da ordem de R\$ 11.000,00 (onze mil reais), em parcelas de R\$ 1.000,00 (um mil reais) por mês, durante 12 (doze) meses, dos quais foram pagos apenas o valor de R\$ 500,00 (quinhentos reais). Ouvido diante da autoridade policial, o acusado confessou a prática delituosa, afirmando que costumava vender parte das cargas que conduzia. Deixo de propor o ANPP em favor do acusado, vez que há elementos probatórios nos autos que indicam conduta criminal reiterada

de infrações penais pretéritas não insignificantes, não sendo, portanto necessário, tampouco suficiente a medida para a reprovação e prevenção do crime (art. 28-A, parágrafo 2º, inciso II, do CPP). Assim procedendo, infringiu o acusado o disposto no art. 168, parágrafo 1º, inciso III (em razão do emprego), c/c art. 69 (mais de uma ação, praticou mais de dois crimes idênticos) e art. 61, inciso II, “e” (autor e vítima são irmãos), todos do código penal.

A denúncia foi recebida em 16/04/2024. ID 440046322.

Regularmente citado o denunciado, apresentou resposta à acusação, por intermédio de Defensor Público. ID 462975817.

Audiência de instrução e julgamento realizada, com inquirição das testemunhas arroladas pela acusação; bem como qualificação e interrogatório do acusado; O MP desistiu da oitiva da testemunha de acusação, não foram arroladas nem apresentadas testemunhas de defesa. ID 470194231.

Após regular instrução do feito, as partes apresentaram alegações finais em forma de memoriais escritos.

O Ministério Público, em alegações finais escritas, pugna o Ministério Público Estadual pela procedência da ação penal consubstanciada na CONDENAÇÃO de TAVARES DE SOUZA, por incurso nas penas do art. 168, §1º, III, do CP. ID 471411383.

A defesa do acusado, em sede de alegações finais escritas,(ID:474958610), pugna a Defesa, enfim, pela ABSOLVIÇÃO do acusado, nos termos do artigo 386, incisos III (inexigibilidade de conduta diversa) e VII (insuficiência probatória), do Código de Processo Penal, medidas mais correira justiça. ID 474958610.

[...]

DIREITO PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. I. Caso em exame 1. Agravo regimental interposto contra a decisão monocrática que denegou a ordem de habeas corpus, em que se pleiteava a remessa dos autos ao Ministério Público para análise da possibilidade de oferecimento do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP). 2. O paciente foi condenado por tráfico de drogas, com pena de 02 (dois) anos de reclusão, em regime aberto, substituída por prestação de serviços à comunidade e pagamento de dias-multa. 3. O Tribunal de origem negou provimento ao apelo defensivo, mantendo a condenação e a recusa do Ministério Público em oferecer o ANPP, fundamentada na ausência de confissão formal e na quantidade de droga apreendida. II. Questão em discussão 4. A discussão consiste em saber se a recusa do Ministério Público em oferecer o Acordo de Não Persecução Penal, com base na ausência de confissão formal e na quantidade de droga apreendida, é válida e se o Poder Judiciário pode compelir o Ministério Público a ofertar o acordo. 5. A Defesa alega que os requisitos para o oferecimento do ANPP são taxativos e que a quantidade de droga não é um critério previsto no art. 28-A do Código de Processo Penal. III. Razões de decidir 6. O acordo de não persecução penal não constitui direito subjetivo do investigado, sendo uma faculdade do Ministério Público, que deve considerar as peculiaridades do caso concreto e a suficiência do acordo para a reprovação e prevenção do crime. 7. A recusa do Ministério Público em oferecer o ANPP foi fundamentada na ausência de confissão formal e na quantidade de droga apreendida, o que foi considerado suficiente para justificar a não propositura do acordo. 8. O Poder Judiciário não pode substituir o Ministério Público na decisão de oferecer ou não o ANPP, uma vez que tal decisão é discricionária e cabe ao órgão acusador, conforme entendimento consolidado do Superior Tribunal de Justiça. IV.

Dispositivo e tese 9. Agravo regimental não provido. Tese de julgamento: 1. O acordo de não persecução penal é uma faculdade do Ministério Público, não constituindo direito subjetivo do investigado. 2. A decisão de não oferecer o ANPP, fundamentada na ausência de confissão formal e na quantidade de droga apreendida, é válida e não pode ser imposta pelo Poder Judiciário ao Ministério Público. Dispositivos relevantes citados: CPP, art. 28-A; CF/1988, art. 129, I. Jurisprudência relevante citada: STJ, AgRg no REsp 1.912.425/PR, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 20.03.2023; STJ, RHC 159.643/RJ, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 19.04.2022. (STJ, AgRg no HC n. 964.982/SP, relator Ministro Otávio de Almeida Toledo (Desembargador Convocado do TJSP), Sexta Turma, julgado em 26/3/2025, DJEN de 31/3/2025.)

No caso em apreço, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, deixou de oferecer o ANPP com as seguintes razões:

Deixo de propor o ANPP em favor do acusado, vez que há elementos probatórios nos autos que indicam conduta criminal reiterada de infrações penais pretéritas não insignificantes, não sendo, portanto necessário, tampouco suficiente a medida para a reprovação e prevenção do crime (art. 28-A, parágrafo 2º, inciso II, do CPP). (ID 80743835, fl. 02)

Portanto, a decisão de não oferecimento do acordo de não persecução penal foi devidamente motivado pela presentante do órgão ministerial, não cabendo ao Poder Judiciário se imiscuir no poder discricionário do órgão de acusação.

Inexistindo questões preliminares, passo a análise do mérito.

O recurso interposto pela Defesa visa a absolvição do sentenciado por ausência de prova da materialidade do delito ou por inexigibilidade de conduta diversa.

Em que pese a irresignação Defensiva, ressalto, de logo, que a pretensão não merece prosperar, como passaremos a analisar.

A materialidade delitiva restou demonstrada nos autos, com o inquérito policial (ID 80743836 e 80743837) que inclui o boletim de ocorrência, notas e recibos de entrega das mercadorias, bem como planilhas que relatam problemas de entrega.

Apesar de a Defesa questionar o teor da prova documental acostada pela vítima nos autos do inquérito policial por não terem sido objeto de perícia, verifica-se que tais documentos foram corroborados pelos depoimentos prestados pela vítima, tanto em sede inquisitorial quanto em juízo, e pela confissão parcial do apelante.

Em juízo, o acusado Hercules Tavares de Souza disse:

“(...) Que não... eu não me apropriei porque eu era funcionário dele, e os fatos que ele falou, vários foram verdades, mas teve um agravante para acontecer isso, eu subia para Paulo Afonso com 12 mil quilos; 12 mil quilos dá 70 entregas, carga alta, era tudo em prateleira, em caixa, eu sabia fazia as entregas, quando acabava as entregas, o vendedor pediu a mais, aí voltava duas a três caixas, (...), as carnes vêm dentro, aí quando eu ia pegar o caminhão para dirigir estava um vale pra mim, as caixas entraram e eu não assinava, aí aquela duas caixas que eu entreguei, ele colocava para o motorista pagar, dois, três meses rodando, aí Fernando me chamou; era do meu irmão, a mercadoria estava entrando, mas não estava entrando com gelamento correto, aí Fernando me

chamou e disse ‘Hercules o senhor venda a mercadoria lá, porque se o senhor não vender, vai descontar do seu irmão’ e isso só acumulando; duas caixas dá R\$ 500,00 ou R\$ 600,00 ou leva para casa para mulher comer, ele disse que não, aí eu vendi, ele não queria aceitar a mercadoria que era dele, aí eu fui no dono, entrei na sala e pedir desculpa e falei vem cá moço a mercadoria está voltando eu não tive culpa, entra pra BRF, a BRF condena, e eu que pago? ele falou aí é de seu irmão, ele pega essa carne e leva, ele ganha R\$ 20.000,00 por mês, ele leva essa carne e come, eu falei com ele, não trabalho com isso, isso aí foi em 8 meses, aí chegando um dia fizeram contabilidade, e falaram Hercules é R\$ 12.000,00 todo mundo que tem dinheiro é brabo né, aí ele deu queixa, a delegada quando viu, não enviou o processo, aí quando passei pela blitz estava lá, com apropriação em débito, o policial disse ‘encosta aí você está preso’ aí foi que eu descobri que tinha esse processo, hoje eu trabalho pro governo; nego, eu tenho que dizer que vendi pelo fato que eu expliquei, porque se fosse cobrado eu pagava, eu falei pra vossa excelência que eu quero pagar, para ter o comprovante que eu paguei, onde ele chega ele fala, sabe o que ele fez a semana passada ele disse você está onde irmão? eu falei tô aqui no posto, trabalhando, mas você não pode que você é ladrão, eu disse é o que meu irmão, ele disse chegando lá você vai ver, eu disse parcele meu irmão de R\$ 1.000,00 que eu pago pra você, eu pago em juízo eu faço que quiser, eu não quero ficar sem lhe pagar, eu sou carreteiro se a empresa me botar pra fora eu vou virar mendigo, eu quero pagar esse R\$ 11.000,00 é porque fica feio pra mim, a gente se fala, mas ele não me respeita, me chama de ladrão, eu não sei como me sinto, minha mulher é cristã, fica revoltada com essa situação; ele não sabia, mas eu disse a ele que estava tendo um vale lá, que estava ficando feio, porque o cara que recebe mais de R\$ 20.000,00 pegar uma caixa de salsicha de mais de R\$ 200,00 e levar pra comer, ele nunca fez isso deixou acumular, o meu erro todo, eu tinha que pegar um papel, os motoristas me conheciam, todos os motoristas, mas eu sou doido, era pra eu pegar o vale que estou assinado, aqui que estou pagando lá, mas eu não peguei comprovante, eu vou explicar, a carne entrou, aí tem um valor aquela carne, e a BRF mandava pra transportadora, aí duas carnes ficaram ruins no caminhão do Hercules, aí transportadora botava para o motorista pagar, aí antes de sair tem vale, você pega o vale assina sai e o caminhão fica lá parado, se eu assinasse certo R\$ 600,00, o caminhão não subia, eu assumia aquele problema, mas eu tinha que assinar, aí eu saía e pegava um vale, era para eu pedir o comprovante, eu assinei mais de 30 daquele, aí ficamos 8 meses fazendo debito; verdade, quando eu dei duas de R\$ 500,00 eu fui para o Paraná, quando eu cheguei lá a empresa não estava pagando mais aos funcionários, aí eu não consegui mais pagar ele, um carreteiro ele ganha 12% da carga, eu pegava uma carga de R\$ 20.000,00 e ele só queria me dar R\$ 1.000,00 esse cara que estou trabalhando falou que iria pagar, eu queria parcelar de 10 vezes, mas com o comprovante, porque no dia que ele me chamar de ladrão, eu mostra ele, para eu ter minha dignidade; sim, várias vezes, a pessoa pedia 12 caixas e eles mandavam 14, aí ficava 2; meu irmão jogava nas minhas costas, e tem outros motoristas que foram pra justiça e ganharam o valor, já eu não posso, porque eu não tenho o comprovante; não... foi pra não ficar no prejuízo, meu patrão disse pode ir lá que eu pago.”

Vê-se que, apesar de negar a prática da apropriação indevida, o apelante reconhece que vendeu a mercadoria excedente, para não ter que arcar com o prejuízo, e se apropriou da quantia, não entregando o valor para o dono.

Assim, ainda que as notas e recibos juntados pela vítima não tenham sido objeto de análise pericial para comprovar a apropriação relatada, o próprio acusado confirma que realizava a venda da

carga excedente e, em vez de repassar o dinheiro para o ofendido, se apropriou da quantia, totalizando o valor de R\$ 11.000,00 (onze mil reais).

A vítima Hilton dos Santos Sousa, ao ser inquirida em juízo, asseverou:

“(...) Que não, a empresa é só minha, ele estava parado a um tempo atrás e ficava todo dia me ligando e pedindo trabalho, eu não tinha trabalho pra ele porque eu só tinha um caminhão e uma carreta, aí ele ficou todo dia me ligando enchendo meu saco, aí eu falei pra ele que iria tirar um caminhão novo e você vai trabalhar e você paga, eu tenho um conhecimento na BRF na Valéria, você encosta o caminhão lá e quando você terminar de pagar eu passo pra você, assim foi acordado entre eu e ele, na BRF só trabalha com carne com alimentação, aí ele rodou um tempo lá, deu de desfalque de R\$ 6.000,00, aí eu tive que pagar, botei ele para fora, eu conversando novamente com o dono da BRF, ele falou pra mim, ‘rapaz bota esse cara pra trabalhar novamente e você vai descontando R\$ 1,000 por mês’, e eu botei ele pra trabalhar, aí depois ele pagou os R\$ 6,000; depois ele deu um desfalque de R\$ 11.000,00 de carne, até hoje não pagou o dinheiro, e eu pedi meu caminhão e fiquei no prejuízo; ele carregava o caminhão aqui na Valéria, ele carregava o caminhão aqui na Valéria e ia em sentido Paulo Afonso e Juazeiro, ficava a semana toda fora pra fazer entrega, quando chegava nos mercados ele não entregava as mercadorias, ficava pra ele, vendia pra ele, e assinava como o mercado estivesse recebido, além de me complicar, ele complicou vários mercados pela Bahia toda; ele assinava como se fosse o cliente do mercado, a BRF cobrava os clientes, os clientes diziam que não recebia né, aí quando ia ver as assinaturas não batia, aí sobrava para o dono do caminhão, aí chegou uma conta de R\$ 11.000,00, não tive mais como trabalhar né; pagar R\$ 11.000,00 mais a parcela do caminhão, aí eu perdi tudo, tive que pagar o prejuízo da BRF e perdi o caminhão; não sei dizer, mas eu creio que ele não entregava era nada; não posso falar o que ele fez, mas ele deve ter vendido para outros comerciantes, que ele não vai pegar R\$ 11.000,00 de carne e levar para casa; várias vezes a BRF me ligava dizendo que a assinatura estava divergente e o cliente não recebeu a mercadoria, aí eu falava com ele pra passar no mercado pra ver quem assinou, porque o cara não assinou nada e ele sabendo do que fez, falava que iria passar no mercado e não passava, porque ele sabe o que ele fez, ele disse que fez e eu mandei ele trabalhar para ajudar; de cabeça eu não tenho não, mas eu tenha a relação aqui no computador desse cliente; a BRF não, a Salvador Cargas, a BRF passava pra ele o que estava acontecendo e ele passava pra mim; positivo; a minha é Hailton Transportes; meu caminhão é locado para a Salvador Carga; tem; são vários caminhões, então ela aluga; Salvador Cargas; é porque o responsável da carga é o motorista, se carga some a BRF tem que procurar quem é o dono do caminhão e eu procuro o motorista, porque quem sai da BRF assina que estava levando 5 ou 6 toneladas de carga é o motorista que está lá na frente; sim falo com ele, já ajudei ele várias vezes, ele não obedece normas de empresa, então ficou difícil ajudar ele (...)”

A vítima narrou com precisão os detalhes da empreitada delituosa, indicando o modo de proceder do recorrente, não existindo nenhuma dúvida acerca da ocorrência do delito.

Neste diapasão, a jurisprudência é farta em reconhecer que a palavra da vítima, aliada aos demais elementos de prova, é suficiente para comprovar a autoria delitiva:

APELAÇÃO CRIMINAL - APROPRIAÇÃO INDÉBITA, FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO E FALSIDADE IDEOLÓGICA - PRELIMINARES

- INÉPCIA DA DENÚNCIA - INICIAL ELABORADA CONFORME OS REQUISITOS LEGAIS - NULIDADE DA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E DOS ATOS SUBSEQUENTES - INOCORRÊNCIA - CERCEAMENTO DE DEFESA - PRECLUSÃO - AUSÊNCIA DE PREJUÍZO - MÉRITO - ABSOLVIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - MATERIALIDADE, AUTORIA E DOLO COMPROVADOS - PALAVRA DA VÍTIMA EM CONFORMIDADE COM OS DEMAIS ELEMENTOS DE PROVA COLHIDOS - CONDENAÇÃO MANTIDA - DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA DO ART. 168 DO CP PARA O CRIME DE ESTELIONATO TENTADO - INVIABILIDADE - COAÇÃO MORAL IRRESISTÍVEL - AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO - ARREPENDIMENTO POSTERIOR - INAPLICABILIDADE - DECOTE DA AGRAVANTE DO ART. 61, II, “b”, CP - INDEFERIMENTO - ATENUANTE DE PENA - REDUÇÃO AQUÉM DO MÍNIMO - NÃO CABIMENTO - RECONHECIMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA EM DETRIMENTO DO CONCURSO MATERIAL - INVIABILIDADE - REDUÇÃO DO VALOR UNITÁRIO DOS DIAS-MULTA - IMPROCEDÊNCIA - ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL - CABIMENTO, EM TESE, DO BENEFÍCIO - REMESSA DOS AUTOS AO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA DELIBERAÇÃO. (...)

As declarações da vítima, em consonância com os demais elementos de prova colhidos, servem perfeitamente como base para se definir a autoria dos delitos e evidenciar o dolo na conduta dos agentes, afastando a tese absolutória, em conformidade com o sistema do livre convencimento motivado. Evidenciado que o réu se apoderou de veículo pertencente a terceiro, agindo como se proprietário fosse, dispondo do bem e transferindo-o a outrem, sem prévia autorização ou anuência, agindo com manifesto animus rem sibi habendi, deve ser mantida a condenação pelo delito de apropriação indébita, não havendo que se falar em desclassificação para o crime de estelionato tentado. Não se desincumbindo a defesa do ônus de demonstrar a alegada coação moral irresistível, afasta-se o reconhecimento da exculpante prevista no art. 22, 1ª parte, CP. (...). (TJMG. Apelação Criminal 1.0114.15.013281-8/001, Relator(a): Des.(a) Alberto Deodato Neto, 1ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 08/04/2025, publicação da súmula em 10/04/2025)

No caso em apreço, restou cabalmente comprovada a prática, pelo denunciado, do crime de apropriação indébita, consubstanciada na apropriação de coisa alheia móvel da qual detinha a posse.

Os elementos probatórios constantes dos autos demonstram, de forma inequívoca, que o réu se apoderou indevidamente dos valores obtidos com a venda dos bens da vítima, sem apresentar qualquer justificativa plausível para a retenção dos referidos recursos.

Assim, a prova judicializada constituiu acervo suficiente para ensejar a manutenção da condenação do apelante, não podendo ser reconhecida a ausência de provas, uma vez que o acervo probatório é farto em apontá-lo como autores do delito ora em exame.

A Defesa alegou, ainda, que o apelante agiu em contexto de inexigibilidade de conduta diversa, sendo compelido a assumir os prejuízos decorrentes da devolução de parte da carga, com a intenção de reparar o eventual dano.

O pleito não merece guarida.

Para o reconhecimento da excludente em questão, é imprescindível que se demonstre a impossibilidade de o agente ter atuado conforme as exigências do ordenamento jurídico no momento da ação ou omissão.

A inexigibilidade de conduta diversa, como causa de exclusão da culpabilidade, exige que o agente, em circunstâncias excepcionais, seja compelido a praticar uma conduta ilícita, não sendo razoável exigir que ele tenha agido de forma diferente.

Acerca da causa excludente de culpabilidade da inexigibilidade de conduta diversa, Damásio Evangelista de Jesus, em sua obra *Direito Penal, Parte Geral*, ensina:

Não é suficiente que o sujeito seja imputável e tenha cometido o fato com possibilidade de lhe conhecer o caráter ilícito para que surja a reprovação social (culpabilidade). Além dos dois primeiros elementos, exige-se que, nas circunstâncias do fato, tivesse possibilidade de realizar outra conduta, de acordo com o ordenamento jurídico. A conduta só é reprovável quando, podendo o sujeito realizar comportamento diverso, de acordo com a ordem jurídica, realiza outro, proibido.

No caso em apreço, a justificativa apresentada pelo recorrente para apropriar-se dos bens sob sua posse, qual seja, não ser responsabilizado pela perda da carga devolvida, não elide o dever de agir conforme os ditames legais, ainda mais quando não procedeu a entrega do valor percebido pela venda da carga.

Com efeito, havia outras alternativas juridicamente admissíveis ao alcance do sentenciado, sem que houvesse a necessidade de se apropriar dos bens do ofendido, como, por exemplo, proceder a devolução da quantia recebida pela venda da carga excedente à vítima.

Contudo, a despeito da existência de meios lícitos para contornar a situação, o recorrente optou por agir em flagrante desacordo com a legislação penal, mesmo ciente da ilicitude de sua conduta.

Acerca do reconhecimento da inexigibilidade de conduta diversa, insta colacionar julgado que corrobora o entendimento esposado:

APELAÇÃO CRIMINAL - APROPRIAÇÃO INDÉBITA DE BENEFÍCIO DE IDOSO - AUTORIA COMPROVADA - PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - AUSÊNCIA DOS VETORES QUE LEGITIMAM A APLICAÇÃO DESSE POSTULADO DE POLÍTICA CRIMINAL - INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA - EXCLUDENTE DE CULPABILIDADE NÃO COMPROVADA - CONDENAÇÃO MANTIDA 01. Demonstradas a autoria e suprida a prova da materialidade do crime de apropriação indébita de benefício de idoso, a condenação é medida que se impõe. 02. O princípio da insignificância tem como vetores a mínima ofensividade da conduta, a ausência de periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada. 03. Tendo o acusado se apropriado dos benefícios previdenciários da própria genitora, idosa, para aquisição de substância entorpecente, não há falar-se em flexibilização da norma para fins de aplicação do princípio da insignificância, porquanto lhe competia assegurar à vítima, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar. 04. Para o reconhecimento da causa supra legal de exclusão da culpabilidade pela inexigibilidade de conduta diversa, mister seja demonstrado a impossibilidade do agente de, no momento da ação ou da omissão, agir de acordo com o ordenamento jurídico, o que não restou demonstrado na prova dos autos. (TJMG. Apelação Criminal 1.0694.13.004001-7/001, Relator(a): Des.(a) Fortuna Grion, 3ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 18/02/2020, publicação da súmula em 03/03/2020)

Ademais, é cediço que incumbe à parte que alega determinado fato o ônus de prová-lo, conforme disposição do art. 156 do Código de Processo Penal. Nesse sentido, a Defesa não trouxe aos autos elementos probatórios que evidenciassem a impossibilidade de repassar os valores para o

ofendido, a justificar, ainda que em tese, a prática do delito. Por tal razão, mostra-se inverossímil a tese sustentada pelo apelante.

Assim, não comprovada a excludente de culpabilidade da inexigibilidade de conduta diversa, rejeita-se a tese defensiva.

Por conseguinte, demonstra-se descabido o pleito Defensivo, posto que há provas suficientes a demonstrar a materialidade e a autoria do ilícito em relação ao recorrente, devendo ser mantida a condenação.

Ao individualizar a reprimenda do recorrente, na forma dos arts. 59 e 68 do Código Penal, o magistrado de 1º grau considerou o seguinte:

Analizadas as circunstâncias previstas no artigo 59 do Código Penal, verifico que a sentenciado agiu com culpabilidade normal à espécie, tendo somente a se valorar as causas de aumento de pena, mas nada que extrapole os limites do tipo; não possui antecedentes criminais, sendo que poucos elementos foram coletados a respeito de sua conduta social e personalidade, razão pela qual deixo de valorá-las; o motivo do crime se constituiu pelo desejo de obtenção de lucro fácil, o qual já é punido pela própria tipicidade e previsão do delito, de acordo com a própria objetividade jurídica dos crimes contra o patrimônio; as circunstâncias se encontram relatadas nos autos, sendo o fato praticado em razão da profissão, e contra seu irmão, situações que se constituem em causas de aumento de pena; as consequências do crime foram próprias do tipo, não tendo sido restituídos os bens da vítima em nenhum momento, tampouco a quantia arrecadada; a vítima em nada contribuiu para a prática do delito. Não existem elementos nos autos para se aferir a situação econômica do sentenciado.

Destarte, não havendo circunstâncias judiciais desfavoráveis, a pena-base foi fixada no mínimo legal, em 01 (um) ano de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

Na segunda fase de dosimetria da pena, foi reconhecida a agravante do art. 61, II, e, do Código Penal, por ter sido o crime cometido contra o irmão, ensejando a majoração da sanção em 1/6 (um sexto).

Ainda na segunda fase, por equívoco, o magistrado considerou a causa de aumento do art. 168, § 1º, III, do Código Penal, como agravante, aumentado a pena em 1/3 (um terço).

Tal equívoco, no entanto, não acarretou prejuízo ao recorrente, haja vista que a referida causa de aumento seria aplicada na fase seguinte da dosimetria, resultando na mesma quantidade de pena a ser cumprida.

Diante de tais fatos, reformo a pena provisória para que, nesta etapa, seja reconhecida somente a agravante do crime ter sido praticado contra o irmão, fixando a pena provisória em 01 (um) ano e 02 (dois) meses de reclusão e 12 (doze) dias-multa.

Saliente-se, ainda, que, caso fosse reconhecida a atenuante da confissão, por ter o recorrente confirmado a venda da mercadoria e não ter procedido a devolução do valor resultante da alienação, a reprimenda não sofreria alteração, visto que a Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça veda a fixação da pena provisória aquém do mínimo legal.

Na derradeira etapa, reconhece-se a existência da causa de aumento art. 168, § 1º, III, do Código Penal, em razão do crime ter sido cometido em razão da profissão, fixando a pena, nesta fase, em 01 (um) ano e 06 (seis) meses de reclusão e 15 (quinze) dias-multa.

Após, em virtude da continuidade delitiva, a reprimenda foi majorada em 1/6 (um sexto), culminando com a pena definitiva em 01 (um) ano e 09 (nove) meses de reclusão e 15 (quinze) dias-multa, no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época dos fatos.

Em relação ao regime inicial de cumprimento de pena, foi determinado o regime aberto por ter sido fixada pena inferior a quatro anos, na forma do art. 33, § 2º, c, do Código Penal.

Em seguida, a pena privativa de liberdade foi substituída por restritiva de direito, a ser especificada pelo Juízo da Execução Penal.

O Ministério Público, em seu opinativo de 2º grau, requereu a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, insta salientar, entretanto, que tal pedido foi deferido na sentença, tendo procedido a substituição da reprimenda corporal.

Em conclusão, exaurida a análise das questões invocadas em sede recursal, o voto é pelo conhecimento e **IMPROVIMENTO** do Apelo interposto pela Defesa, mantendo-se a sentença condenatória em sua integralidade.

SÚMULAS



SÚMULAS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA

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 desmuniçada, 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 - Cancelada

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.

Súmula nº 15

Compete ao Juízo Cível o processo e julgamento da Ação de Cobrança do seguro DPVAT

Súmula nº 16

Prescreve em 05 (cinco) anos, contados da data de publicação da Lei Estadual nº 7.145/1997, a pretensão de restabelecimento da GHPM – Gratificação de Habilitação Policial Militar, a atingir o próprio fundo de direito.

Súmula nº 17

Constitui faculdade da Fazenda Pública o ajuizamento de execução fiscal para cobrança de créditos de pequeno valor, sendo vedada ao Poder Judiciário a extinção destas ações sem exame do mérito por suposta ausência de interesse processual.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DO ESTADO DA BAHIA

